

Erasmus Universiteit Rotterdam

NADRUK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

*De toepassing van het leerstuk van de  
onzakelijke lening op de ongebruikelijke  
terbeschikkingstelling*

Naam	Wopke Arkesteijn
Studentnummer	331354
Begeleider	mr. drs. M.G.H. van der Kroon
Datum	30 juli 2012

# Inhoudsopgave

---

Hoofdstuk 1 Inleiding .....	4
1.1 Aanleiding .....	4
1.2 Probleemstelling .....	5
1.3 Opzet .....	6
Hoofdstuk 2 De onzakelijke lening .....	8
2.1 Inleiding .....	8
2.2 Geldverstreking .....	8
2.3 Herkwalificatie .....	9
2.3.1 Schijnlening .....	10
2.3.2 Deelnemerschapslening .....	11
2.3.3 Bodemlozeputlening .....	11
2.4 Zakelijk handelen .....	12
2.5 Onzakelijke lening .....	13
2.5.1 HR 9 mei 2008 .....	13
2.5.2 HR 25 november 2011 .....	15
2.5.2.1 Onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting .....	15
2.5.2.3 Onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsfeer .....	19
2.6 Conclusie .....	20
Hoofdstuk 3 De ongebruikelijke terbeschikkingstelling .....	22
3.1 Inleiding .....	22
3.2 Resultaat uit overige werkzaamheden .....	22
3.3 Terbeschikkingstellingregeling .....	24
3.3.1 Ter beschikking stellen .....	25
3.3.2 Aanmerkelijk belang .....	26
3.3.3 Verbonden personen .....	26
3.4 Ongebruikelijke terbeschikkingstelling .....	27
3.4.1 Beoordeling ongebruikelijkheid .....	28
3.5 Conclusie .....	31
Hoofdstuk 4 Toepassing leerstuk onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling .....	32
4.1 Inleiding .....	32
4.2 Toepassing leerstuk onzakelijke lening op de tbs-regeling .....	32

4.3 Toepassing leerstuk op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling .....	33
4.2.1 Visie 1: Wel toepassen.....	34
4.2.2 Visie 2: Niet toepassen.....	36
4.2.3 Problematiek bij toepassen leerstuk onzakelijke lening .....	38
4.3 Conclusie.....	39
Hoofdstuk 5 Conclusie.....	42
2.1 Inleiding .....	42
2.2 Toepassing leerstuk onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling .....	42
Literatuurlijst.....	45
Literatuur.....	45
Jurisprudentie.....	46
Overige stukken .....	47

# Hoofdstuk 1 Inleiding

---

## 1.1 Aanleiding

Iedere vennootschap heeft geld nodig voor haar activiteiten. Daarbij heeft de vennootschap de keuze tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Verschillende factoren spelen een rol bij het maken van de keuze tussen deze verschillende manieren van financiering. Als eenmaal de keuze is gemaakt om bijvoorbeeld met vreemd vermogen te financieren, moet er nog besloten worden bij wie een lening wordt aangegaan. Bij de bank of misschien wel bij een vennootschap uit het concern of bij de aandeelhouder. Zeker in de huidige economische omstandigheden kan een lening bij de bank niet zo makkelijk meer worden verkregen. Daarom zullen vennootschappen er eerder voor kiezen om van elkaar of van hun aandeelhouders te lenen.

Een belangrijke rol in de keuze speelt het fiscale voordeel van vreemd vermogen. Rente op een lening is in beginsel namelijk aftrekbaar, maar dividend op eigen vermogen niet. Ook is een afwaardering op vreemd vermogen in beginsel wel aftrekbaar, maar een afwaardering op eigen vermogen niet. Indien een moedermaatschappij een lening verstrekt aan de dochtermaatschappij, is het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar op grond van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling houdt in dat bij het bepalen van de winst de voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking blijven.<sup>1</sup> Indien in dit onderzoek wordt ingegaan op deze problematiek, wordt niet altijd de deelnemingsvrijstelling aangehaald.

Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad drie arresten gewezen waar meer duidelijkheid wordt verkregen over de onzakelijke lening. Naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011 is er veel discussie ontstaan over hoe er met een lening moet worden omgegaan die valt onder de terbeschikkingstellingregeling<sup>2</sup> in combinatie met voorgenoemde arresten. De terbeschikkingstellingregeling houdt in dat als er een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of zijn partner of minderjarige kind een aanmerkelijk belang heeft, dat gelijkgesteld wordt met een werkzaamheid. Het resultaat wat met deze werkzaamheid wordt behaald, wordt belast als resultaat uit overige werkzaamheden in box 1 van de inkomstenbelasting.

---

<sup>1</sup> Art. 13 Wet VPB 1969

<sup>2</sup> Art. 3.92 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001)

Op 25 november 2011 zijn er drie uitspraken van de Hoge Raad geweest wat betreft de onzakelijke lening. Uit het basisarrest<sup>3</sup> blijkt dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening niet aftrekbaar is. Er is sprake van een onzakelijke lening als het debiteurenrisico zodanig hoog is dat een onafhankelijke derde het risico niet zou lopen.

Uit HR 25 november 2011<sup>4</sup> blijkt dat het basisarrest ook kan worden toegepast op een lening in de terbeschikkingstellingsfeer (hierna: tbs-sfeer). Echter, de Hoge Raad heeft nog geen antwoord gegeven op de vraag of het arrest ook kan worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling<sup>5</sup>. In deze bepaling gaat het niet om een lening van de aandeelhouder aan de vennootschap, maar om een lening van een persoon uit de ruimere kring van verbonden personen van de aandeelhouder aan de vennootschap. Dit geldt niet zonder meer voor elke aandeelhouder, maar voor een aandeelhouder die een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap. Een aandeelhouder heeft bijvoorbeeld een aanmerkelijk belang in de vennootschap als hij 5% of meer van de aandelen heeft in het nominaal gestort kapitaal.<sup>6</sup>

## 1.2 Probleemstelling

Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over het vraagstuk of de arresten van 25 november 2011 ook moeten worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De probleemstelling waar in dit onderzoek een antwoord op wordt gezocht luidt dan ook:

“Moet het leerstuk van de onzakelijke lening ook worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling?”

Met de ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt de bepaling uit art. 3.92 lid 3 Wet IB 2001 bedoeld. Op de probleemstelling wordt een antwoord gezocht aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Wat is een onzakelijke lening op basis van de arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011?

---

<sup>3</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37

<sup>4</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78

<sup>5</sup> Art. 3.92 lid 3 Wet IB 2001

<sup>6</sup> J. Ganzeveld, *Afwaarderingsverlies in tbs-sfeer aanvaard omdat geen sprake is van een onzakelijke lening*, NTFR 2012/471.

2. Wanneer is er sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling?
3. Kunnen de arresten van de onzakelijke lening worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling?

Het onderzoek beperkt zich tot de tbs-sfeer. Er zal niet uitgebreid worden ingegaan op de leningen tussen vennootschappen, aangezien dat de probleemstelling te buiten gaat. Er zijn meerdere vormen van beschikbaar stellen van vermogensbestanddelen die vallen onder de terbeschikkingstellingsregeling (hierna: tbs-regeling), maar alleen het beschikbaar stellen van geld in de vorm van een lening is relevant voor dit onderzoek. In de 25 november 2011 arresten van de Hoge Raad gaat het om de lening ‘omlaag’, in dit onderzoek zal dan ook alleen worden ingegaan op de lening ‘omlaag’. In dit geval gaat dat dus om de lening die een verbonden persoon van de houder van aanmerkelijk belang aan de BV verstrekt.

### 1.3 Opzet

In het tweede hoofdstuk zal worden beschreven wanneer er sprake is van eigen vermogen en wanneer er sprake is van vreemd vermogen. Ook zal er in dit hoofdstuk in worden gegaan wanneer er herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen volgt uit de jurisprudentie. Daarnaast zal er een overstap gemaakt worden naar de onzakelijke lening. Hierbij zal eerst het arrest Hoge Raad 9 mei 2008<sup>7</sup> beschreven worden. Er zal uitgebreid uiteengezet worden wanneer er sprake is van een onzakelijke lening en wat de gevolgen zijn van de arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011.

Het derde hoofdstuk zal gaan over de ongebruikelijke terbeschikkingstelling van art. 3.92 lid 3 Wet IB. Eerst wordt beschreven wat er wordt verstaan onder resultaat uit overige werkzaamheden. Vervolgens wordt er beschreven wanneer sprake is van een lening die valt binnen de tbs-sfeer. Daarna wordt er ingegaan op het vraagstuk wanneer er sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

In het laatste hoofdstuk zal worden nagegaan of het leerstuk van de onzakelijke lening kan worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Verschillende visies over dit leerstuk zullen worden besproken. In dit hoofdstuk zal ik ook mijn mening geven over het vraagstuk van dit hoofdstuk.

---

<sup>7</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43489, BNB 2008/191

Aan het einde van alle hoofdstukken zal een conclusie worden getrokken. Deze conclusies bij elkaar worden gebruikt om een antwoord te geven op de probleemstelling die te vinden zal zijn in de conclusie.

# Hoofdstuk 2 De onzakelijke lening

---

## 2.1 Inleiding

Alvorens te kunnen bepalen of de arresten van 25 november 2011 van de Hoge Raad moeten worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, is het van belang om eerst uiteen te zetten wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. In dit hoofdstuk worden de stappen besproken die doorlopen moeten worden om te bepalen of er sprake is van een onzakelijke lening.

## 2.2 Geldverstrekking

Iedere vennootschap moet de keuze maken om de onderneming met eigen vermogen dan wel met vreemd vermogen te financieren. Indien een vennootschap kiest voor een financiering met vreemd vermogen, gaat de vennootschap een lening aan. De rente die de vennootschap betaalt op de lening is in beginsel aftrekbaar van de winst. De vennootschap kan er echter ook voor kiezen om zijn onderneming te financieren met eigen vermogen, oftewel met kapitaal. Dividend (vergoeding van kapitaal) is echter niet aftrekbaar van de winst in de vennootschapsbelasting.

De uitlenende vennootschap heeft een vordering op haar balans staan. Indien er sprake is van een lening, is een eventuele afwaardering in beginsel aftrekbaar. Een eventuele afwaardering op kapitaal is echter niet aftrekbaar indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.<sup>8</sup>

Het is van groot belang dat als er geld wordt geleend, dat er ook fiscaalrechtelijk sprake is van een lening en dat geen van de anti-misbruikbepalingen<sup>9</sup> van toepassing is. Als een vennootschap kiest om te financieren met een lening, dan heeft de vennootschap nog de keuze bij wie zij de lening aangaat. Het komt vaak voor dat vennootschappen die onderdeel uitmaken van een concern onderling van elkaar lenen. Indien gelieerde partijen een lening met elkaar aangaan, moet de lening wel onder zakelijke voorwaarden worden afgesloten.<sup>10</sup> Hier wordt later in het hoofdstuk op ingegaan.

---

<sup>8</sup> J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting* (Fiscale Monografieën nr. 119), Deventer: 2007, paragraaf 2.5.1.

<sup>9</sup> Op deze anti-misbruikbepalingen wordt verder in deze scriptie niet ingegaan.

<sup>10</sup> E.J.W. Heithuis en R.P. van de Dool, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010, p.107.



Alvorens te kunnen bepalen of er sprake is van een onzakelijke lening, is het eerst van belang om uiteen te zetten wanneer er sprake is van een geldlening in fiscale zin en wanneer er fiscaal gezien sprake is van een kapitaalverstrekking. Uit HR 27 januari 1988<sup>11</sup> volgt dat in beginsel de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking wordt gevolgd bij de bepaling of er fiscaal sprake is van een geldlening. In artikel 1791 van Boek 7a van het Burgerlijk Wetboek staat de civielrechtelijke definitie van een lening: “ Verbruiklening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere partij eene zekere hoeveelheid van verbruikte goederen afgeeft, onder voorwaarden dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.” Hieruit blijkt een belangrijk kenmerk van een lening, namelijk de terugbetalingsverplichting. In HR 8 september 2006<sup>12</sup> oordeelt de Hoge Raad dat het karakter van een geldverstrekking niet anders is indien sprake is van een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting. Ook de omstandigheden dat de terugbetaling onzeker is of dat tussen derden de geldverstrekking niet zou hebben plaatsgevonden leiden er niet toe dat de geldverstrekking niet als geldlening worden gekwalificeerd.

