

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

De winstbepalingsvraagstukken van de onzakelijke lening

Auteur: Shanna Cai

Opleiding: Bachelor Fiscale Economie

Studentnummer: 343956

Begeleider: drs. M. Nieuweboer

Datum: 30 juli 2013

Voorwoord

Geachte lezer,

Ter afronding van mijn bachelor Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit ben ik in juni 2013 begonnen met het schrijven van mijn scriptie. Als onderwerp heb ik de onzakelijke lening gekozen. Voor het vak Vennootschapsbelasting A heb ik reeds eerder onderzoek gedaan naar de onzakelijke lening, maar vanwege de beknoptheid ervan was ik genoodzaakt me te beperken tot een oppervlakkig onderzoek. Dit liet velen onbeantwoorde vragen bij me achter wat ertoe heeft geleid dat ik heb besloten mijn bachelor scriptie daaraan verder te wijden. Ook omdat dit onderwerp zeer actueel is, vind ik het heel interessant om mij hierin te verdiepen.

Al met al heb ik veel geleerd tijdens mijn studie en hoop ik alle opgedane kennis straks in de praktijk te kunnen brengen. Hierbij zou ik graag de heer M. Nieuweboer willen danken voor de begeleiding en het vergaren van informatie tijdens het schrijven van mijn scriptie, waardoor een helder en gestructureerde basis geschetst werd, waar ik op verder kon bouwen. Zijn academische kennis, hulp en opmerkingen waren zeer waardevol. Ook wil ik mijn ouders en vrienden bedanken voor alle aanmoediging. Als laatste wil ik mijn goede vriendin Esther bedanken voor het nalezen voor mijn scriptie.

Den Haag, 30 juli 2013

Shanna Cai

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	1
1.1 Inleiding.....	1
1.2 Probleemstelling	2
1.3 Verantwoording van de opzet	2
1.4 Afbakening	2
Hoofdstuk 2 De kwalificatie van de onzakelijke lening	3
2.1 Het totaalwinst begrip.....	3
2.2 Het at arm's-length beginsel	4
2.3 BNB 2008/191	4
2.4 De 25 november 2011 arresten	5
2.4.1 BNB 2012/37	5
2.4.2 BNB 2012/38	7
2.4.3 BNB 2012/78	7
2.5 Het 1 maart 2013 arrest	8
2.6 Het 15 maart 2013 arrest	8
2.7 Overige jurisprudenties.....	9
2.8 Tussenconclusie en samenhang tussen arresten	10
2.9 Onduidelijkheden.....	11
2.9.1 lening omhoog geldt ook voor lening omlaag?.....	11
2.9.2 Waar ligt de grens tussen een winstdelende en een niet-winstdelende rente.....	11
2.9.3 Het handelen op een zakelijk manier.....	12
Hoofdstuk 3 In hoeverre wordt de rente tot de winst gerekend voorafgaand aan de afwaardering?	13
3.1 De hoofdregel.....	13
3.2 Toepassingsvraagstukken	14
3.2.1 Borg met weinig toegevoegde waarde.....	14
3.2.2 Schuldig gebleven rente	15
3.2.3 Lening aan de buitenlandse dochter	16
3.3 Conclusie	17
Hoofdstuk 4 In hoeverre wordt de rente tot de winst gerekend na aan de afwaardering?	18
4.1 Moet de rente in aanmerking worden genomen?	18

4.2 Eerdere jurisprudenties als houvast.....	19
4.2.1 Het Zweedse grootmoeder arrest	20
4.2.2 De nieuwe kosten arresten	20
4.2.3 Het Fokker II arrest.....	21
4.2.4 Het 15 maart-arrest.....	21
4.3 Analyse	21
4.4 Conclusie	23
Hoofdstuk 5 Eindconclusie.....	24
Literatuurlijst	27

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Inleiding

Vanwege de huidige economische crisis worden er door banken maatregelen genomen om een faillissement te voorkomen. De bereidwilligheid van banken om geld uit te lenen is als gevolg hiervan sterk gedaald. Ondernemers zijn daardoor vaker genoodzaakt om zichzelf van liquide middelen te voorzien binnen de eigen concernverhouding of tussen gelieerde partijen. Daarbij wordt vaak nauwelijks om zekerheid gevraagd. Het verstrekken van geld kan op twee manieren gebeuren, namelijk door een derde of een gelieerde partij. Fiscaal wordt hier een onderscheid in gemaakt.

Op grond van het totaalwinstbepaling zijn rentelasten van het vreemd vermogen, in tegenstelling tot de rentevergoedingen voor het verstrekken van het eigen vermogen (dividend), aftrekbaar van de winst. Hierdoor ontstaat er dus vooral een prikkel om met vreemd vermogen te financieren. Echter enige oplettendheid is hier wel vereist, want indien een lening is verstrekt aan een gelieerde partij onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat hiermee een risico wordt aanvaard wat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd, kan de lening als onzakelijk worden aangemerkt. Er zijn twee onzakelijke aspecten die vaak voorkomen, namelijk: een onzakelijke rentevergoeding of onvoldoende zekerheid. De vraag rijst dan hoe wij dienen om te gaan met de rente vanwege deze onzakelijkheid. De problematiek rondom de rente wordt groter als de lening onvolwaardig is geworden vanwege de slechte financiële positie waarin de schuldenaar zich bevindt. Over welke bedrag dient er rente in aanmerking te worden genomen? Vaak zien we ook in de praktijk dat de verschuldigde rente uiteindelijk niet betaald wordt. Hoe zullen we daarmee omgaan?

In de laatste jaren zijn er veel arresten geweest met betrekking tot de onzakelijke lening. Deze hebben bijgedragen tot meer helderheid betreft het fiscale regime ervan, maar desondanks resten er nog veel onduidelijkheden. In deze scriptie wordt er onderzocht op welke wijze de rente van een onzakelijke lening in aanmerking moet worden genomen bij het bepalen van de fiscale winst voor de crediteur en voor de debiteur, zowel voorafgaand als na de afwaardering van de lening binnen de Wet Vennootschapsbelasting 1969. Deze analyse van de fiscale behandeling van de rente van de onzakelijke lening zal ook voor de praktijk zeer nuttig zijn. In de praktijk is het namelijk vaak niet met zekerheid te zeggen of een dergelijke lening als onzakelijk zal worden aangemerkt of niet.

1.2 Probleemstelling

Zoals hierboven is geïllustreerd is de vraag onduidelijk hoe er met een onzakelijke lening tussen gelieerde partijen dient te worden omgegaan. Daarom luidt de hoofdvraag van deze scriptie:

In hoeverre is de rente van een onzakelijke lening aftrekbaar bij de debiteur en belastbaar bij de crediteur en welke invloed heeft de afwaardering op de fiscale behandeling van de rente, zowel voor de crediteur als voor de debiteur?

Door middel van het beantwoorden van onderstaande deelvragen wordt getracht een antwoord te vinden op de hoofdvraag.

1. Wanneer is er sprake van een onzakelijke lening?
2. In hoeverre wordt de rente tot de winst gerekend voorafgaand aan de afwaardering?
3. In hoeverre wordt de rente tot de winst gerekend na de afwaardering?

1.3 Verantwoording van de opzet

Om een volledig beeld van de fiscale behandeling van de onzakelijke lening te creëren, zal ik eerst in hoofdstuk twee aandacht besteden aan de kwalificatie van de onzakelijke lening. Dit wordt gedaan aan de hand van het behandelen en het analyseren van relevante jurisprudentie en literatuur. Hierbij komen voornamelijk begrippen zoals het totaalwinstbegrip en het at arm lenth's beginsel om de hoek kijken. Indien de lening als onzakelijk wordt aangemerkt ga ik in hoofdstuk drie in op hoe de rente fiscaal wordt behandeld bij de crediteur en debiteur voorafgaand aan de afwaardering. In hoofdstuk vier zal ik over de situatie na de afwaardering bespreken. Tenslotte volgt in hoofdstuk vijf een eindconclusie.

1.4 Afbakening

Vanwege de omvang van deze scriptie zal het onderzoeksgebied goed omschreven en begrensd worden. Ik zal me beperken tot de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet Vpb). Deze scriptie gaat verder over de onzakelijke geldverstrekking die zowel civielrechtelijk als fiscaal als lening wordt bestempeld en niet verzakelijk kunnen worden. De kwalificatie van het vreemd vermogen en de herkwalificatie zal ik hier niet bespreken.

Hoofdstuk 2 De kwalificatie van de onzakelijke lening

Voordat we in de volgende hoofdstukken ingaan op de behandeling van de onzakelijke lening is het belangrijk om te weten wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. De Hoge Raad heeft reeds in BNB 1988/217 al geoordeeld dat de civielrechtelijke vorm van een lening beslissend is, tenzij de lening als schijnlening, bodemlozeputlening of als deelnemerschapslening is aan te merken. In 2008 heeft de Hoge Raad voor het eerst een arrest gewezen met betrekking tot de onzakelijke lening. Dit arrest wordt als basis voor de beoordeling genomen. Er kwamen echter veel vragen op na dit arrest waarop de HR in 2011 drie arresten heeft uitgewezen met een stappenplan voor het kwalificeren van de onzakelijke lening. In maart 2013 zijn er weer twee arresten geweest die meer duidelijkheid hebben gegeven over de waardering van de rentevordering en het ontstaan van de onzakelijkheid gedurende looptijd van de lening.

In dit hoofdstuk zal ik aan de hand van boven genoemde arresten bespreken welke elementen belangrijk zijn voor de toetsing van de onzakelijkheid en welke stappen daarbij doorlopen dienen te worden om tot een dergelijke onzakelijke lening te komen. Na dit begrip helder uiteengezet te hebben, zal ik kijken welke onduidelijkheden er nog resteren. Vervolgens zal ik aan de hand van secundaire bronnen zoals de publicaties van diverse auteurs een antwoord proberen te vinden. Hierna zal ik afsluiten met een samenvatting.

2.1 Het totaalwinst begrip

De onzakelijke lening is een totaalwinst vraagstuk. Het totaalwinst begrip wordt via de schakelartikel van art. 8 Wet VPB als volgt gedefinieerd in art. 3.8 Wet IB: "*winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.*" Met die definitie worden alle behaalde voordelen binnen het eigenlijke doel van de onderneming gedurende de gehele bestaansperiode tot de fiscale winst gerekend.¹ De totaalwinst is een geobjectiveerd begrip, alles wordt naar de waarde in het economische verkeer gewaardeerd.

