

**ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM**

**Nadruk verboden**

**Erasmus School of Economics**

**Masterthesis**

**Het leerstuk van de onzakelijke lening en de ongebruikelijke  
terbeschikkingstellingsregeling**

Naam student: D.C.J. (Nadine) Cornelissen

Studentnummer: 323552

Begeleider: Drs. M.T.E. Robben

Rotterdam, 6 maart 2014

## Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie ter afronding van de studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hiermee is een einde gekomen aan mijn studententijd. De laatste maanden van mijn studietijd hebben in het teken gestaan van mijn onderzoek. De voorliggende scriptie is het resultaat.

Voor het uiteindelijke resultaat ben ik velen dank verschuldigd. Bij deze wil ik mijn begeleider, Mark Robben, bedanken voor zijn hulp gedurende het schrijven van mijn scriptie. Zijn waardevolle suggesties en advies hebben positief bijgedragen aan de kwaliteit van dit stuk. Daarnaast wil ik de medewerkers van de Algemene Fiscale Praktijk bij Grant Thornton bedanken voor de gelegenheid die zij mij gegeven hebben om mijn masterstuk te schrijven. Dankzij hen heb ik het proces van schrijven in een leerzame, maar bovenal gezellige werkomgeving kunnen schrijven. Ook wil ik mijn ouders bedanken voor het geven van de juiste mogelijkheden om te komen op het punt waar ik nu sta. Zij hebben mij door dik en dun gesteund gedurende mijn hele studentenleven. Mijn vader wil ik extra bedanken voor het feit dat hij (op het laatste moment) mijn hele scriptie heeft voorzien van taalkundig commentaar. Tot slot wil ik mijn vrienden bedanken voor de feedback die in van hen gekregen heb. Hun commentaar en visies hebben mij geholpen in het denkproces en geleid tot dit eindresultaat.

Naast het fiscaalinhoudelijke kant van deze studie, heb ik ook veel plezier gehad van de andere kant van het studentenbestaan. De groep met vrienden die ik de afgelopen 5 jaar het leren kennen, heeft tevens bijgedragen aan een onvergetelijke studententijd. Clubavonden, gezellige etentjes, hockeywedstrijden en de mooie feesten hebben ertoe geleid dat ik de afgelopen jaren ontzettend heb genoten van deze periode.

Veel leesplezier!

Rotterdam, Maart 2013

## Inhoudsopgave

Voorwoord.....	2
Hoofdstuk 1    Inleiding .....	5
§1.1    Algemeen.....	5
§1.2    Onderzoeksvraag.....	7
§1.3    Afbakening.....	8
§1.4    Opzet.....	8
Hoofdstuk 2    De terbeschikkingstellingsregeling .....	10
§ 2.1    Resultaat uit overige werkzaamheden .....	10
§ 2.2    Terbeschikkingstellingsregeling .....	11
§ 2.2.1    Verbonden personen .....	14
§ 2.2.2    Aanmerkelijk belang.....	15
§ 2.2.3    Gelijkstellingen.....	17
§ 2.3    Ongebruikelijke terbeschikkingstelling .....	18
§ 2.3.1    Toetsing ongebruikelijke terbeschikkingstelling .....	19
§ 2.3.2    De gebruikelijkheidstoets in de jurisprudentie.....	22
§ 2.3.2.1    HR 15 oktober 2010, 09/02120, BNB 2011/36 .....	22
§ 2.3.2.2    HR 9 november 2012, nr. 11/03829, BNB 2013/24 .....	23
§ 2.3.2.3    Borgstellingen om niet .....	25
§ 2.4    Bevindingen .....	26
Hoofdstuk 3    De onzakelijke lening.....	28
§ 3.1    Algemeen.....	28
§ 3.2    Fiscale behandeling van verstrekking van vermogen .....	28
§ 3.2.1    Fiscale herkwalificaties .....	29
§ 3.2.2    Lening onder onzakelijke voorwaarden en onzakelijke lening .....	32
§ 3.2.2.1    Lening onder onzakelijke voorwaarden .....	32
§ 3.2.2.2    Onzakelijke lening.....	34
§ 3.3    Verhouding totaalwinst en het leerstuk van de onzakelijke lening.....	38
§ 3.3.1    Totaalwinst.....	38
§ 3.3.2    Totaalwinstbegrip en totaalresultaatsbepaling .....	38
§ 3.3.3    Gevolgen toepassing leerstuk onzakelijke lening op resultaatsbepaling .....	40
§ 3.4    Ontwikkelingen in de jurisprudentie .....	41
§ 3.5    Bevindingen .....	45
Hoofdstuk 4    De ongebruikelijke terbeschikkingstelling en de onzakelijke lening .....	47
§ 4.1    Ongebruikelijk en onzakelijk .....	48
§ 4.2    Aandeelhoudersrelatie en het leerstuk van de onzakelijke lening .....	51

§ 4.2.1	Ontbreken aandeelhoudersrelatie.....	51
§ 4.2.2	Toepassing leerstuk van de onzakelijke lening? .....	52
§ 4.3	Jurisprudentie .....	54
§ 4.4	Tussenconclusie .....	55
§ 4.5	Gevolgen verstrekken onzakelijke lening.....	56
§ 4.5.1	Kwijtschelding onzakelijke lening .....	58
§ 4.5.2	Liquidatie schuldenaar onzakelijke lening.....	60
§ 4.5.3	Schenking .....	61
§ 4.5.4	Andere vermogensbestanddelen.....	63
§ 4.6	Bevindingen .....	65
Hoofdstuk 5	Conclusie en aanbevelingen.....	66
§ 5.1	Conclusies .....	66
§ 5.2	Aanbevelingen.....	69
	Literatuurlijst.....	71
	BIJLAGE 1	

# Hoofdstuk 1      Inleiding

## §1.1            Algemeen

Een vennootschap heeft geld nodig voor de financiering van haar activiteiten. Daarbij moet de vennootschap een keuze maken tussen financiering door middel van het verstrekken van eigen vermogen, vreemd vermogen of een combinatie van beide. De fiscale behandeling van de vermogensverstrekking speelt een belangrijke rol bij die keuze. Rente op vreemd vermogen is, behoudens eventuele aftrekbeperkingen, aftrekbaar van de fiscale winst. De vergoeding voor eigen vermogen (dividend) is daarentegen niet aftrekbaar. Daarnaast is een afwaardering op vreemd vermogen, behoudens eventuele beperkingen, aftrekbaar van de fiscale winst. Een afwaardering van eigen vermogen levert echter geen aftrekpost voor de fiscale winst op.

Indien de keuze valt op vreemd vermogen, moet besloten worden bij wie een dergelijke lening afgesloten wordt. De vennootschap heeft daarbij de keuze uit een lening bij de bank, een lening bij een willekeurige derde, een lening bij een concernvennootschap of een lening van een (familielid van een) aandeelhouder. Door de financiële en economische crisis is het moeilijker geworden om een banklening te krijgen. Het aantal nieuwe door de bank verstrekte leningen is sterk teruggelopen, terwijl het lenen binnen families, het zogeheten informele lenen, steeds meer aanhangers tot zich mag rekenen.<sup>1</sup>

Als een lening door een belastingplichtige wordt verstrekt aan een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang bezit, zal de geldlening bij de belastingplichtige in de terbeschikkingstellingssfeer vallen. Het resultaat dat wordt behaald met het ter beschikking stellen van vermogen wordt progressief belast in box 1 als resultaat uit overige werkzaamheden. Als gevolg van het daarvoor geldende winstregime is een eventueel daarmee behaald verlies in eerste instantie dan ook aftrekbaar. Als de lening ter beschikking wordt gesteld aan een vennootschap van een verbonden persoon, is de terbeschikkingstellingsregeling eveneens van toepassing. Voor de terbeschikkingstellingsregeling kwalificeren de partner en de minderjarige kinderen. Maar als bijvoorbeeld een lening wordt verstrekt door een ander persoon dan de partner of de minderjarige kinderen, dan is de terbeschikkingstellingsregeling niet van toepassing. Dit is echter niet altijd het geval.

Indien sprake is van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt de kring van verbonden personen namelijk uitgebreid naar bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige. Zo kan sprake zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als een vader een lening verstrekt aan een BV waarin zijn zoon een aanmerkelijk belang heeft. De voordelen die de vader daaruit ontvangt, in de vorm van een rentevergoeding, gerealiseerde vermogensmutaties en eventuele valutaresultaten, worden bij

---

<sup>1</sup> Madern en Van der Burg (2012).

hem progressief belast in box 1. Een eventueel afwaarderingsverlies kan hij in beginsel ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden brengen en de rentekosten kunnen ten laste van het resultaat van de BV van de zoon worden gebracht.

Van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan in twee gevallen sprake zijn. Enerzijds kan de rechtsverhouding die aan de terbeschikkingstelling ten grondslag ligt ongebruikelijk zijn. De overeenkomst is dan naar zijn aard ongebruikelijk om af te sluiten. Hierbij kan worden gedacht aan een overeenkomst van levensverzekering bij de BV van een familielid.<sup>2</sup> Anderzijds kunnen de voorwaarden waaronder de overeenkomst is aangegaan ongebruikelijk zijn. Een voorbeeld hiervan is een te lage rentevergoeding op een lening. De precieze inhoud van het begrip ongebruikelijke terbeschikkingstelling is overigens nog niet ingevuld.<sup>3</sup>

In het verleden heeft de Hoge Raad diverse arresten gewezen over situaties waarbij verbonden partijen niet-marktconforme condities overeen waren gekomen. Uitgangspunt is dat, indien een lening wordt verstrekt, dit voor fiscaalrechtelijke doeleinden onder zakelijke voorwaarden dient te gebeuren. Bij de beoordeling of sprake is van dergelijke zakelijke voorwaarden spelen een zakelijke rente, het overeenkomen van een aflossingsschema of het bedingen van zekerheden een rol. Indien de voorwaarden niet zakelijk zijn, is sprake van een onzakelijke lening. De transactie komt alleen tot stand vanwege de gelieerdheid van partijen. Een verlies op een onzakelijke lening mag op grond van de jurisprudentie en in weerwil van het voor het terbeschikkingstellingsregeling geldende regime dan niet ten laste van het resultaat worden gebracht.

De Hoge Raad heeft in de arresten over het leerstuk van de onzakelijke lening een stramien uiteengezet, aan de hand waarvan kan worden bepaald of sprake is van een onzakelijke lening. Toepassing van het stramien lijkt in de praktijk echter geen eenvoudige opgave. Eén van deze arresten had betrekking op de onzakelijke lening binnen de terbeschikkingstellingsregeling. De Hoge Raad heeft zich echter nog niet uitgelaten over het leerstuk van de onzakelijke lening en de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Daarnaast heeft de Hoge Raad in recente jurisprudentie<sup>4</sup> bepaald dat geen sprake is van een onzakelijke lening, als bij het verstrekken van een geldlening een aandeelhoudersrelatie (nog) ontbreekt. De aanwezigheid van de aandeelhoudersrelatie lijkt hiermee een vereiste van een onzakelijke lening.

Daarnaast bestaat in de praktijk onduidelijkheid over hoe moet worden omgegaan met de kwijtschelding van een onzakelijke lening. De Hoge Raad heeft daarvoor als richtlijn geformuleerd dat kwijtschelding van een onzakelijke lening als een informele kapitaalstorting

---

<sup>2</sup> Voor de ongebruikelijke terbeschikkingstelling kwalificeren alleen familieleden in de rechte lijn als verbonden persoon van de belastingplichtige. Familieleden die buiten deze kring vallen, kunnen niet kwalificeren als verbonden persoon.

<sup>3</sup> Heithuis(2012).

<sup>4</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.

moet worden aangemerkt, waardoor de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijk belang aandelen verhoogd wordt. Het verlies op de onzakelijke lening kan daardoor op termijn als aanmerkelijkbelangverlies in aanmerking genomen worden.<sup>5</sup>

Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontbreekt echter vaak een aandeelhoudersrelatie tussen de terbeschikkingsteller en de vennootschap aan wie ter beschikking wordt gesteld. De terbeschikkingsteller is slechts (familiair) verbonden met de persoon die een aandeelhoudersrelatie heeft met de vennootschap waaraan ter beschikking wordt gesteld. Een verhoging van de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijk belang aandelen is hierdoor niet mogelijk. Overigens kan op basis van recente jurisprudentie<sup>6</sup> betoogd worden dat geen sprake is van een onzakelijke lening bij het ontbreken van een aandeelhoudersrelatie. Toepassing van de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening roept de vraag op of deze jurisprudentie binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling ook gevolgen heeft voor andere ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen.

## **§1.2           Onderzoeksvraag**

Uit bovenstaande blijkt dat er nog veel vragen openstaan over de onzakelijke lening en de terbeschikkingstellingsregeling. Het doel van dit onderzoek is om een antwoord te vinden op deze openstaande vragen. Indien de jurisprudentie met betrekking tot de onzakelijke lening binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling toepassing vindt, kan een verlies op een dergelijke lening mogelijk definitief verloren gaan. In de huidige economische situatie, waarin een groot aantal bedrijven failliet gaat,<sup>7</sup> is een antwoord op deze vraag zeer relevant, omdat crediteuren daardoor ernstig worden benadeeld.

De onderzoeksvraag luidt als volgt:

*“Is de jurisprudentie met betrekking tot de onzakelijke lening van toepassing op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling en zo ja, wat zijn de gevolgen indien het leerstuk van de onzakelijke lening wordt toegepast op vermogensbestanddelen in de ongebruikelijk terbeschikkingstelling?”*

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, is deze onderverdeeld in een aantal deelvragen:

1. Wanneer is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling?
2. Wat houdt het leerstuk van de onzakelijke lening in?
3. Kan het leerstuk van de onzakelijke lening worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling?

---

<sup>5</sup> Heithuis(2012).

<sup>6</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.

<sup>7</sup> CBS (2013).

4. Wat zijn de gevolgen indien het leerstuk van de onzakelijke lening kan worden toegepast op vermogensbestanddelen in de ongebruikelijke terbeschikkingstelling?
5. Hoe kunnen eventuele fiscale gebreken, die ontstaan indien het leerstuk van de onzakelijke lening kan worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, worden opgelost?

### **§1.3 Afbakening**

Deze scriptie ziet op het een onderzoek naar de onzakelijke lening binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Leningen tussen vennootschappen zullen niet behandeld worden, alhoewel de leer van de onzakelijke lening hier ook van toepassing kan zijn.<sup>8</sup>

Het leerstuk van de onzakelijke lening is niet vastgelegd in de wettekst, maar speelt wel binnen een fiscaalrechtelijk kader. Om de leer van de onzakelijke lening te kunnen uitleggen zal daarom gekeken moeten worden naar de jurisprudentie. Een belangrijk arrest over de onzakelijke lening betreft het arrest van 9 mei 2008.<sup>9</sup> Dit betrof de situatie waarbij geld geleend werd door de moedermaatschappij van haar dochtermaatschappij. De omgekeerde situatie, waarbij geld wordt geleend door de (dochter)vennootschap van haar aandeelhouder, is door de Hoge Raad behandeld in zijn arresten van 25 november 2011.<sup>10</sup> In deze scriptie zal ik voornamelijk kijken naar de situatie waarbij geld wordt geleend door de BV van haar aandeelhouder of een met de aandeelhouder verbonden persoon. Voor zover ik dit nodig acht voor de uitleg van het leerstuk van de onzakelijke lening zal ik jurisprudentie inzake de omgekeerde situatie aanhalen.

### **§1.4 Opzet**

Het onderzoek zal beginnen met een hoofdstuk over de terbeschikkingstelling. In dit hoofdstuk wordt de terbeschikkingstellingsregeling gepositioneerd binnen het resultaat uit overige werkzaamheden. Vervolgens zal de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling aan bod komen. Aan de hand van de literatuur, de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis zal ik de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling behandelen.

In hoofdstuk 3 wordt het leerstuk van de onzakelijke lening behandeld. Aan de hand van de jurisprudentie zal het leerstuk van de onzakelijke lening uiteen gezet worden. Daarnaast wordt de onzakelijke lening gepositioneerd ten opzichte van de totaalwinst. In dit hoofdstuk maak ik tevens een analyse van de jurisprudentie over de onzakelijke lening die tot nu toe gewezen en gepubliceerd is. Aan de hand van deze analyse probeer ik een rode draad te vinden op basis waarvan voorwaarden voor de onzakelijke lening kunnen worden bepaald.

---

<sup>8</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</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.



In het vierde hoofdstuk ga ik in op de toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Aan de hand van de literatuur en de jurisprudentie probeer ik een antwoord te vinden op de vraag of het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Daarnaast bespreek ik de gevolgen van een eventuele toepassing van dit leerstuk. Hierbij besteed ik aandacht aan een kwijtschelding van een onzakelijke lening en een liquidatie van de schuldenaar van een onzakelijke lening. Verder ga ik in op het uitstralingseffect van het leerstuk van de onzakelijke lening binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hierbij onderzoek ik of het leerstuk mogelijk moet worden doorgetrokken naar andere vermogensbestanddelen die ter beschikking worden gesteld.

Tot slot wordt in het laatste hoofdstuk een conclusie getrokken, alwaar de onderzoeksvraag herhaald wordt. Aan de hand van de antwoorden op de deelvragen zal de onderzoeksvraag beantwoord worden. Ik sluit af met aanbevelingen.

## **Hoofdstuk 2 De terbeschikkingstellingsregeling**

In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de terbeschikkingstellingsregeling en de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling inhouden. Eerst wordt het resultaat uit overige werkzaamheden gepositioneerd binnen de inkomstenbelasting, meer specifiek binnen het inkomen uit werk en woning. Vervolgens wordt de terbeschikkingstellingsregeling binnen het resultaat uit overige werkzaamheden geplaatst. Daarna behandel ik de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Aan de hand van de literatuur, de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis ga ik in op verschillende aspecten van de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Aan het eind van het hoofdstuk sluit ik af met mijn bevindingen.

### **§ 2.1 Resultaat uit overige werkzaamheden**

In de Nederlandse inkomstenbelasting wordt een boxenstelsel gehanteerd. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen box 1, die ziet op het belastbaar inkomen uit werk en woning, box 2, betreffende het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang en box 3, dat betrekking heeft op het belastbaar inkomen uit sparen en beleggen.

Het belastbare inkomen uit werk en woning bestaat onder andere uit de belastbare winst uit onderneming, het belastbare loon en het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden.<sup>11</sup> In artikel 3.90 Wet IB 2001 is het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden gedefinieerd als het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit één of meer werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbaar loon genereren. Op basis van de wetssystematiek moet zodoende eerst uitgesloten zijn dat sprake is van winst uit onderneming en loon uit dienstbetrekking, wil sprake kunnen zijn van resultaat uit overige werkzaamheden.

Als een belastingplichtige door middel van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid deelneemt aan het economische verkeer en daarmee voordeel beoogt te behalen, welke eveneens redelijkerwijs kan worden verwacht, is sprake van winst uit onderneming. Het duurzaamheidsvereiste vormt hiermee een noodzakelijke voorwaarde voor winst uit onderneming. Duurzaamheid houdt in dat de ondernemingsuitoefening moet zijn gericht op continuïteit.<sup>12</sup> Op het moment van aanvang mag niet duidelijk zijn dat de werkzaamheden slechts kortstondig bedoeld zijn.<sup>13</sup> Dit betekent niet dat de activiteiten feitelijk gedurende een langere periode moeten worden uitgevoerd, wil sprake kunnen zijn van een onderneming.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> In artikel 3.1 staat vermeld waaruit het inkomen uit werk en woning bestaat. Naast de drie genoemde categorieën zijn er ook nog een aantal andere inkomsten die onder het inkomen uit werk en woning vallen.

<sup>12</sup> Heithuis et al. (2013), p. 64.

<sup>13</sup> Zie onder andere HR 25 januari 2002, nr. 36 983, NTFR 2002/156 en HR 11 juli 2003, nr. 37 619, NTFR 2003/1193.

<sup>14</sup> Freudenthal(2002), p. 121.

Het duurzaamheidsvereiste vormt hiermee een belangrijk criterium voor de afbakening tussen belastbare winst uit onderneming en het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden.

Naast winst uit onderneming dient tevens vast te staan dat geen sprake is van belastbaar loon. De aanwezigheid van een dienstbetrekking is een noodzakelijke voorwaarde voor de aanwezigheid van belastbaar loon. Een dienstbetrekking is aanwezig als wordt voldaan aan de civielrechtelijke kenmerken van een arbeidsovereenkomst. Zodoende moet een verplichting bestaan tot het verrichten van persoonlijke arbeid, een loonbetalingsverplichting van de werkgever en de aanwezigheid van een gezagsverhouding tussen de werknemer en de werkgever.<sup>15</sup> Het laatste vereiste, de gezagsverhouding, houdt in dat de werknemer gehouden is tot het opvolgen van instructies en aanwijzingen van de werkgever.<sup>16</sup> Bij resultaat uit overige werkzaamheden is daarentegen geen sprake van een gezagsverhouding. Het onderscheid tussen loon en resultaat uit overige werkzaamheden wordt zodoende bepaald door het al dan niet bestaan van een dienstbetrekking.

Als duurzaamheid en een dienstbetrekking ontbreken, kan sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden. Hiermee vormt het resultaat uit overige werkzaamheden het slot van belastingheffing over actieve arbeidsinkomsten. Dit restkarakter van resultaat uit overige werkzaamheden sluit aan bij de bedoeling van de wetgever.<sup>17</sup> De wetgever wil inkomsten uit arbeid, die niet onder winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking vallen, in de heffing betrekken. Hierbij gaat het om inkomsten uit een vorm van werk in brede zin.<sup>18</sup>

Voordat sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden gelden overigens drie bronvoorwaarden: er moet sprake zijn van het verrichten van arbeid in het economische verkeer gebeuren met de arbeid moet een voordeel worden beoogd en dit voordeel moet redelijkerwijs verwacht kunnen worden. Opmerkelijk genoeg heeft de wetgever ervoor gekozen de terbeschikkingstellingsregeling op te nemen in het resultaat uit overige werkzaamheden, terwijl de arbeidscomponent daar nu juist ontbreekt.

## **§ 2.2 Terbeschikkingstellingsregeling**

Onder de Wet IB 1964 werden vermogensmutaties niet belast. Slechts de daadwerkelijk genoten inkomsten uit vermogen werden in de heffing betrokken.<sup>19</sup> Onder de Wet IB 1964 was sprake van tekortschietende mogelijkheden om inkomsten uit particulier vermogen te belasten.

---

<sup>15</sup> Zie artikel 7:610 BW.

<sup>16</sup> De werkgever en werknemer zijn verplicht om zich als 'goed werkgever' en 'goed werknemer' te gedragen. Bij het opvolgen van instructies en verplichtingen dient derhalve redelijkheid in acht genomen te worden.

<sup>17</sup> MvT, Kamerstukken II, Vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 30.

<sup>18</sup> Heithuis et al. (2013), p. 306.

<sup>19</sup> Zie hiervoor Aantekening 1.4 bij afdeling 5.1 Wet IB 2001 Vakstudie IB 2001.

Met de invoering van de Wet IB 2001 heeft de wetgever gekozen voor een vermogensrendementsheffing. Aan de hand van de waarde in het economische verkeer van het vermogen op 1 januari van het kalenderjaar wordt een forfaitair rendement bepaald. Het tarief, in combinatie met de overige regels voor het belastbare inkomen uit sparen en beleggen, leidt ertoe dat het voordeliger kan zijn om heffing over vermogensbestanddelen via box 3 te laten verlopen dan via box 1.

Binnen het regime van winst uit onderneming speelt de leer van de vermogensetikettering een rol. Verplicht ondernemingsvermogen is vermogen dat naar zijn aard en functie slechts ondernemingsdoeleinden kan dienen en daarom niet tot het privévermogen van een belastingplichtige gerekend mag worden. Een verschuiving naar box 3 kan alleen plaatsvinden als het vermogensbestanddeel naar een andere persoon overgeheveld wordt. Door het tussenschakelen van een derde<sup>20</sup> vervalt de etikettering van ondernemingsvermogen en vindt belastingheffing in box 3 plaats. Ook bij een vennootschapsrechtelijke verhouding kan het voordeligere tarief van box 3 opgezocht worden. Bij een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang bezit, kan dit worden bereikt door het vermogensbestanddeel over te hevelen van het vermogen van de vennootschap naar het privévermogen van de belastingplichtige. Op deze manier wordt belastingheffing van vennootschapbelasting (bij de vennootschap) en box 2-heffing (bij de aandeelhouder) voorkomen. Deze arbitragemogelijkheden heeft de wetgever willen tegengaan met de invoering van de terbeschikkingstellingsregeling. De terbeschikkingstellingsregeling heeft daarmee het karakter van een anti-arbitragemaatregel gekregen.

Het begrip terbeschikkingstelling is niet gedefinieerd in de wet. De term komt men echter wel tegen in het winstregime. In artikel 3.45, lid 2, onderdeel a, Wet IB 2001 en artikel 3.45, lid 4, Wet IB 2001 wordt het begrip genoemd. Van ter beschikking stellen in de zin van artikel 3.45, lid 2, onderdeel a, is sprake indien de belastingplichtige een ander in de gelegenheid stelt van een bedrijfsmiddel gebruik te maken, onder welke naam en in welke vorm ook.<sup>21</sup>

Het begrip ter beschikking stellen is overgenomen uit de Wet op de Investeringsrekening.<sup>22,23</sup> In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever aangegeven dat houvast kan worden gevonden

---

<sup>20</sup> Indien het vermogensbestanddeel wordt overgedragen aan de partner van de belastingplichtige blijft de vermogensetikettering, afhankelijk van het huwelijksgoederenregime, van toepassing. Indien een vermogensbestanddeel tot de huwelijksgoederengemeenschap behoort, zijn de normale regels van vermogensetikettering van toepassing. (Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33).

