

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRUK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

‘The Never Ending Story’

De fiscale kwalificatie

van

eigen vermogen en vreemd vermogen

Naam: Ashna Ganpat

Studentnummer: 291924

Begeleider: prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, 31 juli 2014

Voorwoord

‘Rome is niet op één dag gebouwd’ en dat geldt zeker ook voor de masterscriptie die nu voor u ligt. Ik heb een lange weg afgelegd om uiteindelijk te komen waar ik nu sta en ondanks de tegenslagen die ik gedurende de afgelopen jaren heb moeten verwerken, ben ik trots dat ik heb doorgezet, met als resultaat dat ik nu eindelijk mijn studie Fiscale Economie mag gaan afronden. In de eerste plaats wil ik daarom mijn begeleider, prof. dr. P. Kavelaars bedanken. Dankzij uw geduld, steun en begeleiding is deze masterscriptie een stuk geworden waar ik trots op ben.

Ik kijk met veel plezier terug op mijn studie en heb tot op de dag van vandaag geen spijt van mijn keuze. Diegenen die durven te beweren dat het fiscale vakgebied saai is, daag ik uit om een studie Fiscale Economie te volgen om vervolgens aan de slag te gaan binnen de fiscaliteit: de materie mag dan misschien weinig tot de verbeelding spreken, de personen die zich binnen dit vakgebied bewegen des te meer. Gedurende mijn studie aan de Erasmus Universiteit evenals gedurende mijn loopbaan bij EY heb ik de meest kleurrijke, enthousiaste en gedreven personen ontmoet, waarvan ik niet alleen in fiscaal opzicht veel heb opgestoken, maar vooral ook in persoonlijk opzicht. Mijn dank gaat daarom uit naar al deze personen: dankzij jullie zijn de afgelopen jaren de meest onvergetelijke jaren geweest met verhitte (fiscale) discussies, vooral veel plezier, en zelfs hier en daar soms een traan.

Daarnaast verdienen ook mijn vrienden, zusjes en broertje een groot dankwoord: dankzij jullie steun en lieve bezorgdheid, kreeg ik de kans om soms even alles opzij te zetten en te genieten van onze mooie vriendschappen en familiebanden. In het bijzonder mijn zusjes en broertje: zeer bedankt voor de regelmatig gemaakte opmerking ‘ben je nou nog steeds bezig met je scriptie?’. Dat maakte dat ik de volgende dag alleen maar nog harder met mijn scriptie aan de slag ging.

Mijn grootste dankwoord gaat echter uit naar mijn moeder. Je bent sterk en onafhankelijk, een doorzetter ten top - mijn voorbeeld. Zonder jou had ik nooit zo ver kunnen komen als ik nu ben gekomen en was ik nooit de vrouw geworden die ik nu ben. Ik ben trots op mijzelf, maar ik ben nog veel trotser op jou. Dank je wel – voor alles.

Ashna Ganpat

Inhoudsopgave

| | |
|--|-----------|
| 1. INLEIDING | 5 |
| 1.1 ACHTERGROND | 5 |
| 1.2 PROBLEMATIEK | 6 |
| 1.3 PROBLEEMSTELLING, TOETSINGSKADER EN AFBAKENING | 7 |
| 1.4 OPZET ONDERZOEK | 9 |
| 2. EXTERNE FINANCIËLE VERSLAGGEVING | 10 |
| 2.1 INLEIDING | 10 |
| 2.2 DE JAARREKENING EN ZIJN FUNCTIE | 11 |
| 2.3 CIVIEL RECHT EN DE RICHTLIJNEN VOOR DE JAARVERSLAGGEVING | 13 |
| 2.3.1 CIVIEL RECHT | 13 |
| 2.3.2 RICHTLIJNEN VOOR DE JAARVERSLAGGEVING | 13 |
| 2.4 HET EIGEN VERMOGEN VOOR DE EXTERNE FINANCIËLE JAARVERSLAGGEVING | 14 |
| 2.4.1 INLEIDING | 14 |
| 2.4.2 HET EIGEN VERMOGEN NAAR HET CIVIEL RECHT EN DE RJ-REGELS | 14 |
| 2.4.3 HET EIGEN VERMOGEN NADER GEDEFINIEERD | 18 |
| 2.5 VREEMD VERMOGEN VOOR DE EXTERNE FINANCIËLE JAARVERSLAGGEVING | 19 |
| 2.5.1 INLEIDING | 19 |
| 2.5.2 HET VREEMD VERMOGEN NAAR HET CIVIEL RECHT EN DE RJ-REGELS | 20 |
| 2.5.2.1 VOORZIENINGEN | 20 |
| 2.5.2.2 NIET UIT DE BALANS BLIKENDE VERPLICHTINGEN | 21 |
| 2.5.2.3 SCHULDEN | 22 |
| 2.5.3 HET VREEMD VERMOGEN NADER GEDEFINIEERD | 24 |
| 2.6 CONCLUSIE | 25 |
| 3. HET EIGEN VERMOGEN NAAR FISCAAL RECHT | 26 |
| 3.1 INLEIDING | 26 |
| 3.2 DE INFORMELE KAPITAALINBRENG | 27 |
| 3.3 HERKWALIFICATIE VAN CIVIELRECHTELIJK VREEMD VERMOGEN NAAR FISCAALRECHTELIJK EIGEN VERMOGEN | 30 |
| 3.3.1 INLEIDING | 30 |
| 3.3.2 SCHIJNLENING | 31 |
| 3.3.3 BODEMLOZE PUTLENING | 32 |
| 3.3.4 DEELNEMERSCHAPSLENING | 36 |
| 3.4 CONCLUSIE | 45 |

| | |
|--|-----------|
| 4. HET VREEMD VERMOGEN NAAR FISCAAL RECHT | 48 |
| 4.1 INLEIDING | 48 |
| 4.2 HET VREEMD VERMOGEN NAAR FISCAAL RECHT | 49 |
| 4.2.1 INLEIDING | 49 |
| 4.2.2 DE ESSENTIE VAN EEN GELDLENING | 49 |
| 4.2.3 DE ONZAKELIJKE LENING | 50 |
| 4.2.3.1 DE ONZAKELIJKE LENING: EIGEN VERMOGEN OF VREEMD VERMOGEN? | 51 |
| 4.2.3.2 DUIDELIJKHEID NA DE 25 NOVEMBER-ARRESTEN | 56 |
| 4.2.3.3 DE ONZAKELIJKE LENING 'OPZIJ' | 59 |
| 4.3 HERKWALIFICATIE VAN EIGEN VERMOGEN NAAR VREEMD VERMOGEN | 63 |
| 4.4 CONCLUSIE | 69 |
| 5. KWALIFICATIE VAN EIGEN VERMOGEN EN VREEMD VERMOGEN | 71 |
| 5.1 INLEIDING | 71 |
| 5.2 GEVOLGEN VAN DE FISCAALRECHTELIJKE KWALIFICATIE VAN HET EIGEN VERMOGEN EN HET VREEMD VERMOGEN | 72 |
| 5.2.1 INLEIDING | 72 |
| 5.2.2 GEVOLGEN VAN DE FISCAALRECHTELIJKE KWALIFICATIE VAN HET EIGEN VERMOGEN | 72 |
| 5.2.3 GEVOLGEN VAN DE FISCAALRECHTELIJKE KWALIFICATIE VAN HET VREEMD VERMOGEN | 74 |
| 5.3 BEOORDELING FISCALE KWALIFICATIES EIGEN VERMOGEN EN VREEMD VERMOGEN | 77 |
| 5.3.1 INLEIDING | 77 |
| 5.3.2 BEOORDELING FISCALE KWALIFICATIES EIGEN VERMOGEN | 77 |
| 5.3.3 BEOORDELING FISCALE KWALIFICATIES VREEMD VERMOGEN | 81 |
| 5.4 OPLOSSINGEN EN AANBEVELINGEN | 83 |
| 5.4.1 INLEIDING | 83 |
| 5.4.2 OPLOSSING ONZAKELIJKE LENING | 84 |
| 5.4.3 OPLOSSING (HER)KWALIFICATIE EIGEN VERMOGEN | 85 |
| 5.5 CONCLUSIE | 89 |
| 6. CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN | 92 |
| LITERATUURLIJST | 98 |

1. Inleiding

1.1 Achtergrond

Tot oktober 2012 was voor het oprichten van een vennootschap een minimaal gestort aandelenkapitaal van EUR 18.000 vereist. Met dit startkapitaal kon de vennootschap vervolgens investeringen doen in kapitaalgoederen, arbeid en grondstoffen en haar activiteiten starten.¹ Sinds oktober 2012 is dit vereiste echter afgeschaft. Desalniettemin zullen vennootschappen die nieuw worden opgericht nog steeds over financiële middelen moeten beschikken om hun activiteiten te kunnen starten en te blijven voortzetten. Hierdoor staat de vennootschap telkens voor de vraag hoe deze financieringsbehoefte ingevuld dient te worden: met eigen vermogen, met vreemd vermogen of met een mix daarvan?

De keuze voor financiering met eigen vermogen of vreemd vermogen wordt beïnvloed door een aantal factoren van bedrijfseconomisch, civielrechtelijk en/of fiscaalrechtelijke aard.² Vennootschappen zijn vrij om, afhankelijk van deze factoren, hun keuze tussen financiering met eigen vermogen of vreemd vermogen te maken. Haberman onderscheidt twee niveaus in deze vrijheid: financieringsvrijheid en kwalificatievrijheid. Onder financieringsvrijheid wordt verstaan ‘de vrijheid van aandeelhouders en vennootschap om de vennootschap naar keuze met leningen of met kapitaal te financieren’ (afgezien van de voorwaarden gesteld door de schuldeiser). Kwalificatievrijheid wordt aangeduid als ‘de vrijheid van aandeelhouders en vennootschap om een vermogensverstrekking als lening of als kapitaalverstrekking te kwalificeren’.³ ‘Theoretisch gezien zijn financierings- en kwalificatievrijheid strikt gescheiden en gaat de kwalificatievrijheid aan de financieringsvrijheid vooraf. Zo zal eerst moeten vaststaan wat eigen en wat vreemd vermogen is, voordat kan worden vastgesteld in welke mate een vennootschap met eigen en met vreemd vermogen is gefinancierd. Praktisch gezien blijken financieringsvrijheid en

¹ Van Strien, J., *Renteaftrekkbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.1

² Van Strien, J., *Renteaftrekkbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.1 en Michielse, dr. G.M.M., *Thin capitalization in het fiscale recht – Fiscale monografieën nr.67*, 1994 Kluwer, Deventer, pg. 7

³ Haberman, A.M., *Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, 1993 Kluwer, Deventer, pg.4

kwalificatievrijheid echter veelvuldig in elkaar over te vloeien'.⁴ De kunst is om onder invloed van deze vrijheden en de genoemde factoren de activiteiten van de vennootschap te financieren met een voor de vennootschap zo optimaal mogelijke mix van eigen vermogen en vreemd vermogen.

1.2 Problematiek

De keuze voor financiering met eigen vermogen of vreemd vermogen is fiscaal niet neutraal. Op grond van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969') vindt een onderscheid plaats tussen het eigen vermogen en vreemd vermogen, met name met betrekking tot de fiscale behandeling van de waardemutaties en de vergoeding voor de geldverstrekking. Fiscaal worden waardemutaties en vergoedingen (dividenden) voor eigen vermogen niet in aanmerking genomen bij het bepalen van de fiscale winst, in tegenstelling tot waardemutaties en vergoedingen (interest) voor vreemd vermogen. Dit maakt het voor de vennootschap aantrekkelijk om de activiteiten zoveel mogelijk te financieren met vreemd vermogen in plaats van met eigen vermogen. Dit leidt immers tot aftrekbare interestlasten en derhalve tot een lagere fiscale winst (uiteindelijk resulterend in een lager bedrag aan verschuldigde vennootschapsbelasting). Om dit tegen te gaan worden geldverstrekkings in de vorm van vreemd vermogen regelmatig onder een fiscaal vergrootglas gelegd teneinde te beoordelen of de geldverstrekking feitelijk wel functioneert als vreemd vermogen. Gebleken is dat op basis van de rechtspraak de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking leidend is: is het volgens civiel recht eigen vermogen, dan is het fiscaalrechtelijk ook eigen vermogen. Is het volgens civiel recht vreemd vermogen, dan is in eerste instantie de geldverstrekking fiscaalrechtelijk ook vreemd vermogen. Indien echter geconcludeerd kan worden dat een lening feitelijk is aan te merken als de verstrekking van eigen vermogen, vindt fiscaalrechtelijk een herkwalificatie van de geldverstrekking plaats. Op basis van voorgaande dienen de voorwaarden en kenmerken van een geldverstrekking daarom goed onder de loep genomen te worden om tot een juiste fiscale kwalificatie te komen. Afhankelijk van de fiscale kwalificatie van de geldverstrekking wordt de invloed van de daarop betrekking hebbende vergoeding en/of afwaardering op de fiscale winst bepaald. Daar waar de vennootschap voor fiscale doeleinden dus veelal de geldverstrekking zal

⁴ Haberman, A.M., *'Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders'*, 1993
Kluwer, Deventer, pg.5

willen aanmerken als vreemd vermogen (in verband met de (in beginsel) aftrekbare interestlasten en afwaarderingen) zal de fiscus de geldverstrekking voornamelijk aan willen merken als eigen vermogen (en zijn de daarop betaalde vergoedingen en afwaarderingen derhalve niet aftrekbaar). Dit heeft geleid tot een aantal arresten waarbij de vennootschap de geldverstrekking aanmerkte als vreemd vermogen, terwijl de fiscus dit op basis van de feitelijke omstandigheden aanmerkte als eigen vermogen. In HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217c* is door de Hoge Raad aangegeven in welke drie gevallen vreemd vermogen dient te worden geherkwalificeerd naar eigen vermogen (hier wordt nader op ingegaan in hoofdstuk 3). Een van de gevolgen van deze herkwalificatie is dat de interestlasten betrekking hebbende op de geherkwalificeerde geldverstrekking niet meer aftrekbaar zijn bij het bepalen van de fiscale winst van de vennootschap.

Fiscale herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen heeft in de jurisprudentie echter (nog) niet plaatsgevonden. Dit zou gelegen kunnen zijn in het verschil in doel van de vermogensopstelling zoals hiervoor aangegeven: het fiscaal zoveel mogelijk kwalificeren van een geldverstrekking als eigen vermogen in plaats van vreemd vermogen is voor de fiscus immers ‘voordeliger’ in verband met de niet-aftrekbaarheid van de vergoeding voor eigen vermogen. Dit resulteert immers in een hogere fiscale winst.

1.3 Probleemstelling, toetsingskader en afbakening

Op basis van voorgaande staat in dit onderzoek de volgende vraag centraal:

“Wanneer kwalificeert een geldverstrekking fiscaalrechtelijk als eigen vermogen of vreemd vermogen en wat zijn de gevolgen van de fiscale (her)kwalificering? Wat zijn mogelijke oplossingen voor eventuele nadelige gevolgen?”

Aan de hand van de volgende deelvragen vindt beantwoording van bovengenoemde centrale vraag plaats plaatsvinden:

- Wat is civielrechtelijk eigen vermogen en vreemd vermogen?
- Wat is fiscaalrechtelijk eigen vermogen?

- Op basis van welke kenmerken vindt fiscaal herkwalificatie plaats van vreemd vermogen naar eigen vermogen?
- Wat is fiscaalrechtelijk vreemd vermogen?
 - Op basis waarvan vindt fiscaalrechtelijk geen herkwalificatie plaats van eigen vermogen naar vreemd vermogen?
- Wat zijn de gevolgen van de fiscale kwalificatie van eigen vermogen?
- Wat zijn de gevolgen van de fiscale kwalificatie van vreemd vermogen?
- Wat zijn de aan te dragen oplossingen voor de onwenselijke situaties als gevolg van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen?

Onderhavig onderzoek richt zich vooral op de fiscaalrechtelijke aspecten van de financiering met eigen vermogen en vreemd vermogen in concernverband (daar waar van ondersteunende waarde voor dit onderzoek, worden de bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten besproken). Van belang hierbij is de herkwalificatie van de geldverstrekking en de fiscale gevolgen daarvan, voor zowel de ontvanger van de geldverstrekking als de geldverstrekker, zowel in nationaal als internationaal verband. Onder ‘geldverstrekking’ wordt verstaan de van andere partijen aangetrokken gelden. Dit kan zijn in de vorm van een kapitaalstorting in de vennootschap door de aandeelhouders of een lening van gelieerde maatschappijen. De behandeling van de centrale vraag, de kwalificatie van de geldverstrekking, speelt zich vooral af vanuit de positie van de schuldenaar, maar zoals aangegeven zal ook de positie van de schuldeiser worden besproken. Tevens richt dit onderzoek zich slechts op kapitaalvennootschappen die belastingplichtig zijn op grond van de Wet VpB 1969.

Bij de beantwoording van de centrale vraag, wordt de (her)kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen getoetst aan de hand van de volgende criteria:

1. Rechtvaardigheid: ‘de rechtvaardigheidseis betekent met name dat de wetgever gelijke gevallen gelijk behandelt, dat de wet geen gevallen insluit die daar vanwege de strekking

niet onder zouden moeten vallen (geen overkill) en dat de wet niet willekeurig uitpakt voor belastingplichtigen'.⁵

2. Doeltreffendheid: de gestelde doelstellingen van de regeling worden bereikt;
3. Efficiëntie: 'de gestelde doelstellingen dienen te worden verwezenlijkt met zo weinig mogelijk uitvoeringskosten'.⁶

1.4 Opzet onderzoek

Allereerst zal in hoofdstuk 2 de kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen volgens het civiele recht en het jaarrekeningenrecht worden besproken. Vervolgens zal in hoofdstuk 3 het eigen vermogen naar fiscaal recht worden behandeld. In dit hoofdstuk wordt onder andere uiteen gezet op basis van welke voorwaarden herkwalificatie van civielrechtelijk vreemd vermogen naar fiscaalrechtelijk eigen vermogen dient plaats te vinden. In hoofdstuk 4 wordt de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het vreemd vermogen behandeld en het uitblijven van een herkwalificatie van civielrechtelijk eigen vermogen naar fiscaalrechtelijk vreemd vermogen. In hoofdstuk 5 worden de gevolgen van de fiscale kwalificatie van het eigen vermogen en het vreemd vermogen behandeld en vindt een beoordeling hiervan plaats. Hierbij worden de posities van de schuldenaar en schuldeiser behandeld, in zowel nationaal als internationaal verband. Tevens worden mogelijke oplossingen besproken voor de nadelige gevolgen van de fiscale kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen. In hoofdstuk 6 volgen de conclusie en aanbevelingen.

⁵ De Haan, P.M., Perik, R.G.M, Van Schijndel, M.P., *Winstdrainage en concernfinanciering – Fiscale Actualiteiten nr.28*, 1997 FED, Deventer, pg.101

⁶ Van Strien, J., *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.7

2. Externe financiële verslaggeving

2.1 Inleiding

Zoals is aangegeven in hoofdstuk 1 staat de fiscale kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen regelmatig ter discussie. Alvorens toe te komen aan de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking, heeft de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking al plaats gevonden voor de externe financiële jaarverslaggeving. In HR 27 januari 1988, nr. 23919, BNB 1988/217 is bepaald dat deze kwalificatie in eerste instantie leidend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking. Echter, hierop zijn in ditzelfde arrest door de Hoge Raad drie uitzonderingen geformuleerd, waarbij fiscaalrechtelijk wordt afgeweken van de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking. Hier zal nader op worden ingegaan in de hoofdstukken 3 en 4. Omdat de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking in eerste instantie bepalend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan, dienen eerst de civielrechtelijke bepalingen omtrent de kwalificatie van geldverstrekkings onder de loep genomen te worden. Het jaarrekeningenrecht zoals vastgesteld door de Raad voor de Jaarverslaggeving is een nadere invulling van de bepalingen omtrent de externe financiële jaarverslaggeving in het civiele recht: in dit hoofdstuk zal daarom vooral ook aandacht besteed worden aan het jaarrekeningenrecht.

Voor de externe financiële jaarverslaggeving dienen een balans en verlies- en winstrekening opgemaakt te worden. Ook fiscaal dienen zowel een balans als een verlies- en winstrekening opgemaakt te worden: fiscaal dient dit echter een ander doel dan het doel voor de externe financiële jaarverslaggeving. In dit hoofdstuk wordt daarom in paragraaf 2.2 eerst ingegaan op de functie van de jaarrekening in zijn algemeenheid. Daarna worden in paragraaf 2.3 het civiel recht en de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving besproken, welke de basis vormen voor de civielrechtelijke kwalificatie van geldverstrekkings. Vervolgens wordt in paragraaf 2.4 ingegaan op de kwalificatiebepalingen van het eigen vermogen volgens het civiele recht en het jaarrekeningenrecht. In paragraaf 2.5 worden vervolgens de kwalificatiebepalingen van het vreemd vermogen volgens het civiele recht en het jaarrekeningenrecht belicht en tot slot volgt de conclusie in paragraaf 2.6.

2.2 De jaarrekening en zijn functie

Om te kunnen begrijpen waarom bepaalde zaken in het financiële jaarverslag vermeld moeten worden, dient eerst het doel van het jaarverslag nader bekeken te worden. ‘Het doel van de financiële jaarverslaggeving is tweeledig, namelijk:

1. Het afleggen van verantwoording over het door de ondernemingsleiding in het verslagjaar gevoerde beleid, primair aan de aandeelhouders of leden;
2. Het verstrekken van informatie ten behoeve van de oordeelsvorming en de daarop gebaseerde besluitvorming door bij de onderneming betrokken buitenstaanders.⁷

Naast voorgaande doelomschrijving, is ook in het Burgerlijk Wetboek het doel van de jaarrekening omschreven. De omschrijving die hier gegeven wordt, komt er kort gezegd op neer dat de jaarrekening inzicht dient te geven in het vermogen en resultaat en voor zover van belang in de jaarrekening, in de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming.⁸

De mate van informatievoorziening van de jaarrekening kan beschreven worden aan de hand van de volgende drie modellen: het bezitsmodel, het klassieke (of gesloten) model en het open model. Hierbij staat de verhouding van de onderneming met zijn belanghebbenden centraal.

Bezitsmodel

In het bezitsmodel is de onderneming een verlengstuk van de eigenaar en is er geen scheiding tussen het vermogen van de ondernemer en de onderneming.⁹ In dit type model hoeft er weinig informatie verschaft te worden: de onderneming is immers een verlengstuk van de eigenaar en wordt de eigenaar zodoende direct in de informatiebehoefte voorzien.

⁷ Vergoossen RA, R.G.A., ‘De nieuwe jaarverslaggeving’, 2010, 9e druk, Kluwer, Deventer, pg. 1

⁸ Artikel 2:362, lid 1 BW

⁹ Epe RA, P., Koetzier, W., ‘Jaarverslaggeving’, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.31

Klassieke/gesloten model

In het klassieke of gesloten model is er een scheiding tussen de eigenaren en de onderneming, maar ‘houden zij een aan het eigendomsrecht ontleende invloed op de gang van zaken’.¹⁰ In dit model is de informatieverstopping vooral bedoeld voor de aandeelhouders en overige vermogensverschaffers.

Open model

‘In het open model wordt de onderneming gezien als een coalitie van een aantal partijen, zoals kapitaalverschaffers, kapitaalbeheerders, werknemers, vakbonden, overheid, potentiële beleggers en publiek. Het logische gevolg hiervan is dat de kapitaalbeheerder de diverse participanten of belanghebbenden informeert over de (financiële) gang van zaken binnen de onderneming. De jaarrekening heeft hierdoor een informatie- of beslissingsondersteunende functie ten behoeve van de hiervoor genoemde partijen’.¹¹

Onderhavig onderzoek richt zich op de Wet VpB 1969 en de ondernemingen die onder de toepassing van deze wet vallen. Deze ondernemingen bevinden zich voornamelijk in het klassieke model, waarbij de informatievoorziening aan de aandeelhouders en overige belanghebbenden centraal staat: er dient een bepaalde verantwoording afgelegd te worden met betrekking tot het beleid en de behaalde resultaten. In dit kader ‘ligt de kernfunctie van de jaarrekening op het vlak van de vermogens- en winstbepaling’.¹² Aan de hand van een juiste vermogens- en winstbepaling, kan de rentabiliteit, solvabiliteit en de liquiditeit van de vennootschap worden berekend, zodat de belanghebbenden van de vennootschap inzicht hebben hierin. Voor een juiste berekening van deze kengetallen is derhalve een correcte kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen van de vennootschap van belang. De kwalificaties hiervan worden in paragraaf 2.4 en 2.5 worden besproken. Echter, eerst zal in paragraaf 2.3 kort worden stilgestaan bij het civiel recht en de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving.

¹⁰ Klaassen RA, J., Hoogendoorn RA, M.N., Vergoossen RA, R.G.A., *‘Externe verslaggeving’*, 7e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.21

¹¹ Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.31

¹² Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.25

2.3 Civiel recht en de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving

2.3.1 Civiel recht

In het civiele recht is de wetgeving met betrekking tot de Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: bv.) opgenomen in Titel 5 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'). In Titel 9 is de wetgeving omtrent de jaarrekening en het jaarverslag opgenomen, welke van toepassing is op de bv. Echter, het civiele recht 'biedt veel ruimte voor een nadere invulling van de 'maatschappelijk als aanvaardbaar te beschouwen normen'.¹³ In 1981 is daarom de Raad voor de Jaarverslaggeving (hierna: 'RJ') opgericht met als doel het geven van richtlijnen voor de praktijk bij het opstellen van het jaarrapport.¹⁴

2.3.2 Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving

De Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (hierna: 'RJ-regels') zijn opgesteld door de RJ: 'een privaatrechtelijk orgaan waar representanten van vraag en aanbod van informatie samenkomen'¹⁵ en bestaat uit drie delegaties: a) verschaffers van informatie, b) gebruikers van informatie en c) controleurs van informatie. De RJ-regels komen slechts tot stand indien alle delegaties hun goedkeuring aan de opgestelde regels hebben gegeven.¹⁶

De RJ-regels zijn een verlengstuk van de wettelijke bepalingen van Titel 9 van Boek 2 van het BW en geven een nadere invulling daaraan. De RJ omschrijft zelf diens taak als volgt: 'Sinds het tot stand komen van de wettelijke regeling voor jaarrekeningen in 1970 wordt aan de daarin toegepaste grondslagen van waardering en resultaatbepaling de eis gesteld dat deze voldoen aan normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. (...) De RJ beschouwt het als zijn taak om aan deze normen inhoud te geven en richting te geven aan de jaarverslaggeving in Nederland. Dit oogmerk wordt geconcretiseerd door het opstellen en publiceren van RJ-regels'.¹⁷ Hoewel de RJ-regels elk juridisch gezag ontberen, wordt er wel belang gehecht aan hetgeen door de RJ-regels wordt bepaald met betrekking tot het opstellen van

¹³ Epe RA, P., Koetzier, W., *'Jaarverslaggeving'*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.77

¹⁴ Epe RA, P., Koetzier, W., *'Jaarverslaggeving'*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.76

¹⁵ Klaassen RA, J., Hoogendoorn RA, M.N., Vergoossen RA, R.G.A., *'Externe verslaggeving'*, 7e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.46

¹⁶ Klaassen RA, J., Hoogendoorn RA, M.N., Vergoossen RA, R.G.A., *'Externe verslaggeving'*, 7e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten, pg.46

¹⁷ Raad voor de Jaarverslaggeving, *'Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen'*, 2011 Kluwer, Deventer, pg. 22

de jaarrekening. Voor onderhavig onderzoek is het daarom van belang ook de RJ-regels nader te bekijken om een duidelijk beeld te vormen van de kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen voor de externe financiële jaarverslaggeving.

2.4 Het eigen vermogen voor de externe financiële jaarverslaggeving

2.4.1 Inleiding

Synoniem voor het eigen vermogen wordt vaak de term ‘kapitaal’ gebruikt. In deze paragraaf zal blijken dat het kapitaal echter een onderdeel is van het eigen vermogen en niet als zodanig het gehele eigen vermogen van de vennootschap omvat.

2.4.2 Het eigen vermogen naar het civiel recht en de RJ-regels

De termen ‘kapitaal’ en ‘eigen vermogen’ worden vaak door elkaar gebruikt. In het Burgerlijk Wetboek wordt voor ‘kapitaal’ geen duidelijke definitie gegeven, maar worden de verschillende onderdelen van het ‘kapitaal’ aangegeven in artikel 2:178 BW:

- Maatschappelijk kapitaal;
- Geplaatst kapitaal;
- Gestort kapitaal.

Het maatschappelijk kapitaal is het bij statuten gemaximeerde bedrag aan nominaal aandelenkapitaal dat mag worden uitgegeven. Dit bedrag kan slechts door een statutenwijziging verhoogd worden. Het geplaatst kapitaal is de nominale waarde van de totaal uitgegeven aandelen van het maatschappelijk kapitaal. Het gestort kapitaal is het bedrag dat de aandeelhouders hebben gestort op het geplaatst kapitaal.

Op 1 oktober 2012 is de vereiste voor het minimumkapitaal afgeschaft. Op basis van artikel 2:178 lid 4 BW, zoals dat luidde vóór 1 oktober 2012, diende ten minste 20% van het maatschappelijk kapitaal geplaatst te zijn. Het maatschappelijk, geplaatst en gestort kapitaal voor de bv dienden minimaal EUR 18.000 te bedragen.¹⁸ Zowel de 20%-eis als het minimumkapitaal van EUR 18.000 zijn echter per 1 oktober 2012 afgeschaft door de flexibilisering van het bv-recht.

