

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRUK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie Fiscale Economie

---

**De schuldvordering  
ex artikel 3.92, lid 2, onderdeel a, ten eerste  
Wet Inkomstenbelasting 2001  
naar box 2?**

---

Naam: R.W. (Warsha) Doekharan

Examenummer: 314346

Begeleidend docent: mr. T.C. Hoogwout

Plaats: Rotterdam

Afstudeerdatum: 29 augustus 2013

## Voorwoord

Mijn scriptie heeft lang op zich laten wachten, maar daar is hij eindelijk. Deze masterscriptie vormt het sluitstuk van mijn studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De studie is mij niet zonder slag of stoot vergaan. Na enig doorzettingsvermogen is het einde dan toch in zicht.

Na het afronden van mijn HBO Fiscale Economie aan de Hogeschool Inholland te Rotterdam, heb ik besloten om een vervolgstudie te volgen aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Mijn keuze om verder te studeren, kwam voort uit het feit dat ik het op 21-jarige leeftijd niet zag zitten om fulltime te werken. Gedurende het overgrote deel van mijn studie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, ben ik bij Kab accountants en belastingadviseurs te Gouda werkzaam geweest. Mijn interesse voor de schuldvordering verstrekt door een aanmerkelijk belanghouder aan zijn vennootschap is hier in de praktijk ontstaan. Na de arresten van 25 november 2011 wist ik zeker dat ik mijn scriptie over dit onderwerp zou schrijven. Sinds 1 januari 2013 werk ik niet meer bij Kab accountants en belastingadviseurs. Desondanks zou ik mijn oud-collega's en Edwin Kleefstra van harte willen bedanken voor hun steun.

Mijn dank gaat eveneens uit naar mijn familie en vrienden, in het bijzonder naar mijn ouders en mijn man die mij door dik en dun hebben bijgestaan. Natuurlijk wil ik ook de heer mr. T.C. Hoogwout bedanken voor zijn begeleiding vanuit de Universiteit.

Volledigheidshalve merk ik op dat ik in mijn scriptie de jurisprudentie en literatuur heb verwerkt die mij bekend was op 10 juli 2013.

Warsha Doekharan

Rotterdam, 23 juli 2013

## Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen .....	4
Hoofdstuk 1. Inleiding.....	5
1.1 Aanleiding .....	5
1.2 Probleemstelling.....	8
1.3 Opbouw en afbakening.....	8
Hoofdstuk 2. Kwalificatie van een geldlening .....	10
2.1 Inleiding .....	10
2.2 De hoofdregel .....	10
2.3 Uitzonderingen op de hoofdregel .....	10
2.4 De onzakelijke geldlening .....	12
2.4.1 Het certificaathouders-uitkooparrest .....	12
2.4.2 Conclusie A-G Wattel .....	15
2.4.3 Arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011 .....	16
2.4.3.1 HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37c* .....	16
2.4.3.2 HR 25 november 2011, nr. 10/05394, BNB 2012/78.....	22
2.4.4 HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79.....	27
2.4.5 Arresten van de Hoge Raad van 9 maart 2012 .....	29
2.4.5.1 HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132.....	29
2.4.5.2 HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/133.....	31
2.4.6 HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, LJN BW1971 .....	34
2.5 Deelconclusie .....	37
Hoofdstuk 3. De terbeschikkingstellingsregeling en de totaalwinst .....	40
3.1 Inleiding .....	40
3.2 Achtergrond van de regeling .....	40
3.3 Terbeschikkingstelling ex artikel 3.92 .....	41
3.3.1 Aanmerkelijk belanghouder .....	42
3.3.2 Rendabel maken al dan niet tegen vergoeding .....	43
3.3.3 Voor zover .....	43
3.3.4 Rechtens dan wel in feite direct of indirect .....	43
3.3.5 Verbonden personen .....	44
3.3.6 Invloed huwelijksgoederenregime.....	46
3.4 Resultaat uit overige werkzaamheden.....	49

3.4.1	Totaalresultaat .....	49
3.4.2	Jaarresultaat .....	50
3.4.3	Ondernemersfaciliteiten .....	51
3.4.4	Resultaatbepaling bij vorderingen .....	51
3.5	Schuldvordering op a.b.-vennootschap .....	51
3.5.1	Regresvorderingen.....	51
3.5.2	Zekerheidstelling .....	53
3.5.3	Rekening-courantverhoudingen .....	54
3.6	Ongebruikelijke terbeschikkingstelling.....	55
3.6.1	Ongebruikelijk in algemene zin.....	55
3.6.2	Ongebruikelijk in familierelaties .....	56
3.6.3	Uitwerking onzakelijke geldlening.....	58
3.7	Deelconclusie .....	59
<b>Hoofdstuk 4.</b>	<b>De schuldvordering in box 2 .....</b>	<b>62</b>
4.1	Inleiding .....	62
4.2	Winst uit aanmerkelijk belang onder de Wet IB 1964 .....	62
4.3	Argumenten voor box 1.....	63
4.3.1	Globaal evenwicht .....	64
4.3.2	Tegengaan belastingontwijking.....	66
4.3.3	Eigen vermogen vs. vreemd vermogen .....	67
4.4	Argumenten voor box 2.....	68
4.4.1	Het aanmerkelijkbelangregime.....	68
4.4.2	Globaal evenwicht .....	69
4.4.3	Tegengaan belastingontwijking.....	70
4.4.4	Eigen vermogen vs. vreemd vermogen .....	70
4.4.5	Plaats binnen het boxensysteem .....	72
4.5	Deelconclusie .....	73
<b>Hoofdstuk 5.</b>	<b>Conclusie .....</b>	<b>76</b>
5.1	Samenvatting.....	76
5.2	Conclusie .....	82
<b>Literatuurlijst</b> .....		<b>84</b>
<b>Bijlagen</b> .....		<b>88</b>

## Lijst met afkortingen

a.b.-tarief	het tarief dat geldt voor het inkomen uit aanmerkelijk belang
a.b.-vennootschap	een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft
a.b.-vordering	een vordering op een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft
A-G	Advocaat-Generaal
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
blz.	bladzijde
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten Vennootschap
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
ex	krachtens
HR	Hoge Raad
IB-ondernemer	ondernemer, die voor eigen rekening een onderneming drijft
i.o.	in oprichting
IVBPR	Internationaal verdrag voor de bescherming van burgerrechten en politieke rechten
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
MKB	Midden- en Kleinbedrijf
NV	Naamloze Vennootschap
ODR-lening	onzakelijk-debiteurenrisico-lening
ODR-light	prijsonzakelijke lening, waarbij het onzakelijke debiteurenrisico kan worden weggenomen door de vaste rente te corrigeren
OR-lening	onzakelijke rente-lening
par.	paragraaf
r.o.	rechtsoverweging
vpb-stelsel	belastingstelsel voor de vennootschapsbelasting
Wet IB 1964	Wet inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

## Hoofdstuk 1. Inleiding

### 1.1 Aanleiding

De terbeschikkingstellingregeling is bij invoering van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) in de wet opgenomen. De reden hiervoor is geweest het vergroten van de fiscale transparantie voor ondernemers die hun onderneming drijven door tussenkomst van een besloten vennootschap en het voorkomen van ongewenste vormen van belastingarbitrage.<sup>1</sup> De wetgever heeft de terbeschikkingstellingregeling geplaatst in box 1 onder het resultaat uit overige werkzaamheden. Het resultaat uit overige werkzaamheden is opgenomen in afdeling 3.4 van de Wet IB 2001. Artikel 3.90 Wet IB 2001 definieert het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden als het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meer werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbaar loon genereren verminderd met de terbeschikkingstellingsvrijstelling. Onder een werkzaamheid wordt mede verstaan het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang houdt dan wel waarin een met de belastingplichtige verbonden persoon<sup>2</sup> een aanmerkelijk belang houdt.<sup>3</sup> Op grond van artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 wordt het aangaan of het hebben van een schuldvordering gelijkgesteld met het ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel<sup>4</sup> door een aanmerkelijk belanghouder aan de vennootschap dan wel aan een samenwerkingsverband waarvan de vennootschap deel uitmaakt. Voor de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen aan een vennootschap worden de artikelen 4.10<sup>5</sup> en 4.11<sup>6</sup> Wet IB 2001 buiten beschouwing gelaten.

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2000/2001, 27 466, nr. 3, blz. 48.

<sup>2</sup> Artikel 3.92, tweede lid, onderdeel b Wet IB 2001 juncto artikel 3.91, tweede lid, onderdelen b en c. Indien de belastingplichtige minderjarig is, dan behoort tot de kring van verbonden personen ook een bloed- of aanverwant in de eerste graad van de opgaande lijn (dus ouders) en degene die onder een met die bloed- of aanverwant verbonden persoon als bedoeld in artikel 3.91, tweede lid, onderdeel b moet worden verstaan (dus broers en zussen van de minderjarige belastingplichtige).

<sup>3</sup> Artikel 3.92 Wet IB 2001.

<sup>4</sup> Zie artikel 3.92, tweede lid Wet IB 2001 voor de vermogensbestanddelen die onder de terbeschikkingstellingregeling vallen.

<sup>5</sup> Artikel 4.10 Wet IB 2001 ziet op de meetregel. Indien een belastingplichtige minder dan 5 % van de aandelen of winstbewijzen heeft in een vennootschap en zijn partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel een aanmerkelijk belang heeft, behoren de aandelen of winstbewijzen van de belastingplichtige tot een aanmerkelijk belang.

<sup>6</sup> Artikel 4.11 Wet IB 2001 betreft het fictief aanmerkelijk belang. Indien de aandelen of winstbewijzen in het vermogen van de belastingplichtige niet behoren tot een aanmerkelijk belang kan in bepaalde situaties wel een aanmerkelijk belang aanwezig worden geacht.

De wetgever heeft voor de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de fiscale behandeling van winst uit onderneming. Het totaal winstbegrip en goed koopmansgebruik zijn van toepassing. Door het van toepassing zijn van het winstbegrip behoren alle voordelen waartoe het verrichten van een werkzaamheid in staat stelt, tot het totale resultaat uit die werkzaamheid. Anderzijds kunnen de werkelijk gemaakte kosten, met inachtneming van de in de winstsfeer geldende regelingen en beperkingen, in aftrek worden gebracht.<sup>7</sup>

Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad het eerste onzakelijke geldleningarrest in de terbeschikkingstellingsfeer gewezen. Ik zal nu slechts de kern van dit arrest<sup>8</sup> uitlichten, omdat in mijn scriptie de schuldvordering van artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 centraal staat.

Belanghebbende in BNB 2012/78 houdt samen met de houdstervenootschap van zijn echtgenote alle aandelen in D Beheer BV. Kort na de oprichting van D Beheer B.V. verstrekt belanghebbende een geldlening aan D Beheer BV. Een jaar later wordt de vordering op D Beheer BV kwijtscholden. Het verlies dat ontstaat door de kwijtschelding brengt belanghebbende ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheid. In geschil is of dit kwijtscheldingsverlies ten last van zijn resultaat kan worden gebracht. Hof Arnhem oordeelt dat het verlies niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht, omdat geen zekerheden zijn gesteld, geen aflossingsschema is overeengekomen en D Beheer BV (afgezien van de deelneming in E BV) geen noemenswaardige activa bezat. Belanghebbende heeft bij het verstrekken van de geldlening een debiteurenrisico aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. De aanvaarding van dit risico berust volgens het Hof op aandeelhoudersmotieven hetgeen ervoor zorgt dat de geldlening onzakelijk is. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van Hof Arnhem en voegt hieraan toe dat de kwijtschelding van de geldlening als een informele kapitaalstorting moet worden aangemerkt. De verkrijgingsprijs in de zin van artikel 4.21 Wet IB 2001 van het aanmerkelijk belang zal met het bedrag van de als informele kapitaalstorting aan te merken kwijtschelding worden verhoogd.

Dit kwijtscheldingsverlies mag volgens de Hoge Raad dus niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden worden gebracht. De aftrek van het verlies werd geweigerd, omdat belanghebbende een debiteurenrisico had aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou

---

<sup>7</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 30.

<sup>8</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/05394, BNB 2012/78.

hebben aanvaard. Volgens het Hof heeft belanghebbende het risico aanvaard op grond van aandeelhoudersmotieven, waardoor het verlies onzakelijk is. Naar mijn mening kan de inspecteur in belastingprocedures met betrekking tot een schuldvordering als bedoeld in artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 altijd aanvoeren dat de geldlening is verstrekt op grond van aandeelhoudersmotieven, omdat in dergelijke situaties steeds sprake is van een dubbele relatie tussen de aandeelhouder en zijn vennootschap. Het vermogensbestanddeel dat ter beschikking wordt gesteld aan de eigen vennootschap of aan de vennootschap van een verbonden persoon zou in een vergelijkbare situatie bij een ondernemer die voor eigen rekening een onderneming drijft (hierna: de IB-ondernemer), door de vermogensetikettering verplicht ondernemingsvermogen vormen. Alle opbrengsten en lasten met betrekking tot een vermogensbestanddeel die tot het ondernemingsvermogen behoren, moeten worden meegenomen in de winstberekening naar aanleiding van de totaalwinst. De totaalwinst geldt ook voor het resultaat uit overige werkzaamheden. Dit betekent dat bij het terbeschikkinggestelde vermogensbestanddeel die tot het resultaatsvermogen behoort, ook alle opbrengsten en lasten in het resultaat moeten worden meegenomen. Onduidelijk is waarom bij een afwaarderingsverlies hierin onderscheid wordt gemaakt.

In HR 25 januari 2008, nr. 43 929, BNB 2008/61 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de terbeschikkingstellingsregeling ex artikel 3.92 Wet IB 2001 niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als neergelegd in artikel 26 van het Internationaal verdrag voor de bescherming van burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), omdat de wetgever binnen de aan hem toekomende ruime beoordelingsmarge is gebleven. Op grond van het gelijkheidsbeginsel mogen ongelijke gevallen proportioneel ongelijk worden behandeld. Uit BNB 2008/61 volgt dat de IB-ondernemer en de terbeschikkingsteller niet aan elkaar gelijk zijn en ongelijk mogen worden behandeld. Het onderscheid tussen de IB-ondernemer en de terbeschikkingsteller zit mijns inziens erin dat in de winstsfeer we te maken hebben met ondernemingsvermogen en privévermogen, terwijl in de terbeschikkingstellingsfeer alleen sprake kan zijn van resultaatsvermogen. Waar bij onzakelijk handelen in de winstsfeer het afwaarderingsverlies buiten de ondernemingsfeer valt, kan dit zich in de terbeschikkingstellingsfeer niet voordoen. Elk afwaarderingsverlies valt binnen het resultaat. Het afwaarderingsverlies moet naar aanleiding van de totaalwinst ten laste van het resultaat worden gebracht.



## **1.2 Probleemstelling**

De wetgever heeft de schuldvordering als bedoeld in artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 in box 1 ondergebracht, zodat de bepalingen van de totaalwinst ook voor de terbeschikkingsteller zouden gelden. De bepalingen van de totaalwinst kunnen echter niet altijd worden toegepast, zoals in het winstregime bij de IB-ondernemer. Naar aanleiding hiervan komt de vraag op of een schuldvordering als bedoeld in artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 nog wel thuishoort onder de terbeschikkingstellingsregeling in box 1 of dat de schuldvordering in box 2 als inkomen uit aanmerkelijk belang zou moeten worden ondergebracht. In deze scriptie zal dan ook de volgende probleemstelling worden uitgewerkt:

*“Geeft de recente jurisprudentie over de onzakelijke geldlening argumenten om de geldlening verstrekt door de aanmerkelijk belanghouder aan zijn vennootschap of door een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon, niet langer onder de terbeschikkingstellingsregeling te plaatsen, maar onder box 2 als inkomen uit aanmerkelijk belang?”*

De probleemstelling zal worden uitgewerkt aan de hand van de volgende deelvragen:

- Wanneer wordt een geldlening gekwalificeerd als onzakelijk?
- Welke problemen spelen bij de toepassing van de bepalingen van de totaalwinst op de terbeschikkingstellingsregeling?
- Waarom is bij invoering van de Wet IB 2001 ervoor gekozen om de schuldvordering tussen een aanmerkelijk belanghouder en zijn vennootschap onder te brengen in box 1 in plaats van box 2?
- Wat zijn thans de argumenten om de schuldvordering tussen een aanmerkelijk belanghouder en zijn vennootschap in box 2 onder te brengen?

## **1.3 Opbouw en afbakening**

De probleemstelling wordt aan de hand van een literatuuronderzoek uitgewerkt. Eerst wordt in hoofdstuk 2 naar de kwalificatie van een geldlening gekeken. Wanneer is sprake van een onzakelijke geldlening? Hiervoor worden de recente arresten over de onzakelijke geldlening besproken. Ik zal in mijn scriptie alleen arresten die van belang zijn voor mijn probleemstelling betreffende de schuldvordering als bedoeld in artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001, behandelen. In hoofdstuk 3 komt de

terbeschikkingstellingsregeling aan bod. Wat houdt de regeling precies in en waarom is die bij de invoering van de Wet Inkomstenbelasting 2001 in de wet opgenomen? In hoeverre is het resultaatsregime te vergelijken met het winstregime? En welke problemen spelen bij toepassing van de totaalwinst op de terbeschikkingstellingsregeling. Ik zal mij slechts richten tot de schuldvordering verstrekt door een aanmerkelijk belanghouder of door een met hem verbonden persoon aan de BV. Terbeschikkingstelling van overige vermogensbestanddelen laat ik verder buiten beschouwing. In hoofdstuk 4 volgt de discussie om de schuldvordering in box 2 onder te brengen. Waarom is bij invoering van de Wet IB 2001 ervoor gekozen om de schuldvordering onder te brengen in box 1 in plaats van box 2? Wat zijn thans de argumenten om de schuldvordering in box 2 onder te brengen? Tot slot volgt in hoofdstuk 5 een samenvatting van het geheel en de conclusie.

## Hoofdstuk 2. Kwalificatie van een geldlening

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt eerst aandacht besteed aan de kwalificatie van een geldverstrekking als geldlening, kapitaalverstrekking of onzakelijke geldlening. Hierna wordt besproken hoe het leerstuk van de onzakelijke geldlening zich in de jurisprudentie heeft ontwikkeld.

### 2.2 De hoofdregel

Het fiscaal recht volgt het civiel recht, maar zij is niet gebonden aan het civiel recht en zal veelal aansluiten bij de economische werkelijkheid<sup>9</sup>. Op grond van de jurisprudentie wordt de fiscale duiding van een geldlening als geldverstrekking of kapitaalverstrekking bepaald door de civielrechtelijke vorm van de geldlening<sup>10</sup>. Voor de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking tot ‘lening’ is de terugbetalingsverplichting cruciaal<sup>11</sup>. Bestaat civielrechtelijk een terugbetalingsverplichting waarvan op voorhand duidelijk is dat zij niet nagekomen zal kunnen worden, dan wordt in beginsel fiscaalrechtelijk ook in gelieerde verhoudingen niet afgeweken van de civielrechtelijke kwalificatie ‘lening’<sup>12</sup>.

### 2.3 Uitzonderingen op de hoofdregel

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in drie uitzonderingsgevallen wordt afgeweken van de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking als geldlening<sup>13</sup>, namelijk bij

- a) een schijnlening<sup>14</sup>;
- b) een deelnemerschapslening<sup>15</sup>; en

---

<sup>9</sup> A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale Monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 170.

<sup>10</sup> HR 18 mei 1949, nr. B 8648; HR 3 november 1954, BNB 1954/357; en HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>11</sup> Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2010, V-N 2010/40.26, par. 5.3. Zie ook HR 29 november 2002, nr. C01/011 HR, LJN AE7005, NJ 2003, 50, r.o. 3.4.5.

<sup>12</sup> HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

<sup>13</sup> HR 24 mei 2002, nr. 37 071, BNB 2002/231.

<sup>14</sup> HR 3 november 1954, BNB 1954/357 en HR 29 juni 1955, nr. 12 404, BNB 1955/302 (eindbeslissing).

<sup>15</sup> HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

- c) een bodemlozeputlening<sup>16</sup>.

#### Ad a. Schijnlening

Bij een schijnlening is slechts naar schijn sprake van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen. In HR 3 november 1954, BNB 1954/357 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat niet beslissend is de naam waarmee een transactie wordt uitgedost of de vorm waarin de transactie wordt gegoten, maar dat het aankomt op wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op de verhoudingen welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan. Bij de schijnlening is dus van belang wat partijen daadwerkelijk hebben beoogd met de geldverstrekking. Of partijen bij een schijnlening een kapitaalverstrekking hebben beoogd, moet worden afgeleid uit de volgende kenmerken:

- het niet bedingen van aflossingen dan wel het niet bedingen van rente; en
- er zijn geen zekerheden ter nakoming van de aflossingsverplichting of rentebetalingen zijn gesteld.

#### Ad b. Deelnemerschapslening

Van een deelnemerschapslening is sprake indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. De Hoge Raad oordeelt in HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 dat aan deze voorwaarden slechts is voldaan, indien:

- de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst;
- de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers; en
- de schuld een onbepaalde looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.

In HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82c\* heeft de Hoge Raad het looptijd criterium nader gespecificeerd. Een looptijd van 95 jaar kan op zichzelf niet worden gezien als een vaste looptijd. De Hoge Raad legt de grens bij een looptijd van 50 jaar. Is de looptijd langer dan 50 jaar, dan is sprake van een onbepaalde looptijd. Bedraagt de looptijd korter dan 50 jaar, dan kan wel van een vaste looptijd worden gesproken.

---

<sup>16</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

### Ad c. Bodemlozeputlening

Van een bodemlozeputlening is sprake, ingeval de geldlening onder zodanige omstandigheden is verstrekt, dat aan de uit de lening voortvloeiende vordering naar de uitlener reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald. Op het moment van de geldverstrekking is dus reeds duidelijk dat het geld niet zal worden terugbetaald of verrekend.

De schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening worden fiscaal niet als een lening gezien en worden tot een kapitaalverstrekking hergekwalificeerd. Een schijnlening, een deelnemerschapslening en een bodemlozeputlening worden direct bij aanvang van de geldlening als een informele kapitaalstorting dan wel als een verkapte dividenduitdeling, aangemerkt. Ook de betaalde vergoeding op dergelijke leningen worden als gevolg hiervan hergekwalificeerd, zodat niet sprake is van een renteopbrengst bij de schuldeiser, versus een aftrekbare rentelast bij de schuldenaar, maar van (verkapt) dividend.

## **2.4 De onzakelijke geldlening**

Bij een onzakelijke geldlening wordt de geldverstrekking (in tegenstelling tot de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening) fiscaal wel als een lening aangemerkt. De geldlening kan worden verzakelijkt tot armslength door een rente overeen te komen die een onafhankelijke derde bereidt zou zijn te betalen onder gelijkblijvende voorwaarden, zoals de looptijd en zekerheden. Als de voorwaarden waaronder de geldlening is aangegaan zo onzakelijk zijn dat zij niet op grond van het at arm's length beginsel kunnen worden verzakelijkt, kan het verlies op de geldlening niet worden afgewaardeerd. De onzakelijke geldlening zal in deze paragraaf aan de hand van jurisprudentie verder worden besproken.

### ***2.4.1 Het certificaathouders-uitkooparrest***

Het arrest HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 zag op de vennootschapsbelastingfeer en betrof een specifieke casus. Ik verwijs naar bijlage I voor een schematische weergave van de casus van dit arrest. De geldlening die als onzakelijk wordt gekwalificeerd, wordt steeds aangegeven in het rood. Belanghebbende in deze specifieke casus is X Beheer BV. X Beheer BV maakt als holdingvennootschap deel uit van de A-groep. De aandelen van X Beheer B.V.

zijn tegen uitgifte van certificaten van aandelen overgedragen aan een stichting administratiekantoor. De houders van de certificaten van aandelen van X Beheer B.V. houden tevens de certificaten van aandelen van F BV. F BV was de voormalige holdingvennootschap van de A-groep. Een aantal certificaathouders wensten hun belangen in F BV en X Beheer BV af te stoten. De overige groep certificaathouders die hun belangen wilden behouden, hadden echter niet voldoende financiële middelen om de andere groep certificaathouders uit te kopen. Overnameholdingvennootschap, G Holding BV zou de certificaten gefaseerd opkopen van de groep certificaathouders die wensten hun belangen te verkopen. Het opkopen van de certificaten werd volledig gefinancierd met een geldlening van X Beheer BV (dochter) aan G Holding BV (moeder). Voor deze geldlening geldt dat:

- G Holding BV de geldlening zou aflossen uit een te genereren dividendstroom uit X Beheer BV en F BV;
- de verschuldigde rente op de geldlening werd bijgeboekt;
- een schriftelijke leningsovereenkomst noch aflossingsschema aanwezig zijn; en
- er geen zekerheden voor de geldlening zijn gevraagd of verstrekt.

Als gevolg van de geleden verliezen en het negatief eigen vermogen kon geen dividend worden uitgekeerd. Ter zake van de geldlening is een voorziening getroffen van 5.000.000 gulden. In de aangifte vennootschapsbelasting 2000 is een aanvullende voorziening getroffen van 2.000.000 gulden. De dotatie van deze aanvullende voorziening is door de inspecteur niet geaccepteerd. In geschil is of de inspecteur de dotatie terecht heeft geweigerd. Hof Arnhem heeft geoordeeld dat, voor het geval belanghebbende gevolgd zou kunnen worden in haar stelling dat de geldverstrekking aan G Holding BV is aangegaan vanuit een zakelijk motief, de vormgeving van de geldverstrekking iedere zakelijkheid ontbeert (r.o. 3.2). Er was immers geen leningsovereenkomst of aflossingsschema. Ook was nimmer enige vorm van zekerheid gevraagd noch verstrekt. Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat een onafhankelijke derde onder deze omstandigheden de geldlening niet zou zijn aangegaan. De geldverstrekking is derhalve niet aan te merken als een zakelijke lening. Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat X Beheer BV de afwaardering niet ten laste van haar resultaat mag brengen (r.o. 3.3). De Hoge Raad oordeelt dat *indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou*

*hebben genomen, moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang 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>17</sup> De Hoge Raad vindt het oordeel van Hof Arnhem niet onbegrijpelijk, aangezien geen zekerheid was gevraagd en verstrekt. En aangezien G Holding BV, die over geen andere activa of een andere financiering beschikte, de lening van X Beheer BV moest aflossen uit een te genereren dividendstroom uit onder meer X Beheer BV. De Hoge Raad oordeelt dat uit 's Hofs oordeel voortvloeit dat – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan moet worden uitgegaan dat X Beheer BV het volle debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van G Holding BV in haar hoedanigheid van aandeelhouder te dienen. Hieraan doet niet af dat G Holding BV geen meerderheidsaandeelhouder is van X Beheer BV. De Hoge Raad stelt vast dat uit 's Hofs uitspraak of de stukken van het geding niet blijkt dat feiten of omstandigheden zijn vastgesteld of aangevoerd, waaraan de conclusie kan worden verbonden dat hier sprake is van bijzondere omstandigheden (r.o. 3.5).

Doordat HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 een specifieke casus betrof, was er onduidelijkheid over de reikwijdte van dit arrest. Was dit arrest alleen van toepassing op de situatie waarin een dochtervennootschap een geldlening verstrekt aan haar moedervernootschap of geldt dit arrest ook indien de moedervernootschap een geldlening verstrekt aan haar dochtervennootschap. En wat gebeurt er als zustervennootschappen elkaar onderling een geldlening verstrekken. Kan dit arrest ook worden toegepast in de terbeschikkingstellingsfeer of geldt dit arrest alleen voor de vennootschapsbelastingfeer.

G Holding BV was geen meerderheidsaandeelhouder en ook geen verbonden lichaam<sup>18</sup> van X Beheer BV. Onduidelijk is hoe gering het belang in de crediteur moet zijn om buiten het bereik van dit arrest te blijven.

