

---

# **De fiscale werking van de onzakelijke lening opzij m.b.t. tot het afwaarderingsverlies en liquidatieverlies**

---

**Naam : Ashanti Eustace**

**Erasmus Universiteit**

**Bachelor Fiscale Economie**

**Begeleider: Rolph van Ovost**

**Studentennummer 328364**

## Voorwoord

Na ongeveer 3 maanden hard werken ligt mijn afstudeerscriptie voor u klaar. Deze scriptie is geschreven in het kader van mijn afstuderen binnen de faculteit Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit. Ik moet zeggen dat het wel meegevallen was en dat het soepeler is verlopen dan wat ik eigenlijk had verwacht.

Als onderwerp voor mijn scriptie had ik Onzakelijke Lening gekozen omdat tijdens het hoorcolleges dit mij altijd had geboeid. Eenmaal ik het onderwerp had, was naar mijn mening, het opstellen van de probleemstelling en bedenken van deelvragen, het moeilijkst onderdeel.

Graag wil ik de personen bedanken die mij hebben gecoacht en bijgedragen aan de tot stand komen van deze bachelor scriptie. Allereerst wil ik mijn scriptiebegeleider Rolph van Ovest bedanken voor zijn kritische enthousiasme. Zijn kritiek en opmerkingen hebben mij in de goede richting geleid. Ook wil ik mijn dank uitspreken richting Mireille Franken voor het corrigeren van mijn taalgebruik. Verder wil ik een bijzonder woord van dank aan mijn tweede lezer geven.

Tot slot wil ik Ciara Eustace bedanken voor haar energieke doorzettingsvermogen die zij mij gaf om mijn studie tot Bachelor in Fiscale Economie af te maken en om mijn toekomstige studie ook verder onder de loep te nemen.

Ik wens eenieder veel leesplezier

Rotterdam, juli 2014

Ashanti Eustace

## Contents

Voorwoord .....	2
Hoofdstuk 1 Inleiding .....	5
Onderzoeksvraag:.....	6
Opzet .....	6
Hoofdstuk 2 De deelnemingsvrijstelling.....	7
Nederlandse vennootschapsbelasting .....	7
Klassieke stelsel .....	7
Eisen van de deelnemingsvrijstelling .....	8
Buitenlandse deelneming.....	8
Uitzonderingen.....	9
Hoofdstuk 3 De onzakelijke lening .....	10
Het totale winstbegrip.....	10
Kwalificatie van een lening.....	10
Uitzonderingen.....	11
De bodemloze put lening .....	11
Schijnlening .....	11
Deelnemerschapslening: .....	12
De onzakelijke lening.....	13
Arm's lenght beginsel.....	14
Onzakelijkelijke lening <i>omhoog</i> en <i>omlaag</i> .....	15
Onzakelijke lening opzij .....	15
Hoofdstuk 4 Afwaarderingsverlies .....	17
Vorderingen.....	17
Storting .....	18
Onzakelijke lening.....	19
Niet afgewaardeerde vordering verhoogt het opgeofferde bedrag.....	20
P.G.H. Albert.....	20
W.F.E.M. Egelie.....	20
H. Lohuis.....	20
Niet aftrekbaar .....	21
Onzakelijke lening omlaag.....	21
Onzakelijke lening omhoog .....	21

Onzakelijke lening opzij .....	21
Prijsgeven. ....	22
Sancties.....	23
Art 13ba .....	23
Art 13b.....	23
Hoofdstuk 5 Liquidatieverliesregeling.....	25
Het liquidatieverlies .....	25
Opgeofferdebedrag.....	25
Liquidatie-uitkering .....	26
Voorwaarden.....	27
Voorzettingseis .....	27
Buitenlandse deelneming.....	28
Fiscale eenheid .....	28
Relatie tot de onzakelijke lening .....	29
Onzakelijke lening <i>opzij</i> .....	29
Conclusie .....	31

## Hoofdstuk 1 Inleiding

Binnen de vennootschapsbelasting zijn er verschillende concernverhouding mogelijkheden. Het kan dienstig zijn om in sommige gevallen activiteiten in verschillende entiteiten te brengen. Een concernverhouding die je weleens tegen het lijf bent gelopen is de Deelneming van art 13 VPB, waar er wordt geacht dat de moedermaatschappij aan een van de voorwaarden van lid 2 voldoet. Als er sprake is van kwalificatie van de deelneming, wordt de deelnemingsvrijstelling verplicht toegepast. Zowel voordelen als nadelen die door de deelneming worden verkregen blijven buiten beschouwing bij het bepalen van de fiscale winst.

Verstrekken van leningen binnen concerns komt vaak voor. Als hoofdregel wordt het civiele recht in de fiscaliteit gevolgd. Een lening die als lening in het civiele recht wordt aangemerkt, waar er een betalingsverplichting is, wordt voor de fiscaliteit automatisch als lening gezien. De Hoge Raad heeft hierop wel 3 uitzonderingen gemaakt: de bodemlozeputlening, de schijnlening en de deelnemerschapslening.<sup>1</sup> Als een lening wordt gekwalificeerd, moet een onderscheid gemaakt worden tussen zakelijk en onzakelijke lening voor de winstbepaling. De onzakelijke lening kan het beste omschreven worden als een lening waarbij de crediteur geen strikte condities heeft afgesproken bij het verstrekken van de geldlening. Het gevolg hiervan is dat de crediteur een debiteurenrisico op zich heeft genomen – dat de verstrekte lening niet zal worden afgelost – dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd. Als dit het geval is heeft de gelieerde partij het debiteurenrisico aanvaard in de hoedanigheid van aandeelhouder.

Het onderscheid is van belang, omdat je moet weten of er een afwaarderingverlies of een liquidatieverlies in mindering van de winst gebracht mag worden. Op grond van het goedkoopmansgebruik kan een vennoot een vordering afwaarderen als hij denkt dat de vordering niet volwaardig is door de insolventie van de schuldenaar. "Als verschaffer van vermogen aan dochtermaatschappij, mag de moedermaatschappij als het slecht gaat met dochter, ook afboeken op deze kapitaalverschaffing, maar die afboeking valt meestal onder de deelnemingsvrijstelling en is daarom niet fiscaal aftrekbaar." (J.A.G van der Geld, 2013, p 204)<sup>2</sup>. Hier is het duidelijk zichtbaar dat het deelnemingsvrijstelling niet altijd gunstig uitpakt. Vandaar dat het soms aantrekkelijker is om vanuit een ander concern geld te lenen dan van de moedervenoot. Hier komt het begrip (on)zakelijke lening 'opzij'. De schuldeiser heeft geen deelneming in de schuldenaar en daardoor zou de deelnemingsvrijstelling de aftrek niet verhinderen aangezien er niet eens sprake is van deelneming. Waar er wel rekening mee dient te worden gehouden is dat bij het afwaarderen van een vordering dit invloed kan hebben op het opgeofferde bedrag van deelneming. Indien het de belastingplichtige haar deelneming op enig moment wil liquideren kan dit gevolgen hebben voor het liquidatieverlies.

---

<sup>1</sup> Unilever arrest BNB 1988/217

<sup>2</sup> Van der Geld, J.A.G., 2013, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*, 9<sup>e</sup> druk, Deventer 2013, Kluwer

### Onderzoeksvraag:

Op 15 maart 2013 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verlies op onzakelijke lening “omlaag” ( van moedermaatschappij naar dochtermaatschappij) niet aftrekbaar is vanwege de werking van de deelnemingsvrijstelling.<sup>3</sup> Maar hoe zit het nu bij de onzakelijke lening “opzij” waar de ene dochtervennootschap een geldlening aan een andere dochtervennootschap verstrekt? Om deze vraag te beantwoorden heb ik de volgende deelvraag/vraagstelling opgesteld.

*In hoeverre zou een zustervennootschap een afwaarderingverlies en liquidatieverlies van haar winst bij een (on)zakelijke lening opzij kunnen aftrekken?*

### Opzet

Om tot een antwoord op mijn onderzoeksvraag te komen, zal ik eerst een literatuuronderzoek doen. In hoofdstuk een zal ik een inleiding van het scriptieonderzoek geven. Daarna zal in hoofdstuk twee de deelnemingsvrijstelling worden besproken. Hoofdstuk drie zal ingaan op wat precies tot een zakelijke lening en wat tot een onzakelijke lening behoort. Vervolgens zal ik in hoofdstuk vier het afwaarderingverlies behandelen. Hoe er in de fiscaliteit wordt omgegaan met liquidatieverlies zal in hoofdstuk vijf worden besproken. De scriptie wordt afgerond met een conclusie.

---

<sup>3</sup> BNB 2013/149

## Hoofdstuk 2 De deelnemingsvrijstelling

### Nederlandse vennootschapsbelasting

Belasting wordt bijna overal ter wereld geheven en heeft twee functies namelijk; een instrumentele en een budgettaire functie. Het primaire doel om belastingen te heffen is de budgettaire functie, dit houdt in dat de geheven belasting bijdraagt aan het financieren van collectieve goederen en diensten die voor iedereen toegankelijk moeten zijn. Bij het heffen van verschillende belastingwetten kan onderscheid gemaakt worden tussen natuurlijke –en rechtspersonen. Juridisch gezien is een natuurlijk persoon, een mens die drager kan zijn van rechten en plichten en die zijn ontstaan uit geboorte.<sup>4</sup> Een rechtspersoon daarentegen, is een juridische constructie waarbij een entiteit of organisatie kan optreden als een volwaardig handelingsbekwaam ‘persoon’ in het rechtsverkeer. Het kan in feite gezien worden als het afsluiten van een contract met de samenleving wat inhoudt dat een abstracte entiteit of organisatie op kan treden als een volwaardig en handels bekwaam persoon in het rechtsverkeer. Deze gelijkstelling tussen natuurlijke-en rechtspersonen is te vinden in Art 54 Vw-EU-verdrag.<sup>5</sup>

In tegenstelling tot inkomstenbelasting, waar natuurlijke personen belastingplichtige zijn, zijn rechtspersonen de subjectieve belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting. Ondernemen levert economisch gezien geld op en moet gedeeltelijk worden overgedragen aan het rijk.