Snoej<sup>13</sup> is van mening dat er fiscaal gezien sprake is van kapitaalverstrekking als er fiscaal gezien geen sprake is van een kwalificerende geldlening omdat er in het Burgerlijk Wetboek geen artikel is opgenomen waarin staat wanneer er sprake is van een kapitaalverstrekking. Door het ontbreken van deze civielrechtelijke definitie, kan deze definitie niet gevolgd worden bij het bepalen of een geldverstrekking fiscaal gezien een kapitaalverstrekking is. Daarnaast heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven wanneer een civielrechtelijke lening fiscaal gezien toch als kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt. Hier wordt in de volgende paragraaf verder op ingegaan.

### 2.3 Herkwalificatie

Uit BNB 1988/217 blijken drie uitzonderingen. In deze situaties is er civielrechtelijk wel sprake van een lening, maar fiscaal is er geen sprake van een lening. Indien een van deze uitzonderingen

---

<sup>11</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23919, BNB 1988/217.

<sup>12</sup> HR 8 september 2006, nr. 42015, BNB 2007/104.

<sup>13</sup> R. Snoej, *De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582.

van toepassing is, volgt fiscaal gezien herkwalificatie. Dat houdt in dat de lening fiscaal niet aangemerkt wordt als lening maar als een informele kapitaalbreng of als verkapt dividend.<sup>14</sup> Herkwalificatie volgt uit de jurisprudentie als er sprake is van een schijnlening, een deelnemerschapslening of een bodemlozeputlening. Alleen indien een civielrechtelijke lening als een van deze soort leningen gekwalificeerd moet worden, is er fiscaal geen sprake van een lening. Het gevolg hiervan is dat er fiscaal gezien sprake is van kapitaal, waardoor de rente niet aftrekbaar is voor de vennootschap die het geld leent. In art. 10 lid 1 onderdeel d is bepaald dat rente van leningen die feitelijk als eigen vermogen fungeren, niet in aftrek mag worden gebracht op de winst voor de vennootschapsbelasting. Voor de vennootschap die het geld uitleent, is de rente niet belast en de eventuele afwaardering niet aftrekbaar.<sup>15</sup> Indien het gaat om een lening van de moeder aan de dochter is volgt dit uit de deelnemingsvrijstelling.<sup>16</sup> Als er echter sprake is van een lening van de dochter aan de moeder, is een eventuele afwaardering niet aftrekbaar op grond van de systematiek van de wet.<sup>17</sup>

### 2.3.1 Schijnlening

Van een schijnlening is sprake als twee partijen een lening met elkaar aangaan, terwijl zij hadden beoogd kapitaal te verstrekken in plaats van een lening.<sup>18</sup> Juridisch gezien is de geldverstrekking een lening, maar fiscaal gezien niet. Indien de dochter een lening verstrekt aan de moeder, is de lening in feite een winstuitdeling door het lichaam ten behoeve van de aandeelhouders. Het is aan de inspecteur om te bewijzen dat het gaat om een schijnlening. Herkwalificatie heeft tot gevolg dat de rente niet aftrekbaar is bij de vennootschap die het geld leent. Voor de geldverstrekker heeft dit tot gevolg dat de rente die zij ontvangt niet belast wordt, omdat dit meestal onder de deelnemingsvrijstelling zal vallen. De deelnemingsvrijstelling houdt in dat bij het bepalen van de winst de voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking

---

<sup>14</sup> Indien de moeder een lening aan de dochter verstrekt, is er sprake van een informele kapitaalverstrekking. Van verkapt dividend is sprake als de dochter aan de moeder leent.

<sup>15</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie Belastingrecht *Vennootschapsbelasting*, Deventer: 2011, paragraaf 2.0.6.E.

<sup>16</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie Belastingrecht *Vennootschapsbelasting*, Deventer: 2011, paragraaf 2.4.7.A.b2.

<sup>17</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie Belastingrecht *Vennootschapsbelasting*, Deventer: 2011, paragraaf 2.4.8.

<sup>18</sup> HR 24 juni 1964, nr. 15225, BNB 1964/196.

blijven.<sup>19</sup> Ook een eventueel afwaarderingsverlies valt onder de deelnemingsvrijstelling en mag dus niet ten laste van de winst worden gebracht.<sup>20</sup>

### 2.3.2 Deelnemerschapslening

Een herkwalificatie van een lening volgt als de lening onder zulke voorwaarden is opgesteld dat het feitelijk fungeert als eigen vermogen. De crediteur wordt dan niet langer gezien als een onafhankelijke derde, maar de crediteur neemt als het ware deel in de onderneming. Dan dient de lening fiscaal aangemerkt te worden als een informele kapitaalverstrekking of verkapt dividend.<sup>21</sup> Het gevolg van een herkwalificatie tot een deelnemerschapslening volgt uit art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969. Vergoedingen op de deelnemerschapslening, maar ook waardemutaties mogen niet in aftrek worden gebracht bij het bepalen van de winst. Om als deelnemerschapslening gekwalificeerd te worden, moet worden voldaan aan drie eisen. De kenmerken van een deelnemerschapslening blijken uit HR 11 maart 1988<sup>22</sup>. De eerste eis is dat de lening geen vaste looptijd heeft. Uit HR 25 november 2005<sup>23</sup> blijkt dat het moet gaan om een lening met een looptijd van 50 jaar of meer. Daarnaast moet de lening achtergesteld zijn op andere leningen en de rente moet winstafhankelijk zijn. In BNB 2006/82 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rente niet volledig winstafhankelijk hoeft te zijn. De rente in deze situatie bestond voor een deel uit een winstafhankelijke rente en voor een deel uit een vaste rente van 1%.

### 2.3.3 Bodemlozeputlening

Streek et al. beschrijven de bodemlozeputlening als volgt: “Indien de geldverstrekker weliswaar de bedoeling heeft een schuldverhouding in het leven te roepen maar op het moment van de geldverstrekking reeds duidelijk is dat de opgenomen gelden niet kunnen worden terugbetaald of verrekend, is eveneens sprake van een onttrekking van gelden ten behoeve van de aandeelhouder.”<sup>24</sup> Uit HR 29 oktober 2004<sup>25</sup> blijkt een lening van de dochter aan de moeder als

---

<sup>19</sup> Art. 13 Wet VPB 1969

<sup>20</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie Belastingrecht *Vennootschapsbelasting*, Deventer: 2011, paragraaf 2.0.5.E2.

<sup>21</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie Belastingrecht *Vennootschapsbelasting*, Deventer: 2011, paragraaf 2.2.2.D.

<sup>22</sup> HR 11 maart 1988, nr. 32240, BNB 1988/208.

<sup>23</sup> HR 25 november 2005, nr. 40989, BNB 2006/82.

<sup>24</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie Belastingrecht *Vennootschapsbelasting*, Deventer: 2011, paragraaf 2.0.5.E3.

onttrekking wordt aangemerkt. In de omgekeerde situatie, waarbij de moeder aan de dochter leent, wordt de lening fiscaalrechtelijk hergekwalificeerd als een informele kapitaalstorting.<sup>26</sup> Het gevolg van de herkwalificatie is dat de rente op deze lening niet aftrekbaar is bij de crediteur. Bij de debiteur kan een eventueel afwaarderingsverlies onder de deelnemingsvrijstelling vallen en mag dan dus niet in aftrek worden gebracht op de fiscale winst.<sup>27</sup>

## 2.4 Zakelijk handelen

Indien is vastgesteld dat er fiscaal sprake is van een lening, moet worden beoordeeld of er onzakelijke voorwaarden zijn overeengekomen tussen de debiteur en de crediteur. Onzakelijke voorwaarden zijn voorwaarden waaronder onafhankelijke derden de overeenkomst niet zouden aangaan. Uit het “at arm’s length” beginsel<sup>28</sup> blijkt dat gelieerde partijen moeten handelen onder voorwaarden alsof ze met een onafhankelijke derde handelen. Indien er een onzakelijk element in de lening zit, dient deze onzakelijkheid te worden gecorrigeerd. Er zijn twee onzakelijke elementen die vaak voorkomen, namelijk een onzakelijke rentevergoeding of dat er onvoldoende zekerheid wordt bedongen. Een onzakelijke rentevergoeding houdt in dat de vergoeding of te laag of te hoog is in vergelijking met de zakelijke rente. Het zakelijke deel van de rente mag gewoon in aftrek worden gebracht, aangezien het fiscaal gezien gaat om een lening. Het verschil tussen de zakelijke en onzakelijke rentevergoeding wordt gezien als een winstuitdeling of als informeel kapitaal. Dat deel mag dus niet ten laste van de winst worden gebracht indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.<sup>29</sup> Indien er sprake is van een onzakelijke rente moet de rente worden gecorrigeerd. De rente mag echter niet worden gecorrigeerd tot een rente die ervoor zorgt dat de lening in wezen winstdelend wordt. Dit houdt in dat de rente in wezen afhankelijk wordt van het behaalde resultaat. Waar precies de grens ligt tussen een winstdelende rente en een niet winstdelende rente is niet duidelijk. In de volgende paragraaf komt de winstdelende nogmaals aan de orde bij BNB 2012/37.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> HR 29 oktober 2004, nr. 40926, BNB 2004/64.

<sup>26</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23919, BNB 1988/217.

<sup>27</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Studenteneditie Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Deventer: 2011, paragraaf 2.0.5.E3.

<sup>28</sup> Art. 8b Wet VPB 1969

<sup>29</sup> D.E. van Sprundel en J. van Strien, *Terugkeer naar Ithaka? De onzakelijke lening bij de crediteur – Deel 4*, WFR 2011/6902.

<sup>30</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever* NTFR Opinie 2011/2910.

Indien de onzakelijkheid bestaat uit het ontbreken van voldoende zekerheid, wordt er onderscheid gemaakt tussen drie verschillende situaties. De eerste situatie betreft de situatie waarin de debiteur wel voldoende zekerheid kon verstrekken, maar dit heeft nagelaten op grond van onzakelijke redenen. Deze situatie heeft betrekking op BNB 2008/191 waarop in de volgende paragraaf verder wordt ingegaan. In de tweede situatie is de debiteur ook in staat om voldoende zekerheid te bieden, maar deze zekerheid niet verstrekt op basis van zakelijke redenen.<sup>31</sup> Een zakelijke reden is bijvoorbeeld om de zekerheid die de vennootschap kan verstrekken te ‘bewaren’ om de mogelijkheid te hebben om alsnog extern een financiering aan te kunnen gaan. In de laatste situatie is de debiteur niet in staat om voldoende zekerheid te verstrekken, maar een onafhankelijke derde zou bereid zijn om de lening aan te gaan tegen een hogere rentevergoeding dan dat hij zou krijgen indien er wel zekerheid wordt bedongen.<sup>32</sup>

## 2.5 Onzakelijke lening

Indien er sprake is van een onzakelijke voorwaarde die niet gecorrigeerd kan worden, zijn de arresten met betrekking tot de onzakelijke lening van belang. De vraag wat een onzakelijke lening inhoudt, wordt in deze paragraaf beantwoord aan de hand van vier arresten. Het arrest waarin voor het eerst werd gesproken over de onzakelijke lening was BNB 2008/191. Na dit arrest was er nog veel onduidelijkheid betreffende de onzakelijke lening. Meer duidelijkheid kwam op 25 november 2011 toen de Hoge Raad drie arresten wees die betrekking hadden op de onzakelijke lening. In het eerste arrest geeft de Hoge Raad ‘college’ over de vraag wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. In dit arrest zet de Hoge Raad een duidelijk stappenplan uiteen. Het tweede arrest dat wordt besproken gaat over de onzakelijke lening in combinatie met de liquidatieverliesregeling<sup>33</sup>. Het derde arrest van de Hoge Raad gaat over de toepassing van het eerste arrest over de onzakelijke lening op een lening die valt onder de tbs-regeling.

### 2.5.1 HR 9 mei 2008

In mei 2008 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over de onzakelijke lening. In BNB 2008/191 ging het om een vennootschap (belanghebbende) die deel uitmaakte van een groep. De

---

<sup>31</sup> D.E. van Sprundel en J. van Strien, *Terugkeer naar Ithaka? De onzakelijke lening bij de crediteur – Deel 4*, WFR 2011/6902.

<sup>32</sup> D.E. van Sprundel en J. van Strien, *Terugkeer naar Ithaka? De onzakelijke lening bij de crediteur – Deel 4*, WFR 2011/6902.