<sup>21</sup> Antwoord 52 op WIR-SIR-vragen, Kamerstukken II, vergaderjaar 1977/1978, 15 300, IX B en XIII, nr. 21.

<sup>22</sup> Nader rapport, Kamerstukken I, vergaderjaar 1989/1990, 21 343, B, p. 4-5.

<sup>23</sup> De Wet op de Investeringsrekening gaf belastingplichtigen de mogelijkheid om een percentage van investeringen in mindering te brengen op de belastingaanslag. De WIR-regeling is afgeschaft in 1988.

bij de jurisprudentie die is ontwikkeld onder de Wet op de Investeringsrekening en de in de Wet IB 1964 opgenomen investeringsaftrek.<sup>24</sup>

De wetgever streeft met de terbeschikkingstellingsregeling een economische benadering na, zodat beter wordt aangesloten bij hetgeen feitelijk gebeurt.<sup>25</sup> De civielrechtelijke vorm is in de beoordeling niet van wezenlijk belang. Deze opmerking behoeft naar mijn mening wel enige nuancering. Door de Hoge Raad is in het verleden immers aangegeven dat de civielrechtelijke vorm het uitgangspunt kan zijn.<sup>26</sup> Om deze reden lijkt de civielrechtelijke vorm wel van belang, maar is zij niet altijd doorslaggevend.

De wetgever heeft ervoor gekozen de terbeschikkingstellingsregeling onder te brengen in het regime van het resultaat uit overige werkzaamheden. In tegenstelling tot het resultaat uit overige werkzaamheden zijn aan het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen geen werkzaamheden verbonden. Terwijl andere arbeidsinkomsten overeenkomsten hebben met belastbare winst en belastbaar loon, komen vermogensbestanddelen die ter beschikking worden gesteld overeen met vermogensbestanddelen die ter belegging worden gehouden. In het geval van de terbeschikkingstellingsregeling worden vermogensbestanddelen rendabel gemaakt. In beginsel zouden deze vermogensbestanddelen onderdeel moeten uitmaken van de rendementsgrondslag van box 3.<sup>27</sup>

Vermogensbestanddelen kunnen op verschillende manieren rendabel gemaakt worden. Eén van de mogelijkheden is een vermogensbestanddeel ter beschikking te stellen. Hier wordt normaliter een vergoeding voor bepaald. Een voorbeeld van een vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen is de rentevergoeding bij een geldlening. Een vergoeding is voor de toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling echter niet verplicht. In artikel 3.92, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001 staat vermeld: *'al dan niet tegen vergoeding'*. Alhoewel mogelijk geen sprake is van rendabel maken, is de terbeschikkingstellingsregeling toch van toepassing.<sup>28</sup> In de parlementaire geschiedenis<sup>29</sup> is aangegeven hoe het resultaat bepaald moet worden indien geen vergoeding overeengekomen is. De baten en lasten moeten bepaald worden aan de hand van het winstregime. De waarde van het gebruik moet ten laste van het resultaat van de vennootschap gebracht worden. Hetzelfde bedrag moet bij de aandeelhouder als resultaat uit overige werkzaamheden belast worden. In zijn beleidsbesluit<sup>30</sup> heeft de staatssecretaris aangegeven dat de zakelijke rente tot het resultaat van aandeelhouder wordt gerekend. Indien

---

<sup>24</sup> NV, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 500.

<sup>25</sup> NNV, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 17, p. 99.

<sup>26</sup> In onder andere HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 heeft de Hoge Raad bepaald dat voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een geldlening de civielrechtelijke vorm in eerste instantie leidend is.

<sup>27</sup> Heithuis et al. (2013), p. 306.

<sup>28</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 3, p. 47-48.

<sup>29</sup> NV, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 501.

<sup>30</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33.

de overeengekomen rente lager is dan de zakelijke rente, is voor het verschil sprake van een informele kapitaalstorting. Dit was in de parlementaire geschiedenis nog niet aan bod gekomen. Een informele kapitaalstorting is echter een logisch gevolg bij het voorkomen van boxenarbitrage. De correctie dient immers plaats te vinden in box 1 en kan niet leiden tot belastingheffing in box 2.

Ter voorkoming van het ontgaan van de ter beschikkingstellingsregeling heeft de wetgever gekozen voor de wettekst *'rechtens dan wel in feite, direct of indirect'*. Lubbers en Meussen<sup>31</sup> geven een voorbeeld van een indirecte terbeschikkingstelling. Een belastingplichtige verhuurt een pand aan een stichting. De stichting verhuurt het pand door aan de onderneming of de BV van een met de belastingplichtige verbonden persoon. De feitelijke eindgebruiker van het pand is de onderneming of de BV van de met de belastingplichtige verbonden persoon. Met het tussenschuiven van een stichting wordt het pand juridisch verhuurd door de stichting en zou de terbeschikkingstellingsregeling omzeild kunnen worden. Met *'rechtens dan wel in feite, direct of indirect'* wordt hier voorkomen dat de terbeschikkingstellingsregeling wordt ontgaan. Feitelijk moet gekeken worden wie de eindgebruiker is van het vermogensbestanddeel. Dit zou echter wel tweeledig moeten werken. Indien zich een omgekeerde situatie voordoet, waarbij de eindgebruiker de stichting is, zou geen sprake moeten zijn van een terbeschikkingstelling. Uit HR 16 maart 2012, nr. 11/02036, BNB 2012/167 volgt dat dit niet het geval is. In zijn noot bij dit arrest stelt Heithuis dat de zinssnede *'rechtens dan wel in feite, direct of indirect'* alleen in het nadeel van de belastingplichtige moet worden uitgelegd.

### **§ 2.2.1          Verbonden personen**

In artikel 3.91, lid 2, onderdeel b en c van de Wet IB 2001 staan de verbonden personen vermeld. De kring van verbonden personen kan worden onderverdeeld in een kleine en een grote kring. De leden van de grote kring van verbonden personen zijn slechts verbonden personen indien sprake is van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hier ga ik in paragraaf 2.3 verder op in.

De kleine groep van verbonden personen bestaat uit de partner en de minderjarige kinderen van de belastingplichtige of van zijn partner. Per 1 januari 2011 is een aantal wijzigingen doorgevoerd bij het partnerbegrip voor onder andere de inkomstenbelasting.<sup>32</sup> Dit partnerbegrip geldt tevens voor de terbeschikkingstellingsregeling. Het basispartnerbegrip is neergelegd in artikel 5a AWR. Voor de heffing van de inkomstenbelasting is aangesloten bij dit

---

<sup>31</sup> Lubbers en Meussen(2012), p. 291.

<sup>32</sup> Voorheen kwalificeerden personen die met de belastingplichtige een gezamenlijke pensioensregeling, een gezamenlijk woning met bijbehorende schuld of een notarieel samenlevingscontract hadden ook als verbonden persoon.

uniforme basispartnerbegrip. Dit partnerbegrip is te vinden in artikel 1.2 Wet IB 2001. Het basispartnerbegrip wordt in artikel 1.2 Wet IB 2001 echter zowel uitgebreid als beperkt.

In artikel 1.2, lid 1 Wet IB 2001 zijn de uitbreidingen te vinden. Als algemene voorwaarde geldt dat personen op hetzelfde woonadres ingeschreven dienen te zijn in de basisadministratie persoonsgegevens. Alsdan geldt als partner van de belastingplichtige degene uit wiens relatie met de belastingplichtige een kind is geboren, degene die een kind van de belastingplichtige heeft erkend of van wie een kind door de belastingplichtige is erkend. Personen met een gezamenlijke pensioensregeling<sup>33</sup> kwalificeren als partner voor de inkomstenbelasting, evenals personen die gezamenlijk het eigendom, waaronder begrepen het economische eigendom, van een eigen woning bezitten. Deze personen hoeven geen notarieel samenlevingscontract te hebben, zoals vereist in artikel 5a AWR. Voor de terbeschikkingstellingsregeling kwalificeren zij als verbonden persoon van de belastingplichtige.

De beperkingen staan in artikel 1.2, lid 4 Wet IB 2001. Het gaat hierbij om bloedverwanten in de eerste graad die de leeftijd van 27 nog niet bereikt hebben en personen die geen inwoner zijn van Nederland en niet kiezen voor de fictieve binnenlandse belastingplicht.<sup>34</sup>

Naast de partner behoren minderjarige kinderen eveneens tot de groep van verbonden personen. Dit zijn kinderen die de leeftijd van 18 jaar nog niet bereikt hebben. Indien de belastingplichtige minderjarig is, behoren de ouders en hun eventuele partners tot de groep van verbonden personen.

Indien een verbonden persoon een aanmerkelijk belang bezit in een vennootschap waaraan de belastingplichtige ter beschikking stelt, is sprake van een terbeschikkingstelling in de zin van artikel 3.92 Wet IB 2001. De belastingplichtige hoeft overigens zelf geen aandelen in de vennootschap te bezitten.<sup>35</sup> De inkomsten uit de terbeschikkingstelling vallen hiermee onder het resultaat uit overige werkzaamheden en zijn progressief belast in box 1.

### **§ 2.2.2            *Aanmerkelijk belang***

De terbeschikkingstellingsregeling is alleen van toepassing als de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang in de vennootschap bezit waaraan ter beschikking wordt gesteld. Op basis van artikel 4.6 Wet IB 2001 is sprake van een aanmerkelijk belang indien de belastingplichtige, tezamen met zijn partner, direct of indirect, ten minste 5% van het geplaatst kapitaal bezit. Rechten tot het verwerven van een dergelijk belang,

---

<sup>33</sup> Het betreft in dit geval één pensioensregeling, waarbij de partner is aangemeld bij de pensioensregeling van de belastingplichtige.

<sup>34</sup> Op basis van artikel 2.5 Wet IB 2001 kan een persoon die geen inwoner is van Nederland ervoor kiezen om als binnenlands belastingplichtige te worden behandeld. Deze regeling komt per 1 januari 2015 te vervallen en wordt vervangen door een nieuwe regeling. Het keuze-element komt hierbij te vervallen.

<sup>35</sup> De verbonden persoon mag zelf wel aandelen in de vennootschap bezitten. Als de verbonden persoon een aandelenbezit van meer dan 5% bezit, kwalificeert deze rechtstreeks voor de terbeschikkingstellingsregeling, daar deze dan een aanmerkelijk belang bezit.

winstbewijzen welke recht geven op ten minste 5% van de jaarwinst dan wel de liquidatie-uitkering en een stemrecht van 5% in de algemene vergadering kwalificeren ook als aanmerkelijk belang.

Met de invoering van het aanmerkelijk belang heeft de wetgever een onderscheid willen maken tussen een aandeelhouder-belegger en een aandeelhouder-ondernemer.<sup>36</sup> Bij een aandelenbezit van 5% of meer wordt een parallel gezocht met de ondernemer. Het formele criterium van 5% is afkomstig van de deelnemingsvrijstelling. Naar mijn mening levert dit een arbitrair beeld op, omdat een aandelenbezit van 5% niet zonder meer gelijkgesteld kan worden met ondernemerschap. Doorslaggevende zeggenschap en beslissingsbevoegdheid worden vaak niet verkregen bij een aandelenbezit van 5%, terwijl dit belangrijke eigenschappen van een ondernemer zijn.

De terbeschikkingstellingsregeling is niet van toepassing als sprake is van een meetrekregeling. Bij een meetrekregeling worden de aandelen of winstbewijzen van de belastingplichtige meegetrokken met het aanmerkelijk belang van zijn partner of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn.

Een aanmerkelijk belang op basis van artikel 4.11 Wet IB 2001 is ook uitgesloten van de terbeschikkingstellingsregeling. Dit artikel regelt het fictieve aanmerkelijk belang, zoals de verwaterde aanmerkelijk belang aandelen.<sup>37</sup> Deze beperking is ingevoerd op aandringen van de Raad van State, omdat een aandelenbezit van 5% ontbreekt. Hierdoor kan niet gesproken worden van indirect ondernemerschap.<sup>38</sup> Dit leidt tot de merkwaardige uitkomst dat een meerderjarig kind dat een aandelenbezit van 4% heeft, niet in de terbeschikkingstellingsregeling terechtkomt, terwijl een meerderjarig kind dat een aandelenbezit van 5% heeft, wel onder de terbeschikkingstellingsregeling valt. Beiden bezitten evenwel een aanmerkelijk belang op basis van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. Het verschil tussen het aandelenbezit van de kinderen is dermate klein, dat een verschil in behandeling mijns inziens niet gerechtvaardigd is.

In sommige gevallen kan het juridische en economische eigendom gesplitst zijn. In dat geval is het economische eigendom doorslaggevend.<sup>39</sup> Vanaf het moment van verkoop heeft de verkoper immers geen belang meer bij de aandelen, het economische eigendom en daarmee de waardeveranderingen liggen immers niet meer bij de verkoper.

---

<sup>36</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 1995/1996, 24 671, nr. 3, p. 14.

<sup>37</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 201–203.

<sup>38</sup> Advies Raad van State, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, A, p. 6-7, onderdeel 1, c.

<sup>39</sup> Zie onder andere HR 18 maart 1987, nr. 23.764, BNB 1987/229 en HR 23 augustus 1989, nr. 25.394, BNB 1990/1.



### **§ 2.2.3           *Gelijkstellingen***

In artikel 3.92, lid 2 Wet IB 2001 worden een aantal werkzaamheden genoemd die worden gelijkgesteld met de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen. Dit zijn bijvoorbeeld het hebben of aangaan van een schuldvordering op een vennootschap, het sluiten van een overeenkomst van levensverzekering of het hebben van rechten uit een overeenkomst van levensverzekering. Mijns inziens valt een schuldvordering op een vennootschap reeds op basis van artikel 3.92, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001 onder de terbeschikkingstellingsregeling, zodat de toevoeging in artikel 3.92, lid 2, onderdeel a, ten 1<sup>o</sup>, Wet IB 2001 overbodig is. De parlementaire geschiedenis leert echter dat de wetgever bewust gekozen heeft voor deze toevoeging ter voorkoming van mogelijke onduidelijkheid.<sup>40</sup>

Op basis van artikel 3.92, lid 2, onderdeel c wordt een borgtochtprovisie gelijkgesteld met een voordeel uit een terbeschikkingstelling. Op basis van de wettekst lijkt de borgstelling op zichzelf niet gelijkgesteld te worden met het ter beschikking stellen van vermogen. Ligthart en Nijkamp<sup>41</sup> menen dat naar aanleiding van recente jurisprudentie gesteld kan worden dat de borgstelling zelf wel leidt tot een werkzaamheid. In HR 14 september 2012, nr. 11/02105, BNB 2013/12 is geoordeeld dat de terbeschikkingstelling aanvangt bij het aangaan van de borgstelling. Er is sprake van een werkzaamheid, omdat op dat moment de verplichting van de borg ontstaat. De Hoge Raad is tevens ingegaan op de aanwezigheid van een bron. In zijn arrest van 14 september 2012 stelt de Hoge Raad dat de verplichting van de borg die ten grondslag ligt aan de regresvordering als bron voor de terbeschikkingstellingsregeling moet worden aangemerkt.<sup>42</sup> Heithuis<sup>43</sup> meent in zijn noot bij het arrest van 14 september 2012 dat de Hoge Raad niet heeft beslist dat vanaf het begin van de borgstelling sprake is van een terbeschikkingstelling, omdat de borgsteller een voorwaardelijke regresvordering heeft op de hoofdschuldenaar. Volgens Heithuis heeft de Hoge Raad beslist dat de verplichting van de borg reeds vanaf het moment van aanvang, bij het aangaan van de borgstelling, tot het werkzaamheidsvermogen behoort. Dit levert volgens Heithuis materieel geen verschillen op.

Met Ligthart en Nijkamp ben ik van mening dat sprake is van een werkzaamheid. Heithuis meent dat de verplichting van de borg vanaf het moment van aanvang tot het werkzaamheidsvermogen behoort. Naar mijn mening moet dan sprake zijn van een kwalificerende werkzaamheid, aangezien een enkele (voorwaardelijke) verplichting geen werkzaamheid vormt.

---

<sup>40</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 3, p. 48.

<sup>41</sup> Ligthart en Nijkamp(2013).

<sup>42</sup> HR 14 september 2012, nr. 11/02105, BNB 2013/12, r.o. 3.4.

<sup>43</sup> Heithuis(2013).

### **§ 2.3 Ongebruikelijke terbeschikkingstelling**

Zoals in paragraaf 2.2 is aangegeven, heeft de terbeschikkingstellingsregeling het karakter van een anti-arbitragemaatregel. De terbeschikkingstellingsregeling kan ontweken worden door het vermogensbestanddeel onder te brengen bij een persoon buiten de kleine kring van verbonden personen, zoals bijvoorbeeld een meerderjarige zoon van de belastingplichtige. Deze kwalificeert niet als een verbonden persoon voor de terbeschikkingstellingsregeling. Als de meerderjarige zoon vervolgens het vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan de vennootschap van de belastingplichtige, is geen sprake van een terbeschikkingstelling. De terbeschikkingstellingsregeling wordt op deze manier ontweken. Het vermogensbestanddeel behoort bij de meerderjarige zoon tot de grondslag van box 3. Deze arbitragemogelijkheid wil de wetgever voorkomen.

In tegenstelling tot de wetgever meent Rijkers<sup>44</sup> dat geen sprake is van arbitrage. Rijkers geeft daarbij het volgende voorbeeld. Vader stelt een vermogensbestanddeel ter beschikking aan de BV van zijn meerderjarige zoon, waarvoor hij een normale vergoeding ontvangt. Vervolgens schenkt hij deze vergoeding aan zijn zoon, die dit bedrag vervolgens als informeel kapitaal in zijn BV stort. Het vermogensbestanddeel zit bij vader in box 3. De BV kan de kosten van de betaalde vergoeding ten laste van zijn resultaat brengen. Voor de schenkbelasting is sprake van een schenking. De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belangpakket van de zoon stijgt door de informele kapitaalstorting.

In de situatie waarbij vader afziet van een normale vergoeding is eveneens sprake van bevoordeling van de zoon. Deze bevoordeling is een schenking voor de schenkbelasting. De BV wordt door de zoon als aandeelhouder bevoordeeld. De BV heeft een fictieve kostenaf trek om de informele kapitaalstorting gestalte te geven. De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belangpakket stijgt met de waarde van de informele kapitaalstorting. Volgens Rijkers doet zich geen verschil voor tussen beide situaties. De wetgever geeft dergelijke voorbeelden niet en blijft van mening dat sprake is van boxenarbitrage.

Naar mijn mening wordt hier geen arbitrage voorkomen. De wetgever stelt dat sprake kan zijn van arbitrage doordat het voordeligere tarief van box 3 wordt opgezocht indien een vermogensbestanddeel wordt overgeheveld naar een persoon in de ruime kring van verbonden personen. De arbitragemogelijkheid schuilt echter niet in deze overheveling van vermogen. Indien het vermogensbestanddeel tegen een marktconforme vergoeding ter beschikking wordt gesteld, is geen sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De wetgever heeft juist willen voorkomen dat tegen een niet-marktconforme vergoeding ter beschikking wordt gesteld. De wetgever meent dat sprake kan zijn van boxenarbitrage. Ter voorkoming van deze arbitragemogelijkheid heeft de wetgever de in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke

---

<sup>44</sup> Rijkers, Cursus Belastingrecht IB, 3.4.3.C.h2.

terbeschikkingstelling ingevoerd. De ongebruikelijke terbeschikkingstelling onderscheidt zich op één punt van de gebruikelijke terbeschikkingstelling: de kring van verbonden personen. Indien sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt de kring van verbonden personen uitgebreid naar alle bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner. Voortbordurend op het hiervoor weergegeven voorbeeld van vader en zijn meerderjarige zoon, zal het vermogensbestanddeel bij de meerderjarige zoon in box 3 terecht komen. Bij een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling is de meerderjarige zoon een verbonden persoon voor de terbeschikkingstellingsregeling. Bij de ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontbreekt veelal een aandeelhoudersrelatie tussen de vermogensverstrekker en de schuldenaar.<sup>45</sup> Om te bepalen of sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling heeft de wetgever een gebruikelijkheidstoets ingevoerd. Aan de hand hiervan kan bepaald worden wanneer sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

### **§ 2.3.1 Toetsing ongebruikelijke terbeschikkingstelling**

In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat de gebruikelijkheidstoets meer dan één invalshoek kent.<sup>46</sup> De contractuele verhoudingen dienen gebruikelijk te zijn en de inhoud van de overeenkomst dient, gegeven de familierelatie, maatschappelijk gebruikelijk te zijn.

Freudenthal<sup>47</sup> meent dat de ongebruikelijkheid van een terbeschikkingstelling aan een tweetal zaken getoetst dient te worden. Hierbij moet beoordeeld worden of sprake is van maatschappelijk ongebruikelijke overeenkomsten en voorts of sprake is van niet normale omstandigheden. Voorbeelden van ongebruikelijke overeenkomsten worden in de parlementaire geschiedenis genoemd. Een voorbeeld hiervan is het houden van een turbovordering.<sup>48</sup> Vader koopt hierbij de aandelen in een lege vennootschap en de meerderjarige kinderen kopen een niet-volwaardige vordering op deze vennootschap. Het doel van het houden van een dergelijke turbo-vordering is het verschuiven van vermogen van de vader naar de kinderen. Een voorbeeld van niet normale omstandigheden is bijvoorbeeld een lening die tegen 'zachte' voorwaarden wordt verstrekt.<sup>49</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een lagere rente, het ontbreken van een aflossingsschema of het ontbreken van zekerheden. Wat de wetgever precies bedoeld heeft met 'zachte' voorwaarden en wanneer precies sprake is van 'zachte' voorwaarden is echter niet duidelijk. In de parlementaire behandeling is tevens naar voren gekomen dat de familierelatie een rol speelt bij de beoordeling van ongebruikelijkheid.

---

<sup>45</sup> De ongebruikelijk terbeschikkingstelling sluit aandelen bezit niet uit. Indien de vermogensverstrekker aandelen bezit in de schuldenaar kan alleen sprake zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als de vermogensverstrekker minder dan 5% van de aandelen bezit.

<sup>46</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 3 p. 50-51.

<sup>47</sup> Freudenthal(2010).

<sup>48</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 3, p. 50.

<sup>49</sup> NV, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, nr. 27 466, nr. 6, p. 84.

Binnen familiekringen kunnen 'zachte' voorwaarden gebruikelijk zijn, waardoor een ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontbreekt.<sup>50</sup> Het is onduidelijk wanneer sprake is van 'zachte' voorwaarden. Volgens de staatssecretaris is hiervan in ieder geval sprake van als de terbeschikkingstelling om niet plaatsvindt.<sup>51</sup>

Freudenthal<sup>52</sup> is van mening dat een maatschappelijk ongebruikelijke overeenkomst niet altijd hetzelfde hoeft te zijn als een maatschappelijk ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Daarbij is Freudenthal van mening dat een ongebruikelijke overeenkomst wel op een gebruikelijke manier kan worden uitgevoerd. In tegenstelling tot de wetgever vindt hij de overeenkomst van minder groot belang dan de terbeschikkingstelling zelf. De vraag is hoe Freudenthal gebruikelijke voorwaarden denkt te vinden voor een overeenkomst die ongebruikelijk is. Toetsing aan hetgeen onafhankelijke derden doen, lijkt mij vrijwel onmogelijk. De overeenkomst is ongebruikelijk en zal daarom niet (veel) voorkomen. Hierbij lijkt de belastingplichtige in een moeilijke bewijspositie terecht te komen. Zeker gezien het feit dat de staatssecretaris heeft aangegeven dat in het geval van een maatschappelijk ongebruikelijke overeenkomst sprake zal zijn van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De belastingplichtige moet daarbij het gebruikelijke van het ongebruikelijke bewijzen.

A-G Niessen<sup>53</sup> sluit zich aan bij de mening van Freudenthal en stelt dat op twee verschillende manieren sprake kan zijn van ongebruikelijke relaties. Enerzijds kan een gebruikelijke overeenkomst onder ongewone voorwaarden zijn aangegaan. Anderzijds kan de overeenkomst naar zijn aard ongebruikelijk zijn om aan te gaan. Als voorbeeld noemt hij de voorbeelden die tevens in de parlementaire geschiedenis zijn aangehaald, zoals bijvoorbeeld het sluiten van een levensverzekering bij de BV van een familielid. Mijns inziens geeft Niessen hiermee aan dat een ongebruikelijke overeenkomst altijd kwalificeert als een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ganzeveld<sup>54</sup> gaat nog een stapje verder. Als eerste moet gekeken worden naar de overeenkomst en de voorwaarden waaronder deze is aangegaan. Zijn deze maatschappelijk ongebruikelijk, dan is sprake van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Zijn de overeenkomst en de voorwaarden gebruikelijk, dan moet gekeken worden of deze vanwege de familierelatie ongebruikelijk zijn. Als voorbeeld haalt Ganzeveld eveneens het afsluiten van een levensverzekering bij een gelieerde BV aan. Het afsluiten van een levensverzekering is gebruikelijk, maar het afsluiten van een levensverzekering in verbonden situaties is ongebruikelijk. In dit geval is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

---

<sup>50</sup> Van Gijlswijk(2010).

<sup>51</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33.

<sup>52</sup> Freudenthal(2010).

<sup>53</sup> Conclusie A-G Niessen, 14 januari 2010, nr. 09/02120, V-N 2010/53.15.

<sup>54</sup> Ganzeveld(2009), p. 40-41.