### Klassieke stelsel

Dit stelsel komt erop neer dat de vennootschapsbelasting wordt geheven over de winsten van het lichaam en vervolgens wordt er inkomstenbelasting geheven bij de aandeelhouder als deze winsten naar de aandeelhouders worden uitgekeerd. Er wordt geen rekening gehouden met de reeds eerder over de winst bij het lichaam geheven vennootschapsbelasting.

Dit kan leiden tot dubbele economische belastingheffing. Bij concernverbanden met veel schakels kan bij het uitkeren van de winst door de cumulatieve belastingdruk het netto bedrag uitkomen op 0<sup>6</sup>.

De deelnemingsvrijstelling voorkomt dat winsten en verliezen in deelnemingsrelaties meer dan een keer in aanmerking worden genomen, dit wordt ook wel het ne-bis-in-idembeginsel genoemd. De deelnemingsvrijstelling is een imperatieve regeling, dit houdt in dat indien aan de voorwaarden voldaan wordt, er niet vanaf kan worden gezien. Daarnaast geldt deze voor zowel binnen- als buitenlandse belastingplichtigen.

---

<sup>4</sup> Mr, M.A Kakebeke-van de Put en mr.P.Neleman, *Compendium van het personen-en familierecht*.3<sup>e</sup> druk, Deventer 1978,7-8§

<sup>5</sup> De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke persoon die onderdaan zijn van de lidstaten

<sup>6</sup> Prof.dr.mr.E.J.W Heithuis, dr.R.P. van den Dool. *Compendium Vennootschapsbelasting*, 8<sup>e</sup> druk, Deventer 2009, p 150.

## Eisen van de deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling is in artikel 13 Wet VPB vastgesteld. Wat het inhoudt is dat voordelen uit hoofde van deelneming buiten het bepalen van de winst blijven. Onder de reikwijdte van voordelen uit hoofde van deelneming moet men niet alleen denken aan dividenden die wordt uitgekeerd aan de moedermaatschappij, maar ook aan koerswinsten en-verliezen, het resultaat op optiecontracten op aandelen<sup>7</sup>, earn-out regeling<sup>8</sup> en dergelijke.

Voordat er geconstateerd kan worden dat er voordelen uit deelneming aan de orde zijn, moet eerst getoetst worden of er sprake is van een deelneming. De meest voorkomende en voor de hand liggende deelneming, voldoet aan de eis van art 13-2a VPB. Hierbij dient de moedervenootschap minimaal 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal in bezit te hebben. Niet alleen deelneming in aandelenvenootschap is mogelijk maar ook bij fondsen van gemene rekening, een coöperatie of vereniging dan wel om een commanditaire deelname in een open commanditaire vennootschap.

De wet hanteert als uitgangspunt een forfaitair bedrag van tenminste 5% om een onderscheid te kunnen maken tussen aandelen die gekocht worden om te beleggen en aandelen die gekocht worden in verband met deelname binnen een vennootschap. Bij deelnemen wordt er op een zodanig manier een betrokkenheid bij de vennootschap verworven. Als eenmaal is geconstateerd dat de belastingplichtige een deelneming heeft, worden niet alleen de voordelen die rechtstreeks uit aandelen voortvloeien vrijgesteld, maar ook een paar afgeleide voordelen zoals die vermeld zijn in lid 4 artikel 13 Wet VPB. Dit wordt ook wel de meetrekgeregeling genoemd.<sup>9</sup>

Heeft de aandeelhouder op eigen kracht niet een pakket van 5%, maar wel een met hem verbonden persoon in de zin van artikel 10a lid 4 Wet VPB, dan wordt zijn aandelenpakket meegetrokken en heeft hij ook een deelneming. Hij geniet dan van alle fiscale faciliteiten die met de deelneming zijn verbonden.

## Buitenlandse deelneming

Zoals al eerder vermeld is, is de deelnemingsvrijstelling ook voor buitenlandse rechtsvormen van toepassing. Hiervoor heeft de staatssecretaris van Financiën een hulpmiddel in het leven geroepen; het zogenaamde kwalificatiebesluit van 18 december 2004. Hierin is bepaald wanneer buitenlandse entiteiten voor de Nederlandse belastingheffing als transparant of als zelfstandig lichamen worden aangemerkt. In het geval van buitenlandse vennoten zijn er vaak entiteiten die geen aandelen kapitaal bezitten, maar sterk op aandelenvenootschap lijken. Voor deze entiteiten besliste de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Falcons-arrest, HR 22 november 2002n nr.36 272, BNB 2003/34. Hoge Raad oordeelde dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de voordeel dat een optiehouder halt met de verkoop van zijn opties.

<sup>8</sup> Zie Artikel 13, lid 6

<sup>9</sup> Artikel 13-lid4

<sup>10</sup> HR 1 april 2005, nr 37 034, BNB 2005/226 betreffende een naar Duitse recht opgerichte Gesellschaft mit beschränkter Haftung(GmbH) en HR 2 juni 2006, nr.40 919, BNB 2006/228 betreffende een naar het recht van de Amerikaanse staat Delaware opgerichte Limited Liability Company.



## Uitzonderingen

Volgens de tekst van de wet wordt er voor de laagbelaste beleggingsdeelneming geen deelnemingsvrijstelling verleend. Kort gezegd, gaat het bij laagbelaste beleggingsdeelnemingen om aandelenbelangen van minstens 5% in een club waar geen materiële onderneming wordt gedreven en die bovendien ook laagbelast zijn. Voor zulke deelnemingen wordt er een verrekeningsmethode gehanteerd. Het is een van de antimisbruikbepalingen die kapitaalvlucht probeert tegen te houden doordat beleggingen vrij mobiel zijn. Allereerst dient er gekeken te worden met welk doel de deelneming wordt gehouden. Dit is de oogmerktoets die toetst of de deelneming wordt gehouden ter belegging. De daarnaast geldende eisen zijn de onderworpenestoets en de bezittingstoets. Bij de onderworpeneis, is de vraag of het lichaam onderworpen is aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing. De bezittingstoets meet puur of de deelneming uit passieve bezittingen en vrije beleggingen bestaat.

Pas als er niet aan de cumulatieve eisen wordt voldaan, moet de deelnemingsverrekening gebruikt worden. Dit is terug te vinden in de leden 9 ,10 en 11 van art. 13 Wet VPB.

Doordat de deelnemingsvrijstelling verplicht en een algebraïsch begrip is, kan dit in bepaalde situaties ongunstig uitpakken. Bij het bepalen van de winst voor ondernemingen worden verliezen meegenomen. Maar door de systematiek van de deelnemingsvrijstelling komen deze verliezen in de deelnemingsfeer terecht en kunnen dus nooit meer in aftrek komen. In geval van liquidatie van een deelneming acht de wetgever dit niet gewenst en heeft daarom de liquidatieverliesregeling in het leven geroepen om compensabele verliezen die doorgaans in een te liquideren deelneming aanwezig zijn, niet verloren te laten gaan.<sup>11</sup> In hoofdstuk 4 zal ik nader ingaan op het liquidatieverlies.

---

<sup>11</sup> Kamerstukken II 1989/90 19 986 n3 13 p10

## Hoofdstuk 3 De onzakelijke lening

### Het totale winstbegrip

Het winstbegrip voor de Vennootschapsbelasting is verankerd in art 8 Wet VPB en is eigenlijk een schakelbepaling van art 3.8 Wet IB. In art 3.8 Wet IB staat het winstbegrip gedefinieerd als “Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”. Feitelijk kan dit gezien worden als het vermogens toename die gedurende het bestaan van de onderneming is ontstaan. Dat er verschil tussen kapitaalmutaties en winst gemaakt moet worden, moet niet over het hoofd gezien worden. Kapitaalmutaties veranderen het eindvermogen maar hebben geen invloed op de behaalde winst. Dat het totale winstbegrip een schakelbepaling is van de Wet IB, brengt met zich mee dat de jurisprudentie aangaande de winst in de Inkomstenbelasting ook voor de Vennootschapsbelasting geldt.

Het uitgangspunt van de Nederlandse winstbepaling is dat het lichaam zelfstandig belast wordt en dat de aandeelhoudersinvloeden geëlimineerd worden. Het wordt als het ware geschoond van alle ‘vuil’ dat niet zelf met de vennootschap te maken heeft. Het is belangrijk om te bepalen in welke vorm er gefinancierd wordt. Het is van belang dat er onderscheid wordt gemaakt tussen kapitaal (eigen vermogen) en lening (vreemd vermogen), omdat het fiscaal anders wordt behandeld. De vergoeding van het aan de vennootschap ter beschikking gesteld eigen vermogen is niet aftrekbaar, terwijl de beloning van vreemd vermogen wel aftrekbaar is. Hierdoor worden mensen geprikkeld om met vreemd vermogen te financieren. Zo gemakkelijk is dit niet. Bij het aantrekken van vreemd vermogen, dient rekening gehouden te worden met de rentabiliteit en solvabiliteit van de onderneming<sup>12</sup>

Volgens prof.fr.J.A.G van der Geld, kan er op basis van 4 elementen een onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen gemaakt worden;<sup>13</sup>

1. De mate waarin schuldeiser in de winst en verliezen delen
2. De looptijd van de schuld
3. De afhankelijkheid van de winstvergoeding
4. De zeggenschap die de aandeelhouders hebben.

### Kwalificatie van een lening

Uit het arrest van BNB 1988/27 is te achterhalen dat het civiele recht als hoofdregel in de fiscaliteit wordt gevolgd.<sup>14</sup> Een kapitaal dat als lening in het civiele recht wordt aangemerkt, wordt voor de fiscaliteit automatisch als lening gezien. In artikel 1793 van Boek 7a van het Burgerlijke wetboek wordt civielrechtelijk gedefinieerd als het volgende<sup>15</sup>:

---

<sup>12</sup> P.D. van Loo, C.J. Zonderland, *Eigen vermogen, vreemd vermogen*, De Nederlandse Bank

<sup>13</sup> J.A.G van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 9<sup>e</sup> druk, p77

<sup>14</sup> HR 27 januari 1988, nr.23919, BNB 1988/217.