Niet elke vermogensmutatie leidt tot een belastbaar resultaat. Het saldo van het beginvermogen en het eindvermogen wordt gecorrigeerd door kapitaalstortingen en onttrekkingen door de aandeelhouder, want die spelen namelijk in de privésfeer af wat onbelast wordt gelaten. Alle kosten die gemaakt zijn in het zakelijk belang zijn in beginsel aftrekbaar, tenzij er een wanverhouding bestaat tussen de hoogte van de kosten en het nut daarvan dat geen redelijk denkend ondernemer kan volhouden.² Hiermee wordt bedoeld op bovenmatige kosten die zijn gemaakt om persoonlijke belangen van de aandeelhouder te dienen, een onttrekking welke dus niet aftrekbaar is.

¹ Hethuis/Kavelaars/Schuver, *Inkomstenbelasting*, Denverter. Kluwer 2011, blz. 105.

² In BNB 1983/202 (het eerste Cessna-arrest), BNB 2002/210 (het tweede Cessna-arrest), BNB 2002/290 (het Renpaardenarrest) en BNB 2008/139 (het Bentley-arrest).

2.2 Het at arm's-length beginsel

Het at arm's-length beginsel wordt omschreven in art. 9 OESO-Modelverdrag en art. 8b Wet VPB. Op basis van deze principe moeten voorwaarden en verrekenprijzen van onderlinge rechtshandelingen tussen de gelieerde vennootschappen op een zodanig wijze wordt bepaald dat alsof ze met een onafhankelijke derde zouden zijn overeengekomen. De bewijslast voor het zakelijke handelen ligt bij de belanghebbende. De winstcorrectie naar zakelijkheid wordt gedaan door middel van een verkapte dividenduitkering of een informeel kapitaalstorting. Kortom, het fiscale resultaat moet worden geschoond van onzakelijke elementen.

2.3 BNB 2008/191

In BNB 2008/191³ ging het om X BV (belanghebbende), die deel uitmaakt van een groep. Tijdens de reorganisatie in 2005 werd besloten enkele certificaathouders uit te kopen. Om deze transactie te voltooien werd een houdstermaatschappij(G) opgericht die met geleend geld van X BV certificaten zou opkopen. Hier was een lening omhoog aan de orde. Over de geldverstrekking was er een rente overeengekomen, maar er was geen schriftelijk overeenkomst en geen aflossingsschema opgesteld. Doordat de houdstermaatschappij verder geen bezittingen had, zou de aflossing volledig afhankelijk zijn van de toekomstige dividendstromen uit de belanghebbende. Zekerheden waren er dus niet. Vanwege het slechte resultaat van X BV werd er geen dividend aan G uitgekeerd en G had dus ook geen rente kunnen betalen aan de belanghebbende. De rente werd elk jaar bijgeschreven en geactiveerd als een vordering op de fiscale balans van X BV. De Hoofdsom van X BV werd afgewaardeerd en uiteindelijk tegen een lagere waarde in het economische verkeer aan een zustermaatschappij van de belanghebbende overgedragen. De belanghebbende wilde het afwaarderingsverlies ten laste van de Nederlandse winst brengen. Dit werd echter geweigerd door de inspecteur.

Het hof beoordeelt in lijn met de beslissing van de inspecteur en is van mening dat zowel het doel als de vormgeving van de lening niet als een zakelijke lening kan worden aangemerkt.⁴ Dit wordt bevestigd door de Hoge Raad. Uit het arrest van de HR blijkt dat het ontbreken van een schriftelijk overeenkomst, geen aflossing schema en het ontbreken van zekerheid drie belangrijke elementen zijn die bepalend zijn voor de toetsing van de onzakelijkheid. De Hoge Raad oordeelt: *“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*

³ Arrest 9 mei 2008 nr. 43849, BNB 2008/191.

⁴ Hof Arnhem, 22 december 2006, nr. 04/988, V-N 2007/18.1.2.

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.”⁵

Dit is echter anders in het geval van een bodemlozeput lening dat de HR in BNB 1988/217 heeft geformuleerd. Deze term houdt in dat op het moment van het afsluiten van de lening al duidelijk is dat het geld nooit terug zal worden betaald. Fiscaal gezien wordt eigen vermogen verstrekt. In BNB 2008/191 was dit niet het geval. De intentie om een lening aan te gaan en het geld terug te betalen was er op het eerste moment. Daarom kan de lening niet als kapitaalverstrekking worden aangemerkt.

Met de woorden “behoudens bijzondere omstandigheden” creëert de Hoge Raad een uitzonderingsmogelijkheid om onrechtvaardige resultaten te voorkomen. Maar de Hoge Raad heeft verder niet uitgelegd wat men precies verstaat onder deze term. Ik ga deze uitzonderingen ook niet behandelen in deze scriptie.

De onzakelijke lening wordt gekenmerkt door de oncrediteurlijke risico-aanvaarding volgens Advocaat-Generaal Wattel.⁶ Wattel is ook van mening dat er sprake is van een risico-misallocatie gezien het feit dat er onvoldoende zekerheid wordt geboden over de terugbetaling en er een correctie zal plaatsvinden bij het bepalen van de fiscale winst.

2.4 De 25 november 2011 arresten

Na het basisarrest van 9 mei 2008 kwam er veel discussies op gang. In 2011 heeft de HR weer drie arresten gewezen waarin de HR een stappenplan heeft opgesteld voor de beoordeling van de onzakelijkheid. Deze arresten worden de standaardarresten genoemd. In deze arresten komen de lening omlaag aan de orde, dat wil zeggen dat een lening is van moeder naar haar dochter is verstreken.

Eén van de drie arresten valt in de TBS-sfeer en de overige twee vallen in de VPB-sfeer. Omdat de HR heeft geoordeeld om de winstbepaling van de TBS aan te sluiten aan de totaalwinstbegrip gelden de VPB-regels ook voor de TBS-leningen in de IB-sfeer. In deze paragraaf zal ik alle drie de arresten behandelen.

2.4.1 BNB 2012/37

In deze zaak⁷ ging het om de belanghebbende X BV die een effectenportefeuille heeft overgedragen aan haar 100% dochtermaatschappij A voor €5,3 miljoen tegen een 5%

⁵ HR 9 mei 2008, nr. 43/849, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

⁶ Wattel, P.J. (2010). Conclusie over afboeking lening met onzakelijke dibiteurenrisico, 14 juli 2010, nr. 08/05323, Vakstudie Nieuws 2010/40.26, 5.4.

⁷ 25 november 2011, nr. 08/05323, LJN BN3442.

rekening-courantschuld. De dochtermaatschappij had alleen een eigenvermogen van € 18.151. Op een gegeven moment werd het rekening-courantschuld omgezet in een lening (omlaag) van 5% met een looptijd van 10 jaar. X BV had een pandrecht gevestigd op de effecten van A. Door de rentebijbeschrijving had A een negatief eigenvermogen van €1,2 miljoen. Belanghebbende waardeerde de vordering met hetzelfde bedrag ten laste van haar winst. De inspecteur weigerde deze aftrek.

Het hof verwijst naar het arrest van 9 mei 2008 en oordeelt vanwege het feit dat A BV onvoldoende vermogen had om de rente te betalen, is er geen sprake van zekerheid. Ook ontbrak er een aflossing schema. De belanghebbende heeft een debiteurenrisico genomen wat een onafhankelijk derde niet zou hebben genomen. De lening werd daarom als onzakelijk gekwalificeerd.

De HR geeft aan dat voor de fiscale kwalificatie van een lening de civielrechtelijke vorm als uitgangspunt wordt genomen, tenzij een van de uitzonderingen van BNB 1998/217⁸ van toepassing is. Deze uitzonderingen zijn namelijk de bodemloze putlening (zonder aflossingsschema), de schijnlening (in wezen een kapitaalverstrekking) en deelnemerschapslening (in zekere mate deelneemt aan de schuldenaar). De onzakelijke lening vormt geen nieuwe uitzondering op de hoofdregel. Met andere woorden, ondanks de onzakelijke elementen worden onzakelijke leningen als vreemd vermogen bestempeld. De rente moet op basis van 'at arm's length beginsel' worden vastgesteld. Het aanvaarden van risico's moet gecompenseerd worden met 'voldoende' rentevergoedingen. Maar de rente mag ook niet zodanig worden vastgesteld dat de rente uiteindelijke winstdelend zou zijn, want anders 'het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen wordt aangetast'.⁹ Indien de rente met een borgstelling van een gelieerde vennootschap onder dezelfde omstandigheden (hierop kom ik straks terug) niet door een onafhankelijke derde geaccepteerd kan worden, is de lening onzakelijk. Het debiteurenrisico vindt dan plaats in de kapitaalsfeer. Het afwaarderingsverlies is daarom niet aftrekbaar van de winst.¹⁰ De verschuldigd gebleven rente zit ook in de kapitaalsfeer. Het tijdstip van de beoordeling ligt op het moment van het verstrekken van de lening.¹¹ Een zakelijke lening kan echter onzakelijk worden gedurende haar looptijd door onzakelijke handelingen van de crediteur. De handelingen van de debiteur zijn daarbij niet van belang.

In het besluit van 9 mei 2008¹² heeft de HR woorden 'in zoverre' gebruikt, wat naar een splitsing van de lening suggereert. In dit arrest heeft de HR duidelijk gemaakt dat een lening als geheel moet worden genomen.¹³ Splitsing van een lening in een zakelijk en een onzakelijk deel is niet toegestaan.

Om redenen van eenvoud wordt de borgstellinganalogie geïntroduceerd, welke door de Hoge Raad als vuistregel voor de hoogte van de rente op een onzakelijke lening

⁸ HR 25 november 2011, L/JN BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.1.

⁹ HR 25 november 2011, L/JN BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2.

¹⁰ HR 25 november 2011, L/JN BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.3.

¹¹ HR 25 november 2011, L/JN BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.5.

¹² HR 9 mei 2008, nr. 43 849, L/JN: BD1108, BNB 2008/19.

¹³ HR 25 november 2011, L/JN BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.5.

gehanteerd. Deze regel houdt in dat de rente gesteld moet worden op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten betalen, indien zij met een borgstelling van de crediteur onder gelijke omstandigheden van een derde zou lenen¹⁴.