De redenatie van Ganzeveld kan ik niet helemaal volgen. Indien de overeenkomst en de voorwaarden waaronder deze is aangegaan gebruikelijk zijn, stelt zij dat deze alsnog ongebruikelijk is als deze ongebruikelijk zijn binnen de familiekringen. Naar mijn mening is het voorbeeld van Ganzeveld in een eerder stadium reeds ongebruikelijk. De overeenkomst is immers naar zijn aard al ongebruikelijk. De contractuele verhoudingen zijn ongebruikelijk, daar het ongebruikelijk is een levensverzekering af te sluiten bij de BV van een verbonden persoon. Overigens kunnen lijfrenteverzekeringen afgesloten worden bij de inbreng van een onderneming, waardoor de vraag is in hoeverre sprake is van een ongebruikelijke transactie. Ganzeveld meent dat een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke overeenkomst gebruikelijk kan zijn in de gegeven familierelatie. In dat geval is geen sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hieronder valt bijvoorbeeld een lening die binnen de familie is aangegaan in het kader van een specifieke bedrijfsopvolging, waarbij een zekerheidsstelling en een aflossingsschema ontbreekt.

De Kort<sup>55</sup> sluit zich aan bij Ganzeveld en stelt dat uit de wetsgeschiedenis af te leiden is dat de maatschappelijke ongebruikelijkheid veroorzaakt kan worden door een tweetal zaken. Daarbij maakt hij een onderscheid tussen de onzakelijkheid van de transactie en de ongebruikelijkheid van de transactie. De Kort meent dat in de visie van de staatssecretaris een onzakelijke transactie voldoende is om van een maatschappelijke ongebruikelijke terbeschikkingstelling te kunnen spreken. De Kort doelt daarbij op de prijsstelling van de transactie. Hij verwijst hierbij naar een besluit van de staatssecretaris,<sup>56</sup> waarin hij heeft aangegeven dat een terbeschikkingstelling om niet een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling is. Als de prijsstelling van de transactie zakelijk is, moet vervolgens beoordeeld worden of de transactie zelf in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk is. Bij deze beoordeling moet de familierelatie in ogenschouw genomen worden. Volgens De Kort is een ongebruikelijke transactie gebruikelijk indien de transactie, gegeven de familieverhouding, niet ongebruikelijk is. De vraag is hoe De Kort een zakelijke prijsstelling denkt te kunnen vinden, als nog niet vaststaat dat de transactie ongebruikelijk is. Mijns inziens dient eerst vast te staan of een transactie gebruikelijk is voordat de zakelijkheid van de prijsstelling beoordeeld kan worden.

Uit bovenstaande volgt dat een ongebruikelijke transactie wel gebruikelijke voorwaarden kan hebben. Ganzeveld en de Kort menen dit uit de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie te kunnen afleiden. Hierbij lijkt een belastingplichtige in een vrij moeilijke situatie terecht te komen, zo niet een onmogelijke. Het gebruikelijke in het ongebruikelijke vinden lijkt mij vrij lastig. Een ongebruikelijke transactie impliceert naar mijn mening dat deze transactie niet (vaak)

---

<sup>55</sup> De Kort(2008).

<sup>56</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33.

voorkomt. Een vergelijkbare transactie tussen onafhankelijke derden vinden, wordt alsdan een lastige opgave. De maatstaf waaraan de ongebruikelijke voorwaarden getoetst dienen te worden is moeilijk bepaalbaar.

### **§ 2.3.2            *De gebruikelijkheidstoets in de jurisprudentie***

In de rechtspraak kwam de vraag op of de rechtshandelingen die verband houden met de terbeschikkingstelling tevens moeten worden meegenomen in de beoordeling van de gebruikelijkheid. In de jurisprudentie is bepaald dat het geheel van rechtshandelingen dat met de terbeschikkingstelling verband houdt, meegenomen moet worden in de beoordeling van de gebruikelijkheid. Ik behandel hierna een tweetal arresten van de Hoge Raad met betrekking tot het geheel van rechtshandelingen.

#### *§ 2.3.2.1            HR 15 oktober 2010, 09/02120, BNB 2011/36*

De vader van belanghebbende houdt de aandelen in B BV. De vader verhuurde een pand aan de BV. De aanschaf van het pand werd gefinancierd met een bij de BV in rekening-courant geboekte lening. Vervolgens verkoopt vader het pand aan zijn kinderen. De aankoop van het pand door de kinderen wordt gefinancierd met een door vader verstrekte hypothecaire lening. De vordering die vader heeft op zijn kinderen is door de vader overgedragen aan de BV. De vordering is verrekend met zijn rekening-courantschuld aan de BV. De BV gaat vervolgens het pand van de kinderen huren. De huurpenningen worden op een geblokkeerde rekening gestort en gebruikt voor de betaling van de hypotheekrente aan de BV en de aflossing van de hoofdsom. In geschil is of de verhuur van het pand moet worden aangemerkt als een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De afzonderlijke rechtshandelingen op zichzelf bezien zijn op zakelijke voorwaarden aangegaan.

De Hoge Raad oordeelde dat bij de beoordeling van de ongebruikelijkheid niet slechts de terbeschikkingstellingshandeling moet worden beoordeeld. Vervolgens stelt de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 het volgende: *“Een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling vindt onder andere plaats indien het met een geheel van handelingen bereikte resultaat zodanig is dat een dergelijk samenstel van handelingen zich tussen derden die geen familie zijn, niet zou voordoen.”*

De Kort<sup>57</sup> is van mening dat de Hoge Raad de juiste beslissing heeft genomen. In de wettekst wordt gerefereerd aan het blote feit van ter beschikking stellen, maar in de parlementaire geschiedenis is bepaald dat de gebruikelijkheidstoets meerdere invalshoeken beoogt. Hierin ligt

---

<sup>57</sup> De Kort(2010).

de vraag besloten welke effecten met de gebruikelijkheid bereikt worden.<sup>58</sup> Om deze reden acht hij het oordeel van de Hoge Raad correct.

Heithuis<sup>59</sup> merkt op dat de overwegingen van het Hof die ten grondslag liggen aan de uitspraak rechtens en feitelijk onjuist zijn. Hij acht de ongebruikelijkheid wel aanwezig, maar niet op basis van de overwegingen die geleid hebben tot het eindoordeel. Heithuis wijst hierbij op het feit dat de huurpenningen op een geblokkeerde rekening werden ontvangen, waaruit de rente en de aflossing van de geldlening werden voldaan. Daarnaast was het, gezien de vermogenspositie van de kinderen, in een onafhankelijke derdensituatie onmogelijk om een 100%-financiering te krijgen.

Volgens Ganzeveld<sup>60</sup> blijkt niet overduidelijk uit de wetsgeschiedenis dat bij de beoordeling van de ongebruikelijkheid het geheel van rechtshandelingen moet worden meegenomen. Dit ziet zij slechts voor het eerst terugkomen in het beleidsbesluit van de staatssecretaris van 24 mei 2006.<sup>61</sup> Ganzeveld is van mening dat de Hoge Raad de terbeschikkingstellingsregeling erg ruim uitlegt. De rechtshandelingen waren alle op zakelijke voorwaarden aangegaan. Een samenstel van zakelijke transacties zou volgens Ganzeveld niet mogen leiden tot een maatschappelijk ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

In tegenstelling tot Heithuis ben ik niet overtuigd van de aanwezigheid van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling doordat de huurpenningen op een geblokkeerde rekening werden ontvangen. De crediteur heeft door deze constructie immers (meer) zekerheid dat de rente en aflossing worden betaald, wat naar mijn mening een redelijke eis is van een crediteur. Ganzeveld meent dat er geen sprake kan zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als alle rechtshandelingen zakelijk zijn. De wetgever heeft echter aangegeven dat de transactie ook gebruikelijk moet zijn. Uit de gedingstukken bleek dat een dergelijke financieringsmogelijkheid in een onafhankelijke derdensituatie niet mogelijk zou zijn. Dit maakt de constructie toch enigszins ongebruikelijk, zeker in het maatschappelijke verkeer.

#### *§ 2.3.2.2 HR 9 november 2012, nr. 11/03829, BNB 2013/24*

Belanghebbende dreef samen met haar echtgenoot een camping in de vorm van een vennootschap onder firma. Per 22 december 2000 was de onderneming ingebracht in een BV. De onroerende zaken werden daarbij niet ingebracht en behoorden vanaf dat moment tot het privévermogen van belanghebbende en haar echtgenoot. De onroerende zaken werden verhuurd aan de BV. De aandelen in de BV werden op 28 december 2001 overgedragen aan de schoonmoeder van belanghebbende. De werkzaamheden van belanghebbende en haar

---

<sup>58</sup> NV, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 6, p. 84.

<sup>59</sup> Heithuis(2011).

<sup>60</sup> Ganzeveld(2010).

<sup>61</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 24 mei 2006, nr. CPP2006/76M, BNB 2006/252.

echtgenoot en de verhuur van de onroerende zaken bleven ongewijzigd. Daarnaast bleven zij bestuurders van de BV.

In lijn met HR 15 oktober 2010, nr. 09/02120, BNB 2011/36 heeft het Hof geoordeeld dat het geheel van rechtshandelingen dat met de terbeschikkingstelling samenhangt, beoordeeld moet worden. Er moet tevens gekeken worden naar de aandelenoverdracht aan de schoonmoeder. Hof Arnhem oordeelde dat belanghebbende de aandelen in de BV nimmer overgedragen zou hebben aan een derde. Belangrijke aannames zijn dat belanghebbende en haar echtgenoot een aanzienlijk bedrag hebben geïnvesteerd in de onroerende zaken, zij hun activiteiten ongewijzigd blijven verrichten en de aandelenoverdracht heeft plaatsgevonden met het oog op het ontgaan van de terbeschikkingstelling. Dit leidde tot een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De Hoge Raad bevestigde dit standpunt.

Belanghebbende droeg tevens aan dat bij de aandelenoverdracht geen rechtshandelingen hebben plaatsgevonden die betrekking hebben op de terbeschikkingstelling van de onroerende zaken. Bij de aandelenoverdracht werden de voorwaarden van de huurovereenkomst niet aangepast en kon geen ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontstaan. De Hoge Raad oordeelde dat ook omstandigheden buiten de rechtsverhouding van huurder en verhuurder kunnen zorgen voor een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

Heithuis<sup>62</sup> merkt op dat de Hoge Raad de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn erbij betreft om te bepalen of sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hij stelt dat de Hoge Raad de ongebruikelijkheid zo ruim interpreteert dat (te) snel sprake zal zijn van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Belanghebbenden hebben de schijn snel tegen. De bewijslast van de ongebruikelijkheid ligt bij de inspecteur. Een omstandigheid die buiten de rechtsverhouding tussen huurder en verhuurder tot een ongebruikelijke terbeschikkingstelling leidt, zal alleen in extreme omstandigheden, zoals in bovenstaand arrest, door de inspecteur bewezen kunnen worden. De ongebruikelijkheid schuilt mogelijk in het feit dat een transactie, zoals in het arrest naar voren komt, niet vaak voorkomt.

Snoeks<sup>63</sup> merkt op dat bij het arrest van 9 november 2012 niet getwijfeld kan worden aan de ongebruikelijkheid. Ter zitting hebben belanghebbende en haar echtgenoot erkend dat de aandelenoverdracht is ingegeven om de terbeschikkingstellingsregeling te ontlopen. Hierdoor is volgens Snoeks sprake van een schijnhandeling en ligt de ongebruikelijkheid voor de hand.

In tegenstelling tot Snoeks ben ik van mening dat hier geen sprake is van een schijnhandeling, omdat de aandelen daadwerkelijk zijn overgegaan naar de schoonmoeder. De inspecteur is er bij de Rechtbank niet in geslaagd te bewijzen dat de schoonmoeder van belanghebbende niet de

---

<sup>62</sup> Heithuis(2013).

<sup>63</sup> Snoeks(2013), dit arrest betreft de zaak van de echtgenoot van belanghebbende in BNB 2013/24. Het arrest met nr. 11/02832 behandel ik niet apart, omdat de feiten en omstandigheden overeenkomstig zijn.



economisch eigenaar was van de aandelen. Kennelijk heeft de schoonmoeder belang bij de waardeontwikkelingen van de aandelen zodat hier niet gesproken kan worden van een schijnhandeling.

*§ 2.3.2.3 Borgstellingen om niet*

Eerder heb ik aangegeven dat de staatssecretaris van mening is dat sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling indien een terbeschikkingstelling om niet plaatsvindt. Op basis van de gelijkstellingen wordt een borgvergoeding voor de borgstelling voor schulden van een vennootschap tevens als een voordeel uit het ter beschikking stellen aangemerkt. In de jurisprudentie is in lagere rechtspraak bepaald dat bij een borgstelling om niet, geen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ik behandel hier twee uitspraken.

***Hof's-Gravenhage 26 juni 2009, nr. 08/00135, V-N 2009/49.19***

Belanghebbende had zich borg gesteld voor een schuld aan de ABN AMRO Bank wegens de door de bank verstrekte lening aan een BV van zijn schoonzoon. Enkele jaren later is de BV failliet verklaard en wordt belanghebbende aangesproken tot betaling van de hoofdsom van de borgstelling. Vervolgens wordt vanuit C BV, de vennootschap waarvan belanghebbende enig aandeelhouder is, het bedrag aan de bank betaald. C BV verrekent dit bedrag in rekening-courant van belanghebbende. Belanghebbende heeft door de betaling van de borg een vordering op de BV. Belanghebbende waardeert de vordering op de BV af en brengt dit ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden.

Het Hof oordeelt dat de familierelatie voorop staat. Het is onzakelijk om af te zien van een vergoeding, maar dit was daarmee niet ongebruikelijk. In de situatie met een derde zou dit echter wel het geval zijn. De ongebruikelijkheid kan niet bewezen worden op basis van het ontbreken van een vergoeding voor de borgstelling. Daartoe was van belang dat geen twijfel bestond over de kredietwaardigheid van de BV van de schoonzoon. Het afwaarderingsverlies kan niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden worden gebracht.

***Hof's-Gravenhage 28 juni 2011, nr. 08/00146, V-N 2011/50.13***

Belanghebbende was gehuwd in gemeenschap van goederen met Y. Erflater had zich borg gesteld voor leningen bij de bank ten behoeve van een aantal vennootschappen van zijn schoonschoon. Deze borgstelling was mede ingegeven door de financiële situatie van de vennootschappen. De schoonzoon had de tekorten van de vennootschappen wederrechtelijk laten aanvullen door de vennootschap van erflater. Vervolgens had de bank de leningovereenkomst opgezegd. Erflater was in zijn hoedanigheid van borgsteller aangesproken. Erflater had hiertoe, via een rekening-courant bij F BV, het bedrag voldaan. De regresvordering

was onbetaald gebleven. Erflater had de helft van het betaalde bedrag als negatief resultaat uit overige werkzaamheden ten laste van zijn inkomen uit werk en woning gebracht. De andere helft was ten laste van het inkomen uit werk en woning van belanghebbende gebracht.

Het Hof oordeelt dat deels sprake was van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Belanghebbende heeft een aantal getuige-deskundigen opgeroepen. Deze oordeelden dat de borgstelling ongebruikelijk was gezien de omvang van de borgtocht, de financiële situatie van de vennootschappen, de affiniteit van de borg met de onderneming en de bevoordeling van de dochter ten opzichte van de andere kinderen. Gezien de verklaringen van de getuige-deskundigen werd de borgstelling ongebruikelijk verklaard voor zover deze een bedrag van € 250.000 te boven gaat. Het bedrag van € 250.000 was door één van de getuige-deskundigen aangedragen als een borgstelling die gebruikelijk is binnen familieverbanden. Het Hof geeft aan dat een knip gemaakt dient te worden tussen een gebruikelijk deel en een ongebruikelijk deel. € 250.000 gaat behoren tot de grondslag van box 3 en een verlies op dit gedeelte van de borgstelling kan niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Het gedeelte dat het bedrag van € 250.000 te boven gaat, moet wel als een terbeschikkingstelling worden aangemerkt. Een verlies uit hoofde van de borgstelling kan hier wel ten laste van het resultaat worden gebracht.

Dit leidt mijns inziens tot een merkwaardige uitwerking. Het Hof maakt een splitsing, terwijl de borgstelling mijns inziens in zijn geheel gebruikelijk of ongebruikelijk is. Erflater stelt zich immers voor het gehele bedrag borg en dan lijkt een splitsing niet op zijn plaats. In de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening is bovendien bepaald dat een splitsing niet gemaakt mag worden.<sup>64</sup>

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over bovenstaande problematiek. In de rechtspraak kan niettemin wel een lijn worden ontdekt. De familierelatie wordt in alle twee de uitspraken voorop gezet. De familierelatie bepaalt hier uiteindelijk wat in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk is. Er is geen sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling, omdat de voorwaarden binnen de familierelatie niet ongebruikelijk zijn. In tegenstelling tot een terbeschikkingstelling om niet is bij een borgstelling om niet geen sprake van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

## **§ 2.4 Bevindingen**

In dit hoofdstuk heb ik de terbeschikkingstellingsregeling besproken. Op grond van het voorstaande kom ik tot de volgende bevindingen:

- De terbeschikkingstellingsregeling heeft het karakter van een anti-arbitragemaatregel. Binnen de terbeschikkingstellingsregeling heeft de wetgever een ongebruikelijke terbeschikkingstelling opgenomen. Het karakter van de ongebruikelijke terbeschikkingstelling sluit naar mijn mening

---

<sup>64</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.5.

niet aan bij het karakter van een anti-arbitragemaatregel. De arbitrage is immers toegestaan, zolang de transactie en de voorwaarden waaronder de transactie zijn aangegaan in het maatschappelijke verkeer gebruikelijk zijn. Indien de ongebruikelijke terbeschikkingstelling een maatregel tegen arbitragemogelijkheden zou zijn, was een dergelijk onderscheid niet gemaakt.

- De wetgever heeft op aandringen van de Raad van State ervoor gekozen het aanmerkelijk belang op basis van de meetregel en het fictief aanmerkelijk belang niet te laten kwalificeren als aanmerkelijk belang voor de terbeschikkingstellingsregeling. Deze beperking is ingevoerd omdat in deze gevallen een aandelenbezit van 5% ontbreekt. Het aandelenbezit is een belangrijker onderdeel van de terbeschikkingstellingsregeling dan de familiale band tussen de terbeschikkingsteller en de aandeelhouder van degene aan wie ter beschikking wordt gesteld. De wetgever heeft het advies van de Raad van State naar mijn mening echter niet consequent doorgevoerd. Stel een meerderjarige zoon verhuurt een pand aan de BV van zijn vader. De zoon bezit 3% van de aandelen in de BV van zijn vader. Indien zakelijke voorwaarden zijn overeengekomen, ontbreekt een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Met andere woorden, het aandelenbezit is belangrijker dan de verbondenheid tussen vader en zoon, gezien het feit dat een terbeschikkingstelling ontbreekt. Als onzakelijke voorwaarden zijn overeengekomen, kan wel sprake zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De verbondenheid tussen vader en zoon is belangrijker dan het aandelenbezit. Het aandelenbezit is in dit geval dus niet belangrijker dan de verbondenheid tussen de aandeelhouder en de terbeschikkingsteller. Het advies van de Raad van State wordt op dit punt niet gevolgd.
- Aan de hand van een gebruikelijkheidstoets kan worden bepaald of sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De contractuele verhoudingen dienen gebruikelijk te zijn en de inhoud van de overeenkomst dient, gegeven de familierelatie, maatschappelijk gebruikelijk te zijn. Daarnaast moet de familierelatie worden meegenomen in deze beoordeling. Klaarblijkelijk kan iets maatschappelijk gebruikelijk zijn als het binnen de familierelatie gebruikelijk is. Het blijft echter onduidelijk wanneer een verhouding of de inhoud van de overeenkomst gebruikelijk is. Het referentiekader lijkt zich te beperken tot de familierelatie. Dit blijkt onder meer uit de rechtspraak inzake de borgstellingen. Toch is niet duidelijk hoe vaak een overeenkomst of bepaalde voorwaarden moeten voorkomen, voordat sprake is van een gebruikelijke terbeschikkingstelling.
- In de jurisprudentie is bepaald dat alle rechtshandelingen die verband houden met een terbeschikkingstelling moeten worden meegenomen in de beoordeling van de gebruikelijkheid. Omstandigheden buiten de rechtsverhouding van huurder en verhuurder kunnen eveneens zorgen voor een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Zelfs ingeval alle rechtshandelingen op zichzelf bezien op zakelijke voorwaarden zijn aangegaan, kan een ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontstaan als de samenstelling van de rechtshandelingen ongebruikelijk is.

## **Hoofdstuk 3 De onzakelijke lening**

### **§ 3.1 Algemeen**

In het vorige hoofdstuk heb ik de terbeschikkingstellingsregeling besproken. Deze regeling heeft het karakter van een anti-arbitragemaatregel. De terbeschikkingstellingsregeling kan ontgaan worden door de vermogensbestanddelen onder te brengen naar personen buiten de kleine kring van verbonden personen van de belastingplichtigen. Deze mogelijkheid wordt (deels) tegengegaan door de in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Hierbij worden alle bloed- en aanverwanten in de rechte lijn als verbonden personen aangemerkt en dient er sprake te zijn van ongebruikelijke overeenkomsten en of ongebruikelijke condities. Van dit laatste is bijvoorbeeld sprake indien een lening door een vader aan de BV van een meerderjarige zoon wordt verstrekt waarbij geen rentevergoeding wordt bedongen. Een aandeelhoudersrelatie tussen de vader en de BV ontbreekt.

In het verleden<sup>65</sup> heeft de Hoge Raad arresten gewezen met betrekking tot niet-marktconforme condities tussen gelieerde partijen. Als een lening wordt verstrekt door een aandeelhouder aan zijn BV dient dit onder zakelijke voorwaarden te gebeuren. Aan de hand van onder andere de rente, zekerheden en de aanwezigheid van een aflossingsschema kan worden getoetst of sprake is van zakelijke voorwaarden. Door de Hoge Raad is bepaald dat een lening die niet onder zakelijke condities is verstrekt, wordt aangemerkt als een onzakelijke lening.<sup>66</sup> Een eventueel verlies op een dergelijke lening mag niet ten laste van het resultaat worden gebracht.

In dit hoofdstuk bespreek ik het leerstuk van de onzakelijke lening. Aan de hand van de jurisprudentie zal ik het fenomeen onzakelijke lening karakteriseren. Daarnaast ga ik in op de verhouding tussen het totaalwinstbegrip en (het leerstuk van) de onzakelijke lening. Vervolgens bespreek ik de ontwikkelingen in de jurisprudentie. Ik sluit af met mijn bevindingen.

### **§ 3.2 Fiscale behandeling van verstrekking van vermogen**

Voor fiscale doeleinden is het belangrijk het begrip vreemd vermogen te duiden. Een voorbeeld van een vermogensverstrekking die fiscaal kan worden aangemerkt als het verstrekken van vreemd vermogen, is het verstrekken van een vermogen in de vorm van een geldlening.

In de fiscale jurisprudentie<sup>67</sup> is bepaald dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking in beginsel beslissend is voor de fiscale gevolgen. Deze civielrechtelijke definitie is te vinden in Boek 7a van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Uit artikel 7a:1791 BW volgt de definitie van

---

<sup>65</sup> Onder andere HR 12 februari 1958, nr. 13 456, BNB 1958/116, HR 10 december 1958, nr. 13 791, BNB 1959/51 ("Kostenarresten"). Deze kostenarresten hebben bij de invoering van de Wet IB 2001 hun belang verloren voor situaties waarin de bevoordeling plaatsvindt vanuit het resultaat uit overige werkzaamheden of vanuit box 3. Daarna o.a. HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 en HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 ("onzakelijke leningarresten").

<sup>66</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 en HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>67</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/207 en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, V-N 2014/9.12.

een lening: *“een overeenkomst, waarbij de eene partij 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 de definitie volgt dat een bepaald goed afgegeven dient te worden. Hierin ligt niet besloten dat sprake dient te zijn van geld. Aandelen en andere waardepapieren of zaken kunnen bijvoorbeeld ook ten titel van lening worden afgegeven.

Uit de definitie volgt ook dat sprake dient te zijn van een terugbetalingsverplichting. De definitie daarvan is opgenomen in artikel 7a:1800 BW: *“Die iets ter leen ontvangt is verplicht hetzelfde, in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, en op den bepaalden tijd, terug te geven.”* Uit het arrest van de Hoge Raad van 8 september 2006<sup>68</sup> valt op te maken dat die terugbetalingsverplichting een belangrijk kenmerk van een lening is. Een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting of een onzekere terugbetaling ontnemen aan een geldverstrekking niet het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting.<sup>69</sup> Dit roept vervolgens de vraag op of nog steeds sprake is van een geldlening indien de voorwaarde niet intreedt. In de casus van het arrest wordt de lening niet terugbetaald.<sup>70</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat de voorwaarde niet hoeft in te treden voordat sprake is van een geldlening.

### **§ 3.2.1            Fiscale herkwalficaties**

Ingeval naar civielrechtelijke maatstaven sprake is van een verstrekking van aandelenkapitaal, is voor de fiscale behandeling van deze verstrekking tevens sprake van aandelenkapitaal.<sup>71</sup> In de fiscale jurisprudentie is echter bepaald dat een civielrechtelijke lening, ondanks die civiele duiding, fiscaal toch als eigen vermogen kan worden aangemerkt. Daarbij heeft de Hoge Raad onderscheid gemaakt tussen drie categorieën: zogenoemde schijnleningen, bodemlozeputleningen en de deelnemerschapsleningen.

#### ***Schijnlening***

De schijnlening is een vermogensverstrekking die als lening wordt geduid, maar dit in wezen niet is. Bij dergelijke leningen hebben partijen geen overeenkomst van geldlening tot stand willen brengen.<sup>72</sup> Alhoewel de schijn gewekt wordt door op papier te verklaren dat een lening verstrekt wordt, wordt in wezen eigen vermogen verstrekt. Dit volgt uit HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196.

---

<sup>68</sup> HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104. In dit arrest betrof het een vraagstuk over de heffing van de kapitaalbelasting. De rechtsoverwegingen met betrekking tot de kwalificatie van de lening zijn echter tevens van belang voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

<sup>69</sup> HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104, r.o. 3.4.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, V-N 2014/9.12.