<sup>15</sup> Artikel 7A:1791 BW

“overeenkomst, waarbij de ene partij aan de andere een geldsom of een hoeveelheid door andere vervangbare, goederen afstaat, met de verplichting een gelijk bedrag of een gelijke hoeveelheid goederen van gelijke soort en hoeveelheid terug te geven.” Idem dito geeft de uitspraak van de Hoge Raad op 8 september 2006<sup>16</sup>aan, dat hij veel gewicht toekent aan de terugbetalingsverplichting, een helder beeld van wat onder een juridische lening wordt verstaan. Het doet er niet toe of de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk en onzeker is en ontnemt dus het kwalificatie van een geldlening aan een kapitaalvertrekking. Het beoordelingsmoment om te kijken of er sprake is van terugbetalingsverplichting, is het tijdstip waarop de lening ter beschikking wordt gesteld. Wordt er op een later moment de eisen van de lening veranderd, dan geeft dit een aanleiding om opnieuw te beoordelen of er sprake is van een lening.<sup>17</sup>

## Uitzonderingen

Op de hoofdregel dat de civielrechtelijke verschijningsvorm beslissend is voor de fiscaliteit, heeft de Hoge Raad wel 3 uitzonderingen gemaakt: de bodemlozeputlening, de schijnlening en de deelnemerschapslening.<sup>18</sup>

### De bodemloze put lening

De eerste uitzondering op de hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscaliteit doet zich voor bij de bodemloze putlening. Dit betreft de situatie waarin de schuldeiser een geldlening onder zodanige omstandigheden aan een vennootschap verstrekt, dat het op voorhand duidelijk moet zijn geweest dat het geheel of gedeeltelijk geen waarde toekomt. Naar aanleiding van de omstandigheden waaronder de geldlening is verstrekt, stond duidelijk dat het verstrekte bedrag niet of niet ten volle terug betaald zou worden. Met als gevolg dat het verschaft bedrag (deels) zijn vermogen blijvend heeft verlaten.<sup>19</sup> Het is een kapitaal vestrekking met een vanzelfsprekende naam. Het meest voor de hand liggende situatie waar er een bodemlozeputlening wordt vertrekt is bij verliesgevende vennoten. “De moedermaatschappij wil de bedrijfsactiviteiten in de dochtermaatschappij blijven bekostigen, waar derden al lang hebben afgehaakt.”<sup>20</sup>

### Schijnlening

Wanneer partijen een contract afsluiten dat naar juridische maatstaven een lening aanduidt, maar waar de partijen iets anders bedoelen dan ze doen voorkomen, is er sprake van schijnlening. Het lijkt alsof er een lening wordt vertrekt, maar in wezen is het de bedoeling om eigen vermogen te verstrekken. Volgens Bouwman<sup>21</sup> is het niet alleen mogelijk dat in het fiscale recht een geldverstrekking als schijnlening betiteld kan worden maar ook in het civiele recht. Hier verwijst hij naar het arrest van HR 3 november 1954, nr. 11928, BNB 1954/357: “dat als regel geldt, dat niet beslissend is de schijn, dat is de naam, waarmee een

<sup>16</sup> HR 8 september 2006, nr.42015, BNB 2007/104

<sup>17</sup> Hr 4 september 1996, nr. 31067, BNB 1997/42

<sup>18</sup> HR 27 januari 1988, nr 23919, BNB 1988/217. Het Unilever -arrest

<sup>19</sup> HR 25 november 2011 V-N 2011, 63.10, r.o 3.3.1

<sup>20</sup> [http://www.fiscalistenonline.nl/sitefiles/Kapitaal\\_of\\_lening\\_wie\\_zal\\_het\\_zeggen.pdf](http://www.fiscalistenonline.nl/sitefiles/Kapitaal_of_lening_wie_zal_het_zeggen.pdf)

<sup>21</sup> J.N Bouwman, *Thema rond geldvorderingen*, 2001, p150

*transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij wordt genoten, doch dat het aankomt op wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld; dat is op verhouding, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan"*

Uit jurisprudentie is te concluderen dat een schijnlening te herkennen is aan<sup>22</sup>:

- geen aflossing overeengekomen;
- geen rente bedongen; en
- geen zekerheid gesteld.

Het ontbreken van een of meer van de kenmerken vormt geen belemmering om een geldlening als schijnlening te betitelen. Bij het financieren van in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen kan het doelmatig zijn om een schijnlening te gebruiken. Wat naar Nederlandse maatstaven als kapitaal wordt aangemerkt, kan voor het buitenland als een fiscale lening aangemerkt worden. Dit is het geval bij pret participatief waar het naar Nederlandse maatstaven niet als geldlening kwalificeert maar wel als geldlening in Frankrijk wordt gezien. Naar mijn mening zal dit alleen maar ten gunste van de vennootschappen kunnen werken. Door de lening vanuit Nederland als schijnlening te presenteren wordt de lening in Nederland als kapitaal aangemerkt en dus de ontvangen vergoeding is dan als dividend aan te merken die onder de deelnemingsvrijstelling valt. In Frankrijk wordt de rente wel afgetrokken en kan de vennootschap zo de voordelen van financieren met vreemd vermogen ook genieten.

### **Deelnemerschapslening:**

De deelnemerschapslening is in artikel 10, lid 1d opgesomd. Het is een geldverstrekking die onder zodanige voorwaarden en omstandigheden is aangegaan, dat materieel gezien er sprake is van verstrekken van eigen vermogen. De schuldeiser gaat feitelijk in de schuldenaar deelnemen.<sup>23</sup> Indien er sprake is van (i) een schuld die ten opzichte van alle concurrente schuldeiser achtergesteld is, (ii) een overgekomen rentevergoeding die vrijwel geheel afhankelijk van de winst is en (iii) een schuld die geen vaste looptijd heeft, is er sprake van een deelnemerschapslening. Het geldt overigens ook voor leningen met looptijden van meer dan 50 jaar, gezien het feit dat het zodanig lang is dat het aspect van vaste looptijd geen betekenis meer heeft.<sup>24</sup> Dat de schuld opeisbaar is bij het geval van faillissement, surseance van betaling en liquidatie, doet er niet toe.

De deelnemerschapslening die in artikel 10 lid 1d opgenomen is, kan gezien worden als de vervanging van de voormalige hybride lening, maar met strengere eisen. Voor de ingang van

---

<sup>22</sup> HR 31 oktober 1935, B 5952, HR 24 juni 1964, nr. 15225, BNB 1964/196

<sup>23</sup> BNB 1957/239

<sup>24</sup> Mr. A.J van Soest, *Belastingen: Inkomstenbelasting, Vennootschapsbelasting, Besluit voorkoming*, Kluwer 23<sup>e</sup> druk, Deventer 2007, p 534.

de Wet werken aan winst<sup>25</sup> was er een bijzondere categorie lening die globaal gezegd, leningen waren met een geheel of gedeeltelijk winstafhankelijke rente en met een looptijd van meer dan 10 jaar.

### De onzakelijke lening

Sedert 9 mei 2008 is er naast de drie bovengenoemde uitzonderingen een leningsvorm die ook niet als een gewone lening in de fiscaliteit beschouwd wordt: de onzakelijke lening. De eerste aanduiding van deze nieuwe leningsvorm was in het arrest van 9 mei 2008<sup>26</sup>. De onzakelijke lening kan het beste omschreven worden als een lening waarbij de crediteur (moedermaatschappij) geen strikte condities heeft afgesproken bij het verstrekken van de geldlening. Het gevolg hiervan is dat de crediteur (moedermaatschappij) een debiteurenrisico op zich heeft genomen – dat de verstrekte lening niet zal worden afgelost – dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd.<sup>27</sup> Dat een onafhankelijke derde nooit onder dezelfde voorwaarden een lening zou verstrekken -en dus het risico neemt- moet volgens de Hoge Raad aangenomen worden dat de gelieerde partij het debietrisico heeft aanvaard in de hoedanigheid van aandeelhouder en niet als schuldeiser. Uit het arrest BNB 2012/37 wordt aangegeven dat een onzakelijke lening een lening is tussen gelieerde partijen (r.o. 3.3.2 van *BNB 2012/37*). Als een lening wordt aangegaan tussen onafhankelijke derden kan er nooit sprake zijn van een onzakelijke lening. Uit de jurisprudenties is er nog geen vast aangrijppunt om te constateren wanneer er sprake is van gelieerde partijen, maar er kan worden aangenomen dat het veel ruimer is dan artikel 10a, lid 4 Wet VPB.<sup>28</sup>

Het verschil tussen de drie eerder besproken uitzonderingen en de onzakelijke lening, is dat de bodemloze putlening, schijnlening en de deelnemerschapslening ten opzichte van de onzakelijke lening, naar kapitaal worden geherkwalificeerd. Civielrechtelijk wordt er gepresenteerd alsof er vreemd vermogen wordt verschaft, maar fiscaal wordt het als eigen vermogen behandeld. In het geval van onzakelijke lening, heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk gesteld dat het een lening is en een lening blijft. Dat het onzakelijk is, doet er niet toe.

Eenmaal er kwalificatie is van een lening, moet er een onderscheid gemaakt worden tussen zakelijk- en onzakelijke leningen. Omdat het verstrekken van lening binnen concernverbanden vaak voor komt is het van groot belang om een onderscheid te maken tussen zakelijk en onzakelijke lening. Binnen de Vennootschapsbelasting zijn er verschillende concernverhouding mogelijkheden. Een concernverhouding die vaak voorkomt is de deelneming die in hoofdstuk 2 besproken werd. Het kan dienstig zijn om in sommige gevallen activiteiten in verschillende entiteiten te zetten. Omdat in concernverhouding het deelnemerschap een grote rol speelt is het belangrijk om bij transacties te bepalen in welke hoedanigheid er wordt gewerkt tussen de vennoten. Dit wordt getoetst aan het At arm's length-beginsel.

---

<sup>25</sup> Wet van 12 december 2006, *Stb*, 2006, 631.

<sup>26</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191

<sup>27</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191

<sup>28</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191

## Arm's length beginsel

Het leerstuk van het At arms-lengthbeginsel is een internationaal begrip dat rond de jaren 1930 is ontvouwen. Hoewel dit het geval is heeft de wetgever gekozen om de kenmerken van dit begrip in de Nederlandse belastingwetgeving te codificeren. Met ingang van 1 januari 2008 is het At arm's length beginsel onder artikel 8b wet VPB opgesomd en is bij de vormgeving zoveel mogelijk geprobeerd om aan te sluiten bij artikel 9 OESEO modelverdrag. Het gedachtengoed van de At arms length-beginsel is dat het alleen van belang is bij gelieerde lichamen.

