

# De onzakelijke lening uitgekristalliseerd?

Document:	Bachelor scriptie
Naam:	C.A. Baart
Studierichting:	Fiscale economie
Studentnummer:	325760
Datum:	Juli 2013
Begeleidende docent:	J. Van den Berg

## Inhoudsopgave

<b>Hoofdstuk 1: Inleiding</b> .....	<b>3</b>
1.1: Algemeen .....	3
1.2: Probleemstelling en opzet .....	3
<b>Hoofdstuk 2: Theoretisch kader</b> .....	<b>5</b>
2.1: Inleiding .....	5
2.2.1: Totaalwinst.....	5
2.2.2: 'At arm's length'-beginsel .....	7
2.3: Eigen vermogen en vreemd vermogen .....	8
2.3.1: De schijnlening.....	9
2.3.2: De bodemloze-putlening.....	10
2.3.3: De deelnemerschapslening.....	10
2.4: Conclusie .....	11
<b>Hoofdstuk 3: De onzakelijke lening</b> .....	<b>12</b>
3.1: Inleiding .....	12
3.2: De onzakelijke lening .....	12
3.3: Wanneer is er sprake van een onzakelijke lening? .....	13
3.3.1: Herkwalificeren van de geldverstrekking .....	14
3.3.2: Corrigeren van de rente .....	15
3.3.3: Aandeelhouderschap en de onzakelijke lening .....	17
3.3.4: Groepsgaranties.....	19
3.3.5: Terbeschikkingstelling.....	20
3.3.6: Toetsingsmoment.....	21
3.3.7: Leningen aan dochter/zustervenootschappen.....	22
3.4: Conclusie .....	23
<b>Hoofdstuk 4: Gevolgen van de onzakelijke lening</b> .....	<b>25</b>
4.1: Inleiding .....	25
4.2: Rentecorrectie bij de onzakelijke lening .....	25
4.3: Verlies op onzakelijke lening verhoogt het opgeofferde bedrag.....	31
4.5: Conclusie .....	32
<b>Hoofdstuk 5: Samenvatting en conclusie</b> .....	<b>34</b>
5.1: Inleiding .....	34
5.2: Samenvatting.....	34
5.3: Conclusie .....	36
<b>Bibliografie</b> .....	<b>39</b>

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1: Algemeen

De onzakelijke lening is een onderwerp dat in de fiscale wereld veel wind heeft doen opwaaien. De meningen of de HR hier juist aan heeft gedaan zijn erg uiteenlopend. Zo zijn sommigen van mening dat de onzakelijke lening nooit had moeten bestaan<sup>1</sup>, terwijl anderen wel van mening zijn dat de onzakelijke lening moet bestaan. Tijdens mijn studie ben ik veel over dit onderwerp tegen gekomen. Het was mij nooit helemaal duidelijk waarom er zoveel over geschreven was en daarom leek het mij interessant om daar, door middel van deze thesis, achter te komen.

## 1.2: Probleemstelling en opzet

Na enig onderzoek kwam ik erachter dat er al zoveel over dit onderwerp geschreven was dat ik mij af vroeg of er überhaupt nog iets onduidelijk is over de onzakelijke lening. Ik heb daarom besloten om alle relevante jurisprudentie, artikelen en commentaren in een duidelijk overzicht te zetten waardoor ik vanzelf de nog eventuele problemen tegen zal komen. De probleemstelling van deze scriptie zal dan ook zijn:

*“In hoeverre resulteert de onzakelijke lening nog tot problemen in de praktijk?”*

In hoofdstuk 2 zal ik het theoretisch kader uiteenzetten. Hierin benoem ik alle relevante jurisprudentie van vóór de onzakelijke lening en zal ik alle relevante begrippen toelichten.

In hoofdstuk 3 zal ik ingaan op de onzakelijke lening waarbij ik uiteenzet wanneer er sprake is van een onzakelijke lening.

In hoofdstuk 4 zal ik de gevolgen van deze kwalificatie tot onzakelijke lening uiteenzetten.

---

<sup>1</sup> R.P.C. Cornelisse en G.J.W.M. Derckx, De onzakelijke geldlening (door moeder aan dochter) bestaat niet, wel de onzakelijke investering, WFR 2011/488

In hoofdstuk 5, tevens het laatste hoofdstuk, zal ik een samenvatting geven waarna ik tot een conclusie kom met betrekking tot de probleemstelling.

## Hoofdstuk 2: Theoretisch kader

### 2.1: Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de vraag wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. Allereerst zal ik de begrippen totaalwinst en 'at arm's length' behandelen, dit omdat deze begrippen erg relevant zijn voor het begrijpen van de onderbouwing van de onzakelijke lening. Vervolgens zal ik ingaan op het verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Waarna ik toe zal komen aan het begrip onzakelijke lening.

#### 2.2.1: Totaalwinst

Het totaalwinstbeginsel is vastgelegd in art. 3.8 Wet Inkomstenbelasting 2001 (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*. Krachtens art. 8 Wet Vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB) is het totaalwinstbegrip ook van toepassing op de winstbepaling in de Wet VPB 1969. Onder voordelen wordt hierbij het saldo van de opbrengsten en kosten verstaan. Het is in de loop der jaren een ruim begrip geworden. Dit kwam door jurisprudentie van de Hoge Raad (HR). Zo wees de HR een arrest waarbij een onderneming voordeel behaalde bij de verkoop van een onroerende zaak<sup>2</sup>. Volgens de HR deed het er niet aan af dat de voordelen opkwamen buiten de eigenlijke bedrijfsuitoefening. Doorslaggevend was dat de onderneming belanghebbende in staat heeft gesteld het voordeel te behalen.

Tot de winst behoort niet het door de winstgenieter zelf ingebrachte/opgenomen kapitaal. Deze vermogensvoortgang/-achteruitgang is namelijk niet verkregen met de uitoefening van de onderneming en valt daarmee, krachtens art. 3.8 Wet IB 2001, niet in de totaalwinst.

---

<sup>2</sup> HR 16 april 1930, B. 4726.

Met het arrest BNB 1954/130<sup>3</sup>, welke in de inkomstenbelasting is geweest, gaf de HR invulling aan het begrip onttrekkingen. Onttrekkingen zijn die uitgaven welke gemaakt zijn voor de ondernemer persoonlijk. Kosten zijn die uitgaven welke gemaakt zijn met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming, aldus de HR in BNB 1959/67<sup>4</sup>. Het is niet aan de inspecteur om te beoordelen of de zakelijke uitgaven ook zakelijk verantwoord zijn. Dit werd beslist in BNB 1955/348<sup>5</sup>. In de arresten HR BNB 1983/202<sup>6</sup> en HR BNB 2002/210<sup>7</sup>, welke respectievelijk bekend staan als het eerste en tweede Cessna-arrest, heeft de HR het verschil tussen kosten en onttrekkingen verder gespecificeerd. Uitgaven worden alleen aangemerkt als kosten wanneer een weldenkend ondernemer deze uitgaven ook gemaakt zou hebben. Is het antwoord op deze vraag ontkennend dan zijn de uitgaven aan te merken als een onttrekking.

In HR BNB 2002/290<sup>8</sup> en HR BNB 2008/139<sup>9</sup>, welke respectievelijk bekend staan als het Renpaardenarrest en het Bentley-arrest, kiest de HR voor een andere benadering. In het Renpaardenarrest betrof het een uitzendbureau in de staalbranche welk twee renpaarden te boek had gesteld als bedrijfsmiddel. In het Bentley-arrest had belanghebbende 41 luxe auto's te boek gesteld als bedrijfsmiddel. In beide arresten vindt de HR het oordeel dat de uitgaven ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de belanghebbende werden gemaakt belangrijker dan dat de uitgave met het oog op zakelijke belangen zijn gemaakt. De gemaakte uitgaven waren dus onttrekkingen en mochten niet ten laste van de winst worden gebracht. Annotator *Albert is* van mening dat het Cessna-criterium<sup>10</sup> na HR BNB 2008/139 niet meer van toepassing is<sup>11</sup>. Zowel *De Beer*<sup>12</sup> als *Hemels*<sup>13</sup> sluiten zich hierbij aan. *Vermeulen* merkt echter, naar mijn mening terecht, op dat het Cessna-criterium wel kan blijven dienen als hulpmiddel in specifieke gevallen en daarmee niet volledig vervalt<sup>14</sup>.

---

<sup>3</sup> HR 17 maart 1954, nr. 11 752, BNB 1954/130.

<sup>4</sup> HR 31 december 1958, nr. 13 830, BNB 1959/67.

<sup>5</sup> HR 5 oktober 1955, nr. 12 507, BNB 1955/348.

<sup>6</sup> HR 9 maart 1983, nr. 21 163, BNB 1983/202.

<sup>7</sup> HR 8 maart 2002, nr. 36 292, BNB 2002/210.

<sup>8</sup> HR 14 juni 2002, nr. 36 453, BNB 2009/290.

<sup>9</sup> HR 18 april 2008, nr. 07/10035, BNB 2008/139.

<sup>10</sup> Cessna criterium: "Uitgaven worden alleen aangemerkt als kosten wanneer een weldenkend ondernemer deze uitgaven ook gemaakt zou hebben."

<sup>11</sup> P.G.H. Albert, Noot, HR 18 april 2008, nr. 07/10035, BNB 2008/139.

<sup>12</sup> A.M.A. de Beer, Heeft de Hoge Raad de Cessna ingeruild voor een Bentley? MBB 2008/12.

<sup>13</sup> S.J.C. Hemels, Commentaar, HR 18 april 2008, nr. 07/10035, NTFR 2008/761.

<sup>14</sup> H. Vermeulen, Studenteneditie Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, Vpb.2.0.5.A.d1.