<sup>72</sup> Koster, Cursus Belastingrecht VPB, 2.0.5.E.e2.

Dat arrest betrof een directeur-enigaandeelhouder en zijn NV. Tussen de NV en de directeur-enigaandeelhouder stond een rekening-courant open. Naar de mening van belanghebbende was sprake van een geldlening. Het bijschrijven van rente gebeurde alleen omdat de accountant daarop wees en een overeenkomst van geldlening ontbrak. De Hoge Raad besliste dat in casu geen sprake van een geldlening, maar van een gefingeerde geldlening was. Uit het betoog van belanghebbende bleek immers dat hij nooit de intentie heeft gehad de debetstand aan te zuiveren door middel van een betaling.

In het arrest van 27 januari 1988<sup>73</sup> werd een geldlening verstrekt door een moedervennootschap aan een dochtervennootschap. De Hoge Raad bepaalde dat de civielrechtelijke verschijningsvorm het uitgangspunt is, maar dat voor fiscale gevolgen de vermogensverstrekking toch als eigen vermogen van de dochtervennootschap aangemerkt moest worden. Aan de hand van concrete feiten en omstandigheden moet worden beoordeeld of sprake is van een kapitaalstorting of een geldlening. Uit het arrest volgt dat het ontbreken van aflossingen, het niet bedingen van rente en het niet stellen van enige zekerheid ter nakoming van aflossingsverplichtingen of rentebetalingen aanwijzingen vormen dat sprake is van een schijnlening.

### ***Bodemlozeputlening***

Naast de schijnlening wordt in de jurisprudentie het fenomeen 'bodemlozeputlening' onderscheiden. Bij een bodemlozeputlening is bij het aangaan van de vordering reeds duidelijk dat aan deze vordering geen waarde toekomt, omdat de schuldenaar niet kan aflossen.<sup>74</sup> De Hoge Raad heeft de bodemlozeputlening in het verleden onder de noemer van schijnlening geplaatst.<sup>75</sup> Er bestaat tussen de schijnlening en de bodemlozeputlening echter wel een verschil. Bij een bodemlozeputlening is op het moment dat de geldlening verstrekt wordt reeds duidelijk dat de gelden niet worden terugbetaald.<sup>76</sup> Bij de schijnlening bestaat de intentie niet om de lening terug te betalen. Bij een bodemlozeputlening bestaat bij de schuldenaar de intentie om terug te betalen wel, maar kan hij deze de lening niet terug betalen. De schuldeiser weet bij de vermogensverstrekking dat de lening niet terugbetaald kan worden en berust in deze gedachte. De intentie van de schuldeiser lijkt bij de schijnlening en de bodemlozeputlening overeen te komen. Het verschil tussen de schijnlening en de bodemlozeputlening lijkt voornamelijk te rusten op verschillen in de intentie en vermogenspositie van de schuldenaar. Bij een schijnlening ontbreekt de intentie tot terugbetaling van de geldlening, bij een bodemlozeputlening is

---

<sup>73</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>74</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 en HR 29 oktober 2004, nr. 40 926, BNB 2005/64.

<sup>75</sup> HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196.

<sup>76</sup> Koster, *Cursus Belastingrecht VPB*, 2.0.5.E.e3.

aanstands duidelijk dat de schuldenaar niet over voldoende middelen beschikt of zal komen te beschikken om de geldlening terug te kunnen betalen.

### ***Deelnemerschapslening***

Naast de schijnlening en de bodemlozeputlening kan de deelnemerschapslening worden onderscheiden. Het basisarrest over de deelnemerschapslening is gewezen op 5 juni 1957.<sup>77</sup> In eerste instantie merkt de Hoge Raad op dat een variabele, van de winst afhankelijke rente die op een obligatie wordt betaald bij de schuldenaar aftrekbaar is van de bedrijfswinst. De Hoge Raad voegde het volgende toe: *“echter wanneer het winstaandeel een onderdeel vormt van een regeling ener verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, welke den schuldeiser zo nauw bij het bedrijf van den schuldenaar betreft dat hij daarin in zekere mate deel heeft, de op dat aandeel uitgedeelde winst voor den schuldenaar niet meer als kosten van het bedrijf kan worden beschouwd.”*

In het arrest van 27 januari 1988<sup>78</sup> stelt de Hoge Raad dat fiscaal gezien geen sprake is van een lening indien *“de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zeker mate deelneemt in de onderneming van de schuldenaar”*.

In HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 heeft de Hoge Raad specifieke voorwaarden gedefinieerd aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van een deelnemerschapslening. Indien de vergoeding voor de lening winstafhankelijk is, de schuld achtergesteld is bij alle concurrente vorderingen én de schuld geen vaste looptijd heeft, is sprake van een deelnemerschapslening.<sup>79</sup>

Er is sprake van een winstafhankelijke rentevergoeding als de omvang van de vergoeding, de verschuldigdheid van de vergoeding of zowel de omvang als de verschuldigdheid winstafhankelijk is.<sup>80</sup> Met betrekking tot de winstafhankelijkheid voor de vergoeding van de lening is een tweetal arresten van belang. In HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176 was geen sprake van winstafhankelijkheid. De omvang en de verschuldigdheid van de rentevergoeding waren niet winstafhankelijk. In casu was alleen de betaling van de rentevergoeding winstafhankelijk. Volgens ons hoogste rechtscollege leidde dit niet tot een winstafhankelijk rentevergoeding als bedoeld in HR 11 maart 1998/208, nr. 32 240, BNB 1998/208. Uit HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82 volgt dat sprake is van een winstafhankelijke rentevergoeding als een deel van de vergoeding afhankelijk is van de winst. In casu was een vaste rentevergoeding van 1% verschuldigd, vermeerderd met een percentage van

---

<sup>77</sup> HR 5 juni 1957, nr. 13 127, BNB 1957/239.

<sup>78</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>79</sup> HR 11 maart 1998/208, nr. 32 240, BNB 1998/208, r.o. 3.3.

<sup>80</sup> Van Strien (2006), p. 86.

de winst van de debiteur. De Hoge Raad oordeelde dat hier sprake is van een winstafhankelijke vergoeding en dat daarmee voldaan wordt aan de eis van winstafhankelijkheid.<sup>81</sup>

In HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82 kwam tevens de vaste looptijd naar voren. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat de looptijd van de lening zodanig lang is – in casu meer dan 50 jaar – dat aan de overeengekomen looptijd fiscaal geen betekenis moet worden toegekend. Hieruit is af te leiden dat de Hoge Raad de grens bij 50 jaar legt.<sup>82</sup> Mogelijk heeft de Hoge Raad willen aansluiten bij de opvatting van de gemeenschapswetgever.<sup>83</sup> Op basis van de interest- en royaltyrichtlijn geldt het verbod van bronheffing niet op de rente op een schuldvordering met een looptijd langer dan 50 jaar.<sup>84</sup>

### **§ 3.2.2            *Lening onder onzakelijke voorwaarden en onzakelijke lening***

Indien geen sprake is van een schijnlening, bodemlozeputlening of een deelnemerschapslening, volgt de fiscale kwalificatie de civielrechtelijke kwalificatie. Voor fiscale doeleinden is alsdan ook sprake van een lening. Indien vastgesteld is dat sprake is van een lening valt nog een onderscheid te maken: leningen met marktconforme condities en leningen met niet-marktconforme condities. Indien een lening onder onzakelijke voorwaarden is aangegaan, kan sprake zijn van een onzakelijke lening. Als sprake is van een onzakelijke lening, mag een eventueel verlies op de lening niet ten laste van het resultaat worden gebracht.<sup>85</sup>

In de jurisprudentie is een onderscheid gemaakt tussen een lening onder onzakelijke voorwaarden en een onzakelijke lening. De begrippen geven de indruk dat sprake is van twee verschillende fenomenen. Een onzakelijke lening is echter net zo goed een lening onder onzakelijke voorwaarden. Het enige verschil tussen beide vormen is de rentecomponent die al dan niet marktconform gemaakt kan worden. Om verwarring te voorkomen, zal ik niettemin aansluiten bij de begrippen die de Hoge Raad hanteert.

#### **§ 3.2.2.1            *Lening onder onzakelijke voorwaarden***

Uit het totaalwinstbegrip volgt dat verbonden partijen met elkaar moeten handelen alsof ze met onafhankelijke derden handelen.<sup>86</sup> Indien de rente zakelijk gemaakt kan worden, is geen sprake van een onzakelijke lening. Dan is slechts sprake van een lening onder onzakelijke voorwaarden. Dit betreft een aanpassing van één van de voorwaarden.

---

<sup>81</sup> HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82, r.o. 3.2.

<sup>82</sup> Vermeulen, Cursus Belastingrecht VPB, 2.2.2.D.e2.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Artikel 4, lid 1, onderdeel d, Interest- en Royaltyrichtlijn.

<sup>85</sup> Zie onder andere 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. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>86</sup> Uit artikel 3.8 Wet IB 2001 volgt dat voor- en nadelen die voortkomen uit een aandeelhoudersrelatie niet tot de totaalwinst behoren.



Volgens Koster<sup>87</sup> hanteert de Hoge Raad de rente als het primaat voor de verzakelijking van de lening. Uit HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 kan worden afgeleid dat moet worden gekeken naar de rentevergoeding voor de zakelijkheid van de lening. Indien aanpassing van de rente naar een marktconform niveau mogelijk is, is slechts sprake van een lening onder onzakelijke voorwaarden. Heithuis<sup>88</sup> is eveneens van mening dat in eerste instantie gekeken moet worden of de rentevergoeding gecorrigeerd kan worden naar een marktconform niveau. Uit de arresten van 25 november 2011<sup>89</sup> en 13 januari 2012<sup>90</sup> blijkt daarnaast dat niet mag worden gesleuteld aan de overeengekomen looptijd en de gestelde zekerheden. Volgens Heithuis blijft alleen de rente over als instrument om de lening te verzakelijken.

Naar mijn mening is dit ook logisch. Indien gesleuteld wordt aan de looptijd of gestelde zekerheden bestaat de kans dat sprake is van een nieuwe lening. Als de looptijd of gestelde voorwaarden veranderen, verandert het risicoprofiel van de lening. Doordat het risicoprofiel van de lening verandert, levert een vergelijking met het oude risicoprofiel een vertekend beeld op. Naar mijn mening komt de belastingplichtige wel in een moeilijke situatie terecht. De rente is afhankelijk van de hoogte van een lening, de looptijd van een lening, de zekerheden die al dan niet bedongen zijn en de risico's die gelopen zijn door de debiteur. Een vergelijkbare situatie vinden is hierdoor lastig. In de jurisprudentie<sup>91</sup> is bepaald dat gekeken moet worden naar het moment van aangaan van de lening. Dit kan periodes van meerdere jaren beslaan. De wetenschap die op het moment van de discussie aanwezig is, kan daarbij mijns inziens moeilijk buiten beschouwing gelaten worden. Overigens ligt de bewijslast of sprake is van een onzakelijke lening in eerste instantie bij de inspecteur.

Indien de rente desondanks gecorrigeerd kan worden, maar als gevolg van deze correctie *in wezen winstdelend* wordt, is sprake van een onzakelijke lening. Het is onduidelijk wat de Hoge Raad bedoeld heeft met een *in wezen winstdelende* rente.<sup>92</sup> Bij het gebrek aan feitelijke informatie in de gewezen jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening, kan verder weinig gezegd worden over deze scheidslijn. De rechtspraak laat veelal in het midden waarom de rente op een lening *in wezen winstdelend* wordt en hoe dit bepaald wordt. De onzakelijke lening wordt in de volgende paragraaf besproken.

---

<sup>87</sup> Koster, Cursus Belastingrecht VBP, 2.0.5.E.e4.

<sup>88</sup> Heithuis(2012).

<sup>89</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>90</sup> HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79.

<sup>91</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>92</sup> Mogelijk doelt de Hoge Raad met deze uitdrukking op de situatie waarin de vaste rente, die een juiste vergoeding vormt voor het risico, zo hoog is dat deze in werkelijkheid slechts wordt overeengekomen in gevallen waarin de geldverstrekker wil delen in het ondernemingsrisico.

### § 3.2.2.2 *Onzakelijke lening*

Op 9 mei 2008<sup>93</sup> heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen met betrekking tot de onzakelijke lening. Dit betrof de zogeheten onzakelijke lening 'omhoog'. Dit betrof een lening van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij/aandeelhouder.

In HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 is bepaald dat de leer van de onzakelijke lening eveneens van toepassing is op de lening omlaag. Dit wil zeggen: een lening van de moedervenootschap/aandeelhouder aan de dochtervenootschap. Het leerstuk van de onzakelijke lening is eveneens van toepassing geoordeeld op de terbeschikkingstellingsregeling. Aan de hand van verschillende arresten zet ik het leerstuk van de onzakelijke lening uiteen.

#### ***HR 9 mei 2008, nr. 43 846, BNB 2008/191***

Belanghebbende was een holdingmaatschappij van de A-groep. De aandelen van belanghebbende waren, tegen uitgifte van certificaten, overgedragen aan een stichting administratiekantoor. De certificaathouder van belanghebbende was tevens certificaathouder van de certificaten van de aandelen van F BV. F BV was voorheen holdingvenootschap van de A-groep. In 1995 werd besloten tot een reorganisatie, daartoe werd een vennootschap opgericht, G Holding BV. G kocht de certificaten op van de certificaathouders. De koopsom werd volledig gefinancierd met een lening van belanghebbende aan G. G zou de lening aflossen met de te genereren dividendstroom uit belanghebbende en F.

De lening van belanghebbende aan G werd door belanghebbende aangemerkt als een rekening-courant. De verschuldigde rente werd bijgeboekt op deze rekening-courant. Het geld voor de aflossingen was geheel afkomstig van het door F uitgekeerde dividend. Een schriftelijke leningsovereenkomst en een aflossingsschema waren nimmer opgesteld. Zekerheden waren niet gevraagd noch verstrekt. In 2000 vormde belanghebbende een (aanvullende) voorziening van fl. 2.000.000 ter zake van de lening aan G.

De Hoge Raad stelde het volgende voorop:<sup>94</sup> *"indien en voorzover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht."*

---

<sup>93</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.

<sup>94</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

Gezien het feit dat geen zekerheden gevraagd en verstrekt waren en het feit dat G de lening afloste uit een te genereren dividendstroom, oordeelde de Hoge Raad dat een debiteurenrisico aanvaard was met de bedoeling de aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen.

Naar aanleiding van dit arrest is in de literatuur de discussie ontstaan of de leer van de onzakelijke lening eveneens van toepassing is op een lening omlaag. De onzakelijke lening omhoog speelt zich af in de relatie tussen de belastingplichtige en zijn eigen aandeelhouder. In tegenstelling tot de onzakelijke lening omhoog, speelt de onzakelijke lening omlaag zich in de relatie tussen belastingplichtige en dochtervennootschap af. Als gevolg hiervan moeten resultaten die behaald worden met een lening die verstrekt wordt door de belastingplichtige aan de dochtervennootschap zich afspelen in de winstsfeer.<sup>95</sup> Een onzakelijke lening kan zich niet in de kapitaalsfeer van de belastingplichtige afspelen. Op 25 november 2011 heeft de Hoge Raad deze discussie ten einde gebracht en deze vraag bevestigend beantwoord.

### ***Novemberarresten***

In de novemberarresten<sup>96</sup> gaat de Hoge Raad in op de vraag of het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing kan zijn op een lening die door de aandeelhouder aan haar vennootschap wordt verstrekt. De Hoge Raad oordeelde dat een aanvaarding van het onzakelijke debiteurenrisico werd gebaseerd op de aandeelhoudersrelatie. De Hoge Raad verklaarde daarna dat een eventueel verlies op de lening niet ten laste van de winst van de vennootschap kan worden gebracht. Het leerstuk van de onzakelijke lening werd voor de vennootschapsbelasting overeenkomstig HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191 van toepassing geacht voor de onzakelijke lening omlaag.<sup>97</sup> In casu ontbraken zekerheden en een aflossingsschema. Daarnaast bleek dat de schuldenaar onvoldoende inkomsten had om de verschuldigde rente te kunnen voldoen.

Eén van de novemberarresten betrof een casus voor de terbeschikkingstellingsfeer.<sup>98</sup> Indien een lening wordt verstrekt door een aanmerkelijk belanghouder aan zijn BV, is sprake van een terbeschikkingstelling. In deze casus was aan de orde of het leerstuk van de onzakelijke lening, zoals neergelegd in HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191, van overeenkomstige toepassing was op een lening in de terbeschikkingstellingsfeer. In casu achtte de Hoge Raad het ontbreken van zekerheden en afspraken over aflossingen en het feit dat de debiteur nauwelijks activa bezat van doorslaggevend belang. Daarnaast was niet gebleken dat de schuldeiser was gecompenseerd voor de omstandigheden waaronder de lening was verstrekt.

---

<sup>95</sup> Zie onder andere Albert(2008), Nieuweboer (2012), Van de Hurk (2013).

<sup>96</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>97</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>98</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

In het arrest<sup>99</sup> omtrent de terbeschikkingstellingsregeling stelt de Hoge Raad het volgende: *“Indien de door een aanmerkelijkbelanghouder (hierna: ab-houder) aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft verstrekte geldlening onzakelijk is (...) en de aanvaarding door de ab-houder van het debiteurenrisico berustte op aandeelhoudersmotieven, zal een kwijtschelding van de geldlening als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt, ook indien en voor zover de vordering oninbaar is. Immers, het verlies dat de ab-houder bij de kwijtschelding lijdt, vloeit dan voort uit het door hem in zijn hoedanigheid van aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico. Ook voor de debiteur zal in een zodanig geval de kwijtschelding als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt.”*

De Hoge Raad constateerde dat een debiteurenrisico aanvaard was op basis van aandeelhoudersmotieven. De afwikkeling van de onzakelijke lening vond vervolgens plaats in de kapitaalsfeer.

Naar mijn mening kleven aan het verstrekken van een lening altijd debiteurenrisico's, ongeacht een eventuele aandeelhoudersrelatie. Schijnbaar werden hier risico's aanvaard die niet-gelieerde partijen niet zouden accepteren, gegeven de rentevergoeding. Het aanvaarden van een te lage vergoeding berust op aandeelhoudersmotieven en niet zozeer het aanvaarden van het debiteurenrisico. De kwijtschelding van de onzakelijke lening moet door de aanmerkelijkbelanghouder als informele kapitaalstorting worden aangemerkt. Het afwaarderingsverlies moet door de aandeelhouder worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs. Naast de kwijtschelding van een vordering, speelt bovenstaande problematiek tevens bij liquidatie van de schuldenaar. In de literatuur gaat Heithuis<sup>100</sup> verder in op de liquidatie van de schuldenaar. Hij stelt dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen een kwijtschelding van een schuldvordering en een liquidatie van de schuldenaar. Bij kwijtschelding van een vordering verricht de schuldeiser een actieve kwijtscheldingshandeling. Bij een liquidatie van de schuldenaar geldt dit niet. De schuldeiser verricht geen handeling waarbij de schuldvordering teniet gaat. Naar mijn mening liggen de gevolgen voor de schuldeiser materieel dicht bij elkaar. Een verschillende behandeling lijkt mij om deze reden ongewenst. Als de Hoge Raad wel een actieve handeling vereist, dienen schuldvorderingen kwijtgescholden te worden alvorens de schuldenaar geliquideerd wordt.

In de novemberarresten is eveneens aan de orde gekomen hoe moet worden omgegaan met de rente op een onzakelijke lening. De Hoge Raad heeft aangegeven op welke manier de rente op een onzakelijke lening gecorrigeerd dient te worden naar een zakelijk niveau. Hierbij geeft de Hoge Raad de volgende richtlijn:<sup>101</sup> *“Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale*

---

<sup>99</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78, r.o. 3.5.

<sup>100</sup> Heithuis(2012).

<sup>101</sup> Zie onder ander HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.4.

*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.”*

De Hoge Raad introduceert hierbij de ‘borgstellingsanalogie’. De rente moet worden gesteld op een niveau dat de gelieerde vennootschap verschuldigd zou zijn indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder gelijke voorwaarde van een derde zou lenen. Dit betreft een gefingeerde situatie. Het is onduidelijk of de borgstelling plaats dient te vinden op het moment van verstrekken van de lening, of op het moment dat de problemen zich manifesteren. Aangezien voor de beoordeling van de geldverstrekking moet worden gekeken naar het moment van aangaan van de lening, is het logisch dat voor de borgstelling eveneens gekeken moet worden naar het moment van verstrekking. Het beoordelingsmoment knoopt echter niet aan bij het moment van verstrekken als een zakelijke lening onzakelijk wordt gedurende de looptijd. Het beoordelingsmoment verschuift dan naar het moment dat de problemen zich manifesteren. Als de borgstelling plaatsvindt op het moment van verstrekken van de lening, houdt dit in dat mogelijk naar de situatie van meerdere jaren geleden gekeken moet worden. De belastingplichtige kan een vergelijkbare rente op deze manier moeilijk bepalen.

### ***Aandeelhouderssfeer?***

In zijn arrest van 25 november 2011 heeft de Hoge Raad bepaald dat het motief voor bevoordeling van een vennootschap in de aandeelhouderssfeer gelegen is. Op 3 mei 2013 heeft de Hoge Raad een tweetal belangrijke arresten<sup>102</sup> gewezen over de onzakelijke lening en de aanwezigheid van een aandeelhoudersrelatie. De Hoge Raad heeft hierbij geoordeeld dat geen sprake is van een onzakelijke lening indien de geldverstrekker voorafgaand aan de geldverstrekking nog geen aandeelhouder van de vennootschap is. De Hoge Raad oordeelt in HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171 het volgende: *“Een zodanige geldverstrekking doet zich niet voor in een geval waarin de verstrekking van de geldlening plaatsvindt door een belastingplichtige die voorafgaande aan de geldverstrekking nog niet aandeelhouder van de vennootschap was.”*

Als de belastingplichtige voorafgaande aan de geldverstrekking nog geen aandeelhouder van de vennootschap is en in het kader van die verstrekking door toekenning van aandelen medegerechtigd wordt tot de winst van die vennootschap, is het leerstuk van de onzakelijke

---

<sup>102</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.

lening niet van toepassing. De houders van de meerderheid van het aandelenkapitaal van die vennootschap mogen daarnaast geen geldleningen verstrekken aan die vennootschap.<sup>103</sup>

Uit deze arresten blijkt dat de Hoge Raad de aandeelhoudersrelatie noodzakelijk acht voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening. De Hoge Raad lijkt hier (deels) terug te komen op zijn arrest van 25 november 2011<sup>104</sup> over het leerstuk van de onzakelijke lening en de terbeschikkingstellingsregeling. Naar aanleiding van de arresten van 3 mei mist het leerstuk van de onzakelijke lening mogelijk toepassing binnen de terbeschikkingstellingsregeling. Zoals Heithuis<sup>105</sup> terecht heeft opgemerkt, is bij de terbeschikkingstellingsregeling geen aandeelhoudersrelatie noodzakelijk. Mogelijk mag het afwaarderingsverlies alsdan wel ten laste van het resultaat worden gebracht.

### **§ 3.3 Verhouding totaalwinst en het leerstuk van de onzakelijke lening**

#### **§ 3.3.1 Totaalwinst**

Op basis van artikel 3.8 Wet IB 2001 is winst uit onderneming het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Ingevolge artikel 8, eerste lid, Wet Vpb 1969 is deze bepaling van overeenkomstige toepassing voor de vennootschapsbelasting. De winst wordt bepaald door de toename en afname van het vermogen voorzover deze niet veroorzaakt wordt door kapitaalverkeer met de aandeelhouder als zodanig. Binnen het totaalwinstbegrip is een causaliteit met de onderneming benodigd, wil sprake zijn van winst uit onderneming. Resultaten die toerekenbaar zijn aan ondernemingsvreemde motieven moeten uit het resultaat worden geëlimineerd. Vermogensveranderingen die toerekenbaar zijn aan kapitaalverkeer met de aandeelhouder als zodanig worden aangemerkt als onttrekkingen of stortingen. Deze vermogensveranderingen behoren niet tot de winst. Het verkeer tussen een belastingplichtig lichaam en zijn eigen aandeelhouders wordt beheerst door het totaalwinstbeginsel. In deze verhouding moeten vermogensveranderingen in de onbelaste kapitaalsfeer plaatsvinden.<sup>106</sup>

#### **§ 3.3.2 Totaalwinstbegrip en totaalresultaatsbepaling**

Op basis van artikel 3.94 Wet IB 2001 is het resultaat uit een werkzaamheid het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden behaald met de werkzaamheid. Indien de tekst van artikel 3.8 Wet IB 2001 en artikel 3.94 Wet IB 2001

---

<sup>103</sup> Dit betreft een maatregel om te voorkomen dat de onzakelijke-lening-jurisprudentie wordt omzeild in samenwerkingsverbanden. Als de houders van (gezamenlijk) de meerderheid van het aandelenkapitaal een geldlening verstrekken, is toch sprake van een onzakelijke lening.

<sup>104</sup> 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>105</sup> Heithuis(2013).

<sup>106</sup> Nieuweboer(2012).

vergeleken worden, vallen direct de grote gelijkenissen tussen de bewoordingen op. Dit roept de vraag op of de totaalwinstbepaling van overeenkomstige toepassing is op de resultaatsbepaling. Albert<sup>107</sup> en Arts<sup>108</sup> zijn van mening dat het totaalwinstbegrip niet van overeenkomstige toepassing is op de resultaatsbepaling. Zij onderkennen weliswaar de grote overeenkomst op basis van bewoording, maar hebben bezwaren tegen het doortrekken van een arrest dat gebaseerd is op het totaalwinstconcept naar de resultaatssfeer. Eén van de argumenten daarvoor is het feit dat de vermogensetikettering bij de terbeschikkingstellingsregeling geen rol speelt. Op basis van artikel 3.92 Wet IB 2001 wordt de omvang van de terbeschikkingstelling in kwalitatieve zin bepaald. Hierop wordt vervolgens het totaalresultaatsbeginsel losgelaten, waarbij geen onderscheid gemaakt wordt tussen een zakelijk en een onzakelijk gedeelte.