Volgens artikel 8b Wet VPB moeten gelieerde partijen altijd zakelijk handelen. Binnen een concern moeten transacties worden gedaan als of het tussen onafhankelijke partijen plaats vindt. Wordt een lening aan een gelieerde partij verstrekt, moet er getoetst worden of dit in de hoedanigheid van aandeelhouder of schuldeiser speelt. Volgens de wet moet het concern in eerste instantie bewijzen dat de lening op zakelijke gronden is aangegaan.

Kort gezegd kunnen concerns dit toetsen door te vragen of;

- er in het kader van civielrechtelijke vorm sprake is van een lening
- de uitzonderingen m.b.t de deelnemingsvrijstelling, schijnlening en bodemlozeputlening van toepassing zijn
- of de lening in strijd is met het At arm's length-beginsel.

Verder valt uit de jurisprudentie af te leiden dat onder andere de navolgende elementen een belangrijke rol spelen bij de constatering dat sprake is van een 'onzakelijke lening': de leningsovereenkomst is niet schriftelijk vastgelegd; er is niets bepaald over de aflossingsverplichtingen; er zijn geen zekerheden verstrekt en er wordt geen rente berekend dan wel de rente is (te) laag.<sup>29</sup>

Het bestempelen van een lening als onzakelijk brengt met zich mee dat de belastingplichtige de lening naar een zakelijk niveau dient te corrigeren. Als vuistregel heeft de Hoge Raad hiervoor in BNB 2012/37 de volgende vuistregel geformuleerd: "dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen".

Is het niet mogelijk om op grond van het artikel 8b Wet VPB een zakelijk rente te bepalen omdat de gecorrigeerde rente de lening in wezen winstdelend zou maken, is dan sprake van een onzakelijke lening.<sup>30</sup> De crediteur heeft een lening verstrekt die geen enkele onafhankelijke derde onder hetzelfde omstandigheden zou verstrekken.

Het beoordelingsmoment of een geldlening als (on)zakelijk wordt geëtiketteerd, is in principe het moment dat de lening wordt aangegaan.<sup>31</sup> Bij de beoordeling moet de lening in zijn geheel genomen worden. Het splitsen van de lening om in een zakelijk en onzakelijk

<sup>29</sup> Drs. A. T Valkenburg, *(Voorkom) kwalificatie onzakelijke lening*, Accountancynieuws 2011

<sup>30</sup> HR 25 november 2011, BNB 2012/78

<sup>31</sup> G. Kampschoer, J.Litjens, C.Wisman, *De 'onzakelijke lening'*, accountant 2012.

gedeelte te bestempelen is niet toegestaan. Verder dient gedurende de looptijd van de zakelijke lening regelmatig naar de omstandigheden gekeken te worden, omdat de lening als gevolg van onzakelijk handelen alsnog een onzakelijke lening kan worden. Wat precies onder onzakelijk handelen wordt verstaan, is uit de Novemberarresten nog niet duidelijk.<sup>32</sup> Wel rust er een zware bewijslast bij de inspecteur om aannemelijk te maken dat de lening onzakelijk is geworden. Dit doet de inspecteur aan de hand van feiten en omstandigheden. Uit het arrest van 1 maart 2013 is af te leiden dat de Hoge Raad een cumulatieve eis heeft ingesteld waaraan de inspecteur dient te toetsen of een zakelijke lening onzakelijk is geworden.<sup>33</sup>

### Onzakelijkelijke lening omhoog en omlaag

In de fiscaliteit is rondom de zaak onzakelijke lening nog steeds veel onduidelijkheid. Niet alle auteurs delen dezelfde visie over de verschillende leningsvormen. In de zaak van 9 mei 2008<sup>34</sup> betrof het een onzakelijke lening “omhoog” dat de vennoot aan zijn minderheidsaandeelhouder zou verstrekken. Globaal gezegd is de lening variant “omhoog” het geval waar een vennootschap een lening aan haar aandeelhouder verstrekt. De vennootschap heeft een lening onder zodanige voorwaarde aan zijn aandeelhouder verstrekt, dat hij het debiteurenrisico op zich heeft genomen met de bedoeling het belang van de aandeelhouder te dienen. Daarnaast is er sinds 2012 de onzakelijke lening “omlaag” ook mogelijk. In BNB 2012/37 liet de Hoge Raad zien dat indien een vennootschap een lening aan zijn dochtervennootschap verstrekt en het debiteurrisico “ heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van (...) dochtervennootschap te dienen.” er sprake is van onzakelijke lening “omlaag”.

### Onzakelijke lening opzij

Voor wat betreft de eerder besproken categorieën zijn de meeste auteurs het met elkaar eens. De discussie rijst bij het geval waar een geldlening door het ene zustervenootschap aan het ander zustervenootschap wordt vertrekt. Een dergelijke structuur is te vinden in de onzakelijke lening opzij. In *WFR* 2008/1226 schreef Prof. Mr. dr. P.G.H. Albert dat de twee eerder besproken leningsvormen de enige categorieën onzakelijke leningsvormen voor de Vennootschapsbelasting zijn.<sup>35</sup> De onzakelijke lening “opzij” is volgens hem geen afzonderlijke categorie, maar een variant binnen de categorie omhoog dat alleen tot verwarring leidt. Hij baseert zijn mening hierop:

*“Een lening die een vennootschap verstrekt aan haar zustervenootschap valt binnen het bereik van de onzakelijke-leningjurisprudentie, omdat de crediteur en debiteur gelieerd zijn (zie onderdeel 2.1). Als voldaan is aan de definitie van onzakelijke lening (r.o. 3.3.3 van BNB 2012/37, zie onderdeel 2.1), en dat is de situatie die hier aan de orde is. De gemeenschappelijke aandeelhouder van de crediteur en debiteur is de “onzichtbare hand”*

---

<sup>32</sup> Mr. S.I. Hoogenberg,, *Fiscale herkwalificatie van leningen en kapitaal*, Vennootschap en ondernemingen 2012.

<sup>33</sup> 1 maart 2013, nr.12/03088, BNB 2013/148

<sup>34</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191

<sup>35</sup> Prof. mr. dr. P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening opzij*, Weekblad voor Fiscaal recht, 2013.

*achter de lening. De vennootschap heeft het debiteurenrisico op zich genomen met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen.”<sup>36</sup>*

In tegenstelling tot wat Prof. mr. dr. P.G.H. Albert schreef, vind Heithuis dat de onzakelijke lening “opzij” wel een afzonderlijke structuur vormt.<sup>37</sup> Heithuis legt de derde categorie uit door zich op 2 stellingen te baseren:

- De eerste stelling is dat de geldlening wel onzakelijk is, maar dat de deelnemingsvrijstelling de aftrek van het onzakelijke-leningverlies niet verhindert. De schuldeiser/zustervenootschap heeft namelijk geen deelneming in de schuldenaar/zustervenootschap en zal dit door de gekozen structuur ook niet krijgen.
- De tweede stelling is dat de geldlening niet onzakelijk is, nu de schuldeiser/zustervenootschap zelf geen aandeelhouder in de schuldenaar/zustervenootschap is en dit ook niet wordt. Aandeelhouder in beiden is immers de moedervenootschap, maar die heeft de geldlening niet verstrekt.

Bij het vaststellen van zijn tweede standpunt gebruikt hij het oordeel van de Hoge Raad in het Chalet-arrest<sup>38</sup> als voorbeeld. Op het moment dat de lening wordt verstrekt kan er geen sprake zijn van onzakelijke lening als de schuldeiser op datzelfde moment nog geen aandeelhouder is.

Er kan gedacht worden dat het niet relevant is een onderscheid te maken tussen de verschillende leningsvormen aangezien we al hebben geconstateerd dat leningen en niet kapitaalstortingen fiscaal aftrekbaar is. Maar het belang om onderscheid te maken speelt zich in de sfeer van afwaardering en liquidatieverlies dat ik in de komende hoofdstukken zal behandelen.

---

<sup>36</sup> Prof. mr. dr. P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening opzij*, Weekblad voor Fiscaal recht, 2013.

<sup>37</sup> prof.dr.mr. E. Heithuis, *Onzakelijke-leningenjurisprudentie werkt alternatieve structuren in de hand*, taxLive, 2013

<sup>38</sup> HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, *BNB* 2013/170. Het Chalet-arrest



## Hoofdstuk 4 Afwaarderingsverlies

Vennoten worden in de heffing betrokken op basis van art 8 Wet VPB. In art. 8 Wet VPB is er een opsomming te vinden van de artikelen van de Inkomstenbelasting die volledig van toepassing zijn in de Vennootschapsbelasting. Daarin komen we art 3.25 Wet IB tegen dat inhoudt dat de jaarwinst aan de hand van het goedkoopmansgebruik wordt bepaald. Het goedkoopmansgebruik is nog steeds een open norm en wordt door de bedrijfseconomische normen bepaald tenzij het in strijd is met de belastingwetten of met een algemene beginsel van de belastingwet.<sup>39</sup> Het is een dynamisch begrip d.w.z. dat het in de loop der tijd kan evalueren.<sup>40</sup> Om de jaarwinst op het goedkoopmansgebruik te baseren is er uit de jurisprudentie een aantal beginselen samengesteld. De beginselen van het goedkoopmansgebruik zijn het realiteitsbeginsel, voorzichtigheidsbeginsel en eenvoudigheidsbeginsel.

Approximatief kan er op twee manieren vermogen vertrekt worden; een kapitaalstorting of een geldlening. Omdat een kapitaalstorting en een geldlening fiscaal volstrekt anders behandeld worden, is het belangrijk om bij voorbaat na te gaan met welke vorm er vermogen verstrekt gaat worden. Dit is zeer belangrijk bij concernfinanciering aangezien er sprake kan zijn van een onzakelijke lening en deelnemerschap een rol kan spelen. Allereerst zal ik woorden wijden aan het deelnemerschap en daarna aan de onzakelijke lening.

