

De onzakelijke lening opzij

Door: M.R. Haanraads
Studentnummer: 325456
Begeleider: M.H.M. Smeets

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	1
§1.1 Aanleiding tot het onderzoek.....	1
§1.2 Probleemstelling.....	2
§1.3 Methode van onderzoek.....	2
2. Wanneer is een lening onzakelijk?	3
§2.1 Inleiding	3
§2.2 Een lening.....	3
§2.3 Wanneer is sprake van gelieerd zijn?	4
§2.4 Verschillende vormen van verlies	5
§2.5 Herkwalificatie	6
§2.5.1 Deelnemerschapslening	6
§2.5.2 Bodemlozeputlening.....	7
§2.5.3 Schijnlening.....	7
§2.6 Een (zakelijke) lening.....	8
§2.7 De onzakelijke lening.....	9
§2.8 Samenvatting	12
3. De onzakelijke lening omhoog, omlaag en bij een TBS	14
§3.1 De onzakelijke lening omhoog.....	14
§3.2 Rente.....	15
§3.3 De onzakelijke lening omlaag.....	16
§3.4 De onzakelijke lening bij een TBS.....	18
§3.5 Samenvatting	21
4. De onzakelijke lening opzij	23
§4.1 Inleiding	23
§4.2 Basis van de onzakelijke lening opzij.....	23
§4.3 Afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij	24
§4.3.1 Afwaarderingsverlies in de Vpb.....	24
§4.3.2 Afwaarderingsverlies in de IB.....	27
§4.4 Verlies bij kwijtschelding of liquidatie.....	28
§4.5 Mogelijkheden om aftrekbeperking te voorkomen	29
§4.6 Samenvatting	30
5. Conclusie	32
Literatuurlijst.....	34
Boeken.....	34
Tijdschriften.....	34
Jurisprudentie.....	34

1. Inleiding

§1.1 Aanleiding tot het onderzoek

In deze scriptie kom ik te spreken over de onzakelijke lening opzij naar aanleiding van de bijdragen van E.J.W. Heithuis¹ en P.G.H. Albert² in het Weekblad voor Fiscaal Recht. Uit de bijdragen van beide auteurs blijkt dat nog niet duidelijk is hoe een onzakelijke lening opzij precies behandeld dient te worden. Over de onzakelijke lening is al veel jurisprudentie geweest, zoals bijvoorbeeld BNB 2008/191 en BNB 2012/37. In die arresten komt naar voren hoe een onzakelijke lening die wordt verstrekt door een dochtervennootschap aan haar moeder of andersom behandeld dient te worden. Over de onzakelijke lening opzij is nog nauwelijks jurisprudentie. Onduidelijk is nog wat de gevolgen zijn van een verlies op een onzakelijke lening opzij.

Om enige duidelijkheid te verschaffen over de gevolgen van een onzakelijke lening opzij, zal ik een aantal begrippen bespreken. Zo zal ik het begrip “gelieerd” behandelen en uiteenzetten wanneer sprake is van een herkwalificatie. Het begrip “gelieerd” is van belang voor het al dan niet aanwezig zijn van een onzakelijke lening (opzij). Door het verschil tussen een herkwalificatie en een onzakelijke lening te behandelen, wordt een grens aangegeven tussen (fiscaal) vreemd vermogen en eigen vermogen.

Daarna zal ik de al gewezen jurisprudentie en bijdragen in vaktijdschriften behandelen om aan te geven wanneer er sprake is van een onzakelijke lening en wat de gevolgen zijn van een verlies op een onzakelijke lening. Dit zal ik als basis gebruiken voor de volgen van een verlies op een onzakelijke lening opzij.

Een onzakelijke lening kan zich voordoen binnen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. In deze scriptie zullen beiden aan de orde komen. Voor de inkomstenbelasting gaat het in dat geval om een terbeschikkingstelling.

¹ E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, WFR 2013/998.

² P.G.H. Albert, Weekblad voor Fiscaal Recht, WFR 2013/1464.

§1.2 Probleemstelling

In deze scriptie staat de volgende probleemstelling centraal: Is een verlies op een onzakelijke lening aftrekbaar? Om tot een antwoord op deze probleemstelling te komen heb ik een aantal deelvragen geformuleerd. De eerste vraag die ik zal beantwoorden is: wanneer is een lening onzakelijk? Daarna zal ik bespreken hoe een onzakelijke lening omhoog, omlaag en bij een terbeschikkingstelling wordt behandeld. De vraag is dan of een verlies op een onzakelijke lening van die vormen aftrekbaar is. In hoofdstuk 4 zal ik dan de onzakelijke lening opzij behandelen en in hoofdstuk 5 afsluiten met mijn conclusie en beantwoording van de probleemstelling.

§1.3 Methode van onderzoek

Mijn onderzoek zal ik doen op basis van jurisprudentie, boeken en vaktijdschriften. In deze scriptie zal ik de basis van een lening bespreken, het begrip gelieerd, verschillende vormen van verlies behandelen en uiteraard de onzakelijke lening. Daarbij zal ik aandacht besteden aan zowel de Vpb als de IB (terbeschikkingstelling).

2. Wanneer is een lening onzakelijk?

§2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik aandacht besteden aan de basis van de onzakelijke lening met als belangrijkste vraag: wanneer is een lening onzakelijk? Daarnaast zal ik kort het verschil aangeven tussen een onzakelijke lening en een herkwalficatie, het begrip “gelieerd” en de verschillende vormen van verlies bespreken.

§2.2 Een lening

Natuurlijke personen en rechtspersonen hebben de mogelijkheid om leningen te verstrekken. Wat een geldlening is, is te vinden in het burgerlijk wetboek (hierna BW), boek 7A, artikel 1793: *“De schuld, uit leening van geld voortspruitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt”*. Wanneer deze leenovereenkomst wordt gesloten tussen derden, wordt er fiscaal vanuit gegaan dat partijen dit doen tegen voorwaarden die voor beide acceptabel zijn oftewel zakelijk. Het wordt anders wanneer bedrijven aan elkaar gelieerd zijn. Wanneer bijvoorbeeld een van beide bedrijven een aandelenbelang heeft in het andere (moeder/dochter relatie) of wanneer een andere vennootschap een aandelenbelang heeft in beide vennootschappen (gemeenschappelijke moeder), is geen sprake van een overeenkomst tussen derden. In situaties van gelieerdheid tussen de contractspartijen kunnen ook andere belangen spelen. De moeder heeft er bijvoorbeeld belang bij dat de dochter winst maakt en derhalve dividend kan uitkeren. Daar wordt de moedermaatschappij beter van.

Fiscaal wordt in beginsel aangesloten bij het civielrechtelijke begrip lening, zoals al genoemd in artikel 7A:1793 BW. Dit komt voort uit een verbruiklening waarvan de definitie te vinden is in artikel 7A:1791 BW. Daaruit is op te maken dat sprake moet zijn van een terugbetalingsverplichting *“onder voorwaarde dat de laatstgenoemde (debiteur) haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve”*. De aansluiting bij het civielrechtelijke begrip wordt door de Hoge Raad genoemd in BNB 1988/217³ en

³ HR 27 januari 1988, LJN ZC3744.

bevestigd in BNB 2007/104⁴. Hier wordt in een aantal gevallen fiscaal een uitzondering op gemaakt, namelijk in het geval sprake is van (BNB 2002/231⁵):

1. Een deelnemerschapslening;
2. Een bodemloze put-lening;
3. Een schijnlening.

In deze gevallen is sprake van een fiscale herkwalificatie, die ik nader zal toelichten in paragraaf 2.5.

§2.3 Wanneer is sprake van gelieerd zijn?

Zoals al eerder gezegd wordt bij overeenkomsten tussen onafhankelijke derden aangenomen dat deze zijn aangegaan met voor hen beide acceptabele voorwaarden, oftewel zakelijk. Van een onzakelijke lening kan dan ook alleen sprake zijn wanneer deze is verstrekt door een met de schuldenaar gelieerde natuurlijk persoon of gelieerde vennootschap. Maar wanneer zijn partijen dan precies aan elkaar gelieerd? In artikel 10a lid 4 wet Vpb 1969 (hierna: Vpb) is het begrip verbonden lichaam te vinden. Van een verbonden lichaam is sprake in vier gevallen:

- een lichaam waarin de belastingplichtige voor tenminste een derde gedeelte belang heeft;
- een lichaam dat voor tenminste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;
- een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor tenminste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige, waarbij een belang dat wordt gehouden door de partner of een minderjarig kind van een natuurlijk persoon aan die persoon wordt toegerekend, waarbij onder een kind mede wordt verstaan een kind van een partner alsmede een pleegkind;
- een lichaam dat met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid als bedoeld in artikelen 15 en 15a.

Met uitzondering van het laatste punt, waarbij belastingplichtige onderdeel is van een fiscale eenheid, is steeds tenminste een belang van een derde gedeelte vereist. In BNB

⁴ HR 8 september 2006, LJN AV2327.

⁵ HR 24 mei 2002, LJN AE3171.

2008/191⁶ had de schuldenaar slechts 23% belang in de schuldeiser, maar ook in dat geval kwalificeerde de lening als een onzakelijke lening.

Hieruit kan worden afgeleid dat het begrip “gelieerd” in relatie tot de onzakelijke lening breder moet worden uitgelegd dan het begrip “verbonden persoon” van artikel 10a lid 4 Vpb.

Bij een terbeschikkingstelling zijn verbonden personen de partner en de minderjarige kinderen van de belastingplichtige. Wanneer de belastingplichtige minderjarig is, wordt de groep verbonden personen uitgebreid met een bloed- of aanverwant in de eerste opgaande lijn en de minderjarige kinderen en partner van die bloed- of aanverwant, aldus artikel 3.91 lid 2 onderdelen b en c wet IB 2001 (hierna IB).