2.4.2 BNB 2012/38

Belanghebbende had in 1998 een lening verstrekt aan haar Duitse dochtermaatschappij waarbij geen zekerheid werd bedongen¹⁵. De overeengekomen rente was later dan de rente van de risicoloze staatsobligatie. Na de liquidatie van de dochtermaatschappij bracht de belanghebbende het verlies, welk op de lening was geleden in mindering van haar resultaat. Dit was echter niet toegestaan door de inspecteur wegens de kwalificatie van de onzakelijkheid. De debiteurenrisico's zou immers niet door een derde worden genomen. Het rechtbank volgde de beslissing van de inspecteur, maar merkte op dat het verlies op de lening als liquidatieverlies in de winstbepaling kan worden genomen.¹⁶ Deze lening was volgens het hof ook onzakelijk. Maar tegen het oordeel van de rechtbank staat het hof het verhogen van het opgeofferd bedrag niet toe. Omdat de vordering niet kwijtgescholden wordt door de crediteur en er dus geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden.

De HR oordeelt tot slot dat de lening definitief oninbaar is geworden indien de schuldenaar geliquideerd wordt. Op die geldlening geleden verlies behoort tot het door belanghebbende voor de deelneming opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d Wet VPB en mag belanghebbende dat bedrag als liquidatieverlies ten laste van de winst in het jaar van liquidatie brengen.¹⁷

2.4.3 BNB 2012/78

In dit arrest¹⁸ ging het kort gezegd over een natuurlijk persoon die met geleend geld een lening heeft verstrekt aan zijn beheer BV A en A weer op haar beurt het geld heeft uitgeleend aan haar deelnemende vennootschap D. Door slechte resultaten is D failliet gegaan. De belanghebbende waardeerde de vordering op A af ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden. De inspecteur is niet akkoord gegaan met deze aftrek. Het hof volgt de inspecteur in zijn stelling. De Hoge Raad is het eens met het hof en overweegt dat de debiteurenrisico zijn aanvaard vanwege de aandeelhoudersrelatie, waardoor er geen afwaarderingsverlies ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. Dit afwaarderingsverlies gaat echter niet verloren. Als de lening definitief oninbaar is of kwijtgescholden wordt, wordt de lening als informeel kapitaalstorting omgezet. De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijke belang is daarmee verhoogd. Het verlies wordt gerealiseerd bij de vervreemding van aandelen. Dat is in lijn met het besluit van BNB 2012/38.

¹⁴ HR 25 november 2011, LJV BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.4.

¹⁵ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, LJV BR4807.

¹⁶ RB Arnhem 22 januari 2009, nr. 07/3274, V-N 2009/28.8.

¹⁷ 25 november 2011, LJV BR4807, BNB 2012/38, r.o. 3.2.3.

¹⁸ 25 november 2011, nr. 10/04588, LJV BP8952.

Verder oordeelt de HR dat de vuistregel hier ook van toepassing is. Er moet een rente worden vastgesteld welke de vennootschap onder dezelfde voorwaarden aan een derde zou hebben betaald met de borgstelling van haar aandeelhouder.

2.5 Het 1 maart 2013 arrest

In deze zaak¹⁹ komt het ontstaan van de onzakelijke lening gedurende de looptijd aan de orde.

Belanghebbende is directrice van A BV. Haar echtgenoot Y was 100% aandeelhouder van A BV en A houdt 100% belang in B BV. Y heeft in 1998 en 2000 leningen verstrekt aan B BV om transportmiddelen te kopen. De leningen waren opeisbaar binnen een jaar na verstrekking. De rente is vanaf 1999 schuldig gebleven en wordt bijgeschreven op de hoofdsom. In 2005 wordt een pandrecht gevestigd op de transportmiddelen. Aan het eind van het jaar hebben echtgenoten de lening ten laste van hun resultaat uit overig werkzaamheden tot nihil afgewaardeerd. Deze afwaardering wordt afgewezen door de inspecteur.

Het hof oordeelt dat door het nalaten van de crediteur kan de lening onzakelijk worden. Volgens het hof heeft de belanghebbende onvoldoende gehandeld om het risico te beperken en daarnaast speelde het niet gebruikmaken van het opeisrecht tevens een rol. De crediteur heeft een debiteurenrisico aanvaard met de bedoeling het belang van haar vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder te dienen. Dit is onvoldoende gemotiveerd volgens de HR. De HR verwijst naar de 25 november arresten en herhaalt dat een lening onzakelijk kan worden na verloop van tijd. Om tot een oordeel te komen over of de schuldeiser voldoende heeft ondernomen om de lening zakelijk te houden, dient de inspecteur aannemelijk te maken: op welk moment een onafhankelijke derde in soortgelijke omstandigheden een handeling zou hebben verricht met de kennis van de schuldeiser van toen, welke maatregel zou genomen worden en in hoeverre zou die derde daarin geslaagd zijn. Als de derde onder dezelfde omstandigheden ook een verlies zou hebben geleden, dan is het verlies aftrekbaar.

Uit de overweging van de HR blijkt dat het tijdstip van het ingrijpen (moment 1) en het moment van het uitoefenen van rechten die geld zou opleveren (moment 2) van belang zijn. De geldlening gedurende de periode tussen het aangaan en het moment 1 is blijkbaar zakelijk.

2.6 Het 15 maart 2013 arrest

In deze zaak²⁰ heeft de HR een verrassend beslissing genomen over de waardering van de rentevordering van de onzakelijke lening.

Belanghebbende X BV functioneert als de houdster- en financieringsmaatschappij binnen het concern. X BV heeft een aantal leningen overgenomen tegen uitreiking van

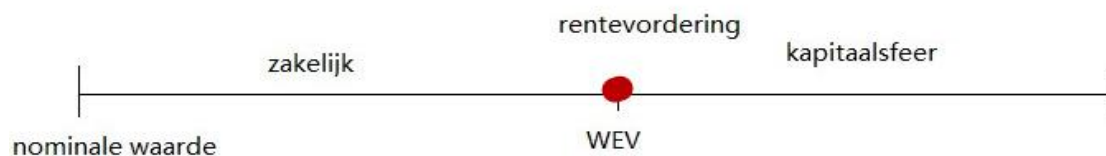
¹⁹ HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013.13.11.

²⁰ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, V-N 2013/14.13. BNB 2013/149.

eigen aandelen, waarbij er geen zekerheden werd gesteld. De lening werden afgewaardeerd en het verlies werd in mindering gebracht van het resultaat. Het hof oordeelt dat de lening onzakelijk is.

De beslissing van BNB 2012/37²¹ over het onzakelijke debiteurenrisico wordt herhaald. De HR herhaalt in r.o. 3.5.1 dat ingeval van een renteloze lening binnen het concernverband er een zakelijke rente moet worden gesteld. Bij de bepaling van de rente verwijst de HR naar de vuistregel. De verschuldigde rente staat in beginsel in verband met dit debiteurenrisico en de rente zou in de kapitaalsfeer terecht komen.

Wel verrassend is het oordeel over op welk moment en tegen welke waarde de rente in aanmerking moet worden genomen. De HR oordeelt dat het debiteurenrisico is ontstaan nadat de rentetermijn verschuldigd is geworden en de rentevordering moet naar het waarde in het economische verkeer worden gewaardeerd op dat moment. Voor dat bedrag moet de rente bij de resultaatbepaling in aanmerking worden genomen. De waardedaling vanaf die waarde valt in de kapitaalsfeer.²² Dit wordt geïllustreerd aan de hand van een tijdlijn.



Het lijkt erop dat het onzakelijke debiteurenrisico, wat tot lagere economische waarde leidt, nu ten laste van de winst mag worden gebracht. Dit lek werd echter gedicht met de conclusie van A-G Wattel bij het desbetreffende arrest.²³ Het verlies mag namelijk alleen tot het resultaat gerekend worden als de oninbaarheid niet uit het onzakelijke handelen voortkomt.

2.7 Overige jurisprudenties

In 2012 zijn er nog een paar arresten geweest omtrent de onzakelijke lening.²⁴ In deze zaken werd er steeds gekeken of er een debiteurenrisico is gelopen bij de crediteur dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Als dat het geval is geweest, is er sprake van het nemen van risico's uit aandeelhoudersbelang, wat de lening onzakelijk maakt. Daarop ga ik hier verder niet op in. Wel merkt Ligthart²⁵ op dat uit BNB 2012/107 blijkt dat de HR niet de formele benaderingen zoals de solvabiliteit en aflossingscapaciteit voorop stelt, maar juist kiest voor een meer materiële benadering.

²¹ 25 november 2011, nr. 08/05323, LJN BN3442.

²² HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, V-N 2013/14.13. BNB 2013/149 r.o. 3.5.2.

²³ Conclusie Advocaat-Generaal bij BNB 2013/149. Punt. 1.9.

²⁴ HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/638, HR 9 maart 2012, BNB 2012/133 en HR 13 januari 2012, BNB 2012/107.

²⁵ Drs. N.M. Ligthart. *'De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijpt in!'*, NTFR 2012-6.

Zaken zoals onvoldoende zekerheden, het ontbreken van terugbetalingspotentie en het aard van overige bezittingen van debiteur werden daarentegen als belangrijke criteria gehanteerd.

2.8 Tussenconclusie en samenhang tussen arresten

Met bovenstaande arresten heeft de Hoge Raad veel duidelijkheid verschaft inzake de onzakelijke lening. Uit BNB 2008/191 blijkt dat er sprake is van een onzakelijke lening als de geldverstrekker een debiteurenrisico loopt wat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. De rente moet op basis van het at arm's length beginsel gecorrigeerd worden.

In BNB 2012/37 wordt hieraan een extra criterium toegevoegd: de rente mag niet dusdanig hoog worden gesteld dat deze feitelijk winstdelend is. De rentecorrectie moet naar de borgstellingsanalogie worden toegepast volgens de HR. Verder heeft de HR een stappenplan samengesteld om tot een onzakelijke lening te komen. Daarnaast oordeelt de HR dat de genoemde lening geen vierde uitzondering vormt op de hoofdregel, maar dat de lening als vreemd vermogen blijft worden aangemerkt. Het moment van de beoordeling ligt namelijk op het tijdstip van het aangaan van de lening en de lening dient als geheel te worden getoetst. Bovendien valt de schuldig gebleven rente valt in de kapitaalsfeer en is het dus niet aftrekbaar van de winst. Hetzelfde geldt voor het afwaarderingsverlies. Echter biedt de HR hier in BNB 2012/38 een uitweg voor. Daarin is besloten dat het verlies voorsnog tot uitdrukking mag komen in de winst van de crediteur als de debiteur, de dochtermaatschappij, geliquideerd wordt. Het opgeofferde bedrag dient met hetzelfde bedrag te worden verhoogd.