Door bovenstaande wordt de totale winst als volgt bepaald;

*Eindvermogen -/- Beginvermogen + Onttrekkingen -/- Stortingen = Totaalwinst*

### **2.2.2: 'At arm's length'-beginsel**

Om tot een correcte jaar- en totaalwinst te komen is het handelen met zakelijke voorwaarden van cruciaal belang. Bij het handelen tussen derden vindt het handelen met zakelijke voorwaarden (vanzelfsprekend) wel plaats. Dit omdat zij er geen belang bij hebben om de andere partij een voordeel te gunnen. Tussen gelieerde partijen is dit belang anders. Om tot een correcte (totaal)winst te komen moeten partijen elkaar zakelijke prijzen in rekening brengen. Dit gebeurt via het zogenoemde 'at arm's length'-beginsel. Wijken partijen af van dit 'at arm's length'-beginsel, doordat zij onzakelijke prijzen in rekening brengen voor diensten en/of goederen die onderling geleverd zijn, dan zullen zij deze transactie naar zakelijkheid moeten corrigeren. Met deze correctie wordt de transactie 'at arm's length' waardoor de correcte bedragen in aanmerking worden genomen. Dit resulteert in een juiste (totaal)winst.

Met HR BNB 1978/252<sup>15</sup> wees de HR voor het 'at arm's length'-beginsel een belangrijk arrest. In het arrest, bekend als het Zweedse grootmoeders-arrest, verstrekt de moeder van belanghebbende een renteloze lening aan de dochter van belanghebbende. Belanghebbende en dochter vormden een fiscale eenheid. De reden van het ontbreken van een rente was het concernbelang. De HR was hier van mening dat een derde deze lening nooit zo had verstrekt. Om deze reden moest de dochter een correctie naar zakelijkheid doorvoeren. Dit had tot gevolg dat dochter de niet betaalde rente ten laste van de winst moest brengen. De winst wordt hiermee geschoond van elk aandeelhoudersbelang. Hiermee moest, in de lijn van de totaalwinst, de niet betaalde rentekosten als een informele kapitaalstorting worden aangemerkt bij moeder. Dit omdat het voordeel niet voortkwam uit de ondernemingsactiviteiten, maar uit het concernbelang. Uiteraard is een correctie in omgekeerde situatie ook mogelijk. Dit kan via een verkapte winstuitdeling.

---

<sup>15</sup> HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

Na het Zweedse grootmoeders-arrest volgden nog verschillende arresten (bekend als de nieuwe kostenarresten) waarin de HR verdere invulling gaf aan het 'at arm's length'-beginsel<sup>16</sup>. Tot en met 1 januari 2002 kon de fiscus corrigeren naar het 'at arm's length'-beginsel met behulp van jurisprudentie, art. 8 Wet VPB 1969 en art. 9 OESO-Modelverdrag. Vanaf 1 januari 2002 heeft de wetgever ervoor gekozen om het 'at arm's length'-beginsel te codificeren in art. 8b Wet VPB 1969. Zij sluit hierbij volledig aan met art. 9 OESO-Modelverdrag<sup>17</sup>.

### **2.3: Eigen vermogen en vreemd vermogen**

In het civiele recht ontbreekt zowel de definitie van het eigen vermogen (hierna: EV) als die voor vreemd vermogen (hierna: VV). Een lening, de bekendste vorm van VV, wordt wel benoemd in het civiele recht. Dit staat in art. 7a:1791 Burgerlijk Wetboek en luidt als volgt;

*“Verbruikleening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.”*

Uit bovenstaande tekst blijkt dat voor de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking tot een lening de terugbetalingsverplichting doorslaggevend. Ook voor de HR is deze terugbetalingsverplichting het cruciale kenmerk wat van een geldverstrekking een lening maakt. Het doet er daarbij niet aan af of de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is<sup>18</sup>.

De HR ging met het Kaspische-Zeeboringenarrest<sup>19</sup> zelfs nog verder. Het betrof hier een geldlening van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij. Civielrechtelijk bestond hier een terugbetalingsverplichting. Er was alleen geen zekerheid gesteld en er was geen limiet van de looptijd afgesproken. De kans dat de moedermaatschappij haar geld terug zou zien was daarom alles behalve zeker. Er bestond dus welliswaar een

---

<sup>16</sup> HR 8 juli 1986, nr. 23 315, BNB 1986/293; HR 8 juli 1986, nr. 23 426, BNB 1986/294 en HR 8 juli 1986, nr. 23 442, BNB 1986/297.

<sup>17</sup> Besluit Verrekenprijzen, 30 maart 2001, BNB 2001/286 en Kamerstukken II, 28034, nr. 5, blz. 48.

<sup>18</sup> HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJV AE7005.

<sup>19</sup> HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.



terugbetalingsverplichting maar de kans dat deze verplichting nagekomen zou worden was zeer klein. Het is daarom de vraag of dit dan niet als EV gekwalificeerd moet worden. Toch koos de HR er voor om de hoofdlijn te volgen en daarmee de civielrechtelijke kwalificatie. De lening was dus fiscaalrechtelijk gewoon VV.

Deze terugbetalingsverplichting ontbreekt bij het verstrekken van kapitaal. Dit is dan ook het verschil tussen EV en VV wat betreft de civielrechtelijke kwalificatie.

Met het arrest HR BNB 1988/217<sup>20</sup> heeft de HR voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van EV en VV aansluiting gezocht bij de civielrechtelijke kwalificatie. De beloning voor het ter beschikking stellen van vermogen dat fiscaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als EV is dividend en mag niet ten laste van de winst worden gebracht. Het is dus een uitdeling die geen invloed heeft op de belastbare winst. De beloning voor het ter beschikking stellen van vermogen dat fiscaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als VV is rente en mag wel ten laste van de winst worden gebracht. Daarmee is de beloning op vreemd vermogen dus wel van invloed op de hoogte van de belastbare winst.

Hoewel de HR met de fiscaalrechtelijke kwalificatie aansluit bij de civielrechtelijke kwalificatie van EV of VV zijn er toch uitzonderingen. Er zijn in totaal drie uitzonderingen: de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemloze-putlening.

### **2.3.1: De schijnlening**

In HR BNB 1988/217<sup>21</sup> benoemde de HR de schijnlening. Het ging hier om een lening die civielrechtelijk tot het VV behoort, maar fiscaalrechtelijk werd gekwalificeerd als EV. Als alleen naar de uiterlijke schijn sprake is van een lening terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen<sup>22</sup> wordt, het fiscaalrechtelijk gekwalificeerd als een kapitaalverstrekking en daarmee als EV. De criteria voor een schijnlening zijn<sup>23</sup>:

- er wordt geen rente bedongen;
- een aflossingsschema ontbreekt;

---

<sup>20</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>21</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>22</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>23</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217; HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196.

- er zijn geen afspraken over de rentebetaling.

Indien aan de bovenstaande criteria wordt voldaan, is er sprake van een schijnlening en zal de geldverstrekking fiscaalrechtelijk worden behandeld als EV.

### **2.3.2: De bodemloze-putlening**

In HR BNB 1988/217<sup>24</sup> ging het over een moedervennootschap die aan haar noodlijdende dochter een lening verstrekke. Vervolgens waardeerde de moedervennootschap deze lening af. Dit omdat de kans dat een noodlijdende vennootschap kan voldoen aan haar terugbetalingsverplichting erg klein is. De HR was van mening dat het de moedervennootschap, bij het verstrekken van de lening, reeds aanstonds duidelijk geweest moet zijn dat de verstrekte geldlening niet of gedeeltelijk niet kon worden terugbetaald. Om deze reden heeft het vermogen de moedervennootschap blijvend verlaten<sup>25</sup>. De civielrechtelijke kwalificerende geldlening zal daarom fiscaalrechtelijk gekwalificeerd moeten worden als EV. Het eventuele afwaarderen van deze lening valt dus in de kapitaalsfeer en valt daarmee onder de deelnemingsvrijstelling.

### **2.3.3: De deelnemerschapslening**

In HR BNB 1988/217<sup>26</sup> heeft de HR ook de deelnemerschapslening benoemd. Hiermee beschreef de HR een civielrechtelijk kwalificerende lening waarbij de schuldeiser “in zeker mate deel heeft” in de schuldenaar<sup>27</sup>. Enige onduidelijkheid was er wel bij het begrip “in zeker mate deelnemen”. Met onder andere HR BNB 1998/209 gaf de HR een duidelijke omschrijving van de criteria. Deze zijn als volgt:

- er is een winstafhankelijke vergoeding<sup>28</sup>
- de schuldeiser is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers
- er is geen vaste looptijd afgesproken. Indien de looptijd langer dan 50 jaar is, wordt deze gelijkgesteld aan geen vaste looptijd<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>25</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>26</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

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

<sup>28</sup> HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.

<sup>29</sup> HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.

Wordt er cumulatief voldaan aan bovenstaande criteria, dan neemt de schuldeiser in zekere mate deel in de schuldenaar en wordt het civielrechtelijk gekwalificeerde VV fiscaalrechtelijk gekwalificeerd als EV. Sinds 1 januari 2007 is de deelnemerschapslening gecodificeerd in art. 10 lid 1 sub d Wet VPB 1969 (en voor de inkomstenbelasting in art. 3.3, derde lid Wet IB 2001).

## **2.4: Conclusie**

In dit hoofdstuk is de fiscaalrechtelijke kwalificatie van EV en VV behandeld. Bij deze fiscaalrechtelijke kwalificatie wordt in de hoofdregel aansluiting gezocht bij de civielrechtelijke kwalificatie. Het voornaamste verschil tussen de civielrechtelijke kwalificatie van EV en VV is de terugbetalingsverplichting die VV vereist. Ontbreekt deze verplichting, dan wordt het gekwalificeerd als EV.

Uit de wetgeving en de jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de fiscaalrechtelijke kwalificatie in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie volgt. Dit gaat zo ver dat de civielrechtelijke kwalificatie bijna altijd doorslaggevend is. Hierop zijn echter wel drie uitzonderingen gevormd, zijnde:

- Het doel van de lening is eigenlijk het verstrekken van EV (schijnlening); of
- reeds aanstonds duidelijk was dat het bedrag volledig of deels niet terugbetaald kon worden (bodemlozeput-lening); of
- cumulatief wordt voldaan aan de door jurisprudentie gecreëerde voorwaarden (deelnemerschapslening), zijnde:
  - o een winstafhankelijke vergoeding.
  - o de schuldeiser is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers.
  - o Er is geen vaste looptijd afgesproken. Indien de looptijd langer dan 50 jaar is wordt deze gelijkgesteld aan geen vaste looptijd.