Voor wat betreft het begrip “gelieerd” is dus nog enige onduidelijkheid bij de belangen van vennootschappen. Omdat ook de deelnemingsvrijstelling⁷ een rol kan spelen bij de aftrekbeperking lijkt een belang van 5% het minimum en misschien wel de grens die later zal worden aangehouden. Zeker is in ieder geval dat een belang van 23% voldoende is.

Binnen de TBS-regeling lijkt mij dat partijen “gelieerd” zijn wanneer sprake is van de in artikel 3.92 lid 2 onderdelen b en c IB gestelde voorwaarden. De vraag die bij mij blijft bestaan is of nog eisen worden gesteld aan het aandelenbelang van de ab-houder. Het hebben van een aandelenbelang lijkt mij voldoende. Voor zover ik weet is dit in de jurisprudentie (nog) niet aan de orde geweest.

§2.4 Verschillende vormen van verlies

Een verlies is een negatief voordeel. Voor de onzakelijke lening is een aantal vormen van verlies van belang. Denk aan een kwijtscheldingsverlies, verlies op een deelneming, liquidatieverlies en een afwaarderingsverlies. Andere vormen van verlies zoals bijvoorbeeld een valutaverlies zijn niet van belang voor de onzakelijke lening, omdat die niet ontstaan door zakelijk of onzakelijk handelen van een persoon of rechtspersoon.

Van een kwijtscheldingsverlies is sprake wanneer de schuldeiser de niet voor verwezenlijking vatbare rechten prijsgeeft, waardoor een winst ontstaat voor de

⁶ HR 9 mei 2008, LJN BD1108.

⁷ Daarvoor is slechts een aandelenbelang vereist van 5%, zo is te lezen in artikel 13 lid 2 onderdeel a Vpb.

schuldenaar. Dit blijkt uit artikel 3.13 IB waar deze ontstane winst dan kan worden vrijgesteld. Dit doet zich dan alleen voor voorzover de winst de te verrekenen verliezen uit het verleden overtreft.

Voor een verlies op een deelneming moet uiteraard eerst sprake zijn van een deelneming. Dat is het geval wanneer de belastingplichtige 1. *“voor tenminste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld”*, 2. *“ten minste 5% bezit van het aantal in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening; daarbij wordt het aantal andere dan enkelvoudige bewijzen van deelgerechtigdheid herleid tot een daarmee overeenstemmend aantal enkelvoudige bewijzen”* of 3. *“lid is van een coöperatie of van een vereniging op coöperatieve grondslag”*, aldus artikel 13 lid 2 Vpb.

Een voordeel, waartoe ook gerekend een negatief voordeel (verlies), blijft dan buiten aanmerking op grond van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 lid 1 Vpb.

Een liquidatieverlies is een verlies dat tot uitdrukking komt nadat een lichaam is ontbonden. De hoogte van een liquidatieverlies is het opgeofferde bedrag minus de liquidatie-uitkeringen.

Een afwaarderingsverlies ontstaat doordat verwacht wordt dat de lening niet of niet geheel kan worden terugbetaald. In dat geval moet de schuld op basis van goedkoopmansgebruik worden afgewaardeerd door de schuldeiser. Voor de schuldenaar blijft echter de gehele schuld bestaan. Voor de onzakelijke lening is dit van belang voor het moment waarop een eventuele aftrekbeperking zich voordoet.

§2.5 Herkwalificatie

§2.5.1 Deelnemerschapslening

In BNB 1988/217 wordt een aanzet gedaan tot de latere deelnemerschapslening. Daarvan is sprake wanneer *“de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de*

onderneming van de schuldenaar".⁸ Er wordt deelgenomen in de onderneming *"indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij de concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surcéance van betaling of liquidatie."*⁹

In een arrest van de Hoge Raad van 25 november 2005 wordt het opeisbaar zijn nog verder verduidelijkt. De Hoge Raad overweegt namelijk in BNB 2006/82¹⁰ *"Voorts is de looptijd van de lening zodanig lang – meer dan 50 jaar – dat aan de omstandigheid dat de lening een vaste looptijd heeft van 95 jaar zelfstandige betekenis moet worden ontzegd."*

Kort gezegd moet dus aan drie eisen worden voldaan om van een deelnemerschapslening te kunnen spreken:

- De schuld is achtergesteld ten opzichte van concurrente schuldeisers;
- De rente vergoeding is afhankelijk van de winst;
- De looptijd is langer dan 50 jaar.

§2.5.2 Bodemlozeputlening

In BNB 2005/64¹¹, waar sprake was van een bodemlozeputlening, overweegt de Hoge Raad het volgende: *"Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, moet deze lening worden aangemerkt als een onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten. Dit wordt niet anders indien het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering"*.

Er is dus sprake van een bodemlozeputlening wanneer bij het verstrekken van de lening al duidelijk is dat de debiteur het geleende bedrag niet of niet geheel kan terugbetalen en dus het bedrag van de lening (deels) het vermogen van de verstrekkende vennootschap heeft verlaten.

§2.5.3 Schijnlening

Van een schijnlening is sprake wanneer er gelden overgaan, de ontvanger niet de intentie heeft om deze terug te betalen en de verstrekker zich niet bekommert om die

⁸ HR 28 januari 1988, LJN ZC3744. ro. 3.

⁹ HR 11 maart 1998, LJN AA2453. ro. 3.3.

¹⁰ HR 25 november 2005, LJN AT5958. ro. 3.2.

¹¹ HR 29 oktober 2004, LJN AR4761. ro. 3.

terugbetaling, aldus de Hoge Raad in BNB 1998/98¹². Het aanmerken van een lening als schijnlening wordt op grond van de feiten en omstandigheden beoordeeld. Aanwijzing voor een schijnlening is het niet bedongen zijn van aflossingen eventueel in combinatie met het niet bedingen van rente. Een versterking van dit vermoeden kan het niet stellen van zekerheid zijn. De lening bestaat dan slechts in schijn. Partijen hebben in werkelijkheid geen geldlening tot stand willen brengen.¹³

In bovenstaande gevallen wordt de lening fiscaal niet als lening behandeld, maar is sprake van een herkwalficatie tot eigen vermogen. In alle andere gevallen blijft de lening in stand. Een onzakelijke lening is niet te scharen onder een van de eerder genoemde uitzonderingen en daarmee blijft ook fiscaal sprake van een als vreemd vermogen aan te merken lening.

§2.6 Een (zakelijke) lening

Wanneer de lening fiscaal in stand blijft, dus niet in een van de bovenstaande drie categorieën valt, is de rente die betaald wordt in beginsel aftrekbaar bij de schuldenaar (debiteur) en belast bij de schuldeiser (crediteur). Deze fiscale behandeling van de rente is gebaseerd het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 IB in combinatie met de schakelbepaling van artikel 8 Vpb. Hierop wordt een uitzondering gemaakt wanneer de uitgaven, in dit geval de lening, een zakelijk karakter ontberen. De uitgaven zijn dan gedaan ter bevrediging van de behoefte van de aandeelhouder.¹⁴ Hierbij kan gedacht worden aan het Cessna-arrest BNB 2002/210¹⁵, waarin de Hoge Raad overweegt dat *“een redelijk denkend ondernemer niet kan volhouden deze wijze van reizen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming te hebben gekozen.”*. Marres verwoordt dit als volgt: *“(g)een redelijk handelende ondernemer, c.q. een met het lichaam vergelijkbare vennootschap waarvan het beleid niet mede wordt ingegeven door de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder, dezelfde uitgaven zou hebben gedaan.”*

Op basis hiervan kan gezegd worden dat een onzakelijke lening, waarbij het verlies in aftrek wordt beperkt, in ieder geval moet worden toegeschreven aan de aandeelhoudersrelatie en wel de bevrediging van de behoeften van die aandeelhouder.

¹² HR 11 februari 1998, LJN AA2443. ro. 3.

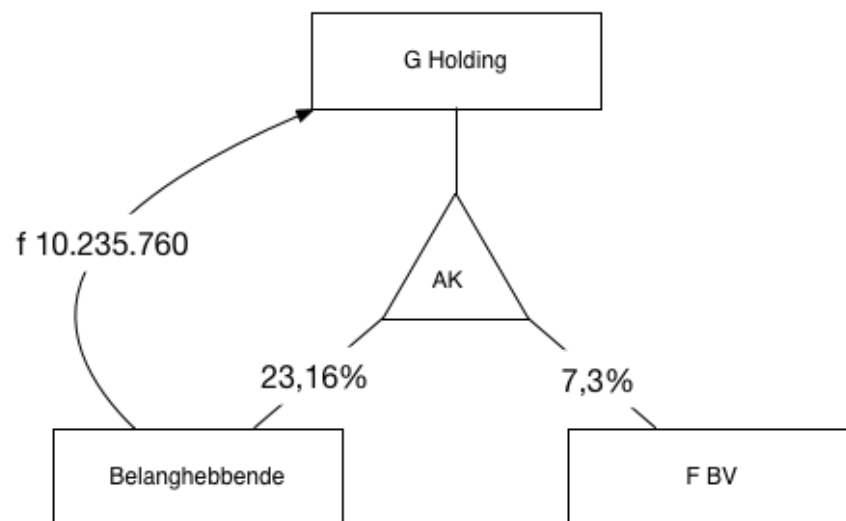
¹³ H. Koster, *Cursus Belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 2013, Vpb.2.0.5.E.e2.

¹⁴ O.C.R. Marres, *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2012/142.

¹⁵ HR 8 maart 2002, LJN BI7871. ro. 3.3.