Ten slotte oordeelt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5 dat geen bijzondere omstandigheden zijn gebleken of aangevoerd. Gedurende een lange tijd was onduidelijk wat onder bijzondere omstandigheden moest worden verstaan. Op 3 mei 2013 heeft de Hoge Raad hierin verheldering gegeven. Het arrest HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, LJN BW1971 wordt in paragraaf 2.4.6 behandeld.

---

<sup>17</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

<sup>18</sup> Met verbonden lichaam wordt hier bedoeld een verbonden lichaam in de zin van artikel 10a Wet VPB 1969.

### **2.4.2 Conclusie A-G Wattel**

Op 14 juli 2010 heeft Advocaat-Generaal Wattel (hierna: A-G Wattel) een conclusie uitgebracht, waarover de Hoge Raad geoordeeld heeft in de arresten van 25 november 2011 die afspelen in de vennootschapsbelastingfeer. In zijn conclusie maakt A-G Wattel onderscheid tussen twee soorten leningen: de OR-lening (onzakelijke rente-lening) en de ODR-lening (onzakelijk-debiteurenrisico-lening)<sup>19</sup>.

Een OR-lening is een lening tussen gelieerde partijen met een onzakelijke prijs. Met gelieerde partijen wordt in dit kader hetzelfde bedoeld als in artikel 8b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). De OR-lening kan op armslengte worden gebracht door de rente opwaarts aan te passen. De lening op armslengte brengen, gebeurt conform artikel 8b Wet VPB 1969. Volgens artikel 8b Wet VPB 1969 moet de rente worden gecorrigeerd naar een rente die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Hierbij gaat het niet alleen om aanpassing van de rente, maar ook om aanpassing van de overeengekomen voorwaarden.<sup>20</sup> Een eventueel afwaarderingsverlies op de OR-lening is aftrekbaar van de winst.

Een ODR-lening is een lening met een debiteurenrisico dat een niet-gelieerde geldverstrekker niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben aanvaard. Binnen de categorie ODR-leningen maakt A-G Wattel onderscheid tussen twee soorten ODR-leningen: ODR-light en hoofdsomonzakelijk. De eerste soort ODR-lening, ODR-light is een lening die prijsonzakelijk is. Het onzakelijke debiteurenrisico kan worden weggenomen door de vaste rente te corrigeren. Overige voorwaarden zoals zekerheden of looptijd mogen bij deze variant waarschijnlijk niet worden aangepast. De OR-lening en de ODR-light variant lijken op elkaar. Het onderscheid tussen deze twee leningen lijkt mij te liggen in het feit dat bij de OR-lening niet alleen een vaste rente hoeft te worden bepaald, maar dat ook de overeengekomen voorwaarden kunnen worden aangepast. Terwijl bij de ODR-light variant de overeengekomen voorwaarden niet worden gewijzigd. Alleen de rente wordt hierbij aangepast. Egelie<sup>21</sup> is van mening dat de OR-lening niet bestaat. Als reden geeft hij dat een om onzakelijke redenen aanvaard debiteurenrisico niet at arm's length kan worden gemaakt door fiscaal een hogere rente in aanmerking te nemen, omdat rente en zekerheden (doorgaans) niet onderling inwisselbaar zijn en onvergelijkbare risico's beogen te dekken. Mocht de OR-lening toch

---

<sup>19</sup> Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, par. 5.8.

<sup>20</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), blz. 90

<sup>21</sup> Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2010, nr. 08/05323, NTFR 2010/2168 met commentaar van W.F.E.M. Egelie.



bestaan, dan is dat volgens hem alleen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld wanneer de lening voor 90% is zekergesteld.

De tweede soort ODR-lening is een lening die essentieel onzakelijk is. Het ontbreken van (voldoende) zekerheid is in de gegeven omstandigheden zó essentieel dat de lening niet met aanpassing van de (vaste) rente verzakelijkt, kan worden tot armslengte. Met geen verzakelijking tot armslengte bedoelt A-G Wattel dat de (vaste) rente niet kan worden gecorrigeerd naar een rente die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen wederom conform artikel 8b Wet VPB 1969.

### ***2.4.3 Arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011***

Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad drie arresten<sup>22</sup> over de onzakelijke geldlening in de vennootschapsbelasting sfeer gewezen. Het enige arrest dat zal worden besproken, is HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37c\*. Verder komt in deze paragraaf het eerste onzakelijke geldlening-arrest gewezen in de terbeschikkingstellingsfeer aan bod.

#### ***2.4.3.1 HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37c\****

Een schematische weergave van de casus van BNB 2012/37c\* is in bijlage II opgenomen. Belanghebbende heeft haar effectenportefeuille aan A BV verkocht en geleverd. Ter zake van de verkoop ontstaat een rekening-courantverhouding tussen belanghebbende en A BV. De rente hierover bedraagt 5 percent. Belanghebbende en A BV hebben de rekening-courant omgezet in een geldlening. Het eigen vermogen van A BV is negatief. Belanghebbende heeft haar vordering afgewaardeerd vanwege het negatieve vermogen van A BV. In geschil is of de inspecteur de afwaardering van de vordering terecht heeft geweigerd.

Hof Arnhem oordeelt dat de geldverstrekking door belanghebbende aan A BV alle zakelijkheid ontbeert. Het Hof heeft hierbij in aanmerking genomen dat op het moment van de overdracht van de effecten door belanghebbende aan A BV:

- A BV niet over andere inkomsten of (afgezien van het op de aandelen gestorte kapitaal ad. € 18.151) vermogen beschikte;
- belanghebbende geen zekerheid voor haar vordering op A BV heeft bedongen; en
- geen aflossingsschema is overeengekomen tussen partijen.

Verder heeft het Hof van belang geacht dat de inkomsten die A BV uit de effecten genoot, onvoldoende waren om de verschuldigde rente van 5 percent te voldoen. De latere in een geldleningsovereenkomst vastgelegde inpandgeving van de effecten doet niet af aan het

---

<sup>22</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38 en HR 25 november 2011, nr. 10/04588 zullen niet worden besproken, omdat ik deze arresten niet van belang acht voor mijn probleemstelling.

oordeel van het Hof. Het Hof komt tot de slotsom dat belanghebbende onder zodanige voorwaarden en omstandigheden geld aan A BV heeft verstrekt dat zij daarmee een debiteurenrisico op zich heeft genomen dat zij enkel in haar positie van aandeelhouder van A BV heeft aanvaard en dat een onafhankelijke derde niet als zodanig zou hebben aanvaard. De geldverstrekking is volgens het Hof niet aan te merken als een zakelijke lening. De afwaardering van de lening kan niet ten laste van de winst worden gebracht. Van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel leiden, is volgens het Hof ook geen sprake.

De Hoge Raad stelt voorop dat voor de vraag of een geldverstrekking fiscaal een geldlening of een kapitaalverstrekking is, de civielrechtelijke vorm beslissend is. Hij geeft hierop de drie uitzonderingen, zoals reeds behandeld in paragraaf 2.3 van dit hoofdstuk. De Hoge Raad oordeelt dat slechts in deze drie uitzonderingsgevallen voor de fiscale winstberekening uitgegaan moet worden dat sprake is van eigen vermogen (r.o. 3.3.1). De onzakelijke lening hoort volgens de Hoge Raad niet in dit rijtje thuis en moet dus niet als eigen vermogen worden gezien.

In rechtsoverweging 3.3.2 oordeelt de Hoge Raad dat als bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het at arm's length beginsel is vastgesteld, voor de fiscale winstberekening moet worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Hierbij zal moeten worden uitgegaan van hetgeen partijen zijn overeengekomen, zoals met betrekking tot de zekerheden en de looptijd van de lening. Alleen de rente mag worden aangepast, maar niet zodanig dat de geldlening in wezen winstdelend zou worden. Dit zou namelijk het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen, aantasten. Indien geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid is eenzelfde lening aan de met de vennootschap gelieerde partij te verstrekken – onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden – moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Behoudens bijzondere omstandigheden, moet in dit geval ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen. Dit brengt met zich mee dat een eventueel verlies op de geldlening niet op de winst in mindering kan worden gebracht (r.o. 3.3.3).

In rechtsoverweging 3.3.4 legt de Hoge Raad uit hoe met de rente op een onzakelijke lening moet worden omgegaan. Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij een onzakelijke lening aanvaardt, is te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde door

een met haar gelieerde vennootschap is opgenomen. In geval van een onzakelijke lening zal de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld alsof zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden. De Hoge Raad geeft als vuistregel dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden, indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.

In rechtsoverweging 3.3.5 oordeelt de Hoge Raad dat naar het moment van aangaan van de lening moet worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening met dien verstande dat een zakelijke lening gedurende haar looptijd ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur alsnog een onzakelijke lening kan worden. Tevens merkt de Hoge Raad op dat voor de lening als geheel moet worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening. En dat het debiteurenrisico van een onzakelijke lening in de kapitaalsfeer ligt.

In rechtsoverweging 3.3.6 oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat het debiteurenrisico met betrekking tot de verschuldigd gebleven rente op een onzakelijke lening ook in de kapitaalsfeer valt. De rente op de onzakelijke lening moet dus hetzelfde worden behandeld als de onzakelijke lening.

#### *De onzakelijke geldlening opzij*

Uit dit arrest kunnen we de conclusie trekken dat het arrest van 9 mei 2008 geen gelegenheidsarrest was. En dat de Hoge Raad het leerstuk van de onzakelijke geldlening ook van toepassing acht op de geldverstrekking omlaag. De vraag die nu nog resteert, is of de onzakelijke lening zich ook kan voordoen bij zustervennootschappen, de onzakelijke lening opzij. In de literatuur<sup>23</sup> wordt gespeculeerd dat de onzakelijke lening opzij zich wel kan voordoen. Bij de onzakelijke lening opzij leent de zustervennootschap geld van de vennootschap. Indien de geldlening als onzakelijk wordt gekwalificeerd, vind een verkapte dividenduitkering plaats door de schuldeiser-vennootschap aan de moedervernootschap. Vervolgens stort de moedervernootschap informeel kapitaal in de schuldenaar-vennootschap.

#### *Een vierde uitzondering*

Volgens de Hoge Raad past het niet in het wettelijk systeem om de onzakelijke lening als vierde uitzondering in het rijtje van de schijnlening, deelnemerschapslening en

---

<sup>23</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 29 december 2011, blz. 3 en aantekening redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2011/63.10.

bodemlozeputlening te plaatsen. Van den Bos<sup>24</sup> is geïntrigeerd door deze overweging van de Hoge Raad en vraagt zich af wat de Hoge Raad bedoelt met het wettelijk systeem en waarom een vierde uitzondering daarin niet past. Alle uitzonderingen op de hoofdregel zijn van de rechter afkomstig, derhalve is het aan de Hoge Raad om aan te geven wanneer een vierde uitzondering zich voordoet. De Hoge Raad oordeelt echter zonder verdere uitleg dat een vierde uitzondering zich hier niet voordoet en dat een vierde uitzondering er ook niet zal komen. Volgens Snoeij en Wagenaar<sup>25</sup> hadden wij echter kunnen weten dat er naast de drie uitzonderingen geen vierde uitzondering zou komen, omdat de Hoge Raad in BNB 2002/231<sup>26</sup> heeft uitgesproken dat in drie uitzonderingsgevallen wordt afgeweken van de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking als geldlening. Dit suggereerde volgens Snoeij en Wagenaar het bestaan van een ‘gesloten’ kwalificatiesysteem. Het lijkt mij nogal frappant dat de Hoge Raad geen uitleg geeft waarom de onzakelijke lening niet in het rijtje van de schijnlening, deelnemerschapslening en bodemlozeputlening past. De criteria van de onzakelijke lening komen immers sterk overeen met die van de schijnlening, deelnemerschapslening en bodemlozeputlening. Ganzeveld en Hoeve<sup>27</sup> menen dat wij nu wel te maken hebben met een viertrapsraket. Het eigen vermogen-karakter bij de onzakelijke lening wordt, volgens hun, slechts naar achteren geschoven. Ik deel deze mening.

### *Verzakelijking rente*

Indien de rente van de geldlening met inachtneming van de door partijen overeengekomen voorwaarden kan worden verzakelijkt, is de lening zakelijk. Hierbij mag de rente niet winstafhankelijk worden. Het lijkt erop dat de Hoge Raad hier kiest voor een mix van de door A-G Wattel beschreven OR-lening en de ODR-light variant. De Hoge Raad wil de rente namelijk verzakelijken op grond van het arm's length beginsel, terwijl de door partijen overeengekomen voorwaarden niet mogen worden aangetast. Als de rente op de geldlening niet kan worden verzakelijkt, spreekt de Hoge Raad van een onzakelijke lening. De Hoge Raad bedoelt hiermee de ODR-lening van A-G Wattel. De Hoge Raad legt de grens bij het winstafhankelijk worden van de rente en geeft hierbij als motivering dat anders het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen, zou worden aangetast. Albert<sup>28</sup> annoteert bij dit

---

<sup>24</sup> A.J. van den Bos, *Het wettelijk systeem?*, NTFR 2012/838.

<sup>25</sup> R. Snoeij en L. Wagenaar, *Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekingen*, NTFR 2011/2761, par. 4.

<sup>26</sup> HR 24 mei 2002, nr. 37 071, BNB 2002/231.

<sup>27</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 29 december 2011, blz. 3.

<sup>28</sup> P.G.H. Albert in zijn noot in BNB 2012/37.

arrest dat volgens hem een belangrijkere reden voor de grens is, namelijk dat als die grens er niet zou zijn de afwaardering van iedere onzakelijke lening ten laste van de winst gebracht zou kunnen worden (behoudens de afwaardering van een bodemlozeputlening en een deelnemerschapslening). De Redactie van Vakstudie-Nieuws<sup>29</sup> vindt het onderscheid tussen een vaste rente en een winstafhankelijke rente een zwak punt in de redenering van de Hoge Raad. In de praktijk zijn namelijk diverse tussenvormen aanwezig. Sommige private partijen zijn bereid meer risico te lopen dan de bank. Een vergelijkbare lening van een derde is nagenoeg nooit te vinden. Albert<sup>30</sup> annoteert dat hij het niet van belang acht of in het concrete geval een onafhankelijke derde is te vinden. De afwezigheid van een onafhankelijke derde maakt het lastig om bewijs te leveren aan de inspecteur of aan de rechter. Vermoedelijk zal dit dan ook tot veel procedures leiden, waarbij de beslissing van de rechter vaak zal afhangen van zijn onderbuikgevoel. De Redactie van Vakstudie-Nieuws pleit dan ook terecht voor een betere toetsbare norm van de kant van de wetgever. Ganzeveld en Hoeve<sup>31</sup> delen deze mening. Albert<sup>32</sup> verwacht dat de Hoge Raad in de toekomst maar moeilijk algemeen toetsbare criteria zal kunnen geven voor het onderscheid tussen een ODR-lening en een lening die net geen ODR-lening is. Naar mijn mening is het aan de wetgever om criteria te geven waaraan kan worden getoetst of sprake is van een ODR-lening. Helaas heeft de staatssecretaris in zijn reactie van 22 februari 2010 op de zogenoemde Nexia-brief inzake fiscale knelpunten bij het verstrekken van leningen in het MKB reeds aangegeven dat hij, gelet op het sterk casuïstische karakter, geen concrete criteria kan aanreiken teneinde voor een geldlening een ‘safe harbour’ te creëren. Het uitbrengen van een beleidsbesluit op dit terrein lijkt hem geen begaanbare weg.<sup>33</sup> De reactie van de staatssecretaris dateert van voor de 25 november 2011-arresten. De staatssecretaris heeft deze uitspraak gedaan naar aanleiding van het arrest BNB 2008/191. Ik denk echter niet dat de staatssecretaris naar aanleiding van de 25 november 2011-arresten van gedachten is veranderd. Belastingplichtigen zullen naar aanleiding van deze arresten de geldleningovereenkomsten aan de Belastingdienst voorleggen om zekerheid over de zakelijkheid van de lening te krijgen of zij zullen instemmen met het horizontaal toezicht door de Belastingdienst om zodoende ‘safe’ te zijn.

---

<sup>29</sup> Aantekening redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2011/63.10.

<sup>30</sup> P.G.H. Albert in zijn noot in BNB 2012/37.

<sup>31</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 29 december 2011, blz. 2.

<sup>32</sup> P.G.H. Albert in zijn noot in BNB 2012/37.

<sup>33</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2010 gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nr. DGB2010/86U, V-N 2010/12.18.

### *Beoordeling onzakelijkheid*

Of sprake is van een onzakelijke lening moet naar het moment waarop de geldlening is aangegaan, worden beoordeeld. Ondanks dat de Hoge Raad dit expliciet heeft geoordeeld, is Albert<sup>34</sup> van mening dat in de praktijk de kwalificatie van een lening als ODR-lening nogal eens zal geschieden op grond van de afloop (op basis van wijsheid achteraf). De Hoge Raad voegt aan zijn overweging toe dat een zakelijke lening door handelen van de schuldeiser later in een onzakelijke lening kan veranderen. De Hoge Raad geeft in zijn arrest geen voorbeelden van dergelijke handelingen. Volgens de Redactie van Vakstudie-Nieuws<sup>35</sup> kan worden gedacht aan handelingen als het alsnog achterstellen van de lening of het verlengen van de looptijd. Nieuweboer<sup>36</sup> neemt aan dat een initieel onzakelijke lening alsnog zakelijk kan worden als de schuldeiser handelingen verricht waardoor zijn risico vermindert en beprijsbaar wordt. Dit lijkt mij een logische redernering als we de overweging van de Hoge Raad doortrekken. In HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het nalaten van handelingen ook ertoe kan leiden dat een zakelijke lening verandert in een onzakelijke lening. Voorbeelden van het nalaten van handelingen kunnen zijn het niet opeisen van de lening, het niet inroepen van een reeds verstrekte zekerheid of het niet vragen van aanvullende zekerheden.

### *Kwalificatie als onzakelijk*

De kwalificatie van de geldlening als onzakelijk geldt voor de lening als geheel. Dit is dus anders dan door A-G Wattel werd gedacht. Volgens A-G Wattel<sup>37</sup> impliceerden de woorden ‘indien en voor zover’ en ‘in zoverre’ in rechtsoverweging 3.4 van HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 dat een onzakelijke lening gesplitst kan worden in een deel waarvan het debiteurenrisico zakelijk is en een deel waarvan het debiteurenrisico onzakelijk is. Ook Albert<sup>38</sup> dacht er zo over. De Hoge Raad laat de woorden ‘indien en voor zover’ en ‘in zoverre’ echter weg in rechtsoverweging 3.3.3 van BNB 2012/37c\* en meldt in rechtsoverweging 3.3.5 expliciet dat de kwalificatie van de geldlening als onzakelijk geldt voor de lening als geheel. Opvallend is dat de Hoge Raad in HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11 in rechtsoverweging 3.4.1 (laatste volzin) weer de woorden ‘in zoverre’ gebruikt. Uit dit arrest volgt dat door het nalaten van de schuldeiser de geldlening kan

---

<sup>34</sup> P.G.H. Albert in zijn noot in BNB 2012/37.

<sup>35</sup> Aantekening redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2011/63.10.

<sup>36</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, NTFR 2011/2722 met commentaar van M. Nieuweboer.

<sup>37</sup> Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2010, V-N 2010/40.26, par. 4.5.

<sup>38</sup> P.G.H. Albert in zijn noot in BNB 2012/37.

omslaan van zakelijk naar onzakelijk. De geldlening is slechts onzakelijk als de inspecteur aannemelijk maakt dat een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden als belanghebbende wel maatregelen zou hebben genomen om de geldlening te laten aflossen of zekerheid te eisen. Als de geldlening op een later moment het karakter krijgt van een onzakelijke geldlening, kan nog wel sprake zijn van een aftrekbaar verlies met betrekking tot de periode waarin de geldlening als zakelijk werd aangemerkt.

### *Rente onzakelijk lening*

Tot slot legt de Hoge Raad in dit arrest uit hoe met de rente op een onzakelijke lening moet worden omgegaan. De rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die een gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden, indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder gelijke voorwaarden van een derde zou lenen. De rente valt dus samen met de onzakelijke lening in de kapitaalsfeer (deelnemingsfeer). Deze overweging van de Hoge Raad waarin de Hoge Raad oordeelt dat er een ODR-rente moet worden bepaald voor de onzakelijke lening heeft veel kritiek ontvangen. De ODR-rente blijft bij de crediteur belast, terwijl geen aftrek wordt toegestaan als het debiteurenrisico zich daadwerkelijk manifesteert bij de crediteur.<sup>39</sup> Er wordt in de literatuur<sup>40</sup> aangeraden om geen rente meer in aanmerking te nemen zodra duidelijk is dat de lening niet meer zal worden terugbetaald. Albert<sup>41</sup> gaat met zijn kritiek veel verder en stelt dat geen ODR-rente hoeft te worden bepaald als de Hoge Raad geen hiërarchie had aangebracht tussen een rentecorrectie en een correctie van het debiteurenrisico. Dit zou volgens hem leiden tot een praktischer en werkbaarder systeem.

#### *2.4.3.2 HR 25 november 2011, nr. 10/05394, BNB 2012/78*

Belanghebbende in HR 25 november 2011, nr. 10/05394, BNB 2012/78 houdt samen met de houdstervenootschap van zijn echtgenote alle aandelen in D Beheer BV. D Beheer BV houdt 75% van de aandelen in E BV. Een schematische weergave is in bijlage III opgenomen. Belanghebbende verstrekt een geldlening aan D Beheer BV. Om deze geldlening te kunnen verstrekken, is belanghebbende een geldlening aangegaan bij de houdstervenootschap van zijn echtgenote. De houdstervenootschap van de echtgenote van belanghebbende heeft ook

---

<sup>39</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 29 december 2011, blz. 3.

<sup>40</sup> Zie onder andere J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 29 december 2011, blz. 3; aantekening redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2011/63.10; en R. Snoeij en L. Wagenaar, *Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekkingen*, NTFR 2011/2761, par. 5.2.

<sup>41</sup> P.G.H. Albert in zijn noot in BNB 2012/37.

een geldlening verstrekt aan D Beheer BV. De aan D Beheer BV verstrekte geldleningen worden doorgeleend aan E BV. Hiernaast heeft de ING Bank ook een geldlening verstrekt aan E BV. Ter zekerheid heeft de ING Bank een pandrecht op roerende zaken en vorderingen op derden bedongen. E BV wordt failliet verklaard. Het faillissement van E BV was het gevolg van het failliet gaan van haar grootste klant. Belanghebbende wilde samen met zijn echtgenote een doorstart maken. Naar aanleiding hiervan heeft belanghebbende de vordering op D Beheer BV kwijtscholden. D Beheer BV heeft het kwijtscheldingsvoordeel tot haar winst gerekend. Het verlies dat ontstaat door de kwijtschelding brengt belanghebbende ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheden. In geschil is of dit kwijtscheldingsverlies ten last van zijn resultaat kan worden gebracht.

Hof Arnhem oordeelt dat het verlies niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht, omdat:

- geen zekerheden zijn gesteld;
- geen aflossingsschema is overeengekomen; en
- D Beheer BV (afgezien van de deelneming in E BV) geen noemenswaardige activa bezat.

Belanghebbende heeft bij het verstrekken van de geldlening een debiteurenrisico aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. De aanvaardig van dit risico berust volgens het Hof op aandeelhoudersmotieven hetgeen meebrengt dat sprake is van een onzakelijke geldlening (r.o. 3.2). Voorts oordeelt het Hof dat de uit de geldlening voortvloeiende vordering onder de terbeschikkingstellingsregeling van artikel 3.92 Wet IB 2001 valt en dat op grond van artikel 3.94 Wet IB 2001 het resultaat ter zake die vordering dient te worden bepaald overeenkomstig de bepalingen van de totaalwinst. Binnen de totaalwinst kan de afboeking van een tot het ondernemingsvermogen behorende vordering die ter zake van een onzakelijke debiteurenrisico is aanvaard, niet ten laste van de winst worden gebracht (HR 8 december 1954, nr. 11 999, BNB 1955/46). Naar analogie van de totaalwinst bij de terbeschikkingstelling moet de invloed van een onzakelijk handelen van de belastingplichtige op het resultaat daaruit worden geëlimineerd. Belanghebbende heeft het kwijtscheldingsverlies dat voortvloeit uit de aan D Beheer BV verstrekte onzakelijke geldlening naar 's Hof's oordeel ten onrechte ten laste van het resultaat gebracht (r.o. 3.2).



De Hoge Raad oordeelt dat de wetgever met artikel 3.94 Wet IB 2001 heeft willen aansluiten bij de totaalwinst en dat daarom onderdelen 3.3.1 tot en met 3.3.6 van het arrest HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37c\* ook gelden voor artikel 3.92, lid 1, sub a Wet IB 2001 (r.o. 3.3). De onzakelijke aanvaarding van het debiteurenrisico is ook in dit geval gebaseerd op de aandeelhoudersrelatie tussen de schuldenaar en de schuldeiser (r.o. 3.4.1). De Hoge Raad oordeelt verder dat het arrest HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 ook van toepassing kan zijn op vorderingen die vallen onder artikel 3.92 Wet IB 2001 (r.o. 3.4.2). In rechtsoverweging 3.5 legt de Hoge Raad uit hoe met het niet aftrekbaar verlies moet worden omgegaan. In een dergelijk geval zal de kwijtschelding van de geldlening als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt, ook indien en voor zover de vordering oninbaar is. Het verlies dat de aanmerkelijk belanghouder bij de kwijtschelding lijdt, vloeit immers voort uit het door hem als aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico. Ook bij een debiteur zal de kwijtschelding als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt. De verkrijgingsprijs in de zin van artikel 4.21 Wet IB 2001 van het aanmerkelijk belang zal met het bedrag van de als informele kapitaalstorting aan te merken kwijtschelding worden verhoogd.

#### *Het totaalwinstbegrip van toepassing*

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat het arrest HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 ook van toepassing is in de terbeschikkingstellingsfeer. Dit betekent dat het leerstuk van de onzakelijke geldlening eveneens geldt voor de schuldvordering verstrekt door een aandeelhouder of een met hem verbonden persoon aan een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang houdt. De wetgever heeft met artikel 3.94 Wet IB 2001 willen aansluiten bij het totaalwinstbegrip waardoor de onderdelen 3.3.1 tot en met 3.3.6 van het arrest HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37c\* ook gelden voor artikel 3.92, lid 1, sub a Wet IB 2001. Volgens Ganzeveld<sup>42</sup> heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij de totaalwinst, maar die intentie is niet altijd uitvoerbaar (gebleken) voor de fictieve terbeschikkingstellingsbron. De problemen die spelen bij toepassing van de bepalingen van de totaalwinst op de fictieve terbeschikkingstellingsbron komen aan bod in hoofdstuk 3.

#### *Het eigen vermogen-karakter*

De onzakelijkheid van de lening moet worden beoordeeld naar het moment waarop de geldlening is aangegaan. De onzakelijke geldlening wordt echter niet toegevoegd aan het rijtje

---

<sup>42</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, NTFR 2011/2834 met commentaar van J. Ganzeveld.

van de schijnlening, deelnemerschapslening en bodemlozeputlening. Bij deze drie uitzonderingsgevallen moet ook bij aanvang van de lening worden beoordeeld of sprake is van eigen vermogen. Deze drie leningen vallen dan niet onder het terbeschikkingstellingregime, maar onder het aanmerkelijkbelangregime. Bij de onzakelijke lening daarentegen blijft fiscaal sprake van een lening waardoor de lening valt onder het terbeschikkingstellingregime. Pas als het verlies op de lening definitief is, wordt dit verlies als informele kapitaalstorting in aanmerking genomen in het aanmerkelijkbelangregime. Het verlies op de geldlening is definitief als de geldlening door de schuldeiser wordt kwijtgescholden.