¹⁸ Het minimumkapitaal voor de N.V. bedraagt EUR 45.000 op grond van artikel 2:67 lid 2 BW.

Bovengenoemde kapitaalbegrippen zijn echter een onderdeel van het eigen vermogen en omvatten niet het totale eigen vermogen zoals blijkt uit artikel 2:373 BW. In dit artikel wordt namelijk een opsomming gegeven van de verschillende onderdelen van het eigen vermogen. Hieruit blijkt dat onder andere het geplaatst aandelenkapitaal een onderdeel is van het eigen vermogen van de bv. Zie onderstaand:

- Geplaatst aandelenkapitaal;
- Agio;
- Herwaarderingsreserves;
- Overige wettelijke reserves, onderscheiden naar hun aard;
- Statutaire reserves
- Overige reserves;
- Onverdeelde winsten, met afzonderlijke vermelding van het resultaat na belastingen van het boekjaar, voor zover de bestemming daarvan niet in de balans is verwerkt.

Bovenstaande onderdelen van het eigen vermogen worden niet afzonderlijk toegelicht in het BW. Voor een nadere invulling van deze begrippen dienen de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving geraadpleegd te worden aangezien, zoals aangegeven, de RJ-regels een nadere invulling zijn op het civiel recht. In Richtlijn 240 zijn voor een aantal onderdelen van het eigen vermogen nadere richtlijnen opgenomen. Onderstaand volgt een verdere omschrijving van deze onderdelen onder andere op basis van Richtlijn 240:

a. Geplaatst aandelenkapitaal

Het geplaatst kapitaal wordt niet nader omschreven in Richtlijn 240.

b. Agio

Ook het agio wordt niet nader omschreven in Richtlijn 240. Wel wordt een definitie gegeven van het agio in de begrippenlijst. Deze luidt als volgt: ‘al hetgeen dat op enig moment door aandeelhouders is ingebracht boven het nominaal aandelenkapitaal’.¹⁹ Dit betekent derhalve dat ook latere additionele stortingen door de aandeelhouders (zonder uitgifte van aandelen) worden aangemerkt als agio.

c. Herwaarderingsreserve

Een herwaarderingsreserve is een wettelijke reserve. Dit betekent dat deze reserve niet vrij ter beschikking staat en hieruit derhalve ook geen winstuitdelingen aan de aandeelhouders kunnen worden gedaan. De herwaarderingsreserve wordt gevormd indien de rechtspersoon de activa op actuele waarde waardeert en de waardeveranderingen niet direct als resultaat verantwoordt in de resultatenrekening.²⁰ Op grond van artikel 2:390 lid 1 BW gaat het hier om waardevermeerderingen van materiële vaste activa, immateriële vaste activa en voorraden die geen agrarische voorraden zijn.

d. Overige wettelijke reserves

De overige wettelijke reserves vinden, evenals de herwaarderingsreserve, hun oorsprong in de in het BW vastgelegde bepalingen, vandaar de term ‘wettelijke’ reserves. Ook hier geldt dat deze niet vrij uitkeerbaar zijn aan de aandeelhouders. Naast bovengenoemde herwaarderingsreserve, worden wettelijke reserves onder andere gevormd voor omrekeningsverschillen op de waardering van deelnemingen als gevolg van het hanteren van een andere valuta door de deelneming (artikel 2:389 lid 8 BW) of inbreng in natura zonder bijschrijving van wat er is ingebracht (artikel 2:94a lid 6 onderdeel f BW). Aanbevolen wordt de verschillende wettelijke reserves afzonderlijk van elkaar te presenteren of een specificatie van de post wettelijke reserves op te nemen in de

¹⁹ Raad voor de Jaarverslaggeving, *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 940

²⁰ Raad voor de Jaarverslaggeving, *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 240, onderdeel 224

jaarrekening.²¹ De hoogte van de wettelijke reserves dient afzonderlijk bepaald te worden en niet te worden gesaldeerd met elkaar.²²

e. Statutaire reserves

De statutaire reserves zijn de reserves die ingevolge de statuten van de vennootschap aangehouden dienen te worden. Het aan te houden bedrag van de statutaire reserves dient gepresenteerd te worden. Overstijgt het aan te houden bedrag van de statutaire reserves echter het totaal van de reserves, dan wordt het verschil tussen het totaalbedrag van de reserves en het aan te houden bedrag van de statutaire reserves ten laste gebracht van de Overige reserves.²³

f. Overige reserves

‘De overige reserves zijn alle andere reserves dan de wettelijke en statutaire reserves. De overige reserves zijn vrij uitkeerbaar aan de aandeelhouders’.²⁴

g. Onverdeelde winsten

In de post onverdeelde winsten wordt het resultaat van het boekjaar apart vermeld en zijn tevens de onverdeelde resultaten van voorgaande boekjaren opgenomen. Dit zijn dus winsten waarover de aandeelhouders nog geen besluit hebben genomen met betrekking tot de bestemming daarvan. Doorgaans wordt de bestemming van het resultaat vastgesteld na balansdatum. Door de RJ wordt dan ook aanbevolen bij het opstellen van de jaarrekening (ook na balansdatum) de bestemming van het resultaat niet te verwerken in de jaarrekening, omdat dit een weergave is van de op balansdatum vaststaande feiten.²⁵

Voorgaande is echter een uiteenzetting van de verschillende onderdelen van het eigen vermogen.

21 Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 240, onderdeel 229

22 Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 240, onderdeel 232

23 Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 240, onderdeel 233

24 Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 240, onderdeel 234

25 Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 420, onderdeel 101

Het is belangrijk deze onderdelen van elkaar te onderscheiden en zodoende helder te hebben op basis van welke onderdelen van het vermogen de aandeelhouders een belang in de vennootschap hebben. Deze onderdelen geven echter nog niet direct een definitie van het eigen vermogen. In paragraaf 2.4.3. wordt nader ingegaan op de definitie van het eigen vermogen.

2.4.3 Het eigen vermogen nader gedefinieerd

Het eigen vermogen van de vennootschap is onder andere aan verandering onderhevig door inbreng of onttrekking van kapitaal door de aandeelhouders. Tevens groeit het eigen vermogen aan of neemt het af door de behaalde resultaten (mits deze niet uitgekeerd worden) en herwaarderingen van de activa en passiva van de vennootschap.

Zoals aangegeven is in het BW geen afzonderlijke definitie opgenomen van het begrip ‘eigen vermogen’. De RJ-regels omschrijven het eigen vermogen als ‘het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al het vreemd vermogen.’²⁶ Naast de reeds beschreven nadere invulling van de onderdelen van het eigen vermogen, wordt in de RJ-regels aangegeven dat een financieel instrument onder andere in elk geval als eigen vermogen dient te worden gepresenteerd indien het instrument geen verplichting omvat:

- om liquide middelen of een ander financieel actief aan een andere partij te leveren; of
- financiële instrumenten met een andere partij te ruilen onder potentieel nadelige voorwaarden.²⁷

Om een financieel instrument als eigen vermogen aan te merken, moet derhalve in geen geval sprake zijn van een verplichting tot bovenstaande. Is hier wel sprake van, dan is het financiële instrument een financiële verplichting en geen onderdeel van het eigen vermogen. Op basis hiervan zou voor de RJ-regels dus gelden dat het eigen vermogen gedefinieerd kan worden als ‘alle financiële instrumenten welke geen verplichting omvatten tot het leveren van liquide middelen of een ander financieel actief aan een andere partij, dan wel te ruilen met een andere

²⁶ Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 940

²⁷ Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 290, onderdeel 802

partij'. Is hier wel sprake van, dan zou er sprake zijn van vreemd vermogen. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 2.5.

Naast de definitie volgens de RJ-regels zijn er echter ook andere definities van het eigen vermogen geformuleerd. Kiersch omschrijft het eigen vermogen als 'de sluitpost op de balans: het verschil tussen de activa en passiva waaruit het vermogen bestaat'.²⁸ IJsselmuiden formuleert het eigen vermogen als 'het voor onbepaalde tijd ter beschikking van de onderneming gestelde vermogen'.²⁹ Met deze laatste definitie ben ik het niet helemaal eens: weliswaar bestaat het eigen vermogen onder andere uit ter beschikking gesteld kapitaal, maar zoals eerder aangegeven omvat dit niet het begrip eigen vermogen in zijn geheel, omdat het eigen vermogen tevens de waardeaan groei (of afname) van de activa en passiva van de vennootschap bevat. De definitie van IJsselmuiden zou mijns inziens daarom moeten worden herschreven naar 'het voor onbepaalde tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen'.

Op basis van voorgaande kan geconcludeerd worden dat er geen specifieke definitie van het eigen vermogen is opgenomen in het civiele recht, maar dat deze de onderdelen vermeldt waaruit het eigen vermogen opgebouwd kan zijn. Toch zijn door Kiersch en IJsselmuiden definities geformuleerd van het eigen vermogen op basis van de bepalingen in het civiele recht. Naar mijn mening luidt op basis hiervan de definitie voor het eigen vermogen als 'het voor onbepaalde tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen'.

2.5 Vreemd vermogen voor de externe financiële jaarverslaggeving

2.5.1 Inleiding

Bij vreemd vermogen wordt vaak gedacht aan geldleningen van de onderneming. Het vreemd vermogen is echter in te delen in drie categorieën: voorzieningen, niet uit de balans blijvende verplichtingen en schulden. Deze categorieën zullen bij de bespreking van het vreemd vermogen naar civiel recht en de RJ-regels behandeld worden. Aangezien dit onderzoek zich vooral toespitst op geldverstrekkingen en de kwalificatie hiervan, zullen de voorzieningen en niet uit de

²⁸ Kiersch, E.D.G., *'Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek'*, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 2:373 BW aantekening 1, Kluwer 2011

²⁹ IJsselmuiden, S., *'Groene Serie Rechtspersonen'*, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 2:373 BW aantekening 1, Kluwer 2010

balans blijkende verplichtingen slechts kort worden besproken en wordt in deze paragraaf vooral ingegaan op de categorie schulden.

2.5.2 Het vreemd vermogen naar het civiel recht en de RJ-regels

2.5.2.1 Voorzieningen

Op basis van de RJ-regels wordt onder voorziening verstaan ‘een onderdeel van het vreemd vermogen waarvan de omvang of het moment van afwikkeling onzeker is.’³⁰ Voorzieningen worden gevormd voor ‘op balansdatum aanwezige risico’s voor verplichtingen of verliezen, waarvan de oorzaak vóór balansdatum ligt en waarvan de omvang onzeker is, maar wel redelijkerwijs is in te schatten.’³¹ De onzekerheid met betrekking tot de verplichting is hier gelegen in de omvang ervan: het is niet zeker hoe hoog de toekomstige betalingsverplichting zal zijn.

‘Een voorziening in verband met verplichtingen als bedoeld in artikel 2:374 lid 1 eerste volzin BW dient uitsluitend te worden opgenomen indien op de balansdatum aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- a. de rechtspersoon heeft een verplichting (in rechte afdwingbaar of feitelijk);
- b. het is waarschijnlijk dat voor de afwikkeling van die verplichting een uitstroom van middelen noodzakelijk is; en
- c. er kan een betrouwbare schatting gemaakt worden van de omvang van de verplichting.’³²

‘Het bedrag dat als voorziening wordt opgenomen, dient de beste schatting te zijn van de bedragen die noodzakelijk zijn om de desbetreffende verplichtingen en verliezen per balansdatum af te wikkelen. Bij het komen tot deze beste schatting dient rekening te worden gehouden met de risico’s en onzekerheden die onvermijdelijk samenhangen met vele gebeurtenissen en

30 Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 940

31 Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.189

32 Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2013, Hoofdstuk 252, onderdeel 201

omstandigheden.³³ Indien de kans dat een verplichting financiële gevolgen voor de onderneming heeft, minder dan 50% is of de omvang van de verplichting niet betrouwbaar kan worden vastgesteld, wordt geen voorziening op de balans opgenomen, maar wordt in de toelichting een vermelding gemaakt van de eventuele verplichting.³⁴ Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 2.5.2.2.

2.5.2.2 Niet uit de balans blijkende verplichtingen

Zoals hiervoor is aangegeven wordt een mogelijke verplichting van minder dan 50% of waarvan het bedrag niet betrouwbaar kan worden geschat, niet opgenomen op de balans, maar dient deze vermeld te worden in de toelichting op de jaarrekening (tenzij er slechts een geringe mogelijkheid is dat de verplichting zich zal voordoen).³⁵ Vermelding in de toelichting is bepaald voor:

1. Voorwaardelijke verplichtingen: dit zijn verplichtingen waarbij aan een voorwaarde moet zijn voldaan, voordat de verplichting nagekomen dient te worden. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan garanties: de onderneming dient dan de verplichting te voldoen, indien de oorspronkelijke schuldenaar de verplichting niet kan nakomen.³⁶
2. Pro-memorie verplichtingen: ‘dergelijke verplichtingen vloeien voort uit overeenkomsten waarvan de prestatie en tegenprestatie na balansdatum plaatsvinden (bijvoorbeeld: meerjarige huurovereenkomsten, leasecontracten, materiële vaste activa in bestelling, etc)’.³⁷ Dergelijke verplichtingen hebben invloed op het solvabiliteits- en liquiditeitsratio van de onderneming en dienen derhalve vermeld te worden in de toelichting op de jaarrekening.³⁸

Voor de niet uit de balans blijkende verplichtingen speelt, evenmin als bij de voorzieningen, het kwalificatie-vraagstuk met betrekking tot ‘eigen vermogen of vreemd vermogen’ geen rol: de

³³ Raad voor de Jaarverslaggeving, *‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen’*, jaareditie 2013, Hoofdstuk 252, onderdeel 301

³⁴ Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.192

³⁵ Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.203

³⁶ Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.203

³⁷ Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.204

³⁸ Epe RA, P., Koetzier, W., *‘Jaarverslaggeving’*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.204

schulden daarentegen liggen bij dit vraagstuk echter wel onder een vergrootglas. In dit onderzoek wordt daarom niet verder ingegaan op de voorzieningen en de niet uit de balans blijkende verplichtingen, maar wordt de kwalificatie van vreemd vermogen slechts besproken met betrekking tot de schulden van een vennootschap.

2.5.2.3 Schulden

‘Schulden kunnen zowel financiële verplichtingen zijn als overige verplichtingen die in geld worden afgewikkeld, zoals verplichtingen voortkomend uit wettelijke bepalingen.’³⁹ Artikel 2:375 BW schrijft voor dat de schulden op de balans onderverdeeld dienen te worden in langlopende schulden (resterende looptijd langer dan een jaar) en kortlopende schulden (resterende looptijd korter dan een jaar). Tevens dient binnen de groep van langlopende en kortlopende schulden een rubricering te worden aangebracht en dienen bijvoorbeeld schulden aan leveranciers en handelskredieten apart vermeld te worden, evenals schulden aan kredietinstellingen, schulden ter zake van pensioenen, schulden ter zake van belastingen en premies van sociale verzekeringen, etc.⁴⁰ Ook dient de rentevoet vermeld te worden en het bedrag van de schulden die een looptijd van langer dan vijf jaar hebben.⁴¹

‘Schulden dienen tegen nominale waarde te worden gewaardeerd, tenzij er sprake is van een agio of disagio: het positieve c.q. negatieve verschil tussen het bij plaatsing van een lening ontvangen bedrag en het in de toekomst af te lossen bedrag. (Dis)agio doet zich voor als de onderneming een lening aankondigt tegen een bepaalde rentevoet, maar tevens bepaalt dat de uitgiftekoers boven of beneden de nominale waarde wordt vastgesteld als de marktrente bij uitgifte afwijkt van de voor de lening vastgestelde rente. Agio en disagio zijn dus correcties op de vastgestelde rentepercentage.’⁴² Indien er sprake is van (dis)agio kan de schuld op twee manieren gewaardeerd worden:

1. Waardering tegen nominale waarde met een afzonderlijke waardering van het (dis)agio.

³⁹ Raad voor de Jaarverslaggeving, *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen*, jaareditie 2013, Hoofdstuk 254, onderdeel 102

⁴⁰ Artikel 2:375 lid 1 BW

⁴¹ Artikel 2:375 lid 2 BW

⁴² Epe RA, P., Koetzier, W., *Jaarverslaggeving*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.200

2. Waardering tegen geamortiseerde kostprijs.⁴³

Op basis van artikel 2:375 lid 5 BW is toegestaan het (dis)agio afzonderlijk op de balans op te nemen en dient vervolgens, op basis van artikel 2:386 lid 5 BW op het disagio jaarlijks te worden afgeschreven (of dient jaarlijks vrijval plaats te vinden ingeval van agio) tot het moment van aflossing.

Naast voornoemde aandachtspunten bij het opnemen van schulden in de jaarrekening, verdienen de schulden met bijzondere leningsvoorwaarden extra aandacht. Onderstaand zullen daarom achtereenvolgens de converteerbare obligatielening besproken worden, de leningen met gestelde zekerheden en achtergestelde leningen.

▪ Converteerbare obligatieleningen

Ondernemingen en overheden geven obligaties uit om geld te lenen: de koper van een obligatie leent derhalve geld uit aan de uitgever van de obligaties. Aan de obligatie is couponrente gekoppeld, welke de vergoeding is voor het geleende geld. Deze wordt op regelmatige basis vergoed over de nominale waarde van de obligatie. Naast de normale obligatielening bestaat ook de converteerbare obligatielening: ‘dit is een lening waarbij de obligatiehouders het recht hebben om onder bepaalde voorwaarden hun stukken in te wisselen voor aandelen.’⁴⁴ Over de waardering van de converteerbare obligatieleningen is in de wet niets voorgeschreven. Wel is vastgelegd in artikel 2:375 lid 7 BW dat in de toelichting de conversievoorwaarden voor de converteerbare obligaties vermeld dienen te worden.

▪ Gestelde zekerheden

Indien aan een verstrekte lening een waarborg gekoppeld is, is sprake van een aan de lening gestelde zekerheid. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan een hypotheek op onroerende zaken, verpanding van inventaris, etc. Hiernaast kan er ook sprake zijn van hypotheekclausules: in dat geval is er geen hypotheek gevestigd op bepaalde zaken, maar kan bijvoorbeeld op verzoek

⁴³ Epe RA, P., Koetzier, W., ‘Jaarverslaggeving’, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.200

⁴⁴ Epe RA, P., Koetzier, W., ‘Jaarverslaggeving’, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.200

van de schuldeiser door de schuldenaar overgegaan worden tot vestiging van hypotheek ('positieve hypotheekclausule') of kan de schuldenaar de schuldeiser beloven om bij faillissement ten behoeve van geen enkele schuldeiser hypotheek te vestigen, zodat de opbrengst van de faillissement beschikbaar blijft voor alle schuldeisers ('negatieve hypotheekclausule'). Voor schuldeisers is het derhalve belangrijk inzicht te hebben in de door de onderneming gestelde zekerheden. In de wet is daarom in artikel 2:375 lid 3 BW vastgelegd dat in de toelichting op de jaarrekening aangegeven dient te worden welke zekerheden er zijn verstrekt.⁴⁵

▪ Achtergestelde leningen

De achtergestelde lening is in principe het tegenovergestelde van een lening met gestelde zekerheden: 'bij een achtergestelde lening worden de interest en aflossing pas voldaan als de verplichtingen ten opzichte van de andere schuldeisers zijn nagekomen.'⁴⁶ Ook dit is belangrijk bij de beoordeling van de solvabiliteit van de onderneming en daarom is ook voor achtergestelde leningen bij wet (artikel 2:375 lid 4 BW) vastgelegd dat in de toelichting op de jaarrekening vermeld dient te worden in hoeverre schulden zijn achtergesteld op andere schulden.⁴⁷ Tevens dient de aard van de achterstelling te worden vermeld.⁴⁸

2.5.3 Het vreemd vermogen nader gedefinieerd

De RJ-regels omschrijven het vreemd vermogen als 'een bestaande verplichting van de rechtspersoon die voortkomt uit gebeurtenissen in het verleden, waarvan de afwikkeling naar verwachting resulteert in een uitstroom uit de rechtspersoon van middelen die economische voordelen in zich bergen.'⁴⁹ Tevens wordt aangegeven dat 'een financiële verplichting wordt onderscheiden van een eigen vermogensinstrument door een contractuele verplichting die kan leiden tot het betalen van liquide middelen of het leveren van andere activa of tot gevolgen die nadelig zijn voor de rechtspersoon die het financiële instrument uitgeeft. Als een dergelijke verplichting bestaat, is het instrument een financiële verplichting en niet een eigen-

⁴⁵ Epe RA, P., Koetzier, W., 'Jaarverslaggeving', 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.202

⁴⁶ Epe RA, P., Koetzier, W., 'Jaarverslaggeving', 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.203

⁴⁷ Epe RA, P., Koetzier, W., 'Jaarverslaggeving', 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten, pg.203

⁴⁸ Artikel 2:375 lid 4 BW

⁴⁹ Raad voor de Jaarverslaggeving, 'Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen', jaareditie 2011, Hoofdstuk 940

vermogensinstrument.⁵⁰ Mijns inziens behoeft dit weinig nadere toelichting: vreemd vermogen wordt gedefinieerd door een contractuele verplichting tot het uitvloeien van liquide middelen of levering van activa. Het is derhalve vermogen dat de vennootschap niet onbeperkt ter beschikking staat: op enig moment zal de verplichting voldaan moeten worden en vindt uitvloeisel van liquide middelen of activa plaats. Vergeleken met de definitie voor het eigen vermogen en op basis van hetgeen besproken is in deze paragraaf kan het vreemd vermogen derhalve gedefinieerd worden als het ‘voor bepaalde tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen’.

In dit onderzoek zal verder alleen aandacht besteed worden aan geldverstrekkingen van groepsmaatschappijen, aangezien bij dergelijke geldverstrekkingen vaak de vraag rijst hoe deze gekwalificeerd dienen te worden naar fiscaal recht. De voorzieningen vallen hier niet onder en zullen derhalve niet besproken worden, evenals de niet uit de balans blijkende verplichtingen. Daar waar in dit verdere onderzoek over vreemd vermogen wordt gesproken, worden derhalve de geldverstrekkingen die als vreemd vermogen worden gekwalificeerd bedoeld.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is het eigen vermogen en vreemd vermogen besproken naar het civiele recht en de RJ-regels. Hierbij zijn de diverse onderdelen van zowel het eigen vermogen als het vreemd vermogen nader omschreven en toegelicht. Daarnaast is tevens een definitie bepaald op basis van de bevindingen in dit hoofdstuk. Deze luidt voor het eigen vermogen als ‘het voor onbepaalde tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen’. Voor het vreemd vermogen luidt deze als ‘het voor bepaalde tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen’.

⁵⁰ Raad voor de Jaarverslaggeving, *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen*, jaareditie 2011, Hoofdstuk 290, onderdeel 803

3. Het eigen vermogen naar fiscaal recht

3.1 Inleiding

De Wet VpB 1969 kent geen specifieke definitie voor het eigen vermogen. Bij het opmaken van de fiscale balans is het eigen vermogen dan ook een ‘restpost’: het saldo van de activa en passiva van de vennootschap. Echter, ook bij het opmaken van de fiscale balans, dient er een beoordeling plaats te vinden van de geldverstrekkingen teneinde de kwalificatie ervan naar fiscaal eigen vermogen of fiscaal vreemd vermogen te bepalen. De hoogte van het fiscaal eigen vermogen wordt logischerwijs bepaald door de fiscale kwalificatie van de geldverstrekkingen. Het belang van een fiscaal juiste kwalificatie van een geldverstrekking zal aan bod komen in hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk zullen de gevolgen van de fiscale kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen worden behandeld.

Zoals in hoofdstuk 1 al is aangegeven, is de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking het uitgangspunt voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan: als een geldverstrekking civielrechtelijk gekwalificeerd wordt als eigen vermogen of vreemd vermogen, dan is dat fiscaalrechtelijk in beginsel ook zo. In hoofdstuk 2 zijn de diverse onderdelen van het eigen vermogen zoals deze civielrechtelijk worden onderscheiden uiteengezet. Dit civielrechtelijke onderscheid binnen het eigen vermogen wordt derhalve ook fiscaalrechtelijk gevolgd. Echter, fiscaalrechtelijk wordt ook de categorie ‘informeel kapitaal’ onderscheiden binnen het eigen vermogen, een categorie die civielrechtelijk niet bestaat. Hier zal eerst op worden ingegaan in paragraaf 3.2. Vervolgens zal in paragraaf 3.3 nader ingegaan worden op de uitzonderingen op de hoofdregel dat ‘de civielrechtelijke kwalificatie leidend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking’. Uit HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217c* blijkt namelijk dat een geldverstrekking die civielrechtelijk gekwalificeerd wordt als vreemd vermogen, maar op basis van de feitelijke omstandigheden en condities meer als eigen vermogen fungeert, fiscaal derhalve ook aangemerkt dient te worden als eigen vermogen. Dit is derhalve een afwijking op bovengenoemde hoofdregel. In dit arrest zijn vervolgens drie soorten geldverstrekkingen geformuleerd die civielrechtelijk als vreemd vermogen worden gekwalificeerd, maar die fiscaalrechtelijk geherkwalificeerd dienen te worden tot eigen vermogen. In paragraaf 3.4 volgt de conclusie.

Onderstaand zal eerst de informele kapitaalbreng worden besproken.

3.2 De informele kapitaalbreng

De informele kapitaalbreng is voor het eerst aan de orde gekomen in HR 3 april 1957, nr. 13084, BNB 1957/165. Hierin gaf de Hoge Raad aan ‘dat er gevallen zijn, waarin voor de toepassing van het belastingrecht moet worden aangenomen, dat inbreng van kapitaal in een naamloze vennootschap heeft plaats gevonden, niettegenstaande van een storting op de aandelen geen sprake was en zelfs niet heeft kunnen zijn, omdat het gehele maatschappelijke kapitaal der naamloze vennootschap was geplaatst en door betaling van het nominale bedrag der aandelen was volgestort;

dat zulk een geval zich voordoet, indien een moedermaatschappij als houdster van de aandelen ener dochteronderneming enkel op grond van de voor haar in die hoedanigheid tot de dochteronderneming bestaande verhouding aan deze een voordeel in geld of goederen doet toekomen, dat zij onder gelijke omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verschaft;

dat toch in dat geval door de dochteronderneming een voordeel wordt genoten, dat zijn oorzaak uitsluitend in de interne verhouding tussen haar en haar aandeelhoudster vindt, waardoor in fiscaal-rechtelijke zin kapitaal wordt ingebracht’.⁵¹

Uit voornoemde rechtsoverweging worden de volgende zaken duidelijk:

1. De informele kapitaalbreng is geen storting op aandelen: in voornoemd arrest aanvaardt de Hoge Raad dus dat de mogelijkheid bestaat dat er uitsluitend voor de toepassing van het belastingrecht een storting op aandelen is in een geval waarin een aandeelhouder min of meer gedwongen de vennootschap waarvan hij alle aandelen hield, een voordeel verschafte.⁵² Slechts voor de toepassing van het belastingrecht wordt een voordeel als bedoeld in bovenstaande rechtsoverweging als informeel kapitaal aangemerkt: formeel is

⁵¹ HR 3 april 1957, nr. 13084, BNB 1957/165

⁵² Arts, J.H.M., ‘Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting’, 1997, Koninklijke Vermande, Lelystad, pg.83

er geen sprake van een storting op de aandelen en verandert er derhalve niets aan het gestort kapitaal en/of het agio. Het informeel kapitaal is derhalve een op zichzelf staande categorie binnen het fiscaal eigen vermogen.

2. De informele kapitaalbreng is een bevoordeling van de vennootschap door de aandeelhouder als zodanig: hieruit volgt dat de rol van de aandeelhouder bij de bevoordeling onderzocht dient te worden. Vindt de bevoordeling plaats puur vanuit het aandeelhouderschap of vindt de bevoordeling door de aandeelhouder vanuit een andere hoedanigheid plaats? 'Zou het voordeel onder gelijke omstandigheden niet aan een van de aandeelhouder onafhankelijke derde worden verstrekt, dan wordt vermoed dat het voordeel zijn oorzaak vindt in het aandeelhouderschap.'⁵³ Volgens Arts impliceert dit dat sprake moet zijn van een bewustheid bij de aandeelhouder van de bevoordeling in zijn hoedanigheid als aandeelhouder en hij merkt derhalve de bewustheid bij de aandeelhouder van de bevoordeling daarom niet aan als een aparte vereiste bij het bepalen of er sprake is van een informele kapitaalbreng. Hij betoogt dat indien 'op grond van de objectieve omstandigheden van het geval is geconcludeerd dat het voordeel zijn oorzaak vindt in het aandeelhouderschap, dan houdt dit het vermoeden in dat de aandeelhouder het voordeel bewust als zodanig heeft verstrekt en dat de vennootschap zich van deze bevoordeling bewust was.'⁵⁴ Ik schaar mij achter deze stelling van Arts. Dit wordt tevens ondersteund door de volgende overweging van de Hoge Raad in het geval waarin de aandeelhouder de afkoopsommen betaalde voor het management van de door haar verkochte dochtermaatschappij. In casu overwoog de Hoge Raad dat 'indien de salariskosten van werknemers, worden gedragen door de moedermaatschappij, (...) deze kosten (moeten) worden beschouwd als informele kapitaalstortingen van die moedermaatschappij in die dochtermaatschappij.'⁵⁵ De Hoge Raad onderzoekt hier niet of sprake is van enige mate van bewustheid van bevoordeling: de bevoordeling door de aandeelhouder, in die hoedanigheid, wordt geconstateerd en de Hoge Raad concludeert derhalve dat fiscaal sprake is van een informele kapitaalstorting. Mijns inziens kan hieruit

⁵³ Arts, J.H.M., *'Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting'*, 1997, Koninklijke Vermande, Lelystad, pg.90

⁵⁴ Arts, J.H.M., *'Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting'*, 1997, Koninklijke Vermande, Lelystad, pg.93

⁵⁵ HR 21 maart 2003, nr. 37 981, BNB 2003/222

derhalve de conclusie getrokken worden dat de bewustheid bij de aandeelhouder van de bevoordeling geen apart vereiste is bij de bepaling of er sprake is van een informele kapitaalbreng.