<sup>33</sup> Art. 13d Wet VPB 1969

aandelen van deze vennootschap zijn overgedragen tegen uitgifte van certificaten van de aandelen aan een stichting administratiekantoor. Na een reorganisatie in 1995 besloten enkele certificaathouders hun belangen af te stoten. De overige certificaathouders hadden echter niet genoeg middelen beschikbaar om de certificaten op te kopen. Daarom werd besloten een houdstermaatschappij op te richten die de certificaten zou opkopen. De koop werd gefinancierd met een lening die werd aangegaan tussen belanghebbende en de holding. Voor de lening werd er een rente overeengekomen. Maar er was geen overeenkomst opgemaakt, er was geen aflossingsschema opgesteld en er waren geen zekerheden verstrekt. Door de gewijzigde economische omstandigheden gingen de resultaten van de groep achteruit. De groep maakte verliezen en kreeg een negatief eigen vermogen. De aandelen in de holding werden verkocht in het jaar 2010. Ook werd de vordering, die belanghebbende op de vennootschap had, overgedragen aan F.

De Hoge Raad oordeelt dat het in dit geval gaat om een onzakelijke lening. Bij de beoordeling van de feiten heeft meegespeeld dat er geen zekerheden waren verstrekt betreffende de lening. Ook speelde mee dat de vennootschap geen andere financiële middelen had om de koopsom te betalen. Een ander belangrijk aspect was dat het de bedoeling was dat de aflossing van de lening betaald moest worden uit de dividendstroom van de holding aan de vennootschap. Aangezien er geen dividend werd uitgegeven door de slechte economische omstandigheden, kon de lening niet worden afgelost. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat het ging om een lening die een onafhankelijke derde niet met de belanghebbende zou zijn aangegaan. Dat heeft volgens de Hoge Raad tot gevolg dat het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is. In BNB 2012/37 en BNB 2012/38, de arresten die in de volgende paragraaf besproken worden, is meer duidelijkheid gegeven door de Hoge Raad betreft de onzakelijke lening.

Uit dit arrest blijkt dus dat “ indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet – behoudens bijzonder omstandigheden- ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de

geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht.”<sup>34</sup> Indien dit het geval is, is er sprake van een onzakelijke lening.

## **2.5.2 HR 25 november 2011**

Na het arrest van 9 mei 2008 van de Hoge Raad was er veel onduidelijkheid omtrent de onzakelijke lening. Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad drie arresten gewezen die de onzakelijke lening aangaan. Deze arresten geven meer duidelijkheid over het vraagstuk over de onzakelijke lening.

### **2.5.2.1 Onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting**

In BNB 2012/37<sup>35</sup> heeft de Hoge Raad ‘college’ gegeven over het leerstuk van de onzakelijke lening. In dit arrest ging het om een de belanghebbende (de moedermaatschappij) die een BV heeft opgericht, A BV. Deze BV is samen met de belanghebbende gevoegd in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. In 1999 heeft de moedermaatschappij haar effecten verkocht aan A BV. Deze verkoop werd gefinancierd door middel van een rekening-courantverhouding tussen beide BV’s met een rente van 5%. Aan het einde van het jaar 1999 is de fiscale eenheid beëindigd. In 2001 is de rekening-courantverhouding omgezet in een geldlening met een aflossingstermijn van 10 jaar en een rente van 5% die aan het einde van elk jaar betaald dient te worden. Over de jaren 2000 en 2001 is A BV de rente schuldig gebleven.

In december 2001 is de feitelijke leiding van beide BV’s naar de Nederlandse Antillen verplaatst. Op dat moment had A BV een negatief eigen vermogen. De moedermaatschappij heeft daarom de vordering op A BV afgewaardeerd.

In het geschil was of deze afwaardering terecht ten laste van het resultaat is gebracht. Het Hof Arnhem<sup>36</sup> was het eens met de inspecteur dat dit afwaarderingsverlies niet in aftrek mocht worden gebracht op de winst. Het hof was namelijk van mening dat de geldverstrekking van belanghebbende aan A BV alle zakelijkheid ontbeert. Hierbij heeft meegespeeld dat er geen zekerheid was bedongen en er geen aflossingsschema was opgesteld. Ook het feit dat A BV alleen inkomsten had van de effecten, hetgeen niet eens genoeg zou zijn om de rente te kunnen betalen, speelde een rol bij de beoordeling van het hof. Volgens het hof gaat het hier dan ook om

---

<sup>34</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/19, rechtsoverweging 3.4.

<sup>35</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>36</sup> Gerechtshof Arnhem 19 november 2008, nr. 08/00035, NTFR 2008/2437.

een onzakelijke lening, aangezien belanghebbende een debiteurenrisico op zich heeft genomen dat een onafhankelijke derde nooit zal hebben gedaan. De afwaardering mag dus niet in aftrek van het resultaat worden gebracht.

In BNB 2012/37 heeft de Hoge Raad een duidelijk stappenplan gevolgd bij het bepalen of het afwaarderingsverlies ten onrechte ten laste van het resultaat is gebracht. In het vervolg moet bij het bepalen of er sprake is van een onzakelijke lening dit stappenplan gevolgd worden. Bij de eerste stap moet er getoetst worden of de geldverstrekking fiscaal gezien een geldlening of een kapitaalverstrekking is. Zoals al eerder besproken, is daarbij de civielrechtelijke vorm beslissend. Uit HR 1988/217 bleken drie uitzonderingen: de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. Als geen van deze drie uitzonderingen van toepassing is, is er fiscaalrechtelijk zonder meer sprake van een geldlening.

De volgende stap houdt in dat, indien er fiscaal gezien sprake is van een geldlening, bekeken moet worden of de rente die is vastgesteld, voldoet aan het “at arm’s length” beginsel. Als dat niet het geval is, moet voor de fiscale winstberekening wel van een zakelijke rente worden uitgegaan. Duidelijk moet zijn dat enkel een onzakelijke rente er niet toe leidt dat het afwaarderingsverlies niet in aftrek mag worden gebracht op de winst. Als de rente gecorrigeerd kan worden, dan is de zakelijke rente aftrekbaar.<sup>37</sup> De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat bij het bepalen van een zakelijke rente niet zodanig mag worden gecorrigeerd dat de rente in wezen winstdelend wordt. Door de Hoge Raad wordt dit niet toegestaan, omdat anders het karakter van de overeenkomst die de partijen zijn overeengekomen wordt aangetast. Waar echter de grens tussen een winstdelende rente en een niet winstdelende rente ligt, is niet duidelijk.<sup>38</sup>

Indien er geen rente, of alleen een winstdelende rente, kan worden bepaald waarbij een onafhankelijke derde bereid zal zijn om de lening aan te gaan, dan moet ervan uit worden gegaan dat de gelieerde vennootschap een debiteurenrisico heeft gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou lopen. In dat geval wordt verondersteld dat de gelieerde vennootschap de lening is aangegaan in haar hoedanigheid van aandeelhouder. Het gevolg daarvan is dat een verlies op een

---

<sup>37</sup> D.E. van Sprundel en J. van Strien, *Terugkeer naar Ithaka? De onzakelijke lening bij de crediteur – Deel 4*, WFR 2011/6902.

<sup>38</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR Opinie 2011/2910.



dergelijke lening niet in aftrek mag worden gebracht op het resultaat van de debiteur, aangezien er dan sprake is van een onzakelijke lening.

Als er sprake is van een onzakelijke lening, blijft de status van een geldlening behouden. De (zakelijke) rente mag dan ook gewoon in aftrek worden genomen op het resultaat van de debiteur. Bij de crediteur wordt deze rente, inclusief een opslag voor het debiteurenrisico, belast.<sup>39</sup> Echter, hoe wordt de zakelijke rente bepaald van een onzakelijke lening? Het gaat er bij een onzakelijke lening juist om dat er geen zakelijke rente kan worden bepaald. Door de Hoge Raad is bepaald dat er een rente in aftrek mag worden gebracht die een onafhankelijke derde zou hebben bepaald als de uitlenende vennootschap borg zal staan voor de lening. Verder is er door de Hoge Raad vastgesteld dat er bij het *aangaan* van de lening bepaald moet worden of er sprake is van een onzakelijke lening. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de lening als geheel moet worden beoordeeld op onzakelijkheid. Het is niet mogelijk dat een deel van de lening als zakelijk wordt aangemerkt en een deel van de lening als onzakelijk.

Nieuweboer ontleent aan dit arrest drie cumulatieve voorwaarden waaraan een lening moet voldoen om als onzakelijke lening aangemerkt te worden: “(i) de lening is verstrekt aan een met de belastingplichtige gelieerde partij en (ii) draagt een onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico (iii) op het moment van aangaan van de lening.”<sup>40</sup> Hij veronderstelt daarbij dat onder een gelieerde partij zowel aandeelhouders als deelnemingen worden verstaan.

Op 25 november is er nog een arrest over de onzakelijke lening geweest door de Hoge Raad, namelijk BNB 2012/38<sup>41</sup>. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat het afwaarderingsverlies, hetgeen niet aftrekbaar is, wel tot het opgeofferde bedrag behoort indien er sprake is van een onzakelijke lening. Waardoor bij liquidatie het verlies alsnog in aftrek gebracht kan worden op het resultaat door toepassing van de liquidatieverliesregeling.<sup>42</sup> Voordat het arrest besproken wordt, wordt eerst de liquidatieverliesregeling in het kort uiteengezet. Bij liquidatie van een vennootschap wordt het liquidatieverlies bepaald door het opgeofferde bedrag te verminderen met de liquidatie-uitkeringen. Dit verlies mag alsnog in mindering worden gebracht op de winst. Het opgeofferde bedrag bestaat uit de kostprijs van de deelneming met onder andere

---

<sup>39</sup> J. Ganzeveld en H.Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR Opinie 2011/2910.

<sup>40</sup> Nieuweboer, *Hoge Raad zet leerstuk van onzakelijke lening uiteen*, NTFR 2011/2722.

<sup>41</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38.

<sup>42</sup> Art. 13d Wet VPB 1969

een verhoging voor formele en informele kapitaalstortingen.<sup>43</sup> In het geval dat er sprake is van een onzakelijke lening, mag het opgeofferde bedrag worden verhoogd met het afwaarderingsverlies bij liquidatie.

In BNB 2012/38 gaat het om aandelen in vennootschap A (belanghebbende) die worden gehouden door B. In het jaar 1998 heeft belanghebbende A GmbH opgericht in Duitsland. Belanghebbende heeft een deelneming in de GmbH. In hetzelfde jaar heeft belanghebbende een geldlening verstrekt aan de vennootschap onder de volgende voorwaarden: rente van 4%, de eerste vijf jaren hoeft er niet te worden afgelost, de lening is direct opeisbaar en er zijn verder geen zekerheden of borgstellingen.

In de jaren van 1998 tot en met 2000 heeft de vennootschap alleen maar verliezen geleden. De horecaonderneming is verkocht in 2000. In oktober 2001 is de GmbH geliquideerd, waarbij de geldlening oninbaar was. Belanghebbende heeft het liquidatieverlies in aftrek genomen, maar de inspecteur was het daar niet mee eens. Gerechtshof Arnhem<sup>44</sup> heeft besloten dat, gegeven de voorgenoemde omstandigheden, de lening is verstrekt onder voorwaarden die een onafhankelijke derde niet zou aanvaarden vanwege het hoge debiteurenrisico. Volgens het hof heeft de belanghebbende dit risico aanvaardt op grond van aandeelhoudersmotieven. Het afwaarderingsverlies mag dus niet in mindering worden gebracht op de winst. Het hof is van mening dat het opgeofferde bedrag niet hoeft te worden verhoogd, aangezien de lening niet is kwijtgescholden.

Belanghebbende is het echter niet eens met het oordeel van het hof. Volgens belanghebbende heeft het hof ten onrechte geoordeeld dat de kostprijs van de deelneming in de GmbH niet wordt verhoogd met een bedrag ter hoogte van de afwaardering. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat als er sprake is van een onzakelijke lening, er wordt verondersteld dat belanghebbende het debiteurenrisico heeft aanvaard op grond van aandeelhoudersmotieven. Op grond van art. 13d Wet VPB 1969 wordt het opgeofferde bedrag dan verhoogd met het verlies dat is gemaakt op de lening, doordat het verlies voortvloeit uit aandeelhouderschap. Deze verhoging vindt plaats indien de liquidatie is voltooid.

---

<sup>43</sup> W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: 2008, paragraaf 7.2.1 en 7.2.2.

<sup>44</sup> Gerechtshof Arnhem 26 oktober 2010, nrs. 09/00075 en 09/00077, NTFR 2010/2754.