Ook is het at 'arm's length'-beginsel in dit hoofdstuk behandeld. Indien een geldverstrekking wordt verleend, is voor in gelieerde gevallen van belang dat er wel zakelijk wordt gehandeld. Als dit niet gebeurt, dan worden de voorwaarden waartegen is geleend zakelijk gemaakt. Dit gebeurt met behulp van art. 8b Wet VPB 1969.

## **Hoofdstuk 3: De onzakelijke lening**

### **3.1: Inleiding**

Zoals hiervoor is benoemd, sluit de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een lening zich aan bij de civielrechtelijke kwalificatie. Dit met uitzondering van de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Ook zal ik in dit kader een fraus legis uitspraak uiteenzetten. De HR heeft nog een uitzondering gemaakt op de fiscaalrechtelijke kwalificatie die niet de civielrechtelijke kwalificatie volgt, namelijk de onzakelijke lening. In dit hoofdstuk zal ik deze onzakelijke lening uiteenzetten. Ik zal als eerste de oorspronkelijke onzakelijke lening behandelen. Daarna zal ik alle vragen die zich hebben opgeworpen behandelen. In dit hoofdstuk zal ik daardoor ook alle relevante jurisprudentie erbij betrekken die na het onzakelijke lening arrest is geweest.

### **3.2: De onzakelijke lening**

De HR deed met BNB 2008/191<sup>30</sup> een bijzondere uitspraak. Het arrest staat tegenwoordig ook wel bekend als het onzakelijke lenings-arrest. In het arrest waren de aandelen in belanghebbende tegen uitgifte van certificaten van aandelen overgedragen aan een stichting administratiekantoor. De certificaathouders van belanghebbende waren ook de houders van de certificaten van aandelen van F B.V. In 1995 besloot een groep certificaathouders dat zij van haar belang in F B.V. af wilden. Omdat de overige certificaathouders niet de middelen hadden om de groep uit te kopen, werd er besloten om een overnamevennootschap op te zetten, zijnde G Holding B.V (hierna: G). Belanghebbende leende geld uit aan G, waarna G de certificaten van de groep certificaathouders overkocht. Er was geen leningsovereenkomst of aflossingsschema opgesteld. Ook waren er op geen manier zekerheden gesteld. De holding beschikte over geen andere activa, de terugbetaling was dus volledig afhankelijk van de dividenduitkering van belanghebbende aan G. G faalde er echter in om alle certificaten van aandelen over te kopen waardoor de opzet mislukte. Belanghebbende wilde de lening afwaarderen. De belastingdienst weigerde deze afwaardering.

---

<sup>30</sup> HR 9 mei 2008, nr 43 849, BNB 2008/191.

De HR oordeelde het volgende:

“Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan een 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. Een eventueel verlies op de geldlening kan in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap worden gebracht.”<sup>31</sup>

Omdat het niet vooraf vaststond dat de lening niet terugbetaald zou worden is het geen bodemlozeputlening. Krachtens de totaalwinstconceptie van art. 3.8 wet IB wordt de winst verkregen door voordelen uit een onderneming. Het debiteurenrisico is aanvaard om de aandeelhouder te dienen. Elke vorm van ondernemen ontbreekt hier. Het feit dat de verarming die belanghebbende in zijn aangifte aangeeft niet voortvloeit uit de ondernemingsuitoefening, doet Albert van mening zijn dat de HR hier juist handelt door de afwaardering van de lening aan te zien als een onttrekking voor andere bedrijfsdoeleinden<sup>32</sup>.

### **3.3: Wanneer is er sprake van een onzakelijke lening?**

Op 25 november 2011 wees de HR, wat betreft de onzakelijke lening drie belangrijke arresten<sup>33</sup>. Veel onduidelijkheden werden hier weggenomen. Onder andere over de omstandigheid wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. Veel jurisprudentie volgde hierna<sup>34</sup>. In deze paragraaf zal ik uiteenzetten wanneer er sprake is van een onzakelijke lening.

---

<sup>31</sup> HR 9 mei 2008, nr 43 849, BNB 2008/191.

<sup>32</sup> P.G.H. Albert, Noot, HR 9 mei 2008, nr 43/849, BNB 2008/191.

<sup>33</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37; HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38 en HR 25 november 2011, nr. 10/04588 BNB 2012/78.

<sup>34</sup> o.a. HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11; HR 2013, nr. 11/03249, V-N 2013/22.17 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, V-N 2013/22.11.

### 3.3.1: Herkwalificeren van de geldverstrekking

In het arrest BNB 2012/37<sup>35</sup> stelde de HR het volgende voorop;

*“Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt in drie gevallen uitzondering, te weten:*

- 1. Schijnlening*
- 2. Deelnemerschapslening*
- 3. Bodemlozeputlening*

*Het past niet in het wettelijk systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt.”*

De HR is van mening, zoals te lezen is in de laatste volzin van bovenstaande uitspraak, dat een vierde uitzondering niet in het wettelijke systeem past. In de onzakelijke lening situatie is er een debiteurenrisico aanvaard wat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. Ook hier kiest de HR er dus voor om de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking de civielrechtelijke kwalificatie te volgen<sup>36</sup>. Ook is de aflossingsverplichting, zoals werd benoemd in het Kaspische zeeboringenarrest<sup>37</sup>, bij de kwalificatie tot lening dus nog steeds beslissend.

In BNB 2013/64 heeft de HR aangegeven dat de volledige lening zakelijk of onzakelijk is<sup>38</sup>. Een splitsing in een zakelijk gedeelte en een onzakelijk gedeelte is dus niet mogelijk.

Als de lening niet valt onder de schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening is er fiscaalrechtelijk sprake van VV. Hierdoor is de rente op dit VV in beginsel aftrekbaar. Toch heeft het Hof met het LJN BW7073 nog een tussenstap gecreëerd voor de uiteindelijke aftrekbaarheid van de rente<sup>39</sup>. Zo was het Hof van mening dat als de doorslaggevende beweegreden voor het aangaan van de lening ligt in

---

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

<sup>36</sup> Dit is helemaal in lijn met het arrest HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>37</sup> HR 8 September 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

<sup>38</sup> HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.

<sup>39</sup> Hof 's-Gravenhage 22 december 2010, 11/00009, LJN BW7073.

het ontlopen van toepassing van een artikel uit de Wet VPB er dan sprake is van wetsontduiking. Is er sprake van wetsontduiking, ook wel *fraus legis* genoemd, dan is de renteaftrek alsnog niet mogelijk. De HR verklaarde het beroep in cassatie ongegrond<sup>40</sup>

### **3.3.2:           Corrigeren van de rente**

Als er een debiteurenrisico is aanvaard welke een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard moet het niet zakelijke van de lening gecorrigeerd worden door middel van het 'at arm's length' maken van de lening. Deze correctie mag alleen worden toegepast op de rentecomponent. De overige leningsvoorwaarden zoals de zekerheden die zijn gesteld en de looptijd van de lening mogen hierbij niet worden aangepast<sup>41</sup>. Dit omdat de HR van mening is dat als er meer verandert dan alleen de rente er sprake is van een ander soort lening<sup>42</sup>. In de praktijk zal er dus een derde gevonden moeten worden die onder dezelfde zekerheden en looptijd maar wel met een ander (vaak hoger) rentetarief deze lening aan zou willen gaan. Dit rentetarief zal dan door zowel de debiteur als de crediteur in aanmerking genomen moeten worden bij de fiscale winstberekening.

Bij het zoeken naar deze derde hoeft niet alleen gekeken te worden naar banken. Het is ook voldoende als andere partijen, waaronder private equity partijen, deze lening aan zouden willen gaan. Dit werd bepaald door de Rechtbank Arnhem op 6 december 2012<sup>43</sup>.

De HR stelt nog een andere eis aan de 'at arm's length'-correctie. De gecorrigeerde rente mag niet zo hoog worden dat deze in wezen winstdelend wordt<sup>44</sup>. De eis leidde tot veel commentaar in de literatuur, zo werd in de noot van V-N 2011/63.10 gerefereerd aan een probleem dat kan opkomen in de praktijk<sup>45</sup>. De HR redeneerde dat er of een lening bestaat met vaste rente of een lening met winstdelende rente. In de praktijk zijn er echter diverse tussenvormen. Zo kan gedacht worden aan leningen met een warrant of een conversierecht, ook zijn er leningen die naast een vast rentepercentage ook een winstafhankelijke vergoeding bevatten. In de uitspraak van Hof Amsterdam op 7 juni

---

<sup>40</sup> HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213.

<sup>41</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, Punt 3.3.2.

<sup>42</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, Punt 3.3.2.

<sup>43</sup> Rechtbank Arnhem, 6 december 2012, AWB 12/1704, LJN: BY5041.

<sup>44</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, Punt 3.3.2.

<sup>45</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, V-N 2011/63.10.

2012<sup>46</sup> ging het om een rente die pas betaald hoefde te worden als de resultaten van het bedrijf dit toe lieten. In zeker zin dus ook een winstafhankelijke rente, hoewel de lening een vast rentepercentage bevat. Er bestaat dus een soort grijs gebied waar de HR in het arrest geen rekening mee houdt.

De HR is van oordeel dat een aanpassing naar een in wezen winstdelende rente het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen zou aantasten. Dit levert een ander vraagstuk op. Zo is *Albert* van mening dat als oorspronkelijk een winstafhankelijke rente overeen is gekomen en een derde tegen deze rente ook de lening zou aangaan, er toch sprake is van 'at arm's length' en daarom de lening niet gezien mag worden als onzakelijk<sup>47</sup>. Er wordt hier uiteraard van uitgegaan dat het niet gaat om een deelnemerschapslening. De redactie van het Vakstudienieuws is van mening dat de winstdelende rente alleen op gaat als niet onzakelijk indien een derde ook bereid zou zijn geweest een dergelijke lening te verstrekken tegen een vaste rente<sup>48</sup>. Dit is restrictiever dan het standpunt van *Albert*. Als er namelijk alleen een derde te vinden is die een winstafhankelijke rente accepteert en dus niet een vaste rente gaat de visie van Vakstudienieuws niet op. *Albert's* standpunt kan hier wel voldoen. Ik kan mij het meest vinden in de mening van *Albert* omdat het aanpassen van het rentepercentage van een lening waarbij de rente al winstafhankelijk was het karakter van de lening niet aantast.