#### *Kwalificatie van de lening als geheel*

De kwalificatie van de geldlening als onzakelijk geldt voor de gehele lening. De schuldvordering en de aandelen bevinden zich beide in de belaste sfeer. De wetgever heeft ervoor gekozen om de schuldvordering onder te brengen in box 1, terwijl de aandelen in box 2 zitten. Volgens Albert<sup>43</sup> blijkt uit de parlementaire geschiedenis niet dat de wetgever slechts het zakelijke deel van de a.b.-vordering in box 1 heeft willen onderbrengen. Ook maakt artikel 3.92 Wet IB 2001 geen onderscheid tussen een zakelijk deel en een onzakelijk deel. Peeters<sup>44</sup> is eveneens van mening dat de wettekst geen onderscheid maakt tussen een zakelijke geldlening en een onzakelijke geldlening. De aanwezigheid van artikel 3.92, lid 3 Wet IB 2001 duidt erop dat de wetgever op de hoogte was van het fenomeen onzakelijke geldlening en waarschijnlijk ook het onzakelijke deel van de a.b.-vordering in box 1 heeft willen onderbrengen. Ganzeveld en Hoeve<sup>45</sup> concluderen dat tot aan de 25 november-arresten een afwaardering op een onzakelijke/ongebruikelijke geldverstrekking blijkbaar ook in de ogen van de staatssecretaris aftrekbaar was. Ook mijns inziens wat dit zo. Onduidelijk is waarom de Hoge Raad bij de onzakelijke geldlening niet is afgeweken van het totaalwinstbegrip. In andere jurisprudentie met betrekking tot de terbeschikkingstellingsregeling is de Hoge Raad weleens afgeweken van de totaalwinst.

#### *Het geleden verlies*

Het kwijtscheldingsverlies mocht belanghebbende in dit arrest niet ten laste van zijn resultaat brengen, omdat geen zekerheden zijn gesteld, geen aflossingsschema is overeengekomen en

---

<sup>43</sup> P.G.H. Albert, *Is verlies op onzakelijke lening "omlaag" aftrekbaar?*, WFR 2008/1226.

<sup>44</sup> P.J.J.M. Peeters, *De 'onzakelijke lening' bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! – Deel 1 Openstaande rechtsvragen*, WFR 2010/6884.

<sup>45</sup> J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 29 december 2011, blz. 5.

de schuldenaar geen noemenswaardige activa bezat. Als een aanmerkelijk belanghouder is genoodzaakt om aan zijn vennootschap een lening te verstrekken, zal dit meestal zijn omdat de vennootschap elders geen financiering kan krijgen. De aanmerkelijk belanghouder heeft er baat bij als de onderneming van de vennootschap goed draait, omdat hij als aandeelhouder meedeelt in de winsten van de vennootschap. Hij zal zijn vennootschap daarom willen helpen door een financiering te verstrekken. De aanmerkelijk belanghouder vraagt geen zekerheden of stelt geen aflossingschema op, omdat hij nauw met de vennootschap is verbonden. Waarschijnlijk hoopt de aanmerkelijk belanghouder dat de vennootschap door de financiering er weer bovenop zal komen waarna zij de lening zal terugbetalen. In het licht van een geldlening waarvoor geen zekerheden zijn gevraagd en geen aflossingsschema is opgesteld, is al gauw sprake van een onzakelijke geldlening waarbij aftrek van het verlies op de geldlening wordt geweigerd. Ik denk dat bij de weigering van de aftrek van het verlies over het hoofd wordt gezien dat het verlies werkelijk is geleden door de aanmerkelijk belanghouder. Het geld dat aan aanmerkelijk belanghouder in de vennootschap heeft gestoken, is hij kwijt. De aanmerkelijk belanghouder bezit weliswaar de aandelen in de vennootschap, maar als de onderneming van de vennootschap niet goed draait en de vennootschap maakt schulden of gaat failliet, zijn de aandelen niets waard.

#### *Rente onzakelijke geldlening*

Ook de rente op de onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsfeer moet worden gesteld op de rente die de vennootschap zou moeten vergoeden, indien zij met een borgstelling van de aandeelhouder onder gelijke voorwaarden van een derde zou lenen. De bijgeschreven rente op de onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsfeer is evenals het verlies op de lening niet aftrekbaar.

#### *Het niet aftrekbare verlies*

Ten slotte legt de Hoge Raad uit hoe met het niet aftrekbaar verlies moet worden omgegaan. De kwijtschelding van de geldlening moet als een informele kapitaalstorting worden aangemerkt indien en voor zover de vordering oninbaar is. Bij de vennootschap zal de kwijtschelding ook als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt. De verkrijgingsprijs in de zin van artikel 4.21 Wet IB 2001 van het aanmerkelijk belang zal met het bedrag van de kwijtschelding worden verhoogd. Doordat de casus in dit arrest zo was dat de geldlening reeds was kwijtgescholden, kan niet worden achterhaald of een verlies op de geldlening al bij afwaardering van de geldlening als een informele kapitaalstorting in

aanmerking mag worden genomen. Het lijkt er echter op dat het omslagpunt van een verlies op de geldlening naar een informele kapitaalstorting uiterlijk plaatsvindt als het verlies definitief is.<sup>46</sup>

#### ***2.4.4 HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79***

Op 13 januari 2012 heeft de Hoge Raad een tweede arrest gewezen over de onzakelijke geldlening in de terbeschikkingstellingsfeer, HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79. Een schematische weergave van de casus is in bijlage IV te vinden. Belanghebbende bezit alle aandelen in A BV, de holdingvennootschap. A BV houdt alle aandelen in B BV en vormen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Belanghebbende en de holding hebben een schriftelijke overeenkomst opgesteld waarin de tussen hen reeds bestaande rekening-courantverhouding wordt vastgesteld, waarbij:

- geen zekerheden zijn bedongen;
- geen aflossingsschema overeengekomen; en
- de verschuldigde rente wordt bijgeschreven op de rekening-courant.

Belanghebbende en zijn echtgenote hebben in hun aangiften inkomstenbelasting 2005 een deel van de vordering afgewaardeerd. In geschil is of het afwaarderingsverlies als negatief resultaat in aanmerking kan worden genomen.

Hof Den Bosch heeft geoordeeld dat de inspecteur – op wie de bewijslast rust – niet aannemelijk heeft gemaakt dat door het ter beschikking stellen van de geldsom belanghebbende een debiteurenrisico heeft gelopen dat een onafhankelijke derde ten tijde van de verstrekking niet zou hebben genomen. Het Hof heeft hierbij in aanmerking genomen dat belanghebbende ten tijde van de verstrekking van de geldlening kennelijk van mening was en redelijkerwijs van mening kon zijn dat voldoende zekerheid bestond dat de holding in staat zou zijn deze terug te betalen ook zonder dat door de holding zekerheden werden afgegeven, en dat de verwachting bestond dat de ondernemingen, mede na de reorganisatie van het concern zich zouden herstellen (r.o. 3.2).

De Hoge Raad gaat mee met het oordeel van het Hof en voegt eraan toe dat de omstandigheid dat een lage rente is overeengekomen, niet afdoet aan de juistheid van 's Hof's oordeel.

---

<sup>46</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, NTFR 2011/2834 met commentaar van J. Ganzeveld.

Ingeval bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het at arm's length beginsel is vastgesteld, zal voor de fiscale winstberekening moeten worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Daarbij zal – behoudens het rentepercentage – uitgegaan moeten worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen, zoals zekerheden en de looptijd van de lening (r.o. 3.3). De Hoge Raad oordeelt dat ondanks het ontbreken van formele zekerheden en een aflossingsschema, en het bijschrijven van de rente, geen sprake is van een onzakelijke lening. In rechtsoverweging 3.4.2 oordeelt de Hoge Raad dat de voorwaarden waaronder een geldlening is aangegaan, moeten van het aanmerken van deze geldlening als een onzakelijke lening worden onderscheiden. Dit is nieuw in het leerstuk van de onzakelijke geldlening. In de voorgaande arresten zagen we namelijk dat de Hoge Raad tot het oordeel komt dat een lening onzakelijk is op basis van de voorwaarden waaronder de geldlening is aangegaan.

Opmerkelijk bij dit arrest is dat het Hof en de Hoge Raad oordelen dat geen sprake is van een onzakelijke lening, terwijl geen zekerheden zijn gesteld, geen aflossingsschema is overeengekomen en de rente wordt bijgeschreven op de rekening-courant. Ganzeveld<sup>47</sup> maakt in haar commentaar bij het arrest een interessante opmerking. Zij merkt op dat de inspecteur niet geheel optimaal heeft geprocedeerd in deze zaak. Dit lijkt mij een heel plausibele verklaring voor de uitkomst van dit arrest. De bewijslast ligt bij de inspecteur om te bewijzen dat belanghebbende met het verstrekken van de geldlening een debiteurenrisico heeft gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. De inspecteur is hier niet in geslaagd. Integendeel de inspecteur zou tijdens het onderzoek ter zitting hebben bevestigd dat holding voldoende verhaal bood om de lening terug te betalen, zo blijkt uit de conclusie van A-G Niessen<sup>48</sup>.

#### *De bewijslast*

In HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11 kwam nogmaals naar voren hoe belangrijk de bewijslast is die rust op de inspecteur. De Hoge Raad oordeelde: *Voor het niet in aanmerking nemen van een debiteurenverlies op een lening die bij het aangaan zakelijk was, zal de inspecteur feiten (en omstandigheden) aannemelijk moeten maken waaruit volgt op welk moment een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden als belanghebbende (waaronder de kennis die belanghebbende heeft van de debiteur), welke maatregel zou hebben genomen om zijn rechten voortvloeiende uit de desbetreffende*

---

<sup>47</sup> Hoge Raad 13 januari 2012, nr. 10/03654, NTFR 2012-471 met commentaar van J. Ganzeveld.

<sup>48</sup> Conclusie A-G Niessen van 24 februari 2011, nr. 10/03654, LJN BP8068, BNB 2012/79, onderdeel 6.4.

*vordering veilig te stellen, en in hoeverre deze daarin dan zou zijn geslaagd. Indien deze analyse ertoe leidt dat en in hoeverre ook een derde verlies zou hebben geleden, is het door belanghebbende geleden verlies in zoverre aftrekbaar.*<sup>49</sup> De Hoge Raad verduidelijkt aan welke regels de inspecteur zich moet houden om te bewijzen dat een zakelijke lening alsnog onzakelijk is geworden. De inspecteur moet als eerst bewijzen op welk moment een zakelijk handelende derde zou hebben ingegrepen. Vervolgens moet de inspecteur bewijzen welke maatregelen deze zakelijk handelende derde zou hebben genomen. Tenslotte moet de inspecteur bewijzen tot welk resultaat dit dan zou hebben geleid.

In rechtsoverweging 3.4.2 van BNB 2012/79 benadrukt de Hoge Raad het onderscheid tussen een onzakelijke lening en een lening onder onzakelijke voorwaarden. Een lening onder onzakelijke voorwaarden is te vergelijken met een mix tussen de OR-lening en de ODR-light variant van A-G Wattel. Ik verwijs hierbij eveneens naar paragraaf 2.4.3.1. De rente moet worden verhoogd naar een zakelijke vaste rente, terwijl de voorwaarden die partijen zijn overeengekomen, zoals zekerheden en de looptijd van de lening hetzelfde blijven.<sup>50</sup> De rente mag niet winstdelend zijn. Als er geen vaste rente kan worden gevonden, kan de lening niet meer worden ‘verzakelijkt’ en is sprake van een onzakelijke lening. De onzakelijke lening hebben we in paragraaf 2.4.3 besproken en is te vergelijken met de ODR-lening van A-G Wattel.

## ***2.4.5 Arresten van de Hoge Raad van 9 maart 2012***

### ***2.4.5.1 HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132***

In de zaak die tot het arrest HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132 heeft geleid, is belanghebbende enig aandeelhouder in A Beheer BV. De casus wordt in bijlage V schematisch weergegeven. Belanghebbende verstrekt drie geldleningen aan A Beheer BV, waarbij:

- de rente 4 percent bedraagt;
- er geen aflossingsschema is overeengekomen; en
- er geen zekerheden zijn gesteld.

---

<sup>49</sup> HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11, r.o. 3.4.1.

<sup>50</sup> HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, LJN BP8068, BNB 2012/79, r.o. 3.3. Zie ook HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37c\*.

De geldleningen van € 132.257 en € 42.000 heeft belanghebbende geleend bij een fonds van zijn ouders onder dezelfde voorwaarden als belanghebbende is overeengekomen met A Beheer BV. Belanghebbende leent het geld enkel door en behaalt geen voordeel met deze werkzaamheid. Hij houdt geen rekening met een risico-opslag voor het risico dat hij loopt met het doorlenen van de geldlening. Het geld voor de lening van € 75.784 heeft belanghebbende geleend bij de ABN AMRO Bank tegen een rente van 5,9 percent. De lening is aflossingsvrij. Belanghebbende heeft een hypothecaire zekerheid verstrekt met als onderpand zijn woning. Doordat de rente bij de ABN AMRO Bank hoger is dan de rente van 4 percent die belanghebbende met A Beheer BV is overeengekomen, lijdt belanghebbende structureel verlies op deze werkzaamheid. Ook staat er een passiefpost 'Rekening-courant directie' op de balans van de BV. Voor deze rekening-courant is geen overeenkomst van geldlening opgemaakt. Ter zitting verklaart belanghebbende dat voor deze vordering dezelfde voorwaarden gelden als voor de andere geldleningen.

In geschil is of belanghebbende terecht een negatief resultaat in aanmerking heeft genomen in verband met de afwaardering van de leningen aan en de rekening-courantvordering op de BV. Hof Amsterdam<sup>51</sup> heeft overwogen dat belanghebbende gelet op de feiten en omstandigheden, waaronder de rentepercentages, zekerheden en aflossingsschema's van de leningen en de rekening-courant, met het aangaan van de leningen en de rekening-courant een debiteurenrisico heeft gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen in de zin van het arrest van 9 mei 2008, nr. 43 849, LJN BD1108, BNB 2008/191. Belanghebbende zou het risico hebben aanvaard met de bedoeling het belang van A Beheer BV als aandeelhouder te dienen. Het Hof is tot het oordeel gekomen dat de leningen en de rekening-courant niet als zakelijk kunnen worden aangemerkt, waardoor de afwaardering niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Ten tijde van de uitspraak van Hof Amsterdam had de Hoge Raad de arresten van 25 november 2011 nog niet gewezen. Het Hof heeft derhalve met de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad in dit arrest geen rekening kunnen houden in zijn uitspraak op 23 september 2010.

De Hoge Raad<sup>52</sup> overweegt dat de vraag of de verstrekte leningen als onzakelijke geldleningen moeten worden aangemerkt, dient te worden beantwoord aan de hand van hetgeen is geoordeeld in het arrest HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37c\*. Ingeval de rente niet in overeenstemming met het at arm's length beginsel is vastgesteld, moet

---

<sup>51</sup> Hof Amsterdam, 23 september 2010, nr. 09/0092, r.o. 4.4

<sup>52</sup> HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132, r.o. 3.3

worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Alleen indien geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn om eenzelfde lening te verstrekken (onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden), moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door belanghebbende een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. In dit geval moet (behoudens bijzondere omstandigheden) ervan worden uitgegaan dat belanghebbende in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de BV te dienen. Hof Amsterdam is bij zijn oordeel ervan uitgegaan dat de hoogte van de rente een instrument is voor het bepalen van de zakelijkheid van de leningen, terwijl de Hoge Raad in zijn arrest van 25 november 2011 heeft geoordeeld dat dit niet het geval is. De Hoge Raad verwijst het arrest derhalve naar Hof Den Haag voor een hernieuwde beoordeling van de zakelijkheid van de verstrekte leningen.

De Hoge Raad verwijst het arrest, omdat Hof Amsterdam de zakelijkheid van de leningen onder andere aan de hand van de rentepercentages heeft bepaald. Hieruit kunnen we concluderen dat het rentepercentage niet bepalend is voor de kwalificatie van een onzakelijke geldlening. Dit is in lijn met de arresten van 25 november 2011. Uit de arresten van 25 november 2011 kunnen we opmaken dat wel van belang is of een rente is overeengekomen, of de rente winstafhankelijk is dan wel of de rente wordt bijgeschreven op rekening-courant.

#### *2.4.5.2 HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/133*

De casus van dit arrest is schematisch weergegeven in bijlage VI. In de zaak die heeft geleid tot HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/133, heeft belanghebbende een rekening-courantkrediet aan I BV verstrekt, waarbij:

- de aflossingen in rekening-courant zullen worden betaald;
- de rente wordt bijgeschreven in rekening-courant; en
- als zekerheid een pandrecht op de bedrijfsinventaris wordt verstrekt.

Belanghebbende wil samen met G een restaurant exploiteren. De exploitatie van het restaurant wordt in I BV ondergebracht. Het krediet dient ter financiering van de investering in het restaurant.



G stopt met zijn werkzaamheden voor het restaurant en verkoopt zijn aandelen in I BV aan AA BV, welke door belanghebbende is opgericht. Belanghebbende houdt nu middellijk 100% van de aandelen in I BV. Het door belanghebbende verstrekte rekening-courantkrediet aan I B.V. is omgezet in een achtergestelde lening. Verder heeft belanghebbende een nieuw rekening-courantkrediet verstrekt aan I BV:

- de lening is achtergesteld ten opzichte van andere schuldeisers;
- de rente wordt bijgeschreven op rekening-courant; en
- er zijn geen zekerheden gesteld.

Belanghebbende heeft een nieuw restaurant geopend. De exploitatie van dit restaurant is ondergebracht in DD BV, een door AA BV opgerichte vennootschap. Belanghebbende heeft een rekening-courantkrediet verstrekt aan DD BV, waarbij:

- geen rente wordt berekend en als rente wordt berekend, wordt deze bijgeschreven op rekening-courant;
- als zekerheid een pandrecht op de bedrijfsinventaris wordt verstrekt; en
- de rekening-courantvordering is achtergesteld ten opzichte van andere schuldeisers.

Belanghebbende heeft het rekening-courantkrediet van DD BV verhoogd. Echter is ditmaal geen pandrecht op de bedrijfsinventaris gevestigd.

Belanghebbende heeft de vordering in rekening-courant op I BV in 2001 en 2003 afgewaardeerd. In 2003 heeft belanghebbende eveneens de vordering in rekening-courant op DD BV afgewaardeerd. De inspecteur weigert de afwaardering van de geldleningen. Belanghebbende gaat in beroep. Rechtbank Arnhem stelt de inspecteur in het gelijk. Volgens de Rechtbank zijn de afwaarderingen niet aftrekbaar van het inkomen, omdat (gelet op HR 9 mei 2008, nr. 43 849, LJN BD1108, BNB 2008/191) belanghebbende een onzakelijk debiteurenrisico heeft aanvaard. Daarnaast heeft de Rechtbank geoordeeld dat de afwaarderingen op de geldleningen op zichzelf al onzakelijk zijn gezien de waarde in het economisch verkeer van de vordering niet lager was dan de nominale waarde daarvan. Belanghebbende gaat in hoger beroep.

Hof Arnhem<sup>53</sup> acht het op grond van de voorwaarden en omstandigheden aannemelijk dat belanghebbende bij het verstrekken van de geldleningen een debiteurenrisico heeft gelopen, dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Ondanks dat de geldleningen op zichzelf ondernemingsdoeleinden dienen, gaat het Hof ervan uit dat belanghebbende het debiteurenrisico om aandeelhoudersmotieven heeft aanvaard. Dit brengt met zich mee dat sprake is van onzakelijke geldleningen.<sup>54</sup>

De verstrekte geldleningen vallen onder artikel 3.92 Wet IB 2001. Ingevolge artikel 3.94 Wet IB 2001 wordt het resultaat in feite bepaald overeenkomstig de bepalingen van de totaalwinst. Binnen het totaalwinstbegrip zal een afboeking van een tot het ondernemingsvermogen behorende vordering, ter zake waarvan een onzakelijk debiteurenrisico is aanvaard, niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht (HR 8 december 1954, nr. 11 999, BNB 1955/46).<sup>55</sup> Naar analogie van hetgeen geldt voor het winstregime dient ook bij de terbeschikkingstelling de invloed van een onzakelijk handelen van de belastingplichtige op het resultaat daaruit te worden geëlimineerd. Het Hof heeft eerder overwogen dat belanghebbende het debiteurenrisico op de aan I BV en DD BV verstrekte geldleningen heeft aanvaard om aandeelhoudersmotieven. De afwaardering van de geldleningen dient derhalve bij de bepaling van het resultaat buiten beschouwing te blijven.<sup>56</sup> Het Hof bevestigt de stelling van de inspecteur en de Rechtbank dat de waarde in het economisch verkeer van de vorderingen ten tijde van de afwaardering niet lager was dan de nominale waarde daarvan. Dit betekent dat de vorderingen niet kunnen worden afgewaardeerd.<sup>57</sup>

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van Hof Arnhem beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof aannemelijk heeft gemaakt dat belanghebbende met het verstrekken van geldleningen aan I BV en DD BV in welke vennootschappen belanghebbende een aanmerkelijk belang heeft in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001, een debiteurenrisico heeft gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen en dat belanghebbende dit risico om aandeelhoudersmotieven heeft aanvaard (r.o. 3.1). Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de middelen die zich tegen dit oordeel richten, falen op grond van hetgeen is overwogen in de arresten van 25 november 2011 (r.o. 3.2).

---

<sup>53</sup> Hof Arnhem, 15 maart 2011, nr. 10/00153 en 10/00154, LJN BP9849.

<sup>54</sup> Hof Arnhem, 15 maart 2011, nr. 10/00153 en 10/00154, LJN BP9849, r.o. 4.3.

<sup>55</sup> Hof Arnhem, 15 maart 2011, nr. 10/00153 en 10/00154, LJN BP9849, r.o. 4.5.

<sup>56</sup> Hof Arnhem, 15 maart 2011, nr. 10/00153 en 10/00154, LJN BP9849, r.o. 4.6.

<sup>57</sup> Hof Arnhem, 15 maart 2011, nr. 10/00153 en 10/00154, LJN BP9849, r.o. 4.7 t/m 4.9.

De geldleningen verstrekt aan I BV en DD BV hebben op het eerste oog al enkele onzakelijke elementen, zoals het ontbreken van zekerheden. Hierdoor kan de rente niet worden gecorrigeerd naar een zakelijke vaste rente. Als de rente niet kan worden verzakelijkt, is sprake van een ODR-lening. Dit arrest is in lijn met de arresten van 25 november 2011 en voegt niets nieuws toe aan het leerstuk van de onzakelijke geldlening.

#### ***2.4.6 HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, LJN BW1971***

Het arrest van 3 mei 2013 speelt zich af in de vennootschapsbelasting sfeer. In bijlage VII wordt de casus schematisch weergegeven. Belanghebbende in deze casus, X BV heeft samen met B BV een plan ontwikkeld om een chaletpark te realiseren en exploiteren. In dat kader heeft X BV op 14 november 2002 een belang van 40% in C BV gekocht. De houder van de overige 60% van de aandelen is B BV. Verder heeft X BV van een derde een voormalige boerderij gekocht. Deze boerderij is op 28 februari 2003 voor € 1.600.000 aan C BV verkocht. Op 1 maart 2003 kwamen X BV en C BV schriftelijk overeen dat het schuldig gebleven deel van de koopsom ad. € 450.000 in een geldlening wordt omgezet. Hierbij is het volgende overeengekomen:

- jaarlijks is een rente van 6% verschuldigd;
- de lening moet volledig zijn afgelost op 1 maart 2008 of eerder voor zover de realisatie van het chaletpark dit mogelijk maakt;
- geen zekerheden kunnen worden bedongen; en
- de lening is achtergesteld ten opzichte van andere schuldeisers.

Ter financiering van de bouw van het chaletpark is C BV een rekening-courant van € 3.000.000 bij de Frieslandbank aangegaan. Doordat de bank zekerheid eiste, kon X BV geen zekerheden bedingen. Vanwege de intrekking van een eerder verleende vergunning, is de ontwikkeling van het chaletpark stilgelegd. C BV raakte hierdoor in financiële moeilijkheden. In geschil is of belanghebbende haar vordering op C BV uit hoofde van de lening ten laste van de winst over 2005 mag afwaarderen.

Hof Arnhem heeft vooropgesteld dat niet in geschil is of fiscaal sprake is van een lening. Toetsend aan het arrest HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 heeft het Hof geoordeeld dat belanghebbende met het verstrekken van de lening een debiteurenrisico heeft aanvaard dat een onafhankelijke derde geldverstrekker niet zou hebben genomen. Vervolgens heeft het Hof

geoordeeld dat geen sprake is van een zogenoemde onzakelijke geldlening, omdat een bijzondere omstandigheid zich voordoet.

De Hoge Raad stelt voorop dat sprake is van een onzakelijke lening wanneer een aandeelhouder van een vennootschap aan die vennootschap een geldlening verstrekt en daarbij een debiteurenrisico aanvaard dat een derde, niet zijnde aandeelhouder van die vennootschap, niet zou hebben aanvaard, ook niet voor een hogere rente (Zie HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2 en 3.3.3.). *Een zodanige geldverstrekking doet zich niet voor in een geval waarin de verstrekking van de geldlening plaatsvindt door een belastingplichtige die voorafgaande aan de geldverstrekking nog niet aandeelhouder van de vennootschap was en in het kader van die verstrekking door toekenning van aandelen in de vennootschap of anderszins medegerechtigd wordt tot de winst van de vennootschap en voorts de houders van (gezamenlijk) de meerderheid van het aandelenkapitaal van de vennootschap geen geldleningen verstrekken aan de vennootschap. Alsdan is het aandeelhouderschap een hoedanigheid die voortvloeit uit de verstrekking van de lening.*<sup>58</sup> Uit de gedingstukken blijkt niet dat meerderheidsaandeelhouder, B BV een lening aan C BV heeft verstrekt. De gedingstukken bevatten ook geen aanwijzingen dat B BV een lening aan C BV heeft verstrekt. Hof Arnhem heeft verder geoordeeld dat belanghebbende haar eigen zakelijke belangen diende doordat zij door het aanvaarden van het aan de lening verbonden debiteurenrisico via een minderheidsdeelneming in C BV tot de toekomstige exploitatieresultaten van het chaletpark werd gerechtigd. Uitgaande van belanghebbendes onweersproken stelling dat het project op basis van de destijds gemaakte prognoses voor de toekomst winst zou genereren, heeft het Hof geoordeeld dat de verwerving van die minderheidsdeelneming ten tijde van de geldverstrekking als voldoende compensatie voor het ontbreken van de zekerheden voor de geldverstrekking, kan worden aangemerkt. De Hoge Raad verstaat onder deze oordelen van het Hof dat belanghebbende het belang in C BV heeft verkregen (mede) als beloning voor de financiering die zij aan die vennootschap verstrekte. Deze oordelen en de stukken van het geding laten volgens de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat belanghebbende het debiteurenrisico van de lening niet heeft aanvaard in haar hoedanigheid van aandeelhouder, maar dat het aandeelhouderschap een hoedanigheid is die uit de verstrekking van de lening, voortvloeit (r.o. 3.4). De omstandigheid dat de toekenning aan belanghebbende van de aandelen in C BV eventueel reeds plaatsvond voorafgaande aan het verstrekken van de lening aan C BV, doet daar niet aan af (r.o. 3.4). De

---

<sup>58</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, LJN BW1971, r.o. 3.3.

Hoge Raad oordeelt tenslotte dat het Hof de in geschil zijnde aftrek van de afwaardering terecht heeft toegestaan (r.o. 3.5).

### *Een bijzondere omstandigheid*

In dit arrest verduidelijkt de Hoge Raad wat onder *bijzondere omstandigheden* kan worden verstaan. Een bijzondere omstandigheid doet zich voor als het aandeelhouderschap een hoedanigheid is die voortvloeit uit de verstrekking van de geldlening. Het aandeelhouderschap vloeit voort uit de verstrekking van de geldlening in een situatie waarbij:

- de verstrekker van de geldlening voorafgaand aan de geldverstrekking nog geen aandeelhouder was;
- de verstrekker van de geldlening in het kader van die geldverstrekking aandeelhouder (of medegerechtigde tot de winst) wordt; en
- de houders van (gezamenlijk) de meerderheid van het aandelenkapitaal geen geldleningen verstrekken aan de vennootschap.