Een moedermaatschappij kan beslissen om welke reden dan ook geld aan haar dochter te verschaffen of visa versa. Welke manier er gefinancierd wordt is volstrekt haar eigen keuze. De Wet VPB maakt een fundamenteel verschil tussen vorderingen en schulden aan de ene kant en deelnemingen(kapitaal) aan de andere kant.<sup>41</sup> Indien er een lening wordt verstrekt, is waarden volgens het goedkoopmansgebruik de enige mogelijkheid<sup>42</sup>. Hiervoor dienen de ondernemers elk jaar naar hun oordeel, rekening houdend met omstandigheden die bekend zijn ten tijde van de balansdatum, de vorderingen te waardenen.<sup>43</sup>

## Vorderingen

Vorderingen zijn vreemd vermogen en lopen gewoon via de winst-en verliesrekening. Bij het verkrijgen van vergoeding is de moedermaatschappij belast en de dochtermaatschappij kan eventuele rentelasten in aftrek nemen/brengen. Tevens staat de fiscale jaarwinstbepalingen op basis van het goedkoopmansgebruik toe, dat indien de crediteur vindt dat de debiteur minder solvabel is geworden, dit een aanleiding kan zijn om de geldlening ten laste van de winst af te waardenen.<sup>44</sup> Het vormt in principe een verlies dat de schuldeiser kan

---

<sup>39</sup> HR BNB 1957/208.

<sup>40</sup> HR 8 mei 1957, nr 12931, BNB 1957/208

<sup>41</sup> Prof.dr.mt. E.J.W. Heithuis, dr.R.P. van den Dool, *Compendium van de Vennootschapsbelasting*, Kluwer 8<sup>e</sup> druk, Deventer 2009, p191

<sup>42</sup>HR 4 mei 1955, BNB 1955/220

<sup>43</sup> HR 21 oktober 1953, BNB 19653/295, en HR 29 januari 1958, BNB 1958/112

<sup>44</sup> J.A.G van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 9<sup>e</sup> druk, p204

af trekken. De Hoge Raad oordeelde op 18 april 2001 dat afwaarderen doorgaans niet mogelijk is indien de schuldenaar een positief vermogen heeft. Tenzij er een grote kans aanwezig is dat de vordering niet betaald zou worden<sup>45</sup>. Voor doorleverende schuldeisers die aan dubieuze klanten blijft leveren omdat naar verwachting is dat hij meer succes zal behalen dan het stoppen met leveren, heeft de Hoge raad in *BNB 1967/155* geoordeeld dat zij ook de lening mogen afwaarderen.<sup>46</sup>

In hoeverre dit aftrekt mogelijk is afhankelijk van datgene wat al eerder als een afwaardering heeft plaatsgevonden.<sup>47</sup>

Aangezien de Hoge Raad in de Unilever-arrest uitzonderingen heeft gemaakt op de hoofdregel dat het civiele recht doorslaggevend is heeft dit ook gevolgen voor het afwaarderingsverlies.<sup>48</sup> Sinds 27 januari 1988 is bekend dat er een inbreuk is op de hoofdregel, dat indien een lening in het civielrecht wordt gekwalificeerd dit ook als een lening in de fiscale zin is. Het ging om de gevallen waar er sprake was van een schijnlening, een bodemlozeputlening en een deelnemerschapslening (zie hierboven hoofdstuk 3). Deze leningen zijn onder dergelijke voorwaarden verstrekt dat het voor de fiscaliteit wordt geherkwalificeerd naar eigen vermogen. Met als gevolg dat de hele werking rondom eigenvermogen van toepassing is. Vergoedingen uit zulke leningen worden als dividenden aangemerkt en zijn dus niet belast of aftrekbaar. Afwaarderen van een dergelijke "lening" ten laste van de winst is doorgaans ook niet mogelijk. Kortgezegd er moet sprake zijn van een reële lening om de vordering te kunnen afwaarderen indien de schuldenaar insolvent wordt.

## Storting

Bij een kapitaalstorting zal het bedrag onderdeel gaan maken van de kostprijs van de deelneming en daarmee wordt de kostprijs verhoogd. Dit is alleen van toepassing als de schuldeiser aandeelhouder is van de vennootschap waaraan het geld is verstrekt.<sup>49</sup> Omdat de deelnemingsvrijstelling verplicht is komen de voordelen uit hoofde van deelneming niet tot uitdrukking in de fiscale winst. Daarnaast heeft de imperatieve werking van de deelnemingsvrijstelling ook als gevolg dat waarde daling van het verstrekte geld ook niet ten laste van de winst gebracht kan worden. "Als verschaffer van vermogen aan dochtermaatschappij, mag de moedermaatschappij als het slecht gaat met dochter, ook afboeken op deze kapitaalverschaffing, maar die afboeking valt meestal onder de deelnemingsvrijstelling en is daarom niet fiscaal aftrekbaar." (J.A.G van der Geld, 2013,p204)

---

<sup>45</sup> HR 18 april 2001, V-N 2001/43.8

<sup>46</sup> 15 maart 1967, *BNB 1957/155*

<sup>47</sup> Mr.dr.M.H.MM van Oers AA/Actuaris AG,*De doorstart van een NB/BV bij insolventie*, Kluwer, Deventer 2007, p171.

<sup>48</sup> Unilever-arrest.

<sup>49</sup> G. Kampschoer, J.Litjens, C.Wisman,*De 'onzakelijke lening'*, accountant 2012.

<sup>50</sup>. Dit is allemaal onder de veronderstelling dat de moedervennoot een deelneming in de dochtervennoot heeft. De afgewaardeerde vordering is dan fiscaal niet aftrekbaar van de winst met als gevolg dat het opgeofferde bedrag van het aandelenbelang wordt verhoogd.

Vandaar dat het belangrijk is om bij voorbaat te weten wat voor activiteiten de dochtervennootschap gaat ondernemen. In het bijzonder is het beter om vreemd vermogen aan de dochter te verschaffen als ze risicovolle activiteiten gaat ondernemen.

## Onzakelijke lening

In Hoofdstuk 3 is de onzakelijke lening aan bod gekomen. Daar is deze bijzondere leningsvorm en alles wat daarmee te maken heeft, uitgelegd. Bij de onzakelijke lening komt het erop neer dat een lening wordt verstrekt waarbij de crediteur (moedermaatschappij) geen strikte condities met de debiteur heeft afgesproken. Gevolg daarvan is dat de crediteur (moedermaatschappij) een debiteurenrisico op zich heeft genomen – dat de verstrekte lening niet zal worden afgelost – dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd. Hieronder zal ik bij de gevolgen van deze leningsvorm stilstaan.

Het verstrekken van een onzakelijke lening hoeft in principe niet slecht uit te pakken. De geldvertrekker is vrij in de keuze om te bepalen onder welke voorwaarde de geldlening wordt verstrekt. Het is een vorm van vreemd vermogen en wordt niet geherkwalificeerd naar eigen vermogen<sup>51</sup> in vergelijking met de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. Is de overeengekomen rente in afwijking met wat onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen, dan wordt er door de werking van At *arm's length*-beginsel een zakelijke rente in aanmerking genomen voor het bepalen van de winst. Dit is de zogenaamde rente-imputatie. In een van de November arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rente die in aanmerking genomen moet worden hetzelfde rente zou zijn indien de schuldeiser een borgstelling zou vragen, bij het vertrekken van een onder gelijke voorwaarden lening, aan een derde.<sup>52</sup> Immers, dan wordt zoveel mogelijke een gelijkstelling gecreëerd tussen de debiteurenrisico die een vennootschap loopt bij het verstrekken van een onzakelijke lening en bij het verstrekken van een zakelijke lening. De dan zakelijke vastgestelde rente wordt in principe zowel bij de schuldenaar als schuldeiser in aanmerking genomen. Het maakt niet uit of dit niet de werkelijke betaalde rente is.

Wanneer de schuldeiser bij het waarderen van zijn vordering volgens goedkoopmansgebruik merkt dat de vordering minder waard is geworden mag hij dit verlies ten laste van zijn resultaat brengen.

---

<sup>50</sup> Van der Geld, J.A.G, 2013, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer

<sup>51</sup> HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.10, r.o. 3.3.1

<sup>52</sup> HR 25 november 2011, V-N 2011,63.10, r.o 3.3.4

## Niet afgewaardeerde vordering verhoogt het opgeofferde bedrag

De belangstelling van de onzakelijke lening zit bij de onzakelijke leningen die niet op grond van het *At arm's length*-beginsel gecorrigeerd kan worden omdat de gecorrigeerde rente de lening winstdelend maakt. Indien bij het verstrekken van een dergelijke onzakelijke lening, de lening op een later moment onvolwaardig wordt, mag de afwaardering volgens de Hoge Raad niet ten laste van de winst komen.<sup>53</sup> Met als gevolg dat het de kostprijs van het aandelenbelang verhoogt.<sup>54</sup> Hier zijn P.G.H. Albert, W.F.E.M. Egelie, H.Lohuis, het met elkaar mee eens.

### P.G.H. Albert

Albert is ook van mening dat een niet aftrekbaar verlies tot het opgeofferde bedrag moet worden gerekend. Hierdoor wordt er voorkomen dat een onzakelijke lening ten opzichte van een zakelijke lening slechter behandeld wordt.<sup>55</sup>

### W.F.E.M. Egelie

Egelie is van mening dat een afwaarderingverlies die niet ten laste van de winst kan komen bij een onzakelijke lening omlaag als een kapitaalstorting moet gelden.<sup>56</sup> Deze veronderstelling haalt Egelie uit het Zweedese grootmoeder-arrest<sup>57</sup> waar er werd geacht dat de grootmoedermaatschappij de rente als informeel kapitaal bij de dochter stort. Met als gevolg dat het opgeofferde bedrag verhoogd wordt als gevolg van een informele kapitaalstorting.

### H. Lohuis

Volgens Lohuis is een afwaardering die niet aftrekbaar is en die voortvloeit uit het aandeelhouderschap een bedrag dat tot het opgeofferde bedrag moet worden gerekend.<sup>58</sup> Indien er een dochtervennootschap is die niet aan de eisen van de deelneming voldoet en een onzakelijke lening krijgt, wordt het verlies dat wellicht wordt geleden tot de kostprijs gerekend.