Uit BNB 2012/78 blijkt weer dat leningen in de tbs-sfeer op dezelfde manier worden behandeld als de onzakelijke lening in de VPB-sfeer. Dit houdt in dat de ab-houder het afwaarderingsverlies niet direct in mindering mag brengen op zijn box-1 resultaat, maar pas op het moment als blijkt dat de geldvordering definitief oninbaar is geworden. Alleen op dat moment is het toegestaan de verkrijgingsprijs van de ab met hetzelfde bedrag te verhogen.

In het standaardarrest heeft de HR reeds geoordeeld dat een lening gedurende de looptijd onzakelijk kan worden. Het 1 maart-arrest vormt naar mijn mening een aanvulling op deze situatie. Om te beoordelen of een lening daadwerkelijk op een later moment onzakelijk is geworden, dient de inspecteur aannemelijk te maken op welk moment een derde ingrijpende acties -die gericht zijn op het voorkomen van oninbaarheid en wanbetaling- zou hebben genomen, welke maatregel en in hoeverre hij daarin zou zijn geslaagd. Als de derde na alle ondernomen acties niet zijn geld kan terugvorderen, mag de crediteur ook het verlies nemen.

In BNB 2012/37 oordeelt de HR dat de schuldig gebleven rente in beginsel in de kapitaalsfeer ligt. In de eerste instantie zou je denken dat de rente volgens de

borgstellingsanalogie vastgesteld moet worden en een waardedaling vanaf dit bedrag is niet aftrekbaar. Uit het 15 maart arrest blijkt dat het onzakelijke debiteurenrisico in de kapitaalsfeer valt nadat de rentevordering is ontstaan. De rentevordering moet gewaardeerd worden op de waarde in het economische verkeer op dat moment. Bij het bepalen van de zakelijke rente verwijst de HR naar de borgstellinganalogie uit BNB 2012/37. Gooijer²⁶ merkt op dat deze toepassing nooit kan plaatsvinden aangezien de lening rentevordering niet onvolwaardig kan zijn. Immers, als de dochter/schuldenaar de rente niet kan betalen, wordt de rente op de moedermaatschappij verhaald als borg. Wat de debiteur ontvangt is niet meer dan het nominale bedrag van de rentevordering. Daarom heeft de methode van de rentevaststelling uit 15-maart arrest een beperkend effect op de toepasbaarheid van de borgstellingsanalogie.

2.9 Onduidelijkheden

Na het uitvoerig behandelen van de zaken krijgen we een steeds duidelijker beeld over de onzakelijke lening. Desalniettemin blijven er nog veel onduidelijkheden over. Hier zal ik alleen de onduidelijkheden behandelen die met betrekking hebben tot de rente.

2.9.1 lening omhoog geldt ook voor lening omlaag?

Wattel²⁷ is van mening dat de fiscale behandeling van een lening omhoog ook geldt als een lening omlaag en een lening opzij. Nieuweboer wijst ons erop dat het niet zo is, ondanks dat het resultaat hetzelfde kan zijn in beide situaties.²⁸

Er is sprake van een lening omhoog wanneer de dochtermaatschappij een lening verstrekt aan haar moedermaatschappij, wat we in BNB 2008/191 hebben zien. Het oordeel dat het debiteurenrisico wordt aanvaard met de bedoeling om belangen van de aandeelhouder als zodanig te dienen, vindt Nieuweboer daarin begrijpelijk. Als het risico zich in de aandeelhoudersrelatie afspeelt, zit de toekomstige waardeontwikkeling ook in de kapitaalsfeer. In tegenstelling tot de lening omhoog vallen alle aan de moedermaatschappij betaalde rentevergoeding in de winstsfeer. Meestal komen deze vergoeding toch niet tot uitdrukking tot de winst door de werking van de deelnemingsvrijstelling. Maar het gaat om het principe: de lening omlaag vindt zich – anders dan de lening omhoog- eigenlijk in de winstsfeer plaats.

2.9.2 Waar ligt de grens tussen een winstdelende en een niet-winstdelende rente

In BNB 2012/37 oordeelt de HR dat de rente op basis het at arm's length beginsel gecorrigeerd moet worden, maar de rente mag echter niet zo hoog zijn dat deze in feite winstdelend is. De bedoeling van de HR is dat de vorm van de geldverstrekking niet mag

²⁶ Mr. Jan Gooijer, *'Rente-imputatie bij onzakelijke lening: duiding van HR 15 maart 2013.'* NTFR 2013/638.

²⁷ Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, onderdeel 7, V-N 2010/40.26.

²⁸ M. Nieuweboer, *'Onzakelijke lening omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!'*, NTFR 2012/292.

worden aangetast, maar het is in de praktijk lastig te zeggen wanneer een rente winstafhankelijk is. Het kan gebeuren dat 'gewone' hoge rente in slechte jaren winstdelend wordt, terwijl er eigenlijk niets mis is met de rente . De redactie van Vakstudie Nieuws²⁹ vraagt zich af of de HR betere criteria kan stellen zodat de grens duidelijker wordt. Heithuis³⁰ is van mening dat de vermogenssamenstelling van de schuldenaar een cruciaal rol speelt om te bepalen of een rente winstdelend is.

2.9.3 Het handelen op een zakelijk manier

Uit het basisarrest blijkt dat gelieerde partijen zakelijk met elkaar moeten handelen. De voorwaarden moeten op een zodanig niveau worden gesteld die ook een onafhankelijke derde (met de borgstelling van de crediteur) zou overeenkomen. De Hoge Raad grijpt in het 1 maart-arrest terug op dit criterium en oordeelt: "Belanghebbende heeft de lening niet geheel of gedeeltelijk opgeëist op het moment dat volledige aflossing daarvan nog mogelijk was."³¹ Hurk is van mening dat deze een onjuiste vergelijkingsmaatstaf is.³² Ook de handeling van een aandeelhouder kan immers niet vergeleken worden met wat een bank doet, aangezien de bank een ander doel nastreeft dan de aandeelhouder. De overleving en de groei van de onderneming acht de aandeelhouder belangrijk, terwijl de bank altijd zekerheid wilt hebben. Ingeval het slecht gaat met de debiteur wilt de bank haar geld gelijk terugkrijgen zonder rekening te houden met de continuïteit van de schuldenaar. Als een aandeelhouder als een bank zou hebben gehandeld zoals het moet van de HR, kan dit leiden tot ongewenste economische consequenties.

²⁹ V-N 2011/63.10.

³⁰ E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer, WFR 2012/528.

³¹ HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013.13.11. r.o. 3.2.

³² H. Van den Hurk, 'De onzakelijke lening, het paard nog steeds achter de wagen...'. Weekblad fiscaal recht . 6996 . 11 april 2013.

Hoofdstuk 3 In hoeverre wordt de rente tot de winst gerekend voorafgaand aan de afwaardering?

In voorgaand hoofdstuk heb ik het totaalwinstbegrip, het at arm's length beginsel, de algemene kwalificatie van de onzakelijke lening en de waardering van de rentevordering uitvoerig behandeld. Het is nu duidelijk dat de onzakelijke lening een echte lening betreft waarover rente in rekening dient te worden gebracht. De onzakelijkheid ligt vooral in het 'onbeprijsbaar' debiteurenrisico. Gebaseerd op de totaalwinstgedachte moet de rente die op onzakelijke gronden is vastgesteld gecorrigeerd worden. Indien de vergoeding op een zakelijk niveau vast te stellen is, is er geen sprake van een onzakelijke lening. Deze gecorrigeerde rente is in beginsel belast bij de crediteur en aftrekbaar bij de debiteur. Het verschil tussen de werkelijk betaalde rente en de bij fictie vastgestelde rente wordt als een informeel kapitaalstorting of een onttrekking verantwoord.³³ Gezien de kredietcrisis zijn banken steeds voorzichtiger geworden met het verlenen van krediet. Ook met een borgstelling van de gelieerde partij is de bank of een derde niet bereid om te financieren zonder dat de aard van de vergoeding (vaste rente) te veranderen. De lening kan dus niet 'verzakelijkt' worden. Hoe dient dan met de rente te worden omgegaan?

In dit hoofdstuk zal ik specifiek ingaan op fiscale behandelingen van de rente van een onzakelijke lening vóór de afwaardering bij crediteur en debiteur. In paragraaf 3.1 zal de relevante jurisprudentie worden besproken voor het juridische onderzoek. In paragraaf 3.2 komen de toepassingsvraagstukken aan de orde. Eveneens zullen de reacties en standpunten van de experts worden behandeld. Ik sluit dit hoofdstuk af met een samenvatting.

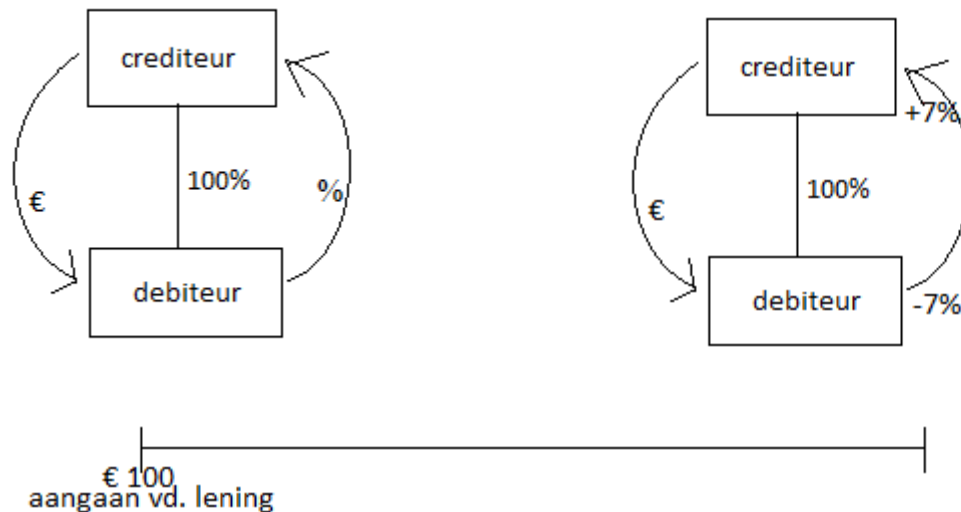
3.1 De hoofdregel

Indien de lening als onzakelijk wordt aangemerkt is het niet mogelijk om de onzakelijkheid te compenseren aan de hand van een renteverhoging volgens de HR. De vraag resteert dan welke rente wel in aanmerking dient te worden genomen voor de fiscale winstberekening. De 25 november-arresten bieden hier een antwoord op. In deze arresten heeft de HR namelijk geoordeeld dat de rente op een onzakelijke lening moet worden gesteld op de rente die de gelieerde partij zou moeten betalen indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen, de zogenoemde de borgstellinganalogie wat als het vuistregel wordt gehanteerd. In de rechtsoverweging 3.3.4 van BNB 2012/37 merkt de Hoge Raad expliciet op dat het niet mogelijk is om terug te vallen op de risicoloze rentevoet op grond van het bezwaar dat, als de uitlenende partij zelf geld bij een derde heeft geleend daarop een structureel verlies zou lijden.