§2.7 De onzakelijke lening

Wanneer wordt een lening dan aangemerkt als onzakelijk? In BNB 2008/191¹⁶ wordt een lening verstrekt door belanghebbende aan G Holding (aandeelhouder van belanghebbende). Deze lening moest terugbetaald worden uit dividendstromen afkomstig uit belanghebbende en een andere dochter van G Holding, te weten F BV. Hierbij is het goed om te weten dat belanghebbende al enige jaren verlies maakt en de dividendstromen uit F BV niet voldoende zijn om de lening terug te betalen. Belanghebbende boekt dan ook een voorziening voor die lening. Deze wordt door de inspecteur niet in aftrek geaccepteerd. Voor de lening is nimmer een schriftelijke overeenkomst opgesteld noch een aflossingsschema overeengekomen noch enige vorm van zekerheid gevraagd dan wel verstrekt. Het Hof komt tot de conclusie dat wanneer de lening is aangegaan vanuit een zakelijk motief, deze iedere zakelijkheid ontbeert. De Hoge Raad oordeelt dat dit van feitelijke aard is en niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is. De lening wordt dan ook aangemerkt als een onzakelijke lening.



*In bovenstaande afbeelding staat "AK" voor administratiekantoor

In rechtsoverweging 3.4 van BNB 2008/191 overweegt de Hoge Raad het volgende: *"Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door de 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*

¹⁶ HR 9 mei 2008, LJN BD1108.

bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen.”. Dan komt meteen de vraag op, wat dan “*zodanige voorwaarden en omstandigheden*” zijn? In casu was nimmer een leenovereenkomst opgemaakt, geen aflossingsschema vastgesteld en geen zekerheid gevraagd dan wel verstrekt in welke vorm dan ook. Opmerkelijk is dat dit ook de aanwijzingen zijn voor het mogelijk aanwezig zijn van een schijnlening, zoals ik heb beschreven in paragraaf 2.5.3. Kennelijk was niet in geschil dat partijen (schuldeiser en schuldenaar) een lening tot stand hebben willen brengen, maar enkel de voorwaarden waarop. Deze geformuleerde omstandigheden zijn van feitelijke aard en de Hoge Raad heeft in hetzelfde arrest geoordeeld dat een onafhankelijke derde onder deze voorwaarden de lening niet zou zijn aangegaan. De voorwaarden en omstandigheden zijn dus van belang om te bepalen of een lening al dan niet zakelijk is.

Uit BNB 2012/37¹⁷ blijkt dat ook de hoogte van de rente een rol speelt bij de bepaling of een lening al dan niet zakelijk is. De casus was als volgt. Belanghebbende heeft aan haar dochtermaatschappij op 30 december 1999 effecten overgedragen tegen een rekening-courantschuld. Op deze schuld was een rente van 5 procent verschuldigd. In februari 2001 is deze rekening-courantschuld omgezet in een lening met een pandrecht op alle effecten die door de dochter worden gehouden. In eerste instantie lijkt hier misschien sprake van een zakelijke lening daar een rente is bedongen van 5 procent en een pandrecht is gevestigd. Dit is echter niet het geval. De betaling van de rente is geheel afhankelijk van de waardeontwikkeling van de effecten daar de dochter op het moment van het verstrekken van de lening geen ander vermogen heeft dan de effecten plus het bij oprichting gestorte kapitaal van €18.151. De dochter was reeds vanaf het begin niet in staat de rente van 5 procent te voldoen en daarmee is het niet mogelijk de lening te verzakelijken door een verhoging van deze rente, omdat “*een hogere rente derhalve een verdere koersstijging zou vereisen*”¹⁸ van de effecten. Daarmee wordt de lening in feite winstafhankelijk. De Hoge Raad overweegt dat wanneer de rente niet in overeenstemming is met het at arm’s length beginsel, voor de rente moet worden uitgegaan van een rente die daaraan wel voldoet. “*Met dat uitgangspunt strookt niet dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening in wezen winstafhankelijk wordt. Dan*

¹⁷ HR 25 november 2011, LJN BN3442.

¹⁸ HR 25 november 2011, LJN BN3442. ro. 3.2.2.

zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen worden aangetast."¹⁹. Ook het pandrecht zorgt niet voor een zakelijke lening naar het oordeel van het Hof. De vordering blijft daarmee *"nagenoeg geheel afhankelijk van de waardeontwikkeling van de effecten"*²⁰. De Hoge Raad ziet geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

De Hoge Raad voegt ook nog toe dat de omstandigheid of sprake is van een onzakelijke lening moet worden beoordeeld op het moment van het aangaan van de lening. Een lening kan echter ook op een later moment (gedurende haar looptijd) onzakelijk worden. Daarnaast is belangrijk dat de lening in zijn geheel moet worden beoordeeld en dus niet gesplitst zal worden in een zakelijk en een onzakelijk deel. Marres geeft in WFR 2012/142 als voorbeelden van het op een later moment onzakelijk worden van een lening het prijsgeven van rechten of het nalaten gebruik te maken van rechten. Hierbij merkt hij wel op dat dit niet zal liggen in het enkel wijzigen *"van omstandigheden buiten de wil van partijen"*. Dit lijkt mij ook niet meer dan logisch gezien het feit dat dit ook geen overeengekomen voorwaarden zijn en dus ook geen voorwaarden waar een onafhankelijke derde bij het aangaan van een dergelijke lening rekening mee gehouden zou kunnen hebben.

Zoals gezegd moet in beginsel de rente worden aangepast naar een rente die at arm's length is, maar mag deze daarmee niet in feite winstafhankelijk worden. Wanneer de lening verzakelijkt kan worden door de rente aan te passen is geen sprake van een onzakelijke lening, maar van een lening onder onzakelijke voorwaarden.

In BNB 2012/79²¹ stelde de Hoge Raad dat het oordeel van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch geen blijk geeft van onjuiste rechtsopvattingen. Het Hof oordeelde dat ondanks dat geen zekerheid was gesteld noch een aflossingsschema was en dat de rente werd bijgeschreven, de lening niet als onzakelijk kon worden aangemerkt. De belanghebbende was kennelijk (op het moment van verstrekken) van mening en kon redelijkerwijs van mening zijn dat de schuldenaar in staat zou zijn de lening terug te betalen aldus het Hof. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat een lage rente is overeengekomen. De rente is niet at arm's length. Voor de fiscale winstberekening moet worden uitgegaan van een rente die wel aan dat criterium voldoet en dus worden

¹⁹ HR 25 november 2011, LJN BN3442. ro. 3.3.2.

²⁰ HR 25 november 2011, LJN BN3442. ro. 3.2.2.

²¹ HR 13 januari 2012, LJN BP8068.

verhoogd naar een rente die in het economische verkeer tussen onafhankelijke derden zou zijn overeengekomen conform artikel 8b Vpb. In dit geval was geen sprake van een onzakelijke lening, maar van een lening onder onzakelijke voorwaarden.

In rechtsoverweging 3.4 van BNB 2008/191 overwoog de Hoge Raad naast de voorwaarden en omstandigheden ook nog bijzondere omstandigheden. Peeters schrijft hierover in WFR 2010/1510 dat de Hoge Raad deze passage misschien heeft toegevoegd uit het oogpunt van voorzichtigheid. In de praktijk blijkt dat een beroep op bijzondere omstandigheden meestal wordt afgewezen, aldus Peeters. Marres schrijft in WFR 2012/142 iets soortgelijks, namelijk *“Ik vermoed dat de Hoge Raad niet het oog heeft op bepaalde omstandigheden maar dat hij het eenvoudigweg voor mogelijk houdt dat er omstandigheden zijn waaronder een derde niet de bereidheid zou hebben om te financieren, maar die geen rechtstreeks verband houden met het debiteurenrisico.”*. Als voorbeeld noemt hij mogelijke juridische obstakels.

Samengevat moet een lening aan de volgende voorwaarden voldoen om als onzakelijk te kunnen worden bestempeld:

- de lening moet zijn aangegaan tussen gelieerde partijen;
- er is geen zekerheid gesteld noch gevraagd;
- er is geen aflossingsschema overeengekomen;
- de afgesproken rente is te laag en leidt bij aanpassing tot winstafhankelijkheid.

§2.8 Samenvatting

Aan de orde is geweest dat fiscaal in beginsel wordt aangesloten bij het civielrechtelijke begrip lening. Daar wordt in een drietal situaties een uitzondering op gemaakt, namelijk wanneer sprake is van een deelnemerschapslening, bodemlozeputlening of een schijnlening. De onzakelijke lening valt hier niet onder en de lening blijft dan ook fiscaal in stand. Daarna heb ik het begrip “gelieerd” besproken en de verschillende vormen van verlies. Over het begrip “gelieerd” is nog geen volledige duidelijkheid, maar daarvan zal naar verwachting zeker sprake zijn vanaf een aandelenbelang van ten minste 5%. Daarna is kort de uitwerking van een lening aan bod geweest waarna de basis van de onzakelijke lening is besproken met als belangrijkste deze uitspraak van de Hoge Raad: *“Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar*

aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door de 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.” (BNB 2008/191).