Nieuweboer<sup>59</sup> vindt de tweede eis het meest relevant. De geldverstrekker krijgt aandelen (of winstrechten) als beloning voor het aanvaarden van het hoge debiteurenrisico, uitgerekte. Als de waarde van de verkregen aandelen of winstrechten in relatie tot het debiteurenrisico staat, is het voor de causaliteitsvraag<sup>60</sup> niet relevant of de geldverstrekker reeds aandeelhouder was en of andere aandeelhouders en/of geldverstrekkers vergelijkbare financieringsovereenkomsten zijn aangegaan. Deze tweede eis zou op zichzelf al voldoende moeten zijn om te concluderen dat aandeelhouderschap volgt uit de geldverstrekking en niet andersom. Volgens Nieuweboer zijn de eerste en derde eis hooguit ondersteunend aan de tweede eis. Zij kunnen inzicht geven over het motief van partijen en over de waarde van de verkrijging van de aandelen in relatie tot het risico. Hij heeft er dan ook moeite mee dat de Hoge Raad de eisen zo streng cumulatief stelt. Naar mijn mening is de derde eis naast de tweede eis ook relevant. Ik ben het met Nieuweboer eens dat de tweede eis voldoende moet zijn om te concluderen dat aandeelhouderschap uit de geldverstrekking volgt. Echter als de overige (meerderheid van de) aandeelhouders ook een geldlening aan de vennootschap heeft verstrekt, vind ik dat geen sprake is van een opmerkelijke situatie waarin van een bijzondere omstandigheid kan worden gesproken.

---

<sup>59</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, NTFR 2013/995 met commentaar van M. Nieuweboer.

<sup>60</sup> Met de causaliteitsvraag wordt bedoeld dat de geldverstrekker het onzakelijk hoge debiteurenrisico op zich neemt in de hoedanigheid van aandeelhouder.

### *Beoordelingsschema*

Hof Arnhem heeft bij haar uitspraak niet beoordeeld of de rente op de lening kon worden verzakelijkt. Het Hof heeft aangenomen dat de lening onzakelijk was op grond van het ontbreken van zekerheden en van een te geringe compensatie daarvoor in de overeengekomen rentevoet. Doordat het Hof het beoordelingsschema niet naar behoren heeft gevolgd, moest de Hoge Raad het arrest verwijzen voor een hernieuwde beoordeling<sup>61</sup>. Dit heeft de Hoge Raad niet gedaan. De Hoge Raad doorloopt het beoordelingsschema ook niet volledig en bevestigt de uitspraak van het Hof. In voorgaande arresten heeft de Hoge Raad de stappen die moeten worden doorlopen voor de beoordeling, meerdere malen uiteengezet. In HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132 heeft de Hoge Raad het arrest zelfs verwezen, omdat Hof Amsterdam de zakelijkheid van de leningen onder andere aan de hand van de rentepercentages had bepaald. Ik vind het opvallend dat de Hoge Raad in dit arrest niets over het beoordelingsschema zegt en in navolging van Hof Arnhem ervan uit gaat dat sprake is van een onzakelijke lening.

### **2.5 Deelconclusie**

De civielrechtelijke vormgeving van een geldlening is beslissend voor de vraag of een geldverstrekking ook fiscaal als een geldlening kwalificeert. Drie uitzonderingen hierop zijn de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de onzakelijke lening niet hiertussen hoort en dat de onzakelijke lening fiscaal een geldlening blijft. Bij de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening is bij aanvang van de geldlening duidelijk dat sprake is van een kapitaalverstrekking en wordt vanaf het begin als eigen vermogen behandeld. Bij de onzakelijke lening wordt het eigen vermogen-karakter naar achteren geschoven. Er is sprake van een onzakelijke geldlening indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Behoudens bijzondere omstandigheden, moet ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Het leerstuk van de onzakelijke geldlening is ook van toepassing op geldleningen omlaag. Aan de

---

<sup>61</sup> Conclusie A-G Wattel van 29 maart 2012, nr. 11/03249, LJN BW1971, par. 5.12.

hand van recente jurisprudentie zijn de kenmerken van de onzakelijke geldlening besproken. We zien in de jurisprudentie steeds terugkomen dat bij een onzakelijke lening geen overeenkomst van geldlening dan wel een aflossingsschema zijn opgesteld, dat geen zekerheden zijn gesteld voor de terugbetaling van de lening, dat de lening ten opzichte van andere schuldeisers is achtergesteld en dat geen rente of een winstafhankelijke rente is overeengekomen dan wel dat de rente op rekening-courant wordt bijgeschreven. Ook als de vennootschap geen noemenswaardige activa bezit, kan ten tijde van de verstrekking de lening als onzakelijk worden gekwalificeerd. Ondanks dat deze voorwaarden leiden tot een onzakelijke geldlening, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze voorwaarden niet aan de kwalificatie van de lening als onzakelijk moeten worden gekoppeld. Of een lening als onzakelijk wordt aangemerkt, hangt voornamelijk ervan af of de inspecteur erin slaagt om te bewijzen of en in hoeverre de lening onzakelijk is. Op het moment van aangaan van de lening moet worden beoordeeld of de lening zakelijk is dan wel of de lening door aanpassing van de rente kan worden verzakelijkt. Het nalaten van handelingen (zoals het niet benutten van de gestelde zekerheden) kan er ook toe leiden dat een zakelijke lening in een onzakelijke lening verandert. Zoals hiervoor opgemerkt, hangt de kwalificatie van een lening voornamelijk af van de bewijslast die op de inspecteur rust. Indien de inspecteur erin slaagt om te bewijzen dat de aanmerkelijkbelanghouder onzakelijk heeft gehandeld, kan het verlies op de onzakelijke lening niet ten laste van het resultaat in box 1 worden gebracht. Als de lening niet kan worden verzakelijkt, is de lening onzakelijk. Het verlies op de lening kan dan niet ten laste van het resultaat worden gebracht, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Een bijzondere omstandigheid doet zich voor indien het aandeelhouderschap een hoedanigheid is die uit de verstrekking van de geldlening, voortvloeit. De Hoge Raad heeft drie cumulatieve vereisten gegeven waaraan moet zijn voldaan. De verstrekker van de geldlening was voorafgaand aan de geldverstrekking nog geen aandeelhouder. De verstrekker van de geldlening wordt in het kader van die geldverstrekking aandeelhouder (of medegerechtigde tot de winst). En de houders van (gezaamenlijk) de meerderheid van het aandelenkapitaal verstrekken zelf geen geldlening aan de vennootschap. Als aan deze cumulatieve vereisten is voldaan, is sprake van een bijzondere omstandigheid die ervoor zorgt dat de onzakelijke lening toch ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Is op basis van de vereisten geen bijzondere omstandigheid aanwezig, dan kan de onzakelijke geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Het bedrag van het verlies dient dan bij de aanmerkelijk belanghouder in box 2 als een informele kapitaalstorting in aanmerking te worden genomen.

De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang moet dan met het bedrag van de informele kapitaalstorting worden verhoogd.



## Hoofdstuk 3. De terbeschikkingstellingsregeling en de totaalwinst

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal eerst de achtergrond van de terbeschikkingstellingsregeling worden behandeld. Er wordt wat dieper ingegaan op de schuldvordering ex artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001. Vervolgens wordt ingegaan op de knelpunten die zich voordoen bij toepassing van de bepalingen van de totaalwinst op de fictieve terbeschikkingstellingsbron.

### 3.2 Achtergrond van de regeling

Onder het aanmerkelijkbelangregime zoals dat gold tot en met 1996 werden schuldvorderingen niet tot het aanmerkelijk belang gerekend. Met ingang van 1997 vond onder de Wet IB 1964 een fundamentele herziening van het aanmerkelijkbelangregime plaats. Een van de knelpunten die werd aangepakt, was het subjectiveren van de bron winst uit aanmerkelijk belang teneinde de problematiek met turbovennootschappen op te lossen. Deze problematiek werd veroorzaakt door het objectieve systeem van het bepalen van inkomsten uit vermogen, waarbij vanuit het vermogensbestanddeel in plaats van vanuit de belastingplichtige werd bekeken of sprake was van belastbare inkomsten.<sup>62</sup> Dit leidde tot oneigenlijk gebruik met behulp van turbovennootschappen. De waardeangroei van de tegen een gering bedrag aangeschafte turbovordering werd niet in de aanmerkelijkbelangheffing betrokken. Deze waardeangroei kon de aandeelhouder via aflossing op de turbovordering of door omzetting van deze vordering in aandelenkapitaal gevolgd door terugbetaling van dat kapitaal, bereiken. Door invoering van artikel 20a, lid 4 Wet IB 1964 werden deze constructies onvoordelig voor belastingplichtigen.<sup>63</sup> De Wet IB 1964 is met ingang van 1 januari 2001 door de Wet IB 2001 vervangen. De aanmerkelijkbelangregeling is daarbij op hoofdlijnen gelijk gebleven. De schuldvordering op de a.b.-vennootschap is wel met ingang van 2001 naar box 1 verhuisd. Artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 is aan artikel 20a, lid 4 Wet IB 1964 ontleend. Deze bepaling bewerkstelligt dat

---

<sup>62</sup> F.G.F. Peeters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Fiscale Monografieën nr. 123, Kluwer, Deventer, 2007, blz. 10.

<sup>63</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Kluwer, Deventer, 2012, blz. 689.

schuldvorderingen op een a.b.-vennootschap onder het resultaat uit overige werkzaamheden vallen.

De ratio van de regeling voor het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen is het voorkomen van transacties die leiden tot hoge aftrekken in box 1 of box 2 en forfaitaire bijtellingen in box 3. Het gaat hier alleen om transacties waar dezelfde belastingplichtige in diverse hoedanigheden (bijvoorbeeld als aanmerkelijk belanghouder en als privépersoon) bij betrokken is en over transacties tussen gelieerde partijen.<sup>64</sup>

### 3.3 Terbeschikkingstelling ex artikel 3.92

De terbeschikkingstellingsregeling heeft de wetgever bij invoering van de Wet IB 2001 onder het resultaat uit overige werkzaamheden, ondergebracht. Op grond van artikel 3.90 Wet IB 2001 bestaat het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden uit het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meer werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbare loon genereren, verminderd met de terbeschikkingstellingsvrijstelling. Onder werkzaamheid wordt mede verstaan het *rendabel maken* van vermogensbestanddelen *voorzover* deze vermogensbestanddelen *al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite, direct of indirect ter beschikking worden gesteld* aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem *verbonden persoon*, een *aanmerkelijk belang* heeft als bedoeld in hoofdstuk 4 behoudens indien sprake is van een aanmerkelijk belang op grond van artikel 4.10 en 4.11.

Het begrip ter beschikking stellen wordt in de wet niet nader gedefinieerd. Volgens Ligthart<sup>65</sup> lijkt deze weinig nauwkeurige term bewust te zijn gekozen om nadere invulling in de rechtspraak mogelijk te maken die aansluit op de ontwikkelingen in de samenleving. Het ter beschikking stellen moet uiterst ruim worden opgevat.<sup>66</sup> De wetgever heeft met het begrip ‘ter beschikking stellen’ willen aangeven dat de nadruk ligt op de economische realiteit en niet zozeer de civielrechtelijke vorm waarin de vermogensbestanddelen ter beschikking zijn gesteld.<sup>67</sup> Er moet dus worden beoordeeld of de facto vermogensbestanddelen aan de a.b.-

---

<sup>64</sup> Kamerstukken II, 2000/2001, 27 466, nr. 3, blz. 20.

<sup>65</sup> G. Th. Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, Deventer, 2012, blz. 57. Zie in dit verband ook E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, FED Fiscale Studieresie nr. 35, Deventer, Kluwer, 2012, blz. 366.

<sup>66</sup> Kamerstukken II, 1999/2000, 26 727, nr. 89, blz. 10.

<sup>67</sup> Kamerstukken II, 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 99.

vennootschap ter beschikking worden gesteld. De overige elementen die essentieel zijn voor de terbeschikkingstellingsregeling worden hierna besproken.

### ***3.3.1 Aanmerkelijk belanghouder***

De terbeschikkingstellingsregeling ex artikel 3.92 Wet IB 2001 is slechts van toepassing als de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap waaraan vermogensbestanddelen ter beschikking worden gesteld. Zoals volgt uit artikel 3.92, lid 1, sub a Wet IB 2001 wordt hierbij aangesloten bij de omschrijving van het aanmerkelijk belang in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. Op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 is sprake van een aanmerkelijk belang in een vennootschap indien de belastingplichtige, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van deze vennootschap;
- b. rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste kapitaal (optierechten);
- c. winstbewijzen heeft die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap, dan wel op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd; en
- d. gerechtigd is tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag.

De discussie rondom de 5%-grens laat ik buiten beschouwing, omdat dit niet binnen de reikwijdte van mijn probleemstelling ligt.

De meetrekregeling (artikel 4.10) en het fictief aanmerkelijk belang (artikel 4.11) blijven voor de beoordeling of sprake is van een terbeschikkingstelling buiten beschouwing. De meetrekregeling bewerkstelligt dat de aandelen of winstbewijzen van de belastingplichtige met minder dan 5% van de aandelen of winstbewijzen in een vennootschap tot een aanmerkelijk belang behoren als zijn partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel een aanmerkelijk belang heeft. De bepaling opgenomen in artikel 4.11 Wet IB 2001 betreffende het fictief aanmerkelijk belang houdt in dat een aanmerkelijk belang aanwezig wordt geacht, indien de aandelen of winstbewijzen in het vermogen van de belastingplichtige op grond van de overige artikelen van afdeling 4.3

van de Wet IB 2001 niet behoren tot een aanmerkelijk belang en artikel 3.65, 4.17, 4.17a, 4.17b, 4.17c, 4.40 of 4.41 is toegepast.

### ***3.3.2 Rendabel maken al dan niet tegen vergoeding***

Een essentieel element voor de terbeschikkingstellingsregeling is het rendabel maken van vermogensbestanddelen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever structurele terbeschikkingstelling om niet ook als het rendabel maken van het vermogensbestanddeel beschouwt.<sup>68</sup> In de oorspronkelijke wettekst was niet duidelijk wat onder het rendabel maken moest worden verstaan. Later zijn de woorden ‘al dan niet tegen vergoeding’ ter verduidelijking toegevoegd aan de wettekst. Het is dus niet van belang of de opbrengsten de kosten overtreffen. Indien geen vergoeding of een lage vergoeding is afgesproken, wordt deze vergoeding gecorrigeerd naar een vergoeding die gebruikelijk is tussen onafhankelijke derden op basis van het at arm’s length beginsel. Het at arm’s length beginsel vloeit voort uit de totaalwinst. Aangezien de wetgever met het resultaat uit overige werkzaamheden bij het totaalwinstbegrip heeft willen aansluiten, is het at arm’s length beginsel hier ook van toepassing.

### ***3.3.3 Voor zover***

Blijkens de tekst van artikel 3.92, lid 1, sub a Wet IB 2001 wordt het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel slechts tot het resultaatsvermogen gerekend voor zover het vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld aan de a.b.-vennootschap. Als een vermogensbestanddeel gedeeltelijk aan een derde ter beschikking wordt gesteld en gedeeltelijk aan de a.b.-vennootschap, moet een splitsing worden aangebracht. De terbeschikkingsteller heeft niet de vrijheid om te kiezen het gehele vermogensbestanddeel aan het resultaatsvermogen toe te rekenen. Bij de winstgenieter bestaat deze mogelijkheid wel. De regels van de vermogensetikettering zijn dus niet van toepassing op de terbeschikkingsteller. Bij het resultaat uit overige werkzaamheden is de vermogensetikettering ook niet nodig. Het feit dat een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld, levert al op dat dit vermogensbestanddeel tot het resultaatsvermogen behoort.

### ***3.3.4 Rechtens dan wel in feite direct of indirect***

Door de zinsnede ‘rechtens dan wel in feite’ worden ook situaties die juridisch niet als terbeschikkingstelling kunnen worden gekwalificeerd, maar waarbij feitelijk wel sprake is van

---

<sup>68</sup> Kamerstukken II, 2000/2001, 27 466, nr. 3, blz. 47-48.

terbeschikkingstelling van een vermogensbestanddeel, onder de werking van de terbeschikkingstellingsregeling gebracht.

Verder is niet alleen de directe terbeschikkingstelling relevant, maar ook de indirecte terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen leidt tot het constateren van een werkzaamheid. Met de zinsnede 'direct of indirect' wil de wetgever voorkomen dat de terbeschikkingstellingsregeling door tussenkomst van een of meer personen of lichamen wordt ontlopen. In de parlementaire geschiedenis wordt een voorbeeld van een dergelijke situatie gegeven. Een aanmerkelijk belanghouder stort een geldbedrag bij een bank, waarna de bank een (groter) bedrag uitleent aan de vennootschap (back-to-back constructies).<sup>69</sup> De aanmerkelijk belanghouder wil door de tussenschakeling van de bank bereiken dat de vennootschap de betaalde rente aan de bank in aftrek van zijn winst kan brengen, terwijl de vordering op de bank bij de aanmerkelijk belanghouder in box 3 valt en de rente forfaitair tegen 30% wordt belast. Door de indirecte terbeschikkingstelling eveneens onder de terbeschikkingstellingsregeling te brengen, valt de vordering op de bank bij de aanmerkelijk belanghouder in box 1 en wordt de rente progressief belast tegen maximaal 52%. Van indirecte terbeschikkingstelling is ook sprake, indien vermogensbestanddelen ter beschikking worden gesteld aan derden, die slechts als tussenstation dienen. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat een aanmerkelijk belanghouder het vermogensbestanddeel aan een derde vervreemdt. Deze derde stelt het vermogensbestanddeel vervolgens ter beschikking aan de vennootschap. Hij blijft de koopsom schuldig en vergoedt over deze schuld een winstdelende rente.<sup>70</sup>

### **3.3.5 Verbonden personen**

Artikel 3.92, lid 2, onderdeel b en lid 3 verwijzen voor het begrip verbonden persoon naar artikel 3.91 Wet IB 2001. De kring van verbonden personen is in artikel 3.91, lid 2, onderdeel b en c en lid 3 te vinden. De kring van verbonden personen kan in een kleine kring en een grote kring worden onderverdeeld. De kleine kring van verbonden personen wordt als verbonden persoon aangemerkt en ongeacht de overeengekomen voorwaarden in de terbeschikkingstellingsregeling betrokken. De grote kring van verbonden personen wordt alleen als verbonden persoon aangemerkt bij een ongebruikelijke

---

<sup>69</sup> Kamerstukken II, 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 219.

<sup>70</sup> E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuwer, *Inkomstenbelasting*, FED Fiscale Studietoets nr. 35, Deventer, Kluwer, 2012, blz. 370.

terbeschikkingstellingsregeling. Dit is het geval wanneer de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen plaatsvindt om niet of tegen een lage vergoeding.

### *De kleine kring*

De kleine kring van verbonden personen bestaat uit de partner en de minderjarige kinderen van de belastingplichtige. Ook de minderjarige kinderen van de partner van belastingplichtige vallen in de kleine kring. Voor minderjarige belastingplichtigen gelden als verbonden personen ook bloed- en aanverwanten in de recht opgaande lijn en de verbonden personen van die aanverwanten.

Met ingang van 1 januari 2011 is voor alle heffingswetten een uniform partnerbegrip ingevoerd. Dit uniform partnerbegrip is neergelegd in artikel 5a Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR) en omvat echtgenoten, geregistreerde partners en ongehuwde meerderjarigen met een notarieel samenlevingscontract die op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie staan ingeschreven. In artikel 1.2 Wet IB 2001 wordt het partnerbegrip voor de inkomstenbelasting nader ingevuld. In samenhang met artikel 5a AWR en artikel 1.2 Wet IB 2001 geeft artikel 3.91, lid 2, onderdeel b en c de volgende reeks van verbonden personen:

- de niet duurzaam gescheiden levende echtgenoot of geregistreerde partner;
- de ongehuwde meerderjarige, die op hetzelfde woonadres staat ingeschreven en met wie een notarieel samenlevingscontract is gesloten (tenzij eerstegraads bloedverwant jonger dan 27 jaar);
- de ongehuwde, die op hetzelfde woonadres is ingeschreven en van wie de belastingplichtige een kind heeft, een kind heeft erkend of door wie een kind van belastingplichtige is erkend;
- een ongehuwde, die op hetzelfde woonadres staat ingeschreven en die in een pensioenregeling als partner is aangemeld (tenzij eerstegraads bloedverwant jonger dan 27 jaar);
- een ongehuwde, die op hetzelfde woonadres staat ingeschreven en mede-eigenaar is van de gezamenlijke woning (tenzij eerstegraads bloedverwant jonger dan 27 jaar);
- een ongehuwde, die op hetzelfde woonadres staat ingeschreven waarbij tevens een minderjarig kind van ten minste een van beiden op dat adres staat ingeschreven;

- de ongehuwde, die op hetzelfde woonadres staat ingeschreven en in het voorafgaande kalenderjaar al als partner werd aangemerkt ;
- de minderjarige kinderen van de belastingplichtige of de minderjarige kinderen van de partner van de belastingplichtige;
- de eerstegraads bloed- en aanverwanten en de met hen verbonden personen van een minderjarige belastingplichtige.

Deze laatste groep van verbonden personen zal niet vaak voorkomen, omdat de huwelijksleeftijd in Nederland 18 jaar is.<sup>71</sup> In enkele gevallen kan worden verzocht om ontheffing van deze huwelijksleeftijd.

#### *De grote kring*

De personen die vallen in de grote kring worden slechts als verbonden persoon aangemerkt in geval van een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ingevolge artikel 3.91, lid 3 Wet IB 2001 bestaat de grote kring van verbonden personen uit de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige en uit de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de partner van de belastingplichtige. Met partner wordt hier hetzelfde bedoeld als in artikel 3.91, lid 2, onderdeel b Wet IB 2001. Op grond van artikel 3.91, lid 1 Wet IB 2001 eindigt het aanverwantschap zodra het huwelijk waardoor de aanverwantschap is ontstaan, door echtscheiding is ontbonden. Dit wijkt af ten opzicht van het civiele recht, want civielrechtelijk blijft de aanverwantschap bestaan.

#### ***3.3.6 Invloed huwelijksgoederenregime***

Zoals uit bovenstaande opsomming blijkt, worden echtgenoten betrokken in de terbeschikkingstellingsregeling als zij vermogen aan de a.b.-vennootschap van de ander ter beschikking stellen. De voorwaarden waarop echtgenoten zijn gehuwd, speelt hierbij een belangrijke rol.

#### *Algehele en beperkte gemeenschap van goederen*

Als echtgenoten in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd en vermogen aan de a.b.-vennootschap van een van de echtgenoten ter beschikking wordt gesteld, wordt dit vermogen voor de terbeschikkingstellingsregeling aan beide echtgenoten voor de helft toegerekend. Dit is eveneens zo als het ter beschikking gestelde vermogen behoort tot een beperkte

---

<sup>71</sup> Artikel 1:31 Burgerlijk Wetboek.

gemeenschap van goederen. Dit is geregeld in artikel 3.92, lid 4 Wet IB 2001. Artikel 3.92, lid 4 Wet IB 2001 geldt sinds 1 januari 2011 en is in reactie op het arrest HR 15 januari 2010, nr. 08/03923, BNB 2010/100 ingevoerd. In dit arrest heeft de Hoge Raad beslist dat een pand door de echtgenoot, die de bestuursbevoegdheid heeft over het vermogensbestanddeel, ter beschikking wordt gesteld. Omdat in veel gevallen bepalend is op wiens naam het vermogensbestanddeel staat, vreesde de wetgever dat de terbeschikkingstellingsregeling makkelijk te manipuleren zou zijn. Ligthart<sup>72</sup> geeft het volgende voorbeeld. Bij terbeschikkingstelling van een geldsom aan de eigen vennootschap zou het bijvoorbeeld eenvoudig zijn een eventuele afwaardering van de vordering bij de echtgenoot met het hoogste box 1-inkomen, te laten plaatsvinden. De eventuele latere opwaardering zou dan bij de echtgenoot met het laagste box 1-inkomen kunnen plaatsvinden. Door de invoering van artikel 3.92, lid 4 Wet IB 2001 moet het resultaat met ingang van 2011 door iedere echtgenoot voor de helft in aanmerking worden genomen, als echtgenoten zijn gehuwd in gemeenschap van goederen en het vermogensbestanddeel tot deze gemeenschap behoort. Dit is eveneens zo als de echtgenoten onder huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd en het vermogensbestanddeel tot een beperkte gemeenschap van goederen behoort.

Artikel 3.92, lid 4 Wet IB 2001 is van toepassing als een aanmerkelijk belanghouder een schuldvordering aan zijn vennootschap of aan de vennootschap van zijn echtgenote verstrekt. Indien het slecht gaat met de onderneming van de vennootschap en de vennootschap kan de schuldvordering niet terugbetalen, kunnen de aanmerkelijk belanghouder en zijn echtgenote beide het verlies op de geldlening voor de helft in mindering van hun resultaat brengen. Als de geldlening echter als onzakelijk wordt aangemerkt, kunnen zij het verlies op de geldlening niet ten laste van hun resultaat brengen. Het verlies zal dan in box 2 als informele kapitaalstorting in aanmerking moeten worden genomen. De verkrijgingsprijs van de aanmerkelijk belang aandelen wordt hiermee verhoogd.

Stel nu dat de echtgenoten gaan scheiden. We gaan ervan uit dat ze in gemeenschap van goederen zijn gehuwd en dat de aandelen toebehoren aan de man. Voor de ex-echtgenote gaat bij de scheiding de schuldvordering over van box 1 naar box 3. De schuldvordering moet in box 3 tegen de waarde in het economisch verkeer worden opgenomen. Er vindt een sfeerovergang plaats waardoor in box 1 over de meerwaarde van de vordering moet worden afgerekend. De meerwaarde is het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de

---

<sup>72</sup> G. Th. Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, Deventer, 2012, blz.70-71.



nominale waarde van de vordering. Indien de waarde in het economisch verkeer hoger is dan de nominale waarde van de vordering, moet over de meerwaarde in box 1 worden afgerekend. De geldlening kan worden afgewaardeerd als de waarde in het economisch verkeer lager is dan de nominale waarde. Het afwaarderingsverlies kan alleen ten laste van het resultaat worden gebracht, als de geldlening zakelijk is. Als de geldlening onzakelijk is, kan het verlies niet ten laste van het resultaat worden gebracht en moet het verlies als informele kapitaalstorting in box 2 in aanmerking worden genomen. De ex-echtgenote heeft geen aandelen in de vennootschap. Het verlies op de geldlening dreigt hier verloren te gaan. Een oplossing voor dit probleem kan eventueel zijn het aanmerken van deze situatie als een bijzondere omstandigheid. Bij een bijzondere omstandigheid is de geldlening nog steeds onzakelijk, maar het verlies op de geldlening kan wel ten laste van het resultaat worden gebracht.

Bovenstaande geldt eveneens als de echtgenoten zijn gehuwd onder huwelijkse voorwaarden, mits de aandelen in de vennootschap en de vordering tot een beperkte gemeenschap van goederen behoren.

#### *Buiten gemeenschap van goederen*

Als de echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd en een van de echtgenoten eigenaar is van een vermogensbestanddeel dat ter beschikking wordt gesteld, moet het vermogensbestanddeel worden gerekend tot het resultaatsvermogen van de echtgenoot die het vermogensbestanddeel ter beschikking stelt. Het maakt hierbij niet uit of de echtgenoot het vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan zijn eigen vennootschap dan wel aan de a.b.-vennootschap van de andere echtgenoot.