De HR geeft aan dat:

“- behoudens het rentepercentage- er uitgegaan moet worden van wat partijen overeen zijn gekomen. Met dat uitgangspunt strookt niet dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening in wezen winstdelend zou worden. Dan zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen worden aangetast.”<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Hof Amsterdam, 7 juni 2012, nr. 09/00118 en 09/00125, LJN: BW8788.

<sup>47</sup> P.G.H. Albert, punt 13, Noot, HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>48</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, V-N 2011/63.10.

<sup>49</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.



*Marres* gaat zelfs zo ver dat, als de partijen in de overeenkomst een winstafhankelijke rente overeen zijn gekomen, de aanpassing van deze winstafhankelijke rente het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen naar zijn mening niet aantast<sup>50</sup>. De correctie van een winstafhankelijk rente van 5% naar 7% zou dan dus resulteren in een at 'arm's length'-correctie waardoor de lening niet als onzakelijk gekwalificeerd wordt. Naar mijn mening is ook dit juist. De HR geeft duidelijk aan dat het karakter van de lening niet aangetast mag worden. In dit geval blijft het karakter naar mijn mening gewoon intact.

### **3.3.3: Aandeelhouderschap en de onzakelijke lening**

Zoals eerder benoemd vereist de HR voor een onzakelijke lening een zekere vorm van gelieerdheid. Het debiteurenrisico zou anders ook niet geaccepteerd kunnen worden om de aandeelhouder te dienen. De vraag die dan rijst is wanneer er sprake is van voldoende gelieerdheid om te kunnen beweren dat het debiteurenrisico geaccepteerd is om de aandeelhouder te dienen. Veel duidelijkheid is hier tot dus ver niet over gegeven. Wat wel vast staat is dat een meerderheidsaandeelhouderschap in ieder geval geen vereiste is<sup>51</sup>.

Een denkbare situatie is die waarin het aangaan van de lening samenvalt met het ontstaan van de gelieerdheid<sup>52</sup>. Met de arresten van 3 mei 2013<sup>53</sup> oordeelde de HR voor zowel de inkomstenbelasting als voor de vennootschapsbelasting aparte arresten over deze situatie. In deze arresten was de HR van mening dat er geen sprake is van een onzakelijke lening als tegelijk met het aangaan van de lening een aandelenpakket wordt verkregen. Het aandeelhouderschap vloeit dan voort uit de lening en kan daarmee gezien worden als een vergoeding voor het aangaan van het debiteurenrisico. De Vakstudienieuwsredactie is zelfs van mening dat, als het aandelenbelang een essentiële voorwaarde was om tot de lening over te gaan, het nog steeds geen onzakelijke lening bevat. Hierbij is wel van belang dat het essentiële hiervan ligt in de compensatie voor de onzekerheid en niet om het verkrijgen van het aandelenbelang<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> O.C.R. Marres, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, WFR 2012/142.

<sup>51</sup> HR 9 mei 2008, nr. 42 849, BNB 2008/191, punt 3.5.

<sup>52</sup> A. Rozendal, Onzakelijke leningen en (toekomstig) aandeelhouderschap, Fed 2013/23.

<sup>53</sup> HR 23 mei 2013, nr. 11/03249, V-N 2013/22.14 en HR 23 mei 2013, nr. 12/04193, V-N 2013/22.11.

<sup>54</sup> Noot, HR 23 mei 2013, nr. 11/03249, V-N 2013/22.14.

De HR heeft in de twee arresten van 3 mei 2013 drie cumulatieve voorwaarden gesteld voor het uit de lening voortvloeiende aandeelhouderschap. De eerste voorwaarde is dat de crediteur voor het verstrekken van de lening nog geen aandeelhouder was. Dit is een logische voorwaarde aangezien op deze manier het aandeelhoudersbelang nog niet bestaat. Op deze manier kan daarom de gelieerdheid niet de reden zijn waarom het debiteurenrisico wordt aanvaard. Toch kan deze voorwaarde ook problemen opleveren. Zo is de Vakstudienieuwsredactie van mening dat een aandeelhouderschap zo gering kan zijn dat de relevantie van het aandeelhouderschap in twijfel getrokken kan worden<sup>55</sup>. Ook vragen zij zich af hoe het loopt als een verbonden lichaam al wel een aandelenbelang heeft. De redactie suggereert of het niet beter zou zijn om de uitzondering ook toe te passen als de crediteur, of een verbonden lichaam, slechts een minderheidsbelang heeft. Ik sluit mij aan bij de suggestie van de Vakstudienieuwsredactie. Naar mijn mening kan deze voorwaarde zijn doel voorbij schieten. Er zijn situaties denkbaar waarbij een lening verstrekt wordt door een aandeelhouder met een verwaarloosbaar aandelenbezit waardoor de lening kwalificeert als een onzakelijke lening. Dit terwijl het debiteurenrisico in dit geval moeilijk te verbinden is met het aandeelhoudersbelang aangezien het belang verwaarloosbaar is. Het aansluiten bij het minderheidsbelang lijkt mij dan ook een logische en praktische voorwaarde.

De tweede voorwaarde, benoemd in de arresten, is dat de crediteur door de verkregen aandelen tijdens het verstrekken van de lening medegerechtigd wordt tot de winst van de onderneming. De HR kiest voor het verband hiertussen de volgende bewoording; “in het kader van die geldverstrekking<sup>56</sup>”, waardoor de medegerechtigheid dus voort moet vloeien uit de geldverstrekking. Dit is een logische voorwaarde gezien het feit dat alleen op deze manier kan worden aangenomen dat de verkregen winstgerechtigheid als compensatie geldt voor het verkregen hoge debiteurenrisico.

De laatste eis is dat de (gezamenlijke) meerderheidsaandeelhouders geen leningen mogen verstrekken aan de onderneming. Als de meerderheidsaandeelhouders geen

---

<sup>55</sup> Noot, HR 23 mei 2013, nr. 11/03249, V-N 2013/22.14.

<sup>56</sup> HR 23 mei 2013, nr. 11/03249, V-N 2013/22.14.

geldleningen verstrekken, profiteren zij van het feit dat de crediteur de onzakelijke lening aangaat. Dit terwijl de crediteur relatief weinig meedingt in de winst. Indien de meerderheidsaandeelhouders ook een geldlening aan zouden gaan, zal de geldverstrekker daarom ook eerder bereid zijn een hoog risico te accepteren<sup>57</sup>.

### 3.3.4: Groepsgaranties

De HR benoemde in één van de drie 25 november arresten voor het verzakelijken van de onzakelijke lening de borgstellinganalogie<sup>58</sup> (hierover later meer). Om deze reden is de vraag opgekomen of borgstellingen en/of garanties in concernverband ook, onder de onzakelijke omstandigheden, beschouwd kunnen worden als onzakelijk. *Ligthart* is van mening dat er in een borgstelling sprake kan zijn van een onzakelijk debiteurenrisico en dat de 25 november 2011 arresten dan ook opgaan voor de onzakelijke borgstelling<sup>59</sup>.

Met het arrest BNB 2013/109<sup>60</sup> gaf de HR duidelijkheid over deze garantstellingen. De HR vond dat een verlies dat voortkomt uit de hoofdelijke aansprakelijkheid op een aan het concern verleende kredietarrangement niet ten laste van de winst gebracht mag worden. Het Hof oordeelde dat de belanghebbende door het aangaan van de garantstelling een debiteurenrisico heeft geaccepteerd welk een derde nooit had geaccepteerd. De garantstelling was aangegaan vanwege aandeelhoudersmotieven en daarom was het verlies niet ten laste van de winst te brengen. De HR was het hiermee oneens. De HR was van mening dat het Hof onterecht niet heeft getoetst of er wat betreft de garantstelling geen sprake was van bijzondere omstandigheden. De HR stelt dat de oorzaak van deze garantstelling de vennootschappelijke betrekking was. Het gaat hierbij dus niet zozeer om alleen de directe aandeelhouder maar om het volledige concern. Hierin zit een nuance verschil tussen het Hof en de HR. Het Hof spitste in zijn uitspraak toe op het directe aandeelhoudersbelang. Het resultaat van deze handelingen komt door middel van het totaalwinstbeginsel daarom in de kapitaalsfeer terecht en kan niet ten laste van de fiscale winst worden gebracht. *Ligthard* geeft naar mijn mening ook terecht aan dat de HR er goed aan doet om de onzakelijke leningjurisprudentie achter wegen te

---

<sup>57</sup> I.M. De Groot, De (on) zakelijke lening arresten van 3 mei 2013, FED 2013/50.

<sup>58</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>59</sup> N.M. Ligthart, De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!, NTFR 2012/6.

<sup>60</sup> HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, BNB 2013/109.

laten<sup>61</sup>. De onzakelijke lening ziet op de rechtshandeling waarin er een onzakelijk debiteurenrisico wordt aanvaard waardoor er dus geen zakelijk argument in de rechtshandeling schuilt, aldus *Ligthard*. In het onderhavige arrest ontbreekt er naar mijn mening niet elk zakelijk argument. Belanghebbende kan door het verstrekken van de garantie voordeliger lenen. Dit was hem op zichzelf waarschijnlijk nooit gelukt.

### **3.3.5: Terbeschikkingstelling**

In BNB 2012/78 gaf de HR meer duidelijkheid over de onzakelijke lening in de inkomstenbelasting en meer specifiek de onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsregeling<sup>62</sup>. De HR oordeelde dat de onzakelijke lening jurisprudentie ook van toepassing kan zijn op leningen die een directeur-groot aandeelhouder (DGA) aan zijn eigen vennootschap verstrekt.