3. De informele inbreng is een voordeel in geld of goederen: in het voornoemde arrest was het voordeel voor de vennootschap gelegen in de door de aandeelhouder voor zijn rekening genomen kosten van de vennootschap, welke de vennootschap niet hoefde te betalen. Het hiermee genoten voordeel werd aangemerkt als een informele kapitaalbreng in de vennootschap. In het Zweedse Grootmoeder-arrest⁵⁶ werd echter duidelijk, dat ook ingeval de aandeelhouder geen zakelijke tegenprestatie bedingt voor verrichte prestaties, er in dat geval ook sprake is van een informele kapitaalbreng. In dit arrest had de Zweedse grootmoeder aan haar kleindochter (gevoegd in een fiscale eenheid met de dochter van de grootmoedermaatschappij) renteloze leningen verstrekt: de inspecteur wilde het hierdoor genoten voordeel, het onverschuldigd zijn van de rente, aanmerken als een belast voordeel voor de fiscale eenheid. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee en overwoog ‘dat het hof aan het door hem vastgestelde feit dat A om redenen van concernbelang geen rente heeft bedongen de betekenis heeft toegekend, dat A in haar kwaliteit van grootmoedermaatschappij de dochtermaatschappij van belanghebbende – waarmee belanghebbende blijkens ’s hofs uitspraak een fiscale eenheid vormde – met de rente die zij had kunnen bedingen en buiten die kwaliteit ook zou hebben bedongen, bewust heeft willen bevoordelen; dat het hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht dat het aan dochter van belanghebbende bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente over de haar door de grootmoedermaatschappij verstrekte lening, zijn oorzaak niet vond in de bedrijfsuitoefening van dochter van belanghebbende doch uitsluitend in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen; dat het hof terecht dit voordeel niet tot winst heeft gerekend, aangezien ingevolge art. 7 Wet op de inkomstenbelasting 1964 (thans: art. 3.8 Wet IB 2001, JNB) daartoe alleen worden gerekend voordelen welke worden verkregen uit onderneming;

⁵⁶ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252

dat daarbij niet van belang is of meergenoemd voordeel tot de vermogenssfeer dan wel tot die van baten en lasten behoorde en evenmin hoe het voordeel zou kunnen worden gekwalificeerd, terwijl met betrekking tot een niet tot de winst behorend voordeel een beroep op goed koopmansgebruik niet aan de orde kan komen.⁵⁷ Als gevolg van dit arrest kon de fiscale eenheid derhalve de niet-verschuldigde rente in aftrek brengen op de fiscale winst. Tevens dient dit onbelaste voordeel aangemerkt te worden als informeel kapitaal.

Geconcludeerd kan worden dat het bestaansrecht van de informele kapitaalbreng zich slechts binnen de fiscaliteit bevindt. De informele kapitaalbreng kan plaatsvinden vanuit de fiscale vermogenssfeer alsmede vanuit de fiscale kostensfeer. De informele kapitaalbreng als gevolg van de herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen is een informele kapitaalbreng dat plaats vindt vanuit de vermogenssfeer. Deze herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen zal worden besproken in de volgende paragraaf.

3.3 Herkwalificatie van civielrechtelijk vreemd vermogen naar fiscaalrechtelijk eigen vermogen

3.3.1 Inleiding

Zoals aangegeven in paragraaf 3.1 is de hoofdregel voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking dat deze wordt bepaald door civielrechtelijke kwalificatie daarvan. Op deze hoofdregel wordt inbreuk gemaakt in HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252, waarin drie vormen van geldverstrekkingen die naar civiel recht gekwalificeerd worden als vreemd vermogen, fiscaalrechtelijk beschouwd worden als eigen vermogen (en derhalve fiscaal gekwalificeerd worden als informeel kapitaal). Deze drie vormen zullen in deze paragraaf worden besproken.

⁵⁷ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252

3.3.2 Schijnlening

Een lening dient gekwalificeerd te worden als ‘schijnlening’ indien de lening gefingeerd is en de partijen in werkelijkheid een kapitaalverstrekking voor ogen hadden. Fiscaal wordt bij de schuldenaar de lening in dat geval beschouwd als het eigen vermogen van de vennootschap.

- Andersluidende wilsovereenstemming

Wanneer is er nu sprake van een schijnlening? Zoals hiervoor is aangegeven is sprake van een schijnlening wanneer de partijen in werkelijkheid iets anders zijn overeengekomen dan hetgeen ze doen voorkomen: partijen pretenderen een geldlening te zijn overeengekomen, terwijl ze in werkelijkheid een kapitaalverstrekking hebben willen doen plaatsvinden. Er is derhalve sprake van een ‘andersluidende wilsovereenstemming’.⁵⁸ Andersluidende wilsovereenstemming is echter moeilijk aan te tonen, omdat dit subjectief is en er geen objectief waarneembaar criterium is.⁵⁹ Dat partijen in werkelijkheid een kapitaalverstrekking zijn overeengekomen, moet derhalve aan de hand van de feiten en omstandigheden worden aangetoond. De jurisprudentie geeft echter een aantal indicatoren voor de aanwezigheid van een andersluidende wilsovereenstemming dan de gepretendeerde lening. Uit de jurisprudentie distilleert Van Strien de indicator *renteloosheid* als zijnde een mogelijke aanwijzing voor het bestaan van een schijnlening, evenals *achterstelling* van de lening en een *winstafhankelijke rente* op de lening. Hoewel ik het eens ben met Van Strien dat dit indicatoren kunnen zijn voor de aanwezigheid van een andersluidende wilsovereenstemming, ben ik het met Bouwman eens dat het ontbreken van de *aflossingsverplichting* de zwaarst wegende indicator voor de aanwezigheid van een schijnlening is.⁶⁰ Immers, wanneer sprake is van een schijnlening, hebben partijen zoals gezegd een kapitaalverstrekking beoogd in plaats van een daadwerkelijke geldlening. In geval van een pure kapitaalverstrekking, is er geen terugbetalingsverplichting. Als partijen derhalve een kapitaalverstrekking hebben beoogd, maar dit in het jasje van een lening verstrekken, zou in de voorwaarden voor de lening geen aflossingsverplichting moeten zijn opgenomen. Van Strien deelt echter niet de mening van Bouwman dat het ontbreken van de aflossingsverplichting de belangrijkste indicator is voor de aanwezigheid van een schijnlening, omdat daarmee ‘relatief eenvoudig onder de herkwalificatie

⁵⁸ Van Strien, J., ‘*Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.62

⁵⁹ Van Strien, J., ‘*Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.62

⁶⁰ Bouwman, J.N., ‘*Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting – Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding*’, Fiscale geschriften, 2002 Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, pg.81

van de lening uitgekomen kan worden. Door het opnemen van een looptijd van bijvoorbeeld 50 of 100(0) jaar in de (schijn)leenovereenkomst zou de uitzondering schijn niet van toepassing zijn'.⁶¹

De meningen van Bouwman en Van Strien in aanmerking nemende, zou derhalve mijns inziens gesteld kunnen worden dat de *invulling* van de aflossingsverplichting een van de belangrijkste indicatoren is voor een andersluidende wilsovereenstemming en dus voor het al dan niet aanwezig zijn van een schijnlening. Indien een aflossingsverplichting ontbreekt of een extreem lange looptijd wordt afgesproken, dient mijns inziens de lening nader bezien te worden voor de aanwezigheid van een andersluidende wilsovereenstemming en de aanwezigheid van een schijnlening. De overige indicatoren, te lage of geen rente, achtergesteldheid en winstafhankelijke rente zijn dan van ondersteunende aard bij de beoordeling hiervan. Kan op basis van deze beoordeling geconcludeerd worden dat sprake is van een andersluidende wilsovereenstemming, dan dient mijns inziens terecht de lening aangemerkt te worden als schijnlening en dient het fiscaal gekwalificeerd te worden als zijnde kapitaal.

3.3.3 Bodemloze putlening

De bodemloze putlening komt vooral voor in situaties van verliesfinanciering: de vennootschap waaraan uitgeleend wordt heeft een zodanig negatief vermogen door de geleden verliezen, dat het niet in staat is de activiteiten voort te zetten zonder de opgenomen leningen. Onder verliesfinanciering wordt verstaan 'het geval dat de vennootschap zodanige verliezen heeft geleden dat haar gehele vermogen verloren is gegaan en de aandeelhouder via leningen of borgstellingen de vennootschap in staat stelt haar activiteiten voort te zetten'.⁶² Van dergelijke leningen is duidelijk dat zij niet door de vennootschap terugbetaald zullen worden en dienen derhalve fiscaal als kapitaal te worden gekwalificeerd. Voor HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217c* waren geldverstrekkingen ter verliesfinanciering ook al aan de orde in de literatuur en was het standpunt vooral dat leningen die waarschijnlijk nooit terug betaald zouden worden, fiscaal gekwalificeerd moeten worden tot eigen vermogen. Volgens Aardema en Verseput zou herkwalificatie dan plaats moeten vinden op basis van de aanwezigheid van een schijnlening. Dit

⁶¹ Van Strien, J., 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', 2007 Kluwer, Deventer, pg.76

⁶² J.G. Verseput, 'De totale winst in de vennootschapsbelasting', 1987 Fiscale brochures FED, Kluwer, Deventer, pg.40

lijkt door de Hoge Raad in HR 18 februari 1987, nr. 23 807 BNB 1988/248 te worden gevolgd, aangezien de Hoge Raad het oordeel van het Hof volgt dat in casu de belanghebbende de lening verstrekt aan haar dochtermaatschappij, niet zou hebben verstrekt aan een onafhankelijke derde en daarom aangemerkt dient te worden als op ‘informele wijze ingebracht kapitaal.’⁶³ Daarnaast werd door het Hof Den Haag in dezelfde zaak geoordeeld dat de lening fiscaal geherkwalificeerd moest worden tot eigen vermogen, zij het niet op grond van de aanwezigheid van een schijnlening, maar omdat de lening niet aan een onafhankelijke derde zou zijn verstrekt door belanghebbende, althans niet onder die voorwaarden. Met andere woorden: als belanghebbende ‘at arm’s length’ zou hebben gehandeld, zou het de lening niet hebben verstrekt aan haar dochtermaatschappij. De lening werd derhalve verstrekt op basis van aandeelhoudersmotieven en bevindt zich om die reden in de kapitaalsfeer. Alhoewel de Hoge Raad dit standpunt echter onvoldoende gemotiveerd achtte door het Hof Den Haag, werd het niet volledig gepareerd als zijnde een invalide reden voor het herkwalificeren van de lening tot eigen vermogen. In onderhavig arrest leek de Hoge Raad derhalve de benadering van de schijnlening te volgen. In HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217c* heeft de Hoge Raad zich vervolgens duidelijk uitgesproken over de kwalificatie van een lening in geval van verliesfinanciering en de criteria voor een uitzondering in dit geval op de hoofdregel:

‘Van deze regel is ook uitgezonderd het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt, aan deze vennootschap een geldlening verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen – voor zover dat niet bestaat uit de aandelen in de dochtervennootschap – blijvend heeft verlaten.’

⁶³ HR 18 februari 1987, nr. 23 807 BNB 1988/248

Uit deze overweging zijn de volgende drie (cumulatieve) criteria af te leiden voor een uitzondering op de regel dat de civielrechtelijke kwalificatie ook van doorslaggevende betekenis is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie:

- het aandeelhouderscriterium;
- de vordering heeft geen of nauwelijks waarde en;
- het aanstonds duidelijk criterium.

Indien de lening bovengenoemde kenmerken vertoont, is dus sprake van een zogenoemde bodemloze putlening en kwalificeert de lening fiscaalrechtelijk als eigen vermogen.

Onderstaand worden bovengenoemde criteria nader besproken.

▪ Aandeelhouderscriterium

Het aandeelhouderscriterium werpt direct de vraag op of een lening als bodemloze putlening kan worden aangemerkt (indien ook aan de overige voorwaarden is voldaan) louter in situaties waarin de aandeelhouder de lening verstrekt aan haar dochtervennootschap, die kwalificeert als deelneming op basis van artikel 13 Wet VpB. Op basis van de jurisprudentie dient deze vraag ontkennend beantwoord te worden. In HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32 wordt door de Hoge Raad een materiële invulling van het aandeelhouderscriterium gegeven. Dat betekent dat de kwalificatie van een geldlening tot bodemloze putlening niet beperkt blijft tot situaties waarin de geldlening is verstrekt door de aandeelhouder, maar dat een dergelijke kwalificatie ook kan plaatsvinden indien de geldlening is verstrekt door een groepsmaatschappij op aangeven van de aandeelhouder. ‘De frase ‘op grond van zijn positie als aandeelhouder’ dient mijns inziens derhalve gelezen te worden in de zin dat een herkwalificatie zich slechts voor kan doen, indien er aandeelhoudersmotieven in het spel zijn’.⁶⁴ Ook in het geval een dochtermaatschappij een geldlening verstrekt aan haar moedermaatschappij, kan een geldlening gekwalificeerd worden als bodemloze putlening zoals blijkt uit HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64. Hierin verstrekte een dochtermaatschappij een lening aan haar moedermaatschappij, waarvan al direct duidelijk was

⁶⁴ Van Strien, J., ‘*Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.112

dat deze de lening niet zou kunnen terugbetalen. De lening diende derhalve beschouwd te worden als onttrekking voor fiscale doeleinden. Met Van Strien ben ik het eens dat met dit arrest ‘onderstreept wordt dat de frase ‘op grond van zijn positie als aandeelhouder ‘ niet te stringent moet worden uitgelegd, maar moet worden gelezen als ‘in gelieerde verhoudingen’.⁶⁵

- Vordering komt geen waarde toe

De passage in de uitspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het niet toekomen van waarde aan de vordering luidt: ‘voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald’. Dit betekent dus dat indien de vordering niet of niet ten volle zal worden terugbetaald, aan de vordering ook geen waarde toekomt. Zoals Van Strien en Haberman aangeven, is de beoordeling van dit criterium sterk feitelijk. Haberman kent hierbij ‘belangrijke betekenis toe aan de vermogenspositie en winstverwachtingen van de schuldenaar’⁶⁶ en Van Strien geeft de volgende kengetallen aan die bij de schuldenaar onderzocht dienen te worden om tot een feitelijk onderbouwde beoordeling te komen van dit criterium: ‘kredietwaardigheid, solvabiliteit, liquiditeit, winstverwachting, omvang en duur van de verliezen en het negatief vermogen’.⁶⁷ Door deze kengetallen te onderzoeken kan vervolgens bepaald worden of de vordering (deels) terugbetaald zal worden door de schuldenaar. Is de uitkomst hiervan dat de schuldenaar de lening waarschijnlijk niet zal kunnen terugbetalen, dan is de vordering niets of weinig waard en is sprake van een bodemloze putlening.

- Reeds aanstonds duidelijk-criterium

Dit criterium hangt nauw samen met het vorige criterium. Niet alleen moet aan de vordering geen waarde toekomen, doordat de vordering niet of niet helemaal zal worden terugbetaald, dit moet ‘reeds aanstonds duidelijk’ zijn bij de schuldeiser, wil sprake zijn van een bodemloze putlening. Derhalve kan een vordering waarvan pas later blijkt dat deze niet kan worden terugbetaald door de schuldenaar, niet worden aangemerkt als bodemloze putlening.

⁶⁵ Van Strien, J., ‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.113

⁶⁶ Haberman, A.M., ‘Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders’, 1993 Kluwer, Deventer, pg.234

⁶⁷ Van Strien, J., ‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.115

Ook dit criterium is volgens Van Strien zeer feitelijk en dient derhalve ‘ingevuld te worden naar de feiten en omstandigheden, zoals deze golden en bekend hadden kunnen zijn op het moment dat de lening werd verstrekt’.⁶⁸ Dat dit zeer strikt moet worden genomen, blijkt uit HR 28 februari 2003, V-N 2003/29.19. In dit arrest werd aangegeven dat de herkwalificatie van een lening naar specifiek de bodemloze putlening (en derhalve eigen vermogen) alleen plaats kan vinden op het moment van vertrekken van de lening, omdat dan reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat de lening als verloren moet worden beschouwd.

3.3.4 Deelnemerschapslening

‘De deelnemerschapsconstructie is oorspronkelijk door de Hoge Raad ontwikkeld voor gevallen waarin een vennootschap, ter zake van een lening die materieel de kenmerken van een kapitaalverstrekking vertoont, een winstafhankelijke rente betaalt aan crediteuren die formeel geen aandeelhouder zijn. Zijn bedoelde crediteuren wel formeel aandeelhouder, dan is buiten twijfel dat dergelijke rentebetalingen op grond van de uitzonderingsbepaling van art. 9 lid 1 onderdeel b Wet VpB 1969 niet aftrekbaar zijn, daar zij toekomen aan ‘aandeelhouders als zodanig’.⁶⁹ In een van de deelnemerschapsarresten, HR 5 juni 1957, BNB 1957/239, heeft de Hoge Raad zelfs bepaald dat winstafhankelijke rente betaald aan derden, een niet-aftrekbare winstuitdeling betreft indien de schuldeiser dermate betrokken is bij de onderneming dat hij daar in zekere mate deel in heeft.⁷⁰ Op basis van dit arrest en HR 7 februari 1951, B 8939 heeft Hoogendoorn vervolgens de volgende drie cumulatieve voorwaarden voor de herkwalificatie naar deelnemerschapslening geformuleerd⁷¹:

1. winstafhankelijke interestvergoeding;
2. de lening is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en;
3. de lening heeft geen vaste looptijd en is slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.

⁶⁸ Van Strien, J., *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.117

⁶⁹ Haberman, A.M., *Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, 1993 Kluwer, Deventer, pg.202

⁷⁰ Haberman, A.M., *Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, 1993 Kluwer, Deventer, pg.202

⁷¹ Hoogendoorn, J., *Fiscale miniaturen - Lening en kapitaalverstrekking*, FED, Deventer, 1978, pg.92

De door Hoogendoorn benoemde cumulatieve voorwaarden zijn door de Hoge Raad impliciet overgenomen in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217. ‘In dit arrest acht Hof Den Haag geen deelnemerschap aanwezig omdat noch van winstafhankelijkheid van de rente, noch van achterstelling van de hoofdsom en ook overigens niet van abnormale of ongebruikelijke leningsvoorwaarden sprake is. Bij het casseren van de uitspraak bevestigt de Hoge Raad deze zienswijze door niet het toepassingsbereik van de deelnemerschapsuitzondering uit te breiden, maar de aanstonds-duidelijk-uitzondering te introduceren’.⁷² Vervolgens, in HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 benoemt de Hoge Raad voor het eerst duidelijk de criteria voor de deelnemerschapslening en bevestigt daarmee de bovengenoemde criteria zoals door Hoogendoorn geformuleerd. De desbetreffende rechtsoverweging luidt:

‘Voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking door een schuldeiser aan een ondernemer als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is als regel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt uitzondering, indien de lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deelheeft in de onderneming van de schuldenaar. Aan deze voorwaarden is slechts voldaan, indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Nu de winstdelende obligaties een vaste looptijd hebben, is niet aan alle voorwaarden voldaan. De omstandigheid dat de looptijd 50 jaar bedraagt, brengt niet mee dat daaraan voor de vraag of de obligatiehouders in de onderneming van belanghebbende in zekere mate deelhebben, betekenis moet worden ontzegd’.⁷³

Dat dit cumulatieve criteria zijn wordt door de Hoge Raad bevestigd doordat hij oordeelt dat in onderhavige casus niet wordt voldaan aan het tweede criterium (geen vaste looptijd), omdat de

⁷² Haberman, A.M., *Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, 1993 Kluwer, Deventer, pg.226

⁷³ HR 11 maart 1998, BNB 1998/208

looptijd van de obligatielening 50 jaar bedroeg en derhalve geen sprake kan zijn van een deelnemerschapslening.

Onderstaand zullen bovengenoemde criteria nader besproken worden.

- Winstafhankelijke interestvergoeding

Zoals Van Strien aangeeft, kan de winstafhankelijkheid van interest zich op twee manieren voordoen, namelijk de *verschuldigheid* van de interest is afhankelijk gesteld van de winst en/of de *omvang* van de interest is afhankelijk gesteld van de winst.⁷⁴

a. Verschuldigheid van de interest is winstafhankelijk

In HR 7 mei 1930, B 4731 en HR 29 juni 1955, BNB 1955/302 oordeelde de Hoge Raad dat indien de interest afhankelijk is gesteld van de winst, in die zin dat op basis van de leningsvoorwaarden de interest niet verschuldigd is indien de behaalde winst dat niet toelaat, de interest kwalificeert als zijnde een winstafhankelijke interest. De interest wordt echter niet als winstafhankelijke interest gekwalificeerd indien de *betaling* van de interest wordt opgeschort, vanwege een ontoereikende winst zoals bepaald in HR 17 februari 1999, BNB 1999/176. In deze casus was in de leningsvoorwaarden onder andere opgenomen dat ‘alle achterstallige rente in zijn geheel uitsluitend opeisbaar worden op de eerstvolgende dag waarop een dividend betaalbaar wordt gesteld of de dag waarop de schuldenaar failliet wordt verklaard, dan wel waarop opdracht wordt gegeven of een besluit wordt genomen tot ontbinding of liquidatie van de schuldenaar’.⁷⁵ Hof Amsterdam overwoog dat in onderhavige geval geen sprake is van een winstuitdeling aangezien de interest niet van de winst afhankelijk is, maar de betaling van de interest slechts wordt uitgesteld indien in betreffend jaar geen dividend wordt uitgekeerd. De Hoge Raad gaat mee in het oordeel van Hof Amsterdam dat de interest niet winstafhankelijk is en derhalve op basis daarvan niet gesteld kan worden dat de schuldeisers door middel van het uitgeleende bedrag deel hebben in de onderneming van de schuldenaar. Daaraan doet niet af dat de betaling van de interest afhankelijk gesteld is van de dividendbetaling. Met Sommerhalder en Engelen deel ik de

⁷⁴ Van Strien, J., ‘*Renteaftrekkbeperkingen in de vennootschapsbelasting*’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.86

⁷⁵ Sommerhalder, R.A., Engelen, F.A., ‘*Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen*’, WFR 1999/470

conclusie dat naar aanleiding van dit arrest bij een vaste interest sprake is van winstafhankelijkheid indien de verschuldigdheid daarvan afhankelijk is gesteld van de winst.⁷⁶

b. Omvang van de interest is winstafhankelijk

Van Strien stelt bij de behandeling van de winstafhankelijkheid van de omvang van de interest direct de vraag wat dan precies onder ‘winst’ dient te worden verstaan. Ik deel de mening van Van Strien, Sommerhalder en Engelen dat dit ruimer opgevat moet worden dan louter de winst die beschikbaar is voor uitdeling of reservering.⁷⁷ Van Strien stelt zich tevens de vraag of het feit dat een interest die afhankelijk is van de beurskoers betekent dat deze afhankelijk is van de winst, aangezien de beurskoers van de aandelen onder andere door de winstverwachting van de onderneming wordt bepaald.⁷⁸ Van Strien beantwoordt de vraag ontkennend, omdat naast de winstverwachting ook diverse andere factoren van invloed zijn op de ontwikkeling van de beurskoers (bijvoorbeeld een eventuele overname of oorlogen), maar is wel van mening dat de rechter in gevallen waarbij de beurskoersontwikkeling in grote mate afhankelijk is van de winstontwikkeling van de onderneming, zal oordelen dat de interest die van de beurskoers afhankelijk is, een winstafhankelijke interest is.⁷⁹ Hiermee gaat Van Strien in tegen de mening van P-G Van Soest in zijn conclusie bij BNB 1998/208, waarin hij aangeeft dat ondanks dat de beurskoers afhankelijk is van een aantal factoren, deze toch in zodanige mate de gang van zaken bij de onderneming weerspiegelt, dat daarmee aan het criterium van winstafhankelijkheid wordt voldaan. Ook Sommerhalder en Engelen zijn deze mening toegedaan. Ik sluit mij echter aan bij de mening van Van Strien: de beurskoers wordt inderdaad onder andere bepaald door de winstverwachting van de onderneming, maar de overige factoren die van invloed zijn, kunnen niet worden genegeerd. De stelling die Van Soest, Sommerhalder en Engelen innemen dat een interest die afhankelijk is van de beurskoers een winstafhankelijke interest is, is mijns inziens te rigoureuus: indien in enig jaar de beurskoers stijgt of daalt, als gevolg van een andere factor dan de winstverwachting, zoals bij een eventuele overname, en op basis daarvan de omvang van de interest stijgt of daalt, dan is de verandering van de beurskoers (en daarmee de omvang van de

⁷⁶ Van Strien, J., *‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.89 en Sommerhalder, R.A., Engelen, F.A., *‘Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen’*, WFR 1999/470

⁷⁷ Sommerhalder, R.A., Engelen, F.A., *‘Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen’*, WFR 1999/470

⁷⁸ Van Strien, J., *‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.90

⁷⁹ Van Strien, J., *‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.91

interest) niet vooral afhankelijk geweest van de winst, maar van de op handen zijnde overname. Daarom kan mijns inziens niet zonder meer gesteld worden dat een interest die afhankelijk is van de beurskoersontwikkeling een winstafhankelijke interest is.

Tevens is het bij de omvang van de winstafhankelijke interest de vraag of deze ‘geheel’ winstafhankelijk dient te zijn om te kwalificeren voor de deelnemerschapslening. Dit blijkt niet duidelijk uit de eis in BNB 1998/208 dat ‘de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst’. Uit de eis voor winstafhankelijkheid van de vergoeding, zoals hier geformuleerd, valt niet op te maken of de Hoge Raad hiermee bedoelt dat de vergoeding geheel winstafhankelijk dient te zijn of dat deze gedeeltelijk winstafhankelijk zou kunnen zijn om te kwalificeren voor de deelnemerschapslening. In HR 25 november 2005, BNB 2006/82 wordt door de Hoge Raad meer duidelijkheid geschapen en wordt een nadere invulling gegeven aan het criterium voor de winstafhankelijkheid van de vergoeding. In casu was er sprake van een deels winstafhankelijke vergoeding en een vaste interest op de lening. Bij de beoordeling of deze lening kwalificeerde als deelnemerschapslening, oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot de vergoeding als volgt: ‘Het rendement op de langstlopende staatsleningen beliep ten tijde van het afsluiten van de onderhavige lening ruim 8 percent per jaar. Daarvan uitgaande en voorts van de veronderstelling dat partijen, zo zij niet zouden hebben beoogd dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar, een aan dat rendement ten minste gelijkwaardige vergoeding voor de lening zouden zijn overeengekomen, moet worden geconcludeerd dat de vergoeding voor de onderhavige lening, zulks conform het kennelijke oogmerk van partijen bij het sluiten van de overeenkomst, vrijwel geheel winstafhankelijk is en daarmee voldoet aan desbetreffende eis’.⁸⁰ Hiermee is in elk geval duidelijk geworden dat de interestvergoeding niet geheel winstafhankelijk hoeft te zijn om te kwalificeren voor de deelnemerschapslening, maar dat daar ook sprake van kan zijn bij een vrijwel geheel winstafhankelijke vergoeding. Waar de grens ligt om een vergoeding als ‘vrijwel geheel’ winstafhankelijk te kwalificeren blijft echter de vraag. Naar mijn idee is een interest die voor 90% afhankelijk is van de winst, ‘vrijwel geheel’ winstafhankelijk.

⁸⁰ HR 25 november 2005, BNB 2006/82

▪ Achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers

Bouwman stelt zich bij deze voorwaarde de vraag wat ten eerste verstaan dient te worden onder ‘concurrente schuldeisers’. Hij definieert dit als zijnde ‘niet-bevoorrechte crediteuren met vorderingen waarvan niet bij overeenkomst of wet is vastgelegd dat zij achtergesteld zijn. De deelnemerschapslening dient dus achtergesteld te zijn bij al deze concurrente vorderingen’.⁸¹ Met de definitie die Bouwman hierbij geeft, rijst de vraag of dit dan ook schriftelijk vastgelegd moet zijn bij overeenkomst om de lening fiscaal te herkwalficeren tot deelnemerschapslening. Haberman is van mening dat dit inderdaad formeel dient te worden vastgelegd. Is dit niet het geval, dan kan er geen sprake zijn van een deelnemerschapslening volgens Haberman.⁸² Bouwman gaat hier niet in mee en is van mening dat ‘aan de voorwaarde van achterstelling toch ook is voldaan indien de inspecteur kan aantonen dat ondanks het ontbreken van een formeel vastgelegde achterstelling partijen wel degelijk een vordering als achtergesteld beschouwen en daar ook naar handelen’.⁸³ Van Strien vraagt zich bij deze stellinginname van Bouwman af of hij met ‘formeel vastgestelde achterstelling’ zowel een schriftelijke als mondelinge overeenkomst tot achterstelling bedoelt.⁸⁴ Indien deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord, schaarst Van Strien zich achter deze stellinginname van Bouwman en ook ik kan mij in deze benadering van de achterstelling van Bouwman vinden.