Het hiervoor bij een echtscheiding geschetste probleem doet zich ook voor als de echtgenote een geldlening verstrekt aan de vennootschap van haar man en ze buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd. De aandelen in de vennootschap behoren bij de man, terwijl de vordering op de vennootschap aan de ex-echtgenote toekomt. Als de echtgenoten gaan scheiden, verhuist de vordering op de vennootschap voor de ex-echtgenote naar box 3. De schuldvordering moet bij de ex-echtgenote in box 3 tegen de waarde in het economisch verkeer worden gewaardeerd. Als een vermogensbestanddeel van box 1 naar box 3 overgaat, is sprake van een sfeerovergang. Er moet in box 1 over de meerwaarde worden afgerekend. Indien de waarde in het economisch verkeer van de vordering lager is dan de nominale waarde kan de vordering worden afgewaardeerd. Een afwaarderingsverlies kan ten laste van

het resultaat worden gebracht, als de geldlening zakelijk is. Als de geldlening onzakelijk is, is het verlies op de geldlening niet aftrekbaar en zal het verlies verloren gaan. Gelet op de uitwerking hiervoor bij een huwelijk onder gemeenschap van goederen, kan ook deze situatie als een bijzondere omstandigheid worden aangemerkt. Het verlies op de geldlening kan in mindering op het resultaat worden gebracht, terwijl de geldlening onzakelijk blijft.

### **3.4 Resultaat uit overige werkzaamheden**

Het begrip resultaat uit overige werkzaamheden wordt beschreven in artikel 3.94 Wet IB 2001 en verder. Op grond van artikel 3.94 Wet IB 2001 is het resultaat uit overige werkzaamheid het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, met een werkzaamheden worden behaald. Het resultaat wordt overeenkomstig het totaalwinstbegrip bepaald. De wetgever heeft het totaalwinstbegrip van overeenkomstige toepassing verklaard op het resultaat uit overige werkzaamheden, omdat hiermee evenwicht ontstaat tussen het tarief en de grondslag bij degene die de vergoeding voor de terbeschikkingstellingsregeling ontvangt en degene die de vergoeding in aftrek brengt.<sup>73</sup> Een andere reden waarom de wetgever het totaalwinstbegrip van overeenkomstige toepassing op het resultaat uit overige werkzaamheden heeft verklaard, is dat de aan de vermogensbestanddelen of de daarop ontvangen vergoeding toe te rekenen kosten dan in mindering kunnen worden gebracht.<sup>74</sup> Volgens Rijkers en Van Dijck<sup>75</sup> beantwoordt het principe van de totale winst aan het draagkrachtbeginsel dat aan de Wet IB 2001 ten grondslag ligt.

#### **3.4.1 Totaalresultaat**

Binnen het geldende resultaatsregime wordt onderscheid gemaakt tussen het totaalresultaatbegrip en het jaarresultaatbegrip. Bij het totaalresultaatbegrip gaat het erom welke baten en lasten tot het resultaat kunnen worden gerekend. Voor het totaalresultaatbegrip is aansluiting gezocht bij het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001 waardoor het begrip 'resultaat' ruim moet worden opgevat. Alle positieve en negatieve voordelen die aan een resultaat kunnen worden toegerekend, vallen hieronder. Doordat alle positieve en negatieve voordelen aan het resultaat kunnen worden toegerekend, zijn de vermogenswinsten belast en de verliezen aftrekbaar. Dit geldt ook voor de belastingplichtige die vermogen ter beschikking stelt aan zijn vennootschap of aan de vennootschap van een verbonden persoon.

---

<sup>73</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 162.

<sup>74</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 162.

<sup>75</sup> A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijk belangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Fiscale brochures FED, Kluwer, Deventer, 2000 (zevende druk), blz. 370.

Onzakelijke handelingen zullen als gevolg van overeenkomstige toepassing van de totaalwinst van hun onzakelijke lading moeten worden ontdaan, zodat voordelen die buiten de resultaatsfeer zijn gelegen (kapitaalstortingen en onttrekkingen) ook buiten de heffing blijven. De gemaakte kosten en lasten komen, rekening houdend met de aftrekbeperkingen, in mindering op het resultaat. Van Es en Ligthart<sup>76</sup> menen dat de jurisprudentie inzake het marginale toetsingsrecht van de fiscus met betrekking tot de zakelijkheid van de gemaakte kosten en het verbod van de fiscus om in het beleid van de ondernemer te treden, hier ook geldt. De resultaatgenieter en de terbeschikkingsteller hebben geen recht op de objectieve vrijstellingen (met uitzondering van de kwijtscheldingswinstvrijstelling). Het belang van de objectieve vrijstellingen (met uitzondering van de kwijtscheldingswinstvrijstelling) is niet dermate groot. De kwijtscheldingswinstvrijstelling is bij het verstrekken van een geldlening wel van belang, maar deze geldt dan ook voor de resultaatgenieter en de terbeschikkingsteller.

### **3.4.2 Jaarresultaat**

Ter bepaling van het jaarwinstresultaat sluit artikel 3.95 Wet IB 2001 aan bij het winstregime waardoor de beginselen van het goed koopmansgebruik (artikel 3.25 Wet IB 2001) ook gelden voor een resultaatgenieter. Bij het jaarresultaatbegrip gaat het erom in welke jaar de baten en lasten in aanmerking worden genomen. Freudenthal<sup>77</sup> wijst er in dit kader op dat de wetgever wel erg gemakkelijk is omgesprongen met het van toepassing verklaren van de beginselen van goed koopmansgebruik zonder een grondige afweging hieraan ten grondslag te leggen. Hij vraagt zich af wat goed koopmansgebruik is voor iemand die geen koopman is. Het goedkoopmansgebruik brengt met zich mee dat een voorziening kan worden gevormd als een verplichting ontstaat tegenover derden. De fiscale reserves, zoals de kostenegaliseringsreserve en de herinvesteringsreserve gelden niet voor de resultaatgenieter, maar wel voor de terbeschikkingsteller. De resultaatgenieter heeft, tezamen met de terbeschikkingsteller, geen recht op de willekeurige afschrijvingen. De willekeurige afschrijvingen zijn niet van belang voor de belastingplichtige die een geldlening verstrekt aan zijn vennootschap of aan een vennootschap van een persoon met wie hij is verbonden. De willekeurige afschrijvingen hebben alleen betekenis als de belastingplichtige een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt waarop kan worden afgeschreven.

---

<sup>76</sup> J.A.G. van Es en N.M. Ligthart, *De terbeschikkingstellingsregeling*, TFO 2004/171, par. 5.1.2.

<sup>77</sup> R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Fiscale Monografieën nr. 103, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 166.

### ***3.4.3 Ondernemersfaciliteiten***

Naast de objectieve vrijstellingen (met uitzondering van de kwijtscheldingswinstvrijstelling) en de willekeurige afschrijvingen heeft de terbeschikkingsteller geen recht op de investeringsaftrek, de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Het belang van de investeringsaftrek is echter gering met betrekking tot een geldlening. Bij de terbeschikkingstelling van bijvoorbeeld een pand is de investeringsaftrek van groter belang. Sinds 1 januari 2010 geldt een terbeschikkingstellingsvrijstelling van 12% voor de belastingplichtige die vermogen ter beschikking stelt. De terbeschikkingstellingsvrijstelling is de tegenhanger van de MKB-winstvrijstelling, die geldt voor ondernemers.

### ***3.4.4 Resultaatbepaling bij vorderingen***

Schuldvorderingen dienen in beginsel op nominale waarde te worden gewaardeerd. Laagrentende of renteloze vorderingen mogen bij een verschil tussen de nominale waarde en de waarde in het economisch verkeer, op de waarde in het economisch verkeer worden gewaardeerd. De jaarlijkse aangroei van de waarde in het economisch verkeer naar de nominale waarde moet tot het resultaat worden gerekend. Bij een daling van de waarde in het economisch verkeer kan het afwaarderingsverlies ten laste van het resultaat worden gebracht, mits sprake is van een zakelijke lening. Indien sprake is van een onzakelijke lening, kan het verlies op de geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Bij een bijzondere omstandigheid kan, ondanks de kwalificatie van de geldlening als onzakelijk, het afwaarderingsverlies alsnog ten laste van het resultaat worden gebracht.

## **3.5 Schuldvordering op a.b.-vennootschap**

De schuldvordering verstrekt door een aandeelhouder of een met hem verbonden persoon aan zijn vennootschap wordt gelijkgesteld aan het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen. Onder een schuldvordering moeten worden begrepen alle situaties waarin een aanmerkelijk belanghouder middelen ter beschikking stelt om daarmee een rendement te kunnen behalen. Onder de reikwijdte van het begrip schuldvordering vallen onder andere de regresvordering en de rekening-courantverhouding.

### ***3.5.1 Regresvorderingen***

Indien een aanmerkelijk belanghouder naar aanleiding van een door hem afgegeven borgstelling voor schulden van zijn vennootschap een betaling moet doen, krijgt hij een

regresvordering op de vennootschap. Dit geldt ook voor de met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon die borg staat voor schulden van de vennootschap. De regresvordering is vermogen dat de aanmerkelijk belanghouder ter beschikking heeft gesteld aan de vennootschap en valt onder het resultaat uit overige werkzaamheid. De Hoge Raad heeft in HR 9 maart 2012, nr. 10/03641, BNB 2012/188 geoordeeld dat de regresvordering tot het werkzaamheidsvermogen behoort zodra de borgstellingsovereenkomst wordt aangegaan.<sup>78</sup> Als de (voorwaardelijke) regresvordering tot het werkzaamheidsvermogen behoort, zal krachtens artikel 3.92, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 ook de daarmee samenhangende borgstellingsverplichting tot het werkzaamheidsvermogen mogen worden gerekend bij het aangaan van de borgstelling. De vordering en de verplichting horen dus vanaf het aangaan van de borgstelling tot het werkzaamheidsvermogen. Dit brengt met zich mee dat waardemutaties van de vordering en de verplichting tot het resultaat behoren. Volgens de Hoge Raad kan door overeenkomstige toepassing van artikel 3.25 Wet IB 2001 op grond van artikel 3.95 Wet IB 2001 een passiefpost voor toekomstige uitgaven worden gevormd (r.o. 3.3.3). Daarbij moet voldaan zijn aan de in het Baksteenarrest<sup>79</sup> gegeven voorwaarden voor het vormen van een voorziening, namelijk<sup>80</sup>:

- de uitgaven moeten hun oorsprong vinden in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan en ook aan die periode kunnen worden toegerekend; en
- ten aanzien van de tot de uitgaven leidende gevolgen van die feiten en omstandigheden een redelijke mate van zekerheid bestaan dat zij zich zullen voordoen.

Als de aanmerkelijk belanghouder uit hoofde van de borgstelling daadwerkelijk wordt aangesproken en hij betaalt, zal dienovereenkomstig het resultaat beïnvloed kunnen worden indien en voor zover de waarde van de dan onvoorwaardelijk geworden regresvordering lager is dan het bedrag dat aan de crediteur is betaald. Indien de regresvordering niet voor verwezenlijking vatbaar is, kan een negatief voordeel ontstaan dat in mindering kan komen op het inkomen uit werk en woning.<sup>81</sup> De staatssecretaris heeft goedgekeurd dat de regresvordering te boek wordt gesteld voor het bedrag dat de aanmerkelijk belanghouder uit hoofde van de borgstellingsovereenkomst heeft betaald.<sup>82</sup> De Hoge Raad overweegt verder in zijn arrest van 9 maart 2012 dat op het tijdstip waarop de aanmerkelijk belanghouder aan de

---

<sup>78</sup> HR 9 maart 2012, nr. 10/03641, BNB 2012/188, r.o. 3.3.1.

<sup>79</sup> HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.

<sup>80</sup> HR 9 maart 2012, nr. 10/03641, BNB 2012/188, r.o. 3.3.3.

<sup>81</sup> Kamerstukken I 1999/2000, 26 727, nr. 202a, blz. 112-113.

<sup>82</sup> Besluit van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33, onderdeel 15.2.2.

crediteur een bedrag voldoet, hij dat bedrag onttrekt aan zijn overige vermogen en zo een storting in zijn werkzaamheidsvermogen verricht. Het verschil tussen die betaling aan de crediteur en de waarde van de regresvordering komt dan ten laste van het resultaat van de werkzaamheid.<sup>83</sup> Doorgaans zal de regresvordering op de gefailleerde of insolvable vennootschap in het jaar van betaling tot het gehele bedrag kunnen worden afgewaardeerd en tot een negatief resultaat uit overige werkzaamheden leiden.<sup>84</sup>

### *Onzakelijke borgstelling*

In de literatuur<sup>85</sup> is veel geschreven over de vraag of het leerstuk van de onzakelijke geldlening kan worden doorgetrokken naar de borgstelling en hoe dit dan eventueel zou uitwerken. Ligthart<sup>86</sup> is van mening dat de criteria die gelden voor de onzakelijke lening weinig houvast bieden voor de beoordeling of sprake is van een onzakelijke borgstelling. Als we ervan uitgaan dat het risico uit de borgstelling door de aanmerkelijke belanghouder is aanvaard met de bedoeling het belang van de vennootschap in zijn hoedanigheid van aandeelhouder te dienen, is in een dergelijk geval de borgtochtvergoeding niet aftrekbaar bij de vennootschap. Bij de aanmerkelijk belanghouder zal de borgtochtvergoeding niet worden belast als resultaat, maar als (verkapt) dividend. Een regresvordering is dan niet aanwezig. Een betaling door de aanmerkelijk belanghouder aan de crediteur zal in dit geval als een kapitaalstorting worden aangemerkt en kan niet tot een verlies uit overige werkzaamheden leiden.

### **3.5.2 Zekerheidstelling**

Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>87</sup> heeft in zijn uitspraak van 29 januari 2013 beslist dat het verstrekken van zekerheid voor de betaling van een schuld die is aangegaan door een vennootschap waarin belanghebbende middellijk directeur-grotaandeelhouder is, ingevolge artikel 3.92, lid 1 Wet IB 2001 moet worden toegerekend aan het resultaat uit overige werkzaamheden. Het Hof beslist dat zoals de regresvordering bij een borgstelling samenhangt met de verplichting om een betaling aan de crediteur van de hoofdschuldenaar te doen, zo hangt ook de vordering die bij wijze van subrogatie ontstaat bij een zekerheidstelling, samen

---

<sup>83</sup> HR 9 maart 2012, nr. 10/03641, BNB 2012/188, r.o. 3.3.2.

<sup>84</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Kluwer, Deventer, 2012, blz. 687.

<sup>85</sup> Zie onder andere P.J.J.M. Peeters, *Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord door de Hoge Raad?!*, WFR 2012/153 en N.M. Ligthart, *De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!*, NTFR-B 2012/6.

<sup>86</sup> N.M. Ligthart, *De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!*, NTFR-B 2012/6.

<sup>87</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, nr. 12/00019, V-N 2013/20.12.

met de verplichting om een betaling aan de crediteur van de hoofdschuldenaar te verrichten. Subrogatie is het treden in de rechten van een schuldenaar door een derde, die de schuldeiser heeft betaald.<sup>88</sup> Analoog aan HR 9 maart, nr. 10/03641, BNB 2012/188 en HR 14 september 2012, nr. 11/02105, BNB 2013/12 behoort de verplichting uit hoofde van de zekerheidstelling ingevolge artikel 3.92, lid 1 Wet IB 2001 eveneens tot het werkzaamheidsvermogen van belanghebbende. Op grond van artikel 3.95 Wet IB 2001 juncto artikel 3.25 Wet IB 2001 kan een voorziening worden gevormd voor deze verplichting, mits aan alle voorwaarden wordt voldaan. De voorwaarden zijn identiek aan de voorwaarden die gelden bij de borgstelling, derhalve verwijs ik hiervoor naar paragraaf 3.5.1.

#### *Onzakelijke zekerheidstelling*

De Redactie van de Vakstudie-Nieuws<sup>89</sup> heeft reeds het standpunt ingenomen dat de arresten omtrent de onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsfeer naar de zekerheidstelling kunnen worden doorgetrokken. Als de directeur-groootaandeelhouder de zekerheidstelling slechts heeft verstrekt in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, kan een eventueel verlies op de vordering die bij wijze van subrogatie ontstaat niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Volgens Redactie van de Vakstudie-Nieuws moet in dat geval wel de verkrijgingsprijs van de aandelen worden verhoogd met een potentieel aanmerkelijkbelangverlies tot gevolg.

#### **3.5.3 Rekening-courantverhoudingen**

De rekening-courantverhouding valt slechts onder de terbeschikkingstellingsregeling in box 1 als de aanmerkelijk belanghouder een vordering heeft op de vennootschap. De ontvangen rente zal bij de aanmerkelijk belanghouder in box 1 progressief worden belast. De betaalde rente kan de vennootschap in mindering brengen op zijn winst in de vennootschapsbelasting. Als de rekening-courantverhouding omslaat van een vordering naar een schuld van de aanmerkelijk belanghouder aan de vennootschap, valt de schuld bij de aanmerkelijk belanghouder in box 3, tenzij met deze schuld een vermogensbestanddeel is gefinancierd waarop artikel 3.92 Wet IB 2001 van toepassing is. Behoudens deze uitzondering, kan de rente die hierover moet worden betaald aan de vennootschap niet in mindering op het resultaat worden gebracht door de aanmerkelijk belanghouder. De door de vennootschap ontvangen rente geeft zij aan als winst in haar aangifte vennootschapsbelasting. Bij de vennootschap staat de vordering op de aanmerkelijk belanghouder op haar balans.

---

<sup>88</sup> Vindplaats: <http://nl.wiktionary.org/wiki/subrogatie>.

<sup>89</sup> Aantekening redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2013/20.12.

Omdat rekening-courantstanden sterk kunnen fluctueren, heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat bij rekening-courantverhoudingen van minder dan € 17.500 (positief en negatief) gedurende het hele kalenderjaar fiscaal geen rente in aanmerking hoeft te worden genomen.<sup>90</sup> De vennootschap mag in dit geval geen rentekosten in aftrek brengen. Bij een schuld van de aanmerkelijk belanghouder aan de vennootschap mag geen schuld in box 3 worden opgenomen.

### **3.6 Ongebruikelijke terbeschikkingstelling**

Een ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan zich alleen voordoen bij de grote kring van verbonden personen. Als de terbeschikkingstelling in het maatschappelijk verkeer als ongebruikelijk wordt gezien, behoort het vermogensbestanddeel tot het resultaat uit overige werkzaamheden. Bij een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling behoort het vermogensbestanddeel tot box 3. De strekking van artikel 3.92, lid 3 Wet IB 2001 is om in situaties waarin geen sprake is van normale zakelijke verhoudingen het resultaat uit de terbeschikkingstelling te laten verlopen volgens de bepalingen van de totaalwinst, als met deze terbeschikkingstelling op oneigenlijke wijze wordt ingespeeld op de verschillen in belastingdruk tussen de verschillende boxen (reële kosten met hoge belastingwaarde versus fictieve baten met lage belastingwaarde).<sup>91</sup> Om te bepalen of de terbeschikkingstelling ongebruikelijk is, dient volgens de wetsgeschiedenis vanuit meer dan één invalshoek te worden beoordeeld.<sup>92</sup> Er dient te worden getoetst of een bepaalde contractuele verhouding in het algemeen of onder die voorwaarden gebruikelijk is. Van belang is of die overeenkomst maatschappelijk gebruikelijk is in de gegeven (familie)relatie. Niet alleen de terbeschikkingstellingshandeling dient te worden beoordeeld, maar ook het geheel van rechtshandelingen dat met de terbeschikkingstelling verband houdt.<sup>93</sup>

#### **3.6.1 Ongebruikelijk in algemene zin**

In de parlementaire geschiedenis zijn een aantal voorbeelden van transacties genoemd, die in het algemeen of in een bepaalde relatie ongebruikelijk zijn. Eén van die voorbeelden ziet op

---

<sup>90</sup> Besluit van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33, onderdeel 15.3.

<sup>91</sup> Kamerstukken II 2000/2001, 27 466, nr. 3, blz. 49.

<sup>92</sup> Kamerstukken II 2000/2001, 27 466, nr. 3, blz. 50.

<sup>93</sup> HR 15 oktober 2010, nr. 09/02120, BNB 2011/36 en HR 9 november 2012, nr. 11/03832, NTFR 2012/2629.



het houden van een turbovordering<sup>94</sup>. De vader koopt de aandelen in een lege vennootschap en zijn meerderjarige kinderen kopen de niet-volwaardige vorderingen (turbovorderingen) op deze vennootschap. Het houden van een dergelijke vordering lijkt erop te zijn gericht een vermogensverschuiving van de vader naar de kinderen te bewerkstelligen. De Redactie van Cursus belastingrecht vraagt zich af of dit voorbeeld overeenstemt met de ratio van de terbeschikkingstellingsregeling, omdat de constructie niet voert tot kostenarbitrage en de vordering naar haar aard ook niet behoort tot het ondernemingsvermogen.<sup>95</sup> Ik ben echter van mening dat dit voorbeeld wel overeenstemt met de ratio van de terbeschikkingstellingregeling. De aandelen behoren voor de vader tot box 2. Voor de kinderen zouden de vorderingen zonder de terbeschikkingstellingsregeling behoren tot box 3. De rente op de vorderingen kan de vennootschap van de vader op zijn winst in aftrek brengen tegen het hogere vennootschapsbelastingtarief, terwijl de ontvangen rente bij de kinderen slechts forfaitair tegen 30% zou worden belast. In de Memorie van Toelichting heeft de wetgever aangegeven dat de ratio van de regeling voor het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen is, het voorkomen van transacties die leiden tot hoge aftrekken in box 1 of box 2 en forfaitaire bijtellingen in box 3.<sup>96</sup> Ik verwijs hierbij eveneens naar paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk. In dit geval vind de aftrek van de betaalde rente plaats tegen het hogere vennootschapsbelastingtarief in plaats van tegen het box 1-tarief dan wel tegen het box 2-tarief. De gedachte achter de regeling blijft dat een transactie niet mag leiden tot een hoge aftrek, terwijl aan de opbrengstzijde slechts een forfaitaire bijtelling plaatsvindt. De keerzijde van dit verhaal is dat de wetgever natuurlijk zelf dit probleem heeft veroorzaakt door de vermogensrendementsheffing in te voeren. De aftrek van de rentekosten vind weliswaar niet plaats in box 1 of box 2, maar het maximale tarief in de vennootschapsbelasting is thans even hoog als het tarief in box 2. Mijns inziens stemt dit voorbeeld dus wel overeen met de ratio van de terbeschikkingstellingsregeling, omdat de rente zonder de terbeschikkingstellingsregeling tegen een hoger tarief in aftrek wordt gebracht en bij de ontvanger forfaitair wordt belast.

### ***3.6.2 Ongebruikelijk in familierelaties***

Zoals hierboven reeds aangegeven, is ook van belang of een overeenkomst maatschappelijk gebruikelijk is in de gegeven (familie)relatie. Tussen derden als onzakelijk te bestempelen

---

<sup>94</sup> Voor jurisprudentie omtrent turbovorderingen verwijs ik onder andere naar HR 10 maart 1993, nr. 28 327, BNB 1993/143 en HR 18 oktober 1995, nr. 30 643, BNB 1996/189.

<sup>95</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), Kluwer, Deventer, 2012, blz. 674.

<sup>96</sup> Kamerstukken II, 2000/2001, 27 466, nr. 3, blz. 20.

transacties kunnen in de familierelatie gebruikelijk zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het verstrekken van een zachte lening binnen de naaste familie. Volgens de staatssecretaris is het om niet ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel aan een verbonden persoon uit de grote kring in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk.<sup>97</sup> Als een vader onder zakelijke voorwaarden een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan de vennootschap van zijn meerderjarige zoon, maar op enig moment afziet van een vergoeding, is dit in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijk. Volgens de staatssecretaris verhuist het vermogensbestanddeel dan naar box 1 voor de vader en moet een zakelijke vergoeding tot zijn resultaat worden gerekend. In feite schenkt de vader de zakelijk bepaalde vergoeding aan zijn zoon. De zoon stort het bedrag vervolgens als informeel kapitaal in de vennootschap. De Redactie van *Cursus belastingrecht*<sup>98</sup> stelt dat hier geen sprake is van ongewenste belastingarbitrage in de zin van de ratio van de regeling volgens de Memorie van Toelichting. Ook Ligthart<sup>99</sup> vindt het opmerkelijk dat de staatssecretaris in deze situatie meent dat het betreffende vermogensbestanddeel tot het resultaatsvermogen van de vader behoort. Hij stelt dat in een materieel vergelijkbare situatie het vermogensbestanddeel bij de vader immers ook niet verhuist naar box 1. Hierbij doelt Ligthart op de situatie waarin de vader een normale vergoeding bedingt en die vergoeding schenkt aan zijn zoon. De zoon stort de ontvangen vergoeding vervolgens als informeel kapitaal in zijn vennootschap. Volgens Ligthart lijkt de staatssecretaris bij deze uitleg van het begrip ‘een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling’ over het hoofd te zien dat relevant is of op oneigenlijke wijze op de verschillen tussen de boxen wordt ingespeeld. Ook de Redactie van *Cursus belastingrecht*<sup>100</sup> is deze mening toegedaan. Zolang een zakelijke vergoeding wordt bedongen, is geen sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Indien een lage vergoeding wordt bedongen, is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Het vermogensbestanddeel verhuist dan van box 3 naar box 1. In box 1 zijn onder het resultaat uit overige werkzaamheden de bepalingen van de totaalwinst van toepassing waardoor het arm’s length beginsel geldt. Op grond van het arm’s length beginsel moet een lage vergoeding worden gecorrigeerd naar een zakelijke vergoeding. De ironie zit er bij de ongebruikelijke terbeschikkingstelling in dat als een transactie niet ongebruikelijk is, de transactie in box 3

---

<sup>97</sup> Besluit van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33, onderdeel 19.

<sup>98</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Kluwer, Deventer, 2012, blz. 675.

<sup>99</sup> G. Th. Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, Deventer, 2012, blz. 74.

<sup>100</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Kluwer, Deventer, 2012, blz. 675.

valt en het verlies op een dergelijke transactie niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Met andere woorden als de transactie ongebruikelijk is, kan een eventueel verlies ten laste van het resultaat worden gebracht tegen het hoge tarief.

### ***3.6.3 Uitwerking onzakelijke geldlening***

Het feit dat een verlies op een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke vordering ten laste van het resultaat kan worden gebracht, bevestigt dat de wetgever de onzakelijke geldlening in box 1 wilde onderbrengen. Zoals in paragraaf 2.4.3.2 reeds aan bod kwam, duidt de aanwezigheid van artikel 3.92, lid 3 Wet IB 2001 erop dat de wetgever wist van het bestaan van de onzakelijke geldlening. De wetgever heeft in de wettekst geen onderscheid gemaakt tussen een zakelijke geldlening en een onzakelijke geldlening. Ook heeft de wetgever geen aanvullende regeling getroffen om het verlies op een onzakelijke geldlening van aftrek uit te sluiten. Een andere aanwijzing dat de wetgever de onzakelijke geldlening in box 1 onder de terbeschikkingstellingsregeling wilde onderbrengen, valt af te leiden uit het de vierde nota van wijziging<sup>101</sup> waarin de wetgever opmerkt dat een winstdelende schuldvordering tot het resultaat uit overige werkzaamheden behoort.

De Hoge Raad heeft nog geen kans gekregen om zich uit te laten over de uitwerking van de onzakelijke geldlening op artikel 3.92, lid 3 Wet IB 2001. In de literatuur wordt al wel gespeculeerd over de toepassing van het leerstuk van de onzakelijke geldlening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Volgens A-G Niessen<sup>102</sup> kan het leerstuk van de onzakelijke geldlening worden doorgetrokken naar de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ligthart<sup>103</sup> is van mening dat ‘ongebruikelijk’ en ‘onzakelijk’ niet zijn gelijk te stellen, maar dat een onzakelijke lening tussen verbonden personen al snel tot een ongebruikelijke terbeschikkingstelling zal leiden. Volgens hem zouden de gevolgen dan ook niet anders mogen zijn. Als een verbonden persoon uit de grote kring van de aanmerkelijk belanghouder een geldlening aan zijn vennootschap verstrekt en er is een zakelijke rente bedongen, is geen sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De vordering behoort voor de verbonden persoon in dit geval tot box 3. Indien een lage dan wel geen rentevergoeding is bedongen, is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De vordering valt dan voor de verbonden persoon onder de terbeschikkingstellingsregeling in box 1. Uit paragraaf 2.4.5.1 volgt dat een lage rente niet leidt tot kwalificatie van de geldlening als onzakelijk. De

---

<sup>101</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 89, blz. 9.