Wanneer de rente schuldig is gebleven door de schuldenaar, heeft het risico dat de rente niet betaald wordt te maken met het onzakelijke debiteurenrisico. Deze rente valt

³³ P.G.H. Albert, noot bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

eveneens in de onbelaste kapitaalsfeer. Bovendien kunnen we uit “winstberekening in aanmerking nemen” afleiden dat deze rente zowel bij de debiteur als bij de crediteur in aanmerking moet worden genomen. Het mes snijdt hier aan twee kanten.



We illustreren dit met een voorbeeld. Stel dat er een onzakelijke lening is verstrekt van een Nederlandse moedermaatschappij M BV aan haar 100% Nederlandse dochtermaatschappij D BV. De overeengekomen rente is 5%, met de toepassing van de borgstellingsanalogie bedraagt de rente 7%. De nominale waarde van de lening is €100. Op basis van de vuistregel kunnen we concluderen dat de debiteur 7% over de nominale waarde van de lening ten laste van de winst mag brengen en de crediteur moet dan $7% \cdot €100$ bij haar belastbare winst optellen.

3.2 Toepassingsvraagstukken

In paragraaf 3.1 hebben we de meest belangrijke punten behandeld omtrent de fiscale behandeling van de rente. De borgstellingsanalogie wordt als vuistregel gehanteerd voor de rentebepaling. In veel gevallen zal deze regel prima kunnen werken, maar er blijven nog een aantal toepassingsvraagstukken over wat ik in deze paragraaf wil behandelen.

3.2.1 Borg met weinig toegevoegde waarde

De borgstelling van de moedermaatschappij speelt blijkbaar een belangrijke rol voor het corrigeren van de rente. Kennelijk wordt er aan deze borgstelling van een gelieerde partij een bepaalde waarde toegekend. Maar wat zou de gevolgen zijn wanneer de borg

onvolwaardig blijkt te zijn. Het is immers denkbaar dat de borgsteller naast de deelneming in de dochter/debiteur verder geen eigen bezittingen heeft of dat de borgsteller zich tevens in een financieel slechte positie verkeert. Ondanks de borgstelling van een gelieerde partij is er vooralsnog niemand te vinden die de lening dan wilt verstrekken.

Nieuweboer³⁴ is van mening dat de kredietwaardigheid van de lening verstreckende maatschappij getoetst moet worden. Hij merkt daarnaast ook op dat het lastig is voor de feitenrechter om deze te beoordelen.

Snoei en Wagenaar³⁵ hebben hier een andere kijk op en zijn van mening dat in een dergelijk geval waarin geen rente is vast te stellen, aansluiting kan worden gevonden bij een gestandaardiseerde rente, bijvoorbeeld de WACC.³⁶

Marres³⁷ meent dat men op de risicovrije voet zou terugvallen. De reden waarom de HR deze mogelijkheid verwerpt, is dat dit als bezwaar heeft dat, als de uitlenende partij zelf geld bij een derde heeft geleend daarop een structureel verlies zou lijden. Dit bezwaar gaat volgens Marres in veel mindere mate op indien de borgstelling weinig toevoegt.

3.2.2 Schuldig gebleven rente

Uit het 15 maart-arrest³⁸ blijkt dat de waarde van de schuldig gebleven rente bepaald moet worden aan het einde van het rentetijdvak en gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Bij een latere afwaardering is het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar in zoverre dat het verlies betrekking heeft op het rentecomponent. Immers, de oorzaak van de niet-betaling aan rente ligt in de aandeelhoudersrelatie als zodanig.

Onduidelijk is wat er met de rentevordering moet worden gedaan op de rentevervaldag wanneer deze rente volledig is geïmputeerd of waarbij de rentevervaldag niet gelijk loopt met het boekjaar.

De redactie van de Vakstudie Nieuws is hier van mening dat er dan een schatting moet worden gemaakt op de balansdatum waarna het weer gecorrigeerd kan worden op een latere rentevervaldag.

Van Horzen³⁹ daarentegen merkt op dat dit niet hoeft op te gaan gezien dit een

³⁴ M. Nieuweboer, commentaar bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, NTFR 2011/2722.

³⁵ R. Snoei en L. Wagenaar, *'Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekingen'*, NTFR 2011/2761.

³⁶ WACC staat voor: Gemiddelde Gewogen Kosten van Kapitaal en wordt uitgedrukt als een percentage.

³⁷ Mr. O.C.R. Marres, *'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting'*. Weekblad Fiscaal Recht, WFR 2012/142.

³⁸ HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013.13.11.

³⁹ F. van Horzen, commentaar op NTFR 2013/638.

totaalwinstproblematiek betreft. De schatting komt puur voort uit het goedkoopmansgedachte wat slechts bij de bepaling van de jaarwinst van toepassing is. Aangezien het waarderingstijdstip het einde van de rentetermijn is en om met de onzakelijke debiteurenrisico verband houdend verlies vast te kunnen stellen, dient er dan ook alleen gekeken te worden naar dat moment. Een schatting is dus niet nodig, aldus Van Horzen.

Snouij en Wagenaar⁴⁰ vinden weer dat voor zover de rentevordering reeds bij het ontstaan onvolwaardig is, het in aanmerking nemen van rente in strijd komt met het realisatiebeginsel. Volgens het realisatiebeginsel worden de rente-inkomsten uitgesteld tot het moment waarop de rentevordering weer volwaardig is. Om dit ten laste van de winst te brengen, dienen debiteuren ook te wachten totdat de debiteurenrisico's worden gerealiseerd. Snouij en Wagenaar raden daarom aan om het realisatiebeginsel hier buiten werking te stellen zodat de crediteur de rente-inkomsten in de onvolwaardige periode wel moet aangeven en de latere afwaardering niet aftrekbaar wordt. De schuldig gebleven rente moet dan in beginsel ook in mindering worden gebracht op de winst, tenzij er betwijfeld wordt aan het zakelijke karakter van de rentekosten. Dit volgt uit het Renpaarden-arrest⁴¹ : 'Anders dan in de literatuur uit het arrest (BNB 1995/15⁴²) wel is afgeleid, ontberen door een vennootschap gedane uitgaven slechts dan een zakelijk karakter – en kunnen zij derhalve niet ten laste van de winst worden gebracht – indien en voor zover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder(s).'

3.2.3 Lening aan een buitenlandse dochter

Een andere vraag is of deze behandeling ook geldt in buitenlandse situaties. Indien een Nederlandse moedermaatschappij een onzakelijke lening aan haar buitenlandse dochtermaatschappij heeft verstrekt en de werkelijke waarde van de rentevordering op de rentevervaltermijn lager is dan de nominale waarde, is het dan toegestaan voor de Nederlandse moederverenootschap om minder rentevordering tot de winst rekenen?

Bruins Slot⁴³ meent dat als er geen reden is om aan het terugbetalingsvermogen van de dochter/debiteur te twijfelen, de rente van de (fictief) geborgde lening lager kan liggen dan de rente wat feitelijk is betaald door de dochter. Op grond van de huidige regelgeving mag de moeder het verschil onbelast genieten.

⁴⁰ R. Snouij en L. Wagenaar, 'Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekkingen', NTFR 2011/2761.

⁴¹ HR 14-06-2002, nr. 36 453, BNB 2002/290, r.o. 3.3.

⁴² HR 21-09-1994, nr. 29 199, BNB 1995/15.

⁴³ W. Bruins Slot, "Objection, your honor!", WFR 2011/38

3.3 Conclusie

In het 25 november arrest kwam de HR met een vuistregel voor de rentecorrectie van de onzakelijke lening. De rente moet worden gesteld op een rente die de debiteur moet betalen wanneer hij met een borgstelling van de crediteur van een derde zou lenen (de borgstellingsanalogie). De crediteur dient in beginsel deze rente bij zijn winst op te tellen. Dit bedrag vormen tevens aftrekbare kosten voor de debiteur.

Echter bestaan er nog veel problemen in de praktijk. Ik ben ten eerste ingegaan op de vraag omtrent de gevolgen van een onvolwaardige borgsteller. Nieuweboer is hier van mening dat de kredietwaardigheid van de borg staande vennootschap eerst getoetst moet worden. Hier ben ik het met hem eens en ook ik vind dat de HR een bepaalde ondergrens moet stellen ervoor. Door bijvoorbeeld de bezittingen van de gelieerde crediteur minstens een bepaalde waarde te laten vertegenwoordigen alvorens de borgsteller goed te keuren. Indien de lening verstreckende vennootschap niet aan deze bezittingseis voldoet, zou de borgstellingsanalogie niet van toepassing zijn. In dat geval kan er gekozen worden voor een gemiddelde geëiste rendement wat Snoeij en Wagenaar ook hebben genoemd.