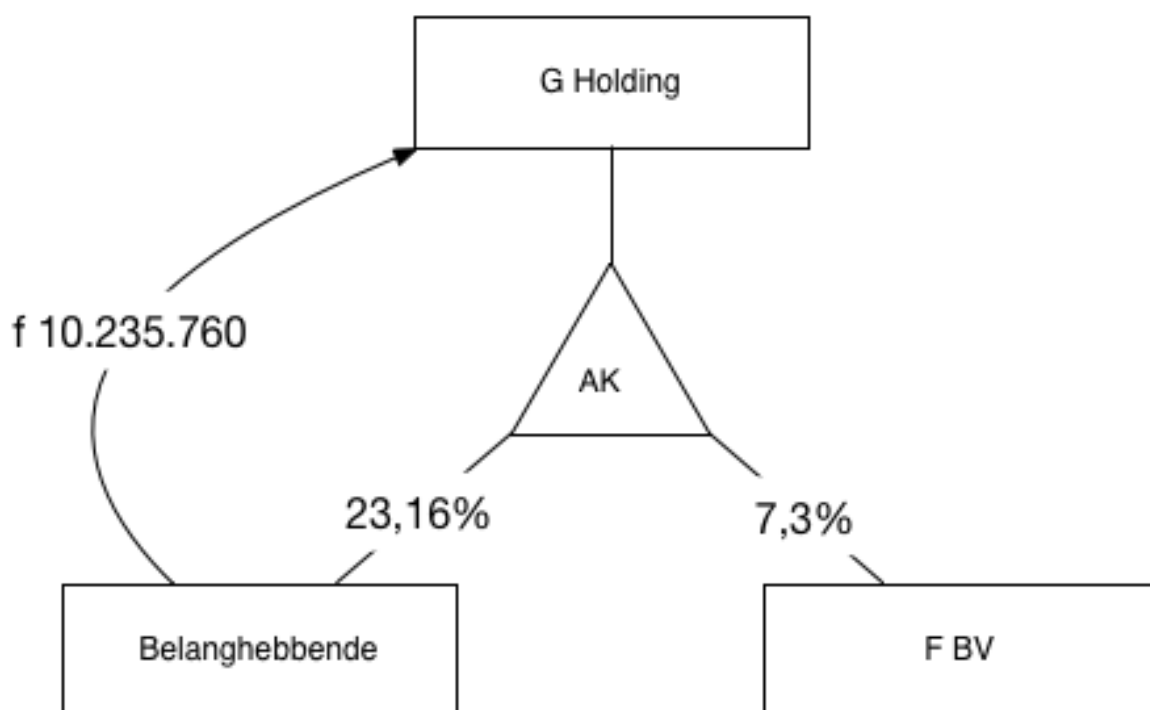
In het volgende hoofdstuk zal de uitwerking van enkele vormen van onzakelijke leningen aan bod komen.

3. De onzakelijke lening omhoog, omlaag en bij een TBS

In dit hoofdstuk zal aan de orde komen hoe een onzakelijke lening omhoog, omlaag en bij een TBS behandeld wordt. In dat verband wordt besproken wat de gevolgen zijn voor de schuldenaar (debiteur) en de schuldeiser (crediteur), zoals aftrekbeperking van rente en het moment waarop daarvan sprake is. Dit is van belang om uiteindelijk de vraag te kunnen beantwoorden wat de gevolgen zijn voor een onzakelijke lening “opzij”.

§3.1 De onzakelijke lening omhoog

In BNB 2008/191²² was sprake van een onzakelijke lening omhoog.



*In bovenstaande afbeelding staat “AK” voor administratiekantoor

Zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk is geworden, was sprake van een afwaardering van de lening door belanghebbende. Voor de moeder, te weten G Holding, verandert op dat moment niets. De terugbetalingsverplichting blijft bestaan²³.

In WFR 2010/1510 stelt Peeters zich op het standpunt dat deze afwaardering geen winstuitdeling met zich meebrengt daar er geen vermogensverschuiving is. Er kan dus nog niet worden gesproken over een bevoordeling van de debiteur. De debiteur ziet ook niets veranderen, de schuld blijft bestaan. De crediteur geeft alleen op zijn balans aan

²² HR 9 mei 2008, LJN BD1108.

²³ H. Koster, *Cursus Belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 2013, Vpb.2.0.5.E.e4.

minder vertrouwen te hebben in de uiteindelijke aflossing van die schuld. G Holding hoeft derhalve (nog) geen winst te nemen. De afwaardering die belanghebbende heeft gedaan op de vordering is niet aftrekbaar, zoals blijkt uit de overweging van de Hoge Raad dat *“het Hof terecht tot de slotsom is gekomen dat belanghebbende de afwaardering in het onderhavige jaar ad f 2 000 000 op haar lening aan Holding niet ten laste van haar resultaat mag brengen.”*²⁴ De vraag is nu op grond waarvan deze afwaardering niet in aftrek wordt toegelaten. In WFR 2013/996 schrijft Arts dat het verlies op de onzakelijke lening niet aftrekbaar was, omdat het een onttrekking vormde. Dit klinkt voor mij als een logische conclusie gezien het feit dat de Hoge Raad overweegt²⁵: *“Uit ‘s Hof’s oordeel vloeit voort dat – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan moet worden uitgegaan dat belanghebbende het volle debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van Holding in haar hoedanigheid van aandeelhouder te dienen.”*. Dit past mijns inziens in de lijn van artikel 8 VPB (i.c.m. artikel 3.8 IB). Het verlies is geen onderdeel van de uitoefening van de onderneming en daarmee niet van de totaalwinst.

§3.2 Rente

Uit de vorige paragraaf blijkt dat een afwaardering op een onzakelijke lening niet aftrekbaar is. Op dat moment is nog onduidelijk wat moet gebeuren met de rente. Blijft de overeengekomen rente gehandhaafd of zal deze moeten worden aangepast? Deze vraag wordt beantwoord in BNB 2012/37²⁶. De Hoge Raad vergelijkt het debiteurenrisico dat wordt aanvaard met *“het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap.”*. De Hoge Raad formuleert vervolgens een vuistregel: *“de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens vergelijkbare voorwaarden van een derde zou lenen.”*

In dit geval vindt bij het aangaan van de lening fiscaal een aanpassing van de rente plaats. Dit levert voor zowel de debiteur als de crediteur een verandering op ten opzichte van de overeenkomst. Beide zullen de rente die wordt bepaalt met de vuistregel van de Hoge Raad in aanmerking moeten nemen. Dit klinkt logisch gezien

²⁴ HR 9 mei 2008, LJN BD1108. ro. 3.6.

²⁵ HR 9 mei 2008, LJN BD1108. ro. 3.5.

²⁶ HR 25 november 2012, LJN BN3442. ro. 3.3.4.

artikel 3.8 IB, waarbij de rente tussen gelieerde partijen at arm's length moet worden gemaakt. Dat is in dit geval niet mogelijk zonder deze in feite winstafhankelijk te laten worden, omdat zoals gezegd in paragraaf 2.7 dan een verdere koersstijging van de effecten vereist zou zijn. De vuistregel die de Hoge Raad heeft geformuleerd is daarvoor nodig en daarmee is mijns inziens een soort tussenweg gevonden.

§3.3 De onzakelijke lening omlaag

In het vorige hoofdstuk heb ik al aangegeven dat moet worden gekeken naar de aandeelhoudersrelatie. Wanneer een lening wordt verstrekt door een moeder aan haar dochter (omlaag) heeft de moeder twee hoedanigheden, namelijk die van crediteur en aandeelhouder. Albert geeft dit ook aan WFR 2008/1226. Voor de lening is van belang of de voor- en nadelen moeten worden toegerekend aan de hoedanigheid van aandeelhouder of die van crediteur. *“Die toerekening is noodzakelijk vanwege het verschil in fiscale behandeling van de resultaten ter zake van een vordering (belastbaar/afteikbaar) en resultaten ter zake van een deelneming (objectief vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling).”*. Het debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard moet dan ook verklaard worden uit de aandeelhoudersrelatie en niet uit die van crediteur, aldus Albert. Hierdoor is een verlies dat opkomt uit een onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar op grond van de deelnemingsvrijstelling. Hierbij maakt Albert de kanttekening dat een redelijke wetstoepassing dan wel met zich meebrengt *“dat het voor de deelneming opgeofferde bedrag wordt verhoogd met het bedrag van het niet-aftekbare verlies.”*.

In BNB 2013/149²⁷ concludeert de Hoge Raad dat *“de voor- en nadelen die daaruit voortvloeien (het debiteurenrisico op de onzakelijke lening, MRH) buiten beschouwing blijven, bij belanghebbende door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling.”*. Wat opvalt is dat bij de onzakelijke lening omhoog de voor- en nadelen die voortvloeien uit het aanvaarde debiteurenrisico geen onderdeel vormen van de totaalwinst en worden aangemerkt als onttrekking, terwijl bij de onzakelijke lening omlaag die voor- en nadelen wel onderdeel blijven van de totaalwinst. Deze worden vervolgens objectief vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. Hieruit maak ik op dat wanneer geen sprake is van de deelnemingsvrijstelling, bijvoorbeeld wanneer er een belang is

²⁷ HR 15 maart 2013, LJN BW6552. ro. 3.3.3.

van minder dan 5% of wanneer de deelneming kwalificeert als een beleggingsdeelneming, de voor- en nadelen die voortvloeien uit het aanvaarde debiteurenrisico op een onzakelijke lening wel aftrekbaar zijn.

Het verschil in behandeling van de onzakelijke lening omhoog en de onzakelijke lening omlaag is volgens Albert²⁸ correct. Doordat de geldverstrekende vennootschap naast crediteur ook aandeelhouder is, kan deze ook als aandeelhouder gecompenseerd worden voor het verlies dat hij lijdt als crediteur. In het geval van een onzakelijke lening omhoog is dit niet mogelijk, omdat de geldverstrekende vennootschap geen aandeelhouder is in de schuldenaar. *“Als we de totaalwinstconceptie van art. 3.8 Wet IB 2001 toepassen op de geldverstrekende vennootschap, lijkt het mij zo te zijn dat de verstrekking van de lening (hoe onzakelijk ook) per definitie een ondernemingshandeling is.”* Het rendement op de geldverstrekking komt de geldverstrekker volledig toe. De geldverstrekker is er blijkbaar bij gebaat dat de dochter haar onderneming kan voorzetten in plaats van bijvoorbeeld failliet gaat, aldus Albert.