Ganzeveld<sup>109</sup>, Peeters<sup>110</sup> en de Kort<sup>111</sup> zijn van mening dat het totaalwinstbegrip wel van toepassing is op de resultaatsbepaling. Hierbij steunen zij voornamelijk op de bedoelingen van de wetgever. De wetgever beoogt bij de resultaatsbepaling aan te sluiten bij het totaalwinstbegrip. Conform het winstregime wordt gekeken naar de bedoelingen van de belastingplichtige voor de toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling.

Tekstueel bestaan tussen artikel 3.8 Wet IB 2001 en artikel 3.94 Wet IB 2001 inderdaad grote overeenkomsten. De wetgever heeft aangegeven dat bij de bepaling van het resultaat aansluiting gezocht moet worden bij de fiscale behandeling van winst uit onderneming. In de literatuur wordt betoogd dat hierbij geen aansluiting kan worden gezocht, doordat de vermogensetikettering bij de terbeschikkingstellingsregeling geen rol speelt. Binnen de winst uit onderneming speelt de vermogensetikettering een grote rol. Vermogensbestanddelen die in de onderneming een wezenlijke functie vervullen, vormen verplicht ondernemingsvermogen.<sup>112</sup> Indien een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld, vindt de vermogensetikettering geen toepassing. Echter, de wil van degene die vermogensbestanddelen ter beschikking stelt, speelt bij de terbeschikkingstelling wel een rol bij het kwalificatievraagstuk. Op basis van artikel 3.92, lid 1 Wet IB 2001 worden vermogensbestanddelen het regime binnengetrokken voor zover zij ter beschikking worden gesteld. Op basis hiervan kan worden betoogd dat hier reeds de splitsing tussen privévermogen en resultaatsvermogen plaatsvindt. De terbeschikkingsteller bepaalt namelijk welk vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld. Hierin komt de wil van de

---

<sup>107</sup> Albert(2011). Alhoewel het artikel geschreven is voor de onzakelijkeleningarresten van november 2011, kan naar mijn mening de gedachte die Albert gebruikt in zijn opinie duiden wat de problematiek is omtrent de onzakelijke lening in de terbeschikkingstellingsregeling.

<sup>108</sup> Arts(2012).

<sup>109</sup> Ganzeveld(2011).

<sup>110</sup> Peeters(2010).

<sup>111</sup> De Kort(2012).

<sup>112</sup> Heithuis et al.(2013), p. 92.

terbeschikkingsteller wel naar voren. Daarnaast heeft totaalwinst een kwantitatieve dimensie, op basis waarvan bijvoorbeeld prijscorrecties kunnen plaatsvinden. De terbeschikkingstellingsregeling omvat tevens transacties die tegen een niet-marktconforme vergoeding worden verricht. De vergoeding moet dan naar een marktconform niveau worden verhoogd. Naar mijn mening kan het totaalwinstbegrip toegepast worden op het totaalresultaat.

### **§ 3.3.3            *Gevolgen toepassing leerstuk onzakelijke lening op resultaatsbepaling***

Bij een onzakelijke lening wordt volgens de Hoge Raad de civielrechtelijke kwalificatie van een vermogensverstrekking gevolgd. In navolging van het totaalwinstbeginsel is de verschuldigde rente alsdan aftrekbaar bij de debiteur en de ontvangen rente is belast bij de crediteur. Ingevolge artikel 3.8 en artikel 3.94 Wet IB 2001 dient de rente fiscaalrechtelijk echter wel overeen te komen met de rente die tussen onafhankelijke derden wordt afgesproken. Indien dit niet het geval is, dient de rente gecorrigeerd te worden naar een niveau waarop onafhankelijke derden de lening zouden zijn aangegaan. De Hoge Raad heeft bepaald dat de rente moet worden gesteld op een niveau dat de gelieerde vennootschap verschuldigd zou zijn indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder gelijke voorwaarde van een derde zou lenen.<sup>113</sup> Zoals eerder is aangegeven, zal de borgstellingsanalogie in de praktijk moeilijk toepasbaar zijn. Het verschil tussen de *at arm's length*-rente en de overeengekomen rente wordt aangemerkt als winstuitdeling door de debiteur of als inbreng van informeel kapitaal door de crediteur.<sup>114</sup>

In recente rechtspraak<sup>115</sup> is de Hoge Raad verder ingegaan op het bepalen van de belastbare rente. Als belastbare rente op een onzakelijke lening mag een bedrag, dat gelijk is aan de waarde in het economische verkeer van de rentevordering op het moment waarop de termijn vervalt, in aanmerking worden genomen. Voor een renteloze vordering wordt het bedrag in aanmerking genomen op het moment waarop de termijn zou vervallen. Alhoewel het een arrest<sup>116</sup> voor de vennootschapsbelasting betrof, kan het arrest volgens Arts<sup>117</sup> worden doorgetrokken naar de terbeschikkingstellingsregeling en kan de rente op overeenkomstige wijze worden bepaald. Bij de bepaling van de waarde in het economische verkeer van de rentevordering moet rekening gehouden worden met de kans dat de debiteur kan betalen. De rente kan niet hoger zijn dan het bedrag dat de debiteur werkelijk kan betalen. Alhoewel het arrest duidelijkheid heeft gegeven over het feit wanneer een de rente bepaald moet worden, is voor de praktijk nog een vrij lastige taak weggelegd om de waarde in het economische verkeer van de rentevordering te bepalen.

Een verlies op een onzakelijke lening mag niet ten laste van het resultaat gebracht worden. Pas bij de kwijtschelding van de lening wordt de schuldvordering overgebracht naar de

---

<sup>113</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>114</sup> Van Sprundel en Van Strien(2011).

<sup>115</sup> HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Arts(2013), p. 89.



kapitaalsfeer. Er is dan sprake van een informele kapitaalstorting en de crediteur moet de verkrijgingsprijs van het aandelenpakket verhogen met de waarde van de kapitaalstorting.

Marres<sup>118</sup> meent dat bij onzakelijke voorwaarden een correctie gemaakt wordt op het moment dat de risico's zich in een verlies vertalen. Volgens Marres vindt de informele kapitaalstorting al plaats als dat de schuldvordering wordt afgewaardeerd. Op dat moment is de vordering onverhaalbaar geworden en moet volgens hem de vordering overgebracht worden naar de kapitaalsfeer.

Naar mijn mening vindt de informele kapitaalstorting pas plaats op het moment dat het verlies op een onzakelijke lening definitief wordt. Dit is bijvoorbeeld bij kwijtschelding van de schuldvordering. In BNB 2012/78 heeft de Hoge Raad bepaald dat de kwijtschelding als informele kapitaalstorting moet worden aangemerkt.<sup>119</sup> De afwaardering van een vordering is slechts een lagere waarde aan de vordering toekennen. De debiteur is dan nog niet verlost van de verplichting tot het betalen van rente en de verplichting tot terugbetaling van de hoofdsom. Indien op dat moment de schuldvordering bij de crediteur al naar de kapitaalsfeer zou worden overgebracht, ontstaat bij de crediteur een splitsing tussen de geldvordering (in de kapitaalsfeer) en de rente-inkomsten (in de winstsfeer). Op basis hiervan kan de informele kapitaalstorting pas plaatsvinden op het moment dat het verlies op de geldlening definitief wordt, dus bijvoorbeeld bij kwijtschelding van de vordering. Op grond van de jurisprudentie geldt dit overigens niet als de aanmerkelijkbelanghouder zijn aanmerkelijk belang en zijn onzakelijke terbeschikkingstellingsvordering met verlies vervreemdt.<sup>120</sup> Redelijke wetstoepassing staat mijns inziens echter toe dat bij vervreemding een eventueel verlies wel in aanmerking genomen kan worden in box 2.

### **§ 3.4            Ontwikkelingen in de jurisprudentie**

Inmiddels is de nodige jurisprudentie verschenen over het leerstuk van de onzakelijke lening. Aan de hand van de jurisprudentie probeer ik voorwaarden en overeenkomsten te vinden die belangrijk zijn voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening. Voor mijn onderzoek heb ik een schematisch overzicht gemaakt van 16 zaken<sup>121</sup> die de afgelopen jaren in behandeling zijn geweest bij de Hoge Raad, gerechtshoven en rechtbanken. In deze zaken is de zakelijkheid van 30 leningen beoordeeld. In bijlage 1 heb ik het schematische overzicht opgenomen. Op basis van een aantal voorwaarden heb ik gezocht naar overeenkomsten tussen de leningen. Deze voorwaarden zijn onder andere de looptijd van een geldlening, de overeengekomen rente en het al dan niet bedingen van zekerheden. Daarnaast heb ik gekeken naar het jaar van verstrekking

---

<sup>118</sup> Marres(2012).

<sup>119</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78, r.o. 3.5.

<sup>120</sup> De Smit (2014).

<sup>121</sup> De 16 geselecteerde zaken zijn zaken die op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) gepubliceerd zijn.

van de lening en de daaraan gekoppelde marktrente, de hoogte van de hoofdsom, de aanwezigheid van een aflossingsschema en of sprake was van een geldlening of een rekening-courant. Tot slot heb ik een onderscheid gemaakt tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting.

Uit het onderzoek blijkt dat de looptijd van de lening veelal onbepaald of lang was. Daarnaast was vaak geen aflossingsschema overeengekomen en waren geen zekerheden bedongen. De hoogte van de hoofdsom verschilde van geval tot geval echter wel behoorlijk. De in het Besluit van 5 december 2012<sup>122</sup> opgenomen marktrente, (hierna: de marktrente<sup>123</sup>), laat in een tijdspanne van 15 jaar grote verschillen zien. De overeengekomen rente fluctueerde steeds tussen de 4% en de 5%, enkele uitschieters daar gelaten. Het is opmerkelijk dat de overeengekomen rente nauwelijks fluctueert, terwijl de marktrente juist wel fluctueert. Het verschil zou (deels) veroorzaakt kunnen worden doordat de voorwaarden en looptijden afwijken van de voorwaarden en looptijden van de marktrente die ik hanteer, maar een (redelijk) stabiele overeengekomen rente lijkt daarbij niet in de lijn der verwachting te liggen. De marktrente is een vergoeding voor de risico's die gelopen worden bij het verstrekken van een lening. Om deze risico's in te perken kunnen zekerheden gevraagd dan wel bedongen worden en kan een aflossingsschema opgesteld worden. Indien zekerheden niet bedongen worden en een aflossingsschema ontbreekt, zou dit mijns inziens moeten leiden tot een hoger rentepercentage. De marktrente die aansluit bij een risicoprofiel waarbij geen zekerheden worden bedongen en een aflossingsschema ontbreekt, is hoger dan de marktrente die aansluit bij een risicoprofiel waarbij wel zekerheden worden bedongen en/of een aflossingsschema afgesproken is. Indien de overeengekomen rente wordt vergeleken met een marktrente waar wel zekerheden zijn bedongen en een aflossingsschema is overeengekomen, wijken deze niet veel van elkaar af. Dit is opmerkelijk, aangezien het ontbreken van zekerheden en/of aflossingsschema zou moeten leiden tot een hogere rente. Tot slot is het leerstuk van de onzakelijke lening tevens van toepassing op een rekening-courant. Dit is logisch, aangezien dit tevens een vordering of schuld betreft waarvan eventuele onzakelijke elementen uit het resultaat moeten worden geëlimineerd.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2012, nr. BLKB2012/1865M, V-N 2013/2.14.

<sup>123</sup> Deze marktrente betreft de (gemiddelde) marktrente voor langlopende leningen. Gezien de vele voorkomende voorwaarden waaronder een lening wordt aangegaan, kan "de" marktrente niet bepaald worden. Om toch tot een vergelijking te kunnen komen hanteer ik in deze scriptie deze marktrente.

<sup>124</sup> Voor een kleine rekening-courant hoeft geen rente te worden berekend. Het saldo mag gedurende het kalenderjaar niet hoger zijn dan € 17.500 positief en niet lager dan € 17.500 negatief. Bij de BV mag geen rente in aanmerking genomen worden en een eventuele rekening-courantschuld mag niet in box 3 in aanmerking genomen worden. Besluit van de Staatssecretaris van 1 december 2001, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33, punt 15.3.

Uit het schema volgt dat 6 van de 30 leningen niet als onzakelijk zijn bestempeld. Daarvan is 1 zaak doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. De overige zaken zijn blijven hangen bij het Hof of de Rechtbank. Teneinde een rode draad te kunnen ontdekken in de jurisprudentie, ga ik op deze zaken verder in. De focus ligt met name op de redenen waarom in deze zaken geen onzakelijke lening aanwezig was.

In HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79 betrof het een lening van de aandeelhouder aan zijn eigen persoonlijke Holding BV. Bij het verstrekken van deze lening waren geen zekerheden bedongen noch was een aflossingsschema overeengekomen. Naar 's Hofs oordeel kon belanghebbende ten tijde van de verstrekking van de lening er vanuit gaan dat voldoende zekerheid bestond dat Holding BV de lening terug zou betalen. Het feit dat formeel geen zekerheden waren afgegeven, doet hier niet aan af. De lening was verstrekt in het kader van een reorganisatie van de bedrijfsactiviteiten. Belanghebbende meende dat op het moment van verstrekken van de geldlening een gereede verwachting bestond dat het goed zou gaan, omdat de onderneming door de reorganisatie voldoende financiële armslag had. Dit werd door de inspecteur niet bestreden. Hoewel er formeel geen zekerheden waren overeengekomen, kon belanghebbende feitelijk erop vertrouwen dat de lening terugbetaald zou worden. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat een lage rente niet onverkort leidt tot de kwalificatie van de vermogensverstrekking als onzakelijke lening. Indien de overeengekomen rente te laag is, dient deze echter wel in overeenstemming met een marktconform niveau aangepast te worden.

Een tweede opvallende beslissing is de uitspraak van Hof Amsterdam van 14 juni 2012.<sup>125</sup> In deze casus werd in 2003 een lening van € 1.700.000 verstrekt. Niet in geschil was dat dit bedrag ten laste van het resultaat mocht worden afgewaardeerd. Hier was geen sprake van een onzakelijke lening. De geldverstrekking kende een looptijd van 5 jaar en een rentepercentage van 5%. Zekerheden werden pas een maand na de geldverstrekking bedongen.

Een vergelijkbare uitspraak betreft de uitspraak van Hof Amsterdam van 27 juni 2013.<sup>126</sup> In deze zaak bepaalde het Hof dat geen sprake is van een onzakelijke lening. In de onderhavige zaak had eiseres een lening verstrekt aan een groepsmaatschappij van € 1.256.500. Deze lening was verstrekt ter financiering van een project in Hongarije. De lening had een looptijd van 2 jaar en de rente bedroeg 12%. Zekerheden waren bedongen in de vorm van een tweede pandrecht op het project. Het eerste pandrecht was reeds aan de bank verstrekt. Het Hof oordeelde dat bij de beoordeling van de onzakelijkheid tevens van belang is onder welke omstandigheden de lening verstrekt is. Volgens het Hof bestond op het moment van verstrekken van de lening een reële kans dat de lening terugbetaald zou worden. Hierdoor is geen sprake van een onzakelijke lening.

---

<sup>125</sup> Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 11/00880 t/m 10/00882, NTFR 2012/1868.

<sup>126</sup> Hof Amsterdam 27 juni 2013, nr. 12/00435, V-N 2013/43.1.1.

Een opvallend verschil tussen de laatstgenoemde zaken is de hoogte van de rentevergoeding. In beide zaken waren zekerheden bedongen, maar ontbrak een aflossingsschema. Het verschil in rentevergoeding is mogelijk te verklaren doordat in de eerste casus een eerste pandrecht en bij de tweede casus een tweede pandrecht gevestigd was. De belastingplichtige werd in de rentevergoeding gecompenseerd voor het feit dat een groter risico aanvaard werd, doordat het eerste pandrecht op de bedongen zekerheden reeds vergeven was.

Een vierde opvallende uitspraak betreft eveneens een uitspraak van Hof Amsterdam.<sup>127</sup> In casu betrof het de afwaardering van een vordering welke vóór 1990 is aangegaan. De hoofdsom bedroeg toentertijd fl. 1.400.000. Gedurende de looptijd heeft eenmaal een aflossing plaatsgevonden van fl. 700.000. Ultimo 2004 bedroeg de vordering € 347.524. De contractuele rentevergoeding op de lening bedroeg 7%, per 1998 was de lening echter rentevrij gemaakt. Met betrekking tot de lening was geen aflossingsschema gemaakt en waren geen zekerheden gevraagd. Volgens het Hof was geen sprake van een onzakelijke lening, omdat de helft van de hoofdsom was afgelost en tot 1998 een zakelijke rente van 7% in rekening was gebracht. De rechtbank Noord-Holland<sup>128</sup> was eveneens van mening dat zekerheden formeel niet bedongen hoeven te worden. Hier betrof het een lening van een directeur-grotaandeelhouder aan zijn eigen BV. Op de lening werd een deel afgelost. Zekerheden waren niet verstrekt, noch was een aflossingsschema overeengekomen. Het feit dat op de lening deels was afgelost en de inspecteur niet aannemelijk maakte dat het vooruitzicht van de BV slecht was op het moment van verstrekken van de geldlening, leidt ertoe dat geen sprake was van een onzakelijke lening. Vervolgens neemt belanghebbende een tweetal leningen op de BV over. Formeel werden zekerheden bedongen. Het eerste pandrecht was echter al verstrekt aan de ING Bank.

Uit de feiten en omstandigheden van de twee laatstgenoemde zaken kan worden afgeleid dat de schuldenaar in staat zou zijn de lening af te lossen. Naar de mening van het hof en de rechtbank waren feitelijk zekerheden aanwezig, in de vorm van goede vooruitzichten voor de ondernemingen. Het is voldoende dat de belastingplichtige van mening was – en redelijkerwijs van mening kon zijn - dat voldoende zekerheid bestond dat de leningen terugbetaald zouden worden. Dit roept gelijktijdig de vraag op wanneer dit het geval is. Aangezien de problematiek van de onzakelijke lening vaak pas discussie oplevert als een verlies op de lening ontstaat, lijkt het mij lastig om deze wetenschap uit te schakelen. Op basis van jaarrekeningen en projectprognoses kan echter mogelijk bewijs geleverd worden dat ten tijde van het aangaan van de geldlening voldoende zekerheid bestond.

---

<sup>127</sup> Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 11/00246 en 11/00266, NTFR 2012/1919.

<sup>128</sup> Rechtbank Noord-Holland 24 september 2013, AWB 12/1282.

Het ontbreken van formele zekerheden is overigens in lijn met het arrest<sup>129</sup> van de Hoge Raad. Indien formeel geen zekerheden zijn bedongen, hoeft dit niet per definitie tot een onzakelijke lening te leiden. Daarnaast is in de casus bij Hof Amsterdam<sup>130</sup> een zakelijk rentepercentage overeengekomen. Alhoewel de lening later rentevrij gemaakt is, bleef toch sprake van een zakelijke lening. Naar mijn mening kan hieruit geconcludeerd worden dat het al dan niet bedingen van zekerheden én het overeenkomen van een zakelijke rente van weliswaar groot belang is voor het al dan niet bestempelen van een lening als een onzakelijke lening, maar dat het ontbreken daarvan niet betekent dat per definitie sprake is van een onzakelijke lening.

### **§ 3.5 Bevindingen**

In de hiervoor opgenomen paragrafen is aandacht besteed aan het fenomeen van de onzakelijke lening. Op basis daarvan kom ik tot de volgende bevindingen:

- Uit recente jurisprudentie blijkt dat een aandeelhoudersrelatie vereist is voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening. Indien de aandeelhoudersrelatie (nog) ontbreekt, kan geen sprake zijn van een onzakelijke lening. De Hoge Raad lijkt hier (deels) terug te komen op zijn arrest van november 2011<sup>131</sup> inzake het leerstuk van de onzakelijke lening en de terbeschikkingstellingsregeling. Binnen de terbeschikkingstellingsregeling hoeft immers geen aandeelhoudersrelatie aanwezig te zijn. Dit zou kunnen betekenen dat voor deze gevallen geen sprake kan zijn van een onzakelijke lening.
- In eerste instantie is de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking beslissend voor de fiscale behandeling daarvan. In recente jurisprudentie is dit nogmaals bevestigd. Indien naar civielrechtelijke maatstaven sprake is van een verstrekking van aandelenkapitaal, geldt dit tevens voor de fiscale behandeling ervan. Een civielrechtelijke lening wordt, ondanks deze duiding, fiscaalrechtelijk niet zo behandeld indien sprake is van een schijnlening, een bodemlozeputlening of een deelnemerschapslening.
- Indien de fiscale kwalificatie de civielrechtelijke kwalificatie van een lening volgt, kan een onderscheid gemaakt worden tussen een lening met marktconforme voorwaarden en een lening met niet-marktconforme voorwaarden. De afwezigheid van zekerheden of een aflossingsschema dwingt niet tot de aanwezigheid van een onzakelijke lening, het zijn echter wel aanwijzingen dat sprake kan zijn van een onzakelijke lening. Het niet bedingen van een rente of een lage rente zijn eveneens aanwijzingen dat sprake kan zijn van een onzakelijke lening. Het ontbreken van een rentevergoeding of een te lage rentevergoeding leidt echter niet per definitie tot de kwalificatie van een onzakelijke lening.

---

<sup>129</sup> HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79.

<sup>130</sup> Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 11/00246 en 11/00266, NTFR 2012/1919.

<sup>131</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

- Om te bepalen of sprake is van een onzakelijke lening of slechts een lening onder onzakelijke voorwaarden dient de rente verzakelijkt te worden. Het verzakelijken van een lening onder niet marktconforme voorwaarden is praktisch echter lastig. In de jurisprudentie is bepaald dat dit naar het moment van aangaan van de geldlening moet gebeuren. Dit kan een periode van meerdere jaren beslaan. Hierbij moet de wetenschap die op het moment van verzakelijking van de rente reeds aanwezig is, worden uitgeschakeld.
- Indien de rente gecorrigeerd kan worden, maar als gevolg daarvan *in wezen winstdelend* wordt, is sprake van een onzakelijke lening. Een verlies op een onzakelijke lening kan niet als een negatief resultaat uit overige werkzaamheden worden verwerkt, maar vormt daarmee nog geen aanmerkelijkbelangverlies. Pas op het moment van kwijtschelding van de onzakelijke lening dient het bedrag van de kwijtschelding overgeheveld te worden naar de kapitaalsfeer. De aanmerkelijkbelanghouder moet het bedrag van de kwijtschelding dan toevoegen aan de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang.
- Voor de bepaling van een zakelijke rente van een onzakelijke lening heeft de Hoge Raad de borgstellingsanalogie in het leven geroepen. De rente moet aan de hand van een gefingeerde situatie bepaald worden en eveneens naar het moment van aangaan van de geldlening. Dit maakt de borgstellingsanalogie praktisch lastig uitvoerbaar.

## Hoofdstuk 4

# De ongebruikelijke terbeschikkingstelling en de onzakelijke lening

In het tweede en derde hoofdstuk heb ik de terbeschikkingstellingsregeling en de leer van de onzakelijke lening behandeld. De terbeschikkingstellingsregeling is een anti-arbitragemaatregel. De wetgever was bevreesd dat de terbeschikkingstellingsregeling ontlopen zou worden en heeft de in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling in het leven geroepen. Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt de kring van verbonden personen uitgebreid naar alle bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner. Hiervoor moet sprake zijn van een ongebruikelijke overeenkomst of moeten de voorwaarden waaronder de overeenkomst is aangegaan ongebruikelijk zijn. Indien bijvoorbeeld een lening door een vader wordt verstrekt aan de BV van zijn meerderjarige zoon is in eerste instantie geen sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Indien de vader echter afziet van een rentevergoeding kan wel sprake zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Het is in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk om af te zien van een vergoeding voor het verstrekken van vermogensbestanddelen. Dat wat ongebruikelijk is, is echter wel aan verandering onderhevig.

In het verleden heeft de Hoge Raad diverse arresten gewezen met betrekking tot onzakelijke condities tussen gelieerde partijen. Indien een lening wordt verstrekt door een aandeelhouder aan zijn of haar BV moet in beginsel sprake zijn van zakelijke voorwaarden. Indien de lening verstrekt wordt onder onzakelijke condities, zoals een lage rente en zonder het bedingen van zekerheden, kan sprake zijn van een onzakelijke lening. Pas indien dit het geval is, mag geen afwaarderingsverlies genomen worden. De bestudering van de jurisprudentie inzake de onzakelijke lening leert dat het belangrijk is om een marktconforme rente te bedingen. Daarnaast is de aanwezigheid van zekerheden tevens van groot belang. Zoals hierboven reeds besproken, kan bij een lening die om niet wordt verstrekt, sprake zijn van een terbeschikkingstelling. Indien een vader een lening om niet verstrekt aan de BV van zijn meerderjarige zoon is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Het onzakelijke element zorgt ervoor dat de sprake is van een terbeschikkingstelling.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 november 2011 beslist dat de leer van de onzakelijke lening van toepassing is op de terbeschikkingstellingsregeling. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of de leer van de onzakelijke lening ook van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Indien het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling doet zich een aparte situatie voor. Op basis van een onzakelijk element, bijvoorbeeld het ontbreken van een rentevergoeding, wordt een lening de terbeschikkingstellingsregeling ingetrokken. Vervolgens is op basis van hetzelfde

onzakelijke element de afwaardering van deze lening niet aftrekbaar. Dit neigt mijns inziens naar hinken op twee gedachten. De wetgever wil dat de terbeschikkingstellingsregeling en daarmee het regime van het resultaat uit overige werkzaamheden van toepassing is. Voor een verlies op de onzakelijke lening heeft de wetgever immers geen inbreuk op de totaalwinst gemaakt. De Hoge Raad heeft vervolgens bepaald dat een afwaarderingsverlies niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. De wetgever sluit zich hier toch kennelijk bij aan, gelet op het feit dat hij daarin geen verandering brengt.