Daarna heb ik gekeken naar de schuldig gebleven rente. Uit het 15 maart-arrest blijkt dat er pas sprake is van een onzakelijke debiteurenrisico wanneer de rente verschuldigd is geworden. De onzakelijkheid verschijnt dan in de vorm van een bijgeschreven rente. Alle rentevergoedingen vóór dat moment zijn belast en latere waardeontwikkeling is onbelast. Daarbij is de winstbepaling zeer afhankelijk van het vervalmoment. Op basis van de totaalwinstgedachte is dit niet te verdedigen. Net als Van Horzen zie ik geen reden om eerst een schatting te maken. Ook al zijn de rentebaten- en lasten niet feitelijk betaald, juridisch bestaan de verplichting. Partijen moeten deze gewoon in de winst verwerken. De renteaftrek kan niet geaccepteerd worden indien de investering puur ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouders is gedaan volgens Snoeij en Wagenaar. Echter hier twijfel ik over. Gekeken naar de jurisprudentie tot nu toe is er geen verwijzing dat er ook getoetst moet worden of de crediteur ook zakelijk handelt, met andere woorden, de vraag of een derde ook bereid zou zijn geweest om de investering te doen met hetzelfde bedrag is niet van belang. Het lijkt mij in dat opzichte onvoldoende om de aftrek af te wijzen als de 'lening/investering' onzakelijk is verstrekt door de crediteur.

Vervolgens komt de situatie aan de orde waarin een lening aan een buitenlandse dochter wordt verstrekt waarbij de rentevordering in de loop van de tijd minder waard is geworden. Uit het Zweedse grootmoeder arrest is te concluderen dat ondanks dat er geen rente wordt betaald, een zakelijke rente in aanmerking moet worden genomen. Dit ga ik uitgebreid behandelen in hoofdstuk vier. De invloed van de aandeelhouder moet als het ware worden geschoond van de fiscale winst. Dit is te vergelijken in onze situatie. De Nederlandse moedermaatschappij moet de zakelijke rente bij de winst optellen ongeacht wat ze feitelijk betaald krijgt. Het bovengedeelte mag ze dus onbelast laten.

Hoofdstuk 4 In hoeverre wordt de rente tot de winst gerekend na aan de afwaardering?

Zoals reeds in hoofdstuk 3 werd geconcludeerd, wordt de borgstellingsanalogie als vuistregel gehanteerd voor de rentecorrectie voorafgaand aan de afwaardering. Deze rente wordt zowel bij de debiteur als bij de crediteur tot de fiscale winst gerekend. De waarde van de rentevordering moet bepaald worden aan het einde van de rentetijdvak en op de waarde in het economische verkeer. Waarddalingen vanaf die waarde vallen in de niet-aftrekbare kapitaalsfeer.

Vervolgens rijst de vraag wat er gedaan moet worden met de rente van deze afgewaardeerde onzakelijke lening in de situatie waarin de debiteur in financieel zwaar weer verkeert en niet langer meer aan zijn terugbetalingsverplichting kan voldoen. In dit hoofdstuk ga ik deze vraag proberen te beantwoorden. Hoewel de Hoge Raad zich hierover nog niet heeft uitgesproken, kunnen eerdere arresten hierin wellicht wel een houvast bieden.

In paragraaf 4.1 zal er aandacht besteed worden aan de vraag of er überhaupt rente in aanmerking moet worden genomen. Om te bepalen welke rente in acht moet worden genomen ga ik in paragraaf 4.2 vier essentiële jurisprudenties behandelen en met elkaar vergelijken. Vervolgens komen de afwegingen aan de orde in paragraaf 4.3. Aan de hand van in de voorgaande paragraaf behandelde aspecten en bevindingen worden in paragraaf 4.4 conclusies getrokken over de deelvraag: In hoeverre wordt de rente tot de winst gerekend na aan de afwaardering?

4.1 Moet de rente in aanmerking worden genomen?

Over de vraag of er ook na de afwaardering van een onzakelijke lening fiscaal rente in aanmerking moet worden genomen, is er feitelijk een procedure geweest bij het Hof Amsterdam.⁴⁴ In die zaak heeft de belanghebbende X renteloze geldvorderingen op haar deelnemende vennootschap H overgenomen. Naar aanleiding van de slechte resultaten van H, waardeert X de vorderingen af ten laste van de winst en beweert gezien de steeds verslechterde solvabiliteitspositie van de debiteur, volgt het niet berekenen van rente niet uit de aandeelhoudersrelatie. Dit wordt verworpen door het hof, want volgens het hof wordt de renteloosheid uitsluitend aanvaard ingevolge de aandeelhouderrelatie tot X. Het afwaarderen ten laste van de winst is derhalve niet mogelijk. Om het onzakelijke debiteurenrisico te kunnen elimineren, moet de rente eerst geïmputeerd worden op de marktrente waarna de daar inbegrepen risico-opslag kan worden geëlimineerd.

Egelie⁴⁵ is van mening dat een onzakelijke lening in alle opzichten als lening moet

⁴⁴ Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01224, 08/01226 en 08/01227, NTFR 2011/943.

⁴⁵ W.F.E.M. Egelie, *'De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk'*, NTFR 2012/5. Paragraaf 15.

worden behandeld. De rente moet ook na afwaardering onverminderd in tact blijven.

Daarnaast meent Albert⁴⁶ dat partijen de rente in aanmerking moeten blijven nemen zolang de lening bestaat. Er bevindt zich namelijk in de rechtsoverweging van de HR in BNB 2012/37 geen indicatie naar een beperking in de tijd. De rente moet door blijven berekend worden zolang de hoofdsom nog verschuldigd is door de debiteur.

4.2 Eerdere jurisprudenties als houvast

Uit het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel kunnen we eerdere rechterlijke beslissingen als uitgangspunt nemen als we willen weten hoe de Hoge Raad in toekomstige soortgelijke gevallen zal beslissen. Deze helpen ons als het ware de beslissing van de Hoge Raad te voorspellen. Maar daarvoor is het noodzakelijk om te weten welke aspecten meegenomen worden bij de besluitvorming.

Om mijn deelvraag beter te kunnen beantwoorden, wordt in deze paragraaf vier arresten besproken, namelijk: het Zweedse grootmoeder arrest, de “nieuwe kostenarresten”, het Fokker II arrest en het 15-maart arrest. De reden dat er voor de eerste twee arresten is gekozen ligt in het feit dat in beide arresten een lening is aangegaan enkel vanwege de aandeelhoudersrelatie tussen de gelieerde partijen. Het enig verschil is dat de leningverstrekker partij in het Zweedse grootmoeder arrest een buitenlandse vennootschap is en die van de ‘nieuwe kostenarresten’ een Nederlandse natuurlijke persoon betreft. Het hierboven geschetste probleem bevindt zich precies ertussenin, want het gaat hier om een Nederlandse vennootschap. Daarnaast zijn de conclusies in die arresten exact tegenovergesteld en door deze twee arresten met elkaar te vergelijken, hoop ik tot een conclusie te kunnen komen welk arrest hier beter van toepassing zal zijn. Ik heb de laatste twee gekozen, omdat ik van mening ben dat ze mij een beter inzicht kunnen op de vraagstuk.

4.2.1 Het Zweedse grootmoeder arrest

In dit arrest⁴⁷ is voor het eerst een uitspraak gedaan over hoe we met het onzakelijke handelen dienen om te gaan in een situatie waarin de tot stand gekomen vergoeding onzakelijk is. Het volgende speelde zich hierin af: de belanghebbende X BV heeft een renteloze lening van haar (groot)moederverenootschap, de Zweedse AB, gekregen. De belanghebbende beweerde dat het verkregen voordeel in de kosten-batensfeer ligt. De HR beslist dat de (groot)moedermaatschappij bewust haar (klein)dochtermaatschappij wou bevoordelen door middel van het verstrekken van een renteloze lening wat zijn oorzaak niet vindt in de bedrijfsuitoefening van de (klein)dochter. Er moet een

⁴⁶ P.G.H. Albert, ‘Afwaardering onzakelijke lening aftrekbaar op grond van art. 13ca (oud) Wet VPB 1969’, NTFR 2012/1625.

⁴⁷ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

rentecorrectie plaatsvinden tot het niveau wat een derde ook zou vragen. In de ogen van de HR wordt er wel een zakelijke rente betaald, maar deze wordt vervolgens weer teruggestort door de aandeelhouder. De (klein)dochter mag deze fictieve –ook al niet feitelijk betaalde- rente in aftrek van haar winst brengen. Want deze rente is een normale kostenpost die immers niet betaald is aan de aandeelhouder als zodanig, maar als crediteur. Deze komt in lijn met het totaalwinstbegrip dat alle voordelen die niet uit ondernemingsuitoefening komt, niet bij de winst moet worden betrokken. Het verschil tussen de fictieve rente en de feitelijk ontvangen rente vormt een informeel kapitaalstorting in de (klein)dochtermaatschappij. Met andere woorden, het geld wat fictief uit de BV gaat, vormt een aftrekbare kostenpost, terwijl het geld wat binnenkomt bij de andere partij in de kapitaalsfeer valt en niet belast is. Per saldo krijg je een aftrekpost door het creëren van deze leningsconstructie.

4.2.2 De nieuwe kosten arresten

Om heffingslekken te voorkomen heeft de HR een paar jaar later in de ‘nieuwe kosten arresten’⁴⁸ enige beperkingen aangebracht voor de aftrekmogelijkheid. In BNB 1986/293 ging het om een belanghebbende, meneer X, een onzakelijke renteloze lening aan zijn BV heeft verstrekt. De HR heeft beslist dat indien de renteloosheid puur uit het aandeelhoudersmotief komt, het niet-genoten deel niet geacht wordt te zijn genoten. Er vindt daarom geen heffing plaats over de rente-inkomsten.⁴⁹ Vervolgens oordeelt de HR in BNB 1986/295 dat geen fictieve rentekosten ten laste van de ondernemingswinst worden gebracht gezien er geen corresponderende heffing tegenover kan staan.

Uit het verschil in de beslissing blijkt dat er vooral gekeken moet worden of er een adequate tegenheffing plaats vindt bij de voordeelverstrekkende partij. In de situatie met de Zweedse AB, is de fictieve rente wel aftrekbaar, want de rente is naar Nederlandse fiscale wetgeving belastbaar bij haar. De vraag of de fictieve baten daadwerkelijk en voldoende is belast doet in dit geval niet ter zake. Daarentegen kunnen de rente-inkomsten nooit tot de winst uit onderneming worden gerekend en nooit bij een natuurlijk persoon belast worden. De renteaftrek wordt daarom ook afgewezen waardoor die weer fiscaal neutraal verloopt.

⁴⁸ HR 8 juli 1986, BNB 1986/293 BNB 1986/295, en BNB 1986/297.