### 2.5.2.3 Onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsfeer

De voorgaande arresten die zijn besproken in deze paragraaf hebben invloed op de vennootschapsbelasting. In BNB 2012/78<sup>45</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld hoe er moet worden omgegaan met een afwaarderingsverlies indien er sprake is van een terbeschikkingstelling<sup>46</sup> op grond van art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001. Aan dit arrest lag de volgende casus ten grondslag. De aandelen van Beheer BV worden gehouden door individu X (belanghebbende) en de houdstervennootschap van de echtgenote van belanghebbende. Beheer BV heeft zelf 75% belang in E BV. Belanghebbende heeft in 2003 een geldlening verstrekt aan Beheer BV. Belanghebbende heeft zelf een lening bij de houdstervennootschap van zijn echtgenote om de lening te kunnen verstrekken aan Beheer BV. Daarnaast heeft de houdstervennootschap van de echtgenote ook een lening verstrekt aan Beheer BV. Beheer BV heeft deze leningen aangewend om een lening te kunnen verstrekken aan E BV. E BV heeft naast deze lening ook een lening aangetrokken bij de ING Bank. De ING Bank heeft een pandrecht bedongen als zekerheid voor deze lening. In augustus 2004 is E BV failliet verklaard als gevolg van het faillissement van haar grootste klant. Belanghebbende heeft in juli 2004 de vordering op Beheer BV kwijtgescholden aangezien belanghebbende samen met zijn echtgenote het voornemen had om de bedrijfsactiviteiten van de grootste klant van E BV voort te zetten. Realisatie van een fiscaal verlies was echter het doorslaggevende motief om de vordering kwijt te schelden.

In dit arrest ging het erom of het kwijtscheldingsverlies in mindering mocht worden gebracht op het resultaat uit overige werkzaamheden<sup>47</sup> van de belanghebbende. Het gaat in dit geval om een resultaat uit overige werkzaamheid, omdat de vordering bij de debiteur onder de terbeschikkingstelling valt. Het Gerechtshof Arnhem<sup>48</sup> had aan de hand van een aantal omstandigheden geoordeeld dat de belanghebbende bij het verstrekken van de lening een zodanig debiteurenrisico heeft aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou aanvaarden. Er is sprake van een onzakelijke lening, omdat verondersteld wordt dat belanghebbende de lening heeft verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder. Het maakt volgens het hof niet uit dat in dit geval de aandeelhouder een geldlening heeft verstrekt aan de vennootschap en niet andersom

---

<sup>45</sup> Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>46</sup> In hoofdstuk 3 wordt de terbeschikkingstelling nader toegelicht.

<sup>47</sup> In hoofdstuk 3 wordt het begrip resultaat uit overige werkzaamheden nader toegelicht. Daar zal ook worden toegelicht dat de terbeschikkingstellingsregeling onder de categorie resultaat uit overige werkzaamheden valt.

<sup>48</sup> Gerechtshof Arnhem 5 oktober 2010, nr. 10/00175, NTFR 2011/449.

zoals in BNB 2008/191. Het hof heeft deze conclusie gebaseerd op de omstandigheden dat de vennootschap geen zekerheden heeft verschaft en geen aflossingsschema heeft opgesteld. Ook heeft in de afweging meegespeeld dat de vennootschap bijna geen bezittingen heeft. Daarnaast is het hof van mening dat de lening valt onder de terbeschikkingstellingsregeling. Belanghebbende mag het kwijtscheldingsverlies niet in mindering brengen op zijn resultaat uit overige werkzaamheden.

Uit dit arrest blijkt dat BNB 2012/37 ook geldt voor een geldlening die valt onder de terbeschikkingstellingregeling. Ook in een dergelijke situatie wordt een debiteurenrisico aanvaard gebaseerd op de aandeelhoudersrelatie. In het arrest wordt de volgende opmerking gemaakt: indien er op grond van BNB 2012/37 sprake is van een onzakelijke geldlening dan wordt de kwijtschelding gezien als een informele kapitaalstorting. Zowel voor de crediteur als de debiteur moet de kwijtschelding aangemerkt worden als een informele kapitaalstorting. Dit heeft tot gevolg dat het kwijtscheldingsverlies niet in mindering mag worden gebracht op het resultaat uit overige werkzaamheden. De verkrijgingsprijs op grond van art. 4.21 Wet IB 2001 wordt verhoogd met een bedrag ter hoogte van de informele kapitaalstorting.

## 2.6 Conclusie

Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad drie arresten gewezen waarin duidelijk wordt wat er onder een onzakelijke lening wordt verstaan. De Hoge Raad heeft in BNB 2012/37 een duidelijk stappenplan gegeven dat doorlopen moet worden bij de beoordeling of er sprake is van een onzakelijke lening. De eerste stap houdt in dat er getoetst moet worden of er fiscaal gezien sprake is van een geldverstrekking. Hierbij wordt de civielrechtelijke vorm gevolgd. In BNB 1988/217 zijn echter drie uitzonderingen opgenomen, namelijk de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Indien na deze toets blijkt dat er fiscaal gezien sprake is van een geldlening, moet er gekeken worden of er onzakelijke voorwaarden ten grondslag liggen aan de lening. Als dat het geval is, dient de onzakelijkheid gecorrigeerd te worden. Er dient in het geval van een onzakelijke rente bijvoorbeeld een zakelijke rente bepaald te worden waarbij een onafhankelijke derde ook bereid is om de lening aan te gaan. Deze rente mag niet zo worden gecorrigeerd dat de lening in wezen winstdelend wordt. Indien er geen rente, of alleen een winstdelende rente, bepaald kan worden, wordt er verondersteld dat de crediteur

een dusdanig hoog debiteurenrisico heeft aanvaard dat een onafhankelijke derde deze niet zou aanvaarden. Er wordt dan geacht dat de crediteur de lening is aangegaan op grond van de aandeelhoudersrelatie. Indien dat het geval is, is er sprake van een onzakelijke lening. Het gevolg daarvan is dat een eventueel afwaarderingsverlies bij de debiteur niet in aftrek mag worden gebracht op de vordering. In geval van liquidatie wordt het opgeofferde bedrag echter wel verhoogd met het afwaarderingsverlies. De debiteur mag echter een zakelijke rente in aftrek brengen op zijn resultaat, aangezien een onzakelijke lening fiscaal gezien als lening blijft. De rente die in aftrek gebracht mag worden op het resultaat is een rente die een onafhankelijke derde zou aanvaarden als de crediteur garant staat. In BNB 2012/78 is bepaald dat hetgeen de Hoge Raad in BNB 2012/37 heeft geoordeeld ook van toepassing is op een terbeschikkingstelling op grond van art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

# Hoofdstuk 3 De ongebruikelijke terbeschikkingstelling

---

## 3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is beschreven wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. In dit onderzoek wordt een antwoord gezocht op de vraag of het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast als er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Om tot een conclusie te kunnen komen, wordt er in dit hoofdstuk beschreven wat er wordt verstaan onder een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Voordat er op dat vraagstuk wordt ingegaan, wordt er eerst beschreven wat er wordt verstaan onder de terbeschikkingstellingsregeling (hierna: tbs-regeling). Deze regeling is in de wet te vinden bij de bepalingen over het resultaat uit overige werkzaamheden. In dit hoofdstuk wordt daarom eerst besproken wat er onder een resultaat uit overige werkzaamheid wordt verstaan.

## 3.2 Resultaat uit overige werkzaamheden

In de inkomstenbelasting wordt belasting geheven via een boxenstelsel. In box 1 wordt het inkomen uit werk en woning belast, in box 2 het inkomen uit aanmerkelijk belang en in box 3 het inkomen uit sparen en beleggen. Uit art. 3.1 Wet IB 2001 blijkt dat het inkomen uit werk en woning onder andere bestaat uit het resultaat uit overige werkzaamheden. Een inkomensbestanddeel wordt in de inkomstenbelasting pas belast als er sprake is van een bron van inkomen. Een bron van inkomen moet voldoen aan de volgende criteria:

1. deelname aan het economische verkeer
2. een redelijk voordeel beogen
3. een redelijk voordeel verwachten<sup>49</sup>

Om als resultaat uit overige werkzaamheden aangemerkt te worden, moet er nog aan een andere eis voldaan worden. Deze eis blijkt uit een omschrijving van het begrip werkzaamheid van

---

<sup>49</sup> Heithuis, Kavelaars en Schuwer, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting* (FED Fiscale Studieserie), Deventer: FED 2010, paragraaf 3.4.

Heithuis et al.: “Het verrichten van enige vorm van arbeid in het economische verkeer, dat is gericht op het behalen van een geldelijk voordeel en niet is aan te merken als winst uit onderneming of als loon uit dienstbetrekking.”<sup>50</sup> Deze eis is niet in de wet opgenomen. Om als werkzaamheid aangemerkt te worden, moet er dus ook arbeid zijn verricht die verband houdt met het voordeel. Het gaat hierbij niet om de kwantiteit maar om de kwaliteit van de arbeid. Om als resultaat uit overige werkzaamheid aangemerkt te worden, hoeft er slechts het minimale aan arbeid te zijn verricht.<sup>51</sup> Het is zelfs mogelijk dat de arbeid door een ander dan de belastingplichtige is verricht.<sup>52</sup>

In de wet is wel een omschrijving van het begrip resultaat uit overige werkzaamheden te vinden: “Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden is het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meerdere werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbaar loon genereren verminderd met de terbeschikkingstellingsvrijstelling”<sup>53</sup>. Hieruit blijkt dat het resultaat uit overige werkzaamheden een soort restcategorie is waarvan het inkomen wel moet worden belast in box 1 van de inkomstenbelasting, maar niet valt onder de categorie winst uit onderneming en ook niet onder de categorie loon uit dienstbetrekking. In de parlementaire behandeling wordt er extra benadrukt dat het resultaat uit overige werkzaamheden een restcategorie is en dat deze categorie daarom ook in een aparte afdeling in de wet is ondergebracht.<sup>54</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat onder de categorie resultaat uit overige werkzaamheden inkomsten vallen die vergelijkbaar zijn met loon, maar die niet zijn verkregen uit dienstbetrekking.<sup>55</sup> Het kenmerk van loon is dat er sprake moet zijn van een dienstbetrekking. Er zijn drie vereisten waaraan een dienstbetrekking moet voldoen: arbeid verrichten, loonbetaling en gezagsverhouding.<sup>56</sup> Als het gaat om resultaat uit overige werkzaamheden wordt er arbeid verricht tegen een vergoeding, maar de gezagsverhouding ontbreekt. Door het vaak eenmalige en vluchtige karakter van de verrichte arbeid valt het inkomen onder de categorie resultaat uit

---

<sup>50</sup> Heithuis, Kavelaars en Schuiver, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting* (FED Fiscale Studieserie), Deventer: FED 2010, paragraaf 3.4.

<sup>51</sup> idem

<sup>52</sup> HR 5 september 1956, nr. 12859, BNB 1956/266.

<sup>53</sup> Art. 3.90 Wet IB 2001.

<sup>54</sup> Kamerstukken 1998/1999, 26727, nr. 3, blz. 132.

<sup>55</sup> Kamerstukken 1998/1999, 26727, nr. 3, blz. 132.

<sup>56</sup> Van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud* (Fiscale monografieën), Deventer: Fiscale monografieën 2008, paragraaf 6.3.3.

overige werkzaamheden.<sup>57</sup> In de afdeling resultaat uit overige werkzaamheden worden ook inkomsten belast die vergelijkbaar zijn met winst, maar niet vallen onder de categorie winst uit onderneming. In dit geval is er geen sprake van een onderneming, door het ontbreken van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal.<sup>58</sup>

### 3.3 Terbeschikkingstellingregeling

De tbs-regeling is opgenomen onder de afdeling resultaat uit overige werkzaamheden. Het ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel wordt voor toepassing van de wet gelijkgesteld met een werkzaamheid. Deze regeling heeft op zichzelf niets te maken met een werkzaamheid.<sup>59</sup> Bij het ter beschikking stellen wordt namelijk niet of nauwelijks arbeid verricht. Om als werkzaamheid aangemerkt te worden, dient onder andere voldaan te worden aan de voorwaarde dat er arbeid moet worden verricht.<sup>60</sup>

De tbs-regeling is een anti-misbruikbepaling. Deze regeling is in de wet opgenomen om tariefsarbitrage te voorkomen. Zonder deze regeling kan er een tariefsvoordeel behaald worden door een vermogensbestanddeel zelf of door bijvoorbeeld een echtgenoot ter beschikking te laten stellen aan een vennootschap. Het vermogensbestanddeel zou dan vallen onder de heffingsgrondslag van box 3. In box 3 wordt het fictief rendement, gesteld op 4% van de waarde van het vermogensbestanddeel, in de heffing betrokken voor een tarief van 30%. Dit komt neer op een effectief tarief van 1,2% over de waarde van het vermogensbestanddeel. Indien het vermogensbestanddeel door de vennootschap zelf wordt aangeschaft, wordt het in de belastingheffing betrokken voor zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting. Dit komt neer op maximaal een tarief van 43,75%<sup>61</sup>. Om dus tariefsarbitrage te voorkomen, is de tbs-regeling ingevoerd. Indien aan alle voorwaarden wordt voldaan van een terbeschikkingstelling, wordt het vermogensbestanddeel belast tegen het tarief van box 1. Het maximale tarief in box 1

---

<sup>57</sup> Heithuis, Kavelaars en Schuiver, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting* (FED Fiscale Studieserie), Deventer: FED 2010, paragraaf 3.4.