▪ Geen vaste looptijd en slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie

In de casus van BNB 1998/208 ‘werd de vraag aan de orde gesteld of de houders van winstdelende obligaties in zekere mate deel hadden in de onderneming van de debiteur. De casus had betrekking op achtergestelde winstdelende obligaties die in 1983 in het kader van een reddingsplan van een NV waren uitgereikt aan concurrente schuldeisers. Het aflossingsjaar was vastgesteld op 2033, zodat de obligaties een looptijd kennen van 50 jaren’.⁸⁵ Het oordeel van de Hoge Raad dat in onderhavige casus niet voldaan wordt aan het tweede criterium (geen vaste

⁸¹ Bouwman, J.N., ‘Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting – Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding’, Fiscale geschriften, 2002 Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, pg.32

⁸² Haberman, A.M., ‘Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders’, 1993 Kluwer, Deventer, pg.226

⁸³ Bouwman, J.N., ‘Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting – Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding’, Fiscale geschriften, 2002 Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, pg.33

⁸⁴ Van Strien, J., ‘Renteaftrekbepkeringen in de vennootschapsbelasting’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.103

⁸⁵ Brandsma, R.P.C.W.M., ‘Fiscale Monografieën - Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)’, 2003 Kluwer, Deventer, pg.49

looptijd), omdat de looptijd van de obligatielening 50 jaar bedroeg en derhalve geen sprake kan zijn van een deelnemerschapslening, heeft in de literatuur voor discussie gezorgd met betrekking tot leningen met een (extreem) lange looptijd. Brandsma pleit voor een meer inhoudelijke beoordeling van de looptijdeis en staat ook een zwaarwegende beoordeling van de hoogte van de aflossing voor. Indien bij een lening sprake is van een zeer lange looptijd en de aflossing niet meer is dan het nominale bedrag van de lening, is civielrechtelijk nog steeds sprake van een geldlening, omdat de hoofdsom nog steeds moet worden terugbetaald. Volgens Brandsma 'komt de aflossing in dat geval ver op de achtergrond te staan en heeft dan in wezen het ter leen verstrekte bedrag wel blijvend het vermogen van de geldverstrekker verlaten. Het accent voor het toetsen van de geldlening zou daarmee meer moeten liggen op de beoordeling van de winstafhankelijkheid van de rente en de achterstelling van de geldlening bij concurrente schuldeisers'.⁸⁶ Met Van Strien ben ik het echter eens dat de uitspraak van de Hoge Raad in BNB 1998/208 weinig anders te interpreteren is dan dat indien een vaste looptijd is afgesproken is, ongeacht de duur ervan, er geen sprake kan zijn van een deelnemerschapslening. Een beoordeling van de aflossing doet daar niet aan af: het wel of niet aanwezig zijn van een vaste looptijd is zeer feitelijk en voor weinig andere interpretaties vatbaar. Sommerhalder en Engelen zijn de mening toegedaan dat er geen sprake is van een vaste looptijd 'indien op grond van de feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat door partijen in werkelijkheid is beoogd de verstrekte gelden aan de schuldenaar ter beschikking te stellen zolang haar activiteiten voortgang vinden, dan wel het op het moment van aangaan van de lening partijen duidelijk is of zou moeten zijn dat het tijdstip van faillissement, surcéance van betaling of liquidatie is gelegen voor het einde van de overeengekomen looptijd'.⁸⁷ Van Strien is echter van mening dat in het licht van BNB 1998/208 en de daarin geformuleerde vaste looptijd-eis, het in dit geval dan een schijnhandeling betreft. Deze mening ben ik ook toegedaan: er is dan immers sprake van een andersluidende wilsovereenstemming als, zoals Sommerhalder en Engelen aangeven, de schuldeiser beoogd heeft de verstrekte gelden ter beschikking te stellen zolang de activiteiten voortgang vinden of tot faillissement, surcéance van betaling of liquidatie. Mijns inziens heeft de geldverstrekking in dat geval het vermogen van de schuldeiser definitief verlaten.

⁸⁶ Brandsma, R.P.C.W.M., annotatie bij HR 11 maart 1998, nr 32 240 BNB 1998/208c* in FED 1998/272

⁸⁷ Sommerhalder, R.A., Engelen, F.A., 'Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen', WFR 1999/470

In HR 25 november 2005, BNB 2006/82 heeft de Hoge Raad echter nadere invulling gegeven aan de vaste looptijd-eis van BNB 1998/208. In casu ging het om een lening in de vorm van een zogenoemde ‘prêt participatif’ van belanghebbende aan haar Franse deelneming. Een verdere beschouwing van de prêt participatif laat ik in onderhavig onderzoek verder buiten beschouwing. Ter discussie stond of de prêt participatif fiscaal kwalificeerde als deelnemerschapslening en de uit hoofde van deze lening ontvangen vergoedingen derhalve onder de deelnemingsvrijstelling vielen. Hof Den Bosch oordeelde dat de vergoedingen ontvangen uit hoofde van de prêt participatif niet volledig afhankelijk waren van de winst van de Franse deelneming en bovendien niet slechts opeisbaar zijn bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie aangezien de prêt participatif een vaste looptijd heeft van 95 jaar. Daaraan doet niet af dat de looptijd van deze lening vrijwel geheel overeenkomt met de wettelijke levensduur van de deelneming.⁸⁸ Hof Den Bosch concludeert derhalve dat de prêt participatif niet voldoet aan de eisen die aan een deelnemerschapslening worden gesteld. A-G Overgaauw trekt echter een andere conclusie en is van mening dat de looptijd van 95 jaar in zo vergaande mate (nagenoeg geheel) overeen komt met de wettelijke levensduur van de deelneming, dat de prêt participatif gelijk gesteld moet worden met een geldverstrekking die slechts opeisbaar is bij liquidatie en derhalve kwalificeert als deelnemerschapslening. De Hoge Raad neemt voornoemde overwegingen van zowel Hof Den Bosch als A-G Overgaauw wat betreft de wettelijke levensduur van de deelneming niet in ogenschouw en oordeelt dat de looptijd van de lening zodanig lang is, meer dan 50 jaar, dat aan de omstandigheid dat de lening een vaste looptijd heeft van 95 jaar zelfstandige betekenis moet worden ontzegd en dat deze opvatting strookt met welke door de gemeenschapsrechter wordt gehuldigd. De Hoge Raad refereert hier aan een overweging van A-G Overgaauw waarin hij aangeeft dat in de Interest-Royaltyrichtlijn onder artikel 4, eerste lid onderdelen b respectievelijk d is opgenomen dat onder interest niet wordt verstaan (en de bronstaat derhalve de voordelen van de richtlijn niet hoeft toe te kennen) ‘uitkeringen uit schuldvorderingen die de schuldeiser het recht geven deel te nemen in de winst van de schuldenaar’ of ‘uitkeringen uit schuldvorderingen die geen bepalingen betreffende terugbetaling van de hoofdsom bevatten of waarvan de

⁸⁸ Naar Frans recht heeft de Franse deelneming wettelijke levensduur van 99 jaar. De deelneming was opgericht in 1988 en de prêt participatif werd verstrekt in 1992. Hiermee is de looptijd van de prêt participatif vrijwel gelijk aan de wettelijke levensduur van de deelneming, maar naar het oordeel van Hof Den Bosch is verlenging van de levensduur van de vennootschap heel goed mogelijk en gebruikelijk indien deze nog daadwerkelijk actief is.

terugbetaling meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is'. De Hoge Raad lijkt hieraan de gevolgtrekking te verbinden dat op een lening met een looptijd langer dan 50 jaar volgens de Interest-Royaltyrichtlijn de ontvangen vergoeding niet onder de noemer 'interest' kan vallen en derhalve fiscaal geen sprake is van een lening, maar een kapitaalverstrekking. Ook de looptijd van 50 jaar van de lening die ter discussie stond in BNB 1998/208 zou aan de overweging in BNB 2006/82 ten grondslag kunnen liggen, maar dat lijkt mij sterk. De Hoge Raad geeft in 1998/208 juist aan dat aan de vaste looptijd van 50 jaar betekenis kan worden ontzegd. Met Van Strien ben ik het eens dat hieruit niet afgeleid kan worden 'dat aan een looptijd van 55, 75 of 95 evenmin zelfstandige betekenis kan worden ontzegd'.⁸⁹

Ik heb echter moeite met de geherformuleerde looptijd-eis. Het eigen vermogen staat een onderneming immers voor onbepaalde tijd ter beschikking. Indien een geldverstrekking derhalve een looptijd heeft van 51 jaar, staat dit niet voor onbepaalde tijd ter beschikking aan de vennootschap. De geldverstrekking is dan opeisbaar en de terugbetalingsverplichting dient dan te worden voldaan. Bovendien is de geldverstrekking dan opeisbaar en treedt er een terugbetalingsverplichting op. Hieraan kan mijns inziens geen betekenis worden ontzegd, zeker niet nu in het geval van een looptijd van 49 jaar, de geldlening fiscaal wél als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd. Waarom de grens hier ligt op 50 jaar is mij onduidelijk. Ik ben daarom van mening dat deze derde voorwaarde nooit concreet geherformuleerd diende te worden van onbepaalde tijd naar langer dan 50 jaar: het criterium dat een vaste looptijd ontbreekt (en onder andere dáárom de geldverstrekking als deelnemerschapslening en derhalve fiscaal als eigen vermogen dient te worden gekwalificeerd) doet naar mijn mening meer recht aan wat onder het eigen vermogen dient te worden verstaan.

Na BNB 2006/82 luiden de (cumulatieve) voorwaarden voor de deelnemerschapslening als volgt:

- Vrijwel geheel winstafhankelijke interestvergoeding;
- De lening is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en;
- De lening heeft een looptijd van langer dan 50 jaar of is slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.

⁸⁹ Van Strien, J., *'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting'*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.101

Zoals aangegeven, waren de voorwaarden waaronder de deelnemerschapslening fiscaal geherkwalificeerd wordt naar eigen vermogen, door de Hoge Raad geformuleerd in HR 11 maart 1998, nr 32 240 BNB 1998/208c*. Ondanks dat met dit arrest duidelijk werd wat onder de deelnemerschapslening moest worden verstaan, werd ook duidelijk dat belastingplichtigen hier effectief op konden inspelen.⁹⁰ Uiteindelijk werd daarom in 2002 de deelnemerslening gecodificeerd in artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB, waarbij in lid 2 tot en met lid 4 nadere toepassingsvoorwaarden zijn opgenomen, de zogenoemde hybride leningwetgeving. De nadere toepassingsvoorwaarden zijn vervolgens in 2007 weer komen te vervallen en sindsdien wordt voor de hybride leningwetgeving volstaan met enkel de bepaling zoals opgenomen in artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VpB 1969, waarin is opgenomen dat vergoedingen op een geldlening alsmede waardemutaties van de lening, bij het bepalen van de fiscale winst niet in aftrek komen indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige. Reden voor de versimpeling is dat de nadere wettelijke invulling van het begrip hybride lening in de praktijk weinig werd toegepast, gecompliceerd was en de geformuleerde randvoorwaarden beperkingen oplegde aan de toepassing van de bepaling.⁹¹ Om dit weg te nemen is daarom de nadere wettelijke invulling vervallen en gekozen voor de abstracte formulering zoals nu opgenomen in artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VpB 1969, zodat daarmee wordt teruggevallen op de toepassingsvoorwaarden voor het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen zoals ontwikkeld in de jurisprudentie voor wat betreft de deelnemerschapslening.⁹²

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is het fiscaal eigen vermogen besproken. De Wet VpB 1969 geeft geen definitie voor het eigen vermogen. Wel is op basis van de gewezen jurisprudentie een categorie binnen het eigen vermogen geformuleerd welk bestaansrecht zich slechts binnen de fiscaliteit bevindt: de informele kapitaalbreng. Bij een informele kapitaalbreng vindt er geen storting op aandelen

⁹⁰ Brandsma, R.P.C.W.M., *Fiscale Monografieën - Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, 2003 Kluwer, Deventer, pg.73

⁹¹ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr.3, Wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota Werken aan winst - Memorie van toelichting, pg.19

⁹² Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr.3, Wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota Werken aan winst - Memorie van toelichting, pg.19

plaats, maar vindt een bewuste bevoordeling door de aandeelhouder aan de vennootschap plaats in de vorm van geld of goederen. De informele kapitaalbreng in de vermogenssfeer vindt onder andere plaats door de her kwalificatie van civielrechtelijk vreemd vermogen naar fiscaalrechtelijk eigen vermogen. Op de hoofdregel dat de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking leidend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan, is door de Hoge Raad in HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217c* inbreuk gemaakt: in dit arrest zijn drie vormen van geldverstrekkings geformuleerd die civielrechtelijk vreemd vermogen zijn, maar fiscaalrechtelijk aangemerkt dienen te worden als eigen vermogen. Het gaat om de volgende gevallen:

1. Schijnlening: partijen fingeren een overeenkomst van geldlening te zijn overeengekomen, maar hebben in werkelijkheid een kapitaalverstrekking beoogd. Hierbij is het derhalve van belang dat er sprake is van een ‘andersluidende wilsovereenstemming’. Dit is echter moeilijk te achterhalen, aangezien dit geen objectief waarneembaar criterium is, maar vooral een subjectieve grondslag heeft. Om dit toch te achterhalen, is mijns inziens de belangrijkste indicator voor de aanwezigheid van een andersluidende wilsovereenstemming, de invulling van de aflossingsverplichting: ontbreekt de terugbetalingsverplichting of is sprake van een extreem lange looptijd, dan kan dit een indicatie zijn voor een schijnlening.
2. Bodemloze putlening: de vordering komt geen waarde toe, omdat reeds aanstonds bij het verstrekken van de geldlening duidelijk moet zijn geweest dat de geldlening nooit terugbetaald zou kunnen worden. Een lening met een dermate hoog risico zal hoogstwaarschijnlijk alleen in groepsverhoudingen verstrekt worden. Indien bij het verstrekken van de lening niet reeds aanstonds duidelijk was dat de vordering niet terugbetaald zou worden, is naar mijn mening niet aan de drie cumulatieve criteria voldaan en is derhalve geen sprake van een bodemloze putlening.
3. Deelnemerschapslening: de schuldeiser heeft een geldlening verstrekt welke een winstafhankelijke vergoeding kent, achtergesteld is bij alle concurrente schuldeisers en een looptijd langer dan 50 jaar heeft, waardoor de schuldeiser onder deze voorwaarden met het uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. In eerste instantie luidde de voorwaarde zoals geformuleerd door de Hoge Raad dat sprake moest zijn van geen vaste looptijd van de geldverstrekking en dat deze slechts opeisbaar is bij

faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Dit is in latere jurisprudentie bijgesteld van geen vaste looptijd naar een looptijd van langer dan 50 jaar. Mijns inziens is dit niet terecht: het eigen vermogen staat de onderneming immers voor onbepaalde tijd ter beschikking. Indien een lening, waarbij voldaan is aan de overige twee voorwaarden en een looptijd heeft van 51 jaar, dient dit fiscaal te worden geherkwalificeerd naar eigen vermogen. Echter, na 51 jaar dient voldaan te worden aan de terugbetalingsverplichting. De geldverstrekking staat de vennootschap in dat geval derhalve *niet* voor onbepaalde tijd ter beschikking. Ook de grens van 50 jaar is mij niet geheel duidelijk: wat maakt het grote verschil (ervan uitgaande dat voldaan is aan de overige twee voorwaarden) tussen een lening met een looptijd van 49 jaar en een lening met een looptijd van 51 jaar? Mijns inziens had de looptijd-eis derhalve nooit geherformuleerd dienen te worden, daar het criterium van geen vaste looptijd meer recht doet aan een herkwalificatie naar eigen vermogen.

In het volgende hoofdstuk zal het fiscaalrechtelijk vreemd vermogen worden besproken.

4. Het vreemd vermogen naar fiscaal recht

4.1 Inleiding

Het fiscaal vreemd vermogen staat regelmatig ter discussie. Zoals aangegeven in hoofdstuk 1 is de reden daarvoor gelegen in het verschil in de fiscale behandeling van waardemutaties en vergoedingen voor eigen vermogen en voor vreemd vermogen. Fiscaal worden de waardemutaties en vergoedingen voor eigen vermogen niet betrokken in de berekening van de belastbare winst, terwijl de waardemutaties en vergoedingen voor vreemd vermogen wel in aanmerking worden genomen. Vennootschappen zijn er daarom bij gebaat de onderneming zoveel mogelijk met vreemd vermogen te financieren, aangezien de (in principe) aftrekbare interestlasten de belastbare winst van de vennootschap drukken, resulterend in een lager bedrag aan af te dragen vennootschapsbelasting. Vanuit de Staat bezien, is zij echter gebaat bij een zo hoog mogelijke belastbare winst, resulterend in een hoger bedrag aan te ontvangen vennootschapsbelasting. Daarom wordt regelmatig de kwalificatie van het vreemd vermogen beoordeeld, teneinde vast te stellen of in fiscaalrechtelijk opzicht sprake is van eigen dan wel van vreemd vermogen. Is dit succesvol, dan kunnen de waardemutaties en de vergoedingen voor de geldverstrekking niet meer worden betrokken bij de bepaling van de belastbare winst, resulterend in een voor de vennootschap hoger af te dragen bedrag aan vennootschapsbelasting.

In hoofdstuk 3 is de fiscale kwalificatie van eigen vermogen behandeld. Hierin werd onder andere ingegaan op drie vormen van geldverstrekkings die civielrechtelijk worden aangemerkt als vreemd vermogen, maar fiscaalrechtelijk worden aangemerkt als eigen vermogen. Op basis van die bespreking is duidelijk geworden op basis van welke feiten en omstandigheden fiscaal een herkwalificatie van de geldverstrekking naar eigen vermogen plaatsvindt. Desondanks is in de afgelopen jaren discussie geweest of er niet sprake is van een vierde categorie geldverstrekkings, genaamd de ‘onzakelijke lening’, welke fiscaal mogelijkerwijs ook geherkwalificeerd zou dienen te worden naar eigen vermogen. Hier zal op worden ingegaan in paragraaf 4.2. In paragraaf 4.3 wordt ingegaan op de vraag of het ook mogelijk is eigen vermogen fiscaal te herkwalificeren naar vreemd vermogen. In paragraaf 4.4 volgt de conclusie.

4.2 Het vreemd vermogen naar fiscaal recht

4.2.1 Inleiding

De kwalificatievraagstukken centrerend zich rond de vraag of de civielrechtelijke kwalificatie van een bepaalde geldverstrekking ook fiscaal als zodanig in stand kan worden gehouden. In hoofdstuk 3 is besproken in welke gevallen een geldverstrekking op basis van de jurisprudentie fiscaal *niet* kwalificeert als vreemd vermogen. De Hoge Raad heeft zich echter ook reeds uitgelaten wat *wel* kwalificeert als vreemd vermogen. Dit zal in onderhavige paragraaf worden besproken.

4.2.2 De essentie van een geldlening

In HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104 heeft de Hoge Raad zich reeds uitgelaten over in welk geval een geldverstrekking *wel* als vreemd vermogen dient te worden aangemerkt. De casus die hierin werd behandeld was als volgt: de activiteiten van belanghebbende bestonden uit het onderzoek naar en het opsporen van olie- en gasreserves in de Kaspische Zee. Deze activiteiten werden gestart in 1997. Om deze activiteiten te financieren had de aandeelhouder van belanghebbende aan belanghebbende in 1997 een geldlening verstrekt onder een zogenoemde ‘loan agreement’. De loan agreement bevatte een terugbetalingsverplichting: de vennootschap diende binnen zes maanden vanaf het moment dat de vennootschap de exploitatiefase van de gevonden olie- en gasreserves is ingegaan, een aflossingsschema te overleggen en diende vanaf dat moment te starten met de terugbetalingen. Verder waren er geen zekerheden verstrekt voor het opgenomen bedrag. In geding was of in feite sprake was van een geldlening of kapitaalverstrekking.⁹³ Volgens het Hof ontbeerde de terugbetalingsverplichting elke betekenis, omdat in de exploratiefase van dergelijke activiteiten (het onderzoeken en opsporen van olie- en gasreserves) het nog hoogst onzeker is of de vennootschap ook daadwerkelijk olie- en gasreserves zal vinden en over zal gaan tot daadwerkelijke exploitatie daarvan. Hierdoor is het

⁹³ Het arrest werd gewezen ten behoeve van de kapitaalsbelasting: de inspecteur merkte de geldverstrekking aan als kapitaalverstrekking en legde een naheffingsaanslag kapitaalsbelasting op. De kapitaalsbelasting werd geheven over de nominale waarde van het bijeengebrachte kapitaal. De kapitaalsbelasting is sinds 1 januari 2006 afgeschaft. Hoewel bovengenoemd arrest is gewezen voor de kapitaalsbelasting, kan de uitkomst hiervan ook doorgetrokken worden naar de vennootschapsbelasting. Het gaat hier immers om de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking in algemene zin: deze is voor zowel de kapitaalsbelasting als de vennootschapsbelasting gelijk. Met Molenaars en Boer ben ik het dan ook eens dat er geen reden lijkt te zijn om deze uitspraak niet door te trekken naar de vennootschapsbelasting.

onzeker of ooit aan de terugbetalingsverplichting zal kunnen worden voldaan. Een onafhankelijke derde zou daarom onder deze omstandigheden de geldverstrekking waarschijnlijk niet hebben verstrekt. De Hoge Raad stelt echter in diens overwegingen voorop dat de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking bepalend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan. Tevens overweegt de Hoge Raad het volgende: ‘Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervennootschap zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening.’⁹⁴ Met andere woorden: nu sprake is van een terugbetalingsverplichting op de geldverstrekking, hoe onzeker het ook is of de vennootschap de exploitatiefase zal betreden en de middelen zal bezitten om aan deze terugbetalingsverplichting te voldoen, kan aan het feit dat sprake is van een terugbetalingsverplichting geen betekenis worden ontzegd en vormt deze het wezenskenmerk van een geldlening.

Nu duidelijk is wat voor de Hoge Raad het wezenskenmerk is van een geldlening, zou de kwalificatie van vreemd vermogen niet echt een probleem moeten zijn. Niets is minder waar gezien de drie uitzonderingen op de hoofdregel zoals besproken in hoofdstuk 3. In de volgende paragraaf zal ingegaan worden op het reeds beslechte kwalificatievraagstuk omtrent de ‘onzakelijke lening’.

4.2.3 De onzakelijke lening

Zoals reeds aangegeven luidt de hoofdregel met betrekking tot de kwalificatie van een geldverstrekking dat de civielrechtelijke kwalificatie leidend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan. Hierop zijn in HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217c* drie uitzonderingen geformuleerd, waarbij de geldverstrekkings civielrechtelijk kwalificeren als vreemd vermogen, maar fiscaalrechtelijk geherkwalificeerd dienen te worden naar eigen

⁹⁴ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104

vermogen.⁹⁵ Als gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43 949, BNB 2008/191 is in de literatuur de vraag opgeworpen of er een vierde uitzondering op de hoofdregel mogelijk is in het rijtje van geldverstrekkingen die civielrechtelijk kwalificeren als vreemd vermogen, maar fiscaalrechtelijk op basis van de feiten en omstandigheden geherkwalificeerd dienen te worden naar eigen vermogen. In deze paragraaf wordt ingegaan op dit vraagstuk en de visies hieromtrent zoals verschenen in de literatuur.

4.2.3.1 De onzakelijke lening: eigen vermogen of vreemd vermogen?

In HR 9 mei 2008, nr. 43 949, BNB 2008/191 was de casus als volgt: belanghebbende had aan haar (minderheids)aandeelhouder een rentedragende geldlening verstrekt. De aandeelhouder heeft met deze geldlening aandelen in belanghebbende aangekocht. Verder heeft de aandeelhouder geen andere activiteiten dan het houden van de aandelen in belanghebbende: de lening zou derhalve afgelost moeten worden met de dividenden te ontvangen van belanghebbende. Er is geen leningsovereenkomst, partijen zijn geen aflossingsschema overeengekomen en er zijn geen zekerheden verstrekt. De verschuldigde interest wordt niet betaald en bijgeschreven op de hoofdsom van de geldlening. Door de tegenvallende resultaten van belanghebbende, werd uiteindelijk nooit dividend uitgekeerd aan de aandeelhouder, waardoor de geldlening ook niet kon worden afgelost. Belanghebbende waardeert de geldlening af en brengt deze afwaardering ten laste van haar winst. De inspecteur weigert echter de afwaardering. Het Hof oordeelt dat ‘de vormgeving van de geldverstrekking iedere zakelijkheid ontbeert’. Het Hof komt tot deze conclusie doordat er nooit een leningsovereenkomst is opgemaakt, geen aflossingsschema is vastgesteld en geen zekerheden zijn gevraagd noch verstrekt. Een onafhankelijke derde zou, naar het oordeel van het Hof, nooit een dergelijke lening zijn aangegaan en de geldverstrekking is derhalve niet aan te merken als een zakelijke lening. De belanghebbende heeft het volle debiteurenrisico aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Naar het oordeel van de Hoge Raad komt het Hof op basis van voornoemde feiten en omstandigheden terecht tot de conclusie dat de afwaardering van de geldlening niet ten laste mag worden gebracht van het resultaat.⁹⁶

⁹⁵ Zie hoofdstuk 3

⁹⁶ Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43 949, BNB 2008/191

Met dit arrest werd duidelijk dat de afwaardering niet ten laste van de winst mocht worden gebracht, omdat een dergelijke (onzakelijke) lening niet zou zijn verstrekt door een onafhankelijke derde en belanghebbende derhalve het debiteurenrisico heeft aanvaard om het belang van haar aandeelhouder te dienen. Dit debiteurenrisico dient derhalve in de kapitaalssfeer betrokken te worden: eventuele verliezen op de onzakelijke lening mogen niet ten laste van de winst worden gebracht. De Hoge Raad heeft zich echter in dit arrest niet uitgelaten over de fiscale kwalificatie van de onzakelijke lening als zodanig: is dit eigen vermogen of vreemd vermogen? In de literatuur is dit vraagstuk veelvuldig onder de loep genomen. Heithuis somt een aantal voorwaarden op (niet cumulatief), op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat een geldverstrekking in feite een onzakelijke lening is, zoals het 'ontbreken van een terugbetalingsverplichting, langere betalingstermijnen dan gebruikelijk is, het ontbreken van zekerheden, etc.'⁹⁷ Hij is stellig van mening dat, nog voor het arrest van 9 mei 2008, de onzakelijke lening een vierde uitzondering vormt op de hoofdregel en fiscaal ge(her)kwalificeerd dient te worden naar eigen vermogen (oftewel een informele kapitaalbreng bij een geldverstrekking van de aandeelhouder aan haar dochtermaatschappij). Heithuis gaat tevens in op het in HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104 genoemde wezenlijke kenmerk voor de kwalificatie van een geldverstrekking als zijnde geldlening (en derhalve vreemd vermogen), namelijk de terugbetalingsverplichting. Indien een geldverstrekking een terugbetalingsverplichting heeft, zelfs wanneer deze voorwaardelijk of onzeker is, is sprake van een geldlening. De terugbetalingsverplichting is immers het wezenlijke verschil tussen een kapitaalverstrekking of een geldlening. Hij lijkt hiermee aan te willen geven dat indien sprake is van het ontbreken van een terugbetalingsverplichting, de (onzakelijke) lening fiscaal niet als geldlening kan worden aangemerkt en de onzakelijke lening derhalve een vierde uitzondering op de hoofdregel is. Ik kan mij echter niet helemaal in deze gedachtegang vinden: indien de terugbetalingsverplichting ontbreekt, hebben partijen mijns inziens beoogd een kapitaalverstrekking te doen plaatsvinden. In dat geval is sprake van een andersluidende wilsovereenstemming en is de geldverstrekking mijns inziens een schijnlening in plaats van een

⁹⁷ Heithuis, E.J.W., 'Onzakelijke leningen. Een nieuw fenomeen of oude wijn in nieuwe zakken?', MBB 2008/156

onzakelijke lening. Zoals reeds besproken, dient deze dan fiscaal behandeld te worden als eigen vermogen.⁹⁸

In zijn noot bij het arrest van 9 mei 2008, geeft Albert aan dat zijns inziens de Hoge Raad de juiste benadering heeft gekozen en dus terecht heeft geconcludeerd dat de afwaardering van de vordering niet ten laste van de winst van de schuldeiser kan worden gebracht. Hij geeft tevens aan dat het wel degelijk mogelijk is de afwaardering op vreemd vermogen ten laste van de winst te weigeren. Met andere woorden: de geldverstrekking hoeft volgens Albert niet geherkwalificeerd te worden tot eigen vermogen om een dergelijke afwaardering ten laste van de winst te weigeren. Albert is derhalve van mening dat fiscaal sprake kan zijn van een tussencategorie, namelijk de geldverstrekking dat vreemd vermogen vormt, maar waarvan de afwaardering afgehandeld dient te worden in de kapitaalsfeer. De basis hiervoor bevindt zich, aldus Albert, in artikel 3.8 Wet IB 2001 en de schakelbepaling van artikel 8 lid 1 Wet VpB 1969. Hierin is bepaald dat de winst uit onderneming het bedrag is van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. ‘Waar het bij de winstbepaling van een bv dus op aankomt, is te bepalen of de inkomsten en uitgaven ‘uit onderneming’ zijn verkregen. Het woord ‘uit’ duidt erop dat er een causale band met de ondernemingsuitoefening moet zijn. Nadelen die niet uit onderneming zijn verkregen, zijn niet aftrekbaar (onttrekkingen).’⁹⁹ In de casus van het arrest van 9 mei 2008 was sprake van een dermate hoog debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde dat niet zou hebben geaccepteerd. Het nadeel dat uit dit debiteurenrisico voortvloeide, was derhalve geen nadeel dat uit de onderneming is verkregen: er was geen causaal verband tussen het nadeel en de ondernemingsuitoefening, maar een causaal verband tussen het nadeel en het geaccepteerde debiteurenrisico. ‘De verarming die optreedt bij verwezenlijking van het debiteurenrisico (de verarming die op het verstrekken van de lening is terug te voeren; de afwaardering van de lening), vormt geen negatief voordeel uit onderneming in de zin van artikel 3.8 Wet IB 2001, maar een onttrekking voor andere dan bedrijfsdoeleinden.’¹⁰⁰ De afwaardering op de lening is een gevolg van het accepteren van het debiteurenrisico op de lening, welke slechts is geaccepteerd

⁹⁸ Zie paragraaf 3.3.2

⁹⁹ Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43 949, BNB 2008/191, noot Albert

¹⁰⁰ Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43 949, BNB 2008/191, noot Albert

om het belang van de aandeelhouder te dienen. Binnen deze benadering van Albert blijft de geldverstrekking fiscaal derhalve gekwalificeerd als vreemd vermogen en worden slechts de voor- en nadelen uit de geldverstrekking in de kapitaalsfeer afgehandeld.