⁴⁹ Omdat het voordeel puur uit de aandeelhoudersrelatie komt, vindt er geen heffing plaats over alle voordelen die niet uit onderneming worden verkregen, volgens art. 7 van IB 1964, de regelgeving van toen.

4.2.3 Het Fokker II arrest

In dit arrest⁵⁰ heeft de HR een uitspraak gedaan of een vennootschap een belastbaar voordeel geniet wanneer ze geliquideerd wordt en schulden onbetaald blijven. Het volgende speelde hierin af: de belanghebbende maakte tot 1996 deel uit van een fiscale eenheid. Het ging heel slecht met deze vennootschappen en ten tijde van de verbreking van de fiscale eenheid werd een verlies van f 1,32 miljard meegegeven aan de belanghebbende. Op 15 maart 1996 is de belanghebbende falliet verklaard met op dat moment veel schulden. Vanwege het faillissement was de schuldenaar niet in staat de lening terug te betalen, de schuldeiser had de lening inmiddels al ten laste van de winst afgewaardeerd maar had de lening nooit kwijtgescholden. In geschil was of de belanghebbende wegens het vrijvallen van schulden door het faillissement winst had genoten. De HR heeft geoordeeld dat door het faillissement een lichaam niet is bevrijd van zijn schulden en dat de onbetaald gebleven schulden niet zullen leiden tot een verhoging van de winst. Met andere woorden, een lichaam kan de kwijtscheldingswinst pas nemen wanneer de schulden echt zijn kwijtgescholden. Uit dit arrest blijkt dat er ongelijkheid mag bestaan tussen het bedrag wat de schuldeiser eerst ten laste van de winst heeft afgetrokken en het bedrag wat de debiteur bij zijn winst moet optellen.

4.2.4 Het 15 maart-arrest

De vuistregel die de HR in 25 november arresten heeft geïntroduceerd wordt verder uitgewerkt in het 15 maart-arrest⁵¹. In deze zaak is inzake de overgang van de schuldig gebleven rentevordering naar de kapitaalsfeer besloten dat de waarde daarvan moet worden gesteld op de werkelijke economische waarde op dat moment. Met andere woorden: “Voor dat bedrag –en niet voor een eventueel hoger nominaal bedrag– zal de rente bij de winstberekening in aanmerking moeten worden genomen.”⁵² De vuistregel is echter mijns inziens enkel in een beperkt aantal gevallen van toepassing. Immers, de borgstellingsanalogie werkt alleen in gevallen waarin de bij fictie vastgestelde rente lager is dan de werkelijke waarde.

4.3 Analyse

Om een beter beeld te kunnen geven van bovengenoemde arresten en mijn probleem zal ik dit illustreren met het eerder genoemde voorbeeld. Stel dat de overeengekomen rente van de onzakelijke lening van moeder naar de dochter is 5%, de rente volgens de borgstellingsanalogie bedraagt 7%. De nominale waarde van de lening is €100. Echter, gezien D BV grote verliezen lijdt in de afgelopen jaren wordt de lening afgewaardeerd naar €50. De rente is sinds het aangaan van de lening schuldig gebleven (feitelijk 0% betaald). Hoe dienen we om te gaan met deze rente?

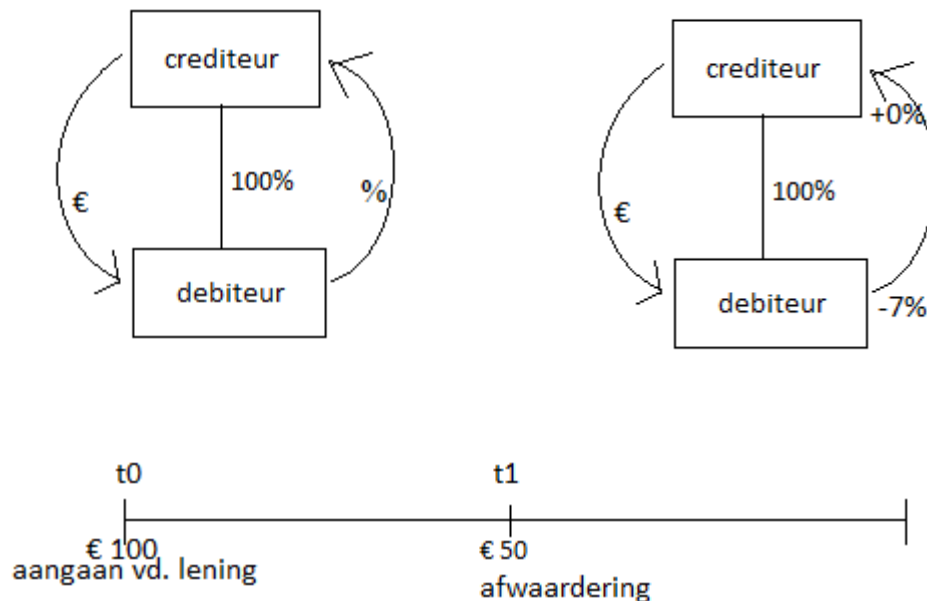
⁵⁰ HR 18 oktober 2002, nr. 37 413, BNB 2003/44.

⁵¹ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, V-N 2013/14.13. BNB 2013/149.

⁵² HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, V-N 2013/14.13. BNB 2013/149 r.o. 3.5.2.

Het Hof Amsterdam⁵³ oordeelt dat de rente geschoond moet worden van onzakelijke debiteurenrisico's waardoor de rente op de risicovrije voet uitkomt. Op basis van het Zweedse grootmoederarrest moet de rente echter gecorrigeerd worden tot een percentage wat een onafhankelijke derde ook zou eisen. Uit eerdere arresten kunnen we afleiden dat op grond van de borgstellingsanalogie de rente op moet 7% worden vastgesteld. Echter, over welk bedrag wordt de rente berekend? Wattel⁵⁴ is van mening dat die berekend moet worden over het volledige bedrag van de civielrechtelijke terugbetalingsverplichting, in dit geval over €100. Ik ben het eens met deze opvatting van Wattel, want de rente bij de debiteur moet altijd berekend worden over de nominale waarde van de lening.

Moet de crediteur dat bedrag ook bij zijn winst optellen? Dit zou wel heel zuur zijn voor de crediteur gezien hij feitelijk niets ontvangen heeft. In het 15 maart-arrest heeft de HR geoordeeld dat er pas sprake is van een rentevordering als de rente is vervallen. Daarbij moet de rentevordering op de waarde in het economische verkeer worden gewaardeerd. Als ik dit goed heb begrepen, kan hieruit geconcludeerd worden dat als de crediteur in feite niets heeft ontvangen, hij ook niets zou hoeven aan te geven. In ons voorbeeld: de debiteur telt 0% over de nominale waarde bij zijn winst op. Dit is tevens in lijn met het totaalwinstgedachte: alles dient gewaardeerd te worden op de waarde in het economische verkeer. Over rentevorderingen die feitelijk geen waarde hebben, hoeft dus geen belasting te worden betaald.



⁵³ Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01226 en nr. 08/01227.

⁵⁴ Conclusie A-G P.J. Wattel, 31 mei 2012, nr. 11/05166, V-N 2012/35.14, r.o. 5.13.

Vervolgens rijst de vraag of de aftrekpost van D BV beperkt moet worden gezien de winst van de tegenpartij niet met hetzelfde bedrag wordt verhoogd. Ik ben van mening dat het niet hoeft. Gelet op het Zweedse grootmoeder arrest is het principe bepalend. De aftrek moet worden toegestaan mits er theoretisch een heffing kan plaatsvinden bij de andere partij. Bovendien hebben we gezien in het Fokker II arrest dat er een verschil mag zijn tussen het afgetrokken bedrag bij de crediteur en de verhoging van de winst bij de debiteur.

4.4 Conclusie

Uit het voorgaande kan wat betreft de rente van de onzakelijke lening na de afwaardering worden geconcludeerd dat er ook na afwaardering van de lening, rente in aanmerking moet worden genomen. Over de vraag of de rente belast respectievelijk aftrekbaar is bij de crediteur en bij de debiteur hebben we naar twee omstandigheden gekeken. In het Zweedse grootmoeder arrest wordt geoordeeld dat in geval een gelieerde partij een renteloze lening heeft verstrekt, de rente moet worden gecorrigeerd naar een zakelijke rente. Deze fictieve rente is aftrekbaar bij de debiteur mits de rente baten theoretisch belastbaar zijn bij de crediteur. In de 'nieuwe kostenarresten' is de reikwijdte van de van het Zweedse grootmoeder arrest gepreciseerd. De renteaftrek is niet toegestaan door de HR indien er geen adequate belastingheffing bij de voordeelverstreckende partij kan plaatsvinden. Ook ben ik ingegaan in het tweede Fokker arrest waar ik het volgende uit heb afgeleid, namelijk dat er een verschil mag bestaan tussen het afgetrokken bedrag en de winstvermeerdering. Vervolgens ben ik ingegaan op de vraag hoe we met de rente moeten omgaan als de onzakelijke lening wordt afgewaardeerd. Aan de hand van uitspraken van eerdere arresten ben ik tot de conclusie gekomen dat de debiteur de zakelijke rentekosten mag aftrekken en de crediteur niets hoeft aan te geven indien er feitelijk niets wordt betaald. De renteaftrek zal niet worden belemmerd en dit wordt bevestigd door het Zweedse grootmoeder arrest en het Fokker II arrest.

Hoofdstuk 5 Eindconclusie

Aan de hand van een korte samenvatting van de voorafgaande hoofdstukken geef ik in dit hoofdstuk de eindconclusie. Voor de volledigheid wordt de onderzoeksvraag hieronder herhaald:

In hoeverre is de rente van een onzakelijke lening aftrekbaar bij de debiteur en belastbaar bij de crediteur, en welke invloed heeft de afwaardering op de fiscale behandeling van de rente, zowel voor de crediteur als voor de debiteur?

In deze scriptie heb ik het resultaat beschreven van mijn onderzoek naar de kwalificatie- en winstbepalingsproblemen omtrent de onzakelijke lening. De problematiek is ontstaan doordat er een verschil bestaat tussen de fiscale behandeling van de beloningen tussen het eigen vermogen en het vreemdvermogen. De rentevergoeding van het vreemd vermogen is wel aftrekbaar van de winst, terwijl de vergoeding van het eigenvermogen, het dividend, in de kapitaalsfeer valt en dus niet aftrekbaar is. Veel vennootschappen hebben daarom puur vanwege dit fiscale motief gekozen voor de financiering met vreemd vermogen.