Dat de lening minder volwaardig is geworden komt hoogwaarschijnlijk uit het feit dat debiteurenrisico zich in de kapitaalsfeer bevindt. Een onafhankelijke derde zou nooit onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden de lening hebben verstrekt.

---

<sup>53</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191

<sup>54</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38

<sup>55</sup> P.G.H. Albert, *Is verlies op een onzakelijke lening'omlaag' aftrekbaar*, WFR 2008/1226

<sup>56</sup> Mr. W.F.E.M. Egelie, *De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting*, NTFR 2008-2375

<sup>57</sup> BNB, 1978/252.

<sup>58</sup> H. Lohuis, *'Niet-aftrekbare afwaarderingsverlies onzakelijke lening verhoogt opgeofferde bedrag deelneming niet'*, NTFR 2008-2375

## Niet aftrekbaar

### Onzakelijke lening omlaag

Om een beter beeld te krijgen waarom de afwaardering van de winst is uitgesloten zal ik de verschillende onzakelijke leningsvormen apart doornemen. In de gevallen waar er een lening vanuit de moedervenootschap aan de dochtersvenootschap wordt verstrekt is het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar. P.G.H. Albert schreef in WFR 2008/1226 dat het afwaarderingsverlies bij onzakelijke lening omlaag van de winst is uitgesloten omdat het afwaarderingsverlies in de deelnemingsfeer afspeelt. Verder is uit de BNB 2013/149 te achterhalen dat het afwaarderingsverlies bij de winstbepaling buiten beschouwing moet blijven, door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

### Onzakelijke lening omhoog

In de woorden van de Hoge Raad is het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog, een geldvertrekking die een vennootschap geeft aan haar aandeelhouder, ook niet van het resultaat aftrekbaar.<sup>59</sup> In dit geval is het omdat de vennootschap een lening aan zijn aandeelhouder heeft verstrekt die onder zodanige voorwaarden zijn gegaan dat het debiteurenrisico alleen in de hoedanigheid van aandeelhouder speelt. Volgens Prof. mr. dr. P.G.H. Albert is dit te verklaren door het totaalwinstconcept van art 3.8 wet IB 2001 en vormt het afwaardering een onttrekking.<sup>60</sup>

### Onzakelijke lening opzij

Aan de hand van de jurisprudenties is het niet duidelijk welke weg de Hoge Raad zal nemen bij de onzakelijke lening opzij. In de zaak BNB 1993/32 ging het om een bodemlozeputlening die verschaft werd door een zustermaatschappij. De bodemlozeputlening werd uiteindelijk aangemerkt als een informele kapitaalstorting.<sup>61</sup>

Drie jaar later ging het weer om een geldvertrekking tussen zustersvennoten. In tegenstelling tot BNB 1993/32 ging het nu om verlies op een deelnemerschapslening dat gewoon aftrekbaar was omdat er geen sprake van een deelneming was.<sup>62</sup>

Aangezien de auteurs het ook niet met elkaar eens zijn, zullen er dan ook verschillende uitwerkingen rondom het afwaarderingsverlies plaatsvinden.

In tegenstelling tot Albert gaat Heithuis er van uit dat een dergelijke lening variant bestaat<sup>63</sup>. Zijn conclusie is dat bij een afwaardering van een dergelijke leningsvorm het afgewaardeerde bedrag bij de winstbepaling genomen moet worden. Hij baseert zijn conclusie op de standpunten dat de geldlening nooit als onzakelijke lening aangemerkt kan worden aangezien de schuldeiser geen aandeelhouder is<sup>64</sup> en voor het geval dat de lening wel als onzakelijk gekwalificeerd kan worden aangemerkt, heeft de schuldeiser geen

---

<sup>59</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, *BNB* 2008/191

<sup>60</sup> Prof. mr. dr. P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening opzij*, WFR 2013/1464, 2013

<sup>61</sup> HR 21 oktober 1992, nr. 27476, *BNB* 1993/32

<sup>62</sup> HR 28 juni 1995, nr. 30439, *BNB* 1995/271

<sup>63</sup> Prof. dr. mr. E.J.W. Heithuis, *Is het verlies op een onzakelijke lening "omhoog" in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?*, WFR 2013/998, 2013

<sup>64</sup> HR 3 mei 2013, *BNB* 2013/170

deelneming in de zustermaatschappij. Hierdoor kan de werking van de deelnemingsvrijstelling het afwaarderingsverlies nooit verhinderen.

Albert is van mening dat bij de onzakelijke lening opzij de gemeenschappelijke aandeelhouder van de crediteur en debiteur als een "onzichtbare hand" fungeert.<sup>65</sup> Daarom zijn de crediteur en debiteur aan elkaar gelieerd en zijn de jurisprudenties omtrent de onzakelijke lening van toepassing. Zijn inziens is dat deze variant onderdeel is van een onzakelijke lening omhoog, met als gevolg dat het afwaarderingsverlies niet van de winst afgetrokken wordt omdat bij het verstrekken van de lening de schuldeiser het debiteurenrisico heeft aangenomen om het belang van de aandeelhouder te dienen.

Aangezien in BNB 2012/37 de Hoge Raad heeft vastgesteld dat er alleen tussen gelieerde partijen een onzakelijke lening kan zijn dient naar mijn mening het standpunt van Heithuis gevolgd te worden. Als zustersvennootschappen aan elkaar geld verstrekken kan er nooit sprake zijn van een onzakelijke lening omdat de schuldeiser geen aandeelhouder is van de schuldenaar. Indien het nodig is, kan door de werking van het goedkoopmansgebruik de crediteur de geldlening ten laste van de winst afwaarderen.

### Prijsgeven.

Bij het geval de onzakelijke lening wordt prijsgegeven, heeft de Hoge Raad beslist dat het als een kapitaalstorting wordt aangemerkt. Met als gevolg dat het verlies pas bij ontbinding kan worden genomen *"Indien echter het prijsgeven zelf van dat recht slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouder als zodanig, is sprake van een handelen in de kapitaalsfeer, hetgeen meebrengt dat het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed hebben op de fiscale winst"*.

In WFR 2013/998 legt Heithuis ook uit dat de onzakelijke lening opzij pas als een informele kapitaalstorting wordt gezien op moment dat de lening wordt kwijtgescholden. Als deze benadering juist is, beveelt Heithuis belastingplichtigen aan om de onzakelijke lening opzij nooit kwijt te schelden. Naast de lening nooit kwijt te schelden, is het ook verstandig om de schuldenaar niet te liquideren. Volgens Heithuis wordt bij de liquidatie van de schuldenaar risico gelopen dat de lening nog als dividenduitkering en informele kapitaal wordt aangemerkt.<sup>66</sup> Dit komt door de werking van de novemberarresten.<sup>67</sup>

Het gevolg van het niet kunnen afwaarderen van de vordering brengt met zich mee dat er een verschil in de belastingpositie van de jaarrekening zal plaatsvinden. Of de schuldeiser een aandeelhouder is, is een grote aanwijzing in het tijdelijke of permanente verschil. Indien de verstrekker van de lening een moedermaatschappij is wordt de kostprijs van de deelneming verhoogd omdat de afwaardering niet ten laste van de winst gebracht kan worden. Als in de toekomst de dochter geliquideerd wordt, heeft dit als voordeel dat het afgewaardeerde bedrag toch nog ten laste van het resultaat gebracht kan worden. Een niet

---

<sup>65</sup> Prof. mr. dr. P.G.H. Alberts, De onzakelijke lening opzij, WFR 2013/1464, 2013

<sup>66</sup> Prof. dr. mt. E.J.W Heithuis, Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?, WFR 2013/998, 2013

<sup>67</sup> HR 25 november 2011, nr. 11/03249, BNB 2012/38

afteikbaar bedrag wordt omgezet in een potentieel aftrekbaar liquidatieverlies. Dit valt onder het liquidatieverlies dat ik in hoofdstuk 5 zal behandelen. Wanneer de aandeelhouder de onzakelijke lening verstrekt, is er sprake van een tijdelijke verrekenbaar verschil en zal er een belastinglatentie in de fiscale jaarrekening opgenomen worden.<sup>68</sup>

Bij de onzakelijke lening *omhoog*, waar de crediteur geen aandeelhouder is in de debiteur, is er een permanent verschil. Permanent verschil in de zin dat het afgewaardeerde bedrag niet omgezet kan worden in een potentieel aftrekbaar liquidatieverlies. Voor hetgeen de geldverstrekker tekort komt, wordt niet bij de schuldenaar gecompenseerd.

## Sancties

### Art 13ba

Door de mogelijkheid om afgewaardeerde vorderingen om te zetten in aandelenkapitaal<sup>69</sup> is het ook aantrekkelijk om binnen concerns met vreemd vermogen te financieren. Verwacht het concern dat de dochter veel aanloopverliezen zal hebben dan is het verstrekken van een geldlening, om het achteraf om te zetten in aandelenkapitaal voor de hand liggend.

Sinds 9 december 2005 is er een regeling in de Wet VPB voor gevallen waarin binnen concerns een vordering wordt afgewaardeerd en omgezet in aandelenkapitaal.<sup>70</sup> Deze bepaling is in art 13ba Wet VPB te vinden. Indien een schuldeiser een afgewaardeerde vordering omzet in aandelenkapitaal, wordt er een bedrag ter grootte van de afwaardering aan een opwaarderingsreserve toegevoegd. Wordt de deelneming op een later moment meer waard, dan valt wordt er voor zover een bedrag van de opwaarderingsreserve vrij en wordt dit toegevoegd aan de winst. In essentie is de bepaling niks anders dan situatie die voor het jaar 2001 gold met als verschil dat toentertijd wel direct afgerekend dient te worden. De compenserende winstneming was een bedrag ter grootte van de nog openstaande claim.

De gedachte achter deze regeling is om misbruik te voorkomen. Wanneer de vordering minder waard wordt, kan een bedrag ten laste van de fiscale winst worden gebracht terwijl bij waardeestijging van de deelneming dit onbelast gebeurt. Dit komt omdat bij omzetting in aandelenkapitaal er een sfeerovergang heeft plaatsgevonden en valt de waardeestijging van de deelneming in de deelnemingsfeer.