Ook Egelie is van mening dat de onzakelijke lening in de casus van het arrest van 9 mei 2008 niet een vierde uitzondering op de hoofdregel vormt en derhalve fiscaal vreemd vermogen blijft. ‘Pas wanneer een civielrechtelijke lening ook fiscaalrechtelijk als zodanig kwalificeert (zoals ook het geval is bij de onderhavige lening), komt het ‘at-arm’s-length-leerstuk’ van de onzakelijke lening in beeld en dienen de voorwaarden op zakelijkheid te worden getoetst.’¹⁰¹ Het aanvaarden van het volle debiteurenrisico onder de voorwaarden die van toepassing waren op deze geldverstrekking, waren aanvaard met de bedoeling het belang van de aandeelhouder te dienen. Dit is niet at arm’s length, een onafhankelijke derde had dit debiteurenrisico immers niet aanvaard, dus het afwaarderingsverlies op de geldverstrekking is niet aftrekbaar.¹⁰²

Molenaars en Boer ‘zijn van mening dat op basis van dit arrest niet geconcludeerd kan worden dat de Hoge Raad het bestaan erkent van een nieuwe tussencategorie tussen vreemd en eigen vermogen, te weten die ‘onzakelijke leningen’ waarvan de fiscale behandeling zich, zonder dat van herkwalificatie sprake is, afspeelt in de kapitaalsfeer.’¹⁰³ Met andere woorden: een geldverstrekking dat fiscaal als vreemd vermogen gekwalificeerd dient te worden, kan niet afgehandeld worden in de fiscale kapitaalsfeer. Molenaars en Boer zijn derhalve van mening dat een dergelijke onzakelijke lening fiscaal geherkwalificeerd dient te worden naar eigen vermogen.

Engelen en Scharrenburg vragen zich bij het arrest van 9 mei 2008 af ‘of het verstrekken van de lening als zodanig moet worden aangemerkt als een handelen door of ten behoeve van de aandeelhouder en niet slechts het aanvaarden van het risico dat de geldverstrekking wellicht niet zal worden terugbetaald.’¹⁰⁴ Zij maken hierbij de vergelijking met de bodemloze putlening, waarbij het reeds aanstonds duidelijk is dat uit de geldverstrekking een verlies zal volgen

¹⁰¹ Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43 949, NTFR 2008/902, commentaar Egelie

¹⁰² Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43 949, NTFR 2008/902, commentaar Egelie

¹⁰³ Molenaars, M.L., Boer, R.A., ‘*Het onzakelijke leningenarrest van 9 mei 2008; een exegeese*’, MBB 2008/347

¹⁰⁴ Engelen, F.A., Van Scharrenburg, R., ‘*Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting*’, WFR 2008/705

vanwege de vermogenspositie van de schuldenaar, namelijk zodanige verliezen dat de geldverstrekking nooit zal kunnen worden terugbetaald en derhalve aan de vordering geen waarde toekomt.¹⁰⁵ In het licht van het arrest van 9 mei 2008 zeggen Engelen en Scharrenburg dat ‘van een bodemloze putlening zou moeten worden aangenomen dat het debiteurenrisico door de schuldeiser in zijn kwaliteit van aandeelhouder, dan wel ten behoeve van zijn aandeelhouder is aanvaard¹⁰⁶, met als gevolg dat het verlies op een dergelijke lening, dat zich aanstonds manifesteert, moet worden aangemerkt als een verkapte winstuitdeling aan, dan wel een informele kapitaalstorting in de schuldenaar.’¹⁰⁷ De geldverstrekking die ter discussie stond in het arrest van 9 mei 2008 fiscaal aanmerken als lening achten zij onwenselijk, omdat zowel in het geval van een bodemloze putlening als de onderhavige onzakelijke lening ‘door een onafhankelijke derde immers niet dan wel niet tot hetzelfde bedrag zou zijn verstrekt, zodat logischerwijs in beide gevallen moet worden aangenomen dat de lening in zoverre is verstrekt door of ten behoeve van de aandeelhouder als zodanig en deze bijgevolg fiscaal als kapitaal moet worden behandeld.’¹⁰⁸ Dat in geval van de bodemloze putlening het verlies als gevolg van het debiteurenrisico zich reeds bij het verstrekken van de lening voordoet en bij de onzakelijke lening later, doet daaraan volgens hen niet af. Ik vraag mij echter het volgende af: door welke factoren wordt de mate van het debiteurenrisico bepaald? Wordt dit slechts bepaald door de vermogenspositie van de schuldenaar of dienen de gestelde zekerheden daarvoor ook in aanmerking genomen te worden (of juist de afwezigheid daarvan)? Mijns inziens wordt de mate van het debiteurenrisico vooral ingegeven door de mogelijkheid van de schuldenaar de geldverstrekking terug te kunnen betalen. Dit kan beoordeeld worden door de vermogenspositie van de schuldenaar te bekijken ten tijde van de geldverstrekking (alhoewel bij de onzakelijke lening het debiteurenrisico niet alleen ten tijde van het verstrekken van de geldverstrekking getoetst dient te worden, maar dit permanent dient te geschieden). Hiervan uitgaande, mede vanuit de herkwalificatie-voorwaarden voor de bodemloze putlening bezien, betekent dit dat het debiteurenrisico onder andere reeds bij het verstrekken van de geldverstrekking beoordeeld dient te worden. Indien dan niet reeds aanstonds duidelijk is dat de schuldenaar de geldverstrekking

¹⁰⁵ Zie paragraaf 3.3.3

¹⁰⁶ Mijns inziens bedoelen Engelen en Scharrenburg hier aan te geven het door de schuldeiser aanvaarde debiteurenrisico in zijn hoedanigheid als aandeelhouder, dan wel het door de schuldeiser aanvaarde risico ten behoeve van diens aandeelhouder.

¹⁰⁷ Engelen, F.A., Van Scharrenburg, R., ‘Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting’, WFR 2008/705

¹⁰⁸ Engelen, F.A., Van Scharrenburg, R., ‘Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting’, WFR 2008/705

niet zou kunnen terugbetalen (en derhalve het debiteurenrisico lager is dan bij de bodemloze putlening), kan mijns inziens niet ervan uit worden gegaan dat een onafhankelijke derde het debiteurenrisico op dat moment niet zou hebben aanvaard. In dat geval is fiscaal sprake van vreemd vermogen (echter niet van een onzakelijke lening) gelet op het arrest van 9 mei 2008. Met voorgaande blijkt dat de bodemloze putlening en de onzakelijke lening zoals deze was vormgegeven in het arrest van 9 mei 2008 veel raakvlakken met elkaar vertonen: het enige verschil tussen beiden lijkt te zijn dat het verlies door het aanvaarden van het debiteurenrisico zich bij de bodemloze putlening aanstonds manifesteert, terwijl dit bij de onzakelijke lening later (anders gezegd: niet aanstonds) manifesteert. Op basis hiervan ben ik het met Engelen en Scharrenburg eens dat het arrest van 9 mei 2008 op gespannen voet staat met het arrest van 27 januari 1988, waarin de bodemloze putlening wél als eigen vermogen wordt aangemerkt.¹⁰⁹

Uit voorgaande moge duidelijk zijn dat na het arrest van 9 mei 2008 niet helder was wat de fiscaalrechtelijke kwalificatie is van de zogenoemde onzakelijke lening en wat de gevolgen daarvan waren (deze zullen in hoofdstuk 5 worden behandeld). Hier is (meer) duidelijkheid in gekomen na de '25 november'-arresten.

4.2.3.2 Duidelijkheid na de 25 november-arresten

In een drietal arresten is door de Hoge Raad meer duidelijkheid gebracht in het vraagstuk omtrent de fiscale kwalificatie van de onzakelijke lening, namelijk HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, nr. 10/05161, BNB 2012/38 en nr. 10/04588, BNB 2012/78. Het kernarrest omtrent de kwalificatie van de onzakelijke lening is BNB 2012/37. De casus was als volgt: belanghebbende verkocht op 30 december 1999 haar effectenportefeuille aan haar dochtermaatschappij (welke met belanghebbende was gevoegd in een fiscale eenheid) tegen een rekening-courantschuld. De interest hierover bedroeg vijf procent. In februari 2001 is de rekening-courantschuld omgezet in een geldlening waarover jaarlijks 5% interest verschuldigd is. Tevens is overeengekomen dat de geldlening binnen tien jaar wordt afgelost en dat de dochtermaatschappij ten behoeve van de belanghebbende een pandrecht op eerste vordering vestigt op alle door de dochtermaatschappij gehouden effecten. In de jaren 2000 en 2001 is de

¹⁰⁹ Engelen, F.A., Van Scharrenburg, R., 'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', WFR 2008/705

dochtermaatschappij de interest schuldig gebleven. In 2001 waardeert belanghebbende de vordering af, vanwege het negatief vermogen van de dochtermaatschappij. Het bedrag van de afwaardering is gelijk aan het negatief vermogen van de dochtermaatschappij. In geschil is of het afwaarderingsverlies ten laste van de fiscale winst mag worden gebracht. De Hoge Raad gaat in zijn overwegingen eerst in op de drie uitzonderingsgevallen op de hoofdregel, waarin vreemd vermogen fiscaal wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Vervolgens geeft de Hoge Raad aan dat ‘het niet past in het wettelijk systeem dat in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt.’¹¹⁰ Hiermee heeft de Hoge Raad onomwonden een einde gemaakt aan de onduidelijkheid omtrent de fiscale kwalificatie van de onzakelijke lening: dit blijft ook fiscaal vreemd vermogen en is geen vierde uitzondering op de hoofdregel. Vervolgens geeft de Hoge Raad een nadere definitie van de onzakelijke lening namelijk, ‘indien met inachtneming van het hiervoor (...) overwogene geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken aan de met de vennootschap gelieerde partij, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen.’¹¹¹ Nieuweboer distilleert hieruit drie cumulatieve voorwaarden voor de onzakelijke lening, namelijk:

- de lening is door de belastingplichtige verstrekt aan een gelieerde maatschappij;
- heeft een onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico;
- op het moment van aangaan van de lening.¹¹²

Het debiteurenrisico is, aldus Nieuweboer, ‘onbeprijgbaar indien een renteaanpassing, onder overigens gelijkblijvende voorwaarden, niet genoeg is om een zakelijke vergoeding te bereiken voor het hoge debiteurenrisico. De grens ligt hier bij de winstdelende rente. Het is niet de bedoeling de rente zodanig te verhogen dat de lening in wezen winstdelend zou worden. Dan

¹¹⁰ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB2012/37

¹¹¹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB2012/37

¹¹² HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB2012/37, commentaar Nieuweboer

verandert het karakter te veel van wat partijen oorspronkelijk overeen zijn gekomen.¹¹³ Dit aanvaarde debiteurenrisico wordt niet alleen ingegeven door de mogelijkheid van de schuldenaar de geldverstrekking weer te kunnen terugbetalen, maar wordt tevens ingevuld door het risico dat de interest over de lening niet wordt betaald. Ook het debiteurenrisico met betrekking tot de verschuldigde interest op de onzakelijke lening dient derhalve in de kapitaalsfeer te worden afgehandeld.¹¹⁴

Indien op het moment van aangaan van de lening aan de overige twee voorwaarden is voldaan, is sprake van een onzakelijke lening. Echter, het belang van de beoordeling of de geldlening in zijn geheel zakelijk, dan wel onzakelijk is doet zich pas voor wanneer de belastingplichtige een afwaarderingsverlies op de geldlening ten laste van de fiscale winst brengt. Mijns inziens is daarom niet van belang of de geldlening reeds bij het aangaan daarvan kwalificeerde als een onzakelijke lening: indien de lening op het moment van aangaan zakelijk was en gedurende de looptijd, door wijzigende voorwaarden omslaat naar een onzakelijke lening, is het afwaarderingsverlies op het moment dat de geldlening een onzakelijke lening is door de gewijzigde voorwaarden nog steeds niet aftrekbaar. De derde cumulatieve voorwaarde is mijns inziens daarom niet van belang bij het bepalen of er sprake is van een onzakelijke lening: dit dient gedurende de looptijd getoetst te worden, vooral op het moment dat de belastingplichtige een afwaarderingsverlies ten laste van de fiscale winst wilt brengen.

De eerste voorwaarde wordt mijns inziens nader ingevuld door BNB 2012/78: hierin is namelijk duidelijk geworden dat het niet van belang is of er sprake is van een onzakelijke lening ‘omlaag’ (van aandeelhouder aan dochtermaatschappij), ‘omhoog’ (van dochtermaatschappij aan aandeelhouder) of ‘opzij’ (van de ene groepsmaatschappij aan de andere) ‘De onzakelijke aanvaarding van het debiteurenrisico is immers ook in dergelijke gevallen gebaseerd op de aandeelhoudersrelatie tussen de schuldenaar en de schuldeiser van de geldlening.’¹¹⁵ Dit lijkt echter nog niet iedereen ervan overtuigd te hebben dat ook het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘opzij’ niet aftrekbaar is. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 4.2.3.3.

¹¹³ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, commentaar Nieuweboer

¹¹⁴ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37

¹¹⁵ HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78

4.2.3.3 De onzakelijke lening ‘opzij’

Met de onzakelijke lening opzij wordt bedoeld de onzakelijke lening verstrekt in gelieerd verband, anders dan de onzakelijke lening omhoog (van deelneming aan aandeelhouder) en de onzakelijke lening omlaag (van aandeelhouder aan deelneming). Dit strekt derhalve verder dan een onzakelijke lening verstrekt aan een zustervennootschap, maar betreft elke verstrekte onzakelijke lening aan een maatschappij welke onder dezelfde gemeenschappelijke leiding of toezicht valt als de schuldeiser.¹¹⁶ Heithuis bepleit, met betrekking tot de onzakelijke lening ‘opzij’, dat eventuele afwaarderingsverliezen hierop niet in de kapitaalsfeer afgehandeld dienen te worden, maar aftrekbaar zijn.¹¹⁷ Hij concludeert dit naar aanleiding van HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149 waarin de Hoge Raad oordeelt ‘dat belanghebbende in haar hoedanigheid van aandeelhouder het debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar dochtermaatschappij en kleindochtermaatschappij te dienen. Daardoor vallen de gevolgen van dit risico in de kapitaalsfeer tussen belanghebbende en (klein)dochtermaatschappij, in die zin dat, aangezien het risico zijn oorzaak vond in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen, bij de winstberekening van de betrokken vennootschappen de voor- en nadelen die daaruit voortvloeien buiten beschouwing blijven, bij belanghebbende door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling.’¹¹⁸ Heithuis lijkt hieruit te lezen dat het afwaarderingsverlies slechts niet aftrekbaar is, indien de schuldeiser de aandeelhouder in de schuldenaar is en de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en bepleit derhalve, dat ingeval een vennootschap een vordering heeft op haar zustervennootschap, het afwaarderingsverlies op deze vordering aftrekbaar is, nu in dat geval de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.¹¹⁹ Albert is het niet eens met deze stelling van Heithuis en beargumenteert dit met de definitie van de onzakelijke lening zoals aangegeven door de Hoge Raad in het reeds besproken kernarrest van 25 november 2011.¹²⁰ Aldus de Hoge Raad is sprake van een

¹¹⁶ Arts, J.H.M., *‘Onzakelijke leningen’*, 2013, Kluwer, Deventer, pg.104

¹¹⁷ Heithuis, E.J.W., *‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’*, WFR 2013/998

¹¹⁸ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149

¹¹⁹ Heithuis, E.J.W., *‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’*, WFR 2013/998

¹²⁰ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37

onzakelijke lening ‘indien geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken aan de met de vennootschap gelieerde partij, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen’.¹²¹ Albert is op basis van deze overweging van mening dat ‘een lening die een vennootschap verstrekt aan haar zustervennootschap binnen het bereik van de onzakelijke leningjurisprudentie valt, omdat de crediteur en debiteur gelieerd zijn.’¹²² Tevens geeft Albert aan dat ‘de gemeenschappelijke aandeelhouder van de crediteur en debiteur de “onzichtbare hand” is achter de lening. De vennootschap heeft het debiteurenrisico op zich genomen met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen. De verarming die de vennootschap door de afwaardering tot uitdrukking brengt, vormt een onttrekking.’¹²³

Heithuis verbindt, mijns inziens onterecht, de gevolgtrekking aan HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149, dat afwaarderingsverliezen op de onzakelijke lening ‘opzij’ aftrekbaar zijn, omdat de schuldeiser niet de aandeelhouder is van de schuldenaar en de deelnemingsvrijstelling derhalve niet van toepassing is. Dit is naar mijn mening niet de reden op basis waarvan het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is in het arrest van 15 maart 2013 en de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad in dit arrest. De kern van de niet-aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies zit mijns inziens in de volgende zinsnede: ‘voor het onderhavige geval ervan moet worden uitgegaan dat belanghebbende in haar hoedanigheid van aandeelhouder het debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar (klein)dochtermaatschappij te dienen. Daardoor vallen de gevolgen van dit risico in de kapitaalsfeer tussen belanghebbende en de (klein)dochtermaatschappij (...).’¹²⁴ Mijns inziens valt uit de hiervoor aangehaalde zinsnede duidelijk op te maken dat het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is, vanwege het debiteurenrisico dat door belanghebbende is aanvaard om het belang van haar (klein)dochtermaatschappij te dienen en heeft de Hoge Raad met de zinsnede ‘bij belanghebbende door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling’ slechts de uitwerking van dit niet-aftrekbare afwaarderingsverlies bij belanghebbende willen aangeven. Ik ben echter van

¹²¹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37

¹²² Albert, P.G.H., ‘De onzakelijke lening opzij’, WFR 2013/1464

¹²³ Albert, P.G.H., ‘De onzakelijke lening opzij’, WFR 2013/1464

¹²⁴ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149

mening dat deze uitwerking, de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling, niet helemaal juist is. Zoals de Hoge Raad aangeeft, vallen de gevolgen van het debiteurenrisico in de kapitaalsfeer tussen belanghebbende en de (klein)dochtermaatschappij: mijns inziens betekent dit derhalve dat het afwaarderingsverlies moet worden aangemerkt als een informele kapitaalstorting in de (klein)dochter. Bij het betrekken van dit verlies in de kapitaalsfeer, wordt derhalve niet aan de deelnemingsvrijstelling toegekomen. De toevoeging van de Hoge Raad zorgt in deze derhalve voor verwarring, resulterend in het betoog van Heithuis dat sprake moet zijn van de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling bij onzakelijke leningen ‘opzij’ om een eventueel afwaarderingsverlies niet in aftrek toe te laten.

Met Albert ben ik het eens dat bovenstaande niet past binnen de overwegingen van de Hoge Raad in het kernarrest van 25 november 2011, waarin duidelijk is aangegeven dat onder andere sprake is van een onzakelijke lening indien de geldverstrekking heeft plaats gevonden in gelieerd verband. Waarom Heithuis hieraan voorbij gaat en concludeert dat de schuldeiser de aandeelhouder van de schuldenaar dient te zijn (en de deelnemingsvrijstelling van toepassing dient te zijn) wordt helaas niet duidelijk. In een latere publicatie verdedigt Heithuis nogmaals de stelling dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘opzij’ aftrekbaar is, maar dan met de argumentatie dat er bij een afwaardering (nog) geen sprake is van een definitieve vermogensovergang, zodat de onttrekking zich zijn inziens (nog) niet voordoet. Op basis hiervan gaat het zijns inziens te ver om een onttrekking bij de schuldeiser aan te nemen en bij de schuldenaar een informele kapitaalstorting, omdat de schuldenaar geen weet hoeft te hebben van de afwaardering bij de schuldeiser.¹²⁵ Ook in deze argumentatie kan ik mij niet vinden: dit zou betekenen dat de afwaarderingsverliezen op alle onzakelijke leningen dan aftrekbaar zouden zijn. De afwaardering vindt namelijk altijd op het niveau van de schuldeiser plaats zonder dat de schuldenaar daar weet van hoeft te hebben, of dit nu een onzakelijke lening omhoog, omlaag of opzij betreft. In weer een latere publicatie verduidelijkt Heithuis zijn standpunt en geeft aan dat zijns inziens een geldverstrekking ‘opzij’ ook een onzakelijke lening kan zijn. Echter, het verlies hierop is naar diens mening niet zonder meer aftrekbaar.¹²⁶ Heithuis haalt echter wel aan dat op basis van HR 21 oktober 1992, nr. 27 476, BNB 1993/32 het denkbaar is dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij niet aftrekbaar is, omdat in dit arrest destijds

¹²⁵ Heithuis, E.J.W., *Afwaarderingsverlies op onzakelijke lening “opzij” is aftrekbaar*, WFR 2014/356

¹²⁶ Heithuis, E.J.W., *Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”*, WFR 2014/451

is geconcludeerd met betrekking tot de ter discussie staande bodemloze putlening tussen twee zustersvennootschappen, dat dit fiscaal verwerkt dient te worden als verkapte dividenduitdeling van de ene zustersvennootschap (schuldeiser) naar de moedermaatschappij en vervolgens een informele kapitaalstorting van de moedermaatschappij in de andere zustersvennootschap (schuldenaar). Er is echter bij een afwaarderingsverlies nog geen sprake van een definitieve vermogensovergang, waardoor naar de mening van Heithuis, nog geen verkapte dividenduitdeling en informele kapitaalstorting kan plaatsvinden. Hij concludeert vervolgens op basis van voorgaande en het feit dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is bij de schuldeiser, dat het afwaarderingsverlies niet in aftrek kan worden gebracht.¹²⁷ Ook hier kan ik mij niet in de stelling van Heithuis vinden: immers, bij een onzakelijke lening omhoog, waarbij het afwaarderingsverlies bij de dochtermaatschappij fiscaal als verkapte dividenduitkering wordt aangemerkt, vindt er in principe ook (nog) geen definitieve vermogensovergang plaats. Hier lijkt Heithuis echter geen probleem in te zien, omdat dit anders zou zijn: ‘een voordeel respectievelijk nadeel dat bij de dochtervennootschap in de aandeelhouderssfeer opkomt in relatie tot haar aandeelhouder, is bij de dochtervennootschap naar zijn aard niet belast respectievelijk aftrekbaar, omdat dit voordeel bij haar niet opkomt in de ondernemings sfeer. De enkele constatering dat dit voordeel respectievelijk nadeel niet opkomt in de ondernemings sfeer en derhalve vreemd is aan de ondernemingsuitoefening, is bij de dochtervennootschap reeds voldoende om tot niet-aftrekbaarheid ervan te concluderen; een deelnemingsvrijstelling of iets dergelijks is hiervoor niet nodig.’¹²⁸ Albert betoogt anderzijds dat ‘de verarming die op het verstrekken van de lening is terug te voeren (de afwaardering van de lening), géén negatief voordeel uit onderneming vormt in de zin van artikel 3.8 Wet IB 2001, maar een onttrekking voor andere dan bedrijfsdoeleinden, en dus niet aftrekbaar is. Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘opzij’ is een onttrekking, net zoals het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘omhoog’ een onttrekking vormt. Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ daarentegen vormt geen onttrekking. Het is niet aftrekbaar door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling.’¹²⁹ Mijns inziens is formuleert Albert hier de juiste benadering voor wat betreft het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening ‘opzij’ en ‘omhoog’: dit vormt een

¹²⁷ Heithuis, E.J.W., *Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”*, WFR 2014/451

¹²⁸ Heithuis, E.J.W., *Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”*, WFR 2014/451

¹²⁹ Albert, P.G.H., *Afwaarderingsverlies onzakelijke lening “opzij” is niet aftrekbaar*, WFR 2014/357

onttrekking. Met betrekking tot het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening ‘omlaag’ en de niet-aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, ben ik het echter niet met Albert eens: zoals reeds betoogd dient dit nadeel afgehandeld te worden in de kapitaalsfeer, waardoor mijns inziens niet toegekomen wordt aan de deelnemingsvrijstelling.

Geconcludeerd kan worden dat de onzakelijke lening zich aldus het voorgaande laat definiëren als een lening die verstrekt is aan een gelieerde maatschappij tegen een onbeprijstbaar hoog debiteurenrisico. Dit hoeft mijns inziens niet aanstonds duidelijk te zijn bij het aangaan van de geldlening. Het belang hiervan, de duiding van de lening in zakelijk of onzakelijk, dient zich namelijk pas aan bij de manifestatie van het afwaarderingsverlies. Tevens vormt de onzakelijke lening geen vierde uitzondering op de hoofdregel, maar is een tussencategorie: de onzakelijke lening is fiscaal vreemd vermogen, waarvan het debiteurenrisico afgehandeld dient te worden in de kapitaalsfeer. Dit debiteurenrisico ziet niet alleen op de geldlening zelf, maar ook op het risico van het onbetaald blijven van de verschuldigde interest op de geldlening. Met betrekking tot de huidige discussie omtrent de onzakelijke lening ‘opzij’ ben ik van mening dat een eventueel afwaarderingsverlies hierop niet aftrekbaar is, omdat in dit geval ook sprake is van een geldverstrekking in gelieerd verband met een onbeprijstbaar hoog debiteurenrisico. De geldverstrekking valt derhalve mijns inziens dan ook onder de reikwijdte van de onzakelijke leningjurisprudentie. Op basis van deze jurisprudentie is dan ook het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘opzij’ niet aftrekbaar en dient dit in de kapitaalsfeer afgehandeld te worden.

Zowel in hoofdstuk 3 als in onderhavige paragraaf heeft de herkwalificatie van civielrechtelijk vreemd vermogen naar fiscaalrechtelijk eigen vermogen centraal gestaan. In de volgende paragraaf zal ingegaan worden op de (on)mogelijkheid van herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen.

4.3 Herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen

Herkwalificatie van civielrechtelijk eigen vermogen naar fiscaalrechtelijk vreemd vermogen heeft tot voor kort nog nooit plaats gevonden binnen de jurisprudentie. Recent heeft dit echter ter

discussie gestaan in het zogenoemde ‘Australian redeemable preference shares’-arrest.¹³⁰ In het ‘Australian redeemable preference shares’-arrest, was de casus als volgt: belanghebbende is gevoegd in een fiscale eenheid. De fiscale eenheid heeft een belang in het Australische A Ltd. Aan een Australische tussenhoudster was een aandeelhouderslening verstrekt en de daarop door de fiscale eenheid ontvangen interest werd als belaste winst aangegeven in haar aangiften vennootschapsbelasting. Bij een financiële herstructurering werd de aandeelhouderslening afgelost en werd door een nieuw opgerichte tussenhoudster de zogenoemde ‘redeemable preference shares’ (hierna: ‘RPS’) uitgereikt aan de voormalige aandeelhouders van A Ltd. De fiscale eenheid ontvangt op de RPS een vaste vergoeding van 8% oplopend tot 12%. Tevens worden de RPS na tien jaar afgelost (redeemed) en de RPS geven geen recht op stemrecht, behalve bij bedrijfsbeëindiging of met betrekking tot besluiten die van invloed zijn op de rechten van de RPS zelf. In geschil is of de door de fiscale eenheid ontvangen vergoeding op de RPS naar Nederlands fiscaal recht gekwalificeerd dient te worden als interest (belast) of deelnemingsdividend (vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling). In casu is dus de vraag of de RPS tezamen een geldlening zijn of zijn de RPS aandelen? Afhankelijk van de fiscale kwalificatie van de RPS, is de fiscale behandeling van de op de RPS ontvangen vergoeding te bepalen.