Ik ben in hoofdstuk twee begonnen met het behandelen van het totaalwinstbegrip en het at arm's length beginsel. Het totaalwinstbegrip zegt eigenlijk dat alle voordelen die uit de ondernemingsuitoefening voortvloeien behoren tot de fiscale winst. Het saldo van het beginvermogen en het eindvermogen moet gecorrigeerd worden door kapitaalstortingen en onttrekkingen door de aandeelhouder. Gelieerde partijen dienen hun verrekenprijzen op een zakelijke niveau (at arm's length) te stellen alsof ze onafhankelijk van elkaar zijn. Het fiscale resultaat mag niet beïnvloed worden door onzakelijke elementen. Vervolgens heb ik vier relevante arresten behandeld voor de kwalificatie van de onzakelijkheid. In BNB 2008/191 beschrijft de HR voor het eerst het specifieke probleem van een gelieerde lening met een onzakelijke debiteurenrisico. Uit dit arrest blijkt wanneer een lening is aangegaan tussen gelieerde partijen en het debiteurenrisico niet door de overeengekomen rente is te compenseren, zodanig dat een derde deze lening onder diezelfde omstandigheden nooit zou hebben geaccepteerd. Dan kan vanuit worden gegaan dat dit risico enkel is aanvaard ten behoeve van het aandeelhoudersbelang. Afwaarderingsverliezen zijn niet aftrekbaar. Hierbij heeft de HR expliciet opgemerkt dat de onzakelijke lening geen vierde uitzondering⁵⁵ vormt op de hoofdregel. De onzakelijke lening is gewoon een lening. Rentekosten zijn aftrekbaar. Eveneens heeft de HR in 25 november-arresten de situatie verder uitgewerkt. Naast de conclusies uit BNB 2008/191 beoordeelt de HR dat de schuldig gebleven rente zich in de kapitaalsfeer bevindt, het beoordelingsmoment ligt op het moment van het aangaan van de lening. De lening moet als geheel getoets worden. Voor de rentecorrectie heeft de HR mede om redenen van eenvoud de borgstellingsanalogie geïntroduceerd. Deze wordt als de vuistregel gehanteerd. Deze regel houdt in dat de rente gesteld moet worden op de

⁵⁵ Naast de schijnlening, de bodemloze put-lening en de deelnemerschapslening.

rente die de gelieerde vennootschap zou hebben moeten betalen, indien zij met een borgstelling van de crediteur onder gelijke omstandigheden van een derde zou lenen.⁵⁶ De afwaarderingsverlies is niet aftrekbaar totdat de schuldenaar geliquideerd wordt. De crediteur mag dan het bedrag als een verhoging van het opgeofferde bedrag ten laste van de winst in het jaar van liquidatie brengen. Hetzelfde geldt voor de lening in de tbs-sfeer. Het verlies wordt uiteindelijk gerealiseerd in de vorm van een verhoogde verkrijgingsprijs van het aanmerkelijke belang ten tijde van de vervreemding van aandelen. Tevens stelt de HR dat een lening onzakelijk kan worden gedurende de looptijd. In het 1 maart-arrest komt dit aan de orde. Volgens de HR dient de inspecteur het aannemelijk te maken op welk moment een zakelijk handelende derde actie zou hebben ondernomen om de oninbaarheid van de lening tegen te gaan, welke maatregel die daarin zou hebben genomen en in hoeverre hij daarin zou kunnen slagen. In het geval dat na alle ondernomen acties deze derde ook tot een verlies leidt, mag de crediteur het geleden verlies ook in aftrek nemen. In het 15 maart-arrest heeft de HR een oordeel gegeven over de waardering van de rentevordering van de onzakelijke lening. De vordering moet volgens de HR gewaardeerd worden op moment waarop de rente is vervallen en tegen de waarde in het economische verkeer. Waardedalingen vallen vanaf dat moment in de kapitaalsfeer. Echter blijven er nog veel onduidelijkheden bestaan waarover de HR tot nu toe nog geen uitspraak over heeft gedaan. Onduidelijkheden in de richting van of de regeling over de lening omhoog ook geldt voor de lening omlaag, waar de grens ligt tussen een winstdelende en een 'vaste' rente en de afweging tussen het zakelijk handelen en het waarborgen van de continuïteit van de onderneming.

In hoofdstuk drie ben ik specifiek ingegaan op de situatie vóór de afwaardering. Op basis van de vuistregel uit BNB 2012/37 dient de fictieve rente bij de crediteur te worden belast en is het bij de debiteur aftrekbaar. Echter zijn er veel toepassingsvraagstukken in de praktijk. Te denken valt aan wanneer de borg weinig toegevoegde waarde heeft. Hierin ben ik het eens met Nieuweboer dat een kredietwaardigheidstoets moet plaatsvinden. Indien de crediteur te laag scoort, moet een ander gestandaardiseerd rente-criterium gehanteerd worden. Als de rente schuldig is gebleven dienen partijen naar mijn mening op grond van het totaalwinstbegrip baten en lasten in het desbetreffende tijdvak aan te geven. Daarna komt het probleem naar voren indien de lening aan een buitenlandse dochter is verstrekt. Volgens mij is de vuistregel in dit geval ook van toepassing. De moedermaatschappij dient de door de borgstellingsanalogie bepaalde rente bij haar winst op te tellen. Het verschil tussen deze fictieve rente en wat ze feitelijk heeft ontvangen valt in de kapitaalsfeer.

In hoofdstuk vier heb ik gekeken naar de situatie waarin de onzakelijke lening afgewaardeerd wordt. Er is nog geen feitelijk procedure geweest bij de HR, maar om de beslissing van de HR vóór te zijn heb ik de volgende analyse uitgevoerd. Ik heb het Zweedse grootmoeder arrest met de 'nieuwe kostenarresten' vergeleken. Het verschil

⁵⁶ HR 25 november 2011, L/JN BN3442, BNB 2012/37, r.o. 3.3.4.

wijst ons dat als er een adequate heffing mogelijk is bij de voordeelverstrekkende partij, de bevoordeelde partij de rente mag aftrekken. Het 15 maart-arrest zegt dat de waardering van de rentevordering moet plaatsvinden op het moment waarop de rente is vervallen en de vastgesteld tegen de waarde in het economische verkeer. Uit het tweede Fokker arrest blijkt conform eerder genoemde arresten dat beide partijen rente moeten berekenen over de nominale waarde van de lening. Het verschil zit in het rentepercentage. De debiteur mag de rente welke volgens de borgstellingsanalogie wordt bepaald, ten koste van de winst brengen, terwijl de schuldenaar de rente in aanmerking mag nemen welke feitelijk wordt betaald door de debiteur. Aangezien het te belasten bedrag minder dan de aftrekpost bedraagt, zal dit zeer onplezierig kunnen zijn voor de fiscus, maar ik denk dat de aftrek niet belemmerd zal zijn volgens het Zweedse grootmoeder arrest en het Fokker II arrest.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

- HR 09 maart 1983, nr. 21/163, BNB 1983/202 (het eerste Cessna-arrest)
HR 08 maart 2002, nr. 36/292, BNB 2002/210 (het tweede Cessna-arrest)
HR 14 juni 2002, nr. 36/453, BNB 2002/290 (het Renpaardenarrest)
HR 18 april 2008, nr. 07/1005, BNB 2008/139 (het Bentley-arrest)
HR 9 mei 2008, nr. 43/849, BNB 2008/191
HR 25 november 2011, nr. 08/05323, LJN BN3442, BNB 2012/37, V-N 2011/63.10
HR 25 november 2011, nr. 10/05161, LJN BR4807, BNB 2012/38
HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78
HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013.13.11.
HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, V-N 2013/14.13, BNB 2013/149
HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/638
HR 9 maart 2012, BNB 2012/133
HR 13 januari 2012, BNB 2012/107
HR 14 juni 2002, nr. 36/453, BNB 2002/290
HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252
HR 8 juli 1986, nr. 23 315, BNB 1986/293
HR 8 juli 1986, nr. 23 440, BNB 1986/295
HR 8 juli 1986, nr. 23 442, BNB 1986/297
HR 18 oktober 2002, nr. 37 413, BNB 2003/44
HR 21-09-1994, nr. 29 199, BNB 1995/15
- Conclusie A-G P.J. Wattel, 31 mei 2012, nr. 11/05166, V-N 2012/35.14
Conclusie Advocaat-Generaal bij BNB 2013/149
Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26
Wattel, P.J. (2010). Conclusie over afboeking lening met onzakelijke dibiteurenrisico
- Hof Arnhem, 22 december 2006, nr. 04/988, V-N 2007/18.1.2
Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01224, 08/01226 en 08/01227, NTFR 2011/943
- RB Arnhem 22 januari 2009, nr. 07/3274, V-N 2009/28.8

Artikelen

- Drs. N.M. Ligthart. *'De onzakelijke lening in de tbs-sfeer:wetgever grijpt in!'*, NTFR 2012-6
Mr. Jan Gooijer, *'Rente-imputatie bij onzakelijke lening: duiding van HR 15 maart 2013.'*
NTFR 2013/638

M. Nieuweboer, *'Onzakelijke lening omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!'*, NTFR 2012/292.

E.J.W. Heithuis, *'Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer'*, WFR 2012/528

H. Van den Hurk, *'De onzakelijke lening, het paard nog steeds achter de wagen...'*.
Weekblad fiscaal recht . 6996 . 11 april 2013

R. Snoeij en L. Wagenaar, *'Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekkingen'*, NTFR 2011/2761

Mr. O.C.R. Marres, *'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting.'* Weekblad
Fiscaal Recht, WFR 2012/142

R. Snoeij en L. Wagenaar, *'Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekkingen'*, NTFR 2011/2761

W. Bruins Slot, *"Objection, your honor!"*, WFR 2011/38

W.F.E.M. Egelie, *'De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk'*, NTFR 2012/5

P.G.H. Albert, *'Afwaardering onzakelijke lening aftrekbaar op grond van art. 13ca (oud) Wet VPB 1969'*, NTFR 2012/1625

Boek

Hethuis/Kavelaars/Schuver, *Inkomstenbelasting*, Denverter. Kluwer, 2011.

Overige

P.G.H. Albert, noot bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37

M. Nieuweboer, commentaar bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, NTFR 2011/2722

F. van Horzen, commentaar op NTFR 2013/638