Hierna kwam de vraag of de onzakelijke lening jurisprudentie ook van toepassing was als niet de DGA maar een verbonden persoon een lening aan de vennootschap verstrekte, de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De HR heeft zich hier nog niet over uit gelaten. Wel is er een uitspraak van Hof Arnhem geweest<sup>63</sup>. Het betrof een moeder (belanghebbende) die geld leende bij een bank en dit direct doorleende aan de vennootschap van haar zoon. Toen de vennootschap failliet werd verklaard wilde belanghebbende de oninbare geworden lening als negatief resultaat opvoeren in haar aangifte inkomstenbelasting. De inspecteur weigerde dit. Bij het verstrekken van de lening was geen schriftelijke overeenkomst opgesteld, ontbrak een aflossingsschema en werden er geen zekerheden gesteld. De rente tussen de belanghebbende en de vennootschap was even hoog als de rente tussen belanghebbende en de bank; enige (zakelijke) renteopslag ontbrak. Het Hof was van mening dat het arrest BNB 2012/78 genoeg steun bood om het desbetreffende arrest ook voor de ongebruikelijke terbeschikkingstelling van toepassing te laten zijn. Onder verwijzing naar art. 81 Wet op de Rechterlijke Organisatie verklaarde de HR het cassatieberoep ongegrond.

---

<sup>61</sup> N.M. Ligthart, "To whom it may concern": de zakelijkheid van een concernfinanciering, NTFR Beschouwingen 2013-17.

<sup>62</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>63</sup> Hof Arnhem 17 januari 2012, nr. 11/00294.

### 3.3.6: Toetsingsmoment

In de 25 november arresten laat de HR zich uit over het toetsingsmoment; op het moment van het aangaan van de lening moet er namelijk getoetst worden of het een onzakelijke lening betreft. Is dit niet het geval dan is de crediteur nog niet helemaal veilig; als deze crediteur namelijk onzakelijk handelt kan de lening gedurende de looptijd alsnog een onzakelijke lening worden.

Lange tijd was er veel onduidelijkheid over de precieze invulling van de term 'onzakelijk handelen'. De voornaamste vraag was of het nalaten om te handelen ook gezien kon worden als een onzakelijke handeling<sup>64</sup>. Op 1 maart 2013 deed de HR uitspraak waarbij er meer duidelijkheid kwam over het onzakelijk handelen<sup>65</sup>. Het arrest geeft als toetsingsmoment voor een onzakelijke lening het moment van aangaan van de lening. Indien er onzakelijk gehandeld wordt door de crediteur kan de lening alsnog onzakelijk worden. De bewijslijst ligt hierbij bij de inspecteur. De inspecteur moet daarbij twee punten aannemelijk maken namelijk:

1. De crediteur heeft handelingen achterwege gelaten die een derde wel zou hebben genomen om zijn vordering veilig te stellen
2. Voor de handelingen die een derde wel zou hebben genomen moet de inspecteur aannemelijk maken dat deze ook zouden leiden tot het veiligstellen van de lening

Indien voldaan wordt aan de twee bovenstaande punten is het in zoverre geleden verlies door de belanghebbende niet aftrekbaar<sup>66</sup>.

Door de woordkeuze "in zoverre aftrekbaar" is er weer onduidelijkheid ontstaan in de literatuur. Het lijkt er namelijk op dat de HR hiermee de in de 25 november arresten gekozen toetsing los heeft gelaten. Een lening was namelijk volledig onzakelijk of volledig zakelijk. *Egelie* benoemt de mogelijkheid dat deze splitsing onder de "bijzondere omstandigheden" geschaard kan worden van de 25 november arresten<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Vakstudienieuwsredactie, Noot, 25 november 2011, nr. 08/05323, V-N 2011/63.10.

<sup>65</sup> HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, BNB 2013/148.

<sup>66</sup>HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, BNB 2013/148. Par. 3.4.1.

<sup>67</sup> W.F.E.M. Egelie, Noot, 1 maart 2013, nr. 12/03088, NTFR 2013/490.

Daarnaast merkt de Vakstudienieuws-redactie op dat door de verschillende toetsingsmomenten er een zekere compartimentering bestaat<sup>68</sup>. Verliezen tijdens de zakelijke periode mogen ten laste van de winst worden gebracht terwijl verliezen die tijdens de onzakelijke periode opgekomen zijn mogen niet ten laste van de winst gebracht worden.

Of het mogelijk is dat een onzakelijke lening door het handelen van de crediteur zakelijk kan worden is echter nog onbekend. Volgens *Marres* is dit mogelijk; wel moet dit voortkomen uit het ingrijpen van de crediteur. De leningsvoorwaarde moeten bijvoorbeeld aangepast worden wil de onzakelijke lening zakelijk worden. Een onzakelijke lening kan volgens hem niet, door bijvoorbeeld de conjunctuur, zonder ingrijpen van de crediteur zakelijk worden<sup>69</sup>.

### **3.3.7: Leningen aan dochter/zustervennootschappen**

Lange tijd was er veel onduidelijkheid over of de onzakelijke lening ook kon plaatsvinden indien hij in tegenovergesteld richting van BNB 2008/19170, dus een onzakelijke lening van moedervennootschap aan dochtervennootschap. Met BNB 2012/78 oordeelde de HR dat de onzakelijke lening ook van toepassing kon zijn van op een lening dan DGA aan zijn vennootschap<sup>71</sup>. De onzakelijke lening “omlaag” was dus mogelijk.

In het arrest BNB 2013/149 bevestigde de HR nog eens dat de onzakelijke lening “omlaag” mogelijk was<sup>72</sup>. Apart hierbij is wel dat de HR aangeeft dat het verlies op de onzakelijke lening buiten de winstberekening moet blijven omdat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. In BNB 2012/78 geeft de HR aan dat bij terbeschikkingstelling het verlies op de onzakelijke lening ook niet aftrekbaar is<sup>73</sup>. Hier is de deelnemingsvrijstelling helemaal niet van toepassing. Het is dus waarschijnlijk dat ook een verlies op een onzakelijke lening waarbij de deelnemingsvrijstelling niet van

---

<sup>68</sup> HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11

<sup>69</sup> O.C.R. Marres, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, WFR 2012/142.

<sup>70</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191

<sup>71</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>72</sup> HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.

<sup>73</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

toepassing is ook niet aftrekbaar is, echter zit hier nu wat twijfel in door de argumentatie van de HR in BNB 2013/149<sup>74</sup>.

### **3.4: Conclusie**

De onzakelijke lening is een lening waarbij de crediteur een debiteurenrisico heeft aanvaard welk een onafhankelijke derde nooit zou aanvaarden. Een onzakelijke lening kan zowel 'omhoog' als 'omlaag' plaatsvinden.

Indien de onzakelijke lening door middel van het aanpassen van de rente zo veranderd kan worden dat een onafhankelijke derde deze lening wel zou aangaan is de lening alsnog zakelijk. De rente mag daarbij alleen niet zo hoog worden dat deze winstafhankelijk wordt. Naar mijn mening wordt een lening ook zakelijk als een al winstafhankelijke rente gecorrigeerd wordt naar een (hogere) 'at arm's length' winstafhankelijke rente. Hierover heeft de HR zich nog niet over uitgelaten. Wordt een lening door bovenstaande zakelijk, dan moeten zowel de debiteur als crediteur deze rente in aanmerking nemen voor de fiscale winstberekening.

Om een bepaald debiteurenrisico te aanvaarden moet er sprake zijn van gelieerdheid. De HR is van mening dat het debiteurenrisico niet wordt aanvaard in de hoedanigheid van aandeelhouder op het moment dat de aandelen pas verkregen worden bij het aangaan van de lening. Het aanvaarde debiteurenrisico is dan een vergoeding voor het verstrekken van de lening. De HR heeft hier met de 3 mei arresten drie cumulatieve voorwaarden aan gesteld, namelijk:

1. De crediteur was voor het verstrekken van de lening nog geen aandeelhouder was.
2. De crediteur wordt door de verkregen aandelen medegerechtigd tot de winst.
3. De overige meerderheidsaandeelhouders verstrekken geen lening.

Er worden hier in de literatuur wel vragen over gesteld. Zo is de vraag hoe met de rechtsregel om te moeten worden gegaan indien een verbonden lichaam al wel een

---

<sup>74</sup> HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.

aandelenbelang heeft en wat te doen als er al een gering aandelenbelang in de beginsituatie aanwezig is.

De HR oordeelde dat het resultaat op garantstellingen niet ten laste van de fiscale winst gebracht mag worden. De HR kiest er hierbij wel voor om de onzakelijke leningsjurisprudentie opzij te leggen. Het resultaat komt door middel van het totaalwinstbeginsel in de kapitaalsfeer terecht waardoor dit alsnog niet in aftrek komt op de fiscale winst.

Een onzakelijke lening kan zich ook voordoen tussen een DGA en zijn vennootschap. Ook kan een onzakelijke lening ontstaan tussen een verbonden natuurlijk persoon van de DGA en de vennootschap, zo oordeelde de HR.

Of er wel of niet sprake is van een onzakelijke lening moet continue getoetst worden. Een zakelijke lening kan dus te allen tijde veranderen in een onzakelijke lening door het handelen of nalaten van de crediteur. Of een onzakelijke lening ook weer zakelijk kan worden is nog onbekend.



## **Hoofdstuk 4: Gevolgen van de onzakelijke lening**

### **4.1: Inleiding**

Indien een debiteurenrisico is aanvaard welk een derde onder dezelfde omstandigheden nooit zou hebben aanvaard en het niet mogelijk is om door een rente-correctie de lening alsnog zakelijk te maken, dan is het een onzakelijke lening. Zoals hierboven al is vermeld, is het gevolg van een onzakelijke lening dat een eventuele afwaardering op deze lening niet in mindering op de fiscale winst gebracht mag worden. Dit omdat de HR van mening is dat de afwaardering voortkomt uit aandeelhoudersmotieven en daarom niets met de onderneming te maken heeft.

Zoals in hoofdstuk 3 is geschreven blijft de onzakelijke lening kwalificeren als lening. Om tot een correcte totaalwinst te komen moet daarom een rente voor de fiscale winstberekening in aanmerking genomen worden.

In dit hoofdstuk zal ik de gevolgen van een de kwalificatie tot onzakelijke lening uiteenzetten. Ik zal allereerst ingaan op de rentecorrectie bij de onzakelijke lening. Daarna leg ik uit of de afwaardering wel of niet het opgeofferde bedrag verhoogt waarna ik afsluit met de gevolgen van het kwijtschelden van een onzakelijke lening.