<sup>58</sup> Kamerstukken 1998/1999, 26727, nr. 3, blz. 133.

<sup>59</sup> Heithuis, Kavelaars en Schuiver, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting* (FED Fiscale Studieserie), Deventer: FED 2010, paragraaf 3.4.4.

<sup>60</sup> L.G.M. Stevens, *Basisboek belastingen*, Deventer: 2007, paragraaf 6.1.c.

<sup>61</sup> Berekening van het gecombineerde ab/vpb tarief:

25% VPB + 25 % box 2 (aanmerkelijk belang) \* (100-25) = 43, 75 %



is 52%, waardoor de wetgever er voor heeft gekozen om een terbeschikkingstellingvrijstelling<sup>62</sup> in te voeren van 12%.<sup>63</sup> Dit komt neer op een effectief tarief van maximaal 45,76%.<sup>64</sup>

De tbs-regeling moet worden toegepast als aan alle voorwaarden wordt voldaan. Er moet sprake zijn van een terbeschikkingstelling van een vermogensbestanddeel. Het vermogensbestanddeel moet ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft. De tbs-regeling moet echter ook worden toegepast als niet de belastingplichtige, maar een met de belastingplichtige verbonden persoon een aanmerkelijk belang in de vennootschap heeft. Deze voorwaarden worden in een subparagraaf nader toegelicht.

Indien aan alle voorwaarden is voldaan, wordt het resultaat van het ter beschikking stellen van het betreffende vermogensbestanddeel in de heffing van box 1 van de inkomstenbelasting betrokken. De kosten die verband houden met de terbeschikkingstelling mogen ook in aftrek worden gebracht op het resultaat.

### 3.3.1 Ter beschikking stellen

Als eerste moet er dus sprake zijn van het ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel. Er zijn verschillende manieren van ter beschikking stellen mogelijk. Het is mogelijk om een vermogensbestanddeel aan een onderneming of aan een werkzaamheid ter beschikking te stellen. Deze manieren van ter beschikking stellen blijken uit art. 3.91 Wet IB 2001. Onder deze bepaling valt ook het rendabel maken van vermogen dat normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat.<sup>65</sup> Op deze manieren van ter beschikking stellen wordt verder in dit onderzoek niet ingegaan, aangezien het de probleemstelling te buiten gaat.

Een andere manier om vermogensbestanddelen ter beschikking te stellen is het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin de belastingplichtige zelf of een verbonden persoon een aanmerkelijk belang houdt. Het is ook mogelijk om ter beschikking te stellen aan een samenwerkingsverband waarvan een vennootschap deel uitmaakt waarin een

---

<sup>62</sup> Art. 3.99b Wet IB 2001

<sup>63</sup> Sillevus, Van Kempen en Van Westen, *Inkomstenbelasting* (Cursus belastingrecht studenteneditie), Deventer: 2010, paragraaf 3.4.1.B.

<sup>64</sup> Berekening:  $88\% \text{ van } 52\% = 45,76\%$

<sup>65</sup> Art. 3.91 Wet IB 2001

aanmerkelijk belang wordt gehouden.<sup>66</sup> Het begrip aanmerkelijk belang wordt in de volgende subparagraaf nader toegelicht. Het doet niet ter zake of er ter beschikking wordt gesteld tegen een vergoeding.<sup>67</sup> Ook een indirecte terbeschikkingstelling valt onder het resultaat uit overige werkzaamheden.

### 3.3.2 Aanmerkelijk belang

Een van de voorwaarden is dat er ter beschikking moet worden gesteld aan een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden. De belastingplichtige of een met hem verbonden persoon moet een aanmerkelijk belang hebben in de vennootschap. Het begrip verbonden personen wordt in de volgende paragraaf nader toegelicht.

Er is sprake van aanmerkelijk belang als de belastingplichtige samen met zijn partner voor 5% of meer van de aandelen heeft in het nominaal gestort kapitaal van de vennootschap. De belastingplichtige heeft ook een aanmerkelijk belang indien hij 5% of meer winstbewijzen of koopopties in zijn bezit heeft.<sup>68</sup> Een aanmerkelijk belang op grond van de meetregeling of een fictief aanmerkelijk belang geldt niet als aanmerkelijk belang in de tbs-regeling.<sup>69</sup> De meetregeling<sup>70</sup> houdt in dat de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft als de belastingplichtige aandelen houdt in een vennootschap waarin hij zelf geen aanmerkelijk belang heeft, maar zijn partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn wel. Van een fictief aanmerkelijk belang is sprake indien er geen sprake is van een aanmerkelijk belang volgens een andere bepaling en indien er een van de genoemde bepalingen<sup>71</sup> in het artikel van toepassing zijn geweest.<sup>72</sup>

### 3.3.3 Verbonden personen

Alvorens te kunnen bepalen of er sprake is van een terbeschikkingstelling, is het van belang om uiteen te zetten wat valt onder het begrip verbonden personen. Onder een met de belastingplichtige verbonden persoon wordt zowel de partner van de belastingplichtige als de

---

<sup>66</sup> Art. 3.92 Wet IB 2001

<sup>67</sup> Heithuis, Kavelaars en Schuver, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting* (Fiscale Studieresie), Deventer: FED 2010, paragraaf 3.4.4.

<sup>68</sup> Art. 4.6 Wet IB 2001

<sup>69</sup> Art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001

<sup>70</sup> Art. 4.10 Wet IB 2001

<sup>71</sup> Art. 3.65, 4.17, 4.17a, 4.17b, 4.17c, 4.40 of 4.41 Wet IB 2001

<sup>72</sup> Art. 4.11 Wet IB 2001

minderjarige kinderen van de belastingplichtige of zijn partner verstaan.<sup>73</sup> Er is een extra bepaling<sup>74</sup> in de wet opgenomen indien de belastingplichtige minderjarig is. Dan behoren ook de ouders en de eventuele nieuwe partners van de ouders tot de groep van verbonden personen als ook de minderjarige kinderen van die ouders en partners.<sup>75</sup>

Als een verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap waaraan de belastingplichtige vermogensbestanddelen ter beschikking stelt, dan is de tbs-regeling ook van toepassing. De inkomsten die hiermee behaald worden, vallen dan onder het resultaat uit overige werkzaamheden en worden dus belast in box 1.

### 3.4 Ongebruikelijke terbeschikkingstelling

In deze paragraaf wordt de ongebruikelijke terbeschikkingstelling besproken. Net zoals bij de tbs-regeling moet er sprake zijn van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft. Alleen de voorwaarde van verbonden personen wijzigt bij de ongebruikelijke terbeschikkingstelling ten opzichte van de terbeschikkingstelling. Uit de bepaling<sup>76</sup> blijkt dat de ruime kring van verbonden personen bestaat uit de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner. Echter, de personen die onder de kring van verbonden personen vallen onder de normale tbs-regeling, vallen niet onder de ruime kring van verbonden personen die geldt voor de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De terbeschikkingstellingregeling wordt dan echter alleen toegepast indien er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Er moet dus worden bepaald wat in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk is. Uit de wet is niet te achterhalen wat er wordt verstaan onder een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De parlementaire behandeling<sup>77</sup> verschaft meer duidelijkheid. Daaruit blijkt dat de wetgever heeft gekozen voor een open en dynamische norm. Door voor een open en dynamisch begrip te kiezen, kan worden aangesloten bij de maatschappelijke opvattingen van het moment. Er hoeft niet doorlopend te worden

---

<sup>73</sup> Art. 3.91 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001

<sup>74</sup> Art. 3.92 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001

<sup>75</sup> Zuidgeest, *Verbondenheid in het belastingrecht* (Fiscale monografieën), Deventer: 2008 (Fiscale monografieën), paragraaf 6.3.6.

<sup>76</sup> Art. 3.92 lid 3 Wet IB 2001

<sup>77</sup> Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 3, blz. 50

getoetst of een bepaalde terbeschikkingstelling gebruikelijk is of niet gegeven de maatschappelijke opvattingen. Er dient alleen getoetst te worden op momenten waarop er tussen derden een herziening van de voorwaarden zal plaatsvinden.<sup>78</sup> Daarnaast zou het opsommen van alle transacties die ongebruikelijk zijn, leiden tot te complexe regelgeving.

Uit de parlementaire behandeling blijkt ook de strekking van de bepaling. De bepaling is namelijk in de wet opgenomen om het resultaat uit de terbeschikkingstelling van een vermogensbestanddeel te belasten in box 1 indien er op oneigenlijke wijze wordt ingespeeld op de verschillen in belastingdruk tussen de boxen.<sup>79</sup>

### 3.4.1 Beoordeling ongebruikelijkheid

Bij het beoordelen of een terbeschikkingstelling in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk is, moeten er meerdere invalshoeken worden bekeken. De staatssecretaris deed daar de volgende uitspraak over: “Niet alleen dient te worden getoetst aan de vraag of een bepaalde contractuele verhouding in het algemeen of onder die voorwaarden gebruikelijk is, ook is van belang of die overeenkomst maatschappelijk gebruikelijk is in de gegeven (familie)relatie.”<sup>80</sup> Indien er sprake is van een terbeschikkingstelling onder normale voorwaarden aan de genoemde ruime kring van verbonden personen, valt deze niet onder de bepaling van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Dan wordt het vermogensbestanddeel dus niet betrokken in de heffing van de inkomstenbelasting als resultaat uit overige werkzaamheden, maar wordt het vermogensbestanddeel belast in box 3.

Ook de Hoge Raad heeft in zijn arrest van 15 oktober 2010<sup>81</sup> duidelijkheid gegeven ten aanzien van de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In dit arrest ging het om de volgende situatie. De vader van de belanghebbende hield alle aandelen in B BV. De BV huurde een pand van de vader. In december 1999 heeft de vader het desbetreffende pand verkocht aan zijn meerderjarige kinderen. Vanaf 2003 verhuren zij het pand aan de BV van vader. Voor het Gerechtshof Amsterdam<sup>82</sup> was in geschil of de verhuur van het pand door de kinderen aan de BV van vader moet worden aangemerkt als een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke

---

<sup>78</sup> Besluit van 1 december 2008, nr. 2008/520, BNB 2009/33, onderdeel 17.

<sup>79</sup> Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr.3, blz. 49-50

<sup>80</sup> Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 3, blz. 50

<sup>81</sup> HR 15 oktober 2010, nr. 09/02120, BNB 2011/36

<sup>82</sup> Gerechtshof Amsterdam 16 april 2009, nr. 08/00054

terbeschikkingstelling. Belangrijk is daarbij dat het hof bij de beantwoording van deze vraag het geheel van rechtshandelingen, die de terbeschikkingstelling mogelijk hebben gemaakt, in aanmerking heeft genomen. Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat er sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als een geheel van rechtshandelingen, die tot een bepaald resultaat leiden, zich tussen derden niet zou voordoen. De Hoge Raad acht de opvattingen van het Hof betreft de ongebruikelijke terbeschikkingstelling juist.

Advocaat-Generaal Niessen<sup>83</sup> heeft in zijn conclusie bij dit arrest opgenomen dat de regering bij het beoordelen op ongebruikelijkheid een dubbele toets heeft beoogd. Als eerste moet beoordeeld worden of een rechtshandeling ongebruikelijk is. Daarnaast moet onderzocht worden of in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk rechtshandelingen in familieverhouding ongebruikelijk zijn.

Het voorgaande geldt voor de ongebruikelijke terbeschikkingstelling in het algemeen. In de parlementaire behandeling<sup>84</sup> zijn echter ook een aantal situaties beschreven wanneer een terbeschikkingstelling gebruikelijk dan wel ongebruikelijk is. In beginsel is het gebruikelijk dat ouders een lening verstrekken aan hun meerderjarige kinderen ten behoeve van hun onderneming. De vordering wordt bij vader belast in box 3 en de rentelasten kunnen door het desbetreffende kind in mindering worden gebracht op de winst van de onderneming.