De casus wordt behandeld vanuit het perspectief van de schuleiser. Tot nu toe is in onderhavig onderzoek vooral ingegaan op de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking bij de schuldenaar: vormt dit eigen vermogen of vreemd vermogen voor de schuldenaar? In de casus zal de uitspraak in het arrest van 7 februari 2014 niet leiden tot een herkwalificatie op het niveau van de schuldenaar: deze is gevestigd in Australië en kwalificeert de geldverstrekking naar het aldaar geldend recht. Desalniettemin is de bespreking van deze casus wel van belang voor dit onderzoek en de beoordeling of sprake kan zijn van een herkwalificatie van civielrechtelijk eigen vermogen naar fiscaalrechtelijk vreemd vermogen naar Nederlands fiscaal recht.

Het Hof neemt in haar overwegingen mee dat op grond van HR 11 maart 1998, nr. 30 936, BNB 1988/265 in het Nederlandse vennootschapsrecht gezocht moet worden voor een vergelijkbaar

¹³⁰ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79c*

equivalent voor de RPS en komt hierbij tot de conclusie dat cumulatief preferente aandelen in voldoende mate vergelijkbaar zijn met de RPS. Nu deze cumulatief preferente aandelen voor de toepassing van artikel 13, lid 2, onderdeel a Wet VpB 1969 worden gekwalificeerd als eigen vermogen, ziet het Hof geen reden om de RPS niet als zodanig aan te merken.¹³¹ A-G Wattel concludeert echter dat zijns inziens ‘naar Nederlands fiscaal recht sprake is van kapitaal als hetgeen de vennootschap ter beschikking wordt gesteld, gaat behoren tot het voor de vennootschapsschulden aansprakelijke en in het risico van haar onderneming delende vermogen dat bij verlies wordt aangetast.’¹³² Zijns inziens dient deze vraag beantwoord te worden naar Australisch recht. De Hoge Raad gaat echter op dit punt niet in op de conclusie van A-G Wattel en overweegt: ‘gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in het arrest van heden met nr. 12/04640 (...) moet in een geval waarin de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld – al dan niet in overeenstemming met de vorm die door de partijen daaraan gegeven is – geldt als een verstrekking van aandelenkapitaal, ook voor de toepassing van artikel 13 van de Wet daarvan worden uitgegaan.’¹³³ Met andere woorden: ook hier geldt de regel die uit de jurisprudentie is af te leiden, namelijk de civielrechtelijke kwalificatie bepalend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de door het Hof gedistilleerde voorwaarden van de uitgegeven RPS en overweegt vervolgens dat ‘die omstandigheden zich immers ook kunnen voordoen bij door Nederlandse vennootschappen uitgegeven cumulatief preferente aandelen met beperkte stemrechten, zonder dat dit ertoe leidt dat voor de toepassing van artikel 13 van de Wet geen sprake is van “aandelen”.’¹³⁴ De Hoge Raad volgt derhalve de conclusie van het Hof. Tevens overweegt de Hoge Raad dat het feit dat de vergoeding naar het fiscaal recht in Australië aftrekbaar is, niet met zich brengt dat de vergoeding in Nederland niet vrijgesteld zou zijn onder de deelnemingsvrijstelling, daar de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de vergoeding niet afhankelijk is van de aftrekbaarheid daarvan bij de deelneming.¹³⁵ De Hoge Raad oordeelt hier derhalve dat de civielrechtelijke kwalificatie van de RPS voor de toepassing van het Nederlands fiscaal recht gevolgd dient te worden, nu blijkt dat het Nederlands civiel recht een vergelijkbaar eigen vermogensinstrument kent dat voor de

¹³¹ Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174

¹³² Conclusie A-G Wattel 9 januari 2013, nr. 12/03540

¹³³ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79c*

¹³⁴ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79c*

¹³⁵ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79c*

toepassing van het Nederlands fiscaal recht niet wordt geherkwalificeerd naar vreemd vermogen. Daaraan doet niet af dat de op de RPS ontvangen vergoeding in Australië aftrekbaar is, nu voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet de voorwaarde is gesteld dat de ontvangen vergoeding bij de betaler ervan niet aftrekbaar dient te zijn. Op de gevolgen hiervan wordt nader ingegaan in hoofdstuk 5.

Alhoewel de RPS vergelijkbaar zijn met de verstrekking van een geldlening, met name door de vaste vergoeding en de aflossingsverplichting binnen tien jaar (zoals besproken in paragraaf 4.2.2 is de terugbetalingsverplichting het wezenskenmerk van een geldlening, aldus de Hoge Raad), oordeelt de Hoge Raad hier dat de RPS dusdanig vergelijkbaar zijn met cumulatief preferente aandelen met beperkte stemrechten, dat de RPS voor de toepassing van het Nederlands fiscaal recht kwalificeren als aandelen en derhalve eigen vermogen vormen. De Hoge Raad ziet hier geen ruimte voor herkwalificatie naar vreemd vermogen. Met deze uitspraak zijn geen uitzonderingen geformuleerd op de hoofdregel en zijn er tot dusver geen omstandigheden waarbij een geldverstrekking civielrechtelijk kwalificeert als eigen vermogen, maar fiscaalrechtelijk kwalificeert als vreemd vermogen. Hesselberth en Grabarz lijken een andere uitkomst te hebben verwacht en betogen dat eigen vermogen fiscaal geherkwalificeerd kan worden tot vreemd vermogen om een tweetal redenen. Ten eerste baseren zij hun betoog op jurisprudentie geweest voor coöperaties waarin de Hoge Raad oordeelt dat voor de coöperatie sprake is van eigen vermogen indien al hetgeen dat door de leden van de coöperatie ter beschikking is gesteld aan de coöperatie gaat behoren tot het voor de schulden van het lichaam aansprakelijk en in het risico van de coöperatie delende vermogen. Andersom geredeneerd, zeggen Hesselberth en Grabarz dat indien hieraan niet voldaan wordt, het eigen vermogen fiscaal geherkwalificeerd dient te worden naar vreemd vermogen. Ten tweede zijn zij van mening dat herkwalificatie kan plaatsvinden op basis van de leerstukken van ‘zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie’ en ‘schijn en wezen’.¹³⁶ In HR 15 december 1999, BNB 2000/126 is door de Hoge Raad geoordeeld dat ‘voor een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie, met als consequentie daarvan andere fiscale gevolgen dan de contracterende partijen op grond van de gekozen civielrechtelijke vorm verwachtten, en daardoor veelal een hogere of lagere belastingheffing, plaats kan zijn indien de aan de gekozen

¹³⁶ Hesselberth, G.J., Grabarz, J., ‘Fiscale herkwalificatie van eigen in vreemd vermogen’, WFR 2013/628

rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet.¹³⁷ Wat betreft schijn en wezen geeft de Hoge Raad in HR 3 november 1954, BNB 1954/357 aan ‘dat als regel geldt, dat niet beslissend is de schijn, dat is de naam, waarmede een transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij wordt gegoten, doch dat het aankomt op wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op de verhoudingen, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan.’¹³⁸ Hesselberth en Grabarz zijn van mening dat bij cumulatief preferente aandelen de eigenschappen van vreemd vermogen groter in getale zijn dan de eigenschappen voor eigen vermogen en rekening houdend met voornoemde leerstukken, zou het daarom mogelijk moeten zijn om het eigen vermogen fiscaal te herkwalificeren naar vreemd vermogen.

Ook Bruins Slot geeft aan een andere uitkomst te hebben verwacht en betoogt dat indien het ‘materieeleconomische belang bij die zaak geheel of nagenoeg geheel een ander toekomt, wordt die ander fiscaal als (economisch) eigenaar beschouwd.’¹³⁹ Met andere woorden: is de geldverstrekking materieeleconomisch van de geldgever of geldnemer? Indien de geldverstrekking materieeleconomisch van de schuldeiser is, dan is sprake van een geldlening. Is de geldverstrekking materieeleconomisch van de schuldenaar, dan is sprake van eigen vermogen. Bruins Slot vindt voor de beoordeling hiervan de passage in het arrest van 7 februari 2014 nr. 12/04640, BNB 2014/80c* vooral van belang: ‘De Hoge Raad ziet geen reden tot een ander oordeel te komen indien in een zodanig geval ten tijde van de storting van het kapitaal het risico dat dit kapitaal daadwerkelijk zal worden aangesproken voor de betaling van schulden verwaarloosbaar lijkt en daardoor, in zoverre, nauwelijks verschil bestaat tussen die kapitaalstorting en het verstrekken van een geldlening.’¹⁴⁰ Bruins Slot concludeert hieruit dat ondanks dat de Hoge Raad ‘in de situatie waarin de kapitaalstorting materieel een geldlening is, hij niet tot herkwalificatie wenst over te gaan.’¹⁴¹ Volgens Snoeij en Wagenaar wenst de Hoge Raad waarschijnlijk niet tot herkwalificatie over te gaan, omdat er ‘geen criterium kan worden gevonden aan de hand waarvan een duidelijke grens kan worden getrokken c.q. omslagpunt kan

¹³⁷ HR 15 december 1999, BNB 2000/126

¹³⁸ HR 3 november 1954, BNB 1954/357

¹³⁹ Bruins Slot, W., ‘*Vervreemd eigen vermogen is... vreemd vermogen*’, WFR 2014/334

¹⁴⁰ HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80c*

¹⁴¹ Bruins Slot, W., ‘*Vervreemd eigen vermogen is... vreemd vermogen*’, WFR 2014/334

worden bepaald voor sfeerovergang¹⁴² Daarnaast betogen Snoeij en Wagenaar dat de gelijkstelling van de fiscale kwalificatie van de geldverstrekking met de civielrechtelijke kwalificatie daarvan het meest zuiver is, aangezien ‘het volgen van buitenlands civiel recht tot ongerijmde gevolgen zou kunnen leiden. Zo kan het gebeuren dat twee geldverstrekkingen met gelijke kenmerken, voor Nederlandse fiscale doeleinden verschillend kwalificeren door een verschil in het op de geldverstrekking toepasselijke civiele recht. (...) Dit zou een verschil in behandeling opleveren voor een instrument met dezelfde kenmerken.’¹⁴³ Ik ben het met Snoeij en Wagenaar eens dat dit een onwenselijke situatie is, omdat elke geldverstrekking dan tegen het licht van het toepasselijk civiele recht in het buitenland gehouden zou moeten worden teneinde de fiscaalrechtelijke kwalificatie ervan in Nederland te kunnen vaststellen. Dit lijkt mij niet de bedoeling. Snoeij en Wagenaar snijden mijns inziens ook nog een ander terecht punt aan: de grens tussen geldlening en kapitaalverstrekking is nog steeds onduidelijk ‘indien op de geldverstrekking een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting rust die besloten ligt in het wettelijke instrument zelf.’¹⁴⁴ Zij merken mijns inziens terecht op dat dit onderscheid duidelijker wordt door de positie van de geldverstrekker te bekijken indien de geldnemer zou liquideren: ‘als de terugbetalingsverplichting bij ontbinding van de rechtspersoon niet bestaat, dan zou de geldverstrekker als kapitaalverstrekker worden gezien, omdat feitelijk sprake is van risicodragend vermogen.’¹⁴⁵

Geconcludeerd kan worden dat de Hoge Raad vanwege de rechtsonzekerheid vasthoudt aan de regel dat de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking leidend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie. Ondanks de redenen die voor herkwalificatie aan te voeren zijn, bijvoorbeeld grotendeels kenmerken van vreemd vermogen waardoor in wezen sprake is van vreemd vermogen, is herkwalificatie van eigen vermogen van vreemd vermogen naar het oordeel van de Hoge Raad niet mogelijk.

¹⁴² Snoeij, R., Wagenaar, L., ‘Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?’, WFR 2014/622

¹⁴³ Snoeij, R., Wagenaar, L., ‘Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?’, WFR 2014/622

¹⁴⁴ Snoeij, R., Wagenaar, L., ‘Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?’, WFR 2014/622

¹⁴⁵ Snoeij, R., Wagenaar, L., ‘Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?’, WFR 2014/622

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is het fiscaal vreemd vermogen behandeld. De Wet VpB 1969 geeft ook voor het fiscaal vreemd vermogen geen definitie. Echter, uit HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104 is wel gebleken dat de Hoge Raad de terugbetalingsverplichting op een geldverstrekking het wezenskenmerk van een geldlening acht. Desondanks is op basis hiervan niet elke geldverstrekking met volle overtuiging aan te merken als geldlening en dus vreemd vermogen, zoals blijkt uit de discussie omtrent de fiscale kwalificatie van de onzakelijke lening. De onzakelijke lening laat zich definiëren als een geldverstrekking binnen concernverband, welke niet zou zijn verstrekt door een onafhankelijke derde gegeven de voorwaarden en omstandigheden. In zijn uitspraak van HR 9 mei 2008, nr. 43 949, BNB 2008/191, concludeerde de Hoge Raad dat het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening niet ten laste van de winst mocht worden gebracht, omdat, gegeven de vormgeving van de geldverstrekking, een onafhankelijke derde de geldlening nooit zou zijn aangegaan en de geldverstrekking derhalve niet als zakelijk is aan te merken. Belanghebbende in dit arrest heeft derhalve het volle debiteurenrisico op de geldlening aanvaard om het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Hierdoor ontstond echter verwarring hoe de onzakelijke lening fiscaal dan gekwalificeerd diende te worden: als eigen vermogen of vreemd vermogen? De Hoge Raad heeft aan deze discussie een einde gemaakt in de zogenoemde '25 november'-arresten. Voor de fiscale kwalificatie van de onzakelijke lening is het arrest van HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 het kernarrest: hierin oordeelt de Hoge Raad dat de onzakelijke lening geen vierde uitzondering op de hoofdregel vormt en derhalve fiscaal de civielrechtelijke kwalificatie gevolgd dient te worden, namelijk vreemd vermogen. Op basis van dit arrest kan mijns inziens de onzakelijke lening worden gedefinieerd als een lening die verstrekt is aan een gelieerde maatschappij tegen een onbeprijstbaar hoog debiteurenrisico. Fiscaal dient dit debiteurenrisico, op zowel de lening als het risico van het onbetaald blijven van de verschuldigde interest op de geldlening, afgehandeld te worden in de kapitaalssfeer.

Met dit arrest is een einde gekomen aan de discussie of er sprake is van een vierde uitzondering op de hoofdregel. Een nieuwe discussie diende zich echter al snel aan, namelijk of het mogelijk is civielrechtelijk eigen vermogen te herkwalficeren naar fiscaalrechtelijk vreemd vermogen. Dit

was nooit eerder gebeurd, maar stond ter discussie in het zogenoemde Australian Redeemable Preference Shares arrest. De Hoge Raad concludeert in zijn arrest van HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79c* echter dat de RPS vergelijkbaar zijn met het naar Nederlands recht uit te geven cumulatief preferente aandelen met beperkte stemrechten, welke voor de toepassing van het Nederlands fiscaal recht niet worden geherkwalificeerd naar vreemd vermogen. Hieraan doet niet af dat de ontvangen vergoeding op de RPS door de betaler daarvan aftrekbaar is bij het bepalen van de fiscale winst, daar dit geen voorwaarde is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Met de besproken jurisprudentie is duidelijk geworden wanneer geldverstrekkingen fiscaalrechtelijk als vreemd vermogen hebben te gelden. In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op de gevolgen van de (her)kwalificaties (of het uitblijven hiervan) van het eigen vermogen en vreemd vermogen en worden zij getoetst op de rechtvaardigheid, doeltreffendheid en efficiëntie.

5. Kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen

5.1 Inleiding

In voorgaande hoofdstukken is de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen onderzocht. Zoals in hoofdstuk 3 is aangegeven, dient in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking gevolgd te worden voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan. Van Strien geeft aan dat dit logisch is, want de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking is een goede indicator voor wat de partijen beoogd hebben te verstrekken.¹⁴⁶ De Hoge Raad staat echter een fiscaalrechtelijke herkwalificatie voor indien dat meer recht zou doen aan de daadwerkelijk beoogde verstrekking. In dat kader heeft de Hoge Raad drie geldverstrekkingsgeformuleerd die fiscaal dienen te worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Het gaat hier om de schijnlening, de bodemloze putlening en de deelnemerschapslening. Herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen is naar het oordeel van de Hoge Raad niet mogelijk (zie paragraaf 4.3). Het is denkbaar dat dit de nodige gevolgen met zich brengt voor de belastingplichtige. De gevolgen van de kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen en het uitblijven van een herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen, worden besproken in paragraaf 5.2, in zowel nationaal als internationaal verband. Daar waar op de internationale aspecten wordt ingegaan, wordt verondersteld dat in het buitenland fiscaal de civielrechtelijke kwalificatie bepalend is, waarbij de vergoeding voor eigen vermogen (dividend) volledig niet aftrekbaar is bij het berekenen van de fiscale winst en de vergoeding voor vreemd vermogen (interest) wel. Vervolgens worden de herkwalificaties van het vreemd vermogen naar eigen vermogen worden beoordeeld op de doelmatigheid, rechtvaardigheid en efficiëntie daarvan in paragraaf 5.3. Dit zal tevens gebeuren voor het uitblijven van een herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen, evenals de kwalificatie van de onzakelijke lening als vreemd vermogen. In paragraaf 5.4 volgen de oplossingen en aanbevelingen en wordt in paragraaf 5.5 afgesloten met een conclusie.

¹⁴⁶ Van Strien, J., *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.122

5.2 Gevolgen van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het eigen vermogen en het vreemd vermogen

5.2.1 Inleiding

Zoals reeds aangegeven in hoofdstuk 1, is de keuze voor financiering van de activiteiten van de onderneming met eigen vermogen of vreemd vermogen niet fiscaal neutraal. Dit wordt veroorzaakt door de fiscale behandeling van de vergoeding en waardemutaties op de geldverstrekking: deze zijn met betrekking tot het vreemd vermogen aftrekbaar, met betrekking tot het eigen vermogen echter niet. De belastingplichtige zal daarom de activiteiten zoveel mogelijk met vreemd vermogen willen financieren in verband met de aftrekbare interestlasten en waardemutaties hierop bij de fiscale winstberekening. De fiscus zal dit echter zoveel mogelijk proberen te bestrijden indien civielrechtelijk als vreemd vermogen gekwalificeerde geldverstrekking in feite kwalificeert als eigen vermogen, met de in hoofdstuk 3 besproken herkwalificaties tot gevolg. De gevolgen van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het eigen vermogen (en dus ook de herkwalificaties van vreemd vermogen naar eigen vermogen) zullen in paragraaf 5.2.2 worden besproken, evenals de gevolgen van het uitblijven van de herkwalificatie van het eigen vermogen naar vreemd vermogen. In paragraaf 5.2.3 worden de gevolgen van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het vreemd vermogen besproken.

5.2.2 Gevolgen van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het eigen vermogen

De vergoeding voor eigen vermogen is de winstuitdeling. ‘Een winstuitdeling kan worden omschreven als een bevoordeling van een aandeelhouder als zodanig die kan plaatsvinden uit winst of winstreserves dan wel in het vooruitzicht van te maken winst, waarbij de aandeelhouder en de vennootschap zich bewust zijn of zich redelijkerwijs bewust hebben moeten zijn van de bevoordeling en de aandeelhouder de bevoordeling in zijn hoedanigheid van aandeelhouder heeft aangenomen.’¹⁴⁷ Op basis van artikel 8 lid 1 Wet VpB 1969 met verwijzing naar artikel 3.8 Wet IB en artikel 10 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969 komen winstuitdelingen niet ten laste van de fiscale winst bij de berekening daarvan. Een fiscale herkwalificatie van een geldverstrekking naar eigen vermogen heeft derhalve consequenties voor zowel de schuldeiser als de schuldenaar.

¹⁴⁷ Bouwman, J.N., Boer, M.J., *‘Wegwijs in de Vennootschapsbelasting’*, 2013, 13^e druk, Sdu Uitgevers, Den Haag, pg.146

Onderstaand volgt een schematisch overzicht van de gevolgen van de fiscale (her)kwalificatie van het eigen vermogen:

Fiscale gevolgen eigen vermogen

| | Civiel VV | | Fiscale herkwalificatie van VV naar EV | | | |
|----------------|--------------------------------------|---------------------------------------|--|--|--|--|
| | <i>Schuldenaar</i> | <i>Schuldeiser</i> | Lening omlaag | | Lening omhoog | |
| | | | <i>Schuldenaar</i> | <i>Schuldeiser</i> | <i>Schuldenaar</i> | <i>Schuldeiser</i> |
| Hoofdsom | Schuld | Vordering | Informeel kapitaalstorting door moedermaatschappij: stijging informeel kapitaal. | Informeel kapitaalstorting in dochtermaatschappij: stijging opgeofferd bedrag voor deelneming | Onttrekking: verkapte dividenduitkering aan aandeelhouder. Niet aftrekbaar bij de fiscale winstberekening. | Verkapt dividend ontvangen van dochtermaatschappij - onderdeel van de fiscale winst. Vrijgesteld onder toepassing van DNV. |
| Vergoeding | Interestlast: ten laste van de winst | Interestbate: ten gunste van de winst | Vergoeding voor eigen vermogen: verkapte dividenduitkering. Niet aftrekbaar bij fiscale winstbepaling. | Vergoeding voor eigen vermogen: verkapte dividenduitkering - onderdeel van de fiscale winst. Vrijgesteld onder toepassing van DNV. | Fiscaal geen vergoeding | Fiscaal geen vergoeding |
| Waardemutaties | Niet van toepassing | Ten laste/gunste van de winst | Niet van toepassing | Komen niet in aanmerking bij de fiscale winstberekening | Niet van toepassing | Komen niet in aanmerking bij de fiscale winstberekening |

De fiscale gevolgen van de lening opzij zijn niet weergegeven in bovenstaand schema: deze bestaan uit een mix van de gevolgen van de lening omhoog voor de schuldeiser en de lening omlaag voor de schuldenaar (via de gezamenlijke (indirecte) aandeelhouder) zoals aangegeven in bovenstaand schema.

Bovenstaand schema geeft de gevolgen weer voor de kwalificatie van het eigen vermogen in nationaal verband (dat wil zeggen: de situatie waarin zowel de schuldeiser als de schuldenaar gevestigd zijn in Nederland). Het kan echter voorkomen dat de schuldenaar of de schuldeiser zich in het buitenland bevindt. In dergelijke internationale verbanden kunnen situaties van non-belasting of dubbele belasting zich voordoen, ervan uitgaande dat in het buitenland fiscaal de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking gehanteerd wordt. Uit bovenstaand schema volgt bijvoorbeeld het volgende voor een schijnlening omlaag waarvan de schuldenaar in Nederland is gevestigd en de schuldeiser in land X: in Nederland wordt op basis van de jurisprudentie de geldverstrekking op het niveau van de schuldenaar fiscaal geherkwalificeerd tot eigen vermogen (informeel kapitaal). De vergoeding voor dit informeel kapitaal, de verkapte dividenduitkering, is fiscaal niet aftrekbaar bij het bepalen van de fiscale winst. Ervan uitgaande

dat in land X fiscaal de civielrechtelijke kwalificatie wordt gehanteerd, is op het niveau van de schuldeiser sprake van een vordering en is de hierop ontvangen vergoeding, de interestbate, onderdeel van de fiscale winst en derhalve belast. In dit geval is er dus sprake van dubbele belasting. Ook kunnen situaties van non-belasting ontstaan: dit is bijvoorbeeld het geval bij de schijnlening omlaag indien de schuldenaar zich in land X bevindt en de schuldeiser in Nederland. Deze onevenwichtige fiscale behandeling ontstaat ook indien reeds civielrechtelijk sprake is van een mismatch (waarbij in het buitenland de geldverstrekking civielrechtelijk wordt aangemerkt als vreemd vermogen, terwijl dit in Nederland civielrechtelijk wordt aangemerkt als eigen vermogen) en fiscale herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen uitblijft. Zoals reeds in paragraaf 4.3 besproken, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een civielrechtelijke kapitaalverstrekking ook fiscaalrechtelijk een kapitaalverstrekking blijft. De civielrechtelijke mismatch wordt derhalve niet opgeheven door fiscaal een herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen toe te staan. Op basis van bovenstaand schema volgt, ingeval de schuldenaar zich in het buitenland bevindt en de schuldeiser in Nederland, vervolgens een situatie van non-belasting (ervan uitgaande dat in het buitenland geen sprake is van rente-aftekbepalende maatregelen). Heithuis pleit daarom voor een wijziging van artikel 13 Wet VpB 1969. 'De gedachte zou dan zijn om in de deelnemingsvrijstelling een algemeen werkende voorwaarde toe te voegen dat de deelnemingsvrijstelling alleen van toepassing is op een voordeel uit hoofde van de deelneming als dit voordeel bij de betalende vennootschap niet aftrekbaar is. Want alleen in die situaties treedt immers economische dubbele belastingheffing op.'¹⁴⁸ Deze oplossing van Heithuis ligt in lijn van de door de Europese Commissie voorgestelde wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 5.4. Eerst zal in de volgende paragraaf nader worden ingegaan op de gevolgen van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het vreemd vermogen, met name de onzakelijke lening.

5.2.3 Gevolgen van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van het vreemd vermogen

De vergoeding aan de verstrekker voor het verstrekken van vreemd vermogen is interest. Op basis van de schakelbepaling in artikel 8 lid 1 Wet VpB 1969 en artikel 3.8 Wet IB zijn de interestlasten in beginsel aftrekbaar. De Wet VpB 1969 kent echter een aantal

¹⁴⁸ Heithuis, E.J.W., 'Wettelijk ingrijpen geboden?!', NTFR 2014/766

renteafgrekbeperkingsartikelen op basis waarvan de interest alsnog fiscaal niet aftrekbaar is. Hier zal niet nader op worden ingegaan in dit onderzoek, daar dit niet relevant is voor het kwalificatievraagstuk van het eigen vermogen en vreemd vermogen.

De onzakelijke lening is een lening verstrekt aan een gelieerde maatschappij met een onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico. De gevolgen van het onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico manifesteren zich voornamelijk in de afwaarderingsverliezen. In hoofdstuk 4 is gebleken dat een dergelijke lening niet in aanmerking komt voor herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen. Nu vindt ten aanzien van de onzakelijke lening fiscaal iets opmerkelijks plaats: ondanks dat deze fiscaal gekwalificeerd wordt als vreemd vermogen, dienen de gevolgen van het onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico (het afwaarderingsverlies) in de kapitaalssfeer te worden afgehandeld. Dit onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico is immers aanvaard om het belang van de gelieerde maatschappij te dienen. Onderstaand volgt een schematisch overzicht van de gevolgen van de kwalificatie van de onzakelijke lening als vreemd vermogen:

Fiscale gevolgen vreemd vermogen

| | Civiel VV | | Fiscale kwalificatie: onzakelijke lening | | | |
|----------------|--------------------------------------|---------------------------------------|---|---|---|--|
| | Schuldenaar | Schuldeiser | Lening omlaag | | Lening omhoog | |
| | | | Schuldenaar | Schuldeiser | Schuldenaar | Schuldeiser |
| Hoofdsom | Schuld | Vordering | Schuld | Vordering | Schuld | Vordering |
| Vergoeding | Interestlast: ten laste van de winst | Interestbate: ten gunste van de winst | Interestlast: ten laste van de winst | Interestbate: ten gunste van de winst | Interestlast: ten laste van de winst | Interestbate: ten gunste van de winst |
| Waardemutaties | Niet van toepassing | Ten laste/gunste van de winst | Niet van toepassing: terugbetalingsverplichting voor de gehele hoofdsom blijft in stand | Afwaarderingsverlies wordt geleden u.h.v. de aandelen in de deelneming: afwaarderingsverlies derhalve een negatief voordeel uit deelneming. Niet aftrekbaar onder toepassing van de DNV | Niet van toepassing: terugbetalingsverplichting voor de gehele hoofdsom blijft in stand | Afwaarderingsverlies is bevoordeling van deelneming aan aandeelhouder: afwaarderingsverlies is derhalve een onttrekking (verkapte dividenduitkering) |

Ook voor de onzakelijke lening opzij geldt hier: de gevolgen voor een fiscale kwalificatie van een geldverstrekking naar een onzakelijke lening (opzij) is dat dit een mix is van de gevolgen voor de lening omhoog wat betreft de schuldeiser en de lening omlaag wat betreft de schuldenaar (via de

gezamenlijke (indirecte) aandeelhouder). Met de beschrijving van de gevolgen van de afwaardering op een onzakelijke lening in elk van de gegeven situaties, is duidelijk geworden dat een afwaardering slechts fiscaalrechtelijk gevolgen heeft voor de schuldeiser. Doordat de terugbetalingsverplichting in stand blijft op het niveau van de schuldenaar op het moment van de afwaardering bij de schuldeiser, is er (nog) geen sprake van een daadwerkelijke vermogensverschuiving naar de schuldenaar. Dit verandert op het moment dat de vordering wordt kwijtgescholden of wanneer duidelijk wordt dat de schuldenaar de schuld niet meer terug zal kunnen betalen. De gevolgen hiervan worden in dit onderzoek niet besproken.

In internationaal verband, dat wil zeggen ingeval de schuldenaar of schuldeiser in het buitenland gevestigd is, zijn er geen significant andere gevolgen, anders dan bovenstaand beschreven. Bij de onzakelijke lening maakt het derhalve niet uit of er sprake is van een internationaal verband: er ontstaan geen situaties van non-belasting of dubbele belasting.