In dit hoofdstuk zoek ik een antwoord op de vraag of de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Vervolgens bespreek ik wat de gevolgen en oplossingsrichtingen zijn indien die jurisprudentie kan worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

Alhoewel het leerstuk van de onzakelijke lening alleen geldverstrekkings betreft, komt de vraag op of een afwaardering van een ander vermogensbestanddeel op grond daarvan eveneens niet ten laste van het resultaat zou mogen worden gebracht. Een pand dat ter beschikking wordt gesteld tegen een te lage vergoeding valt onder de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Indien blijkt dat het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan het afwaarderingsverlies niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Indien een afwaardering wel ten laste van het resultaat mag worden gebracht, zou binnen de terbeschikkingstellingsregeling een onderscheid naar vermogensbestanddeel dat ter beschikking wordt gesteld, ontstaan.

#### **§ 4.1            Ongebruikelijk en onzakelijk**

De in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan verdeeld worden in twee categorieën. Enerzijds kan de transactie ongebruikelijk zijn, anderzijds kunnen de voorwaarden waaronder de transactie plaatsvindt ongebruikelijk zijn. Het begrip ongebruikelijk is daarbij bovendien geen statisch begrip. Een transactie die op dit moment maatschappelijk ongebruikelijk is, kan in de toekomst gemeengoed worden. Andersom geldt eveneens dat een transactie die momenteel gebruikelijk is, later ongebruikelijk kan worden.

In de parlementaire geschiedenis<sup>132</sup> is een aantal voorbeelden genoemd van een ongebruikelijke transactie. Een voorbeeld is het afsluiten van een levensverzekering bij een BV van een naaste verwant of het houden van een turbo-vordering. Alhoewel de transactie als ongebruikelijk wordt aangemerkt, impliceert dit niet zonder meer dat de voorwaarden waaronder deze transacties zijn aangegaan tevens onzakelijk zijn. Het bepalen van marktconforme voorwaarden van een ongebruikelijke transactie is in dat geval evenwel geen eenvoudige opgave. Het feit dat sprake is van een ongebruikelijke transactie betekent in feite dat deze transactie tussen onafhankelijke

---

<sup>132</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 3, p. 50.



derden niet (vaak) voor komt. Doordat een markt voor dergelijke transacties ontbreekt, is het vinden van marktconforme voorwaarden derhalve lastig.

Van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling is ook sprake als de voorwaarden waaronder de transactie tot stand is gekomen ongebruikelijk zijn. In de parlementaire geschiedenis<sup>133</sup> is een lening waarover geen rente verschuldigd is als voorbeeld genoemd. Het feit dat de voorwaarden waaronder de transactie wordt aangegaan ongebruikelijk zijn, wil echter nog niet zeggen dat deze voorwaarden per definitie onzakelijk zijn.<sup>134</sup> Een onzakelijke lening lijkt dan echter wel voor de hand te liggen. De onzakelijkheid schuilt in de voorwaarden waaronder de geldverstrekking is aangegaan. Dit kan gaan om een lage rentevergoeding, het niet bedingen van zekerheden en het ontbreken van een aflossingsschema. Aan de hand van een samenspel van onder andere<sup>135</sup> deze factoren moet bepaald worden of een lening onzakelijk is.

Volstrekt onafhankelijke partijen worden geacht, behoudens vrijgevigheid, per definitie zakelijk te handelen. Onzakelijk handelen kan zich daarom alleen voordoen in gelieerde verhoudingen. Van gelieerde verhoudingen kan sprake zijn als de crediteur en de debiteur in een vennootschapsrechtelijke, een familiale of een vriendschappelijke verhouding tot elkaar staan. De onzakelijkheid van een onzakelijke lening, zoals besproken in hoofdstuk 3, wordt veroorzaakt door een vennootschapsrechtelijke verhouding: aandeelhouderschap. De vraag is of de reikwijdte van de onzakelijke leningarresten verder reikt dan gelieerdheid door aandeelhoudersrelaties. Volgens Bouwman<sup>136</sup> omvat onzakelijkheid ook de voorwaarden die binnen de familierelatie zijn overeengekomen en die afwijken van de voorwaarden die tussen onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen.

Het gevaar van onzakelijk handelen doet zich voor in alle situaties waarin de schuldeiser en de schuldenaar niet uitsluitend in de hoedanigheid van schuldeiser en schuldenaar tot elkaar staan. Alle niet-zakelijke relaties kunnen de zakelijkheid van een lening(overeenkomst) aantasten. Deze relaties zijn alle buiten de ondernemings sfeer gelegen. In dat geval liggen zakelijke omstandigheden ten grondslag aan de (afwijkende) voorwaarden. De Hoge Raad lijkt hier rekening mee te houden in zijn arresten<sup>137</sup> van november 2011. Indien sprake is van 'bijzondere omstandigheden' mag een verlies wel ten laste van het resultaat worden gebracht. Volgens

---

<sup>133</sup> MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 3, p. 50.

<sup>134</sup> In HR 28 februari 2001, nr. 35 653, BNB 2001/199 is de Hoge Raad ingegaan op de begrippen ongebruikelijk en onzakelijk. Volgens de Hoge Raad zijn deze twee begrippen geen synoniem van elkaar. Alhoewel dit een arrest over intercompany-transacties is, is de discussie over onzakelijk en ongebruikelijk wel relevant.

<sup>135</sup> Daarnaast kan men denken aan het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst of het feit dat de looptijd onbepaald is.

<sup>136</sup> Bouwman(2013).

<sup>137</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 en HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

Wattèl<sup>138</sup> is in twee gevallen sprake van bijzondere omstandigheden. De geldverstrekker staat naast de niet-aandeelhoudersrelatie als crediteur tevens in een andere niet-aandeelhoudersrelatie tot de debiteur. Als voorbeeld noemt Wattèl de crediteur die tevens afnemer of leverancier is. Deze tweede relatie moet wel zakelijk zijn. Voor de terbeschikkingstellingsregeling geldt dat naast de relatie als crediteur en afnemer of leverancier tevens nog een vennootschappelijke of familiale relatie aanwezig moet zijn.<sup>139</sup> Daarnaast is volgens Wattèl een bijzondere omstandigheid aanwezig indien de crediteur geen keuze heeft om zijn crediteursrechten uit te oefenen. Hierdoor vermindert bijvoorbeeld de waarde van de vordering of leidt afdwinging van betaling tot faillissement van de debiteur. Het blijft vooralsnog onbekend wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld met bijzondere omstandigheden.

### ***Ongebruikelijk is onzakelijk?***

Heithuis<sup>140</sup> is van mening dat een onzakelijke lening zoals bedoeld in BNB 2012/37<sup>141</sup> per definitie leidt tot een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Dit volgt ook uit het besluit van de Staatssecretaris.<sup>142</sup> Zoals reeds besproken is in hoofdstuk 2, kan in familieverhoudingen een lagere rente dan in derdenverhoudingen gebruikelijk zijn. Mijns inziens kan niet direct gesproken worden van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling indien een onzakelijke lening aan de orde is. Daarnaast blijkt uit het onderzoek in hoofdstuk 3 dat in veel van de gevallen een rentepercentage van 4 tot 5% wordt overeengekomen. Dit wekt de indruk dat sprake is van een soort 'gewoonterecht'. Dit doet het vermoeden rijzen dat sprake is van een gebruikelijk rentepercentage. In dat geval hoeft geen sprake te zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

Ganzeveld<sup>143</sup> stelt dat binnen familieverhoudingen een lagere rente of het ontbreken van een aflossingsverplichting en zekerheden niet ongebruikelijk zijn. Ganzeveld is van mening dat dan geen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Bouwman<sup>144</sup> sluit zich aan bij de mening van Ganzeveld. Hij stelt dat het gebruikelijk is om binnen familieverhoudingen een lagere rente af te spreken. Volgens Bouwman is dan geen sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Tussen derden ongebruikelijke transacties kunnen immers in de familierelaties wel gebruikelijk zijn. In tegenstelling tot hetgeen de wettekst doet vermoeden,

---

<sup>138</sup> Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 29 maart 2012, V-N 2012/22.17.

<sup>139</sup> De conclusie van A-G Wattèl betrof een casus voor de vennootschapsbelasting. Alsdan is geen aandeelhouderschap of familiale verhouding benodigd.

<sup>140</sup> Heithuis(2012).

<sup>141</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>142</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33.

<sup>143</sup> Ganzeveld(2010).

<sup>144</sup> Bouwman(2013).

bepaalt volgens Ganzeveld en Bouwman de familierelatie of een terbeschikkingstelling ongebruikelijk is.

#### **§ 4.2 Aandeelhoudersrelatie en het leerstuk van de onzakelijke lening**

In zijn arrest van 25 november 2011<sup>145</sup> heeft de Hoge Raad bepaald dat het motief voor bevoordeling van een vennootschap gelegen is in de aandeelhouderssfeer. Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling zal een aandeelhoudersrelatie vaak ontbreken.<sup>146</sup> Het is discutabel of het leerstuk van de onzakelijke lening toegepast kan worden op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling vanwege het ontbreken van de aandeelhoudersrelatie tussen de crediteur en debiteur. In deze paragraaf ga ik in op het ontbreken van de aandeelhoudersrelatie en de gevolgen voor het toepassen van het leerstuk van de onzakelijke lening.

##### **§ 4.2.1 Ontbreken aandeelhoudersrelatie**

In hoofdstuk 3 heb ik reeds de arresten van 3 mei 2013<sup>147</sup> aangehaald. Daarin heeft de Hoge Raad uitgesproken dat geen sprake was van een onzakelijke lening indien de geldverstrekker voorafgaand aan de vermogensverstrekking nog geen aandeelhouder van de vennootschap was. De Hoge Raad benadrukt in deze arresten dat de aandeelhoudersrelatie noodzakelijk is voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening.

Indien de belastingplichtige voorafgaande aan de geldverstrekking nog geen aandeelhouder van de vennootschap is en in het kader van die verstrekking door toekenning van aandelen medegerechtigd wordt tot de winst van die vennootschap<sup>148</sup> en de houders van de meerderheid van het aandelenkapitaal van die vennootschap voorts geen geldleningen verstrekken aan die vennootschap<sup>149</sup> is het leerstuk van de onzakelijke lening niet van toepassing. De Hoge Raad besliste dat de leer van de onzakelijke lening niet van toepassing is indien een aandeelhoudersrelatie ontbreekt. Als dit arrest doorgetrokken wordt naar de maatschappelijk ongebruikelijke terbeschikkingstelling, is de leer van de onzakelijke lening eveneens niet van toepassing indien een lening wordt verstrekt door een vader aan de BV van een meerderjarige zoon. Indien de vader geen aandelen heeft in de BV is geen sprake van een aandeelhoudersrelatie. In het geval van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling zal in de meeste gevallen ook geen aandeelhoudersrelatie ontstaan in het kader van de geldverstrekking.

---

<sup>145</sup> Zie onder andere HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 en HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>146</sup> Bij de ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan de vermogensverstrekker wel aandelen bezitten in de vennootschap.

<sup>147</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.

<sup>148</sup> In HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171 verstrekte belanghebbende een converteerbare achtergestelde geldlening. Daarnaast werden aandelen aan belanghebbende uitgereikt, waardoor deze medegerechtigd wordt tot de winst van de vennootschap.

<sup>149</sup> Met deze laatste toevoeging speelt de Hoge Raad in op samenwerkingsverbanden.

Hierdoor lijken de arresten van 3 mei 2013<sup>150</sup> niet één-op-één toepasbaar. Doordat de Hoge Raad benadrukt dat de aandeelhoudersrelatie noodzakelijk is in het leerstuk van de onzakelijke lening, lijkt ook in het geval überhaupt geen aandeelhoudersrelatie ontstaat, geen sprake te kunnen zijn van een onzakelijke lening.

Heithuis<sup>151</sup> trekt de uitwerking van het arrest nog breder. Hij stelt dat de leer van de onzakelijke lening mogelijk ook toepassing mist indien sprake is van een gebruikelijke terbeschikkingstelling. Immers, indien de lening wordt verstrekt door de partner of minderjarige kinderen van de aanmerkelijk belanghouder kan een aandeelhoudersrelatie tussen de partner en/of de kinderen en de BV van de aanmerkelijk belanghouder ook ontbreken. De Hoge Raad lijkt hierdoor deels terug te komen op zijn arrest van november 2011.<sup>152</sup> Voor de terbeschikkingstelling is niet per definitie een aandeelhoudersrelatie benodigd.

#### **§ 4.2.2 Toepassing leerstuk van de onzakelijke lening?**

Het gebruikelijkheids criterium omvat in ieder geval onzakelijke transacties.<sup>153</sup> Onzakelijke transacties komen alleen tot stand door de gelieerdheid tussen partijen. Volgens Heithuis<sup>154</sup> vallen deze transacties onder de ongebruikelijke terbeschikkingstelling en de onzakelijkheid dient gecorrigeerd te worden naar een zakelijk niveau. In eerste instantie was Heithuis dus van mening dat de aandeelhoudersrelatie niet doorslaggevend was voor toepassing van de onzakelijke leningjurisprudentie in het geval van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Naar aanleiding van de arresten van 3 mei 2013<sup>155</sup> lijkt Heithuis zijn mening bijgesteld te hebben. Hij meent nu dat de onzakelijke leningjurisprudentie toepassing mist bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.<sup>156</sup>

Bouwman<sup>157</sup> meent dat op basis van een niet-aandeelhoudersrelatie toch een onzakelijke lening verstrekt kan worden. Hij meent dat het inkomensbegrip bij het resultaat uit overige werkzaamheden dezelfde benadering kent als het inkomensbegrip voor winst uit onderneming. Onzakelijk handelen moet derhalve in de sfeer van de terbeschikkingstelling worden geëlimineerd. Een crediteur die ongebruikelijk ter beschikking stelt, valt onder het regime van artikel 3.94 Wet IB 2001 en kan een onzakelijke lening zoals bedoeld in BNB 2012/37<sup>158</sup> verstrekken. De crediteur kan om deze reden te maken krijgen met een niet aftrekbaar afwaarderingsverlies. De vraag is of Bouwman nog steeds overtuigd is van zijn standpunt na de

---

<sup>150</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.

<sup>151</sup> Heithuis(2013).

<sup>152</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>153</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 27 466, nr. 3, p. 49-50.

<sup>154</sup> Heithuis(2012).

<sup>155</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.

<sup>156</sup> Heithuis(2013).

<sup>157</sup> Bouwman(2013).

<sup>158</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

arresten van 3 mei 2013, waarbij de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de aandeelhoudersrelatie een vereiste is voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening.

Ganzeveld<sup>159</sup> is tegen de toepassing van de leer van de onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In zijn arrest van 25 november 2011<sup>160</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij een onzakelijke lening de crediteur een debiteurenrisico heeft aanvaard die een onafhankelijke derde niet aanvaard zou hebben. Het motief voor deze bevoordeling is gelegen in de aandeelhouderssfeer. Het bezwaar van Ganzeveld richt zich tegen de aandeelhoudersrelatie. Zij stelt dat geen sprake is van aandeelhouderschap bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De schuldeiser heeft dan immers meestal geen aandelen in de vennootschap. Op basis van de familieband tussen de schuldeiser en de aandeelhouder is sprake van een terbeschikkingstelling.

Buitenhek<sup>161</sup> geeft in zijn commentaar bij de uitspraak van rechtbank Arnhem<sup>162</sup> zijn mening over de ongebruikelijke terbeschikkingstelling en de onzakelijke lening. Hij stelt dat de Hoge Raad binnen de jurisprudentie over de onzakelijke lening de aandeelhoudersrelatie centraal zet. De ongebruikelijke terbeschikkingstelling onderscheidt zich van de gebruikelijke terbeschikkingstelling doordat een aandeelhoudersrelatie ontbreekt.

Mijns inziens gaat Buitenhek hier te kort door de bocht. Binnen de gebruikelijke terbeschikkingstelling hoeft immers geen sprake te zijn van aandeelhouderschap. De partner van de aanmerkelijk belanghouder hoeft geen aandeelhouder te zijn om onder de terbeschikkingstelling te vallen. De gebruikelijke terbeschikkingstelling onderscheidt zich van de ongebruikelijke terbeschikkingstelling op het gebied van de verbonden personen, hierbij speelt het aandeelhouderschap geen rol. Buitenhek sluit het niet uit dat de Hoge Raad het ontbreken van een aandeelhoudersrelatie relevant acht en het leerstuk van de onzakelijke lening niet van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Op basis van de overwegingen in HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171, acht ik dit ook niet uitgesloten.

Arts<sup>163</sup> is van mening dat het leerstuk van de onzakelijke lening niet van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hij stelt dat het motief voor het aanvaarden van het debiteurenrisico niet gelegen kan zijn in de aandeelhouderssfeer, omdat aandeelhouderschap (vaak) ontbreekt. Om deze reden is het leerstuk van de onzakelijke lening niet van toepassing op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Daarnaast is het volgens Arts belangrijk dat de wetgever voor onzakelijke gevallen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling heeft ingevoerd. Daarmee heeft de wetgever de toepassing van het winstregime beoogd. Arts is daarbij van

---

<sup>159</sup> Ganzeveld(2011).

<sup>160</sup> Zie onder andere HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>161</sup> Buitenhek(2012).

<sup>162</sup> Rechtbank Arnhem 7 februari 2012, nr. 11/1292, NTFR 2012/1005.

<sup>163</sup> Arts(2013), p. 118.

mening dat het zowel om de voordelen als de nadelen gaat. Hij acht het inconsistent met het winstregime om de aftrek van een verlies te weigeren.

Als het leerstuk van de onzakelijke lening zou worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling levert dit een merkwaardige uitkomst op. Op basis van een bepaalde onzakelijkheid wordt een lening de terbeschikkingstellingsregeling ingetrokken en vervolgens is een verlies op deze lening niet aftrekbaar op basis van dezelfde onzakelijkheid. Daar komt bij dat de schuldeiser een eventueel verlies niet kwijt kan in box 2, daar een aandeelhoudersrelatie ontbreekt. Dit is naar mijn mening een bizarre uitkomst.

Aan de andere kant ontstaat een discrepantie als het leerstuk van de onzakelijke lening toepassing mist bij de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Alsdan zou een verlies op een onzakelijke lening wel aftrekbaar zijn indien sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling, maar niet indien sprake is van een gebruikelijke terbeschikkingstelling. De discrepantie ontstaat dan binnen de terbeschikkingstellingsregeling. Dit lijkt mij een ongewenst resultaat, omdat op deze manier de verbondenheid tussen personen en de leeftijd van de verbonden persoon van belang is voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening. Per saldo wordt onzakelijk handelen beloond, daar een afwaarderingsverlies wel aftrekbaar is.

### **§ 4.3 Jurisprudentie**

In de lagere rechtspraak is enige jurisprudentie voorhanden over de toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening indien sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In deze paragraaf behandel ik een Hofuitspraak.

#### **Hof Arnhem 4 december 2012, nr. 12/00120, NTFR 2013/739**

Belanghebbende houdt 52,5% van de aandelen in D BV. De overige aandelen zijn in handen van zijn (meerderjarige) zoon. Belanghebbende draagt zijn aandelen over aan zijn zoon voor een bedrag van € 1. De vennootschap verkeert dan in zwaar weer. Eind 2006 heeft de vennootschap een zwaar negatief eigen vermogen. In 2007 verstrekt belanghebbende een lening aan D BV. Vervolgens wordt de vennootschap begin 2009 failliet verklaard. Belanghebbende brengt in 2007 een gedeelte van de verstrekte lening in aftrek op het resultaat uit het ter beschikking stellen van vermogen.

Bij de beoordeling of sprake is van een onzakelijke lening is van belang dat belanghebbende geen renteopslag heeft bedongen voor het doorlenen van het geld dat belanghebbende bij de bank heeft geleend. Voorts zijn geen reële zekerheden bedongen en is eveneens nimmer een aflossingsschema opgesteld. Derhalve moet worden vastgesteld dat bij de geldverstrekking een debiteurenrisico is gelopen dat een derde niet zou hebben genomen. Het motief voor het

aangaan van een dergelijk debiteurenrisico is gelegen in de familierelatie tussen vader en zoon en diens aandeelhoudersrelatie met de vennootschap.

Het Hof stelt voorop dat sprake is van een vordering uit geldlening en dat sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Het Hof overweegt vervolgens dat de Hoge Raad heeft bepaald dat het leerstuk van de onzakelijke lening eveneens van toepassing is op een geldvordering in de terbeschikkingstelling. Volgens het Hof is daarbij niet van belang dat een aandeelhoudersrelatie ontbreekt. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever voor beide groepen verbonden personen (de kleine groep en de grote groep) de terbeschikkingstellingsregeling op gelijke wijze heeft willen toepassen. Het Hof oordeelt dat, ondanks het ontbreken van een aandeelhoudersrelatie, het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing is. De aanvaarding van een dergelijk debiteurenrisico vindt zijn oorsprong in de persoonlijke verhouding tussen de (aandeelhouder van de) debiteur en de crediteur. Het Hof oordeelt voorts dat belanghebbende het verlies op de onzakelijke lening niet als nagekomen verlies uit aanmerkelijk belang kan aanmerken. De schuldvordering is niet aan te merken als een aandeel of een winstbewijs of een daarmee gelijk te stellen recht. De schuldvordering valt daarmee niet onder de reikwijdte van het inkomen uit aanmerkelijk belang. Er kan geen sprake zijn van een informele kapitaalstorting.

Het is de vraag of Hof Arnhem dit nu nog zo zou beslissen gelet op het arresten van 3 mei 2013.<sup>164</sup> Het niet verhogen van de verkrijgingsprijs wijst eens te meer op de hardvochtigheid van de uitkomst. In casu lijdt de belastingplichtige een reëel verlies, maar kan hier vervolgens niets mee.

#### **§ 4.4 Tussenconclusie**

In de voorgaande paragrafen heb ik onderzocht of het leerstuk van de onzakelijke lening toegepast kan worden op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Een analyse op basis van een begrippenvergelijking leidt ertoe deze vraag bevestigend beantwoord zou kunnen worden. Dit leidt echter wel tot de merkwaardige uitkomst waarbij op basis van een bepaalde onzakelijkheid sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling en vervolgens op basis van dezelfde onzakelijkheid een verlies op een lening niet aftrekbaar is.

Een tweede belangrijk punt binnen het leerstuk van de onzakelijke lening is de aandeelhoudersrelatie. Uit de arresten van 3 mei 2013 komt duidelijk naar voren dat het motief voor de bevoordeling van een vennootschap gelegen is in de aandeelhouderssfeer. De aandeelhoudersrelatie ontbreekt (vaak) bij de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, waardoor mogelijk geen onzakelijke lening aanwezig kan zijn. De Hoge Raad heeft zich echter nog niet uitgelaten over de vraag of het motief gelegen kan zijn in de familiale of vriendschappelijke

---

<sup>164</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170 en HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.

sfeer. In lagere rechtspraak is inmiddels bepaald dat het leerstuk van de onzakelijk lening van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Een afwaarderingsverlies mag niet ten laste van het resultaat worden gebracht. De lagere rechtspraak is gedaan voordat de arresten van 3 mei 2013 werden gewezen. Onduidelijk is of de lagere rechters nog op dezelfde wijze zouden beslissen.

Een argument voor de toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling is het feit dat anders binnen de terbeschikkingstellingsregeling een onderscheid ontstaat tussen de gebruikelijke en de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Daarbij doet zich de vreemde situatie voor dat een vader bij een terbeschikkingstelling aan de BV van een minderjarig kind een afwaarderingsverlies niet ten laste van zijn resultaat kan brengen, terwijl de vader bij een terbeschikkingstelling aan de BV van een meerderjarig kind het afwaarderingsverlies wel ten laste van het resultaat kan brengen. Hiermee wordt de leeftijd van het kind bepalend voor de toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening.

Naar mijn mening is het leerstuk van de onzakelijke lening eveneens van toepassing op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling, ondanks de arresten van 3 mei 2013. Niet-marktconforme voorwaarden kunnen onder andere worden ingegeven door een aandeelhoudersrelatie. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of de verstrekking van een onzakelijke lening kan worden ingegeven door andere verhoudingen dan de aandeelhoudersrelatie. Niet-marktconforme voorwaarden kunnen eveneens voorkomen in een familiale of vriendschappelijke verhouding. Resultaten die toerekenbaar zijn aan een familiale of vriendschappelijke verhouding, zouden mijns inziens eveneens niet mogen leiden tot een aftrekbaar afwaarderingsverlies.

#### **§ 4.5            Gevolgen verstrekken onzakelijke lening**

In de voorgaande paragrafen ben ik ingegaan op de toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Naar aanleiding van een analyse van de literatuur, jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis heb ik geconcludeerd dat het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. In deze paragraaf worden de gevolgen van toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening op vermogensbestanddelen binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling behandeld.

Op basis van artikel 3.25 Wet IB 2001 dienen schuldvorderingen te worden gewaardeerd met inachtneming van het goed koopmansgebruik. Via artikel 3.95 Wet IB is deze bepaling van overeenkomstige toepassing voor het resultaat uit overige werkzaamheden. Vorderingen dienen te worden gewaardeerd naar de omstandigheden die per balansdatum bij de ondernemer



bekend zijn. Indien de waarde van een vordering lager is dan de nominale waarde dient de vordering te worden afgewaardeerd.<sup>165</sup> Een afwaardering van een schuldvordering kan in beginsel ten laste van het resultaat worden gebracht.