### **4.2: Rentecorrectie bij de onzakelijke lening**

Aangezien de onzakelijke lening gekwalificeerd blijft als lening zal er een rente in aanmerking genomen moeten worden door zowel de crediteur als de debiteur, voor de fiscale winstberekening. Een onzakelijke lening is pas onzakelijk op het moment dat een derde onder vergelijkbare voorwaarden en omstandigheden maar met een ander rente percentage de lening niet zou willen verstrekken. Een rente op een onzakelijke lening is dus moeilijk vast te stellen. De HR stelt in rechtsoverweging 3.3.4 van HR BNB 2012/37 rechtsregels voor het bepalen deze rente<sup>75</sup>:

---

<sup>75</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

*'Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van 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 is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld als wanneer zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden.*

*Gelet op het hiervoor overwogene en mede om redenen van eenvoud kan als vuistregel worden gehanteerd 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. Aldus wordt tevens voorkomen dat er met betrekking tot de rentelast verschil ontstaat in het resultaat van de gelieerde vennootschap al naar gelang onder borgstelling van een derde wordt geleend, of rechtstreeks van de concernvennootschap.'*

Voor het bepalen van de rente heeft de HR dus een borgstellingsanalogie gecreëerd. Bij de berekening van deze rente wordt het debiteurenrisico voor een zeker gedeelte meegenomen.

De HR beschreef de borgstellingsanalogie uitgebreid in het arrest. De vraag is hierbij hoe dit precies in de praktijk uitwerkt. Zo benoemd *Heithuis* een vraagstuk wat betreft deze renteberekening aan de hand van de borgstellingsanalogie<sup>76</sup>. In het voorbeeld van *Heithuis* leent een dochter geld van een derde, waarbij de moeder garant staat, met een rente van 7%. Doordat moeder deze garantie verleend is zij dus eigenlijk de echte schuldeiser. In de praktijk betaalt dochter dan een vergoeding aan moeder, namelijk de borgstellingsvergoeding, stel in dit voorbeeld 1%. De vraag is dan of de partijen voor het onafhankelijke derden rente de 7% in aanmerking moet nemen of de 8%, namelijk de rente plus de borgstellingsvergoeding. Bij een echte borgstelling zouden de kosten wat betreft de lening voor de schuldenaar 8% zijn. Het enige wat de HR hierover (indirect) vermeldt in het arrest BNB 2012/37 is het volgende:

---

<sup>76</sup> E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer, WFR 2012/528.

“Aldus wordt tevens voorkomen dat er met betrekking tot de rentelast verschil ontstaat in het resultaat van de gelieerde vennootschap al naar gelang onder borgstelling van een derde wordt geleend, of rechtstreeks van de concernvennootschap.”<sup>77</sup>

Indien de borgstellingsvergoeding wel meegenomen zal worden in de onafhankelijke derden rente zal er voor schuldenaar wel een verschil zitten tussen het rechtstreeks lenen van een gelieerde vennootschap en een derde, zoals benoemd door de HR (*Heithuis* schrijft hierover dat er verschil ontstaat voor de schuldeiser, naar mijn mening heeft hij hier de schuldenaar bedoeld). De schuldenaar zal namelijk bij het lenen van een gelieerde vennootschap de in het voorbeeld aangehaalde 8% moeten betalen. Als de schuldenaar van een derde zou lenen bedraagt de rente 7%. Naar mijn mening is het daarom ook juist dat *Heithuis* stelt dat de borgstellingsvergoeding niet meegenomen moet worden bij de in aanmerking te nemen rente. Hierover heeft de HR zich echter nog niet uitgelaten.

*Nieuweboer* is van mening dat de gekozen borgstellingsanalogie niet altijd de meest ideale is<sup>78</sup>. Bij een borgstelling wordt de rente mede bepaald door de kredietwaardigheid van de vennootschap die borg staat. *Nieuweboer* neemt aan dat deze kredietwaardigheid bepaald moet worden zonder de onzakelijke lening die door hem verstrekt is. Zou dat namelijk wel gebeuren, dan zou het goed mogelijk kunnen zijn dat de kredietwaardigheid erg zou afnemen waardoor de risico-opslag en daarmee de rente veel zal stijgen.

Ook HR gaat er hierbij van uit dat alleen de belastingplichtige borg zal staan. *Nieuweboer* geeft aan dat in de praktijk de onafhankelijke derde op zoek zal gaan naar veel meer zekerheid binnen het concern. Zo kunnen bijvoorbeeld alle concernvennootschappen hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden of kan de verpanding van bezittingen voor zekerheid zorgen. Deze mogelijkheden worden door de renteberekening van de HR buiten aanmerking gelaten. *Nieuweboer* hoopt dan ook dat er ruimte is voor een andere benadering. Zo refereert hij aan de renteberekening van *A-G Wattel*. *Wattel* gaat in zijn conclusie uit van een normale gezeekerde

---

<sup>77</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>78</sup> M. Nieuweboer, commentaar, 25 november 2011, nr. 08/05323, NTFR 2011/2722.

bedrijfsfinanciering<sup>79</sup>. De bovenstaande problematiek blijft bij de methode van *Wattel* buiten aanmerking. Ik deel daarom de mening van *Nieuweboer* dat een andere renteberekening beter geweest zou zijn.

Ook *Arts* is van mening dat de HR te kort heeft gedaan met de borgstellingsanalogie<sup>80</sup>. Er zullen in de praktijk ook voorbeelden zijn waarin de borgstellingsanalogie überhaupt niet van toepassing kan zijn omdat een derde ook met een borgstelling geen krediet zou verlenen. Te denken is aan het Midden- en Kleinbedrijf waarvan de vermogenspositie zo slecht is dat niemand een krediet wil verlenen. Juist dan worden de vennootschappen vaak in leven gehouden door de aandeelhouder met het verstrekken van eigen vermogen, aldus *Arts*. De borgstellingsanalogie gaat hier dus niet op. *Arts* geeft als oplossing dat in deze gevallen misschien een wettelijke rente bepaald moet worden.

*Snoeij en Wagenaar* benoemen hetzelfde probleem als *Arts*<sup>81</sup>. Als voorbeeld noemen zij een concernvennootschap in het Midden- en Kleinbedrijf. De vennootschap die borg staat heeft geen activa en voegt dus eigenlijk niks toe. Het is dan waarschijnlijk dat een derde ook met borgstelling van deze concernvennootschap geen krediet zou verlenen, ongeacht het rentepercentage. De oplossing van *Snoeij en Wagenaar* is gelijk aan die van *Arts*, namelijk een gestandaardiseerde rente.

Er is echter alleen nog geen rechtspraak geweest of de HR deze borgstellingsanalogie puur als hulpmiddel heeft gegeven. Verschillende auteurs zijn dan ook van mening dat er niet specifiek aan de borgstelling gedacht moet worden. De rente moet berekend worden alsof er voldoende zekerheden waren. Zo schreef Peeters:

*'Wellicht was zuiverder geweest in dat kader om te spreken van een garantstelling (analogie). Hoewel dit in de literatuur tot op heden de nodige detailvragen oplevert, kan ik me niet goed voorstellen dat de Hoge Raad zich hier bewust beperkt heeft tot een borgstelling sec zoals aldaar omschreven met alle daarbij behorende beperkingen qua praktische toepasbaarheid. Voor wat betreft de vaststelling van de rente is er mijns inziens*

---

<sup>79</sup> A-G Wattel, Conclusie, 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>80</sup> J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de Keizer, MBB 2012/02.

<sup>81</sup> R. Snoeij en L. Wagenaar, Mist klaart verder op rondom de fiscal kwalificatie van geldverstrekkingen, NTFR 2011/2761.

*niets anders bedoeld dan dat de rente op een onzakelijke lening zakelijk vastgesteld dient te worden, uitgaande van een lening met overigens voldoende zekerheden. Door de Hoge Raad is dit echter via een borgstellinganalogie beschreven.*<sup>82</sup>

Peeters is dus van mening dat voor de vaststelling van de rente uitgegaan moet worden van een lening met voldoende zekerheden. De HR heeft hiervoor de borgstellinganalogie gebruikt maar daarmee sluit zij andere manieren niet uit, aldus Peeters. Er is tot op heden nog geen rechtspraak geweest die Peeters (on)gelijk geeft.

Albert brengt nog een belangrijk punt aan in zijn noot in BNB 2012/37<sup>83</sup>. Voorheen speelde bij de afwaardering van de onzakelijke lening alleen de discussie of de afwaardering wel of niet terecht was. Met het arrest BNB 2012/37 zal er ook een discussie op gang komen over een eventuele rentecorrectie. Als de fiscus bijvoorbeeld de te lage rente wilt corrigeren zal hij een navorderingsaanslag moeten opleggen bij de crediteur. Hiervoor is een nieuw feit nodig, adus art. 16 lid 1 Wet AWR. Voor de crediteur is dit positief, maar voor de debiteur uiteraard negatief. De winst wordt op deze manier niet gedrukt door de als nog te nemen rentelasten. Een eventuele ambtshalve vermindering zou dan nog mogelijk zijn. Echter leert de jurisprudentie ons dat, als de inspecteur ook niet de positieve rentecorrectie kan uitvoeren, hij tot dus ver ook niet een ambtshalve vermindering verleent<sup>84</sup>.

Doordat de crediteur een rente in aanmerkingen moet nemen zoals hierboven is geschreven kon er ook een onevenwichtige situatie ontstaan. Indien de debiteur namelijk de rente schuldig bleef, mocht de crediteur dit niet ten laste van de winst brengen. De HR heeft namelijk in BNB 2012/37 het volgende overwogen:

*“Het bij een onzakelijke lening in de kapitaalsfeer liggende debiteurenrisico heeft in beginsel mede betrekking op het risico dat de rente over die lening niet wordt betaald. Derhalve valt ook het debiteurenrisico met betrekking tot verschuldigd gebleven rente op een onzakelijke lening in beginsel in de kapitaalsfeer. Hetzelfde geldt immers met betrekking tot de niet betaalde rente indien een vennootschap geld heeft geleend van een*

---

<sup>82</sup> P.J.J.M. Peeters, Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord door de hoge raad?, WFR 2012/153.

<sup>83</sup> P.G.H. Albert, Noot, 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2013/37.