### Art 13b

Naast de eerder besproken regeling van art 13ba Wet VPB is er ook de mogelijkheid om afgewaardeerde vorderingen binnen concerns te verkopen. Met de winst en het vermogen van de schuldenaar gebeurt er niets. Volgens de schuldenaar is hij nog steeds het volle bedrag verschuldigd. Hier is er alleen maar sprake van verandering van schuldeisers. Omdat

---

<sup>68</sup> G. Kampschoer, J.Litjens, C.Wisman, *De 'onzakelijke lening'*, accountant 2012.

<sup>69</sup> Art 13ba Wet VPB

<sup>70</sup> Wet van 1 december 2005, *Stb* 2005, 613

de verkoop van vordering niet een voordeel is die voortvloeit uit hoofde van deelneming, speelt het niet in de deelnemingsfeer en is het verlies aftrekbaar. Dit is aantrekkelijk indien de moedervenootschap haar vordering verkoopt aan een concern dat gevestigd is in een land met een lager belastingtarief. Bij het vollopen van de vordering wordt het belast tegen een lager tarief dan het was afgetrokken. Het verschil tussen de belastingtarieven kan een voordeel voor het concern opleveren. Het komt erop neer dat de afwaardering ten laste van de Nederlandse winst is gebracht terwijl de opwaardering niet in de heffingsfeer valt omdat het naar het buitenland is gebracht. Is dat het geval dan dient de moedervenootschap een bedrag ten grootte van de afwaardering tot haar winst te rekenen.

Een uitweg voor het niet in aftrek gekomen verlies, is bij liquidatie van de dochtermaatschappij. Het is de liquidatieverliesregeling die in principe een inbreuk op de deelneming die in hoofdstuk 2 werd behandeld. Indien de moedermaatschappij op een gegeven moment het beste acht om de dochtermaatschappij te liquideren kan het afgewaardeerde bedrag wel ten laste van de winst komen. Zo leert het arrest BNB 2012/38.



## Hoofdstuk 5 Liquidatieverliesregeling

De deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VpB, maakt Nederland een aantrekkelijke vestigingsplaats. Omdat de deelnemingsvrijstelling voor zowel binnenlandse en buitenlandse vennoten geldt vestigen veel buitenlandse maatschappijen zich in Nederland om de dubbele belasting te voorkomen. In tegenstelling tot het uitoefenen van een onderneming worden de winsten en verliezen bij een deelneming niet in de heffing betrokken. In het huidige economische klimaat komt het vaak voor dat ondernemingen hun verliesgevende activiteiten moeten staken en hun dochtermaatschappij in kwestie moeten liquideren. Indien een moedermaatschappij in een deelneming investeert en deze naderhand verliesgevend is, zijn de verliezen niet meer ten laste van de winst aftrekbaar. Daarom vond de wetgever het passend om de compensabele verliezen van de geliquideerde onderneming op enige moment in aanmerking te nemen<sup>71</sup>

Het moment waar door de wetgever is aangesloten, is op het moment dat de dochtervennoot wordt geliquideerd. Dat de verliezen bij liquidatie in aanmerking genomen dienen te worden, is een inbreuk op de hoofdregel van de deelnemingsvrijstelling. De liquidatieverliesregeling is opgenomen in art. 13d Wet VPB en kent veel voorwaarden om misbruik te voorkomen. Art. 13d Wet VPB geeft aan dat het verschil tussen het oorspronkelijke bedrag dat voor de deelneming is opgeofferd en het bedrag dat de moeder ontvangt bij liquidatie van de dochter krijgt, ten laste van de winst kan worden gebracht. De wetgever heeft uit praktische overwegingen gekozen om de nog niet bij dochter verrekenende verliezen niet aan de moedermaatschappij over te dragen.<sup>72</sup> Het was echter niet de bedoeling om alle verliezen die te maken hebben met de deelneming ten laste van het resultaat te brengen en daarvoor heeft de wetgever gekozen om alleen het werkelijke geleden verliezen (liquidatieverliezen) in aftrek toe te staan.

Belangrijk is dat liquidatieverliesregeling eenzijdig is<sup>73</sup>. Ze is alleen van toepassing als bij de moedermaatschappij ter zake van de liquidatie van dochtervennootschap een verlies maakt. In zeer zeldzame gevallen waar de moedervernootschap bij de liquidatie een winst zou maken, valt de winst in de deelnemings sfeer en wordt het niet belast. Hiermee is het duidelijk waarneembaar dat de regeling alleen ten gunste van de belastingplichtigen is.

## Het liquidatieverlies

### Opgeofferde bedrag

Op voet van art 13d lid2 Wet VpB is het liquidatieverlies het bedrag dat de moedermaatschappij heeft opgeofferd voor de deelneming, verminderd met het bedrag dat

---

<sup>71</sup> Zie Kamerstukken II 1989/90,19968, nr 13, p.10

<sup>72</sup> Kamerstukken I 1989/90,19 986, nr.41c, blz.13-14

<sup>73</sup> Prof.dr.mr. E.J.W Heithuis, dr.R.P. van den Dool, Compendium Vennootschapsbelasting, Deventer 2009, Kluwer 8<sup>ste</sup> druk, p 206

ze bij liquidatie van haar dochtermaatschappij krijgt. Het opgeofferde bedrag is niet gelijk aan de boekwaarde maar sluit aan bij wat de moedermaatschappij in eerste instantie voor de deelneming heeft betaald. Gedurende het bezit van de deelneming moet er rekening worden gehouden met eventuele mutaties. Kapitaalstortingen, aankoopkosten, deelnemerschapsleningen e.d. doen het opgeofferde bedrag verhogen. Dus eigenlijk alles wat zich in de kapitaalsfeer afspeelt heeft tot gevolg dat het opgeofferde bedrag wordt verhoogd. In relatie met het liquidatieverlies heeft art 13b en 13ba Wet Vpb ook gevolgen voor het opgeofferde bedrag. Alle bedragen die vrijvallen van de opwaarderingreserve en toegevoegd worden aan de winst, verhogen het opgeofferde bedrag. In de gevallen waar er wordt geacht dat de moedermaatschappij een deel van het door haar betaalde bedrag terug ontvangt, wordt het opgeofferde bedrag verlaagd. Gedacht moet worden aan bijvoorbeeld meegekocht dividend en terugbetaling van kapitaal<sup>74</sup>.

In geval van misbruik wordt er naar gestreefd om het opgeofferde bedrag zo hoog mogelijk en de liquidatie-uitkering zo laag mogelijk te houden. Hierdoor kan de moederverenootschap het maximale van deze bepaling gebruiken. Om dit te voorkomen is er een antimisbruikbepaling in de wet opgenomen die dergelijke "oppompconstructies" tegengaat. Oppompconstructies zijn constructies die het opgeofferde bedrag doen verhogen. De belangrijkste oppompconstructies zijn in art 13d lid 6 terug te vinden. Indien aandelen van de dochtervennootschap binnen het concern worden overdragen, wordt het opgeofferde bedrag niet hoger dan wat het moederverenootschap voor die deelneming heeft opgeofferd. Is de waarde van de deelneming op het moment van overdracht lager dan wat ervoor door de moeder is opgeofferd is er dan voor de nieuwe aandeelhouder sprake van een lagere opgeofferd bedrag. Dat brengt met zich mee dat het oorspronkelijke(hogere)bedrag niet meer als liquidatieverlies kan worden aangemerkt.

### Liquidatie-uitkering

De liquidatie-uitkering kan zowel in contanten als in natura plaatsvinden. Indien er in natura wordt uitgekeerd dienen de bedrijfsmiddelen aan de hand van de waarde in het economisch verkeer gewaardeerd te worden. De uitkering die er bij liquidatie verkregen wordt, wordt gelijkgesteld aan het bedrag dat werkelijk aan de moedermaatschappij wordt uitgekeerd in verband met de liquidatie. Hierbij zullen er ook positieve voordelen uit hoofde van de deelnemingen bijgeteld worden.<sup>75</sup> Zijn in de vijf voorafgaande jaren bijvoorbeeld dividenden uitgekeerd, dan wordt de liquidatie-uitkering verhoogd. Het is dan verstandig om bij verliesgevende vennootschappen geen grote dividenduitkeringen te doen. Heeft de deelneming in het zesde tot en met tiende jaar voorafgaande het jaar waarin de onderneming is gestaakt, een commercieel verlies geleden, dan wordt dit ook bij de liquidatie-uitkering meegenomen

---

<sup>74</sup> Van der Geld, J.A.G, 2013, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, 9<sup>e</sup> druk*, Deventer 2013, Kluwer.

<sup>75</sup> Art 13d lid 3a Wet Vpb

## Voorwaarden

Om de liquidatieverliesregeling te kunnen gebruiken, zal er allereerst een deelneming in de zin van art 13 lid 1 Wet VPB aanwezig moeten zijn. Wordt zo'n deelneming civielrechtelijk geliquideerd kan er een beroep op art 13d Wet VPB gedaan worden. In dat geval kan er bij nationalisaties, gedwongen bedrijfsbeëindiging e.d. geen gebruik gemaakt worden van de liquidatieverliesregeling.<sup>76</sup>

Laagbelaste beleggingsdeelneming kunnen ook geen gebruik maken van de liquidatieverliesregeling. Dit komt door de werking van de deelnemingsverrekening die van toepassing is bij laagbelaste beleggingsdeelneming. Bij de deelnemingsverliesverrekening is er al rekening gehouden met het verlies voor het moment van liquidatie. Verder dient er aan de voorzettingseis te voldoen. De liquidatie-uitkering wordt pas verrekend na het moment dat de vereffening is voltooid.<sup>77</sup>

## Vorzettingseis

De onderneming van de dochter die wordt geliquideerd mag niet binnen de groep worden voortgezet.<sup>78</sup> Op deze bepaling kan er onder bepaalde omstandigheden van af worden geweken. Wordt een deel na de liquidatie tijdelijk binnen de groep geheel of gedeeltelijk voortgezet, kan er zodra die activiteiten gestaakt worden een liquidatieverlies in aanmerking genomen worden. In principe kan er gesproken worden van doorschuiven. Wel dient er rekening gehouden te worden dat er pas nadat de activiteiten gestaakt zijn, er een verlies in aanmerking genomen wordt en niet dat een deel van het liquidatieverlies al in aanmerking genomen werd ten tijde van liquidatie van de dochter. In bijzondere gevallen kan een eerder berekend liquidatieverlies op een later tijdstip alsnog genomen worden. Dit is geregeld in art 13 e Wet VPB.