In de jurisprudentie<sup>166</sup> is bepaald dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. Dit vloeit voort uit artikel 3.94 Wet IB 2001, dat het resultaat uit overige werkzaamheden bepaalt. De afwaardering van een onzakelijke lening heeft geen gevolgen voor de debiteur, omdat het gaat om een eenzijdige handeling aan de kant van de crediteur. De vordering blijft onderdeel van het werkzaamheidsvermogen en de terbeschikkingstellingsregeling blijft van toepassing. Normaliter zou een waardestijging van een afgewaardeerde vordering op basis van goedkoopmansgebruik belast zijn. Aangezien de afwaardering van een onzakelijke lening niet ten laste van het resultaat is gebracht, blijft een eventuele waardestijging van een afgewaardeerde vordering onbelast. Indien een handeling verricht wordt die is aan te merken als kapitaalstorting vindt een sfeerovergang plaats. Binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling is dit echter niet mogelijk, omdat een kapitaalsfeer (vaak) ontbreekt. Bij de schuldeiser zal de afwaardering van de vordering geen onttrekking opleveren, omdat de verplichting tot het terugbetalen van de gehele nominale waarde van de lening bij de debiteur blijft bestaan. Daarnaast is de debiteur verplicht tot het betalen van rente.

Een afwaardering van de schuldvordering door de crediteur tast de formele betalingsverplichting van de debiteur niet aan. Binnen de terbeschikkingstellingsregeling dient het '*at arm's length*'-beginsel in acht genomen te worden. Uit HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149 blijkt dat een bedrag gelijk aan de waarde in het economische verkeer van de rentevordering in aanmerking genomen moet worden, wat eveneens geldt voor de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. De rente kan overeenkomstig de hierboven aangehaalde jurisprudentie worden bepaald, waarbij de rente niet hoger kan zijn dan het bedrag dat de debiteur werkelijk kan betalen. In HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149 heeft de Hoge Raad aangegeven dat het debiteurenrisico op de rentevordering in de kapitaalsfeer is gelegen. In het geval van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling bezit de vermogensverstrekker (vaak) geen aandelen in de crediteur en ontbreekt de kapitaalsfeer. Het risico op waardeverminderingen van de rentevordering dient niet in de resultaatssfeer te blijven. De rentevordering vormt een onttrekking aan het werkzaamheidsvermogen van de

---

<sup>165</sup> Zie hiervoor Aantekening 14 bij artikel 3.25 Wet IB 2001 Vakstudie IB 2001.

<sup>166</sup> Zie onder andere HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78 en HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132.

geldverstrekker, waardoor waardeveranderingen het resultaat niet meer kunnen beïnvloeden.<sup>167</sup>

#### **§ 4.5.1            *Kwijtschelding onzakelijke lening***

Indien een belastingplichtige besluit over te gaan tot kwijtschelding van een schuldvordering moet het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de boekwaarde van een vordering bij de debiteur tot het resultaat worden gerekend. Bij de kwijtschelding van een onzakelijke lening vindt evenwel een informele kapitaalstorting plaats. Het bedrag van de kwijtschelding moet worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijk belangaandelen. Bij de kwijtschelding van een onzakelijke lening wordt bij de debiteur geen winst wordt gerealiseerd. Door de kwijtschelding neemt het eigen vermogen van de vennootschap toe met het bedrag van de kwijtschelding. De Wet IB 2001 kent een kwijtscheldingswinstvrijstelling: op basis van artikel 3.13, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001 behoren voordelen die worden verkregen door het prijsgeven van schuldvorderingen niet tot de winst. De kwijtscheldingswinstvrijstelling is echter bij de kwijtschelding van een onzakelijke lening niet van toepassing, omdat deze geacht wordt plaats te vinden in de kapitaalsfeer en niet in de winstsfeer.

Bij de kwijtschelding van een afgewaardeerde vordering speelt binnen het resultaat uit overige werkzaamheden artikel 3.98a Wet IB 2001 mogelijk een rol. Bij de kwijtschelding van een afgewaardeerde vordering wordt het bedrag van de afwaardering teruggenomen en aan het resultaat van de schuldeiser toegevoegd. De crediteur mag het bedrag van de kwijtschelding toevoegen aan de opwaarderingsreserve. Deze opwaarderingsreserve blijft een werkzaamheid op basis van artikel 3.92a Wet IB 2001. Voor toepassing van artikel 3.98a Wet IB 2001 moet een afwaarderingsverlies ten laste van het resultaat gebracht zijn. Een onzakelijke lening wordt juist gekenmerkt door het feit dat een verlies op een dergelijke lening niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Dit is de reden dat artikel 3.98a toepassing mist bij een onzakelijke lening. Bij kwijtschelding van een onzakelijk lening is direct sprake van een onttrekking aan het werkzaamheidsvermogen.

#### ***Informele kapitaalstorting?***

De Hoge Raad heeft tot op heden nog niet hoeven oordelen over de vraag hoe een kwijtschelding moet worden afgewikkeld bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In de jurisprudentie<sup>168</sup> is bepaald dat bij kwijtschelding van een onzakelijke geldlening een informele kapitaalstorting plaatsvindt. Het bedrag van de kwijtschelding moet worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs

---

<sup>167</sup> Arts(2013), p.121.

<sup>168</sup> Zie onder andere HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78, HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132 en HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/133.

van het aanmerkelijk belang. In de jurisprudentie zijn de aandeelhouder en de schuldeiser één en dezelfde persoon. Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling is dit echter niet het geval. De schuldeiser kan de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijkbelangaandelen niet verhogen.

In de uitspraak van 4 december 2012<sup>169</sup> is het Hof ingegaan op de afwaardering van een onzakelijke lening in de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Volgens het Hof gaat het bedrag van de afwaardering direct definitief verloren, omdat de schuldeiser de afwaardering niet kan overhevelen naar box 2.

Dit is naar mijn mening een merkwaardige uitspraak. De vermogensverstrekker lijdt in reële termen een vermogensachteruitgang. Deze vermogensachteruitgang moet mijns inziens altijd ergens door de vermogensverstrekker in aanmerking genomen kunnen worden. Indien dit niet het geval is, druist dit in tegen het draagkrachtbeginsel, een begrip dat ten grondslag ligt aan de inkomstenbelasting. De belastingplichtige krijgt te maken met een reële vermogensachteruitgang, maar kan dit fiscaal niet kwijt.

In de literatuur is gezocht naar een mogelijke oplossing waardoor het verlies alsnog in aanmerking genomen kan worden. Bij een onzakelijke lening in de ongebruikelijke terbeschikkingstelling is volgens Heithuis<sup>170</sup> sprake van een schenking van de schuldeiser aan de aandeelhouder van de schuldenaar. Als het verlies wordt gerealiseerd, kan dit in aanmerking genomen door die aandeelhouder. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de schuldvordering wordt prijsgegeven. Naar mijn mening levert deze 'omweg' een merkwaardige uitwerking op. De vermogensverstrekker lijdt in reële termen een vermogensachteruitgang, maar kan deze nergens kwijt. Naar de mening van Heithuis moet het verlies overgeheveld worden naar de aandeelhouder van de debiteur. Hierdoor profiteert een ander dan de crediteur van het afwaarderingsverlies. Dit is overigens wel degene met wie de crediteur gelieerd is voor de terbeschikkingstellingsregeling en op basis waarvan sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

Ligthart<sup>171</sup> komt met een soortgelijk voorstel. Doordat de schuldeiser zelf geen aanmerkelijk belang bezit, kan de verkrijgingsprijs logischerwijs niet verhoogd worden. Hij stelt dat een schenking van de schuldeiser aan de aanmerkelijkbelanghouder plaatsvindt, waarna de aanmerkelijkbelanghouder een informele kapitaalstorting doet en de verkrijgingsprijs van de aandelen verhoogd wordt. Ligthart signaleert hierbij wel een probleem. Volgens hem kan er geen schenking plaatsvinden, zolang er een reële terugbetalingsverplichting bestaat. In zijn ogen heeft de vermogensverschuiving dan (nog) niet plaatsgevonden. Het blijft onduidelijk wanneer volgens hem de schenking plaatsvindt. De reële terugbetalingsverplichting gaat pas verloren op

---

<sup>169</sup> Hof Arnhem 4 december 2012, nr. 12/00120, V-N 2013/18.12.

<sup>170</sup> Heithuis(2012).

<sup>171</sup> Ligthart(2012).

het moment dat de vordering wordt kwijtgescholden. Juist deze handeling dient bij de aandeelhouder en niet bij de verbonden persoon te gebeuren. Indien de kwijtschelding bij de verbonden persoon plaatsvindt, kan door de aandeelhouder geen kapitaalstorting meer plaatsvinden. Toch blijft Ligthart erop hameren dat een verhoging van de verkrijgingsprijs op zijn plaats is en de voorgestelde route de juiste is.

Heithuis stelt dat een schenking van de crediteur aan de aandeelhouder moet plaatsvinden. Ligthart heeft aangegeven dat hij twijfelt of deze oplossing juist. Hij twijfelt of een schenking kan plaatsvinden voor een kwijtschelding zich voordoet. Hier ga ik in paragraaf 4.5.3 verder op in.

Scholten<sup>172</sup> stelt een andere systematiek voor indien sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hij acht het ongewenst dat een aandeelhoudersmotief ten grondslag wordt geacht te liggen, terwijl geen sprake is van aandeelhouderschap. Hij pleit voor de invoering van een fictief aandeelhouderschap indien een verlies uit een onzakelijke lening wordt geleden. De belastingplichtige heeft zo alsnog de mogelijkheid om een box-2 verlies in aanmerking te nemen. Scholten wil de vermogensverstreking als fictief aanmerkelijk belang aanmerken. Om dit te kunnen uitvoeren moet voor de terbeschikkingstelling geregeld worden dat een dergelijk aanmerkelijk belang kwalificeert voor de terbeschikkingstelling. Daarnaast speelt bij een schuldvordering nog een bijkomend probleem. Op basis van artikel 4.21 Wet IB 2001 wordt de verkrijgingsprijs van een aanmerkelijk belang gesteld op de tegenprestatie vermeerderd met de bijkomende kosten die ten laste van de verkrijger zijn gekomen. Op het moment dat een verlies uit een onzakelijke lening wordt geleden, is het de vraag of de gehele hoofdsom als verkrijgingsprijs kan worden aangemerkt. Hiervoor moet een fictie ingebouwd worden.

#### **§ 4.5.2        *Liquidatie schuldenaar onzakelijke lening***

In de jurisprudentie is inmiddels bepaald dat een aandeelhouder het verlies op een onzakelijke lening niet ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheden kan brengen. Een aandeelhouder moet het verlies toevoegen aan de verkrijgingsprijs van het door hem gehouden aanmerkelijk belang. Zoals in hoofdstuk 3 is betoogd, kan bij een faillissement van de schuldenaar de crediteur eveneens het verlies in box 2 in aanmerking nemen. Immers, de gevolgen voor de schuldeiser van een faillissement van de schuldenaar en een kwijtschelding van de schuld liggen materieel dicht bij elkaar. Een verschillende behandeling is daarbij ongewenst.

Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang van de schuldeiser niet verhoogd worden, omdat een aandelenbezit veelal ontbreekt. In

---

<sup>172</sup> Scholten(2013).

de literatuur<sup>173</sup> wordt betoogd dat bij faillissement van de schuldenaar een schenking aan de aanmerkelijk belanghouder plaatsvindt. Bij een faillissement van een schuldenaar doet de schenking zich voor op het moment van faillissement. De aanmerkelijkbelanghouder kan vervolgens de verkrijgingsprijs van de aandelen verhogen met het bedrag van het verlies. Het gevolg van deze constructie is dat de ene belastingplichtige een reëel vermogensverlies lijdt, terwijl de andere belastingplichtige dit ten gelde maakt. De discussie of een schenking de oplossing is voor bovenstaand probleem komt in paragraaf 4.5.3 aan bod.

Als echter de wijze waarop het faillissement is geëindigd van belang is voor de afhandeling van een onzakelijke lening, is geen sprake van een informele kapitaalstorting indien het faillissement eindigt wegens een gebrek aan baten. De geldlening gaat in dat geval immers niet teniet. Er kan geen actieve kwijtscheldingshandeling worden geconstateerd. Het gevolg hiervan is dat het verlies op de onzakelijke lening niet overgebracht kan worden naar box 2. Hierdoor kan het verlies nergens verrekend worden. De crediteur zal in dit geval gedwongen worden de schuldvordering kwijt te schelden, om alsnog het verlies te kunnen overhevelen naar box 2. Hierdoor wordt een kwijtschelding uitgelokt. Dit lijkt mij een onredelijk effect. Dit geldt eveneens voor de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Hierbij geldt uiteraard ook dat eerst een schenking aan de aandeelhouder plaats moet vinden om het verlies kwijt te kunnen.

### **§ 4.5.3        *Schenking***

In de literatuur<sup>174</sup> wordt het verlies op een onzakelijke lening bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling door middel van een schenking alsnog naar box 2 verplaatst. Van een schenking is sprake indien de ene partij verarmt en de andere partij verrijkt. Er moet een vermogensverschuiving zijn. De verarmde partij moet zich ervan bewust zijn dat hij of zij een verarming ondergaat én moet deze verarming gewild hebben. Er dient sprake te zijn van vrijgevigheid. Dit roept de vraag op of daadwerkelijk sprake kan zijn van een schenking en op welk moment deze schenking heeft plaatsgevonden.

In eerste instantie dient een verarming van de vermogensverstrekker geconstateerd te worden. Verarming van de vermogensverstrekker zou zich voor kunnen doen op het moment dat het geld het vermogen van de vermogensverstrekker verlaat, mits de vermogensverstrekker er geen vordering voor terug zou krijgen. Bij het aangaan van de lening verkrijgt de vermogensverstrekker echter wel een vordering op de debiteur. Voor de vermogensverstrekker treedt nog geen verarming op. Bij de debiteur treedt in eerste instantie wel een vermogenstoename op. Tegenover de toename van het vermogen staat echter een toename van de schulden. Daarnaast rust er voor de debiteur een terugbetalingsverplichting op het

---

<sup>173</sup> Zie onder andere Heithuis(2012) en Bouwman(2013).

<sup>174</sup> Zie onder andere Heithuis (2012) en Ligthart (2012).

vermogen. Per saldo treedt geen verrijking op van de schuldenaar. Bij het aangaan van de lening kan derhalve nog niet gesproken worden van een definitieve vermogensovergang.

Een kenmerk van een onzakelijke lening is dat het rentepercentage te laag is voor de risico's die de vermogensverstrekker aanvaardt. Het verschil tussen de marktconforme rente en de overeengekomen rente is in feite een bevoordeling van de debiteur. De debiteur verrijkt bij het aangaan van een onzakelijke lening met het verschil tussen de marktconforme rente en de overeengekomen rente. Dit verschil kan contant gemaakt worden en zodoende ontstaat een verschil tussen de actuele waarde en de nominale waarde van de vermogensverstrekking. Hier valt mogelijk een schenking te onderkennen.

In de jurisprudentie is aangegeven dat een onzakelijke lening in zijn geheel beoordeeld moet worden.<sup>175</sup> Een splitsing mag niet gemaakt worden. Daarnaast is geen sprake van een verarming van de crediteur, omdat de terugbetalingsverplichting nog steeds aanwezig is. Als de crediteur afziet van de terugbetalingsverplichting bij het verstrekken van de lening, kan geen sprake zijn van een geldlening, omdat de terugbetalingsverplichting het wezenskenmerk van een lening is. Er is geen sprake van een schenking op het moment van verstrekken van de lening.

Vervolgens kan mogelijk een schenking geconstateerd worden bij afwaardering van de schuldvordering. Afwaardering van een schuldvordering is een handeling waarbij de crediteur de waarde van de schuldvordering inschat en is een eenzijdige handeling. Voor de debiteur treedt geen verandering op. Hierdoor is nog steeds geen sprake van een verrijking voor de debiteur en verlaat de schuldvordering (nog) niet definitief het vermogen van de crediteur. Bij de afwaardering van de schuldvordering is geen sprake van een schenking.

Tot slot kan mogelijk een schenking geconstateerd worden bij de kwijtschelding van de schuldvordering. Op dat moment vervalt de terugbetalingsverplichting voor de debiteur en verlaat de lening definitief het vermogen van de vermogensverstrekker. In de literatuur<sup>176</sup> wordt betoogd dat de schenking plaatsvindt (net) voorafgaand aan de kwijtschelding. De aandeelhouder van de debiteur dient namelijk de handeling tot kwijtschelding te verrichten, zodat hij degene is die de informele kapitaalstorting kan doen. Hiervoor moet de schuldvordering eerst overgedragen worden aan de aandeelhouder van de debiteur. Als de crediteur de schuldvordering net voorafgaand aan de kwijtschelding schenkt aan de aandeelhouder van de debiteur, komt echter een bijkomend probleem naar voren. Ingevolge artikel 21 Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) verarmt de schenker tot een bedrag ter grootte van de waarde in het economische verkeer van de vordering. Bij kwijtschelding zal de waarde in het economische verkeer van de schuldvordering in de regel nagenoeg nihil zijn. In feite vervalt alleen de terugbetalingsverplichting voor de debiteur. Bij kwijtschelding van een

---

<sup>175</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.5.

<sup>176</sup> Zie onder andere Heithuis (2012) en Ligthart (2012).

schuldvordering zal aan de terugbetalingsverplichting van de debiteur echter (vaak) geen waarde meer toekomen. Per saldo wordt gezien vanuit de crediteur een waarde van nihil geschonken.

Naar mijn mening kan de waarde van de hoofdsom niet worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs. Hoogstens de waarde die de vordering nog heeft op het moment van schenking kan worden toegevoegd. Per saldo wordt het beoogde effect van Heithuis en Ligthart, de verhoging van de verkrijgingsprijs met de hoofdsom, naar mijn mening niet gehaald. Dit geldt eveneens als de crediteur op het moment van de kwijtschelding de schuldvordering overdraagt aan de aandeelhouder van de debiteur.

#### **§ 4.5.4      *Andere vermogensbestanddelen***

Indien een onzakelijke lening wordt verstrekt door een vader aan de BV van zijn meerderjarige zoon, is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ingevolge de jurisprudentie<sup>177</sup> mag een verlies op een onzakelijke lening niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Een ongebruikelijke terbeschikkingstelling kan tevens voorkomen indien een pand ter beschikking wordt gesteld door een vader aan de BV van zijn zoon en waarbij wordt afgezien van een huurvergoeding of waarbij een (te) lage huurvergoeding is overeengekomen. Op grond van de jurisprudentie is een verlies op een geldlening niet aftrekbaar als deze onder zodanige condities geschiedt, dat een onafhankelijke derde de geldlening niet verstrekt zou hebben. Dit roept de vraag op of een verlies op een pand wel ten laste van het resultaat mag worden gebracht, indien een pand ter beschikking wordt gesteld onder zodanige condities dat een onafhankelijke derde het pand niet ter beschikking zou hebben gesteld. Het enige verschil tussen beide terbeschikkingstellingen is het vermogensbestanddeel dat ter beschikking wordt gesteld. Dit roept de vraag op wat de reikwijdte van het leerstuk van de onzakelijke lening is. Mag een afwaarderingsverlies op andere vermogensbestanddelen eveneens niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden worden gebracht?

Stel een vader stelt een pand ter beschikking aan de BV van zijn zoon. Tussen vader en zoon wordt een lage huurvergoeding overeengekomen. De lage verhuurvergoeding leidt ertoe dat sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Een consequente toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening zorgt ervoor dat alle vermogensbestanddelen hetzelfde behandeld dienen te worden binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. In beide gevallen wordt immers een risico, een verhuurdersrisico of een debiteurenrisico, aanvaard dat door een onafhankelijke derde niet aanvaard zouden zijn. Indien een vader onder onzakelijke condities geld leent aan de BV van zijn zoon voor de aankoop van een pand is een verlies op een onzakelijke lening niet aftrekbaar. Als de vader zelf het pand koopt en dit vervolgens onder niet-

---

<sup>177</sup> Zie onder andere HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78, HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, BNB 2012/132 en HR 9 maart 2012, nr. 11/01963, BNB 2012/133.

marktconforme condities ter beschikking stelt aan de BV van zijn zoon, mag een eventueel afwaarderingsverlies van het pand wel ten laste van het resultaat gebracht worden. Dit levert een vreemde uitwerking op, omdat in beide gevallen het pand door de BV gebruikt wordt. De uitwerking verschilt echter wel per vermogensbestanddeel.

Om te bepalen of een afwaarderingsverlies van een pand wel ten laste van het resultaat kan worden gebracht, moet gekeken worden of een marktconforme verhuurvergoeding bepaald kan worden. Het stramien dat uiteen is gezet in de onzakelijke leningjurisprudentie zou daarbij als leidraad kunnen dienen. Ten eerste moet bepaald worden of een marktconforme verhuurvergoeding vastgesteld kan worden, die niet in wezen winstdelend mag zijn. De verhuurvergoeding wordt in dat geval, gezien het aanvaarde risico, zo hoog, dat in feite gedeeld wordt in het ondernemingsrisico. Indien dat laatste het geval is, is sprake van een onzakelijke verhuursituatie. Om vervolgens de fiscale winst van de vennootschap te kunnen bepalen, is in de onzakelijke leningjurisprudentie de borgstellingsanalogie in het leven geroepen. Naar mijn mening kan deze slecht doorgetrokken worden naar een verhuursituatie. Alsdan moet gekeken worden wat de verhuurvergoeding zou zijn indien de verhuurder borg zou hebben gestaan voor een met haar gelieerde persoon en deze gelieerde persoon rechtstreeks een pand huurt bij een onafhankelijke derde. Op deze manier wordt het lastig de doctrine vast te houden.

Naar mijn mening bestaat er tussen de terbeschikkingstelling van een pand en de terbeschikkingstelling van geld wel een (belangrijk) verschil. Als geld ter beschikking wordt gesteld, gaat de hoofdsom over op de schuldenaar. De bevoordeling bij een onzakelijke lening is in eerste instantie gelegen in de rente en de aanvaarde risico's. Een derde zou immers onder de overeengekomen voorwaarden de lening niet verstrekken. Indien de schuldenaar niet in staat is de rentevergoeding te betalen, verkrijgt de schuldeiser naast de vordering op de hoofdsom, tevens een vordering op de rentevergoeding. Indien de schuldenaar niet meer in staat is de hoofdsom terug te betalen, is de schuldeiser per saldo de hoofdsom inclusief eventueel verschuldigde rente kwijt. Bij een terbeschikkingstelling van een pand is de bevoordeling een lage huurvergoeding. Degene aan wie ter beschikking wordt gesteld zou bij een onafhankelijke derde een hogere huurvergoeding moeten afdragen. Het pand verlaat het vermogen van de terbeschikkingsteller echter niet. Dit komt neer op het verschil tussen een terbeschikkingstelling in de vorm van een hoofdsom versus een terbeschikkingstelling in de vorm van een gebruiksrecht.

Over de afwaardering van andere vermogensbestanddelen dan een onzakelijke geldlening is nog geen jurisprudentie voorhanden. Enerzijds kan binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling een onderscheid ontstaan tussen verschillende vermogensbestanddelen. Anderzijds kan de absurde situatie ontstaan waarbij verliezen in zijn geheel niet meer aftrekbaar zijn indien een onzakelijk element te onderkennen valt. Het leidt hoe dan ook tot een merkwaardige uitwerking.



#### **§ 4.6 Bevindingen**

In dit hoofdstuk staat het leerstuk van de onzakelijke lening en de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling centraal. Op basis van de voorgaande paragrafen kom ik tot de volgende bevindingen:

- Het leerstuk van de onzakelijke lening kan worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Ondanks het ontbreken van een aandeelhoudersrelatie tussen de crediteur en de debiteur, kan naar mijn mening sprake zijn van een onzakelijke lening. Resultaten die toerekenbaar zijn aan de familiale relatie tussen de crediteur en de aandeelhouder van de debiteur mogen niet leiden tot een aftrekbaar afwaarderingsverlies.
- Bij kwijtschelding van de onzakelijke lening moet het bedrag van de kwijtschelding aan de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang worden toegevoegd. Doordat de schuldeiser bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling geen aanmerkelijk belang bezit, kan het verlies niet worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs.
- Een mogelijke oplossing die de literatuur biedt, is een schenking van de schuldeiser aan de aandeelhouder in de schuldenaar alvorens de lening kwijtgescholden wordt. Op die manier kan de aandeelhouder het bedrag van de kwijtschelding mogelijk overbrengen naar box 2. Naar mijn mening kan dit echter nooit het geval zijn, indien de schenking op het moment van kwijtschelding wordt bepaald. De waarde van de vordering is in dat geval (nagenoeg) nihil, waardoor de verkrijgingsprijs hoogstens met de waarde bij overdracht verhoogd kan worden. Daarnaast leidt deze oplossing tot de situatie waarbij de schuldeiser een reële vermogensachteruitgang lijdt, terwijl de aandeelhouder het verlies kan effectueren.
- Naast schenking wordt fictief aandeelhouderschap voorgesteld als mogelijk oplossing. Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt een fictief aandeelhoudersschap gecreëerd, waardoor het verlies naar box 2 overgebracht kan worden. Om dit voorstel in te kunnen voeren, dienen extra wetsbepalingen opgenomen te worden.
- Indien het leerstuk van de onzakelijke lening wordt doorgetrokken naar andere vermogensbestanddelen kan een afwaarderingsverlies nooit meer ten laste van het resultaat worden gebracht. Als het leerstuk van de onzakelijke lening niet wordt doorgetrokken naar andere vermogensbestanddelen ontstaat binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling een onderscheid tussen de verschillende vermogensbestanddelen. Hier heeft de Hoge Raad zich nog niet hoeven uitlaten, waardoor onbekend is in hoeverre het leerstuk binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling moet worden doorgetrokken naar andere vermogensbestanddelen. Een belangrijk verschil tussen het ter beschikking stellen van geld en het ter beschikking stellen van een pand is dat een het pand eigendom blijft van de verhuurder. Bij een geldlening is het maar de vraag of het geld terugkomt, een risico dat een verhuurder niet kent.