<sup>84</sup> HR 5 februari 1997, nr. 32 037, BNB 1997/217.

*derde onder een borgstelling die een met haar gelieerde vennootschap in de kapitaalsfeer heeft verstrekt.”<sup>85</sup>*

Hierdoor kon de crediteur de niet ontvangen rente dus niet ten laste van de winst brengen. De HR was namelijk van mening dat ook het risico dat de rente niet betaald zou worden onderdeel was van het debiteurenrisico en daarmee bevindt dit verlies op de rente zich ook in de kapitaalsfeer. Het probleem dat zich hier voordeed is dat er een zekere onevenwichtige situatie ontstond. De crediteur moest van de HR een fictieve rente in aanmerking nemen. Als deze rente dan niet betaald werd, dan mocht dit niet ten laste van de winst worden gebracht. Daarom ontstond de vraag of op het moment dat deze rentevordering bij de hoofdsom van de lening werd bijgeschreven er dan een waardering van deze rentevordering moest plaatsvinden. Dit zou namelijk het probleem oplossen.

De HR beantwoordt de bovenstaande vraag in het arrest van 15 maart 2013<sup>86</sup>. De HR stelt dat er een rentevordering ontstaat op het moment dat rentetermijn afloopt en de rente dus opeisbaar is. Vervolgens wordt deze rentevordering gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer. Is de kans op terugbetaling van de rentevordering klein, dan mag deze dus ook tegen lagere bedrijfswaarde worden gewaardeerd. Deze lagere waardering, doordat het slecht gaat met de debiteur is dus van invloed op de belastbare winst van de crediteur. De HR heeft dus met het arrest van 15 maart 2013 het onevenwichtige probleem wat betreft de rentevergoeding op de onzakelijke lening opgelost.

Toch zijn er wel weer wat onduidelijkheden ontstaan wat betreft de uitvoering van de rechtsregels van de HR. De waardering van de rentevordering dient, zoals hierboven vermeld te worden gedaan op de dag rentevervaldatum. Op dit moment wordt de rente namelijk opeisbaar, een dus logische stap van de HR. De Vakstudienieuws-redactie benoemt een bijzonderheid<sup>87</sup>. Zo deed de situatie zich in BNB 2012/37 voor waarbij een effectenportefeuille bijna helemaal werd gefinancierd met een onzakelijke lening. De waarde van deze effectenportefeuille veranderde sterk. Het kan dus zijn dat de lening

---

<sup>85</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, punt 3.3.6.

<sup>86</sup> HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.

<sup>87</sup> HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, V-N 2013/14.13.

het grootste gedeelte van het jaar onvolwaardig is maar op de rentevervaldatum in één keer volwaardig. Dit zou dan tot gevolg hebben dat de rente volledig in aanmerking genomen moet worden, aldus de Vakstudienieuws-redactie.

Een ander probleem, benoemd door de Vakstudienieuws-redactie, is dat het onduidelijk is hoe de rechtsregel van de HR uitwerkt in het geval het om een renteloze onzakelijke lening gaat<sup>88</sup>. Deze lening heeft namelijk ook geen rentevervaldatum. De Vakstudienieuws-redactie schrijft dat hier aangesloten kan worden aan het desbetreffende boekjaar.

Dat de debiteur de zelfde rente in aanmerking moet nemen als de crediteur stond al langer vast. De vraag is echter wel hoe de debiteur met de afwaardering van de crediteur moet omgaan. Horzen is van mening dat de crediteur altijd de volledige renteverplichting zou eisen, zelfs als de debiteur insolvent is<sup>89</sup>. De debiteur moet er dus vanuit gaan dat de volledige rentelast terugbetaald moet worden. Dit verandert pas als de crediteur aangeeft dat hij bijvoorbeeld een gedeelte kwijtscheldt. In dit geval kan de rentelast vrijvallen en een positief resultaat op de winst hebben.

#### **4.3: Verlies op onzakelijke lening verhoogt het opgeofferde bedrag**

Het verlies vanwege de afwaardering van een onzakelijke lening mag niet ten laste van de winst worden gebracht. Dit omdat de lening, vanwege aandeelhoudersmotieven is aangegaan. Dat de vraag opkomt of dit verlies vervolgens wel het opgeofferde bedrag zou verhogen is dus ook logisch. Was het namelijk een kapitaalstorting dan was het opgeofferde bedrag verhoogd.

In het arrest BNB 2012/38<sup>90</sup> oordeelde de HR dat het verlies op de onzakelijke lening vanwege liquidatie weliswaar niet ten laste van de winst gebracht mocht worden maar wel het opgeofferde bedrag verhoogd. In het arrest BNB 2012/78 oordeelde de HR over een kwijtschelding van de onzakelijke lening in de inkomstenbelasting<sup>91</sup>. De

---

<sup>88</sup> HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, V-N 2013/14.13.

<sup>89</sup> F. Horzen, Commentaar, 15 maart 2013, nr. 11/02248, NTFR 2013/638.

<sup>90</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38.

<sup>91</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

aanmerkelijkbelanghouder die de onzakelijke lening aan zijn vennootschap kwijtscheldt, mag dit verlies bij de verkrijgingsprijs optellen.

De crediteur mag weliswaar het verlies op een onzakelijke lening niet nemen, maar wel het opgeofferde bedrag of de verkrijgingsprijs verhogen. Het verlies wordt, weliswaar via een andere route, alsnog in aanmerking genomen. Bij kwijtschelding kan dit echter nog wel op zich laten wachten. Namelijk bij liquidatie van de debiteur. Bij de verkoop van de debiteur in de vennootschapsbelasting valt het resultaat onder de deelnemingsvrijstelling waardoor het verlies alsnog verloren gaat. Is de crediteur echter een DGA dan bevindt het resultaat zich in de inkomstenbelasting en wordt het resultaat alsnog in aanmerking genomen.

*Heithuis* is van mening dat het opgeofferde bedrag verhoogd mag worden op het moment dat de geldlening juridisch tenietgaat<sup>92</sup>. Dit kan bijvoorbeeld door liquidatie, kwijtschelding of verjaring.

#### **4.5: Conclusie**

Is er sprake van een onzakelijke lening, dan is het eventuele verlies op deze lening niet aftrekbaar en moet er een zakelijke rente in aanmerking genomen worden. Deze rente wordt bepaald aan de hand van de door de HR gecreëerde borgstellingsanalogie. De rente moet dus berekend worden alsof de verstrekking wordt gedaan door een derde waarbij de onzakelijke lening crediteur garant zou staan voor de debiteur. De debiteur neemt vervolgens dezelfde rente in aanmerking als de crediteur.

Toch zijn er op de borgstellingsanalogie wat aanmerkingen gemaakt door verschillende toonaangevende auteurs. Zo vraagt men zich af of de borgstellingsvergoeding meegenomen moet worden in de berekening van de een zakelijke rente. Naar mijn mening is dit niet het geval, maar uitsluitsel zal hier nog over moeten worden gegeven.

De vraag is ook hoe de kredietwaardigheid van de crediteur bepaald moet worden in deze borgstellingsanalogie. Moet hierbij wel of niet de onzakelijke lening meegenomen

---

<sup>92</sup> E.J.W. Heithuis, Onzakelijke lening in de tbs-sfeer, WFR 2012/528.



worden bij de crediteur. Is dit wel het geval dan kan de kredietwaardigheid van sommige crediteuren achteruitgaan waardoor de in aanmerking te nemen rente weer zal toenemen. Duidelijkheid hierover is nog niet gegeven.

De borgstellingsanalogie richt zich daarbij alleen op de crediteur. De vraag is ook of het mogelijk is of meerdere concernvennootschappen garant mogen staan bij de berekening. Het zou logisch zijn dat dit gewoon mag gezien het feit dat in de praktijk ook zo gebeurt.

Ook zijn er situaties te bedenken waarbij de analogie überhaupt niet opgaat. De mogelijke oplossing hiervoor is om voor dit soort gevallen een wettelijke rente te bepalen. Uitsluitel is hier echter nog niet over gegeven.

Ook zijn sommige auteurs van mening dat de borgstellingsanalogie puur dient als hulpmiddel. Ook hier is nog geen uitsluitel over gegeven.

Op het moment dat de debiteur zijn renteverplichting niet nakomt ontstaat er op de rentevervaldatum een vordering. Deze vordering mag gewaardeerd worden op de waarde economisch verkeer. Een verlies mag hierbij wel ten laste van de winst worden gebracht.

Indien er sprake is van een onzakelijke lening en deze lening wordt afgewaardeerd, dan verhoogt deze afwaardering wel het opgeofferde bedrag. Het verlies wordt dus als het ware uitgesteld. Het verlies zal later bij een liquidatie en eventueel bij verkoop (indien het resultaat zich in de inkomstenbelasting bevind) opkomen.

## Hoofdstuk 5: Samenvatting en conclusie

### 5.1: Inleiding

In dit laatste hoofdstuk zal ik voorgaande hoofdstukken in beknopte vorm samenvatten. Vervolgens zal ik de probleemstelling beantwoorden. De probleemstelling luidt als volgt:

*“In hoeverre resulteert de onzakelijke lening nog tot problemen in de praktijk?”*

### 5.2: Samenvatting

Allereerst is de fiscaalrechtelijke kwalificatie van EV en VV aan bod gekomen. Het verschil tussen de civielrechtelijke kwalificatie van EV en VV is de terugbetalingsverplichting die VV vereist. Bij de fiscaalrechtelijke kwalificatie wordt in de hoofdregel aansluiting gezocht bij de civielrechtelijke kwalificatie. Dit wordt getoetst in twee stappen;

Stap 1;

De lening valt onder de door de HR beschreven drie uitzondering, zijnde:

- het doel van de lening is eigenlijk het verstrekken van EV (schijnlening); of
- reeds aanstonds duidelijk was dat het bedrag volledig of deels niet terugbetaald kon worden (bodemlozeput-lening); of
- cumulatief wordt voldaan aan de door jurisprudentie gecreëerde voorwaarden (deelnemerschapslening), zijnde:
  - o een winstafhankelijke vergoeding.
  - o de schuldeiser is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers.
  - o Er is geen vaste looptijd afgesproken. Indien de looptijd langer dan 50 jaar is, wordt deze gelijkgesteld aan geen vaste looptijd.