<sup>102</sup> Conclusie A-G Niessen van 24 februari 2011, nr. 10/04588, LJN BP8952, V-N 2011/29.15, par. 5.6.

<sup>103</sup> N.M. Ligthart, *De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!*, NTFR/B 2012-6, par. 6.4.

lage rente zal naar een zakelijke rente moeten worden gecorrigeerd. Een verlies op de geldlening kan in dit geval in mindering op het resultaat worden gebracht. Indien geen rente is overeengekomen en de rente kan niet worden verzakelijkt, is sprake van een onzakelijk geldlening. Hierbij verdient opmerking dat het debiteurenrisico niet kan zijn aangegaan om het belang van de aandeelhouder te dienen, omdat de verbonden persoon uit de grote kring zelf geen aandelen in de vennootschap heeft. Hof Arnhem<sup>104</sup> heeft echter geoordeeld dat ondanks het ontbreken van de aandeelhoudersrelatie het leerstuk van de onzakelijke geldlening ook geldt voor de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ervan uitgaande dat het leerstuk van de onzakelijk geldlening eveneens geldt voor de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, kan het verlies op de geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Het verlies op de geldlening moet als een informele kapitaalstorting in aanmerking worden genomen en verhoogt de verkrijgingsprijs van de aandelen. Zoals eerder opgemerkt, heeft de verbonden persoon uit de grote kring geen aandelen in de vennootschap waardoor het verlies verloren zal gaan. Een oplossing voor dit probleem kan wederom worden gevonden in het aanmerken van deze situatie als een bijzondere omstandigheid. Als deze situatie als een bijzondere omstandigheid wordt gezien, is de geldlening nog steeds onzakelijk, maar het verlies op de geldlening kan ten laste van het resultaat worden gebracht.

### **3.7 Deelconclusie**

De ratio van de terbeschikkingstellingsregeling is het voorkomen van transacties die leiden tot hoge aftrekken in box 1 en box 2 en forfaitaire bijtellingen in box 3. Slechts transacties waar belastingplichtigen die handelen in diverse hoedanigheden en transacties tussen gelieerde partijen, vallen onder de terbeschikkingstellingsregeling. Op grond van artikel 3.92, lid 1, sub a wordt onder werkzaamheid mede verstaan het rendabel maken van vermogensbestanddelen voor zover deze vermogensbestanddelen al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite, direct of indirect ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon, een aanmerkelijk belang heeft als bedoeld in hoofdstuk 4 behoudens indien sprake is van een aanmerkelijk belang op grond van artikel 4.10 en 4.11. Artikel 3.92, lid 2, sub a, ten eerste Wet IB 2001 bepaalt dat het aangaan of hebben van een schuldvordering wordt gelijkgesteld met het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen. Volgens artikel 3.90 Wet IB 2001 bestaat het belastbaar resultaat uit

---

<sup>104</sup> Hof Arnhem 4 december 2012, nr. 12/00120, NTFR 2013/739 met commentaar van R.P. Bitter.

overige werkzaamheden uit het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meer werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbare loon genereren verminderd met de terbeschikkingstellingsvrijstelling. Het resultaat uit overige werkzaamheden is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, met een werkzaamheid worden behaald (artikel 3.94 Wet IB 2001). De wetgever heeft de bepalingen van de totaalwinst van overeenkomstige toepassing verklaard op het resultaat uit overige werkzaamheden. Bij het totaalresultaatbegrip gaat het erom welke baten en lasten tot het resultaat kunnen worden gerekend. Alle positieve en negatieve voordelen kunnen aan het resultaat worden toegerekend, waardoor de vermogenswinsten zijn belast en de verliezen ten laste van het resultaat kunnen worden gebracht. Onzakelijke handelingen zullen moeten worden ontdaan van hun onzakelijkheid, zodat voordelen die buiten de resultaatsfeer zijn gelegen (kapitaalstortingen en onttrekkingen) buiten de heffing blijven. De gemaakte kosten en lasten komen, rekening houdend met de aftrekbeperkingen, in mindering op het resultaat. Bij het jaarresultaatbegrip gaat het erom in welke jaar de baten en lasten in aanmerking worden genomen. Ter bepaling van het jaarwinstresultaat sluit artikel 3.95 Wet IB 2001 aan bij het winstregime waardoor het goed koopmansgebruik (artikel 3.25 Wet IB 2001) eveneens van toepassing is. Het goedkoopmansgebruik brengt met zich mee dat bij een borgstelling of zekerheidstelling een voorziening kan worden gevormd door de aanmerkelijk belanghouder of door een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon als een verplichting ontstaat tegenover derden. De fiscale reserves, zoals de kostenegaliseringsreserve en de herinvesteringsreserve zijn ook van toepassing voor de terbeschikkingsteller. De terbeschikkingsteller heeft geen recht op objectieve vrijstellingen (met uitzondering van de kwijtscheldingswinstvrijstelling en de terbeschikkingstellingsvrijstelling), willekeurige afschrijvingen, de investeringsaftrek en de ondernemersaftrek. Het belang van de ondernemersfaciliteiten is ook niet groot als het gaat om een aanmerkelijk belanghouder of een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon die een geldlening verstrekt aan de vennootschap.

Uit artikel 3.92 Wet IB 2001 volgt dat van belang is dat de belastingplichtige vermogen ter beschikking stelt aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belanghouder is dan wel aan een vennootschap waarin een met hem verbonden persoon aanmerkelijk belanghouder is. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen een kleine kring van verbonden personen en een grote kring van verbonden personen. De kleine kring van verbonden personen wordt ongeacht de overeengekomen voorwaarden in box 1 belast voor het vermogen dat zij aan de vennootschap ter beschikking stelt. De jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening zorgt

ervoor dat de geldlening verstrekt aan de vennootschap door een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon uit de kleine kring slechts ten laste van het resultaat kan worden gebracht, als de geldlening zakelijk is. Als de geldlening onzakelijk is, kan het verlies op de geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Het verlies moet in dit geval als informele kapitaalstorting in aanmerking worden genomen en verhoogt de verkrijgingsprijs van de aandelen. Deze uitwerking van de jurisprudentie op de onzakelijke geldlening geeft problemen indien de echtgenoten gaan scheiden en de waarde in het economisch verkeer van de vordering is lager dan de nominale waarde. De geldlening kan namelijk alleen worden afgewaardeerd als de waarde in het economisch verkeer lager is dan de nominale waarde. Er wordt alleen aan de onzakelijke geldlening toegekomen als de geldlening wordt afgewaardeerd. De ex-echtgenote zit dan met een verlies op de geldlening (50% dat toekwam aan haar) dat zij niet als informele kapitaalstorting in box 2 in aanmerking kan nemen, omdat zij geen aandelen heeft in de vennootschap. Een oplossing zou kunnen zijn om deze situatie als een bijzondere omstandigheid aan te merken. De geldlening blijft onzakelijk. Het verlies op de geldlening kan alsnog ten laste van het resultaat worden gebracht. Bij de grote kring van verbonden personen wordt het aangaan of hebben van een schuldvordering slechts onder box 1 belast als sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Aan het geheel van de rechtshandelingen dient te worden getoetst of een bepaalde contractuele verhouding in het algemeen of onder die voorwaarden gebruikelijk is. Ook moet hierbij worden gekeken of die overeenkomst gebruikelijk is in de gegeven (familie)relatie. Indien geen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling valt de schuldvordering in box 3. Als het leerstuk van de onzakelijke geldlening naar de ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt doorgetrokken, kan een verlies op de geldlening alleen ten laste van het resultaat in box 1 worden gebracht als de geldlening zakelijk is. Als de geldlening onzakelijk is, kan het verlies op de geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Volgens de jurisprudentie van de onzakelijke geldlening moet het verlies als informele kapitaalstorting in box 2 in aanmerking worden genomen. Het verlies verhoogt de verkrijgingsprijs van de aandelen. Een verbonden persoon uit de grote kring heeft zelf geen aanmerkelijk belang in de vennootschap. Het door de verbonden persoon geleden verlies kan hierdoor niet in box 2 in aanmerking worden genomen. Het verlies gaat verloren. Een oplossing zou hier ook kunnen worden gevonden in het aanmerken van een dergelijke situatie als een bijzondere omstandigheid. De geldlening blijft hierdoor zijn kwalificatie als onzakelijk behouden, maar het verlies kan alsnog ten laste van het resultaat worden gebracht.

## **Hoofdstuk 4. De schuldvordering in box 2**

### **4.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk wordt in de parlementaire geschiedenis bekeken waarom de schuldvordering is opgenomen onder het resultaat uit overige werkzaamheden in box 1 en niet onder het inkomen uit aanmerkelijk belang in box 2. Vervolgens wordt gekeken naar de argumenten voor het onderbrengen van de schuldvordering in box 2.

### **4.2 Winst uit aanmerkelijk belang onder de Wet IB 1964**

Zoals in paragraaf 3.2 al naar voren kwam, is het aanmerkelijkbelangregime in 1997 ingrijpend gewijzigd. Voor 1997 waren vervreemdingsvoordelen op schuldvorderingen niet belast. Alleen de rente ontvangen op de schuldvordering werd belast als inkomsten uit vermogen. Voor de bron inkomsten uit vermogen gold een progressief belastingtarief van maximaal 60%. Met ingang van 1997 werden ook schuldvorderingen belast onder de bron winst uit aanmerkelijk belang. Dit volgt uit artikel 20a, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 1964. Op grond van deze bepaling hebben de vervreemdingsvoordelen eveneens betrekking op een tot een aanmerkelijk belang behorende schuldvordering. De bron winst uit aanmerkelijk belang was opgenomen in afdeling 2A van de Wet IB 1964 waarbij een proportioneel tarief van 25% gold. Het aanmerkelijkbelangregime gold uitsluitend voor vervreemdingsvoordelen van de schuldvordering (artikel 20a, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 1964). Reguliere voordelen van de schuldvordering (zoals rente) vielen niet onder het aanmerkelijkbelangregime, omdat schuldvorderingen niet werden genoemd in artikel 20a, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 1964. Aflossingen van de schuldvordering werden op grond van artikel 20h, zesde lid, onderdeel e, Wet IB 1964 belast onder de bron winst uit aanmerkelijk belang. Reguliere voordelen van de schuldvordering bleven, net als voor de wijziging in 1997, vallen onder de bron inkomsten uit vermogen. De reden voor de afwijkende behandeling van de rente op de schuldvordering is gelegen in het feit dat rente aftrekbaar is bij de betalende vennootschap zodat de ontvangen rente in tegenstelling tot dividenduitkeringen de voordruk van vennootschapsbelasting mist. Indien de rente bij de ontvangende aanmerkelijk belanghouder slechts wordt belast tegen het proportionele tarief van 25% zou in totaal slechts 25% belasting over de rente worden geheven. Dit is aanzienlijk

minder dan de cumulatieve belastingdruk van 51,25%<sup>105</sup> die over dividenden wordt geheven. Om dit te vermijden, is de rente op de schuldvordering onder de bron inkomsten uit vermogen gebleven.<sup>106</sup>

Uitbreiding van de bron winst uit aanmerkelijk belang met de schuldvordering in 1997 diende in eerste instantie voor de reparatie van de turboconstructies waarbij gebruik werd gemaakt van onvolwaardige vorderingen op de vennootschap. De wijziging is echter verder gegaan dan slechts reparatie van de turbovorderingen.<sup>107</sup> Sinds 1997 vallen immers alle schuldvorderingen van de aanmerkelijk belanghouder op de vennootschap onder het aanmerkelijkbelangregime. De gedachte achter deze verdergaande wijziging is volgens de wetsgeschiedenis dat het niet uitmaakt op welke wijze een aanmerkelijk belanghouder vermogen ter beschikking stelt aan de vennootschap. De belastingheffing zal bij verstrekking van eigen vermogen en vreemd vermogen in beginsel hetzelfde zijn.<sup>108</sup>

### 4.3 Argumenten voor box 1

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever het ter beschikking stellen van vermogen aan de vennootschap in eerste instantie wilde belasten in box 2 als inkomen uit aanmerkelijk belang.<sup>109</sup> Gezien de behandeling van de schuldvordering onder de Wet IB 1964 is dat ook begrijpelijk. Ik verwijs hierbij naar paragraaf 4.2. Bij invoering van de Wet IB 2001 heeft de wetgever via de vierde nota van wijziging<sup>110</sup> de vermogensbestanddelen die ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft, ondergebracht in box 1 onder het resultaat uit overige werkzaamheden. De overgang van de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen van box 2 naar box 1 onderbouwt de wetgever met drie argumenten.<sup>111</sup> Ten eerste wordt door de overbrenging naar box 1 de parallel met IB-ondernemers verder versterkt. Ten tweede wordt arbitrage voorkomen tussen het door de

---

<sup>105</sup>  $35\% + (25\% \text{ van } 65\%) = 51,25\%$ . In 2001 was het vennootschapsbelastingtarief 30% over een winst van € 22.689 en 35% over de winst boven € 22.689.

<sup>106</sup> E.J.W. Heithuis, *Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen*, Fiscale Monografieën nr. 89, Kluwer, Deventer, 1999, blz. 67.

<sup>107</sup> E.J.W. Heithuis, *Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen*, Fiscale Monografieën nr. 89, Kluwer, Deventer, 1999, blz. 66.

<sup>108</sup> Kamerstukken II 1995/1996, 24 761, nr. 3, blz. 41.

<sup>109</sup> Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz. 33.

<sup>110</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 89.

<sup>111</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 89, blz. 8.



vennootschap zelf aanschaffen van een vermogensbestanddeel of het aanschaffen daarvan door de aandeelhouder in privé die het vermogensbestanddeel vervolgens ter beschikking stelt aan zijn vennootschap. Ten derde wordt arbitrage voorkomen tussen financiering van de vennootschap door de aandeelhouder met eigen vermogen of met vreemd vermogen. De drie argumenten worden hierna achtereenvolgens behandeld.

#### **4.3.1 Globaal evenwicht**

Uit voorgaande volgt dat de wetgever de overgang van de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen naar box 1 onderbouwt met het argument dat hiermee de parallel met de IB-ondernemer wordt versterkt. De wetgever tracht dit te doen door middel van een globaal evenwicht tussen de belastingdruk van de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer. Het is daarom goed om te kijken hoe de belastingdruk zich verhoudt. En of het gecombineerde tarief van het aanmerkelijkbelangregime en de vennootschapsbelasting veel afwijkt van het tarief dat thans geldt voor de aanmerkelijk belanghouder onder de terbeschikkingstellingsregeling.

##### *Nominale belastingdruk*

Het tarief voor het aanmerkelijkbelangregime bedraagt 25% (2013)<sup>112</sup>. Het vennootschapsbelastingtarief bedraagt 20% tot een winst van € 200.000 en 25% voor de winst boven € 200.000 (2013)<sup>113</sup>. Het gecombineerde tarief ligt derhalve tussen 40%-43,75%<sup>114</sup>. De IB-ondernemer ervaart een belastingdruk van maximaal 44,72%<sup>115</sup>. Hierbij is rekening gehouden met een MKB-winstvrijstelling van 14% (2013)<sup>116</sup>. Een zuiver evenwicht is moeilijk haalbaar door de verschillende regimes van box 1 en 2.<sup>117</sup> In de berekening van de belastingdruk voor de IB-ondernemer is geen rekening gehouden met de ondernemersaftrek<sup>118</sup>. De ondernemersaftrek zal de belastingdruk voor de IB-ondernemer verlagen. De aanmerkelijk belanghouder heeft geen recht op deze aftrek waardoor in de belastingdruk voor de aanmerkelijk belanghouder niets verandert.

---

<sup>112</sup> Artikel 2.12 Wet inkomstenbelasting 2001.

<sup>113</sup> Artikel 22 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

<sup>114</sup> Voor een winst tot € 200.000 geldt een tarief van 40% (20% + (25% van 80%)) en voor de winst boven € 200.000 geldt een tarief van 43,75% (25% + (25% van 75%)).

<sup>115</sup> 52% -/-(14% van 52%) = 44,72%. Naarmate de IB-ondernemer minder winst maakt en in een lagere tariefschijf valt, zal de belastingdruk dalen.

<sup>116</sup> Artikel 3.79a Wet inkomstenbelasting 2001.

<sup>117</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Kluwer, Deventer, 2012, blz. 682.

<sup>118</sup> Artikel 3.74 Wet inkomstenbelasting 2001.

Onder de terbeschikkingstellingsregeling ervaart de aanmerkelijkbelanghouder thans een belastingdruk van maximaal 45,76%<sup>119</sup>. Hierbij is rekening gehouden met een terbeschikkingstellingsvrijstelling van 12% (2013)<sup>120</sup>. Het gecombineerde tarief tussen 40%-43,75% ligt lager dan het tarief dat de aanmerkelijk belanghouder ervaart onder de terbeschikkingstellingsregeling. In dit opzicht zal het gecombineerde tarief wellicht wenselijker zijn voor de aanmerkelijk belanghouder.

Tot slot verdient opmerking dat de belastingdruk die de aanmerkelijk belanghouder ervaart onder de terbeschikkingstellingsregeling 1 procentpunt hoger is dan de belastingdruk die rust op de IB-ondernemer. De belastingdruk die de aanmerkelijk belanghouder ervaart onder de terbeschikkingstellingsregeling bedraagt 45,76%. De belastingdruk voor de IB-ondernemer bedraagt 44,72%. De wetgever neemt hier genoegen met een globaal evenwicht, terwijl een zuiver evenwicht kan worden bereikt door de terbeschikkingstellingsvrijstelling te verhogen van 12% naar 14%. In de wetsgeschiedenis is niet terug te vinden waarom de percentages van de MKB-winstvrijstelling en de terbeschikkingstellingsvrijstelling van elkaar afwijken.

#### *Effectieve belastingdruk*

Op basis van het neutraliteitsprincipe zouden de omschrijving van de heffingsgrondslag en de hoogte van het tarief zodanig moeten zijn, dat tussen de belastingdruk voor de aanmerkelijk belanghouder en de belastingdruk voor de IB-ondernemer een globaal evenwicht ontstaat. Het neutraliteitsprincipe houdt in dat economische activiteiten ongeacht de rechtsvorm waarin zij worden uitgeoefend, moeten worden belast. In het kader van het neutraliteitsprincipe vind ik een globaal evenwicht tussen de effectieve belastingdruk van de aanmerkelijk belanghouder en de effectieve belastingdruk van de IB-ondernemer gewenst. Belastingplichtigen zouden naar mijn mening niet meer belasting hoeven betalen, omdat zij hun onderneming drijven door middel van een vennootschap.

Eerder hebben we naar de nominale belastingdruk gekeken. Om te beoordelen of in de belastingheffing van ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen een globaal evenwicht aanwezig is tussen de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer moet echter ook de heffingsgrondslag in de berekening worden betrokken. Bij het globaal evenwicht is dus de effectieve belastingdruk van belang. De effectieve belastingdruk voor de aanmerkelijk belanghouder die vermogen ter beschikking stelt, is lastig te berekenen. De aanmerkelijk

---

<sup>119</sup>  $52\% - (12\% \text{ van } 52\%) = 45,76\%$ .

<sup>120</sup> Artikel 3.99b, tweede lid Wet Inkomstenbelasting 2001.

belanghouder wordt namelijk naast de terbeschikkingstellingsregeling ook in box 1 belast voor zijn loon dat hij ontvangt uit zijn vennootschap. Dit loon is gebonden aan de gebruikelijk loon regeling. Volgens de gebruikelijk loon regeling moet het loon op jaarbasis ten minste € 43.000 (2013) bedragen.<sup>121</sup> Bij de berekening van het loon voor de aanmerkelijk belanghouder moet ervan worden uitgegaan dat het loon oploopt met de winst. Aangezien uitkering van de winst voor de vennootschap in de vorm van dividend voordeliger is dan in de vorm van loon, geldt voor het loon een afnemend grensnut. Dit houdt in dat het loon stijgt met de winst tot een bepaald winstniveau. Na dit punt stijgt het loon degressief met de winst. De stijging van het loon zal steeds meer afvlakken naarmate het winstniveau hoger ligt. De effectieve belastingdruk die rust op inkomsten verkregen uit het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen hangt mede af van de hoogte van het loon. De effectieve belastingdruk is hierdoor moeilijk vast te stellen.

Ook is de terbeschikkingstelling door een aanmerkelijk belanghouder aan zijn vennootschap niet te vergelijken met terbeschikkingstelling aan een IB-ondernemer. De aanmerkelijk belanghouder wordt gezien als een ondernemer die zijn onderneming drijft door middel van een vennootschap. De aanmerkelijk belanghouder en de vennootschap zijn twee verschillende entiteiten waardoor de aanmerkelijk belanghouder vermogen ter beschikking kan stellen aan zijn vennootschap. De IB-ondernemer daarentegen kan niet ter beschikking stellen aan zichzelf. De aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer zijn hierdoor niet met elkaar te vergelijken. Alleen een verbonden persoon kan vermogen ter beschikking stellen aan de IB-ondernemer. Een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon kan ook vermogen ter beschikking stellen aan de vennootschap. De verbonden persoon van de aanmerkelijk belanghouder en de verbonden persoon van de IB-ondernemer zijn wel met elkaar te vergelijken. De verbonden personen worden belast onder het resultaat uit overige werkzaamheden tegen een tarief van maximaal 45,76%<sup>122</sup>.

#### ***4.3.2 Tegengaan belastingontwijking***

In de Wet IB 2001 heeft de wetgever de bepaling die de schuldvordering aan heffing onderwerpt, ondergebracht onder de terbeschikkingstellingsregeling. Volgens de wetgever is de terbeschikkingstellingsregeling nodig om belastingontwijking te voorkomen.<sup>123</sup> Met belastingontwijking doelt de wetgever hier op de situatie waarbij een ondernemer

---

<sup>121</sup> Artikel 12a Wet op de loonbelasting 1964.

<sup>122</sup> 52% -/-(12% van 52%) = 45,76%.

<sup>123</sup> Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz. 30.

ondernemingsvermogen onderbrengt bij een persoon die nauw met de ondernemer is verbonden. Zonder aanvullende maatregelen zouden de uit dit vermogen verkregen inkomsten worden aangemerkt als inkomen uit sparen en beleggen (box 3) bij die verbonden persoon, in plaats van als winst uit onderneming bij de ondernemer. Dit geldt evengoed voor de aanmerkelijk belanghouder of een met hem verbonden persoon die vermogensbestanddelen ter beschikking stelt aan een vennootschap. Zonder artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste, Wet IB 2001 zouden het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel en de inkomsten verkregen hieruit bij de aanmerkelijk belanghouder of bij een met hem verbonden persoon in box 3 worden belast, in plaats van in box 1.

Mede ter voorkoming van belastingontwijking heeft de wetgever bij invoering van de Wet IB 2001 de benadering die hij op de schuldvordering heeft toegepast, uitgebreid naar overige vermogensbestanddelen die de aanmerkelijk belanghouder aan zijn vennootschap ter beschikking stelt. Het gevolg hiervan is dat de overige vermogensbestanddelen ook naar de bepalingen van de totaalwinst worden belast. De inkomsten worden op basis van de werkelijke inkomsten en kosten bepaald. De waardemutaties van het vermogensbestanddeel worden in de heffingsgrondslag betrokken. Een vereenvoudiging van de terbeschikkingstellingsregeling door bijvoorbeeld de gelijkstellingen te laten vervallen of door inperking van de groep van verbonden personen zou volgens de wetgever leiden tot grondslaguitholling.<sup>124</sup>

#### ***4.3.3 Eigen vermogen vs. vreemd vermogen***

De derde reden die de wetgever aandraagt voor overbrenging van de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen naar box 1 is het voorkomen van arbitrage tussen financiering van de vennootschap met eigen vermogen en vreemd vermogen. Rentekosten zijn in de vennootschapsbelasting aftrekbaar van de winst van de vennootschap.<sup>125</sup> Dividend daarentegen is uitgesloten van aftrek.<sup>126</sup> De verschillende behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen zorgt voor verstoringen in de keuze tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. De wetgever wil de verstoringen wegnemen door de rente tegen een hoger tarief te belasten in de inkomstenbelasting. Samen met de rente op de schuldvordering zijn echter ook vermogenswinsten van de schuldvordering ondergebracht in box 1. Uit de parlementaire stukken blijkt niet dat de wetgever de vermogenswinsten bewust met de rente heeft

---

<sup>124</sup> Kamerstukken II 2008/2009, 31 705, nr. 19, blz. 5.

<sup>125</sup> Artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8, lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>126</sup> Artikel 10, lid 1, onderdeel a Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

overgebracht van box 2 naar box 1. Er worden geen argumenten aangevoerd waaruit blijkt waarom de vermogenswinsten naar box 1 zijn overgebracht. Volgens Heithuis<sup>127</sup> lijkt het erop dat men uitsluitend oog heeft gehad voor de reguliere inkomsten (huur-, rente- en borgtochtvergoeding) en in mindere mate voor de vermogenswinsten.

Het ter beschikking stellen van eigen vermogen wordt dus fiscaal anders behandeld dan het ter beschikking stellen van vreemd vermogen. Mijns inziens kunnen de verstoringen in de keuze tussen eigen vermogen en vreemd vermogen alleen worden weggenomen door een stelsel in te voeren waarbij rentekosten en dividend beide in aftrek kunnen worden gebracht (ACE) of waarbij rentekosten en dividend beide niet aftrekbaar zijn van de winst (CBIT).

#### **4.4 Argumenten voor box 2**

Zoals in paragraaf 4.3 is opgemerkt, wilde de wetgever de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen in eerste instantie onder het aanmerkelijkbelangregime plaatsen. Wat waren destijds de argumenten om deze vermogensbestanddelen te belasten onder het aanmerkelijkbelangregime. Verder wordt in deze paragraaf getoetst of de drie argumenten uit paragraaf 4.3 stand houden als de schuldvordering zou worden ondergebracht in box 2.

##### ***4.4.1 Het aanmerkelijkbelangregime***

Volgens de wetgever beoogt het karakter van het aanmerkelijkbelangregime alle voordelen en nadelen, die gedurende de bezitsperiode bij de aanmerkelijkbelanghouder opkomen, in de heffing te betrekken. Door aan de vennootschap ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen onder het aanmerkelijkbelangregime te brengen, wordt de behandeling op basis van reële inkomensstromen behouden en zou de parallel met de behandeling van ondernemers beter tot zijn recht komen.<sup>128</sup> Opvallend is dat de wetgever dit argument ook aandraagt bij onderbrenging van de schuldvordering in box 1.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen opgenomen in box 2 onder de meesleep- en meetrekregeling. Op grond van de meesleepregeling werd bepaald dat indien een belastingplichtige een aanmerkelijk belang in

---

<sup>127</sup> E.J.W. Heithuis, *De meesleep- en meetrekregeling voor de aanmerkelijkbelanghouder; de laatste stand van zaken*, TFO 2000/73, par. 2.