In hetzelfde artikel schrijft Albert over een mogelijke splitsing van de lening in een zakelijk en een onzakelijk deel. Dit wordt door de Hoge Raad anders benaderd in BNB 2012/37²⁹. Daarin overweegt in rechtsoverweging 3.3.5 de Hoge Raad namelijk dat *“voor de lening als geheel (moet MRH) worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening.”*

Net als in paragraaf 3.1 was bij BNB 2013/149³⁰ sprake van een afwaardering. Wederom is dan ook geen sprake van een vermogensverschuiving en dus (nog) geen winst voor de debiteur.

In BNB 2012/38³¹ had belanghebbende (hierna: B) een geldlening verstrekt aan haar dochter GmbH. Deze dochter kwalificeerde als een deelneming. De GmbH heeft in ieder geval vanaf het moment van verstrekken van deze geldlening alleen verliezen geleden. De GmbH werd twee jaren later geliquideerd. De geldlening kwalificeerde in deze als een onzakelijke lening. Het verlies dat werd geleden bij de liquidatie van de dochter werd

²⁸ P.G.H. Albert, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2008/1226.

²⁹ HR 25 november 2011, LJN BN3442.

³⁰ HR 15 maart 2013, LJN BW6552.

³¹ HR 25 november 2011, LJN BR4807.

niet in aftrek toegestaan. Aan het begin van deze paragraaf was sprake van een afwaardering van de schuld. In dat geval was het negatieve voordeel nog steeds een onderdeel van de totaalwinst, maar werd deze objectief vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. Daarnaast werd het voor de deelneming opgeofferde bedrag verhoogd met het geleden verlies. Hof Arnhem oordeelde in het geschil dat leidde tot BNB 2012/38 evenwel dat een ophoging van het voor de GmbH opgeofferde bedrag ter hoogte van de vordering op de GmbH als bedoeld in artikel 13d Wet Vpb 1969 niet aan de orde is, omdat belanghebbende haar vordering op GmbH niet heeft kwijtgescholden, GmbH als zodanig niet is bevoordeeld en niet van enige andere storting in GmbH is gebleken.. De Hoge Raad ging hier niet in mee en overwoog in rechtsoverweging 3.2.3: *“Ervan uitgaande dat de door belanghebbende aan GmbH verstrekte geldlening onzakelijk is in die zin dat de aanvaarding door belanghebbende van het debiteurenrisico berustte op aandeelhoudersmotieven, heeft te gelden dat het door belanghebbende bij de liquidatie van GmbH op die geldlening geleden verlies deel uitmaakt van het door belanghebbende in GmbH opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d Wet Vpb 1969. Immers, dit verlies vloeit voort uit het door belanghebbende in haar hoedanigheid als aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico. Bijgevolg komt het debiteurenverlies op deze lening ten laste van winst van belanghebbende van 2001.”.*

Hieruit blijkt dat in het geval van liquidatie het opgeofferde bedrag moet worden verhoogd met het op de onzakelijke lening geleden verlies. Het verlies komt daarmee ten laste van de winst.

§3.4 De onzakelijke lening bij een TBS

De laatste vorm van een onzakelijke lening die ik wil behandelen, is een onzakelijke lening bij een terbeschikkingstelling. Wanneer is een verlies (niet) aftrekbaar en op grond waarvan?

In WFR 2008/1226 concludeerde Albert nog dat een verlies op een onzakelijke lening die is verstrekt door een aandeelhouder aan zijn vennootschap aftrekbaar is in box 1. Hij wees er op dat in artikel 3.92 IB geen onderscheid wordt gemaakt tussen *“een zakelijk en een onzakelijk deel van de vordering.”*. Voor deze opvatting van Albert was ook steun te vinden in lagere rechtspraak. Op 19 augustus 2009 oordeelde Rechtbank Breda

bijvoorbeeld nog dat ingeval van een als terbeschikkingstelling aan te merken geldverstrekking door een aandeelhouder aan zijn BV, een afwaardering van die geldverstrekking een negatief resultaat uit overige werkzaamheden vormt. *“Of de geldlening in het voorkomende geval als onzakelijk moet worden beschouwd, is naar het oordeel van de rechtbank dan niet meer relevant.”*³² Met andere woorden, volgens Rechtbank Breda valt een geldlening die een ab-houder ter beschikking stelt aan zijn vennootschap altijd in box 1 en een eventueel verlies is daar ook aftrekbaar.

In BNB 2012/78³³ was belanghebbende (hierna: M) in gemeenschap van goederen getrouwd. M had een aandelenbelang van 50,05% in D beheer BV (hierna: D BV), waarin de Holding van de echtgenote (hierna: V) de overige 49,95% had. D BV was aandeelhouder van de werkmaatschappij E BV. M heeft een bedrag van € 174.420 geleend van de Holding, waarna hij € 165.240 doorleende aan D BV. De Holding heeft daarnaast nog € 158.760 geleend aan D BV. D BV heeft deze lening aangewend om € 324.000 te lenen aan E BV. Zie afbeelding op de volgende pagina.

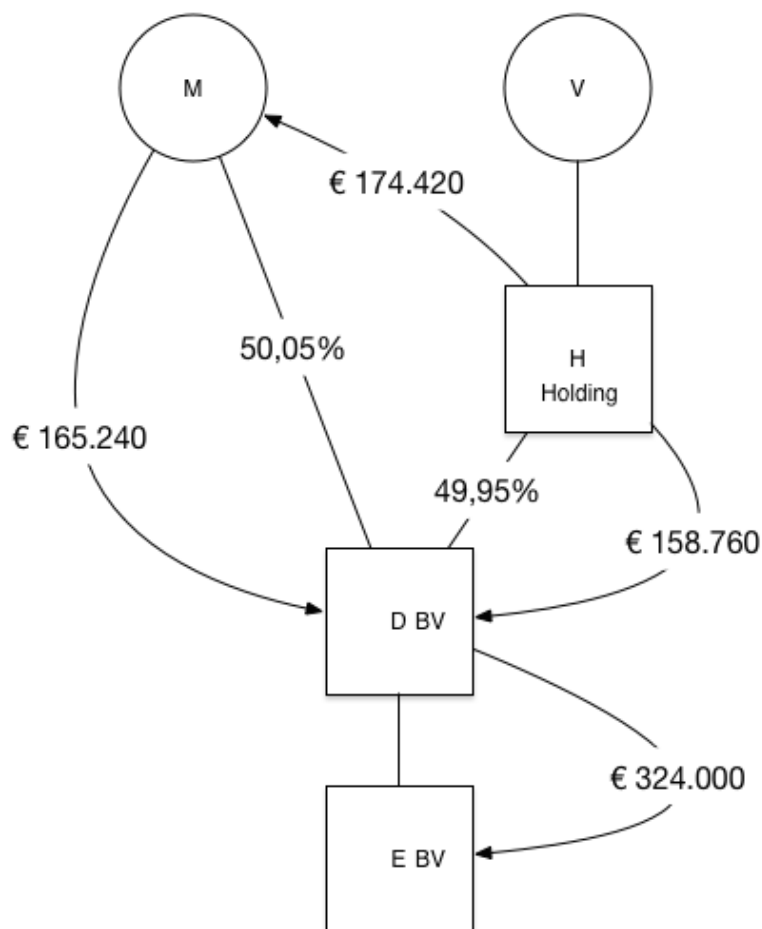
Ongeveer een jaar nadat D BV de lening verstrekke aan E BV, is E BV failliet verklaard. M heeft de vordering op D BV vervolgens kwijtgescholden.

De Hoge Raad overweegt vervolgens in rechtsoverweging 3.5 dat BNB 2012/37³⁴ van overeenkomstige toepassing is op deze casus. Ook in dit geval wordt het debiteurenrisico aanvaard door de aandeelhoudersrelatie. Het verlies dat optreedt is daarmee niet aftrekbaar in box 1. Het verlies wordt aangemerkt als een informele kapitaalstorting. De verkrijgingsprijs van de aandelen moet wel worden verhoogd. Hierdoor kan het verlies op een later moment toch nog meegenomen worden.

³² Rechtbank Breda 19 augustus 2009, LJN BJ5904.

³³ HR 25 november 2011, LJN BP8952.

³⁴ HR 25 november 2011, LJN BN3442.



In WFR 2012/528 concludeert Heithuis dat pas sprake is van een informele kapitaalstorting wanneer de schuldvordering teniet gaat, bijvoorbeeld in het geval van kwijtschelding of liquidatie. Naar zijn mening is bij een afwaardering nog geen sprake van een informele kapitaalstorting. *“Pas bij kwijtschelding of liquidatie hebben de ter leen verstrekte gelden het vermogen van de schuldeiser immers definitief verlaten.”*. Dit klinkt als een logische conclusie.

In BNB 2012/78³⁵ behoort het verlies niet tot de totaalwinst, maar is sprake van een informele kapitaalstorting. Dit is anders dan in BNB 2012/37³⁶ waarbij ook de lening omlaag werd verstrekt. Daar was het verlies wel onderdeel van de totaalwinst, maar werd dit objectief vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling.

In WFR 2013/998 schrijft Heithuis dat daar een goede reden voor is. In de Vpb drijft een vennootschap in beginsel een onderneming met haar gehele vermogen. Dit is te vinden in artikel 2 lid 5 VPB. In de IB is een soortgelijk artikel niet te vinden. In de IB-sfeer moet

³⁵ HR 25 november 2011, LJN BP8952.

³⁶ HR 25 november 2011, LJN BN3442.

onderscheid gemaakt worden tussen een ondernemings sfeer en een niet-ondernemings sfeer. In hetzelfde artikel formuleert hij de volgende benadering: *“een verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ komt niet op in de tbs-sfeer maar in de privésfeer van de belastingplichtige.”*. Heithuis spreekt over een onttrekking uit het werkzaamheidsvermogen dat van box 1 wordt overgebracht naar de aanmerkelijkbelangaandelen in box 2. Er is sprake van een onttrekking, omdat de gehele lening in beginsel onderdeel is van het werkzaamheidsvermogen. Pas op het moment dat een verlies ontstaat, wordt dat onttrokken.