Er mag echter geen sprake zijn van een maatschappelijk ongebruikelijke overeenkomst of ongebruikelijke omstandigheden. Dan wordt er geacht dat er op oneigenlijke wijze gebruik wordt gemaakt van de verschillen tussen de boxen. Het gevolg daarvan is dat de vordering van de vader op zijn kind onder de tbs-regeling valt.<sup>85</sup>

Het is niet gebruikelijk indien de vader een achtergestelde lening verstrekt aan het meerderjarige kind tegen ‘zachte’ voorwaarden.<sup>86</sup> De vraag is echter wat ‘zachte’ voorwaarden zijn. Binnen een familieverhouding kunnen ‘zachte’ voorwaarden gebruikelijk zijn. Zoals al eerder uit de parlementaire behandeling is gebleken, moet er worden gekeken of de overeenkomst binnen

---

<sup>83</sup> Conclusie A-G Niessen 15 oktober 2010, nr. 09/02120, BNB 2011/36.

<sup>84</sup> Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 3, blz. 49

<sup>85</sup> Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 3, blz. 49

<sup>86</sup> Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 6, blz. 84

familieverhoudingen gebruikelijk dan wel ongebruikelijk is. Volgens Van Gijlswijk<sup>87</sup> zijn ‘zachte’ voorwaarden binnen familieverhoudingen niet ongebruikelijk. Het is echter wel ongebruikelijk als er ‘te zachte’ voorwaarden worden afgesproken binnen de familierelatie. Waar de grens tussen ‘zachte’ en ‘te zachte’ voorwaarden ligt, is echter niet duidelijk. De staatssecretaris heeft in het Besluit van 1 december 2008 gesteld dat het in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk is als de vader om persoonlijke redenen afziet van de rente die het kind verschuldigd is aan de vader.<sup>88</sup> Naar mijn mening is het in een familierelatie gebruikelijk dat ouders hun kinderen willen bevoordelen. Maar er moet wel een duidelijk grens worden getrokken wat gebruikelijk dan wel ongebruikelijk is. Mijns inziens zijn zachte voorwaarden ongebruikelijk als de voorwaarden zodanig ‘zacht’ zijn zodat het meerderjarige kind zonder vergoeding te hoeven betalen een geldbedrag tot de beschikking van de vennootschap krijgt waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Indien er echter een rente wordt bedongen lager dan een zakelijke rente, is dat naar mijn mening niet voldoende om te kunnen concluderen dat er sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In familierelaties is het naar mijn mening immers gebruikelijk dat ouders hun kinderen willen bevoordelen.

Uit Hof Leeuwarden 15 mei 2009<sup>89</sup> blijkt in welke gevallen er geen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In deze casus was de lening achtergesteld en had de bloed- of aanverwant waarschijnlijk meer kennis over de financiële situatie van de desbetreffende vennootschap. Het Hof oordeelde dat deze omstandigheden het niet aannemelijk maakte dat in dit geval sprake was van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

In de praktijk leidt de bepaling van de ongebruikelijke terbeschikkingstelling tot veel onzekerheid. Daar wordt door zowel de inspecteur als de belastingplichtige gebruik van gemaakt. Volgens Van Gijlswijk<sup>90</sup> wordt er veelal een beroep gedaan op de bepaling van de ongebruikelijke terbeschikkingstelling door personen met verliesgevende activiteiten. Het verlies kan dan in mindering gebracht worden op het inkomen uit box 1. De inspecteur probeert hier een

---

<sup>87</sup> Van Gijlswijk, *De ongebruikelijke tbs'er: een vreemde eend in de bijt*, oktober 2010 ([www.pleinplus.nl/algemeen/toonbijlage.asp?id=11616](http://www.pleinplus.nl/algemeen/toonbijlage.asp?id=11616))

<sup>88</sup> Besluit 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33, onderdeel 19.

<sup>89</sup> Hof Leeuwarden 15 mei 2009, nr. 08/00051, NTFR 2009/1296

<sup>90</sup> Van Gijlswijk, *De ongebruikelijke tbs'er: een vreemde eend in de bijt*, oktober 2010 ([www.pleinplus.nl/algemeen/toonbijlage.asp?id=11616](http://www.pleinplus.nl/algemeen/toonbijlage.asp?id=11616))

stokje voor te steken. In de tegenovergestelde situatie, wanneer het dus gaat om een persoon met winstgevende activiteiten, probeert de inspecteur juist te bewijzen dat er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De bewijslast ligt, zoals altijd bij belastingvermeerderende feiten, bij de inspecteur.<sup>91</sup>

### 3.5 Conclusie

De tbs-regeling valt onder de categorie resultaat uit overige werkzaamheden. De regeling moet worden toegepast indien een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige zelf of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft. De partner van de belastingplichtige en de minderjarige kinderen van de belastingplichtige en eventueel van de partner vallen onder de beperkte kring van verbonden personen bij de normale tbs-regeling. De kring van verbonden personen is echter anders indien er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De ruime kring van verbonden personen bestaat dan uit de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat bij het beoordelen of een terbeschikkingstelling in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk is, eerst getoetst dient te worden of de overeenkomst gebruikelijk is. Daarnaast moet ook getoetst worden of de overeenkomst gebruikelijk is gegeven de familierelatie. De Hoge Raad heeft in BNB 2011/36 geoordeeld dat bij het beoordelen of er sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling alle rechtshandelingen in aanmerking worden genomen. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als een geheel van rechtshandelingen zich tussen derden niet zou voordoen.

Indien ouders een lening verstrekken aan hun meerderjarige kinderen is dat in beginsel gebruikelijk. Er mag echter geen sprake zijn van een maatschappelijk ongebruikelijke overeenkomst of ongebruikelijke omstandigheden. Het is niet gebruikelijk indien de vader een achtergestelde lening verstrekt aan het meerderjarige kind tegen ‘zachte’ voorwaarden. ‘Zachte’ voorwaarden kunnen in een bepaalde familierelatie echter gebruikelijk zijn. Wat de grens is tussen gebruikelijke en ongebruikelijke ‘zachte’ voorwaarden is echter niet duidelijk. De staatssecretaris heeft bepaald dat het ongebruikelijk is als een ouder om persoonlijke redenen afziet op de rente die het kind aan hem is verschuldigd.

---

<sup>91</sup> Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 6, blz. 84

# Hoofdstuk 4 Toepassing leerstuk onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling

---

## 4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is achtereenvolgens beschreven wanneer er sprake is van een onzakelijke lening en wanneer er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In dit hoofdstuk wordt een antwoord gezocht op de onderzoeksvraag of het leerstuk van de onzakelijke lening ook kan worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling in de vorm van een lening. Aan de hand van verschillende visies die in de literatuur over dit vraagstuk bestaan wordt aan het einde van dit hoofdstuk een conclusie getrokken.

## 4.2 Toepassing leerstuk onzakelijke lening op de tbs-regeling

De Hoge Raad heeft in BNB 2012/78 bepaald dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast op de tbs-regeling<sup>92</sup>. In de literatuur bestaat er echter een discussie of de Hoge Raad in dit arrest wel juist heeft geoordeeld. In BNB 2012/78 heeft de Hoge Raad verwezen naar de bijbehorende conclusie van A-G Niessen<sup>93</sup>. Daaruit blijkt dat de wetgever met deze bepaling de bedoeling heeft gehad om aan te sluiten bij het totaalwinstbegrip<sup>94</sup>. Uit art. 3.94 Wet IB 2001 blijkt dat het resultaat uit een werkzaamheid bestaat uit het bedrag van de voordelen die worden behaald met de werkzaamheid. Het resultaat van de terbeschikkingstelling wordt dus in feite volgens het winstregime bepaald, aangezien de terbeschikkingstelling gelijk wordt gesteld met een werkzaamheid. In de conclusie wordt ook verwezen naar HR 8 december 1954<sup>95</sup> waaruit blijkt dat binnen het winstregime een vordering niet ten laste van de winst kan worden gebracht indien er een onzakelijk debiteurenrisico is aanvaard. De Hoge Raad heeft daaruit de conclusie getrokken dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden

---

<sup>92</sup> Art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001

<sup>93</sup> Conclusie A-G Niessen 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>94</sup> Art. 3.8 Wet IB 2001: “Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.”

<sup>95</sup> HR 8 december 1954, nr. 11999, BNB 1956/46.



toegepast op de tbs-regeling op grond van art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001. Ligthart<sup>96</sup> vindt de verwijzing naar de wetsgeschiedenis niet zo gelukkig gekozen door de rechter. De passages waar de Hoge Raad naar heeft verwezen, hebben namelijk betrekking op de tijd dat de tbs-regeling nog niet onder de categorie resultaat uit overige werkzaamheden viel. Ligthart is desalniettemin van mening dat het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast op de tbs-regeling. Naar zijn mening mag er geen verschil bestaan tussen de totaalwinstsfeer (art. 3.8 Wet IB 2001 en art. 8 Wet VPB) aan de ene kant en de quasitotaalwinstsfeer (art. 3.94 Wet IB 2001) aan de andere kant.<sup>97</sup> Volgens Ganzeveld heeft de wetgever inderdaad beoogd om bij het totaalwinstbegrip aan te sluiten, maar is dat niet altijd mogelijk. Daarover zegt hij: “Het winstregime is niet zomaar een-op-een toepasbaar in de tbs-sfeer.”<sup>98</sup> Hij verwijst daarbij naar HR 22 januari 2010<sup>99</sup> en de conclusie van A-G Niessen van 10 februari 2011<sup>100</sup>. De Hoge Raad had naar zijn mening er dus ook voor kunnen kiezen om het leerstuk van de onzakelijke lening niet toe te passen in de tbs-sfeer, aangezien uit deze verwijzingen blijkt dat het winstregime niet altijd moet worden toegepast op de tbs-regeling.<sup>101</sup> Met betrekking tot de terbeschikkingstelling op grond van art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 is de Hoge Raad echter duidelijk geweest dat het leerstuk van de onzakelijke lening daar ook op van toepassing is. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad terecht geoordeeld dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast in de tbs-sfeer. In de categorie resultaat uit overige werkzaamheden wordt beoogd aan te sluiten bij het totaalwinstbegrip. Het is echter niet toegestaan om een afwaardering aftrekbaar te stellen van een lening waaraan onzakelijke voorwaarden ten grondslag liggen. Dat is mijns inziens juist.

### 4.3 Toepassing leerstuk op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling

De Hoge Raad heeft echter nog geen duidelijkheid gegeven of het leerstuk ook moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In de literatuur bestaan er verschillende visies over dit vraagstuk. De ene visie is dat het leerstuk wel toegepast dient te worden, omdat het onzakelijk handelen anders wordt bevoordeeld ten opzichte van het zakelijk handelen door

---

<sup>96</sup> N.M. Ligthart, *De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!*, NTFRB 2012/6.

<sup>97</sup> N.M. Ligthart, *De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!*, NTFRB 2012/6.

<sup>98</sup> J. Ganzeveld, *Kwijtschelding onzakelijke lening ‘omlaag; niet ten laste van het tbs-resultaat*, NTFR 2011/2834.

<sup>99</sup> HR 22 januari 2010, nr. 08/00327, BNB 2010/190.

<sup>100</sup> Conclusie A-G Niessen 10 februari 2011, nr. 10/02196, NTFR 2011/1131.

<sup>101</sup> J. Ganzeveld, *Kwijtschelding onzakelijke lening ‘omlaag; niet ten laste van het tbs-resultaat*, NTFR 2011/2834.

het afwaarderingsverlies aftrekbaar te stellen.<sup>102</sup> De andere visie is dat het leerstuk van de onzakelijke lening niet moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling in de vorm van een lening, omdat de onzakelijkheid van een lening dan dubbel wordt ‘bestraft’.<sup>103</sup> De Hoge Raad heeft zich nog niet over het vraagstuk gebogen, maar Rechtbank Arnhem en Gerechtshof Arnhem hebben al wel hun visie gegeven.

#### 4.2.1 Visie 1: Wel toepassen

Volgens Heithuis<sup>104</sup> wordt onzakelijk handelen bevoordeeld ten opzichte van zakelijk handelen als het verlies in aftrek mag worden gebracht op het inkomen van box 1. Een zakelijke lening wordt in box 3 van de inkomstenbelasting in de heffing betrokken. In box 3 mag een afwaarderingsverlies niet in aftrek worden gebracht op de rendementsgrondslag. Als het afwaarderingsverlies wel in aftrek gebracht mag worden op de inkomsten in box 1, is dat volgens Heithuis een voordeel voor het onzakelijk handelen. Heithuis acht het dan ook niet juist. Hij is van mening dat het afwaarderingsverlies niet in aftrek mag worden gebracht op het inkomen van box 1. Dus volgens Heithuis moet het leerstuk van de onzakelijke lening ook worden toegepast op een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

In Rechtbank Arnhem 7 februari 2012<sup>105</sup> is de rechtbank ook tot de conclusie gekomen dat het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In deze zaak stond vast dat de verstrekte lening een ongebruikelijke terbeschikkingstelling was. In het geschil was of de afwaardering van deze lening ten laste van het resultaat mocht worden gebracht. In de beoordeling benadrukt de rechtbank nogmaals dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast als het gaat om een terbeschikkingstelling op grond van art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001. De rechtbank oordeelt in dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast indien er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling op grond van wat in BNB 2012/78 wordt overwogen in rechtsoverweging 3.4.2. Hieruit blijkt dat BNB

---

<sup>102</sup> E.J.W. Heithuis, *Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer*, WFR 2012/528.