## Hoofdstuk 5 Conclusie en aanbevelingen

### § 5.1 Conclusies

De ongebruikelijke terbeschikkingstelling heeft als doel te voorkomen dat de Nederlandse inkomstenbelasting wordt uitgehold. Het leerstuk van de onzakelijke lening is de afgelopen jaren ontwikkeld in de jurisprudentie. In eerste instantie lijken beide fenomenen weinig overeenkomsten te hebben. Bij verdere bestudering van de begrippen vallen echter een aantal gelijkenissen op en ontstaat onduidelijkheid over een eventuele toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

In dit onderzoek is de volgende vraagstelling geformuleerd:

*“Is de jurisprudentie met betrekking tot de onzakelijke lening van toepassing op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling en zo ja, wat zijn de gevolgen indien het leerstuk van de onzakelijke lening wordt toegepast op vermogensbestanddelen in de ongebruikelijk terbeschikkingstelling?”*

De hoofdvraag heb ik onderverdeeld in een aantal deelvragen. Deze zullen eerst beantwoord worden.

*Deelvraag 1: Wanneer is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling?*

Het antwoord op deze vraag is tweeledig. Allereerst kan sprake zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als een overeenkomst naar zijn aard ongebruikelijk is. Een voorbeeld van een dergelijke overeenkomst is het afsluiten van een levensverzekering bij een BV van een naaste verwant. Daarnaast kan sprake zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling als de voorwaarden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen ongebruikelijk zijn. Hierbij kan worden gedacht aan het verstrekken van een lening waarbij een lage of geen rentevergoeding bedongen wordt.

De wetgever heeft aangegeven dat bij de beoordeling de familierelatie tevens een rol speelt. Het blijft echter onduidelijk in hoeverre de familierelatie bepalend kan zijn of is voor hetgeen gebruikelijk is in het maatschappelijke verkeer. Mogelijk is sprake van een gebruikelijke terbeschikkingstelling als de overeenkomst en de voorwaarden van de overeenkomst gebruikelijk zijn in de familierelatie. Bij de beoordeling van de gebruikelijkheid van de terbeschikkingstelling moeten alle rechtshandelingen die verband houden met de terbeschikkingstelling worden meegenomen. Zelfs als alle afzonderlijke rechtshandelingen zakelijk zijn, kan toch sprake zijn van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

*Deelvraag 2: Wat houdt het leerstuk van de onzakelijke lening in?*

Voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een lening wordt in eerste instantie aangesloten bij de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking. De civielrechtelijke kwalificatie wordt niet

gevolgd indien sprake is van een zogenoemde schijnlening, een bodemlozeputlening of een deelnemerschapslening. Als hiervan geen sprake is, volgt de fiscaalrechtelijke kwalificatie de civielrechtelijke kwalificatie. Vervolgens kan een onderscheid gemaakt worden tussen een lening met marktconforme voorwaarden en een lening met niet-marktconforme voorwaarden. Een lening onder niet-marktconforme voorwaarden kan op haar beurt weer gesplitst worden in een lening onder onzakelijke voorwaarden en een onzakelijke lening. Een afwaarderingsverlies op een lening onder onzakelijke voorwaarden is aftrekbaar, een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening is dit niet.

Aanwijzingen voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening zijn het ontbreken van zekerheden of een schriftelijk aflossingsschema. De afwezigheid van zekerheden of een aflossingsschema dwingt echter niet tot de aanwezigheid van een onzakelijke lening. Het ontbreken van een rentevergoeding of een te lage rentevergoeding is eveneens een aanwijzing voor de onzakelijke lening. Zij leiden echter evenmin per definitie tot een onzakelijke lening. De rentevergoeding vormt het instrument waarmee een rente verzakelijkt kan worden. de mogelijkheid tot het verzakelijken van een lening door middel van de rentevergoeding vormt het onderscheid tussen de lening onder onzakelijke voorwaarden en een onzakelijke lening. Bij een lening onder onzakelijke voorwaarden kan de rentevergoeding worden aangepast naar een marktconform niveau, zonder *in wezen winstdelend* te worden. Als de rentevergoeding *in wezen winstdelend* wordt, is sprake van een onzakelijke lening. Het verzakelijken van een lening onder niet-marktconforme voorwaarden is praktisch echter niet eenvoudig. Dit moet naar het moment van aangaan van de geldlening gebeuren en kan derhalve meerdere jaren betreffen.

Een verlies op een onzakelijke lening kan niet als negatief resultaat uit overige werkzaamheden worden verwerkt. Pas op het moment van kwijtschelding van de onzakelijke lening wordt het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies omgevormd tot een aanmerkelijkbelangverlies. Op het moment van kwijtschelding moet het bedrag van kwijtschelding overgebracht worden naar de kapitaalsfeer. Het bedrag moet worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijk belangaandelen. Voor de bepaling van een zakelijke rente op een onzakelijke lening heeft de Hoge Raad de 'borgstellingsanalogie' in het leven geroepen. De hoogte van de rentevergoeding moet aan de hand van een gefingeerde situatie bepaald worden. De borgstellingsanalogie is praktisch lastig uitvoerbaar.

Tot slot blijkt uit recente jurisprudentie dat een aandeelhoudersrelatie vereist is voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening. Indien de aandeelhoudersrelatie (nog) ontbreekt, kan geen sprake zijn van een onzakelijke lening. De Hoge Raad lijkt hier (deels) terug te komen op zijn arrest van november 2011<sup>178</sup> inzake het leerstuk van de onzakelijke lening en de terbeschikkingstellingsregeling. Binnen de terbeschikkingstellingsregeling hoeft immers geen

---

<sup>178</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

aandeelhoudersrelatie aanwezig te zijn. Dit zou kunnen betekenen dat voor deze gevallen geen sprake kan zijn van een onzakelijk lening.

*Deelvraag 3: Kan het leerstuk van de onzakelijke lening worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling?*

De begrippen ongebruikelijk en onzakelijk liggen in elkaars verlengde. Indien een onzakelijke lening leidt tot een ongebruikelijke terbeschikkingstelling, ontstaat een aparte uitwerking. Op basis van een bepaalde onzakelijkheid is sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling, terwijl op basis van dezelfde onzakelijkheid een afwaarderingsverlies niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht.

In recente jurisprudentie is bepaald dat de aandeelhoudersrelatie een noodzakelijke voorwaarde is voor de aanwezigheid van een onzakelijke lening. Binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontbreekt veelal een aandeelhoudersrelatie. De Hoge Raad heeft zich echter nog niet uitgelaten over de vraag of het motief ook gelegen kan zijn in de familiale sfeer. Naar mijn mening is het leerstuk van de onzakelijke lening ook van toepassing op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Als het leerstuk niet van toepassing is op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling ontstaat namelijk de rare uitwerking dat de leeftijd van een kind bepaalt of een afwaarderingsverlies op een geldlening aftrekbaar is. Daarnaast ontstaat binnen de terbeschikkingstellingsregeling een onderscheid tussen de gebruikelijke en ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening zou binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling dan wel aftrekbaar zijn. In feite zou de ongebruikelijke terbeschikkingsteller bevoordeeld worden ten opzichte van de gebruikelijke terbeschikkingsteller. Dit lijkt me een ongewenste uitwerking.

*Deelvraag 4: Wat zijn de gevolgen indien het leerstuk van de onzakelijke lening wordt toegepast op vermogensbestanddelen in de ongebruikelijke terbeschikkingstelling?*

Bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling ontbreekt veelal een aandeelhoudersrelatie. Bij kwijtschelding van een onzakelijke lening en liquidatie van de schuldenaar kan derhalve de verkrijgingsprijs niet verhoogd worden. In de literatuur wordt een schenking van de schuldvordering aan de aandeelhouder van de schuldenaar als oplossing aangehaald. Dit kan mijns inziens echter niet leiden tot een verhoging van de verkrijgingsprijs. Een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder van de debiteur kan alleen plaatsvinden als de schuldvordering overgedragen wordt aan de aandeelhouder. Indien dit net voorafgaand aan de kapitaalstorting gebeurt, kan de verkrijgingsprijs niet opgehoogd worden met het bedrag van de hoofdsom. De waarde van de schuldvordering is bij overdracht immers al gedaald tot nihil.

Een andere oplossing die wordt aangedragen is het invoeren van een fictief aanmerkelijk belang voor de schuldvordering. Om dit door te kunnen voeren, moeten aanpassingen gemaakt worden binnen de terbeschikkingstellingsregeling en het aanmerkelijk belangregime.

Daarnaast is het onbekend wat het uitstralingseffect is van het leerstuk van de onzakelijke lening mocht dit ook van toepassing zijn op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Indien alle vermogensbestanddelen gelijk behandeld moeten worden, zou een afwaarderingsverlies binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling niet ten laste van het resultaat mogen worden gebracht, ongeacht het vermogensbestanddeel. Indien dit niet het geval zou zijn, zou er binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling een onderscheid ontstaan tussen verschillende vermogensbestanddelen.

Een belangrijk verschil tussen het ter beschikking stellen van een pand en een terbeschikkingstelling van geld is het feit dat de crediteur bij een geldlening het risico loopt de hoofdsom niet terug te krijgen. Dit risico loopt een verhuurder niet. In de jurisprudentie is echter nog niets gezegd over bovenstaande problematiek. Dit blijft vooralsnog onduidelijk.

## **§ 5.2 Aanbevelingen**

Toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling leidt tot het volgende probleem: binnen ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling ontbreekt een aanmerkelijk belang bij degene die het vermogensbestanddeel ter beschikking stelt. Doordat een aanmerkelijk belang ontbreekt, is het onmogelijk om een eventueel verlies op een onzakelijke lening over te brengen naar de box 2, de kapitaalsfeer. Een gevolg hiervan is dat de terbeschikkingsteller het verlies nergens meer in aanmerking kan nemen. In deze paragraaf probeer ik een antwoord te vinden op mijn vijfde en tevens laatste deelvraag.

*Deelvraag 5: Hoe kunnen eventuele fiscale gebreken, die ontstaan indien het leerstuk van de onzakelijke lening kan worden toegepast op de ongebruikelijke terbeschikkingstelling, worden opgelost?*

Bij toepassing van leerstuk van de onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling, kan de terbeschikkingsteller een verlies op een onzakelijke lening nergens meer kwijt. Naar mijn mening is dit een ongewenst resultaat van een toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening op de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Dit druist onder andere in tegen het draagkrachtbeginsel, dat ten grondslag ligt aan de inkomstenbelasting. De wetgever dient daarom maatregelen te nemen om te voorkomen dat het verlies nergens meer in aanmerking genomen kan worden. Te denken valt aan een aanvullende bepaling opnemen in de hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001, waarbij een fictief aanmerkelijk belang

wordt gecreëerd, indien sprake is van een onzakelijke lening binnen de ongebruikelijke terbeschikkingstellingsregeling. Alsdan zou de afgewaardeerde schuldvordering gekwalificeerd kunnen worden als een aanmerkelijk belang, waardoor een verlies op een onzakelijke lening bij een ongebruikelijke terbeschikkingstelling overgebracht kan worden naar de kapitaalsfeer.

Op basis van hetgeen ik hierboven betoogd heb, stel ik de volgende wettekst voor:

*“Een aanmerkelijk belang wordt aanwezig geacht indien een verlies wordt geleden op een tot het vermogen van de belastingplichtige behorende en in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke schuldvordering op een vennootschap waarin een bloed- of aanverwant in de rechte lijn een aanmerkelijk belang bezit.”*

Daarnaast dient de wetgever in de terbeschikkingstellingsregeling een aanvulling te maken. Het fictief aanmerkelijk belang dient te kwalificeren als een aanmerkelijk belang voor de terbeschikkingstelling. Op deze manier kan het verlies alsnog naar box 2 overgeheveld worden.

## Literatuurlijst

### Boeken

- Arts, J.H.M. (2013). *Onzakelijke leningen*. Deventer: Kluwer.
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, Kluwer, Deventer, digitale editie.
- Freudenthal, R.M. (2002). *Resultaat uit overige werkzaamheden (exclusief terbeschikkingstellingsregeling)*. Deventer: Kluwer.
- Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P. en Schuver, B.F. (2013), *Inkomstenbelasting*. Deventer: Kluwer
- Koster, H. *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer, digitale editie.
- Lubbers, A.O. en Meussen, G.T.K. (2012). *Hoofdzaken winst uit onderneming*. Deventer: Kluwer.
- Rijkers, A.C. *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*. Deventer: Kluwer, digitale editie.
- Van Strien, J. (2007). *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer.
- Vermeulen, H. *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer, digitale editie.

### Artikelen

- Albert, P.G.H. (2008). *'Is verlies op onzakelijke lening "omlaag" aftrekbaar?'* WFR, 1226.
- Albert, P.G.H. (2011). *'Afwaardering onzakelijke tbs-vordering: aftrekbaar in box 1.'* NTFR, 198.
- Arts, J.H.M. (2012). *'De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer.'* MBB, 2.
- Boer, J.P. Van der Slik, B. (2013). *'Commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden.'* NDFR.
- Bouwman, J.N. (2013). *'Onzakelijk en ongebruikelijk – de moeizame behandeling van afwaarderingsverliezen onzakelijke geldleningen in de tbs-sfeer.'* FTV, 24.
- Engelen, F.A. en Van Scharrenburg, R. (2008) *'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting.'* WFR, 705.
- Freudenthal, R.M. (2010). *'De terbeschikkingstellingsregeling; Maatschappelijk ongebruikelijk of wetstechnisch onwenselijk?'* VFP, 2.
- Ganzeveld, J. (2009). *'Terbeschikkingstellingscriterium: invulling van de ongebruikelijkheidstoets', in: DGA en fiscus: de stand van zaken.'* Verslagen van het 18<sup>e</sup>

Maastrichts fiscaal symposium van het Samenwerkingsverband, gehouden op 7 november 2008, 40-41.

- Ganzeveld, J. en Hoeve, H. (2011). *'Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever.'* NTFR, 2910.
- Van Gijlswijk, M.J.A.M. (2010). *'De ongebruikelijke tbs'er: een vreemde eend in de bijt.'* MKB-adviseur, 10.
- Heithuis, E.J.W. (2008). *'Eerste jurisprudentie met betrekking tot de tbs-regelingen in de inkomstenbelasting.'* WFR, 543.
- Heithuis, E.J.W. (2012). *'Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer.'* WFR, 528.
- Heithuis, E.J.W. (2013). *'Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?'* WFR, 998.
- Van den Hurk, H. (2013). *'De onzakelijke lening, het paard nog steeds achter de wagen...'* WFR, 6996.
- De Kort, J.W.J. (2008). *'De maatschappelijk ongebruikelijk terbeschikkingstelling.'* FTV, 11.
- De Kort, J.W.J. (2012). *'Afwaardering van een onzakelijke lening binnen de terbeschikkingstellingsregeling: de Hoge Raad aan het woord.'* FTV, 01.
- Ligthart, N.M. (2012). *'De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijpt in!'* NTFRB, 6.
- Ligthart, N.M. en Nijkamp, H.K. (2013). *'Borgstelling en tbs, een paar apart!'* WFR, 776.
- Marres, O.C.R. (2012). *'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting.'* WFR, 142.
- Nieuweboer, M. (2012). *'Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!'* NTFR, 292.
- Peeters, P.J.J.M. (2010). *'De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 – Openstaande rechtsvragen.'* WFR, 1510.
- Scholten, N.L. (2013). *'Afwaardering op een onzakelijke lening aan bv van zoon.'* Elsevier Fiscaal.
- De Smit, R.C. (2014). *'Eigen schuld, dikke bult?'* V-N, 9.0.
- Van Sprundel, D.E. en Van Strien, J. (2011). *'Terug naar Ithaka? De "onzakelijke lening" bij de crediteur – deel 4.'* WFR, 490.

## **Parlementaire stukken**

### **Besluiten**

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 24 mei 2006, nr. CPP2006/76M, BNB 2006/252.
- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33.



- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2012, nr. BLKB2012/1865M.

### **Kamerstukken**

- Antwoord 52 op WIR-SIR-vragen, Kamerstukken II, vergaderjaar 1977/1978, 15 300, IX B en XIII, nr. 21.
- Nader rapport, Kamerstukken I, vergaderjaar 1989/1990, 21 343, B, p. 4-5
- MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 1995/1996, 24 671, nr. 3, p. 14.
- MvT, Kamerstukken II, Vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 30.
- NV, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7.
- NNV, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 17.
- MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, nr. 3.
- NV, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, nr. 27 466, nr. 6.

### **Overig**

- Advies Raad van State, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 27 466, A, p. 6-7, onderdeel 1, c.

### **Richtlijn**

- Artikel 4, lid 1, onderdeel d, Interest- en Royaltyrichtlijn.

### **Jurisprudentie**

#### **Rechtbank**

- Rechtbank Breda 13 augustus 2007, nr. 05/5150, V-N 2008/11.13.
- Rechtbank Breda 24 september 2012, nr. 11/798, V-N 2013/8.12.
- Rechtbank Arnhem 4 oktober 2012, nr. 12/2319, NTFR 2013/260 (*noot M.P. Lange-Snijders*).
- Rechtbank Arnhem 6 december 2012, nr. 12/1704, V-N 2013/7.1.
- Rechtbank Haarlem 20 december 2012, nr. 12/2979, NTFR 2013/331.
- Rechtbank Noord-Holland 31 januari 2013, nr. 12/1730, 12/1733 en 12/1734.
- Rechtbank Noord-Holland 24 september 2013, nr. 12/1282.

#### **Hof**

- Hof 's-Gravenhage 26 juni 2009, nr. 08/00135, V-N 2009/49.19
- Hof 's-Gravenhage 28 juni 2011, nr. 08/00146, V-N 2011/50.13
- Hof Arnhem 17 januari 2012, nr. 11/00294, V-N 2012/19.1.3.

- Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 11/00246 en 11/00266, NTFR 2012/1919.
- Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 11/00880 t/m 10/00882, NTFR 2012/1868.
- Hof Arnhem 4 december 2012, nr. 12/00120, V-N 2013/18.12.
- Hof's-Gravenhage 18 december 2012, nr. 12/00243, V-N 2013/21.10.
- Hof Amsterdam 27 juni 2013, nr. 12/00435, V-N 2013/43.1.1.

### **Hoge Raad**

- HR 5 juni 1957, nr. 13 127, BNB 1957/239.
- HR 12 februari 1958, nr. 13 456, BNB 1958/116.
- HR 10 december 1958, nr. 13 791, BNB 1959/51.
- HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196.
- HR 18 maart 1987, nr. 23.764, BNB 1987/229.
- HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.
- HR 23 augustus 1989, nr. 25.394, BNB 1990/1.
- HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.
- HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.
- HR 25 januari 2002, nr. 36 983, NTFR 2002/156.
- HR 18 oktober 2002, nr. 37 413, BNB 2003/44.
- HR 11 juli 2003, nr. 37 619, NTFR 2003/1193.
- HR 29 oktober 2004, nr. 40 926, BNB 2005/64.
- HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.
- HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.
- HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.
- HR 22 januari 2010, nr. 09/00654, NTFR 2010/247.
- HR 15 oktober 2010, nr. 09/02120, NTFR 2010/2604 (*noot J. Ganzeveld*).
- HR 15 oktober 2010, nr. 09/02120, FED 2010/121 (*noot J.W.J. de Kort*).
- HR 15 oktober 2010, nr. 09/02120, BNB 2011/36 (*noot E.J.W. Heithuis*).
- HR 15 november 2010, nr. 09/02120, NTFR 2010/2604 (*noot J. Ganzeveld*).
- 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, NTFR 2011/2834 (*noot J.Ganzeveld*).
- HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79.
- HR 16 maart 2012, nr. 11/02036, BNB 2012/167 (*noot E.J.W. Heithuis*).
- HR (civiele kamer) 6 april 2012, nr. 10/01949, LJN: BU3784.
- HR 14 september 2012, nr. 11/02105, BNB 2013/12 (*noot E.J.W. Heithuis*).
- HR 9 november 2012, nr. 11/03829, BNB 2013/24 (*noot E.J.W. Heithuis*).

- HR 9 november 2012, nr. 11/02832, FED 2013/15 (*noot G.G.M. Snoeks*).
- HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170.
- HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.
- HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.
- 7 februari 2014, nr. 12/04640, V-N 2014/9.12.

### **Conclusie Advocaat-Generaal**

- Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 14 januari 2010, nr. 09/02120, V-N 2010/53.15.
- Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 24 februari 2011, nr. 10/04588, NTFR 2011/1131 (*noot J. Ganzeveld*).
- Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 29 maart 2012, V-N 2012/22.17.

### **Wetsartikelen**

#### ***Burgerlijk Wetboek***

- Artikel 7:610 BW.
- Artikel 7:866 BW.
- Artikel 7a:1791 BW.

### **Overige bronnen**

- Madern, T. en Van der Burg, T. (2012). *'Geldzaken in de praktijk.'* Onderzoek NIBUD.
- Centraal Bureau voor de Statistiek, *Aantal faillissementen neemt iets af*, Conjunctuurbericht, 11 oktober 2013.

## BIJLAGE 1

Vpb/IB	Soort lening?	Rechtspraak	Jaar	Overeenkomst	Looptijd	Rente	Marktrente
Vpb	Geldlening	BNB 2008/191	1995	Nee	Onbepaald	4,7 – 5,63%	4,7 – 5%
Vpb	Rekening-courant	BNB 2012/37	1999	Nee	Onbepaald	5%	3.7%
	Geldlening*		2001	Ja	Bepaald, 10 jaar	5%	4.63%
IB	Geldlening	BNB 2012/78	2003	Ja	Onbepaald	5%	3.43%
IB	Rekening-courant	BNB 2012/79	2004	Ja	Onbepaald	4%	3.63%
IB	Geldlening	BNB 2012/132	2001	Ja	Onbepaald	4%	4.63%
	Geldlening		2001	Ja	Onbepaald	4%	4.63%
	Geldlening		2002	Ja	Onbepaald	4%	4.26%
IB	Geldlening	12/00243	2001	Ja	Onbepaald	4%	4.63%
	Geldlening		2001	Ja	Onbepaald	4%	4.63%
	Geldlening		2002	Ja	Onbepaald	4%	4.26%
IB	Rekening-courant	BNB 2012/133	2001	Ja	Onbepaald	5%	4.63%
	Geldlening*		2003	Ja	Onbepaald	5%	3.43%
	Rekening-courant		2002	Ja	Bepaald, 50 jaar	5%	4.63%
	Rekening-courant		2003	Ja	Bepaald, 60 jaar	5%	3.43%
Vpb	Geldlening	12/00435	2006	Ja	Bepaald, 2 jaar	12%	3.03%
Vpb	Rekening-courant	12/1730	-	Ja	Onbepaald	5%	-
Vpb	Geldlening	12/2879	2002	Ja	Onbepaald	4.3%	4.26%
	Geldlening		2006	Ja	Onbepaald	4.2%	3.03%
	Geldlening		2006	Ja	Bepaald, 1 jaar	Geen	3.03%
	Geldlening		2008	Ja	Onbepaald	Geen	3.94%
Vpb	Geldlening	11/789	2001	Ja	Onbepaald	8%	4.63%
	Geldlening*		2005	Ja	Onbepaald	6%	3.15%
IB	Geldlening	BNB 2013/149	1998	Onduidelijk	Onbepaald	Geen	
Vpb	Geldlening	12/1704	2005	Ja	Bepaald, 30 jaar	Onduidelijk	3.15%
Vpb	Geldlening	10/00880	2003	Ja	Bepaald, 5 jaar	5%	3.43%
	Geldlening		2004	Nee	Onbepaald	5%	3.63%
Vpb	Geldlening	11/00246	1990	Nee	-	7%	7.6%
IB	Geldlening	12/1282	2001	Nee	Onbepaald	Onduidelijk	4.63%
	Geldlening		2003	Ja	Bepaald	8%	3.43%

\* Rekening-courantrekening is omgezet in geldlening.

<b>Rechtspraak</b>	<b>Aflossingsschema aanwezig?</b>	<b>Zekerheden bedongen?</b>	<b>Onzakelijke lening?</b>
BNB 2008/191	Nee	Nee	Ja
BNB 2012/37	Nee	Nee	Ja
	Ja	Ja <sup>1</sup>	Ja
BNB 2012/78	Nee	Nee	Ja
BNB 2012/79	Nee	Nee	Nee
BNB 2012/132	Nee	Nee	Verwezen
	Nee	Nee	Verwezen
	Nee	Nee	Verwezen
12/00243	Nee	Nee	Ja
BNB 2012/133	Nee	Nee	Ja
	Nee	Nee	Ja
	Nee	Nee	Ja
	Nee	Nee	Ja
12/00435	Nee	Ja	Nee
12/1730	Nee	Nee	Ja
12/2879	Nee	Ja	Ja
	Nee	Nee	Ja
	Nee	Nee	Ja
	Nee	Nee	Ja
11/789	Ja	Nee	Ja
	Nee	Nee	Ja
BNB 2013/149	Nee	Nee	Ja
12/1704	Nee	Nee	Nee
10/00880	Nee	Nee	Nee
	Ja	Ja	Ja
11/00246	Nee	Nee	Nee
12/1282	Nee	Nee	Nee
	Nee	Nee	Ja

<sup>1</sup>Pandrecht eerste vordering.

<sup>2</sup>Pandrecht op het project.

<sup>3</sup>Pandrecht onderneming.

<sup>4</sup>Pandrecht vorderingen, machines en voorraden.