Zoals aangegeven in het arrest van HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149 vallen de gevolgen van het debiteurenrisico in de kapitaalssfeer aangezien het aanvaarde debiteurenrisico zijn oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de schuldeiser en schuldenaar. Mijn inziens zou dit tot gevolg moeten hebben dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag derhalve fiscaal aangemerkt dient te worden als een informele kapitaalstorting (en daarom niet aftrekbaar) in de deelneming (schuldenaar) en derhalve een ophoging van het opgeofferd bedrag voor de deelneming. Dit ligt mijns inziens ook in lijn met de behandeling van het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog: dit wordt aangemerkt als een onttrekking op het niveau van de schuldeiser. Omdat er geen daadwerkelijke vermogensverschuiving plaatsvindt, is er op het niveau van de aandeelhouder (schuldenaar) geen sprake van een ontvangen dividenduitkering. Ditzelfde geldt ook voor de onzakelijke lening omlaag. Er is geen sprake van een informele kapitaalstorting op het niveau van de schuldenaar, want er heeft geen daadwerkelijke vermogensverschuiving plaatsgevonden: de terugbetalingsverplichting is immers nog in stand gebleven. Ik kan mij derhalve niet vinden in de huidige afhandeling van het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag, namelijk als niet aftrekbaar deelnemingsvoordeel (liever gezegd: nadeel) onder de deelnemingsvrijstelling.

5.3 Beoordeling fiscale kwalificaties eigen vermogen en vreemd vermogen

5.3.1 Inleiding

Fiscaalrechtelijk wordt voor de kwalificatie van de geldverstrekking wellicht dichter aangesloten bij de werkelijkheid van de beoogde verstrekking, doch door het ontstaan van onwenselijke situaties door de fiscale (her)kwalificaties kan de vraag opgeworpen worden of de besproken gevolgen rechtvaardig, doeltreffend en efficiënt zijn. Onderstaand volgt een beoordeling van de fiscale kwalificaties van het eigen vermogen en vreemd vermogen zoals aan bod gekomen in de hoofdstukken 3 en 4.

5.3.2 Beoordeling fiscale kwalificaties eigen vermogen

Er bestaat geen hiërarchie tussen de drie uitzonderingen op de hoofdregel dat de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking leidend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie: de schijnlening, bodemloze putlening en de deelnemerschapslening zijn nevensgeschikt aan elkaar. Onderstaand volgt een beoordeling van deze fiscale herkwalificaties, evenals een beoordeling van het uitblijven van een herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen:

- Schijnlening

Zoals in paragraaf 3.3.2 is aangegeven, betreft de schijnlening een geldverstrekking die civielrechtelijk als vreemd vermogen is aangemerkt, maar in werkelijkheid (op basis van de feiten en omstandigheden) een kapitaalverstrekking is. Zoals Van Strien aangeeft, zijn ‘voor de uitzondering schijn geen duidelijke, objectief waarneembare toepassingsvoorwaarden geformuleerd’.¹⁴⁹ Ik ben het dan ook met hem eens dat deze aanpak voor de uitzondering schijn recht doet aan de rechtvaardigheid van de behandeling van geldverstrekkings die, op basis van de feiten en omstandigheden, geherkwalificeerd worden tot kapitaal. Het feit dat er slechts sprake is van één toepassingsvoorwaarde voor de herkwalificatie, dat sprake dient te zijn van een andersluidende wilsovereenstemming, doet mijns inziens recht aan het feit dat de schijnhandeling (het kwalificeren van een geldverstrekking als vreemd vermogen, terwijl bedoeld is eigen vermogen te verstrekken) niet ‘in eenduidige, objectief waarneembare criteria te vatten is’.¹⁵⁰ ‘De werkelijke wil van de contractpartijen is soms lastig te achterhalen, waardoor het gevaar ontstaat

¹⁴⁹ Van Strien, J., ‘*Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.122

¹⁵⁰ Van Strien, J., ‘*Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*’, 2007 Kluwer, Deventer, pg.123

dat de Hoge Raad te veel dan wel te weinig zou herkwalficeren op grond van de uitzondering schijn. In beide gevallen wordt de waarheid, en daarmee een juiste rechtstoepassing, geweld aangedaan'.¹⁵¹ Door op deze wijze om te gaan met de herkwalficatie van schijnleningen, wordt derhalve ook voldaan aan de effectiviteit van de herkwalficatie, namelijk een juiste kwalficatie van de geldverstrekking op basis van de feiten en omstandigheden.¹⁵² Echter, omdat het achterhalen van de wil van beide partijen lastig kan zijn, gaat dat mijns inziens ten koste van de effectiviteit.

▪ Bodemloze putlening

Voor herkwalficatie naar eigen vermogen op basis van de leer over de bodemloze putlening, dient voldaan te zijn aan de drie criteria zoals genoemd in paragraaf 3.3.3. Hierin is aangegeven dat bij de geldverstrekking sprake moet zijn van gelieerde verhoudingen, de vordering geen of nauwelijks waarde toekomt en dat dit reeds aanstonds duidelijk moet zijn bij het verstrekken van de lening. Dit laatste criterium, dat dit reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest bij de schuldeiser is, net als bij het criterium van de schijnlening, andersluidende wilsovereenstemming, niet te vervatten in duidelijk objectieve criteria op basis waarvan geoordeeld kan worden dat reeds aanstonds duidelijk was bij de schuldeiser dat de vordering geen of nauwelijks waarde toekomt. Ook hier heeft de Hoge Raad mijns inziens er goed aan gedaan dit criterium niet verder in te vullen, omdat het gevaar erin schuilt dat een dergelijke geldverstrekking ten onrechte wel of niet tot bodemloze putlening wordt geherkwalficeerd. Ook dit doet derhalve recht aan de efficiëntie van deze herkwalficatie. Daarnaast wordt voldaan aan de rechtvaardigheid van de herkwalficatie, omdat zoals hierboven aangegeven, indien reeds aanstonds duidelijk was dat de vordering niet terugbetaald zou worden, partijen op papier weliswaar een lening zijn overeengekomen, maar feitelijk een kapitaalstrekking hebben beoogd. Dit duidt mijns inziens ook op een, in feite, andersluidende wilsovereenstemming. Zoals reeds aangegeven bij de uitzondering schijn, ben ik van mening dat in het geval van een andersluidende wilsovereenstemming, herkwalficatie van de geldverstrekking naar eigen vermogen terecht plaatsvindt. Ditzelfde geldt derhalve ook in het geval reeds aanstonds duidelijk is dat de geldverstrekking niet terugbetaald zal worden en er feitelijk sprake is van een

¹⁵¹ Van Strien, J., *'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting'*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.123

¹⁵² Van Strien, J., *'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting'*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.123

kapitaalverstrekking. Anders dan bij de schijnlening ben ik bij de bodemloze putlening wel van mening dat het herkwalificeren op basis van het aanstonds duidelijk-criterium effectief is (in elk geval effectiever dan bij de schijnlening), omdat dit criterium te beoordelen is aan de hand van een aantal kengetallen, zoals de solvabiliteit, de liquiditeit, de kredietwaardigheid, winstverwachting, omvang en duur van de verliezen en het negatief vermogen¹⁵³, op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat het reeds aanstonds duidelijk geweest moet zijn dat de vordering nooit terugbetaald kan worden.

- Deelnemerschapslening

Op basis van artikel 8b Wet VpB 1969 dienen vennootschappen zakelijk met elkaar te handelen, zoals gebruikelijk is in het economische verkeer tussen onafhankelijke partijen. Indien dit niet het geval is, dient op basis van dit artikel de fiscale winst bepaald te worden alsof sprake is van voorwaarden zoals in het economische verkeer tussen onafhankelijke partijen gebruikelijk is. Zoals beschreven in paragraaf 3.3.4 zijn de cumulatieve voorwaarden op basis waarvan de geldverstrekking geherkwalificeerd wordt naar een deelnemerschapslening (en derhalve eigen vermogen), van zodanige aard, dat indien deze voorwaarden van toepassing zijn, niet gesproken kan worden van zakelijke voorwaarden. Immers, in de praktijk zal een vennootschap waarschijnlijk nooit een lening krijgen bij een derde waarvan de interestvergoeding winstafhankelijk is én de lening achtergesteld is bij alle concurrente schuldeisers. In eerste instantie luidde de derde voorwaarde voor de herkwalificatie tot deelnemerschapslening, het ontbreken van een vaste looptijd van de lening, maar deze is later geherformuleerd naar een looptijd langer dan 50 jaar. In theorie is het mogelijk dat een lening onder deze voorwaarden door een derde wordt verstrekt aan een vennootschap; in de praktijk komt dit vermoedelijk maar zelden voor. Dergelijke leningen worden derhalve mijns inziens slechts in gelieerde verhoudingen verstrekt. Op basis van artikel 8b Wet VpB 1969 hadden de voorwaarden van een dergelijke lening derhalve ‘zakelijk’ gemaakt kunnen worden, door bij het bepalen van de fiscale winst rekening te houden met een vergoeding voor de risico’s die onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen in eenzelfde situatie. Hiermee blijft de geldverstrekking nog steeds vreemd vermogen. De Hoge Raad heeft er echter voor gekozen om de gehele lening te herkwalificeren tot

¹⁵³ Van Strien, J., *‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’*, 2007 Kluwer, Deventer, pg.115

eigen vermogen. Mijns inziens is het bij de deelnemerschapslening niet zo duidelijk als bij de schijnlening en bodemloze putlening, dat partijen een kapitaalverstrekking voor ogen hadden, zeker niet nu het criterium van het ontbreken van een vaste looptijd zoals geformuleerd in BNB 1998/208 is vervangen door een looptijd langer dan 50 jaar in BNB 2006/82. Indien de looptijd bijvoorbeeld 51 jaar bedraagt en voldaan is aan de overige twee criteria, dient de geldverstrekking gekwalificeerd te worden als eigen vermogen. Echter, zoals aangegeven in paragraaf 2.4.3 luidt de definitie voor het eigen vermogen volgens het civiele recht als volgt: het voor onbepaalde tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen. Dit zou fiscaal naar mijn idee ook het geval moeten zijn. Indien een geldverstrekking derhalve een looptijd heeft van 51 jaar, staat dit niet voor onbepaalde tijd ter beschikking aan de vennootschap. Bovendien is de geldverstrekking dan opeisbaar en treedt er een terugbetalingsverplichting op. Dit is bij eigen vermogen niet het geval: dit staat de vennootschap immers voor onbepaalde tijd ter beschikking. Dat de deelnemerschapslening derhalve fiscaal als eigen vermogen wordt gekwalificeerd door de toepassing van de voorwaarde dat de looptijd langer is dan 50 jaar is mijns inziens onjuist. Ik ben van mening dat deze derde voorwaarde nooit concreet geherformuleerd diende te worden van onbepaalde tijd naar langer dan 50 jaar: het criterium dat een vaste looptijd ontbreekt (en onder andere dáárom de geldverstrekking als deelnemerschapslening en derhalve fiscaal als eigen vermogen dient te worden gekwalificeerd) doet meer recht aan wat onder het eigen vermogen dient te worden verstaan en is derhalve mijns inziens gerechtvaardigd.

Door het wijzigen van deze derde voorwaarde wordt derhalve ook afbreuk gedaan aan de effectiviteit. Immers, de herkwalificatie kan gemakkelijk omzeild worden door een looptijd van bijvoorbeeld 49 jaar overeen te komen, terwijl bij een looptijd van 51 jaar de geldverstrekking geherkwalificeerd wordt naar eigen vermogen.

- Uitblijven herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen

In de arresten van HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80c* en nr. 12/03540, BNB 2014/79c*, zijn geen nadere voorwaarden gegeven waaronder fiscaalrechtelijk een geldverstrekking als kapitaal heeft te gelden, anders dan dat indien de geldverstrekking naar Nederlands civiel recht als kapitaal kwalificeert, dit fiscaalrechtelijk ook het geval is. De Hoge Raad formuleert hier geen uitzonderingen op, omdat ‘dit tot rechtsonzekerheid zou leiden over de

vraag waar bij naamloze en besloten vennootschappen de grens moet worden getrokken tussen het verstrekken van risicodragend kapitaal en het verstrekken van een geldlening.¹⁵⁴ Mijns inziens is dit gerechtvaardigd: naar Nederlands civiel recht wordt voldaan aan de eisen voor de kwalificatie tot kapitaalverstrekking en er zijn geen redenen te bedenken dat dit fiscaal anders zou zijn. Om de fiscale kwalificatie van de geldverstrekking afhankelijk te stellen van het geldend buitenlands civiele en/of fiscale recht en de kwalificatie van de geldverstrekking aldaar, doet mijns inziens afbreuk aan de rechtvaardigheid van de kwalificatie van de geldverstrekking naar Nederlands civiel en fiscaal recht. Immers: in zuiver binnenlandse gevallen zou een dergelijke geldverstrekking wél als kapitaalverstrekking gelden.

De doeltreffendheid van artikel 13 Wet VpB 1969 komt echter wel in het geding: de ontvangen vergoeding voor de geldverstrekking wordt aangemerkt als een voordeel uit hoofde van een deelneming, terwijl de betaalde vergoeding in het buitenland aftrekbaar is: de geldverstrekking wordt daar immers gekwalificeerd als vreemd vermogen. De deelnemingsvrijstelling voorkomt dat een voordeel uit hoofde van een deelneming tweemaal wordt belast. Van dubbele belasting is echter geen sprake indien de vergoeding in het buitenland aftrekbaar is: derhalve is in deze situatie sprake van non-belasting.

Door de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking afhankelijk te stellen van de Nederlands civielrechtelijke kwalificatie, is er ook sprake van effectiviteit: vennootschappen hebben voor de kwalificatie van de geldverstrekking slechts te maken met de Nederlands civielrechtelijke kwalificatie. Dit geldt overigens ook voor de Nederlandse belastingautoriteiten: indien de kwalificatie afhankelijk gesteld zou worden van de buitenlandse kwalificatie, voorzie ik een grote toename aan te onderzoeken geldverstrekingen welke fiscaal aangemerkt worden als eigen vermogen, maar naar buitenlands civiel recht kwalificeren als vreemd vermogen. Dit komt de effectiviteit niet ten goede.

5.3.3 Beoordeling fiscale kwalificaties vreemd vermogen

Zoals gebleken is in hoofdstuk 4 is de onzakelijke lening een vreemde eend in de bijt voor wat betreft het fiscaal vreemd vermogen: het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening is immers niet aftrekbaar en dient afgehandeld te worden in de kapitaalssfeer, terwijl dit voor het ‘overig’

¹⁵⁴ HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80c*

vreemd vermogen niet het geval is. Onderstaand volgt daarom een beoordeling van de kwalificatie van de onzakelijke lening als vreemd vermogen.

- Onzakelijke lening

Wat een geldverstrekking voornamelijk tot onzakelijke lening bestempelt zijn de verstrekking hiervan in gelieerd verband en het onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico. Dit onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico kan tot uiting komen in de vorm van een afwaarderingsverlies op de lening. Op basis van de onzakelijke lening-jurisprudentie is gebleken dat dit afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is en afgehandeld dient te worden in de kapitaalsfeer. Mijns inziens is dit gerechtvaardigd: immers zoals veelvuldig opgemerkt is dit debiteurenrisico aanvaard ten behoeve van de gelieerde maatschappij, terwijl dit in geval van een derde partij zeer waarschijnlijk niet geaccepteerd zou zijn. Het nadeel dat hieruit kan voortvloeien is geaccepteerd om het belang van de gelieerde maatschappij te dienen en bevindt zich derhalve in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de gelieerde maatschappijen.

De doelmatigheid is hier ook mee gediend: de fiscale winst dient immers geschoond te zijn van voor- en nadelen die te maken hebben met de vennootschappelijke betrekkingen tussen gelieerde maatschappijen en dient slechts puur te bestaan uit resultaten behaald in de ondernemingsfeer. Een nadeel als gevolg van een onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico dat geaccepteerd is ten behoeve van een gelieerde maatschappij dient derhalve uitgesloten te worden van de fiscale winstbepaling en is derhalve niet aftrekbaar.

De effectiviteit is echter ver te zoeken: hoe wordt immers bepaald dat er sprake is van een onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico en dus een onzakelijke lening? Dit is niet te vervatten in standaard criteria voor de duiding van een onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico en vergt mijns inziens per situatie, meer specifiek: per geldverstrekking, een hoge mate van onderzoek om te kunnen bepalen of in die specifieke situatie voor die geldverstrekking een debiteurenrisico is aanvaard welke door een derde niet zou zijn aanvaard. Een dergelijk hoge onderzoekslast gaat ten laste van zowel de effectiviteit aan de zijde van de belastingplichtige als van die van de fiscus.

Nu de gevolgen zijn besproken van de fiscale kwalificaties van eigen vermogen en vreemd vermogen en deze zijn beoordeeld, moge duidelijk zijn dat het probleem rond de kwalificatie van

het eigen vermogen en vreemd vermogen tweeledig is: enerzijds de onzakelijke lening die fiscaal gekwalificeerd wordt als vreemd vermogen, maar waarvan het onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico afgehandeld moet worden in de kapitaalsfeer en anderzijds de fiscale (her)kwalificatie van het eigen vermogen waardoor in internationaal verband een onwenselijke situatie kan ontstaan voor zowel de belastingplichtige (dubbele belasting) als de belastingautoriteiten (non-belasting). In de volgende paragraaf zullen mogelijke oplossingen besproken worden ter opheffing van de beschreven fiscaal onwenselijke uitkomsten als gevolg van de kwalificatie van het eigen vermogen en vreemd vermogen.

5.4 Oplossingen en aanbevelingen

5.4.1 Inleiding

Nu duidelijk is wat fiscaal eigen vermogen is en wat fiscaal vreemd vermogen is, is ook de fiscale behandeling van de vergoeding en eventuele afwaarderingsverliezen hierop duidelijk. Zoals eerder aangegeven, geldt dit echter niet voor de onzakelijke lening: dit is een vreemde eend in de bijt nu deze fiscaal wordt gekwalificeerd als zijnde vreemd vermogen, maar waarvan eventuele afwaarderingsverliezen afgehandeld dienen te worden in de kapitaalsfeer. Dit is niet logisch en maakt de behandeling van de onzakelijke lening derhalve onbegrijpelijk en verwarrend. In paragraaf 5.4.2 wordt ingegaan op een oplossing hiervoor.

Zoals aangegeven ontstaan bij de (her)kwalificatie van het fiscaal eigen vermogen onwenselijke situaties indien sprake is van internationale verbanden, waarbij sprake kan zijn van non-belasting of dubbele belasting. De oplossing voor het opheffen van dergelijke situaties wordt besproken in paragraaf 5.4.3.

5.4.2 Oplossing onzakelijke lening

Mijns inziens zijn twee oplossingen denkbaar om de problematiek rondom de onzakelijke lening op te lossen:

1. *De onzakelijke lening vormt de vierde categorie in de uitzonderingen op de civielrechtelijke kwalificatie van vreemd vermogen naar fiscaalrechtelijk eigen vermogen* – de vergoeding en afwaarderingsverliezen hierop worden afgehandeld in de kapitaalssfeer, of;
2. *De onzakelijke lening is vreemd vermogen* – de vergoeding en afwaarderingsverliezen hierop worden in aanmerking genomen bij de fiscale winstbepaling.

Oplossing 1: de onzakelijke lening is eigen vermogen – afhandeling in kapitaalssfeer

Ingeval de onzakelijke lening fiscaal aangemerkt wordt als een vierde uitzondering op de regel dat de civielrechtelijke kwalificatie bepalend is voor fiscaalrechtelijke kwalificatie, dan dienen de vergoeding hierop en eventuele afwaarderingsverliezen ook afgehandeld te worden in de kapitaalssfeer. In het huidige systeem is de onzakelijke lening vreemd vermogen, de interest aftrekbaar, maar dient een afwaarderingsverlies in de kapitaalssfeer betrokken te worden (zie paragraaf 5.2.3). De onzakelijke lening zweeft hierdoor in een gebied tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen: het heeft de kwalificatie van vreemd vermogen, maar krijgt voor wat betreft het afwaarderingsverlies de behandeling van eigen vermogen. Vertoont de geldverstrekking zodanige kenmerken dat fiscale afhandeling als ware het eigen vermogen meer op zijn plaats is, dan dient mijns inziens de gehele geldverstrekking aangemerkt te worden als verstrekking van eigen vermogen.

Oplossing 2: de onzakelijke lening is vreemd vermogen – afhandeling in resultaatsfeer

Ingeval de onzakelijke lening fiscaal aangemerkt wordt als vreemd vermogen, dienen mijns inziens zowel de vergoeding hierop en de eventuele afwaarderingsverliezen in aanmerking te worden genomen bij de fiscale winstbepaling van zowel de schuldenaar als de schuldeiser. Zoals in paragraaf 5.2.3 opgemerkt, is mijns inziens de afhandeling van het onbeprijstbaar hoog debiteurenrisico in de kapitaalssfeer gerechtvaardigd, omdat dit risico geaccepteerd is vanwege

de vennootschappelijke betrekkingen tussen de schuldenaar en schuldeiser. Echter, in de voorgestelde oplossing is geen plaats hiervoor. Mijns inziens dienen alle geldverstrekkingen die als vreemd vermogen worden aangemerkt, eenzelfde fiscale behandeling te ondergaan (de renteaftrekbepenkingsmaatregelen buiten beschouwing gelaten). Een uitzondering hierop voor de onzakelijke lening draagt naar mijn mening niet bij aan de rechtszekerheid.

Mijn voorkeur gaat uit naar oplossing 1. Zoals aangegeven is bij de onzakelijke lening het onbeprijgbaar hoog debiteurenrisico geaccepteerd vanwege de vennootschappelijke betrekkingen tussen de schuldenaar en schuldeiser: de lening zelf zou onder een zelfde risico niet verstrekt zijn aan een derde. Indien sprake is van een dermate hoog risico dat deze onbeprijgbaar is, is het naar mijn idee nagenoeg duidelijk dat het hoogst onzeker is of aan de terugbetalingsverplichting zal worden voldaan. Het debiteurenrisico zou anders niet onbeprijgbaar hoog zijn. Aan de terugbetalingsverplichting van de lening kan derhalve geen waarde worden toegekend. Mijns inziens is daarom in feite sprake van een kapitaalverstrekking: de geldverstrekking heeft immers het vermogen van de schuldeiser blijvend verlaten. Derhalve vormt de onzakelijke lening mijns inziens een vierde uitzondering op de regel dat fiscaalrechtelijk de civielrechtelijke kwalificatie gevolgd dient te worden. Logischerwijs dient de afhandeling van het afwaarderingsverlies op de lening dan in de kapitaalssfeer plaats te vinden.

5.4.3 Oplossing (her)kwalificatie eigen vermogen

Op 19 juli 2013 heeft de OESO het ‘Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting’¹⁵⁵ gepubliceerd, waarin de OESO onder Actie 2 heeft opgenomen te willen optreden tegen internationale mismatches wat betreft hybride instrumenten en entiteiten om zodoende dubbele non-belasting, dubbele aftrek en langdurige uitstel van belastingheffing te voorkomen. In een discussierapport met betrekking tot het opheffen van de nadelige gevolgen van deze hybride mismatches¹⁵⁶, uitgebracht op 19 maart 2014, stelt de OESO voor de specifieke hybride mismatches oplossingen voor om dubbele non-belasting, dubbele aftrek of langdurig uitstel van belastingheffing te voorkomen. Bij hybride financiële instrumenten doet dit zich voor doordat in het ene land de vergoeding op de geldverstrekking aftrekbaar is, terwijl in het andere land de

¹⁵⁵ OECD (2013), ‘Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting’, OECD Publishing

¹⁵⁶ OECD (2014), ‘BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements’

ontvangen vergoeding als gevolg van kwalificatieverschillen geen onderdeel uitmaakt van het belastbaar inkomen (zoals ook besproken voor een aantal situaties in paragraaf 5.2.2). De OESO stelt geen herkwalificatie voor van de geldverstrekking om de gevolgen van de hybride mismatches op te heffen, maar geeft aanbevelingen voor de betrokken landen bij de geldverstrekking om de vergoeding niet in aftrek toe te staan bij de betaler, dan wel de vergoeding op te nemen in het belastbaar inkomen van de ontvanger. ‘De vormgeving is zodanig dat sprake is van ‘linking rules’ die worden onderscheiden in een voorkeursaanbeveling (‘primary rule’) en een alternatieve of defensieve aanbeveling (‘secondary of defensive rule’). Die laatste regel zou dan moeten gaan werken als de andere betrokken jurisdictie de aanbevolen ‘primary rule’ niet heeft geïmplementeerd in de eigen nationale regelgeving.’¹⁵⁷ Concreet stelt de OESO als primary rule voor dat door de bronstaat (het land van waaruit de vergoeding wordt betaald voor de geldverstrekking) de betaalde vergoeding niet in aftrek toestaat indien in de staat van ontvangst de ontvangen vergoeding niet in het belastbaar inkomen wordt opgenomen. De OESO stelt als secondary rule voor dat, indien de bronstaat geen gevolg geeft aan de primary rule, de staat waarin de vergoeding ontvangen wordt, de ontvangen vergoeding tóch betreft in het belastbaar inkomen van de ontvanger. Voor Nederland zou dit betekenen dat er wijzigingen aangebracht dienen te worden aan de rente-aftrekbeperkingsmaatregelen en de deelnemingsvrijstelling. Mijns inziens zijn deze linking rules echter een weinig doeltreffende oplossing. Immers: toepassing van de primary rule (bronstaat verleent geen aftrek voor de vergoeding indien deze in de staat van ontvangst is vrijgesteld) kan geweigerd worden door de bronstaat. Het is mij niet duidelijk of de secondary rule dan vervolgens een dwingend karakter krijgt voor de ontvangststaat indien de primary rule geweigerd wordt door de bronstaat. Is dit niet het geval en de ontvangststaat weigert vervolgens de toepassing van de secondary rule, dan blijft de situatie van non-belasting in stand en is er in feite niks gewijzigd. Mijns inziens zijn de linking rules derhalve teveel aan willekeur onderhevig en biedt het geenszins rechtszekerheid voor de belastingplichtigen.

Ook de Europese Commissie speelt in op het fenomeen van de hybride mismatches en heeft op 25 november 2013 een voorstel gedaan voor de wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn. Deze

¹⁵⁷ Vakstudie Nieuws, ‘OESO-discussiestuk over het neutraliseren van ‘hybrid mismatches’ in relatie tot “Base Erosion and Profit Shifting” (BEPS) aan het publiek voorgelegd voor commentaar’, V-N 2014/18.7

richtlijn beoogt belastingheffing te voorkomen op deelnemingsvoordelen uitgekeerd door een inwoner van de ene lidstaat aan de aandeelhouder welke inwoner is van een andere lidstaat binnen de Europese Unie.¹⁵⁸ Door de mismatches op hybride financieringsinstrumenten als gevolg van herkwalificaties van vreemd vermogen naar eigen vermogen, wordt de Moeder-Dochterrichtlijn ook toegepast op als dividend aangemerkte ontvangen vergoedingen, terwijl dit in het land van de betaler in aftrek wordt gebracht als zijnde interest (omdat daar de geldverstrekking als vreemd vermogen is aangemerkt). Om een einde aan deze non-belasting te maken stelt de Europese Commissie daarom voor de Moeder-Dochterrichtlijn zodanig te wijzigen dat de ontvangen vergoeding in de lidstaat van ontvangst niet meer vrijgesteld is van belastingheffing indien en voorzover in de lidstaat van betaling dit in aftrek is gebracht.¹⁵⁹

Waar de OESO dus primair voorstelt de dubbele non-belasting op te heffen in de betalende staat door de aftrek niet toe te staan, stelt de Europese Commissie voor om dit op te heffen in de ontvangende staat door geen vrijstelling te verlenen voor het ontvangen dividend. Echter, in beide voorstellen wordt geen rekening gehouden met het scenario waarin sprake is van dubbele belasting als gevolg van de mismatches op hybride financieringsinstrumenten. Indien op het niveau van een vennootschap in land A de geldverstrekking fiscaal geherkwalificeerd wordt naar eigen vermogen, terwijl de geldverstrekking op het niveau van de schuldeiser land B fiscaalrechtelijk een vordering blijft, treedt dubbele belastingheffing op: in land A wordt de vergoeding voor de geldverstrekking aangemerkt als een onttrekking en is deze niet aftrekbaar, terwijl de ontvangen vergoeding op het niveau van de schuldeiser in land B kwalificeert als een belastbare interestbete. Zowel de OESO als de Europese Commissie hebben echter niet tegen de dubbele belasting willen optreden die in dit geval ontstaat. Mijns inziens is de situatie van dubbele belasting een onwenselijke situatie welke zeker door de Europese Commissie onderkend zou moeten worden om het vestigingsklimaat van de Europese Unie niet nadelig te beïnvloeden door alleen de situatie van non-belasting op te heffen. Zoals eerder aangegeven kan dubbele belasting optreden op het moment dat de geldverstrekking op het niveau van de schuldeiser in

¹⁵⁸ De lidstaten worden vrijgelaten voor wat betreft de implementatie van de richtlijn in de nationale wetgeving. De lidstaten kunnen hier op eigen wijze vorm aan geven.