<sup>103</sup> J. Ganzeveld, *Onzakelijke lening in tbs-sfeer*, NTFR 2012/1130.

<sup>104</sup> E.J.W. Heithuis, *Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer*, WFR 2012/528.

<sup>105</sup> Rechtbank Arnhem 7 februari 2012, nr. 11/01292, NTFR 2012/1005.

2008/191 ook ziet op de vorderingen uit geldleningen die vallen onder de tbs-regeling art. 3.92 Wet IB 2001.<sup>106</sup>

Nadat de rechtbank tot deze conclusie is gekomen, moet worden beoordeeld of de ongebruikelijke geldverstrekking een onzakelijke lening is. Bij het aangaan van de desbetreffende lening was er geen zakelijke rente overeengekomen, geen aflossingsschema opgesteld en waren er geen zekerheden bedongen. Op basis van deze gegevens wordt verondersteld dat de debiteur een zodanig debiteurenrisico heeft aanvaard dat een derde het niet zou aanvaarden. In deze situatie ging het om een moeder die een lening heeft verstrekt aan de vennootschap waarin haar meerderjarige zoon een aanmerkelijk belang heeft.

Er wordt geacht dat de moeder het risico heeft aanvaard op grond van de familierelatie met haar zoon die een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap waaraan de moeder een lening heeft verstrekt. Er is dus sprake van een onzakelijke lening, waardoor het afwaarderingsverlies niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht.<sup>107</sup>

Voor de arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011 oordeelde Rechtbank Arnhem in een andere zaak al dat de afwaardering op een ongebruikelijke terbeschikkingstelling niet ten laste van het resultaat mocht worden gebracht. In Rechtbank Arnhem 3 maart 2011<sup>108</sup> was in het geschil of er sprake was van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Indien deze vraag bevestigend zou worden beantwoord, was er ook in het geschil of een afwaardering ten laste van het resultaat mocht worden gebracht. In deze zaak stond vast dat er voorwaarden waren overeengekomen die tussen onafhankelijke derden niet zouden zijn afgesproken. De rechtbank oordeelt dat dit gegeven ervoor zorgt dat het gaat om een in het maatschappelijk ongebruikelijke terbeschikkingstelling op grond van BNB 2011/36. Het gevolg daarvan is dat de vordering valt onder de tbs-regeling. Het resultaat wordt bepaald overeenkomstig de regels van het winstregime. Op grond van BNB 1956/46 mag een afwaardering niet ten laste van het resultaat worden gebracht, indien er om een onzakelijke reden een risico is aanvaard. Er was geen zakelijke rente bedongen, er waren geen zekerheden bedongen en er was geen aflossingsschema opgesteld. Dit brengt met zich mee dat het

---

<sup>106</sup> idem

<sup>107</sup> idem

<sup>108</sup> Rechtbank Arnhem 3 maart 2011, AWB 10/1919, NTFR 2011/1134.

debiteurenrisico is aanvaard op grond van de familierelatie en niet om zakelijke redenen. De afwaardering mag dus niet ten laste van het resultaat worden gebracht.

In hoger beroep heeft het hof geoordeeld in Gerechtshof Arnhem 17 januari 2012<sup>109</sup> dat het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast op een ongebruikelijke terbeschikkingstelling op grond van rechtsoverweging 3.4.2 van BNB 2012/78. Nadat er is vastgesteld dat er sprake is van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling, moet er vervolgens bepaald worden of er ook sprake is van een onzakelijke lening op basis van het leerstuk over de onzakelijke lening.

Hieruit blijkt dat wat in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk is, niet per definitie ook onzakelijk is op basis van de arresten van de Hoge Raad. Eerst wordt beoordeeld of het gaat om een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Als dat het geval is, wordt aan de hand van het leerstuk over de onzakelijke lening bepaald of er ook sprake is van een onzakelijke lening. Naar de mening van Ganzeveld en Hoeve is er echter per definitie sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling indien een ouder geld leent aan de bv van een meerderjarig kind onder voorwaarden die volgens het leerstuk van de onzakelijke lening als onzakelijk worden aangemerkt.<sup>110</sup> Ligthart is van mening dat ongebruikelijk niet per definitie onzakelijk is, maar een onzakelijke lening vaak ook als een ongebruikelijke terbeschikkingstelling aangemerkt zal worden. Indien er sprake is van zowel een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als een onzakelijke lening mag een eventuele afwaardering niet in aftrek worden gebracht op het resultaat. Het is echter niet mogelijk om de verkrijgingsprijs te verhogen bij de schuldeiser, omdat bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling de schuldeiser zelf geen aanmerkelijkbelanghouder is.<sup>111</sup> Op deze problematiek wordt hierna ingegaan.

#### 4.2.2 Visie 2: Niet toepassen

De terbeschikkingstelling op grond van art. 3.92 lid 3 Wet IB 2001 valt onder de tbs-regeling doordat de lening is verstrekt onder onzakelijke condities die de terbeschikkingstelling ongebruikelijk maken. De wetgever heeft er zelf voor gekozen om een ongebruikelijke terbeschikkingstelling onder te brengen in box 1 van de inkomstenbelasting. Volgens Ganzeveld

---

<sup>109</sup> Gerechtshof Arnhem 17 januari 2012, nr. 11/00294, NTFR 2012/473.

<sup>110</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 2011/2910.

<sup>111</sup> N.M. Ligthart, *De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!*, NTFRB 2012/6.

is het dan niet juist als de voordelen die behaald worden met deze terbeschikkingstelling in box 1 worden belast, maar dat een verlies niet in aftrek mag worden gebracht in box 1 omdat het om een onzakelijke lening zou gaan. Door die onzakelijkheid wordt de lening juist als een ongebruikelijke terbeschikkingstelling aangemerkt.<sup>112</sup>

Ganzeveld<sup>113</sup> merkt daarnaast op dat de verbondenheid in het geval van een onzakelijke lening voortkomt uit een kwalificerende aandeelhoudersrelatie. De verbondenheid van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling komt daarentegen voort uit een familierelatie.

Buitenhek<sup>114</sup> is het op dit punt met Ganzeveld eens. De rechtbank heeft in Rechtbank 7 februari 2012 geoordeeld dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast op de in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Volgens Buitenhek is het niet zeker dat de Hoge Raad met rechtsoverweging 3.4.2 van BNB 2012/78 ook doelde op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De verklaring die hij hiervoor geeft, ziet op de aandeelhoudersrelatie die in de jurisprudentie van de Hoge Raad centraal staat. Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling is er geen directe aandeelhoudersrelatie zoals die wel bestaat bij een terbeschikkingstelling op grond van art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001. Dus bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan geen sprake zijn van het aanvaarden van een debiteurenrisico op basis van de aandeelhoudersrelatie. Daarnaast is het bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling niet mogelijk om de verkrijgingsprijs te verhogen, gezien het ontbreken van de aandeelhoudersrelatie.

Naar mijn mening heeft de rechtbank in Rechtbank 7 februari 2012 te snel geconcludeerd dat het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Het is niet zeker dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.2 ook doelde op de in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De wetgever heeft er zelf voor gekozen om de ongebruikelijke terbeschikkingstelling in de heffing van box 1 te betrekken. Doordat het gaat om een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling is het tarief waartegen het vermogensbestanddeel in box 1 van de heffing van de inkomstenbelasting wordt betrokken al aanzienlijk hoger dan het tarief in box 3. Dit nadeel is een gevolg van de onzakelijke voorwaarden die zijn overeengekomen. Het is dan niet

---

<sup>112</sup> J. Ganzeveld, *Onzakelijke lening in tbs-sfeer*, NTFR 2012/1130.

<sup>113</sup> J. Ganzeveld, *Onzakelijke lening in tbs-sfeer*, NTFR 2012/1130.

<sup>114</sup> J.P.A. Buitenhek, *Geen afwaardering onzakelijke lening in ongebruikelijke tbs-sfeer*, NTFR 2012/1005.

redelijk om deze onzakelijkheid nogmaals te bestraffen door een afwaardering niet aftrekbaar te stellen op de inkomsten uit box 1.

#### 4.2.3 Problematiek bij toepassen leerstuk onzakelijke lening

Indien het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, leidt dit wel tot problematiek met betrekking tot de aanmerkelijkbelangsfeer. Zoals eerder vermeld, is het bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling niet mogelijk om de verkrijgingsprijs te verhogen bij de schuldeiser, omdat de schuldeiser zelf geen aanmerkelijkbelanghouder is. Heithuis is daarover van mening: “Nu de Hoge Raad in BNB 2012/78 klip en klaar heeft geoordeeld dat het niet-aftrekbare verlies op de onzakelijke schuldvordering als informele kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt die de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang verhoogt, lijkt de conclusie onontkoombaar dat in de verbondenpersoonsituaties van art. 3.92, derde lid, Wet inkomstenbelasting 2001 sprake is van een schenking van de belastingplichtige aan de verbonden persoon, gevolgd door een informele kapitaalverstrekking van de verbonden persoon in de aanmerkelijkbelangvennootschap.”<sup>115</sup> De verkrijgingsprijs wordt op grond van BNB 2012/78 verhoogd met de bedoelde informele kapitaalverstrekking. Het verlies wordt dan bij de verbonden persoon in aanmerking genomen indien het verlies wordt gerealiseerd. In deze situatie wordt het verlies niet in aanmerking genomen bij de schuldeiser, maar bij de aanmerkelijkbelanghouder. Volgens Heithuis is dit een vreemd effect van de jurisprudentie over de onzakelijke lening.<sup>116</sup> Mijns inziens is deze consequentie niet van belang, aangezien naar mijn mening het leerstuk van de onzakelijke lening niet moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Door de onzakelijke voorwaarden valt de terbeschikkingstelling al onder de tbs-regeling, daardoor wordt de terbeschikkingstelling in box 1 van de heffing betrokken in plaats van in box 3. Naar mijn mening is het niet redelijk om dan een eventuele afwaardering niet aftrekbaar te stellen op grond van dezelfde onzakelijke voorwaarden. Mijns inziens mag de afwaardering in aftrek worden genomen bij de schuldeiser. In het geval dat de Hoge Raad oordeelt dat het leerstuk van de onzakelijke lening wel moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, is het naar mijn mening juist in het geval waarin de belastingplichtige een lening ter beschikking stelt aan een vennootschap waarin een met hem

---

<sup>115</sup> E.J.W. Heithuis, *Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer*, WFR 2012/528.

<sup>116</sup> idem

verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft, de lening als een schenking te zien van de belastingplichtige aan de verbonden persoon. Het is niet redelijk als het afwaarderingsverlies bij niemand meer in aanmerking kan worden genomen. Aangezien de belastingplichtige zelf geen aanmerkelijk belang heeft, kan bij de belastingplichtige het afwaarderingsverlies niet in aanmerking worden genomen.

Daarbij komt de vraag op of dit ook het geval is indien er sprake is van faillissement. Heithuis gaat in op twee verschillende manieren van faillissement, faillissement door middel van een schuldeisersakkoord of faillissement wegens toestand des boedels. Faillissement door middel van een schuldeisersakkoord houdt in dat de schuldeiser (in dit geval de belastingplichtige) afstand doet van zijn vordering. Faillissement wegens de toestand des boedels houdt in dat er een gebrek aan inkomsten is. Er is volgens Heithuis dan geen sprake van een bevoordelingsbedoeling van de belastingplichtige tegenover de verbonden persoon (aanmerkelijkbelanghouder). Dit blijkt volgens hem HR 18 oktober 2002.<sup>117</sup> In BNB 2003/44 heeft de Hoge Raad geoordeeld of de schuld belast moet vrijvallen bij de schuldeiser in het geval van faillissement wegens de toestand des boedels. De debiteur kan er volgens de Hoge Raad niet van uitgaan dat hij zijn schulden niet meer hoeft te voldoen, aangezien de debiteur door het faillissement niet bevrijd wordt van zijn schulden. Indien er echter sprake is van een faillissement door middel van een schuldeisersakkoord is er wel een bevoordelingsbedoeling van de belastingplichtige tegenover de verbonden persoon.<sup>118</sup> Indien BNB 2003/44 van toepassing wordt verklaard, mag in dat geval het verlies in aftrek worden gebracht op box 2. De belastingplichtige doet er dus verstandig aan om de situatie niet zo ver te laten komen tot faillissement wegens de toestand des boedels, maar de vordering op het juiste moment kwijt te schelden.<sup>119</sup>

### 4.3 Conclusie

In BNB 2012/78 heeft de Hoge Raad geoordeeld het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast op een lening die valt onder de tbs-regeling. In de literatuur is er echter een discussie of de Hoge Raad hier tot de juiste conclusie is gekomen, omdat de Hoge Raad verwijst naar BNB 1956/46 die uit de tijd komt dat de tbs-regeling nog niet onder de categorie resultaat uit overige werkzaamheden viel. De Hoge Raad is op dit punt echter duidelijk geweest en heeft

---

<sup>117</sup> HR 18 oktober 2002, nr. 37413, BNB 2003/44.