<sup>128</sup> Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz. 33.

een vennootschap heeft, tot dat aanmerkelijk belang mede worden gerekend andere aandelen in de vennootschap, winstbewijzen van de vennootschap en schuldvorderingen op de vennootschap (onderdeel a van artikel 4.3.4). Deze bepaling is ontleend aan artikel 20a, lid 4 Wet IB 1964. In onderdeel b van artikel 4.3.4 werd bepaald dat tot een aanmerkelijk belang mede wordt gerekend vermogensbestanddelen die rendabel worden gemaakt door deze direct of indirect ter beschikking te stellen aan een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft.<sup>129</sup> De voordelen verkregen uit het ter beschikking stellen van de vermogensbestanddelen werden belast als inkomen uit aanmerkelijk belang. De meetrekregeling, opgenomen in artikel 4.3.5 is ontleend aan artikel 20a, lid 5 Wet IB 1964. Lid 1 bepaalde dat een belastingplichtige die aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op een vennootschap heeft die voor haar geen aanmerkelijk belang vormen toch een aanmerkelijk belang heeft indien de echtgenoot, de partner of een ander familielid wel een aanmerkelijk belang heeft in die vennootschap. Lid 2 bepaalde dat tot een aanmerkelijk belang mede wordt gerekend vermogensbestanddelen die rendabel worden gemaakt door deze direct of indirect ter beschikking te stellen aan een vennootschap waarin de belastingplichtige geen, maar zijn echtgenoot of partner wel een aanmerkelijk belang heeft.<sup>130</sup> Het inkomen uit de vermogensbestanddelen bij de meesleep- en meetrekregeling wordt bepaald volgens de bepalingen van het winstregime. Dit was geregeld in artikel 4.4.1. Artikel 4.4.1 was evenals artikel 3.94 Wet IB 2001 ontleend aan artikel 3.8 Wet IB 2001 (destijds artikel 7 Wet IB 1964). De vergoedingen worden bij de vennootschap ten laste van de winst gebracht waardoor een globaal evenwicht ontstond tussen de lasten bij de vennootschap en de voordelen genoten door de aanmerkelijk belanghouder. Hierbij verdient opmerking dat de wetgever in dit geval met globaal evenwicht wat anders bedoelt, dan de term globaal evenwicht die ik in paragraaf 4.3.1 en 4.4.2 heb gebruikt. De wetgever bedoelt dat heffing over de inkomsten en aftrek van de lasten tegen een (ongeveer) gelijk tarief plaatsvinden. In het oorspronkelijke wetsvoorstel bedroeg het a.b.-tarief 30%. Het vennootschapsbelastingtarief bedroeg destijds 30% over een winst van € 22.689 en 35% over het meerdere.

#### ***4.4.2 Globaal evenwicht***

Volgens het neutraliteitsprincipe moet een globaal evenwicht bestaan in de effectieve belastingdruk tussen de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer. Zoals uit paragraaf

---

<sup>129</sup> Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz. 198.

<sup>130</sup> Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz. 201.

4.3.1 blijkt, is de effectieve belastingdruk in deze situatie lastig vast te stellen. De nominale belastingdruk wijst uit dat het gecombineerde tarief van het aanmerkelijkbelangregime en de vennootschapsbelasting tussen 40%-43,75% bedraagt. De IB-ondernemer ervaart een nominale belastingdruk van 44,72%. De parallel met de IB-ondernemer blijft behouden als de schuldvordering op de a.b.-vennootschap in box 2 zou worden ondergebracht.

#### ***4.4.3 Tegengaan belastingontwijking***

Zonder anti-arbitragemaatregelen zullen de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen in box 3 laag worden belast. De kosten kan de vennootschap tegen een hoger tarief in aftrek brengen. De wetgever wil voorkomen dat kosten tegen een hoog tarief in aftrek worden gebracht, terwijl de opbrengsten bij de aanmerkelijk belanghouder of een met hem verbonden persoon laag zijn belast. Met de terbeschikkingstellingsregeling in box 1 gebeurt juist het omgekeerde. De opbrengsten zijn hoger belast bij de aanmerkelijk belanghouder, dan het tarief waartegen de lasten bij de vennootschap in aftrek worden gebracht. Zoals volgt uit paragraaf 4.4.1 is er een globaal evenwicht tussen de belastingheffing over de inkomsten bij de aanmerkelijk belanghouder aan de ene kant en aftrek van de lasten bij de vennootschap aan de andere kant als de schuldvordering in box 2 zou worden ondergebracht. De behandeling op basis van reële inkomensstromen blijft behouden in box 2 en er vinden geen forfaitaire bijtellingen plaats.

#### ***4.4.4 Eigen vermogen vs. vreemd vermogen***

De wetgever wil arbitrage voorkomen tussen financiering van de vennootschap met eigen vermogen of met vreemd vermogen. Zoals in paragraaf 4.3.3 reeds naar voren kwam, kan arbitrage tussen eigen vermogen en vreemd vermogen alleen worden voorkomen als rente en dividend een gelijke behandeling verdienen. Het (gematigde) klassieke stelsel dat wij in Nederland kennen, zorgt voor een ongelijke behandeling van rente en dividend in de vennootschapsbelasting. Deze ongelijkheid kan worden rechtgetrokken in de vennootschapsbelasting (aftrekzijde) of in de inkomstenbelasting (opbrengstzijde).

#### ***Aftrekbeperking in de vennootschapsbelasting***

Bij een maatregel in de vennootschapsbelasting kan worden gedacht aan een aftrekbeperking voor de terbeschikkingstellingsvergoedingen (zoals huur, rente en borgtochtvergoeding). De terbeschikkingstellingsvergoedingen worden dan in box 2 belast tegen 25% in de vorm van reguliere voordelen. Door de voordruk van de vennootschapsbelasting is de nominale

belastingdruk in dit geval 43,75%<sup>131</sup>. Voor mijn probleemstelling is van belang te weten hoe deze variant uitwerkt bij een schuldvordering. De rente op de schuldvordering kan door de aftrekbeperking niet bij de vennootschap in aftrek van de winst worden gebracht. De ontvangen rente en waardemutaties worden bij de aanmerkelijk belanghouder belast tegen 25% in box 2. De belastingdruk bij deze variant ligt lager dan de belastingdruk van 45,76%<sup>132</sup> die de aanmerkelijk belanghouder nu ervaart onder de terbeschikkingstellingsregeling.

### *Correcties in de tariefsfeer*

Vanuit de opbrengstzijde kan een variant worden aangedragen waarbij correcties plaatsvinden in de tariefsfeer in box 2. Deze variant werd aangedragen door Heithuis<sup>133</sup>. Het betreft een regeling, zoals dit in het oorspronkelijke wetsvoorstel was voorzien, met daarbij correcties in de tariefsfeer voor de inkomensbestanddelen die aftrekbaar zijn van de winst van de vennootschap, zoals rente- huur- en borgtochtvergoedingen. Voor deze inkomensbestanddelen geldt dan een hoger afwijkend tarief, dan voor de andere onder box 2 vallende inkomsten. Dit tarief kan zodanig worden bepaald dat de belastingdruk voor de aanmerkelijk belanghouder overeenstemt met de belastingdruk voor de IB-ondernemer.

### *Voorkeur van de auteurs*

Na inventarisatie van de anti-arbitragemaatregelen komt Stevens<sup>134</sup> tot de conclusie dat een correctie aan de opbrengstzijde door belastingheffing van de voordelen naar het progressieve tarief van box 1 zijn voorkeur verdient. Volgens hem is deze correctie nevensgeschikt aan een variant waarbij een progressief tarief in box 2 wordt geheven. Heithuis<sup>135</sup> vindt het winstregime passen binnen de Wet IB 2001. Echter als hij de knelpunten ziet die worden veroorzaakt door de overeenkomstige toepassing van het totaalwinstbegrip op het resultaat uit overige werkzaamheden, dan geeft Heithuis<sup>136</sup> toch de voorkeur aan een regeling in het inkomen uit aanmerkelijk belang van box 2, zoals dit in het oorspronkelijke wetsvoorstel was voorzien, met correcties in de tariefsfeer voor de inkomensbestanddelen die aftrekbaar zijn van de winst van de vennootschap, zoals rente- huur- en borgtochtvergoedingen. Dit is ook de

---

<sup>131</sup> 25% + (25% van 75%) = 43,75%.

<sup>132</sup> 52% -/-(12% van 52%) = 45,76%.

<sup>133</sup> E.J.W. Heithuis, *De meesleep- en meetrekregeling voor de aanmerkelijkbelanghouder; de laatste stand van zaken*, TFO 2000/73, par. 3 en 6.

<sup>134</sup> L.G.M. Stevens, *Meeslepende wetgeving*, WFR 2000/155, par. 8.

<sup>135</sup> E.J.W. Heithuis, *De meesleep- en meetrekregeling voor de aanmerkelijkbelanghouder; de laatste stand van zaken*, TFO 2000/73, par. 3 en 6.

<sup>136</sup> E.J.W. Heithuis, *De meesleep- en meetrekregeling voor de aanmerkelijkbelanghouder; de laatste stand van zaken*, TFO 2000/73, par. 3 en 6.



variant waar mijn voorkeur naar uitgaat. Ik vind dat deze variant beter past binnen het boxensysteem. Aandelen en winstbewijzen zitten in box 2 waardoor het logischer lijkt om de schuldvordering van de aanmerkelijk belanghouder op de vennootschap ook onder box 2 te plaatsen. Vergeleken met de variant waarbij aftrekbeperkingen gelden voor terbeschikkingstellingsvergoedingen in de vennootschapsbelasting, is de variant met correcties in de tariefsfeer aantrekkelijker, omdat bij deze variant de mogelijkheid bestaat om het tariefsopstapje zodanig vast te stellen dat een globaal evenwicht ontstaat met de belastingdruk van de IB-ondernemer. Een ander voordeel van deze variant is dat de vermogenswinsten niet samen met de vergoedingen tegen het hoge tarief worden belast. De vermogenswinsten kunnen in box 2 worden belast tegen 25%. Aan de andere kant kunnen de verstoringen alleen worden weggenomen door rente en dividend gelijk te behandelen. Op basis van de aftrekbeperking in de vennootschapsbelasting worden rente en dividend beide van aftrek uitgesloten. Hierdoor hoeven geen maatregelen in de inkomstenbelasting te worden genomen om een globaal evenwicht te creëren. Alhoewel met een tariefopstap in box 2 ook een globaal evenwicht kan worden gecreëerd.

#### ***4.4.5 Plaats binnen het boxensysteem***

Zoals in paragraaf 3.6.1 reeds ter sprake kwam, zouden ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen in box 3 worden belast als de terbeschikkingstellingsregeling niet door de wetgever was ingevoerd. Voor een belastingplichtige is terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen via box 3 het meest gunstig, omdat in box 3 belasting wordt geheven over een forfaitaire bijtelling van 4%. Belastingheffing van deze vermogensbestanddelen in box 3 is voor de Belastingdienst juist ongunstig, omdat zij hierdoor belastinginkomsten mislopen. De wetgever wil derhalve dat vermogensbestanddelen die ter beschikking worden gesteld, worden belast in box 1. Box 1 kent immers het hoogste tarief. De jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening zorgt ervoor dat de geldlening in box 2 terecht komt als de geldlening onzakelijk is. De jurisprudentie geeft een negatieve prikkel af om vreemd vermogen te verstrekken. Op grond van de jurisprudentie is een verlies immers niet aftrekbaar in box 1, als de geldlening als onzakelijk wordt gekwalificeerd. Zolang geen afwaardering van de geldlening plaatsvindt, wordt niet aan de onzakelijke geldlening toegekomen. Pas als de geldlening wordt afgewaardeerd, moet worden beoordeeld of de geldlening onzakelijk is. Indien de geldlening onzakelijk is, is de aan de aanmerkelijk belanghouder betaalde rente niet aftrekbaar van de winst. De door de aanmerkelijk belanghouder ontvangen rente wordt bij hem nog wel in de belastingheffing betrokken, omdat bij een onzakelijke geldlening nog

steeds sprake is van een lening. De jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening zorgt ervoor dat eigen vermogen en vreemd vermogen uiteindelijk gelijk worden behandeld. De onzakelijke geldlening moet, samen met de bijgeschreven rente, als informele kapitaalstorting in box 2 in aanmerking worden genomen. Het door de aanmerkelijk belanghouder verstrekte vreemd vermogen wordt als eigen vermogen behandeld, als het verlies op de geldlening definitief is. Als het verlies eenmaal definitief is, moet ook bij de schuldeiser de onzakelijke geldlening als een informele kapitaalstorting worden verwerkt. De onzakelijke geldlening krijgt dan het karakter van eigen vermogen.

#### **4.5 Deelconclusie**

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de schuldvordering die de aanmerkelijk belanghouder heeft op zijn vennootschap opgenomen onder het inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2). De schuldvordering is uiteindelijk door de wetgever overgebracht naar het resultaat uit overige werkzaamheden (box 1). Reden hiervoor is geweest:

(1) het versterken van de parallel tussen de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer. De wetgever wil de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen op dezelfde manier behandelen, ongeacht de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Volgens het neutraliteitsprincipe moet een globaal evenwicht bestaan in de effectieve belastingdruk tussen de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer. De effectieve belastingdruk is echter lastig om te bepalen. Ook zijn de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer niet met elkaar te vergelijken, omdat de IB-ondernemer geen vermogen aan zichzelf ter beschikking kan stellen.

(2) voorkomen dat de aanmerkelijk belanghouder een vermogensbestanddeel in privé aanschafft en vervolgens verhuurt aan zijn vennootschap (oftewel tegenaan van belastingontwijking). Indien de aanmerkelijk belanghouder of een met hem verbonden persoon het pand in privé aanschafft, is hij over het pand slechts belasting verschuldigd over een forfaitaire bijtelling van 4% in box 3 zonder toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling. De vennootschap kan huurkosten voor het pand in aftrek brengen van de winst tegen het vennootschapsbelastingtarief. De wetgever wil voorkomen dat kosten worden afgetrokken tegen een hoog tarief, terwijl de inkomsten aan de opbrengstzijde laag zijn belast. Door deze inkomsten te belasten onder de terbeschikkingstellingsregeling worden juist de inkomsten hoog belast bij de aanmerkelijk belanghouder of een met hem

verbonden persoon. De lasten worden in aftrek gebracht tegen een lager tarief.

(3) voorkomen van arbitrage tussen financiering van de vennootschap met eigen vermogen of met vreemd vermogen. Net als onder de Wet IB 1964 wil de wetgever dat het inkomstenbelastingtarief op rente hoger is dan het inkomstenbelastingtarief op dividend. Dit komt doordat dividend niet aftrekbaar is van de winst en rentekosten wel in aftrek kunnen worden gebracht. Het hogere inkomstenbelastingtarief op rente neemt verstoringen in de keuze tussen eigen vermogen en vreemd vermogen niet weg. Mijns inziens kunnen de verstoringen alleen worden weggenomen door een vpb-stelsel in te voeren, waarbij rentekosten en dividend een gelijke behandeling verdienen.

Argumenten om de schuldvordering onder box 2 te plaatsen zijn:

(1) De parallel met de IB-ondernemer blijft behouden als de schuldvordering op de a.b.-vennootschap in box 2 zou worden ondergebracht. De nominale belastingdruk wijst uit dat het gecombineerde tarief van het aanmerkelijkbelangregime en de vennootschapsbelasting tussen 40%-43,75% bedraagt. De IB-ondernemer ervaart een nominale belastingdruk van 44,72%.

(2) De wetgever wil voorkomen dat kosten in aftrek worden gebracht tegen een hoog tarief, terwijl de opbrengsten bij de aanmerkelijk belanghouder of een met hem verbonden persoon laag zijn belast. Als de schuldvordering in box 2 zou worden ondergebracht, kan een globaal evenwicht worden bereikt tussen de belastingheffing over de inkomsten bij de aanmerkelijk belanghouder aan de ene kant en aftrek van de lasten bij de vennootschap aan de andere kant.

(3) Op basis van het (gematigde) klassieke stelsel in Nederland worden rente en dividend in de vennootschapsbelasting verschillend behandeld. Deze ongelijkheid kan worden rechtgetrokken door in de vennootschapsbelasting (aftrekzijde) of in de inkomstenbelasting (opbrengstzijde) een anti-arbitragemaatregel in te voeren. Bij een maatregel in de vennootschapsbelasting kan worden gedacht aan een aftrekbeperking voor de terbeschikkingstellingsvergoedingen (zoals huur, rente en borgtochtvergoeding). De rente op de schuldvordering kan niet bij de vennootschap in aftrek van de winst worden gebracht. De ontvangen rente en waardemutaties worden bij de aanmerkelijk belanghouder belast. In de inkomstenbelastingsfeer kan een variant worden aangedragen waarbij correcties plaatsvinden in de tariefsfeer in box 2 voor de inkomensbestanddelen die aftrekbaar zijn van de winst van de vennootschap, zoals rente- huur- en borgtochtvergoedingen. Voor deze inkomensbestanddelen geldt dan een (hoger) afwijkend tarief, dan voor de andere box 2-inkomsten. Mijn voorkeur gaat uit naar de variant in de inkomstenbelastingsfeer, omdat ik vind dat deze variant beter past binnen het boxensysteem. Bij deze variant bestaat de

mogelijkheid om het tariefopstapje zodanig vast te stellen dat een globaal evenwicht ontstaat met de belastingdruk van de IB-ondernemer. Ook kunnen bij deze variant de vermogenswinsten tegen een ander (lager) tarief worden belast dan de vergoedingen.

(4) Voor een belastingplichtige is terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen via box 3 het meest gunstig, de Belastingdienst loopt dan echter belastinginkomsten mis. Voor de Belastingdienst is heffing in box 1 het meest gunstig, omdat box 1 het hoogste tarief heeft. De jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening geeft een negatieve prikkel af om vreemd vermogen te verstrekken. Op grond van de jurisprudentie is een verlies immers niet aftrekbaar, als de geldlening onzakelijk is. Zolang geen afwaardering van de geldlening plaatsvindt, wordt niet aan de onzakelijke geldlening toegekomen. Pas als de geldlening wordt afgewaardeerd, moet worden beoordeeld of de geldlening onzakelijk is. Indien de geldlening onzakelijk is, is de aan de aanmerkelijk belanghouder betaalde rente niet aftrekbaar van de winst. De door de aanmerkelijk belanghouder ontvangen rente wordt wel in de belastingheffing betrokken. De jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening zorgt ervoor dat eigen vermogen en vreemd vermogen uiteindelijk gelijk worden behandeld. De onzakelijke geldlening moet, samen met de bijgeschreven rente, als informele kapitaalstorting in aanmerking worden genomen. Het door de aanmerkelijk belanghouder verstrekte vreemd vermogen wordt als eigen vermogen behandeld, als het verlies op de geldlening definitief is. Als het verlies eenmaal definitief is, moet ook bij de schuldeiser de onzakelijke geldlening als een informele kapitaalstorting worden verwerkt. De verstrekte geldlening wordt dan in principe eigen vermogen.

## Hoofdstuk 5. Conclusie

### 5.1 Samenvatting

De terbeschikkingstellingregeling is in de wet opgenomen om de fiscale transparantie voor ondernemers die hun onderneming drijven door tussenkomst van een besloten vennootschap te vergroten en ongewenste vormen van belastingarbitrage te voorkomen. De wetgever heeft de terbeschikkingstellingregeling geplaatst in box 1 onder het resultaat uit overige werkzaamheden. Voor de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij het winstregime. Het totaal winstbegrip en goed koopmansgebruik zijn van toepassing.

Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad het eerste onzakelijke geldleningarrest in de terbeschikkingstellingsfeer gewezen waarin de aftrek van het verlies werd geweigerd, omdat belanghebbende een debiteurenrisico had aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. De Hoge Raad oordeelt in navolging van het Hof dat belanghebbende het risico heeft aanvaard op grond van aandeelhoudersmotieven, waardoor het verlies onzakelijk is. Naar mijn mening kan de inspecteur bij een verlies op een geldlening altijd aanvoeren dat de geldlening is verstrekt op grond van aandeelhoudersmotieven, omdat in dergelijke situaties steeds sprake is van een dubbele relatie tussen de aandeelhouder en zijn vennootschap. De wetgever heeft de bepalingen van de totaalwinst van overeenkomstige toepassing verklaart in de terbeschikkingstellingsfeer. Uit HR 25 januari 2008, nr. 43 929, BNB 2008/61 volgt dat de IB-ondernemer en de terbeschikkingsteller niet gelijk zijn. Op grond van het gelijkheidsbeginsel (artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM) mogen ongelijke gevallen proportioneel ongelijk worden behandeld. Het verschil tussen de IB-ondernemer en de terbeschikkingsteller zit er in dat in de winstsfeer sprake is van ondernemingsvermogen en privévermogen, terwijl in de terbeschikkingstellingsfeer alleen sprake kan zijn van resultaatsvermogen. Het afwaarderingsverlies kan in de terbeschikkingstellingsfeer derhalve niet buiten het resultaatsvermogen vallen, ook al wordt onzakelijk gehandeld. De probleemstelling die ik heb onderzocht in mijn scriptie, luidt:

*“Geeft de recente jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening argumenten om de geldlening verstrekt door de aanmerkelijk belanghouder aan zijn vennootschap of door een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon, niet langer onder de terbeschikkingstellingsregeling te plaatsen, maar onder box 2 als inkomen uit aanmerkelijk belang?”*

De probleemstelling heb ik onderzocht aan de hand van de volgende deelvragen:

- Wanneer wordt een geldlening gekwalificeerd als onzakelijk?
- Welke problemen spelen bij de toepassing van de bepalingen van de totaalwinst op de terbeschikkingstellingsregeling?
- Waarom is bij invoering van de Wet IB 2001 ervoor gekozen om de schuldvordering tussen een aanmerkelijk belanghouder en zijn vennootschap onder te brengen in box 1 in plaats van box 2?
- Wat zijn thans de argumenten om de schuldvordering tussen een aanmerkelijk belanghouder en zijn vennootschap in box 2 onder te brengen?

Deze deelvragen zullen hierna worden uitgewerkt om tot een antwoord op de probleemstelling te komen.

### ***Wanneer wordt een geldlening gekwalificeerd als onzakelijk?***

De civielrechtelijke vormgeving van een geldlening is beslissend voor de vraag of een geldverstrekking ook fiscaal als een geldlening kwalificeert. Drie uitzonderingen hierop zijn de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. Bij de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening is bij aanvang van de geldlening duidelijk dat sprake is van een kapitaalverstrekking en wordt vanaf het begin behandeld als eigen vermogen. De onzakelijke lening blijft fiscaal een geldlening. Er is sprake van een onzakelijke lening wanneer een aandeelhouder van een vennootschap aan die vennootschap een geldlening verstrekt en daarbij een debiteurenrisico aanvaardt dat een derde, niet zijnde aandeelhouder van die vennootschap, niet zou hebben aanvaard. Ook niet tegen een hogere rente. Behoudens bijzondere omstandigheden, wordt ervan uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico heeft aanvaard om het belang van haar aandeelhouder te dienen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de kwalificatie van de lening als onzakelijk niet aan de overeengekomen voorwaarden moeten worden gekoppeld. Of een lening als onzakelijk wordt aangemerkt, hangt voornamelijk ervan af of de inspecteur erin slaagt om te bewijzen of en in hoeverre de lening onzakelijk is. Op het moment van aangaan van de lening moet worden beoordeeld of de lening zakelijk is dan wel of de lening kan worden verzakelijkt door aanpassing van de rente. Hierbij mag de rente niet winstafhankelijk worden. Indien de inspecteur erin slaagt om te bewijzen dat de aanmerkelijkbelanghouder onzakelijk heeft gehandeld, dan kan het verlies op de onzakelijke lening niet ten laste van het resultaat in box 1 worden gebracht. Het nalaten van handelingen (zoals het niet benutten van de gestelde zekerheden) kan er toe leiden dat een zakelijke lening verandert in een onzakelijke lening. Als

de lening onzakelijk is, kan het verlies op de lening niet ten laste van de winst worden gebracht, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Een bijzondere omstandigheid doet zich voor indien het aandeelhouderschap uit de verstrekking van de geldlening, voortvloeit. Een bijzondere omstandigheid heeft als gevolg dat het verlies op de onzakelijke geldlening toch ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Is geen bijzondere omstandigheid aanwezig, dan kan de onzakelijke geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Het bedrag van het verlies wordt dan bij de aanmerkelijk belanghouder in box 2 als een informele kapitaalstorting in aanmerking genomen. De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang moet dan met het bedrag van de informele kapitaalstorting worden verhoogd.

***Welke problemen spelen bij de toepassing van de bepalingen van de totaalwinst op de terbeschikkingstellingsregeling?***

Onder een werkzaamheid wordt mede verstaan het rendabel maken van vermogensbestanddelen voor zover deze vermogensbestanddelen al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite, direct of indirect ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon, een aanmerkelijk belang heeft. Het aangaan of hebben van een schuldvordering wordt gelijkgesteld met het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen. Het resultaat uit overige werkzaamheden is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, met een werkzaamheid worden behaald (artikel 3.94 Wet IB 2001). Het resultaat wordt overeenkomstig het totaalwinstbegrip bepaald. Alle positieve en negatieve voordelen kunnen aan het resultaat worden toegerekend waardoor de vermogenswinsten zijn belast en de verliezen ten laste van het resultaat kunnen worden gebracht. Onzakelijke handelingen moeten uit het resultaat worden geëlimineerd. De gemaakte kosten en lasten komen, rekening houdend met de aftrekbeperkingen, in mindering op het resultaat. Doordat het totaalwinstbegrip geldt, kan bij een borgstelling of zekerheidstelling een voorziening worden gevormd als een verplichting ontstaat tegenover derden. De fiscale reserves, zoals de kostenegalisatiereserve en de herinvesteringsreserve zijn ook van toepassing voor de terbeschikkingsteller. De terbeschikkingsteller heeft geen recht op objectieve vrijstellingen (met uitzondering van de kwijtscheldingswinstvrijstelling en de terbeschikkingstellingsvrijstelling), willekeurige afschrijvingen, de investeringsaftrek en de ondernemersaftrek. Het belang van deze ondernemersfaciliteiten is ook niet groot bij het verstrekken van een geldlening. De kring van verbonden personen kan worden onderverdeeld in een kleine kring van verbonden personen en een grote kring van verbonden personen. De

kleine kring van verbonden personen wordt ongeacht de overeengekomen voorwaarden in box 1 belast voor het vermogen dat zij aan de vennootschap ter beschikking stelt. De jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening zorgt ervoor dat de geldlening verstrekt aan de vennootschap door een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon uit de kleine kring slechts ten laste van het resultaat kan worden gebracht als de geldlening zakelijk is. Als de geldlening onzakelijk is, kan het verlies op de geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Het verlies moet in dit geval als informele kapitaalstorting in aanmerking worden genomen en verhoogd de verkrijgingsprijs van de aandelen. Deze uitwerking van de jurisprudentie op de onzakelijke geldlening geeft problemen indien de echtgenoten gaan scheiden en de geldlening onzakelijk is. De ex-echtgenote zit dan met een verlies op de geldlening dat zij niet als informele kapitaalstorting in box 2 in aanmerking kan nemen, omdat zij geen aandelen heeft in de vennootschap en ook geen verbonden persoon meer is van de man. Bij de grote kring van verbonden personen wordt het aangaan of hebben van een schuldvordering slechts onder box 1 belast als sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Indien geen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling, dan valt de schuldvordering in box 3. Op basis de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening kan een verlies op de geldlening alleen ten laste van het resultaat in box 1 worden gebracht als de geldlening zakelijk is. Als de geldlening onzakelijk is, kan het verlies op de geldlening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Het verlies moet als informele kapitaalstorting in box 2 in aanmerking worden genomen. Het verlies verhoogt dan de verkrijgingsprijs van de aandelen. Een verbonden persoon uit de grote kring heeft zelf geen aandelen in de vennootschap. Het door de verbonden persoon geleden verlies kan dan niet in box 2 in aanmerking worden genomen waardoor het verlies verloren gaat. De problemen die spelen bij een niet aftrekbaar verlies voor de ex-echtgenote en verbonden persoon, kunnen worden opgelost door een dergelijke situatie als een bijzondere omstandigheid aan te merken. De geldlening blijft hierdoor onzakelijk, maar het verlies kan ten laste van het resultaat worden gebracht.