In BNB 2012/78³⁷ was sprake van een kwijtschelding van de vordering. Op dat moment doet zich een definitieve vermogensverschuiving van de crediteur naar de debiteur voor. Zoals gezegd was sprake van een informele kapitaalstorting in de debiteur. Bij de kwijtschelding van een schuld wordt de debiteur bevoordeeld en moet deze in beginsel een winst in aanmerking nemen. Deze kan dan op grond van artikel 8 Vpb in combinatie met artikel 3.13 IB worden vrijgesteld wanneer deze schuld daadwerkelijk wordt prijsgegeven en niet meer voor verwezenlijking vatbaar is. In dit geval is echter sprake van een informele kapitaalstorting. Daardoor behoort de kwijtschelding niet tot de winst en kan (en behoeft) deze niet worden vrijgesteld op grond van artikel 3.13 IB.

§3.5 Samenvatting

Aan de orde zijn geweest de onzakelijke lening omhoog, omlaag en bij een terbeschikkingstelling.

De rente die is afgesproken is niet per definitie ook de rente die in aanmerking moet worden genomen. De Hoge Raad heeft daarvoor een vuistregel verwoord die in het kort zegt dat de rente wordt gesteld op het niveau van een rente die zou zijn overeengekomen bij een borgstelling door een gelieerde partij.

Een verlies dat ontstaat bij een afwaardering op deze vormen van een onzakelijke lening is niet aftrekbaar van de winst. Bij een onzakelijke lening omhoog is dit verlies niet aftrekbaar, omdat het geen onderdeel vormt van de uitoefening van de onderneming. Bij een onzakelijke lening omlaag vormt deze afwaardering wel een onderdeel van de winst, maar is deze objectief vrijgesteld door de deelnemingsvrijstelling. Wanneer sprake is van een onzakelijke lening bij een terbeschikkingstelling is het verlies dat ontstaat bij

³⁷ HR 25 november 2011, LJN BP8952.

een afwaardering ook niet aftrekbaar. In dat geval komt het verlies op in de privésfeer van de belastingplichtige en wordt het opgeofferde bedrag verhoogd.

4. De onzakelijke lening opzij

§4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik uiteenzetten hoe een onzakelijke lening opzij (mogelijk) behandeld moet worden. Hierbij besteed ik aandacht aan de verschillende visies hierop en eventuele mogelijkheden om aftrekbeperking te voorkomen.

§4.2 Basis van de onzakelijke lening opzij

In het vorige hoofdstuk is aan bod geweest hoe een onzakelijke lening omhoog, omlaag in bij een terbeschikkingstelling moet worden behandeld. In die gevallen is duidelijk wat de verhoudingen zijn tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Na deze drie vormen blijft nog een andere (mogelijke) vorm over, namelijk wanneer een vennootschap een onzakelijke lening verstrekt aan haar zustervennootschap of wanneer een met de abhouder verbonden persoon een onzakelijke lening verstrekt aan de BV van de abhouder. Heithuis noemt dit een onzakelijke lening opzij.³⁸ Albert deelt deze mening niet, zo blijkt in WFR 2013/1464. Hij spreekt van *“een variant binnen de categorie onzakelijke lening omhoog.”*. De onderbouwing hiervoor is als volgt. De vennootschap die de lening verstrekt is een zustervennootschap van de schuldenaar. Dit komt doordat de vennootschappen een gemeenschappelijke aandeelhouder hebben. De vennootschap die de onzakelijke lening verstrekt, heeft dit gedaan om daarmee het belang van de (gemeenschappelijke) aandeelhouder te dienen. Albert noemt dit de *“onzichtbare hand achter de lening”*. Hij voegt hier nog aan toe: *“het spreken over een onzakelijke lening opzij leidt mijns inziens slechts tot verwarring.”*. In WFR 2014/357 benoemt hij dit nog eens en haalt daarbij BNB 2008/191³⁹ aan, waarin de Hoge Raad spreekt over *“het belang van de aandeelhouder”*. De vragen die hij zich vervolgens stelt zijn: *“Zou de geciteerde overweging niet gelden voor diezelfde lening aan een zustermaatschappij? Speelt daar geen aandeelhoudersbelang?”*.

Het spreken over een onzakelijke lening “opzij” lijkt mij wanneer sprake is van een onzakelijke lening van een vennootschap aan haar zustervennootschap een goede benaming. Echter wanneer een onzakelijke lening wordt verstrekt door een met een ab-

³⁸ E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/998.

³⁹ HR 9 mei 2008, LJN BD1108.

houder verbonden persoon aan de bv van de ab-houder is het mijns inziens vreemd om te spreken van een onzakelijke lening “opzij”. Logischer vind ik dan de overweging van Albert om te spreken van een onzakelijke lening “omhoog”. In de rest van dit hoofdstuk zal ik in beide gevallen spreken van een onzakelijke lening “opzij” om geen verwarring te laten ontstaan.

§4.3 Afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij

Bij de onzakelijke lening omlaag was een afwaarderingsverlies niet aftrekbaar op grond van de deelnemingsvrijstelling. Bij een onzakelijke lening omhoog is het verlies geen onderdeel van de uitoefening van de onderneming en is derhalve sprake van een onttrekking.

§4.3.1 Afwaarderingsverlies in de Vpb

Bij een onzakelijke lening opzij is in ieder geval geen sprake van een aftrekbeperking op grond van de deelnemingsvrijstelling. Er is immers sprake van een schuldverhouding tussen zustermaatschappijen. De schuldeiser heeft geen aandelenbelang in de schuldenaar of andersom. Een onttrekking door de aandeelhouder zou eventueel wel een optie kunnen zijn.

Heithuis⁴⁰ formuleert twee mogelijke opties.

1. Er is geen sprake van een deelneming, daardoor is geen sprake van deelnemingsvrijstelling en het afwaarderingsverlies is derhalve aftrekbaar.
2. Er vindt een verkapte dividenduitkering plaats aan de (gemeenschappelijke) aandeelhouder, gevolgd door een informele kapitaalstorting in de zustersvennootschap.

Hij komt tot deze twee opties op basis van BNB 1995/271⁴¹ en BNB 1993/32⁴².

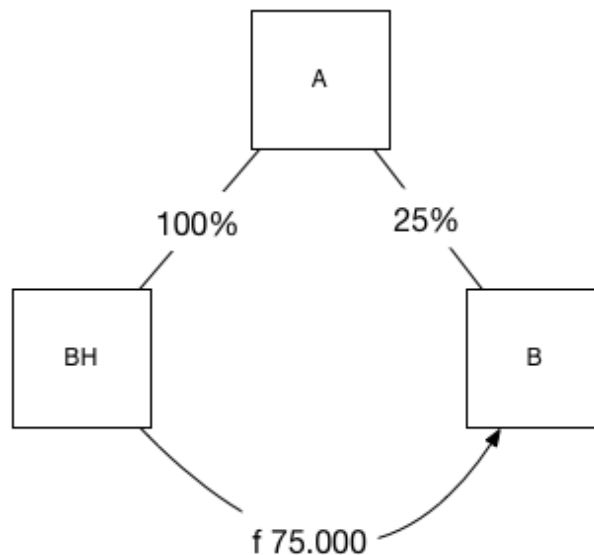
In BNB 1995/271 had belanghebbende een lening verstrekt aan een zustersvennootschap. De gemeenschappelijke aandeelhouder was in het bezit van 100% van de aandelen in belanghebbende en 25% van de aandelen in B (schuldenaar). Belanghebbende had een lening verstrekt van f 75.000 en heeft deze vordering afgewaardeerd met f 70.000 tot f 5.000. Op dat moment had B een negatief eigen vermogen van f 280.287, nadat B twee jaren verlies had geleden. De uiteindelijke

⁴⁰ E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/998.

⁴¹ HR 28 juni 1995, LJN AA1610.

⁴² HR 21 oktober 1992, LJN ZC5129.

conclusie was dat de afwaardering aftrekbaar was, omdat geen sprake was van de deelnemingsvrijstelling.

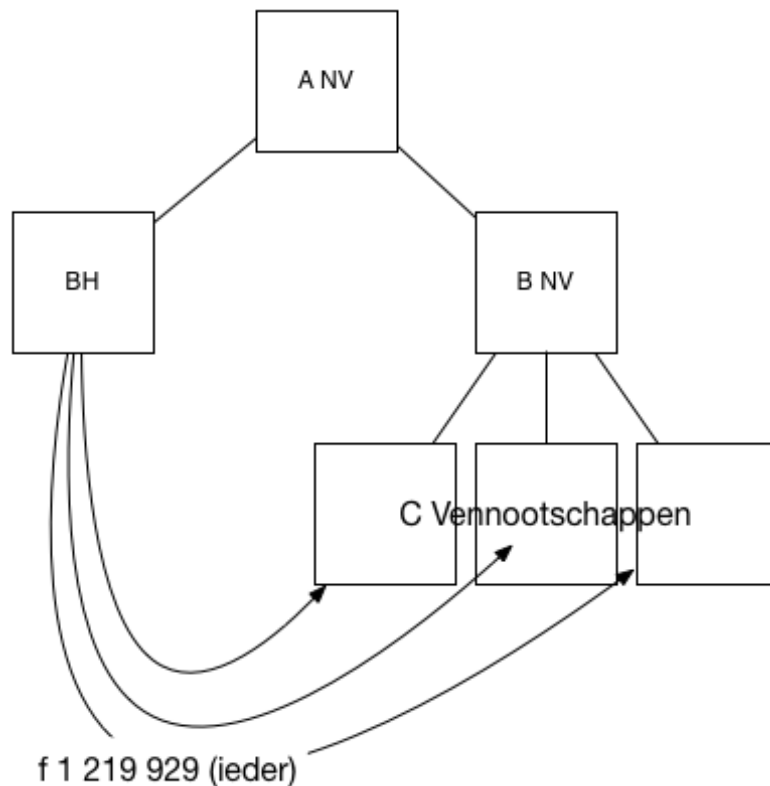


In BNB 1993/32 had belanghebbende schepen geleverd aan de C-vennootschappen (zie afbeelding volgende pagina). De koopsom bleven zij schuldig als renteloze lening, ieder voor een waarde van f 1.219.929. Belanghebbende had deze lening afgewaardeerd tot nihil. Alle aandelen in de C-vennootschappen waren in handen van B NV. A NV had alle aandelen in zowel B NV als belanghebbende. In dit arrest was sprake van een bodemlozeputlening. De conclusie was dat een verkapte dividenduitkering plaatsvond aan de moeder bij het verstrekken van de lening.