¹⁵⁹ European Commission, *Proposal for a Council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*, COM(2013) 814 final

land A als vreemd vermogen wordt aangemerkt (een vordering) en de ontvangen interestbaten hierop betrokken wordt bij de fiscale winstbepaling, terwijl de geldverstrekking op het niveau van de schuldenaar in land B fiscaal wordt aangemerkt als eigen vermogen en de betaalde vergoeding hiervoor, dividend, niet aftrekbaar is. Van den Hurk stelt hierop voor de richtlijn ‘te vervangen door een verordening die is gebaseerd op neutraliteit, waarbij ook een oplossing wordt geboden voor situaties van dubbele belasting.’¹⁶⁰ Mijns inziens kan dit echter met een aanpassing van de Interest-Royaltyrichtlijn opgelost worden. In zijn huidige vorm voorziet de Interest-Royaltyrichtlijn in een vrijstelling aan de bron, indien de ontvangen interestbaten onderworpen is aan belastingheffing in de lidstaat van ontvangst. De Interest-Royaltyrichtlijn zou dan zodanig aangepast dienen te worden dat een vrijstelling wordt verleend voor belastingheffing over de vergoeding in de lidstaat van ontvangst, indien en voorzover de betaalde vergoeding door een kwalificatieverschil van de geldverstrekking in de bronstaat ten opzichte van de ontvangstaat, als de vergoeding voor eigen vermogen is beschouwd en derhalve niet in aftrek is toegestaan bij de fiscale winstbepaling. Wordt de Interest-Royaltyrichtlijn in een dergelijke situatie van toepassing verklaard, dan is de ontvangen interestbaten vrijgesteld van heffing.

De wijzigingen in de Moeder-Dochterrichtlijn en Interest-Royaltyrichtlijn lossen in elk geval het probleem van non-belasting en dubbele belasting binnen de Europese Unie op. Helaas zijn beide richtlijnen niet van toepassing op niet-lidstaten, waardoor in internationaal verband nog steeds sprake kan zijn van non-belasting en dubbele belasting indien een betrokken partij bij de geldverstrekking gevestigd is in een land buiten de Europese Unie. Indien Nederland echter op basis van de voorgestelde wijziging in de Moeder-Dochterrichtlijn artikel 13 Wet VpB 1969 aanpast, zodanig dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op het ontvangen dividend indien in de bronstaat de vergoeding reeds in aftrek is gebracht als zijnde interestlast, dan is deze bepaling van toepassing op zowel lidstaten als niet-lidstaten. Zodoende wordt de situatie van non-belasting opgeheven. Daarnaast zou Nederland, door een wijziging van de Interest-Royaltyrichtlijn, een bepaling in de Wet VpB 1969 moeten implementeren op basis waarvan interestbaten vrijgesteld zijn van heffing indien deze niet in aftrek zijn gebracht in de bronstaat als zijnde dividend als gevolg van het kwalificatieverschil van de geldverstrekking. Zodoende wordt ook de situatie van dubbele belasting opgeheven.

¹⁶⁰ Hurk, H. van den, ‘De voorgestelde gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn geeft blijk van gebrek aan visie bij de Europese Commissie’, WFR 2014/684

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de gevolgen van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen behandeld. Met betrekking tot de onzakelijke lening en de gewezen jurisprudentie hieromtrent, is gebleken dat de afhandeling van het afwaarderingsverlies in de kapitaalssfeer niet strookt met de behandeling van afwaarderingsverliezen voor overige als vreemd vermogen aangemerkte geldverstrekkingen. De onzakelijke lening zweeft hierdoor mijns inziens in een gebied tussen het eigen vermogen en vreemd vermogen. Desondanks is het mijns inziens wel gerechtvaardigd dat dit afwaarderingsverlies, voortkomend uit het onbeprijstbaar hoog debiteurenrisico wordt afgehandeld in de kapitaalssfeer, omdat het onbeprijstbaar hoog debiteurenrisico is geaccepteerd vanwege de vennootschappelijke betrekkingen tussen de schuldeiser en schuldenaar. Naar mijn idee zou de onzakelijke lening derhalve een vierde categorie in de uitzondering op de hoofdregel moeten zijn en fiscaal als eigen vermogen gekwalificeerd dienen te worden. Afhandeling van het afwaarderingsverlies op de lening in de kapitaalssfeer is dan een logisch gevolg.

De fiscale herkwalificaties van het vreemd vermogen naar eigen vermogen ingeval van de schijnlening en bodemloze putlening zijn naar mijn idee gerechtvaardigd, aangezien de partijen mijns inziens beoogd hebben een kapitaalverstrekking te doen plaatsvinden. Bij de deelnemerschapslening heb ik daar meer moeite mee, omdat het naar mijn idee niet zo duidelijk is dat partijen een kapitaalverstrekking hebben beoogd. Ik ben van mening dat niet zonder meer betekenis kan worden ontzegd aan de terugbetalingsverplichting bij een looptijd van bijvoorbeeld 51 jaar (waarbij, indien aan de overige voorwaarden van de deelnemerschapslening is voldaan, sprake is van eigen vermogen) ten opzichte van een looptijd van bijvoorbeeld 49 jaar (waarbij de lening wordt aangemerkt als vreemd vermogen). Mijns inziens had de looptijdeis nooit geherformuleerd dienen te worden van onbepaalde tijd naar langer dan 50 jaar: het criterium dat een vaste looptijd ontbreekt doet meer recht aan wat onder het eigen vermogen dient te worden verstaan. Derhalve is mijns inziens en onder die voorwaarde, fiscale herkwalificatie naar eigen vermogen gerechtvaardigd. Met andere woorden: onder de huidige voorwaarde, looptijd langer dan 50 jaar, is het mijns inziens niet gerechtvaardigd de geldverstrekking fiscaal aan te merken

als eigen vermogen. Tevens is door de geherformuleerde looptijdeis naar langer dan 50 jaar de fiscale kwalificatie van de deelnemerschapslening als eigen vermogen gemakkelijk te omzeilen, wat de bepaling omtrent de deelnemerschapslening niet effectief maakt.

Uit de gevolgen van de fiscale kwalificatie van het eigen vermogen is gebleken dat vooral in de situatie dat fiscaalrechtelijk een herkwalificatie plaatsvindt van het vreemd vermogen naar eigen vermogen, in internationaal verband onwenselijke situaties kunnen ontstaan voor zowel de belastingplichtige als de betrokken belastingautoriteiten. Voor de belastingplichtige (liever gezegd: het concern) gevestigd in het ene land kan de onwenselijke situatie van dubbele belastingheffing ontstaan, waarin de vergoeding voor de geldverstrekking aangemerkt wordt als een onttrekking en derhalve niet aftrekbaar is, terwijl de ontvangen vergoeding in het andere land wordt aangemerkt als een belastbare interestbate. Voor de betrokken belastingautoriteiten kan de onwenselijke situatie ontstaan dat de vergoeding voor de geldverstrekking in het ene land aftrekbaar is, omdat dit wordt aangemerkt als een aftrekbare interestlast, terwijl de ontvangen vergoeding in het andere land wordt aangemerkt als een vrijgesteld deelnemingsvoordeel onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Tegen de laatst genoemde situatie, de situatie waarin sprake is van non-belasting, treden de OESO en de Europese Commissie op met respectievelijk het Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting en een voorstel tot wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn. De OESO stelt 'linking rules' voor waarbij primair door de bronstaat aftrek van de vergoeding niet wordt toegestaan in geval de ontvangen vergoeding is vrijgesteld in de ontvangstaat. Past de bronstaat deze 'primary rule' niet toe, dan dient de ontvangstaat secundair de ontvangen vergoeding toch te betrekken in de belastbare winst. Deze linking rules zijn mijns inziens echter weinig doeltreffend gezien de vrijblijvendheid deze rules toe te passen. Nederland zou conform het voorstel van de wijziging in de Moeder-Dochterrichtlijn mijns inziens het beste artikel 13 Wet VpB 1969 kunnen aanpassen en de deelnemingsvrijstelling niet toestaan voor ontvangen dividenden welke in de bronstaat in aftrek zijn gebracht als zijnde interestlasten. In dat geval wordt de situatie van non-belasting opgeheven. Mijns inziens had de Europese Commissie echter ook een oplossing moeten aandragen voor de situatie van dubbele belasting. Dit had gekund door de Interest-Royaltyrichtlijn zodanig te wijzigen dat een vrijstelling voor de interestbate in de ontvangstaat wordt verleend, indien en voorzover de betaalde vergoeding op

dezelfde geldverstrekking in de bronstaat niet in aftrek is toegestaan als zijnde dividend door het kwalificatieverschil van de geldverstrekking. Hiertoe dient in de Wet VpB 1969 een bepaling opgenomen te worden op basis waarvan interestbaten zijn vrijgesteld van heffing indien deze in de bronstaat niet in aftrek zijn toegestaan als zijnde dividend. Op deze manier worden zowel de situaties van non-belasting als dubbele belasting opgeheven, binnen EU- en buiten EU-verband.

6. Conclusie en aanbevelingen

Voor de externe financiële jaarverslaggeving dienen vennootschappen een balans en verlies- en winstrekening op te maken. Het doel van het jaarverslag is tweeledig, namelijk het afleggen van verantwoording voor het gevoerde beleid aan de aandeelhouders en het verstrekken van informatie ter oordeelsvorming en besluitvorming van de bij de onderneming betrokken buitenstaanders. Om een duidelijk beeld van het gevoerde beleid en de resultaten van de vennootschap aan de aandeelhouders en overige stakeholders te geven, dienen onder andere het eigen vermogen en het vreemd vermogen correct gekwalificeerd te worden in de jaarrekening.

In Titel 9 van het Burgerlijk Wetboek zijn de wettelijke bepalingen voor de bv opgenomen voor het opstellen van de jaarrekening en het jaarverslag. Daarnaast heeft de Raad voor de Jaarverslaggeving nadere richtlijnen opgesteld, de RJ-regels, die een verdere invulling geven aan de bepalingen zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek omtrent de jaarverslaggeving. Aan de hand hiervan vindt een kwalificatie van de geldverstrekkingen aan de vennootschap plaats naar het eigen vermogen en het vreemd vermogen van de vennootschap. Het eigen vermogen kan gedefinieerd worden als ‘het voor *onbepaalde* tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen’. Het vreemd vermogen kan gedefinieerd worden als ‘het voor *bepaalde* tijd ter beschikking van de onderneming staande vermogen’.

De civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking als eigen vermogen of vreemd vermogen, is ook bepalend voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan. In HR 27 januari 1988, nr.23919, BNB 1988/217c* is hierop inbreuk gemaakt en zijn door de Hoge Raad drie uitzonderingen geformuleerd waarbij in feite sprake is van een verstrekking van eigen vermogen (ondanks de civielrechtelijke kwalificatie als vreemd vermogen) en deze als zodanig fiscaalrechtelijk gekwalificeerd dienen te worden. Het gaat om de volgende geldverstrekkingen:

1. Schijnlening: bij een schijnlening hebben partijen gefingeerd een geldlening te hebben verstrekt, terwijl partijen in feite een kapitaalverstrekking hebben beoogd. Hierbij is derhalve sprake van een andersluidende wilsovereenstemming. Dit is echter geen objectief waarneembaar criterium, maar heeft een subjectieve grondslag. Toch is het naar mijn idee mogelijk om de andersluidende wilsovereenstemming te achterhalen, door de

invulling van de terugbetalingsverplichting nader te bekijken. Ontbreekt deze of is een extreem lange looptijd afgesproken, dan kan dit een indicatie zijn voor een schijnlening.

2. Bodemloze putlening: bij een bodemloze putlening komt aan de vordering geen waarde toe, omdat reeds aanstonds bij het verstrekken van de geldlening duidelijk moet zijn geweest dat de lening nooit terugbetaald zou worden. Indien dit niet aanstonds bij het verstrekken van de lening het geval was en dit gedurende de looptijd van de lening pas duidelijk wordt, is mijns inziens niet voldaan aan dit criterium en kan de lening derhalve niet aangemerkt worden als een verstrekking van eigen vermogen.
3. Deelnemerschapslening: een deelnemerschapslening is een lening verstrekt onder de voorwaarde van een winstafhankelijke vergoeding, is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en heeft een looptijd langer dan 50 jaar. Dit laatste kenmerk, een looptijd langer dan 50 jaar, was in eerste instantie niet als zodanig vastgesteld. In eerste instantie diende namelijk sprake te zijn van geen vaste looptijd en de geldlening diende slechts opeisbaar te zijn bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Met de herformulering van deze looptijd-eis wordt een geldlening met een looptijd van 49 jaar (waarbij voldaan is aan de overige twee criteria voor de deelnemerschapslening) fiscaal aangemerkt als vreemd vermogen, terwijl een zelfde lening met een looptijd van 51 jaar fiscaal wordt aangemerkt als eigen vermogen. Waarom in dit geval nu een lening voorbij de looptijdgrens van 50 jaar fiscaal aangemerkt dient te worden als eigen vermogen is mij onduidelijk. Mijns inziens diende dit criterium daarom niet geherformuleerd te worden naar een looptijd langer dan 50 jaar: het criterium van onbepaalde looptijd deed mijns inziens meer recht aan de herkwalificatie van de geldlening naar eigen vermogen. Het eigen vermogen staat de vennootschap immers voor onbepaalde tijd ter beschikking.

Voor wat betreft de schijnlening en de bodemloze putlening ben ik van mening dat een herkwalificatie naar eigen vermogen gerechtvaardigd is. Bij de schijnlening hebben partijen een kapitaalverstrekking beoogd en is het derhalve fiscaal terecht om bij deze werkelijkheid aan te sluiten voor wat betreft de fiscale kwalificatie en behandeling van deze geldverstrekking. Ditzelfde geldt ook voor de bodemloze putlening, waarbij het onder andere aanstonds duidelijk dient te zijn dat de geldlening nooit terugbetaald zal worden. Indien dat het geval is, dan heeft de

geldverstrekking het vermogen van de schuldeiser reeds blijvend verlaten bij het verstrekken van de lening en is het derhalve mijns inziens ook hier gerechtvaardigd om de geldverstrekking aan te merken als verstrekking van eigen vermogen. Meer moeite heb ik met de aanmerking van de deelnemerschapslening als eigen vermogen door de geherformuleerde looptijd-eis van geen vaste looptijd naar langer dan 50 jaar. Mijns inziens is het dan ook niet gerechtvaardigd een lening met een looptijd langer dan 50 jaar, bijvoorbeeld 51 jaar (en waarbij voldaan wordt aan de overige voorwaarden voor de deelnemerschapslening) aan te merken als eigen vermogen, omdat naar mijn mening aan de terugbetalingsverplichting geen betekenis kan worden ontzegd. Daarnaast is het vaststellen van de looptijdeis op langer dan 50 jaar mijns inziens niet effectief: dit kan immers gemakkelijk omzeild worden.

Naast bovengenoemde herkwalificaties van vreemd vermogen naar eigen vermogen, is door de Hoge Raad recent geoordeeld dat de omgekeerde situatie niet mogelijk is, ook al vertoont de geldverstrekking kenmerken van vreemd vermogen en wordt de geldverstrekking civielrechtelijk als vreemd vermogen aangemerkt bij de schuldeiser in het buitenland: een geldverstrekking dat volgens het Nederlands civiel recht als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, blijft ook fiscaalrechtelijk eigen vermogen. De Hoge Raad heeft met het uitsluiten van een herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen de rechtszekerheid willen waarborgen, omdat de grens tussen het verstrekken van risicodragend kapitaal en het verstrekken van een geldlening anders te onduidelijk zou worden. Fiscaalrechtelijk aansluiten bij de civielrechtelijke kwalificatie in het buitenland zou mijns inziens afbreuk doen aan de rechtvaardigheid van de fiscaalrechtelijke kwalificatie, omdat in zuiver binnenlandse gevallen een dergelijke geldverstrekking wél als kapitaalverstrekking zou gelden. Mijns inziens is het derhalve gerechtvaardigd fiscale herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen uit te sluiten.

De vergoeding voor eigen vermogen, dividend, is niet aftrekbaar bij de fiscale winstbepaling. Tevens dienen waardemutaties niet in aanmerking te worden genomen. In internationaal verband kan dit ingeval van hybride mismatches voor wat betreft geldverstrekingen (de drie herkwalificeringen en het uitblijven van een herkwalificering van eigen vermogen naar vreemd vermogen) leiden tot ongewenste situaties van non-belasting of dubbele belasting. Ingeval de

schuldeiser gevestigd is in Nederland en de schuldenaar gevestigd is in het buitenland, en de geldverstrekking dient op basis van bovengenoemde herkwalificaties geherkwalificeerd te worden naar eigen vermogen, dan kan de situatie van non-belasting ontstaan indien de geldverstrekking fiscaal in het buitenland als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd terwijl in Nederland fiscaal sprake is van eigen vermogen. De vergoeding voor de geldverstrekking betaald door de schuldenaar is dan aftrekbaar als zijnde interestlast in het buitenland, terwijl de ontvangen vergoeding in Nederland wordt aangemerkt als ontvangen dividend. Bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling is dit dividend vrijgesteld van heffing en is derhalve sprake van non-belasting. In het omgekeerde geval, de schuldenaar is gevestigd in Nederland en de schuldeiser is gevestigd in het buitenland, dan is sprake van dubbele belasting. De geldverstrekking wordt in Nederland aangemerkt als eigen vermogen en de vergoeding hierop, wordt aangemerkt als dividend – niet aftrekbaar bij de fiscale winstbepaling – terwijl de ontvangen vergoeding in het buitenland wordt aangemerkt als een ontvangen interestbate op de vordering welke wél wordt betrokken bij de fiscale winstbepaling. De vergoeding op onderhavige geldverstrekking wordt derhalve tweemaal betrokken in de fiscale winstbepaling en wordt zodoende dubbel belast.

De OESO en de Europese Commissie hebben beiden voorstellen ontworpen om de situaties van non-belasting op te heffen. De OESO stelt hiervoor de zogenoemde ‘linking rules’ voor: de primary rule luidt dat indien de vergoeding voor een hybrid mismatch voor wat betreft geldverstrekkings in de ontvangststaat wordt vrijgesteld van heffing, bronstaat de aftrek van de vergoeding dient te weigeren. Geeft de bronstaat geen gehoor aan de primary rule, dan dient de ontvangststaat onder de secondary rule de vrijstelling niet toe te staan, zodat de vergoeding onderdeel is van de belastbare winst. Deze ‘linking rules’ zijn mijns inziens echter te vrijblijvend en daardoor weinig doeltreffend. De Europese Commissie stelt een wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn voor: indien in de bronstaat de vergoeding op de hybrid mismatch wordt afgetrokken, dient de ontvangststaat de ontvangen vergoeding niet vrij te stellen van belastingheffing. Beide voorstellen bieden echter alleen een oplossing voor situaties van non-belasting. Mijns inziens dient echter ook te worden voorzien in een oplossing voor situaties van dubbele belasting. Daartoe dient naar mijn idee de Interest-Royaltyrichtlijn aangepast te worden en dient deze te voorzien in een vrijstelling van heffing over de interestbate indien deze door een

hybrid mismatch in de bronstaat niet in aftrek is toegelaten als zijnde dividend. De wijziging van de Moeder-Dochterrichtlijn wordt dan geïmplementeerd door artikel 13 Wet VpB 1969 zodanig te wijzigen dat deze niet van toepassing is op ontvangen dividenden indien en voorzover deze door de hybrid mismatch in aftrek zijn gebracht in de bronstaat als zijnde interestlasten door het kwalificatieverschil van de geldverstrekking. Daarnaast zou de wijziging van de Interest-Royaltyrichtlijn geïmplementeerd dienen te worden in de Wet VpB 1969 om de situatie van dubbele belasting op te heffen door een bepaling op te nemen in de Wet VpB 1969 op basis waarvan interestbaten worden vrijgesteld van heffing indien en voorzover deze in de bronstaat niet in aftrek zijn gebracht als zijnde dividend.

Zoals aangegeven is expliciet door de Hoge Raad geoordeeld dat herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen is uitgesloten. Afgezien van de hiervoor behandelde drie uitzonderingen op de civielrechtelijke kwalificatie van het vreemd vermogen, welke fiscaal aangemerkt worden als eigen vermogen, worden alle verdere geldverstrekkingen die civielrechtelijk worden aangemerkt als vreemd vermogen, ook fiscaalrechtelijk als zodanig aangemerkt. De vergoeding voor vreemd vermogen, interest, wordt in principe in aanmerking genomen bij de fiscale winstbepaling, evenals de waardemutaties. Dit laatste geldt echter niet voor de onzakelijke lening: hiervan is door de Hoge Raad geoordeeld dat dit fiscaalrechtelijk kwalificeert als zijnde vreemd vermogen. Echter, de waardemutaties hierop dienen afgehandeld te worden in de kapitaalssfeer (de interest is wel aftrekbaar bij de fiscale winstbepaling). Een onzakelijke lening is een geldverstrekking in gelieerd verband met een onbeprijsbaar hoog debiteurenrisico. Het onbeprijsbaar hoog debiteurenrisico is bij de onzakelijke lening dan ook geaccepteerd om het belang van de gelieerde maatschappij te dienen en de onzakelijke lening zou derhalve niet verstrekt zijn aan een onafhankelijke derde. Hiermee zweeft mijns inziens de onzakelijke lening tussen het eigen vermogen en vreemd vermogen in. De hoofdsom wordt aangemerkt als vreemd vermogen, maar de afhandeling van waardemutaties hierop dient plaats te vinden alsof het eigen vermogen is. De afhandeling van dit afwaarderingsverlies in de kapitaalssfeer is mijns inziens echter zowel gerechtvaardigd als doeltreffend: het onzakelijke debiteurenrisico is immers geaccepteerd, vanwege de vennootschappelijke betrekkingen tussen de partijen en de fiscale winst dient slechts de resultaten behaald in de ondernemings sfeer te

bevatten. De effectiviteit is echter ver te zoeken, omdat het naar mijn idee moeilijk zal zijn een geldverstrekking als onzakelijke lening te kwalificeren. Het onbeprijgbaar hoog risico is namelijk niet in objectieve criteria te vervatten en het vergt derhalve per geldverstrekking een grondig onderzoek of een derde een dergelijke lening niet zou hebben verstrekt.

Mijns inziens is het niet wenselijk dat binnen het vreemd vermogen een categorie leningen is geformuleerd welke wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen, maar de fiscale behandeling ten aanzien van afwaarderingsverliezen geniet als ware het eigen vermogen. Indien sprake is van een zodanig hoog debiteurenrisico dat deze onbeprijgbaar is, is naar mijn mening nagenoeg duidelijk dat het hoogst onzeker is of aan de terugbetalingsverplichting zal worden voldaan. Aan de terugbetalingsverplichting kan derhalve geen waarde worden toegekend: het debiteurenrisico zou mijns inziens anders niet onbeprijgbaar hoog zijn. De geldverstrekking heeft dan ook het vermogen van de schuldeiser blijvend verlaten en dient naar mijn idee fiscaal beschouwd te worden als eigen vermogen. De onzakelijke lening zou derhalve mijns inziens aangemerkt dienen te worden als een vierde uitzondering op de regel dat de civielrechtelijke kwalificatie bepalend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie daarvan.

Literatuurlijst

Boeken

1. Arts, J.H.M., *'Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting'*, 1997, Koninklijke Vermande, Lelystad
2. Arts, J.H.M., *'Onzakelijke leningen'*, 2013, Kluwer, Deventer
3. Bouwman, J.N., *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting – Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding'*, Fiscale geschriften, 2002 Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort
4. Bouwman, J.N., Boer, M.J., *'Wegwijs in de Vennootschapsbelasting'*, 2013, 13^e druk, Sdu Uitgevers, Den Haag
5. Brandsma, R.P.C.W.M., *'Fiscale Monografieën - Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)'*, 2003 Kluwer, Deventer
6. Epe RA, P., Koetzier, W., *'Jaarverslaggeving'*, 2008, 5e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/Houten
7. Ernst & Young Accountants, Directoraat Vaktechniek, *'Ernst & Young Handboek Jaarrekening 2010'*
8. Haberman, A.M., *'Fiscale Monografieën - Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders'*, 1993 Kluwer, Deventer
9. Hoogendoorn, J., *'Fiscale miniaturen - Lening en kapitaalverstrekking'*, 1978 FED, Deventer
10. Klaassen RA, J., Hoogendoorn RA, M.N., Vergoossen RA, R.G.A., *'Externe verslaggeving'*, 7^e druk, Wolters-Noordhoff, Groningen/ Houten
11. Koopal, M.A., Wezeman, J.B., *'Boom Modellen en Commentaar – Ondernemingsrecht'*, 2004 Boom Juridische uitgevers, Den Haag
12. Raad voor de Jaarverslaggeving, *'Richtlijnen voor de jaarverslaggeving – voor grote en middelgrote rechtspersonen'*, 2011 Kluwer, Deventer
13. Van den Boon, T, Geeraerts, D, *Van Dale Woordenboek – 14e editie*, 2005 Van Dale Lexicografie BV, Utrecht/ Antwerpen
14. Van de Streek, J.L., Strik, S.A.W.J, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting 2013*, 2013 Kluwer, Deventer

15. Van Strien, J., *'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting'*, 2007 Kluwer, Deventer
16. Vergoossen RA, R.G.A., *'De nieuwe jaarverslaggeving'*, 2010, 9^e druk, Kluwer, Deventer

Artikelen

1. Albert, P.G.H., *'De onzakelijke lening opzij'*, WFR 2013/1464
2. Albert, P.G.H., *'Afwaarderingsverlies onzakelijke lening "opzij" is niet aftrekbaar'*, WFR 2014/357
3. Albert, prof.mr.dr. P.G.H., *'De onzakelijke lening; hoe nu verder?'*, WFR 2014/724
4. Bobeldijk, prof.mr.dr. A.C.P., Velden, mr. R.L.P., *'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I'*, MBB 2014/05/02
5. Bobeldijk, prof.mr.dr. A.C.P., Velden, mr. R.L.P., *'De onzakelijke lening anno 2014 – deel II'*, MBB 2014/06/02
6. Bongaarts, P.J.M., *'Het begrip informeel kapitaal in de vennootschapsbelasting'*, WFR 1978/33
7. Bruins Slot, W., *'Vervreemd eigen vermogen is... vreemd vermogen'*, WFR 2014/334
8. Egelie, W.F.E.M., *'De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk'*, NTFRB 2012/5
9. Engelen, F.A., Van Scharrenburg, R., *'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting'*, WFR 2008/705
10. Heithuis, E.J.W., *'Onzakelijke leningen. Een nieuw fenomeen of oude wijn in nieuwe zakken?'*, MBB 2008/156
11. Heithuis, E.J.W., *'Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?'*, WFR 2013/998
12. Heithuis, E.J.W., *'Afwaarderingsverlies op onzakelijke lening "opzij" is aftrekbaar'*, WFR 2014/356
13. Heithuis, E.J.W., *'Nogmaals de onzakelijke lening "opzij"'*, WFR 2014/451
14. Heithuis, E.J.W., *'Wettelijk ingrijpen geboden?!'*, NTFR 2014/766
15. Hesselberth, G.J., Grabarz, J., *'Fiscale herkwalficatie van eigen in vreemd vermogen'*, WFR 2013/628

16. Hurk, H. van den, *'De voorgestelde gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn geeft blijk van gebrek aan visie bij de Europese Commissie'*, WFR 2014/684
17. Maas, C., Vermeulen, H., *'Het karakter van geldverstrekkingen'*, WFR 2014/597
18. Marres, O.C.R., *'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting'*, WFR 2012/142
19. Molenaars, M.L., Boer, R.A., *'Het onzakelijke leningenarrest van 9 mei 2008; een exegeze'*, MBB 2008/347
20. Snoeij, R., Wagenaar, L., *'Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?'*, WFR 2014/622
21. Vakstudie Nieuws, *'OESO-discussiestuk over het neutraliseren van 'hybrid mismatches' in relatie tot "Base Erosion and Profit Shifting" (BEPS) aan het publiek voorgelegd voor commentaar'*, V-N 2014/18.7

Digitale databanken

1. European Commission, *'Proposal for a Council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States'*, COM(2013) 814 final
2. Kiersch, mr. E.D.G., *'Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek'*, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 2:373 BW aantekening 1, Kluwer 2011
3. OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>
4. OECD (2014), *'BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements'*,
<http://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>
5. Sprundel, D. van, *'Hoge Raad stopt discussie over dispariteit en deelnemingsvrijstelling'*,
www.taxlive.nl
6. IJsselmuiden, S., *'Groene Serie Rechtspersonen'*, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 2:373 BW aantekening 1, Kluwer 2010

Jurisprudentie

1. HR 11 maart 1998, nr. 32 240 BNB 1998/208c*
2. HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217c*
3. HR 18 februari 1987, BNB 1988/248
4. HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32
5. HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64
6. HR 28 februari 2003, V-N 2003/29.19
7. HR 4 september 1996, BNB 1997/42
8. HR 5 juni 1957, BNB 1957/239
9. HR 7 februari 1951, B 8939
10. HR 25 november 2005, nr. 40 989 BNB 2006/82
11. HR 3 april 1957, nr. 13 084, BNB 1957/165
12. HR 21 maart 2003, nr. 37 981, BNB 2003/222
13. HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252
14. HR 9 mei 2008, nr. 43 949, BNB 2008/191
15. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37
16. HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38
17. HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78
18. HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104
19. Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174
20. Conclusie A-G Wattel 9 januari 2013, nr. 12/03540
21. HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149
22. HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80c*
23. HR 7 februari 2014, nr.12/03540, BNB 2014/79c*
24. HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98
25. HR 15 december 1999, BNB 2000/126