***Waarom is bij invoering van de Wet IB 2001 ervoor gekozen om de schuldvordering tussen een aanmerkelijk belanghouder en zijn vennootschap onder te brengen in box 1 in plaats van box 2?***

De schuldvordering is door de wetgever in box 1 ondergebracht, omdat dit de parallel tussen de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer verder zou versterken. Volgens het neutraliteitsprincipe moet een globaal evenwicht bestaan in de effectieve belastingdruk tussen



de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer. De effectieve belastingdruk is moeilijk vast te stellen, omdat dit mede afhangt van het loon dat de aanmerkelijk belanghouder ontvangt uit de vennootschap. De aanmerkelijk belanghouder, die een geldlening verstrekt aan zijn vennootschap kan ook niet met de IB-ondernemer worden vergeleken, omdat de IB-ondernemer geen vermogen aan zichzelf ter beschikking kan stellen. Een andere argument om de schuldvordering in box 1 onder te brengen, is het tegengaan van belastingontwijking. Als een aanmerkelijk belanghouder of een met hem verbonden persoon een pand in privé aanschafft en verhuurt aan de vennootschap, is hij over het pand slechts belasting verschuldigd over een forfaitaire bijtelling van 4% in box 3, terwijl de vennootschap huurkosten voor het pand in aftrek kan brengen van de winst tegen het vennootschapsbelastingtarief. De wetgever wil voorkomen dat kosten worden afgetrokken tegen een hoog tarief, terwijl de opbrengsten aan de andere zijde laag zijn belast.

Het derde argument die de wetgever aandraagt, is het voorkomen van arbitrage tussen financiering van de vennootschap met eigen vermogen dan wel met vreemd vermogen. Arbitrage tussen financiering van de vennootschap met eigen vermogen of met vreemd vermogen wordt veroorzaakt doordat in de vennootschapsbelastingsfeer dividenden niet aftrekbaar zijn van de winst en rentekosten wel aftrekbaar zijn. De wetgever probeert de verstoringen in de keuze tussen eigen vermogen en vreemd vermogen weg te nemen door een hogere inkomstenbelastingtarief op rente toe te passen. De verstoringen kunnen alleen worden weggenomen door een vpb-stelsel in te voeren waarbij rentekosten en dividend een gelijke behandeling verdienen.

***Wat zijn thans de argumenten om de schuldvordering tussen een aanmerkelijk belanghouder en zijn vennootschap in box 2 onder te brengen?***

Zoals uit voorgaande deelvraag blijkt, heeft de wetgever drie argumenten gegeven waarom hij de schuldvordering verstrekt door de aanmerkelijk belanghouder aan zijn vennootschap heeft ondergebracht in box 1. Dezelfde drie argumenten kunnen ook worden aangevoerd voor onderbrenging van de schuldvordering in box 2. Het gecombineerde tarief van 40%-43,75% voor de aanmerkelijk belanghouder komt ongeveer overeen met het nominale tarief van 44,72% dat geldt voor de IB-ondernemer waardoor de parallel met de IB-ondernemer blijft behouden als de schuldvordering in box 2 wordt ondergebracht. Het tegengaan van belastingontwijking kan ook worden bewerkstelligt door de schuldvordering op de a.b.-

vennootschap in box 2 onder te brengen. Er vinden immers geen forfaitaire bijtellingen plaats in box 2. De wetgever wil voorkomen dat kosten in aftrek worden gebracht tegen een hoog tarief, terwijl de opbrengsten bij de aanmerkelijk belanghouder of een met hem verbonden persoon laag zijn belast. Als de schuldvordering in box 2 zou worden ondergebracht, kan een globaal evenwicht worden bereikt tussen de belastingheffing over de inkomsten bij de aanmerkelijk belanghouder of de verbonden persoon aan de ene kant en aftrek van de lasten bij de vennootschap aan de andere kant. In de vennootschapbelasting worden, als gevolg van het (gematigde) klassieke stelsel rente en dividend verschillend behandeld. Deze ongelijkheid kan worden weggenomen met anti-arbitragemaatregelen. Hierbij kan worden gedacht aan een aftrekbeperking voor de terbeschikkingstellingsvergoedingen (zoals huur, rente en borgtochtvergoeding) in de vennootschapsbelasting. In de inkomstenbelastingsfeer kan worden gedacht aan een correctie in de tariefsfeer in box 2 voor de inkomensbestanddelen die aftrekbaar zijn van de winst van de vennootschap, zoals rente- huur- en borgtochtvergoedingen. Voor een belastingplichtige is terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen via box 3 het gunstigst, terwijl voor de Belastingdienst heffing in box 1 het meeste geld oplevert. De jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening geeft een negatieve prikkel af om vreemd vermogen te verstrekken. Als de geldlening onzakelijk is, is een verlies op de geldlening niet aftrekbaar. Er wordt pas aan de onzakelijke geldlening toegekomen, als de geldlening wordt afgewaardeerd. Indien de geldlening onzakelijk is, is de rente niet aftrekbaar van de winst. De rente wordt wel belast bij de aanmerkelijk belanghouder. Naar aanleiding van de jurisprudentie worden eigen vermogen en vreemd vermogen uiteindelijk gelijk behandeld. Het verlies moet als informele kapitaalstorting in aanmerking worden genomen. Het door de aanmerkelijk belanghouder verstrekte vreemd vermogen wordt als eigen vermogen behandeld, als het verlies op de geldlening definitief is. Als het verlies definitief is, moet de schuldeiser het verlies ook als een informele kapitaalstorting verwerken. De onzakelijke geldlening krijgt dan het karakter van eigen vermogen.

Tot slot heb ik de argumenten op een rijtje gezet en gewaardeerd. Een plus betekent dat het argument van belang is, maar dat het argument niet doorslaggevend is. Een argument met twee plussen is een argument waar veel gewicht aan moet worden toegekend.

<b>Argumenten</b>	<b>Waardering</b>
Globaal evenwicht	+ +
Tegengaan van belastingontwijking	+
Gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen	+ +
Plaats in het boxensysteem	+

Ik ken het meeste gewicht toe aan het globaal evenwicht tussen de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer en de gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.

## **5.2 Conclusie**

Indien de geldverstrekking niet kan worden aangemerkt als een schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening, is de geldverstrekking fiscaal een lening. Bij een lening is de rente aftrekbaar van de winst in de vennootschapbelasting. De ontvangen rente wordt bij de aanmerkelijk belanghouder belast. De onzakelijke lening blijft fiscaal kwalificeren als een geldlening. Er wordt alleen toegekomen aan de onzakelijkheid van een geldlening als de lening wordt afgewaardeerd. Er is sprake van een onzakelijke lening wanneer een aandeelhouder van een vennootschap aan die vennootschap een geldlening verstrekt en daarbij een debiteurenrisico aanvaardt dat een derde, niet zijnde aandeelhouder van die vennootschap, niet zou hebben aanvaard. Als de geldlening zakelijk is, kan een verlies ten laste van het resultaat in box 1 worden gebracht. Is de geldlening onzakelijk, dan kan het verlies niet ten laste van het resultaat worden gebracht, tenzij sprake is van een bijzondere omstandigheid. Als de geldlening onzakelijk is en het verlies op de geldlening definitief is, kwalificeert de geldverstrekking als eigen vermogen. Eigen vermogen en vreemd vermogen worden dan gelijk behandeld. Het belang van de jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening wordt kleiner als de schuldvordering ex artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 in box 2 wordt ondergebracht. Indien de geldlening onzakelijk is, is het afwaarderingsverlies ook in box 2 niet aftrekbaar. Het verlies wordt als informele kapitaalstorting aangemerkt en verhoogt de verkrijgingsprijs van de aandelen. Het enige nadeel dat de uitwerking van de jurisprudentie nog heeft, is dat het verlies pas bij verkoop van de aandelen of bij liquidatie van de vennootschap kan worden vergolden bij een onzakelijke geldlening. Als de geldlening in box 2 zakelijk is, kan het verlies wel direct in aanmerking worden genomen. Ik ben overigens ervan uitgegaan dat een soort van semi-winstregime geldt voor de schuldvordering in box 2. Bij dit semi-winstregime zijn de bepalingen van de

totaalwinst van toepassing. De ondernemersfaciliteiten waren niet van belang voor de verstrekker van een geldlening. Deze zijn in box 2 ook niet van toepassing.

Voor de verbonden personen die in box 2 worden belast voor de aan de vennootschap verstrekte geldlening, kan in de wet een bepaling worden opgenomen, die zegt dat de verbonden persoon door het aanmerkelijk belang van de echtgenoot, partner of ander familielid wordt meegetrokken in het aanmerkelijkbelangregime. Indien bij de verbonden persoon een verlies optreedt, kan het verlies in box 2 worden genomen als de geldlening zakelijk is. Als de geldlening onzakelijk is, treedt het probleem op dat de verbonden persoon geen aandelen heeft in de vennootschap. Dit zou in deze situatie ook als een bijzondere omstandigheid kunnen worden gezien. De problemen die optreden bij de met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon onder de terbeschikkingstellingsregeling in box 1, spelen nog steeds als de schuldvordering in box 2 zit. Voor de verbonden persoon maakt het dus niet uit of deze wordt ondergebracht in box 1 dan wel in box 2. In verband met het globaal evenwicht tussen de belastingheffing bij de verbonden persoon van de aanmerkelijk belanghouder en de verbonden persoon van de IB-ondernemer, is het wellicht wel wenselijker om de met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon onder de terbeschikkingstellingsregeling in box 1 te laten.

Bij de schuldvordering ex artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, ten eerste Wet IB 2001 verstrekt door de aanmerkelijk belanghouder is, in het kader van de uitwerking van de jurisprudentie op de gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen, gewenst om de schuldvordering in box 2 onder te brengen. Het globaal evenwicht tussen de aanmerkelijk belanghouder en de IB-ondernemer wordt dan echter verstoord. Dit kan worden hersteld door een aftrekbeperking in de vennootschapsbelasting of met een correctie in de tariefsfeer in box 2 voor de vergoedingen ontvangen door een aanmerkelijk belanghouder.

De recente jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening geeft dus wel argumenten om de geldlening verstrekt door de aanmerkelijk belanghouder aan zijn vennootschap onder box 2 als inkomen uit aanmerkelijk belang te brengen. Voor een met de aanmerkelijk belanghouder verbonden persoon geeft de recente jurisprudentie omtrent de onzakelijke geldlening geen argumenten om de door de verbonden persoon verstrekte geldlening in box 1 of in box 2 onder te brengen.

## Literatuurlijst

### Boeken

- P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Kluwer, Deventer, 2012
- R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Fiscale Monografieën nr. 103, Kluwer, Deventer, 2002
- A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale Monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993
- E.J.W. Heithuis, *Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen*, Fiscale Monografieën nr. 89, Kluwer, Deventer, 1999
- E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, FED Fiscale Studieserie nr. 35, Deventer, Kluwer, 2012 (achtste herziene druk)
- G. Th. Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, Deventer, 2012
- A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren*, SDU Fiscale en Financiële uitgevers, Amersfoort, 2007 (tweede druk)
- F.G.F. Peeters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Fiscale Monografieën nr. 123, Kluwer, Deventer, 2007
- A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijk belangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, FED Fiscale brochures, Kluwer, Deventer, 2000 (zevende druk)
- L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Theorieboek, Deventer, Kluwer, 2009 (vijfentwintigste geheel herziene druk)
- J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Kluwer, Deventer, 2012

### Artikelen

- P.G.H. Albert, *Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar?*, WFR 2008/1226
- A.J. van den Bos, *Het wettelijk systeem?*, NTFR 2012/838
- J.A.G. van Es, *Afweging bv of eenmanszaak; tendens in de tijd*, TFO 2007/94

- J. Ganzeveld en H. Hoeve, *Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever*, NTFR 29 december 2011
- E.J.W. Heithuis, *De meesleep- en meetrekregeling voor de aanmerkelijkbelanghouder; de laatste stand van zaken*, TFO 2000/73
- N.M. Ligthart, *De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!*, NTFR-B 2012/6
- P.J.J.M. Peeters, *De 'onzakelijke lening' bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! – Deel 1 Openstaande rechtsvragen*, WFR 2010/6884
- P.J.J.M. Peeters, *Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord door de Hoge Raad?!*, WFR 2012/153
- R. Snoeij en L. Wagenaar, *Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekkingen*, NTFR 2011/2761
- L.G.M. Stevens, *Meeslepende wetgeving*, WFR 2000/155

## **Jurisprudentie**

### ***Hoge Raad***

- HR 18 mei 1949, nr. B 8648
- HR 3 november 1954, BNB 1954/357
- HR 29 juni 1955, nr. 12 404, BNB 1955/302
- HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217
- HR 10 maart 1993, nr. 28 327, BNB 1993/143
- HR 18 oktober 1995, nr. 30 643, BNB 1996/189
- HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208
- HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409
- HR 24 mei 2002, nr. 37 071, BNB 2002/231
- HR 29 november 2002, nr. C01/011 HR, LJN AE7005, NJ 2003, 50
- HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104
- HR 25 januari 2008, nr. 43 929, BNB 2008/61 (met noot van P.G.H. Albert)
- HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191
- HR 15 januari 2010, nr. 08/03923, BNB 2010/100

- HR 25 november 2011, nr. 08/05323, LJV BN3442, BNB 2012/37 (met noot van P.G.H. Albert)
- HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38
- HR 25 november 2011, nr. 10/05394, BNB 2012/78
- HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, LJV BV8175, BNB 2012/132
- HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, LJV BV8199, BNB 2012/133
- HR 9 maart 2012, nr. 10/03641, BNB 2012/188
- HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, LJV BP8068, BNB 2012/79 (met noot van E.J.W. Heithuis)
- HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11
- HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, LJV BW1971
- HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, NTFR 2013/995

### ***Gerechtshoven***

- Hof Arnhem, 15 maart 2011, nr. 10/00153 en 10/00154, LJV BP9849
- Hof Arnhem 4 december 2012, nr. 12/00120, NTFR 2013/739
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, nr. 12/00019, V-N 2013/20.12

### ***Rechtbanken***

- Rechtbank Haarlem 3 oktober 2005, nr. 05/0309 en 05/0312, BNB 2008/61

### **Kamerstukken**

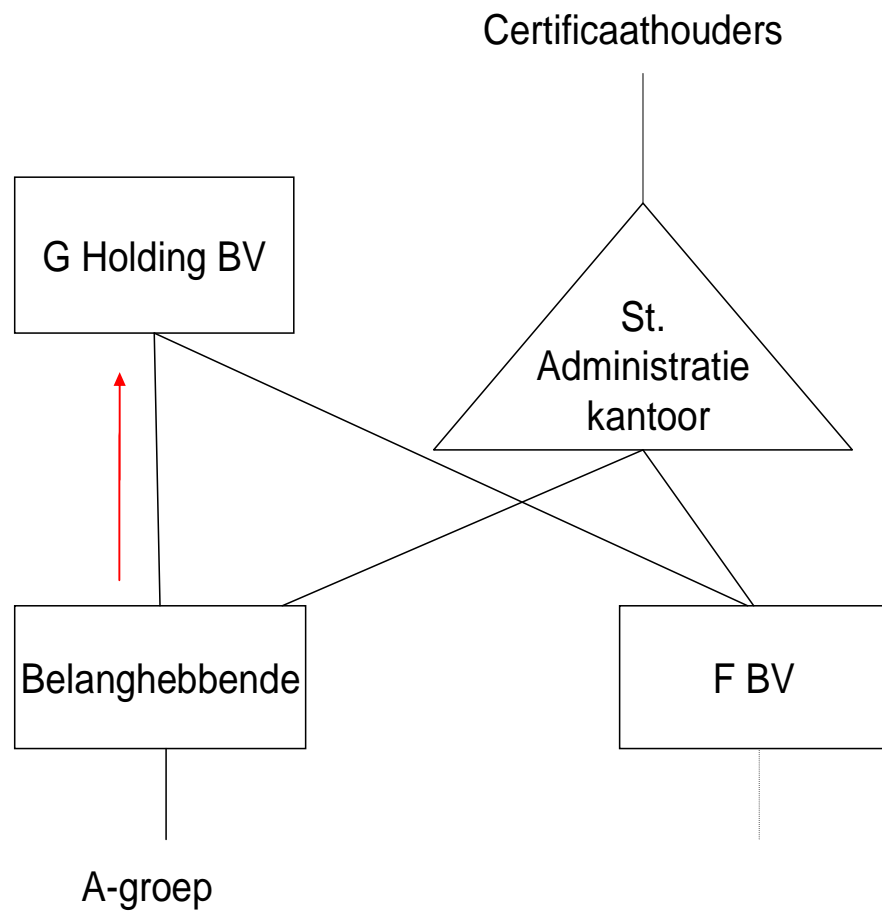
- Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3
- Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7
- Kamerstukken II, 1999/2000, 26 727, nr. 17
- Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 89.
- Kamerstukken I 1999/2000, 26 727, nr. 202a
- Kamerstukken II, 2000/2001, 27 466, nr. 3
- Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 4
- Kamerstukken II 2008/2009, 31 705, nr. 19

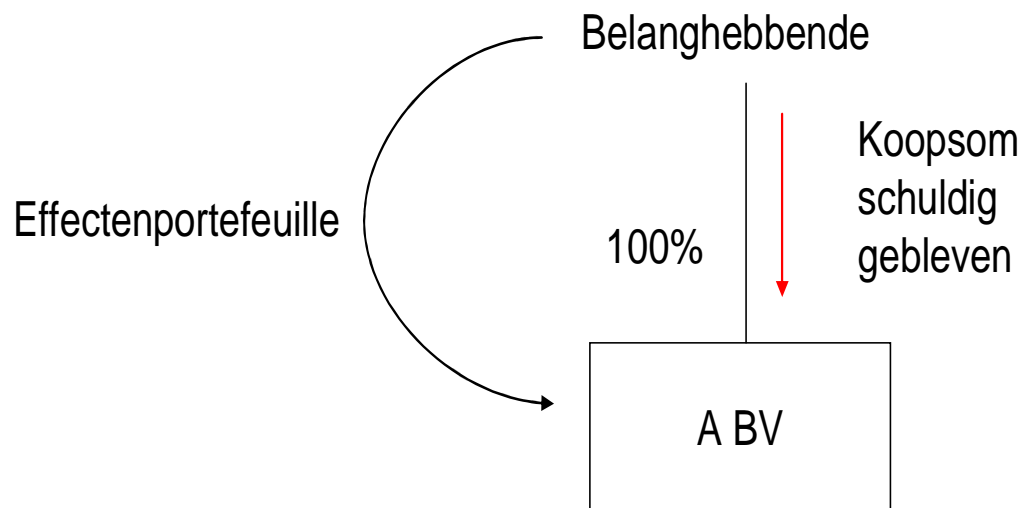
### **Overige bronnen**

- Aantekening redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2011/63.10
- Aantekening redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2013/20.12
- Besluit van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33
- Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26
- Conclusie A-G Niessen van 24 februari 2011, nr. 10/03654, LJV BP8068, BNB 2012/79
- Conclusie A-G Niessen van 24 februari 2011, nr. 10/04588, LJV BP8952, V-N 2011/29.15
- Conclusie A-G Wattel van 29 maart 2012, nr. 11/03249, LJV BW1971
- <http://nl.wiktionary.org/wiki/subrogatie>
- Vakstudie Inkomstenbelasting, commentaar op artikel 3.92 Wet IB 2001 (aantekening 5)
- Vakstudie Inkomstenbelasting, commentaar op artikel 3.92 Wet IB 2001 (aantekening 8)

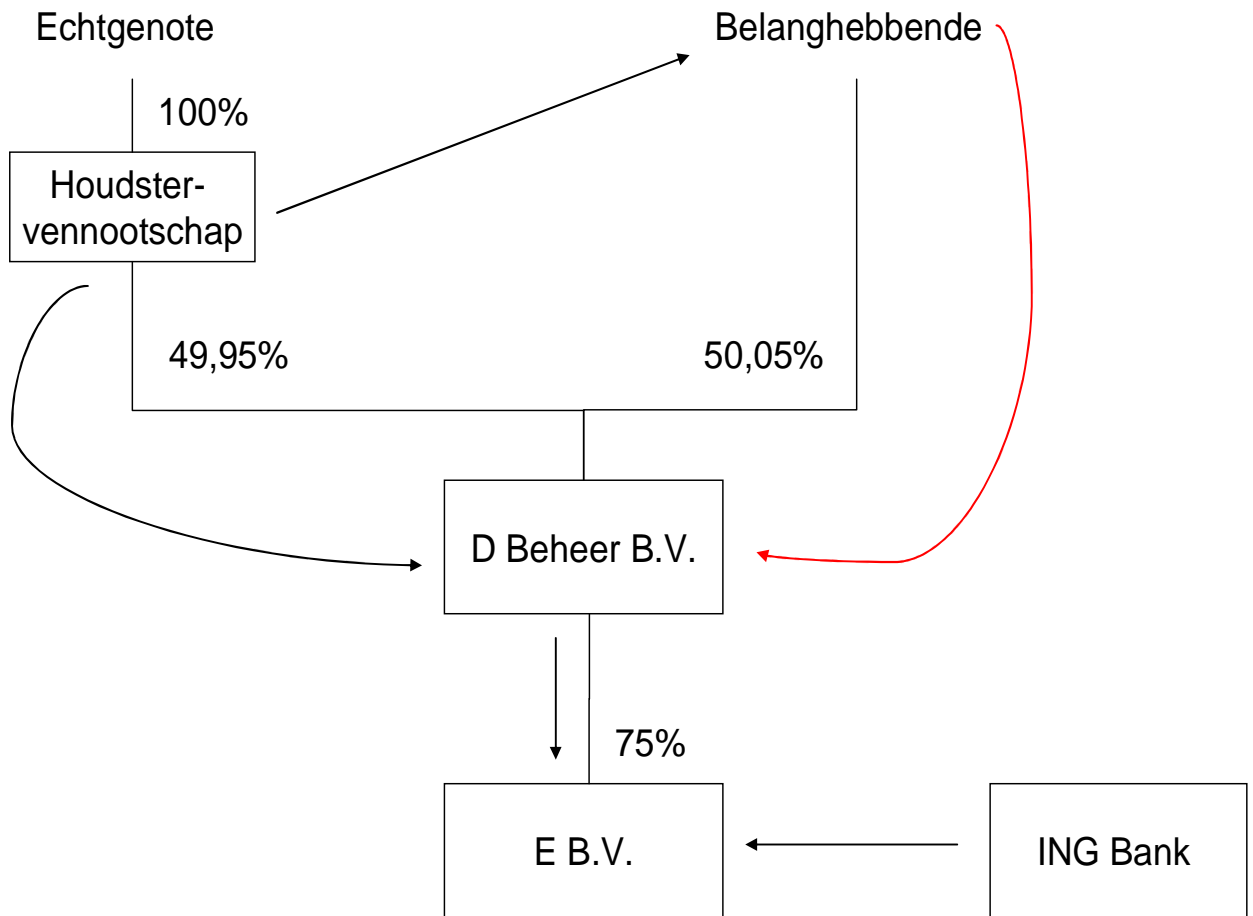


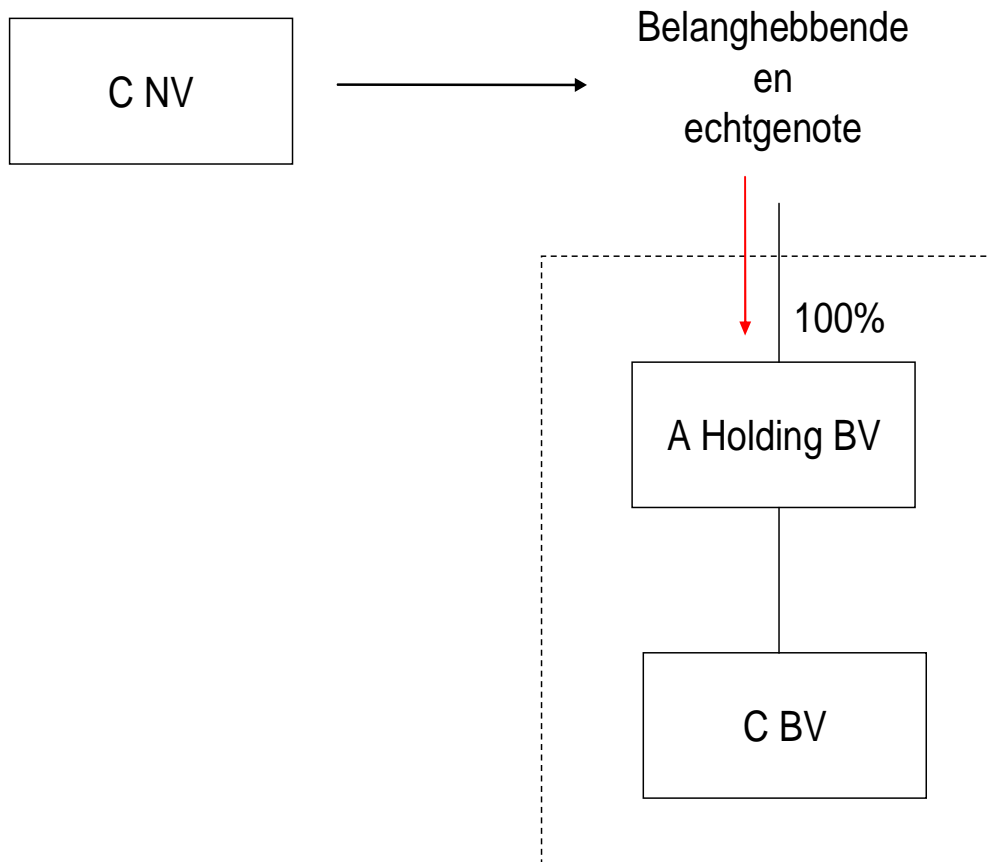
# **Bijlagen**

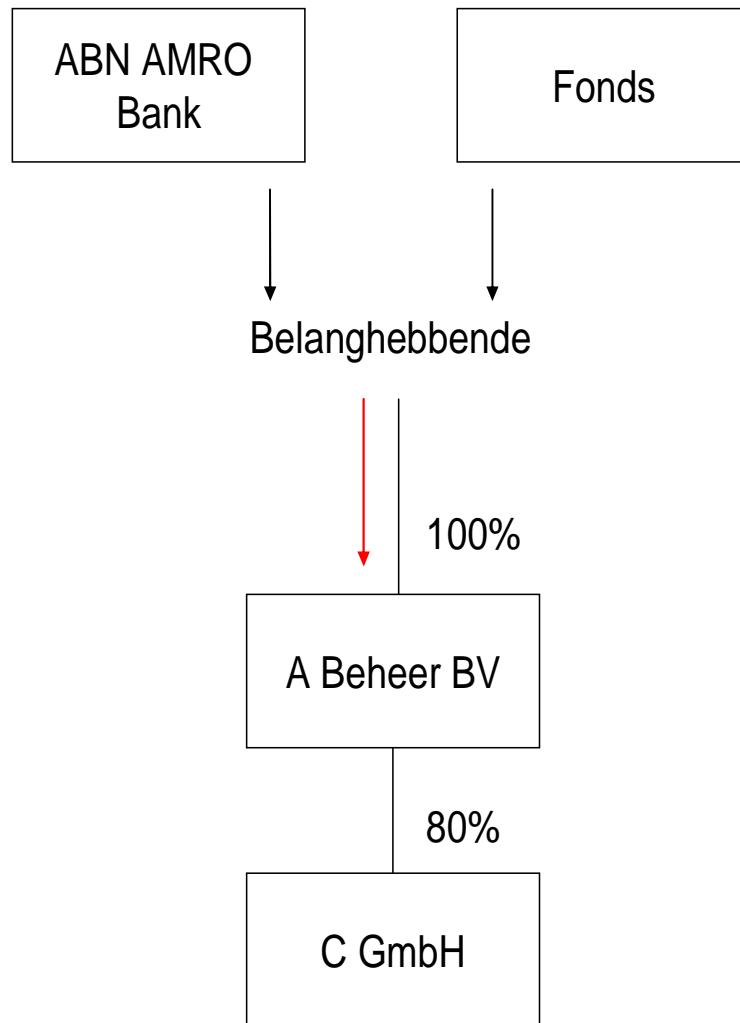




Bijlage III: HR 25 november 2011, nr. 10/05394, BNB 2012/78







**Bijlage VI: HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/133**