Volgens Heithuis⁴³ is pas sprake van een verkapte dividenduitkering, wanneer de onzakelijke lening teniet gaat. In het arrest kwam de verkapte dividenduitkering meteen tot uiting doordat sprake was van een bodemlozeputlening. In tegenstelling tot een bodemlozeputlening vindt bij een onzakelijke lening geen herkwalificatie plaats. Een eventueel afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening is dan ook gewoon aftrekbaar, omdat deze nog niet teniet is gegaan.

Daarmee komt Heithuis tot de conclusie dat in beide gevallen sprake is van een aftrekbaar afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij. Hier voegt hij echter wel aan toe dat dit waarschijnlijk niet de weg is die de Hoge Raad zal kiezen, omdat dan te gemakkelijk ontsnapt kan worden aan de jurisprudentie.

⁴³ E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/998.



Albert⁴⁴ is het hier niet mee eens. Hij schrijft: *“Een lening die een vennootschap verstrekt aan haar zustervenootschap valt binnen het bereik van de onzakelijke-leningjurisprudentie, omdat de crediteur en debiteur gelieerd zijn.”*. Hieruit volgt volgens hem dat een afwaarderingsverlies daardoor niet aftrekbaar is op grond van de totaalwinstconceptie. De schuldeisende vennootschap heeft de lening verstrekt om het belang van de (gemeenschappelijk) aandeelhouder te dienen. Die is de, zoals Albert het noemt, *“onzichtbare hand”*. Net als bij een onzakelijke lening omhoog is dan sprake van een onttrekking op het moment van het afwaarderen van de vordering.

In WFR 2014/451 herhaalt Heithuis zijn standpunt over het aftrekbaar zijn van een afwaardering van een onzakelijke lening opzij. Dit doet hij op basis van BNB 2014/96⁴⁵, waarin de Hoge Raad, nadat hij tot de conclusie komt dat het afwaarderingverlies niet aftrekbaar is door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling, overweegt: *“Dat heeft niet tot gevolg dat op het moment waarop de vordering wordt afgewaardeerd reeds sprake is van een (informele) kapitaalstorting. De debiteur heeft immers nog steeds een*

⁴⁴ P.G.H. Albert, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/1464.

⁴⁵ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417.

verplichting tot rentebetaling en tot aflossing van het nominale bedrag van de lening. Pas als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap – zal dat verlies gelijkgesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting.”.

Van een verkapte dividenduitkering gevolgd door een informele kapitaalstorting is dus nog geen sprake wanneer de vordering slechts wordt afgewaardeerd. Daarmee is een afwaardering van een onzakelijke lening opzij aftrekbaar, aldus Heithuis.

In WFR 2014/514 komt Zwier tot dezelfde conclusie als Heithuis. Een afwaardering van een onzakelijke lening is aftrekbaar, omdat het aanvaarde debiteurenrisico alleen aanvaard kan worden door de aanwezigheid van de gemeenschappelijke aandeelhouder. Echter is van een onttrekking pas sprake wanneer de schuld wordt kwijtgescholden en niet al op het moment van afwaarderen. De onttrekking wordt dan gevolgd door een storting in de zustersvennootschap.

§4.3.2 Afwaarderingsverlies in de IB

In de inkomstenbelasting kan ook sprake zijn van een onzakelijke lening opzij. Dit is het geval wanneer een met de ab-houder verbonden persoon een lening verstrekt aan de vennootschap van de ab-houder. De vraag is nu of een afwaarderingsverlies op eenzelfde manier moet worden behandeld in de IB als in de Vpb.

Heithuis⁴⁶ betoogt dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij bij een terbeschikkingstelling aftrekbaar is. Hij komt tot deze conclusie, omdat op het moment van afwaardering nog geen sprake kan zijn van een onttrekking door de verbonden persoon, gevolgd door een schenking aan de ab-houder en een storting in de vennootschap van de ab-houder. Er is op de moment nog geen sprake van een vermogensovergang. Op het moment van afwaardering kan de schuldvordering nog volwaardig worden. Op basis van het arrest BNB 2014/96⁴⁷ lijkt mij dit een logische conclusie.

⁴⁶ E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/998.

⁴⁷ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417.

In WFR 2014/451 schrijft Heithuis dat hij zich een uitkomst kan voorstellen waarbij een afwaarderingsverlies aftrekbaar is, maar dat hij de jurisprudentie tegen zich heeft. Hij doelt hier op V-N 2013/17.1.3⁴⁸. In dat specifieke geval was sprake van een lening die werd verstrekt door een moeder aan de BV van haar zoon. Het oordeel was dat het afwaarderingsverlies daar niet aftrekbaar is, omdat het debiteurenrisico is *“aanvaard vanwege de familierelatie met de zoon en zijn BV”*. Zekerheid geeft dit arrest niet. De Hoge Raad heeft dit arrest afgedaan met artikel 81 RO en heeft dus geen eigen oordeel gegeven.

Albert schrijft daarentegen in WFR 2014/724 dat het past binnen artikel 3.8 IB. In dit artikel ligt een zakelijkheidstoets besloten voor transacties tussen gelieerde partijen. In eerste instantie zal de transactie zakelijk gemaakt moeten worden door de rente aan te passen. Wanneer dat niet mogelijk is, wordt een afwaardering buiten de winstsfeer geplaatst, aldus Albert.

Ik begrijp de redenering van Albert in WFR 2014/724. Toch denk ik dat het buiten de winstsfeer plaatsen van deze afwaardering niet correct is.

§4.4 Verlies bij kwijtschelding of liquidatie

Zoals in de vorige paragraaf besproken is het dus nog steeds mogelijk dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening aftrekbaar is. De vraag is nu hoe dat is bij een kwijtschelding of liquidatie van de schuldenaar.

In BNB 2014/96⁴⁹ kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat bij een afwaardering nog geen sprake is van een informele kapitaalstorting, omdat op dat moment nog steeds sprake is van een terugbetalingsverplichting en een verplichting tot het betalen van rente. Ook overweegt de Hoge Raad dat wanneer het verlies vaststaat sprake is van een informele kapitaalstorting. In dit arrest ging het om een onzakelijke lening omlaag. Volgens Heithuis⁵⁰ bestaat na dit arrest dan ook geen twijfel meer dat een verlies na kwijtschelding niet aftrekbaar is. Dit zal dan leiden tot een verkapte dividenduitkering aan de (gemeenschappelijke) aandeelhouder gevolgd door een informele kapitaalstorting in de schuldenaar.

⁴⁸ HR 18 januari 2013, LJN BY8603.

⁴⁹ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417.

⁵⁰ E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2014/451.

Ook Zwier komt tot deze conclusie. Hij spreekt echter niet over een feitelijke informele kapitaalstorting, maar deze wordt er zijns inziens mee gelijkgesteld. Hij voegt daaraan toe: *“Daarmee wordt dus eigenlijk het probleem van de exacte duiding van de vermogensverschuiving en het tijdstip ervan in het midden gelaten en gezegd dat het samenstel van feiten uiteindelijk resulteert in deze informele kapitaalstorting.”*⁵¹

§4.5 Mogelijkheden om aftrekbeperking te voorkomen

In paragraaf 4.3 heb ik de behandeling van een afwaardering op een onzakelijke lening opzij besproken. Heithuis⁵² betoogt dat een afwaardering op een onzakelijke lening opzij aftrekbaar is. Dit deed hij op basis van het niet aanwezig zijn van de deelnemingsvrijstelling en het (nog) niet aanwezig zijn van een vermogensverschuiving. Als dat het geval blijkt te zijn dan kan in ieder geval voorkomen worden dat een verlies niet aftrekbaar is, door de lening niet kwijt te schelden of de schuldenaar te liquideren. Dan blijft slechts sprake van een afwaardering, welke dan dus aftrekbaar is.

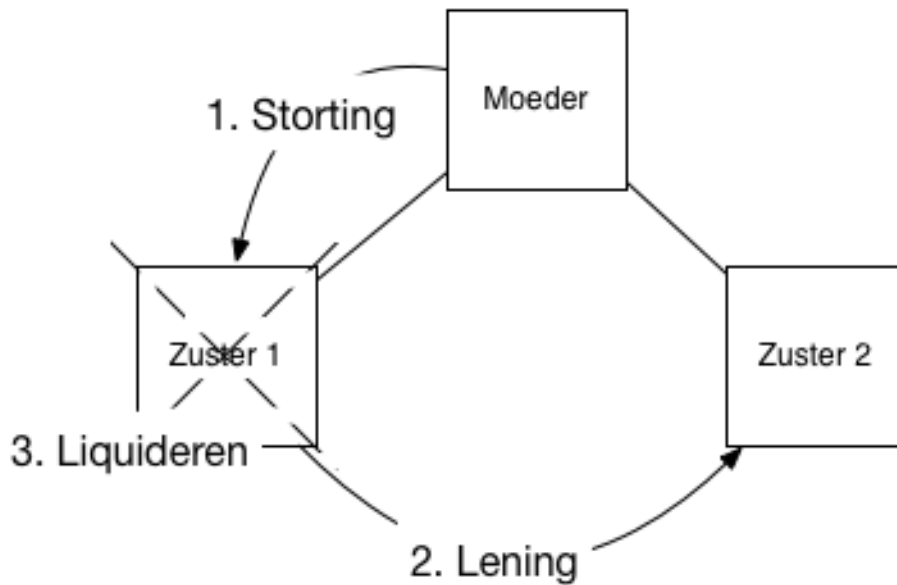
Er is echter nog een andere optie, aldus Heithuis⁵³. Het verlies op de onzakelijke lening kan worden omgezet in een liquidatieverlies. Dat is mogelijk door niet te de schuldenaar te liquideren, maar de schuldeiser, aldus Heithuis.