<sup>118</sup> E.J.W. Heithuis, *Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer*, WFR 2012/528.

<sup>119</sup> idem

het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing verklaard. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad terecht geoordeeld dat het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast in de tbs-sfeer. Bij de categorie resultaat uit overige werkzaamheden dient er worden aangesloten bij het totaalwinstbegrip. Het is echter niet toegestaan om een afwaardering aftrekbaar te stellen van een lening waaraan onzakelijke voorwaarden ten grondslag liggen. Dat is mijns inziens juist.

Er is echter nog onduidelijkheid of het leerstuk ook op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan worden toegepast. Zowel Rechtbank Arnhem als Gerechtshof Arnhem hebben geoordeeld dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast op de in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De Hoge Raad heeft zich echter nog niet over dit vraagstuk gebogen. In de literatuur bestaan er verschillende visies. Ganzeveld vindt dat de arresten niet mogen worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hij is van mening dat de belastingplichtige dan tweemaal wordt gestraft voor het feit dat hij onzakelijk handelt. Buitenhek is ook van mening dat het leerstuk niet mag worden toegepast op een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In de arresten van de onzakelijke lening komt het belang van de aandeelhoudersrelatie naar voren. Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontbreekt deze aandeelhoudersrelatie. Heithuis is daarentegen van mening dat het leerstuk van de onzakelijke lening wel moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Zijn argument daarvoor is dat anders onzakelijk handelen een voordeel heeft ten opzichte van zakelijk handelen. Een afwaarderingsverlies bij zakelijk handelen mag niet in mindering worden gebracht op de heffingsgrondslag van box 3. Naar mijn mening moet het leerstuk van de onzakelijke lening niet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Door de onzakelijke voorwaarden valt de lening al in box 1 in plaats van box 3. Het is mijns inziens niet redelijk om deze zelfde onzakelijke voorwaarden nogmaals te bestraffen door een eventuele afwaardering niet aftrekbaar te stellen.

Indien het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, heeft dat een consequentie voor de aanmerkelijkbelanghouder. De schuldeiser is namelijk niet dezelfde persoon als de aanmerkelijkbelanghouder. Volgens Heithuis is de conclusie onontkoombaar dat in de verbondenpersoonsituaties de lening moet worden gezien als eens schenking van de belastingplichtige aan de verbonden persoon, die vervolgens een informele kapitaalstorting doet in de vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt



gehouden door de verbonden persoon. Mijns inziens moet de afwaardering in aftrek worden genomen bij de schuldeiser, aangezien het naar mijn mening niet redelijk is om een afwaardering niet aftrekbaar te stellen op grond van dezelfde onzakelijke voorwaarden als die de terbeschikkingstelling ongebruikelijk hebben gemaakt.

# Hoofdstuk 5 Conclusie

---

## 2.1 Inleiding

De Hoge Raad heeft op 25 november 2011 drie arresten gewezen over de onzakelijke lening, waarin onder andere is bepaald dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast op een lening die valt onder de tbs-regeling. In dit onderzoek is een antwoord gezocht op de vraag of het leerstuk van de onzakelijke lening ook moet worden toegepast op een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

## 2.2 Toepassing leerstuk onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling

In BNB 2012/37 is bepaald welke stappen er doorlopen moeten worden om te bepalen of er sprake is van een onzakelijke lening. Er moet ten eerste fiscaal sprake zijn van een geldlening. Daarnaast moet getoetst worden of deze lening onzakelijke voorwaarden bevat. Indien dat het geval is, moet de onzakelijkheid gecorrigeerd worden door de rente aan te passen naar een zakelijke rente. Indien er geen rente, of alleen een winstdelende rente, bepaald kan worden, wordt er verondersteld dat de crediteur een dusdanig hoog debiteurenrisico heeft aanvaard dat een onafhankelijke derde deze niet zou aanvaarden. Er is dan sprake van een onzakelijke lening, omdat er geacht wordt dat de lening is aangegaan op grond van de aandeelhoudersrelatie. Het afwaarderingsverlies is dan niet aftrekbaar bij de debiteur. Het verlies mag echter wel opgeteld worden bij het opgeofferde bedrag in geval van liquidatie. Daarnaast mag de debiteur een rente, die zou zijn bepaald als de crediteur garant staat, in aftrek brengen. Al hetgeen wat in BNB 2012/37 is bepaald is ook van toepassing op een lening die onder de tbs-regeling valt, volgens BNB 2012/78. De tbs-regeling wordt toegepast indien een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige zelf of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft. Onder deze bepaling valt ook de in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Het verschil met de normale tbs-regeling is dat het begrip verbonden personen uit een andere groep personen bestaat en dat het moet gaan om een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De ongebruikelijkheidstoets bestaat uit een dubbele toets waarbij eerst moet worden getoetst of de overeenkomst gebruikelijk is, vervolgens moet worden getoetst of de overeenkomst gebruikelijk is in de gegeven

familierelatie. De Hoge Raad heeft bepaald dat alle rechtshandelingen in aanmerking moeten worden genomen en dat het ongebruikelijk is als het geheel van rechtshandelingen zich tussen derden niet zou voordoen. In het geval van een lening is het ongebruikelijk als ouders geld uitlenen tegen ‘te zachte’ voorwaarden aan hun meerderjarige kinderen. Het is echter onduidelijk wat ‘te zachte’ voorwaarden precies inhouden.

In de literatuur bestaan er verschillende visies over het vraagstuk of de arresten over de onzakelijke lening ook moeten worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Rechtbank Arnhem en Gerechtshof Arnhem zijn tot de conclusie gekomen dat het leerstuk ook moet worden toegepast op de in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ganzeveld is echter van mening dat de belastingplichtige tweemaal wordt gestraft voor het feit dat hij onzakelijk handelt. Hij is dus van mening dat het leerstuk niet moet worden toegepast. Buitenhok is ook van mening dat het leerstuk niet mag worden toegepast op een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In de arresten van de onzakelijke lening komt het belang van de aandeelhoudersrelatie naar voren. Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontbreekt deze aandeelhoudersrelatie. Heithuis is daarentegen van mening dat het leerstuk van de onzakelijke lening wel moet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Zijn argument daarvoor is dat anders onzakelijk handelen een voordeel heeft ten opzichte van zakelijk handelen. Heithuis heeft echter wel opgemerkt dat als het leerstuk moet worden toegepast, het een consequentie heeft voor de aanmerkelijkbelanghouder aangezien de aanmerkelijkbelanghouder niet dezelfde is als de schuldeiser. Het is niet onwaarschijnlijk dat de lening in dit geval wordt gezien als een schenking van de belastingplichtige aan de verbonden persoon, die vervolgens een informele kapitaalstorting doet in de vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden door de verbonden persoon.

Concluderend kan het leerstuk van de onzakelijke lening worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, maar het blijft de vraag of dit is wat de Hoge Raad gaat oordelen. Het is naar mijn mening juist dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden toegepast in de tbs-sfeer, aangezien er in de categorie resultaat uit overige werkzaamheden moet worden aangesloten bij het totaalwinstbegrip. Naar mijn mening gaat het te ver om de onzakelijkheid van een terbeschikkingstelling tweemaal te bestraffen door het eerst

onder de tbs-regeling te laten vallen en vervolgens een eventuele afwaardering niet aftrekbaar te stellen door dezelfde onzakelijke voorwaarden. Mijns inziens moet het leerstuk van de onzakelijke lening niet worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Naar mijn mening mag een eventuele afwaardering dan ook ten laste worden gebracht van het resultaat van de schuldeiser.

# Literatuurlijst

---

## Literatuur

- J.P.A. Buitenhek, Geen afwaardering onzakelijke lening in ongebruikelijke tbs-sfeer, NTFR 2012/1005.
- J. Ganzeveld, Kwijtschelding onzakelijke lening ‘omlaag; niet ten laste van het tbs-resultaat, NTFR 2011/2834.
- J. Ganzeveld en H. Hoeve, Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever NTFR Opinie 2011/2910.
- J. Ganzeveld, Afwaarderingsverlies in tbs-sfeer aanvaard omdat geen sprake is van een onzakelijke lening, NTFR 2012/471.
- J. Ganzeveld, Onzakelijke lening in tbs-sfeer, NTFR 2012/1130.
- Van Gijlswijk, De ongebruikelijke tbs'er: een vreemde eend in de bijt, oktober 2010 ([www.pleinplus.nl/algemeen/toonbijlage.asp?id=11616](http://www.pleinplus.nl/algemeen/toonbijlage.asp?id=11616))
- E.J.W. Heithuis en R.P. van de Dool, Compendium Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2010.
- Heithuis, Kavelaars en Schuver, Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting (FED Fiscale Studieserie), Deventer: FED 2010.
- E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer, WFR 2012/528.
- N.M. Ligthart, De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!, NTFRB 2012/6.
- W.C.M. Martens, De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Deventer: 2008.
- Nieuweboer, Hoge Raad zet leerstuk van onzakelijke lening uiteen, NTFR 2011/2722.
- Sillevus, Van Kempen en Van Westen, Inkomstenbelasting (Cursus belastingrecht studenteneditie), Deventer: 2010.
- R. Snoej, De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm, WFR 2009/1582.
- D.E. van Sprundel en J. van Strien, Terugkeer naar Ithaka? De onzakelijke lening bij de crediteur – Deel 4, WFR 2011/6902.
- L.G.M. Stevens, Basisboek belastingen, Deventer: 2007.

J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting* (Fiscale Monografieën nr. 119), Deventer: 2007.

Van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud* (Fiscale monografieën), Deventer: Fiscale monografieën 2008.

Zuidgeest, *Verbondenheid in het belastingrecht* (Fiscale monografieën), Deventer: 2008 (Fiscale monografieën).

## **Jurisprudentie**

HR 8 december 1954, nr. 11999, BNB 1956/46.

HR 5 september 1956, nr. 12859, BNB 1956/266.

HR 24 juni 1964, nr. 15225, BNB 1964.

HR 27 januari 1988, nr. 23919, BNB 1988/217.

HR 11 maart 1988, nr. 32240, BNB 1988/208.

HR 18 oktober 2002, nr. 37413, BNB 2003/44.

HR 29 oktober 2004, nr. 40926, BNB 2004/64.

HR 25 november 2005, nr. 40989, BNB 2006/82.

HR 8 september 2006, nr. 42015, BNB 2007/104.

HR 9 mei 2008, nr. 43489, BNB 2008/191.

Gerechtshof Arnhem 19 november 2008, nr. 08/00035, NTFR 2008/2437.

Gerechtshof Amsterdam 16 april 2009, nr. 08/00054

Hof Leeuwarden 15 mei 2009, nr. 08/00051, NTFR 2009/1296

HR 22 januari 2010, nr. 08/00327, BNB 2010/190.

Gerechtshof Arnhem 5 oktober 2010, nr. 10/00175, NTFR 2011/449.

Conclusie A-G Niessen 15 oktober 2010, nr. 09/02120, BNB 2011/36.

HR 15 oktober 2010, nr. 09/02120, BNB 2011/36.

Gerechtshof Arnhem 26 oktober 2010, nrs. 09/00075 en 09/00077, NTFR 2010/2754.

Conclusie A-G Niessen 10 februari 2011, nr. 10/02196, NTFR 2011/1131.

Rechtbank Arnhem 3 maart 2011, AWB 10/1919, NTFR 2011/1134.

HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38.

Conclusie A-G Niessen 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

Rechtbank Arnhem 7 februari 2012, nr. 11/01292, NTFR 2012/1005.

Gerechtshof Arnhem 17 januari 2012, nr. 11/00294, NTFR 2012/473.

### **Overige stukken**

Besluit van 1 december 2008, nr. 2008/520, BNB 2009/33.

Kamerstukken 1998/1999, 26727, nr. 3.

Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 3.

Kamerstukken 2000/2001, 27466, nr. 6.