Als er niet voldaan wordt aan de bovenstaande criteria dan zal de lening kwalificeren als VV. Indien de lening wel voldoet aan één van de bovenstaande uitzonderingen dan volgt de fiscaalrechtelijke kwalificatie niet de civielrechtelijke kwalificatie. De rente en eventuele afwaardering worden dan niet in aanmerking genomen bij de fiscale winstberekening.

Vervolgens zal de lening getoetst moeten worden aan de stap 2.

Stap 2;

Als de beweegreden voor het aangaan van de lening ligt in het ontlopen van toepassing van een artikel uit de Wet VPB er dan sprake is van wetsontduiking. Is er sprake van wetsontduiking, ook wel fraus legis genoemd, dan is de renteaftrek alsnog niet mogelijk.

Indien de lening niet voldoet aan de criteria benoemd in stap één en twee dan is er fiscaalrechtelijk sprake van een lening. Vervolgens zal er getoetst moeten worden onder welke categorie de fiscaalrechtelijke lening valt. Namelijk;

De zakelijke lening:

Er is sprake van een zakelijke lening als deze lening ook aangegaan zal zijn door een onafhankelijke derde. Het gevolg van deze zakelijke lening is dat de volledige rente en eventuele afwaardering in aanmerking genomen mogen worden in de fiscale winstberekening.

De onzakelijke lening:

Er is sprake van een onzakelijke lening als een crediteur een debiteurenrisico aanvaardt welk een onafhankelijke derde nooit zou aanvaarden en welk ook niet zakelijk gemaakt kan worden door middel van renteaanpassing. Een onzakelijke lening kan zowel 'omhoog' als 'omlaag' plaatsvinden.

Er moet continu getoetst worden of de lening nog zakelijk is. Een zakelijke lening kan door het handelen of nalaten van de crediteur altijd nog onzakelijk worden.

Is er sprake van een onzakelijke lening, dan is de afwaardering op deze lening niet ten laste van de winst te brengen. Ook moet er een zakelijke rente in aanmerking genomen worden. Deze rente wordt bepaald aan de hand van de borgstellingsanalogie. De rente wordt berekend alsof een derde een lening verstrekt aan de huidige debiteur waarbij de huidige crediteur garant staat. Deze rente moeten zowel de debiteur als crediteur in aanmerking nemen bij de fiscale winstbepaling.

Indien het verlies op de onzakelijke lening zich voordoet, mag deze niet in aftrek worden gebracht op de fiscale winst. Het verlies verhoogt wel het opgeofferde bedrag. Hierdoor komt het verlies uiteindelijk nog wel op in de fiscale winstberekening.

### **5.3: Conclusie**

Hoewel HR veel onduidelijkheid weggenomen heeft wat betreft de onzakelijke lening, creëert de HR met zijn arresten wel nieuwe onduidelijkheden.

Zo heeft de HR met de 3 mei arresten veel onduidelijkheid weggenomen wat betreft het aandeelhouderschap dat volgt uit het aangaan van de onzakelijke lening. De drie door de HR geïntroduceerde voorwaarden leveren ook weer vragen op. Zo is bijvoorbeeld de vraag hoe de voorwaarden uitwerken als bijvoorbeeld het belang gering is voor het aangaan van de lening. Naar mijn mening zal het beter zijn als hier aangesloten wordt bij het minderheidsbelang in plaats van enig belang. De HR heeft zich hier nog niet over uitgelaten.

De HR heeft met één van de 25 november 2012 arresten ook aangegeven dat een onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsregeling van de inkomstenbelasting ook mogelijk is. De vraag die hierbij meteen opkwam is of deze onzakelijke lening ook betrekking had op het geval waarin niet de DGA maar een verbonden natuurlijk persoon van de DGA geld leende aan de onderneming. Het Hof is van mening dat de onzakelijke lening hier van toepassing is. De HR heeft zich hier nog niet over uitgelaten.

Ook heeft de HR wat betreft het toetsingsmoment veel onduidelijkheid weggenomen. De toets voor de onzakelijke lening moet continu plaatsvinden en een zakelijke lening kan zowel door het handelen als het nalaten van handelingen onzakelijk worden. Of een onzakelijke lening ook weer zakelijk kan worden is nog niet bekend. De verwachting is wel dat dit zakelijk worden van de onzakelijke lening mogelijk is, mits de crediteur bewust heeft ingegrepen door bijvoorbeeld het wijzigen van de leningsovereenkomst.

Het vraagstuk of een lening ook 'omlaag' kan plaatsvinden is ook beantwoord. Een onzakelijke lening kan ook plaatsvinden indien de moederverenootschap geld leent aan de dochterverenootschap.

Wat betreft de berekening van de in aanmerking te nemen rente op een onzakelijke lening heeft de HR geoordeeld dat dit via de borgstellingsanalogie moet plaatsvinden. Hierdoor zijn ook weer onduidelijkheden gecreëerd. Zo is de vraag of de borgstellingsvergoeding meegenomen moet worden in deze berekening en of de onzakelijke lening wel of niet bij de kredietwaardigheid-toets van de crediteur in aanmerking moet komen. Ook zullen er situaties voordoen waarbij de borgstellingsanalogie van de HR niet opgaat. Op bovenstaande vragen is tot dusver geen antwoord gegeven.

Indien de debiteur de rente niet betaald krijgt de crediteur een rentevordering. Deze rentevordering mag op de rentevervaldatum gewaardeerd worden naar waarde economisch verkeer. Het eventuele verlies hierop mag ten laste van de winst worden gebracht. De vraag hoe om gegaan moet worden met de rentevervaldatum in situaties waarbij deze datum niet duidelijk is, zoals bijvoorbeeld een renteloze lening, is nog onbeantwoord.

Hoewel de HR veel onduidelijkheden heeft weggenomen door de grote hoeveel arresten over de onzakelijke lening, zijn ze nog niet helemaal klaar. Er zijn namelijk weer nieuwe onduidelijkheden gecreëerd, waardoor de precieze uitwerking van sommige situaties in de praktijk moeilijk blijft. Ik moet daarom ook concluderen dat de probleemstelling negatief beantwoord moet worden. Er zijn, weliswaar veel minder maar toch nog steeds vragen wat betreft de praktische uitwerking van de onzakelijke lening. De HR zal door middel van nieuwe uitspraken uitsluitend moeten geven wat betreft deze onduidelijkheden.



## **Bibliografie**

### **Jurisprudentie**

- HR 16 april 1930, B. 4726.
- HR 17 maart 1954, nr. 11 752, BNB 1954/130.
- HR 5 oktober 1955, nr. 12 507, BNB 1955/348.
- HR 31 december 1958, nr. 13 830, BNB 1959/67.
- HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196.
- HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.
- HR 9 maart 1983, nr. 21 163, BNB 1983/202.
- HR 8 juli 1986, nr. 23 315, BNB 1986/293.
- HR 8 juli 1986, nr. 23 426, BNB 1986/294.
- HR 8 juli 1986, nr. 23 442, BNB 1986/297.
- HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.
- HR 5 februari 1997, nr. 32 037, BNB 1997/217.
- HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.
- HR 8 maart 2002, nr. 36 292, BNB 2002/210.
- HR 14 juni 2002, nr. 36 453, BNB 2009/290.
- HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJN AE7005
- HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.
- HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.
- HR 18 april 2008, nr. 07/10035, BNB 2008/139.
- HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.
- HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.
- HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38.
- HR 25 november 2011, nr. 10/04588 BNB 2012/78.
- HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213.
- HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, V-N 2013/13.11.
- HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, BNB 2013/109.
- HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.
- HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, V-N 2013/22.17.
- HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, V-N 2013/22.11.
- HR 23 mei 2013, nr. 11/03249, V-N 2013/22.14.

HR 23 mei 2013, nr. 12/04193, V-N 2013/22.11.

Hof Arnhem 17 januari 2012, nr. 11/00294.

Hof Amsterdam, 7 juni 2012, nr. 09/00118.

Hof Amsterdam, 7 juni 09/00125, LJN BW8788.

Hof 's-Gravenhage 22 december 2010, 11/00009, LJN BW7073.

Rechtbank Arnhem, 6 december 2012, AWB 12/1704, LJN: BY5041.

## **Literatuur**

J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de Keizer, MBB 2012/02.

A.M.A. de Beer, Heeft de Hoge Raad de Cessna ingeruild voor een Bentley? MBB 2008/12.

R.P.C. Cornelisse en G.J.W.M. Derckx, De onzakelijke geldlening (door moeder aan dochter) bestaat niet, wel de onzakelijke investering, WFR 2011/488

I.M. De Groot, De (on)zakelijke lening arresten van 3 mei 2013, FED 2013/50.

S.J.C. Hemels, Commentaar, HR 18 april 2008, nr. 07/10035, NTFR 2008/761.

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

N.M. Ligthart, De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!, NTFR 2012/6.

N.M. Ligthart, "To whom it may concern": de zakelijkheid van een concernfinanciering, NTFR Beschouwingen 2013-17.

O.C.R. Marres, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, WFR 2012/142.

P.J.J.M. Peeters, 'De 'onzakelijke lening' bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen? Deel 1 - Openstaande rechtsvragen', WFR 2010/1510.

P.J.J.M. Peeters, 'De 'onzakelijke lening' bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen? Deel 2 - Beoordelingskader', WFR 2010/1544.

P.J.J.M. Peeters, 'De 'onzakelijke lening' bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen? Deel 3 - At arm's length', WFR 2010/1580.

P.J.J.M. Peeters, Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord door de hoge raad?, WFR 2012/153.

A. Rozendal, Onzakelijke leningen en (toekomstig) aandeelhouderschap, Fed 2013/23.

R. Snoeij en L. Wagenaar, Mist klaart verder op rondom de fiscal kwalificatie van geldverstrekingen, NTFR 2011/2761.



### **Kamerstukken**

Besluit Verrekenprijzen, 30 maart 2001, BNB 2001/286 en Kamerstukken II , 28034, nr. 5, blz. 48.

### **Boeken**

H. Vermeulen, Studenteneditie Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting.

### **Overig**

A-G Wattel, Conclusie, 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.