Hij omschrijft de volgende situatie. De moedermaatschappij stort kapitaal in een dochter (zuster 1), die het vervolgens weer doorleent aan een andere dochter (zuster 2). Wanneer de vordering van zuster 1 op zuster 2 waardeloos is geworden, wordt zuster 1 geliquideerd. *“De moedervenootschap kan dan naar mijn mening een liquidatieverlies ten laste van haar winst brengen ter grootte van het in de zustersvenootschap/schuldeiser ingebrachte kapitaal, feitelijk de nominale waarde van de onzakelijke lening.”*

⁵¹ R.E. Zwier, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/514.

⁵² E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/998.

⁵³ E.J.W. Heithuis, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2014/451.



Eventuele beperkingen van artikel 13d Vpb zullen het eindresultaat niet doen veranderen. Artikel 13d lid 9 onderdeel b zou van toepassing kunnen zijn, wanneer de moedermaatschappij de onderneming voortzet. In dat geval is op dat moment het verlies niet aftrekbaar, maar wel op een later moment op grond van artikel 13e lid 1 Vpb. Een kwijtschelding van de vordering door de moeder na de overname zal ervoor zorgen dat het verlies aftrekbaar is, aldus Heithuis.

Het is dus mogelijk om de aftrekbeperking op een verlies bij een onzakelijke lening te voorkomen, door de vordering nimmer kwijt te schelden en de schuldenaar niet te liquideren. Daarnaast is het mogelijk het verlies aftrekbaar te laten zijn, door de schuldeiser te liquideren en de moeder vervolgens de vordering te laten kwijtschelden.

§4.6 Samenvatting

In dit hoofdstuk is de onzakelijke lening opzij aan bod geweest. Onduidelijk is nog of een onzakelijke lening die verstrekt wordt aan een zustersvennootschap gezien moet worden als een onzakelijke lening opzij of behoort tot een onzakelijke lening omhoog. Ik heb ervoor gekozen te spreken over een onzakelijke lening opzij. Daarna is duidelijk geworden dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij waarschijnlijk aftrekbaar is, doordat er nog een verplichting is tot het betalen van rente en het voldoen van de schuld. Bij een terbeschikkingstelling lijkt het anders te liggen. Hier is een afwaarderingsverlies mogelijk niet aftrekbaar, omdat het debiteurenrisico is aanvaard vanuit de relatie met de ab-houder. Toch ben ik nog steeds van mening dat het

afwaarderingsverlies aftrekbaar zou kunnen zijn. Wat betreft een kwijtscheldingsverlies en een liquidatieverlies lijkt er duidelijkheid te zijn. Het verlies is dan niet aftrekbaar, omdat het vermogen is overgegaan. Daarnaast ziet Heithuis nog mogelijkheden voor het omzetten van een afwaarderingsverlies in een liquidatieverlies. Dit is mogelijk door niet de schuldenaar te liquideren, maar de schuldeiser.

5. Conclusie

In dit hoofdstuk zal ik antwoord geven op de onderzoeksvraag die ik verwoord heb in de inleiding. Deze luidt als volgt: is een verlies op een onzakelijke lening opzij aftrekbaar?

Na de inleiding is in hoofdstuk 2 de basis van de onzakelijke lening aan de orde gesteld. Duidelijk is dat fiscaal in beginsel wordt aangesloten bij het civielrechtelijke begrip lening, maar dat daar fiscaal een uitzondering op wordt gemaakt wanneer sprake is van een deelnemerslening, bodemlozeputlening of schijnlening. De basis voor de onzakelijke lening heeft de Hoge Raad gelegd in BNB 2008/191, waarin hij het volgende overwoog: *“Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door de 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.”*

Vervolgens heb ik in hoofdstuk 3 de verschillende vormen van de onzakelijke lening behandeld, te weten de onzakelijke lening omhoog, omlaag en bij een terbeschikkingstelling. Bij een onzakelijke lening omhoog is een afwaarderingsverlies niet aftrekbaar, omdat het geen onderdeel vormt van de uitoefening van de onderneming. Wanneer sprake is van een onzakelijke lening omlaag vormt het afwaarderingsverlies wel een onderdeel van de winst, maar is deze objectief vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling. In het geval van een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening bij een terbeschikkingstelling komt het verlies op in de privésfeer van de ab-houder. Bij een kwijtscheldingsverlies of een liquidatieverlies is in alle drie de gevallen het verlies niet aftrekbaar, omdat sprake is van een vermogensovergang. Het opgeofferde bedrag dan wel de verkrijgingsprijs wordt verhoogd met dit niet aftrekbare verlies.

In hoofdstuk 4 heb ik de onzakelijke lening opzij besproken. Van een onzakelijke lening opzij is sprake wanneer een vennootschap een onzakelijke lening verstrekt aan een zustervennootschap of wanneer een met de ab-houder verbonden persoon een onzakelijke lening verstrekt aan de vennootschap van de ab-houder. Ik deel de mening van Heithuis en Zwier dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij in de Vpb aftrekbaar is, omdat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is en op dat

moment nog geen sprake is van een vermogensovergang. De Hoge Raad zegt in BNB 2014/96 dat pas sprake is van een informele kapitaalstorting wanneer het verlies definitief is, zoals bij kwijtschelding of liquidatie het geval is. Daarmee acht ik het verlies dat ontstaat bij kwijtschelding of liquidatie niet aftrekbaar. Bij een onzakelijke lening in de IB denk ik dat een afwaarderingsverlies om een vergelijkbare reden aftrekbaar is. Gezegd moet worden dat in het specifieke geval van V-N 2013/17.1.3 een afwaarderingsverlies niet werd toegestaan. Toch denk ik dat door het (nog) niet aanwezig zijn van een vermogensverschuiving op het moment van afwaardering geen sprake is van een onttrekking, schenking en informele kapitaalstorting, waardoor het afwaarderingsverlies aftrekbaar is. Als het gaat om een kwijtscheldingsverlies dan wel liquidatieverlies denk ik dat deze om een vergelijkbare reden als in de Vpb niet aftrekbaar zijn.

De beantwoording van mijn onderzoeksvraag, “is een verlies op een onzakelijke lening opzij aftrekbaar?”, luidt dan ook als volgt.

Ik ben van mening dat een afwaarderingsverlies in zowel de Vpb als de IB op een onzakelijke lening aftrekbaar is. Een kwijtscheldingsverlies of liquidatieverlies is daarentegen niet aftrekbaar.

Literatuurlijst

Boeken

H. Koster, Cursus Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2013, Vpb.2.0.5.E.e2.

H. Koster, Cursus Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2013, Vpb.2.0.5.E.e4.

Tijdschriften

P.G.H. Albert, Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar?, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2008/1226.

P.G.H. Albert, Afwaarderingsverlies onzakelijke lening “opzij” is niet aftrekbaar, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/357.

P.G.H. Albert, De onzakelijke lening opzij, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/1464.

P.G.H. Albert, De onzakelijke lening: hoe nu verder?, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2014/724.

J.H.M. Arts, Wat is zakelijk?, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/996.

E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2012/528.

E.J.W. Heithuis, Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2013/998.

E.J.W. Heithuis, Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2014/451.

O.C.R. Marres, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2012/142.

P.J.J.M. Peeters, De “onzakelijke lening” bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 – Openstaande rechtsvragen, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2010/1510.

R.E. Zwier, Het chalet- en informal investoarrest II; antwoorden en nieuwe vragen, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2014/514.

Jurisprudentie

HR 27 januari 1988, LJN ZC3744, BNB 1988/217.

HR 21 oktober 1992, LJN ZC5129, BNB 1993/32.

HR 28 juni 1995, LJN AA1610, BNB 1995/271.

HR 11 maart 1998, LJN AA2453, BNB 1998/208.

HR 8 maart 2002, LJN BI7871, BNB 2002/210.
HR 24 mei 2002, LJN AE3171, BNB 2002/231.
HR 29 oktober 2004, LJN AR4761, BNB 2005/64.
HR 25 november 2005, LJN AT5958, BNB 2006/82.
HR 8 september 2006, LJN AV2327, BNB 2007/104.
HR 9 mei 2008, LJN BD1108, BNB 2008/191.
HR 25 november 2011, LJN BN3442, BNB 2012/37.
HR 25 november 2011, LJN BP8952, BNB 2012/78.
HR 25 november 2011, LJN BR4807, BNB 2012/38.
HR 13 januari 2012, LJN BP8068, BNB 2012/79.
HR 9 maart 2012, LJN BV8199, BNB 2012/133.
HR 18 januari 2013, LJN BY8603, V-N 2013/17.1.3.
HR 15 maart 2013, LJN BW6552, BNB 2013/149.
HR 28 februari 2014, ECLI:NL:2014:417, BNB 2014/96.
Rechtbank Breda 19 augustus 2009, LJN BJ5904, V-N 2009/53.2.4.