Wie de onderneming van het geliquideerde lichaam voortzet is van groot belang aangezien dit ertoe kan leiden dat het liquidatieverlies naderhand niet meer aftrekbaar is. Wordt de onderneming voortgezet door de moedermaatschappij mag ze het liquidatieverlies nemen wanneer ze de onderneming staakt of overdraagt aan een vennootschap buiten het concern. Het niet voortzetten van de activiteiten door de moedervernootschap maar een ander lichaam in het concern vergt meer aandacht. Een zustermaatschappij die de onderneming wil voortzetten en die geen fiscale eenheid met de moedermaatschappij vormt, moet rekening houden dat zij het liquidatieverlies alleen in aanmerking kan nemen als zij ook geliquideerd wordt.<sup>79</sup> Het liquidatieverlies wordt in de vorm van een ophoging van het opgeofferde bedrag doorgeschoven bij de moedervernootschap van de voorzettende dochtervernootschap. Is de moedermaatschappij niet in Nederland gevestigd, natuurlijke persoon of geen venootschapsbelastingplichtige, dan werkt de doorschuiving niet met als

---

<sup>76</sup> Prof.dr.mr. E.J.W Heithuis, dr.R.P. van den Dool, Compendium Vennootschapsbelasting, Deventer 2009, Kluwer 8<sup>ste</sup> druk.

<sup>77</sup> Art 13d lid 9 Wet Vpb

<sup>78</sup> Art 13d lid 9 Wet Vpb

<sup>79</sup> A.Hofman, Liquidatie dochter: een zorgvuldigheid geboden, Accountant , 2013

gevolg dat de potentiële liquidatieverlies ter zake van de geliquideerde vennootschap verloren gaat.

### Buitenlandse deelneming

Net als de deelnemingsvrijstelling maakt de wetgever bij liquidatieverlies geen onderscheid tussen binnen-en buitenlandse deelnemingen en kunnen beide deelnemingen het toepassen. Dat de binnen-en buitenlandse deelnemingen aan elkaar gelijkgesteld worden was niet altijd het geval. Voor 1 januari 2007 golden er zwaardere eisen voor de buitenlandse deelnemingen, en waren de wettelijke eisen op grond van art 49 VwEU in strijd met de EU-recht.<sup>80</sup> Om gebruik te maken van de liquidatieverliesregeling bij een buitenlandse deelneming, was het belangrijk dat een moedermaatschappij 5 jaar lang tenminste 25% van de aandelen in de geliquideerde dochtermaatschappij had. Daarnaast was het noodzakelijk, door de uitspraak van het hof, dat ook aan de Holland-routingbepaling (voormalige art 13f Wet VPB) wordt voldaan.<sup>81</sup> De Holland-routingbepaling houdt in dat een deelneming is verkregen van een concernlichaam en dat de deelneming binnen 3 jaar na het verkrijgen ontbonden ofwel gestaakt werd. Na de intreding van de Wet “werken aan winst” geldt vanaf 2007 deze voorwaarden niet en zijn de binnenlandse en buitenlandse deelnemingen aan elkaar gelijkgesteld, om niet in strijd te komen met de EU-recht.

### Fiscale eenheid

Een in Nederland gevestigde vennootschap kan een fiscale eenheid vormen mits ze tenminste 95% van de aandelen in een andere vennootschap heeft.<sup>82</sup> Er wordt belasting geheven alsof er een belastingplichtig is, in de zin dat alle werkzaamheden en vermogen van de toegevoegde dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en vermogen van de moedermaatschappij. Het voordeel hiervan is de onderlinge verliesverrekeningen tussen de lichamen. Verliezen worden direct met winsten verrekend met als gevolg dat winstgevendende vennootschappen niet belast worden terwijl verliesgevendende vennootschappen een verlies opbouwen.

Voor de fiscale eenheid is er wel een onderscheid tussen binnenlands belastingplichtigen en buitenlandse belastingplichtigen die toegestaan is op basis van ‘dwingende redenen van algemeen belang’.<sup>83</sup> Dat alleen binnenlands belastingplichtigen een fiscale eenheid mogen vormen en hun jaarlijkse winsten en verliezen verrekenen, is volgens de rechtbank van Arnhem<sup>84</sup> niet in strijd met de Eu-verdrag. Door de zaak Mark & Spencer II is er wel een uitweg voor buitenlandse belastingplichtigen gevonden. Indien er verliezen definitief

---

<sup>80</sup> Prof. mr. E.C.C.M. Kemmeren, “Mark & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening”, WFR 2006/211

<sup>81</sup> HR 24 december 2003, V-N2004/54.11

<sup>82</sup> Art 15 wet Vpb

<sup>83</sup> HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03, BNB 2006/72

<sup>84</sup> Rechtbank Arnhem, 7 juli 2006, nr. 05/4260, VN 2006/38.18

verloren zullen gaan van een buitenlandse dochtervennootschap, wat het geval is bij liquidatie, mogen deze bij de moedervennootschap in aanmerking worden genomen.<sup>85</sup> Volgens de staatssecretaris biedt deze voldoende mogelijkheden voor buitenlandse lichamen die niet tot een fiscale eenheid behoren om zo hun verliezen te verrekenen.

Bij de liquidatie van een dochtervennootschap wordt de dochtervennootschap ontvoegd uit de fiscale eenheid. Er kan niet meer voldaan worden aan de 95% eis. Bij de fiscale eenheid is er geen deelneming meer wat niet tot een verlies kan lijden bij een liquidatie. Aangezien er geen deelneming is kan er ook nooit gebruik gemaakt worden van de liquidatieverliesregeling.<sup>86</sup>

### **Relatie tot de onzakelijke lening**

In het kader van onzakelijke lening *omlaag en omhoog* is er door de Hoge Raad vastgesteld dat de afwaardering van de vordering niet ten laste van de winst genomen kan worden.<sup>87</sup> Hierdoor wordt het opgeofferde bedrag van de deelneming verhoogd. Indien de moedermaatschappij de activiteiten van de dochtermaatschappij op een later tijdstip staakt en de dochtermaatschappij liquideert werkt dit ten gunste van de belastingplichtige. Er is nu een groter opgeofferd bedrag wat een groter liquidatieverlies met zich mee brengt aangezien het liquidatieverlies het bedrag is dat het opgeofferde bedrag de liquidatieuitkering overtreft. In principe wordt het niet afgewaardeerde bedrag omgezet in een verlies bij liquidatie.

### **Onzakelijke lening opzij**

Bij de zaak onzakelijke lening *opzij* zijn er nog wat onduidelijkheden. Volgens prof E.J.W. Heithuis bestaat er in de Vennootschapsbelasting een dergelijk leningsvariant. Indien er bij het verstrekken van een onzakelijke lening de lening naderhand onvolwaardig blijkt te zijn is het toegestaan dat de crediteur de vordering op een lager bedrag waardeert. Aanvankelijk heeft dit geen gevolgen voor het opgeofferde bedrag. Wel wijst Heithuis erop dat het niet verstandig is om de dochtervennootschap te liquideren omdat er in dat geval risico gelopen wordt dat de onzakelijke lening als verkapte dividenduitkering en informele kapitaalstorting wordt aangemerkt.

Bij het geval dat de zustervennootschap/schuldeiser wordt geliquideerd is er niets aan de hand en blijft de vordering bestaan. De moeder zet de onderneming voort van haar dochtervennootschap/schuldeiser en zal de onzakelijke lening overnemen. Het liquidatieverlies wordt naar de moedervennootschap doorgeschoven en kan op een later moment in aanmerking komen. Dit geldt wanneer de overgenomen activiteiten van de dochtervennootschap worden gestaakt.

---

<sup>85</sup> Kamerstukken II 2005-2006, 30 572, nr 3, blz 7.

<sup>86</sup> Art 13d lid 8 Wet Vpb

<sup>87</sup> HR 15 maart 2013, *BNB* 2013/149

<sup>88</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, *BNB* 2008/191

Als er vanuit die visie van P.G.H. Albert wordt gedacht valt de onzakelijke lening *opzij* binnen het bereik van de onzakelijke lening-jurisprudentie. Een onzakelijke lening die tussen zusterervenootschappen wordt verstrekt valt zijn inziens binnen de categorie onzakelijke lening *omhoog*. Bij het verstrekken van onzakelijke leningen mag de crediteur het verlies weliswaar niet van de winst aftrekken, maar het opgeofferde bedrag van de debiteur wordt hierdoor wel verhoogd. Dat het opgeofferde bedrag van de debiteur wordt verhoogd komt door de werking van de gemeenschappelijke aandeelhouder van de debiteur en crediteur.

### *Deelconclusie*

Een zusterervenootschap die een onzakelijke lening aan haar zusterervenootschap verstrekt kan, indien de lening op een later moment onvolwaardig blijkt te zijn, het volledige afgewaardeerde bedrag ten laste van haar winst brengen. M.b.t de liquidatieverliesregeling heeft dit geen invloed op het opgeofferde bedrag. Als de moedervenootschap de dochterervenootschap/schuldeiser in de toekomst liquideert kan het liquidatieverlies doorgeschoven worden naar de moedervenootschap en in aanmerking genomen worden bij staking van de overgenomen activiteiten.

## Conclusie

Het doel van deze bachelor scriptie was om een antwoord te vinden op de hoofdvraag:

*In hoeverre zou een zustervennootschap een afwaarderingverlies en liquidatieverlies van haar winst bij een (on)zakelijke lening opzij kunnen aftrekken?*

Om antwoord hierop te krijgen is eerst de deelnemingsvrijstelling aan bod gekomen. De reden hiervoor was dat de onzakelijke lening veel voorkomt in gevallen waar het deelneming van toepassing is. Het is belangrijk de deelnemingsvrijstelling goed te begrijpen voordat er een conclusie getrokken kan worden.

De doelstelling van de deelnemingsvrijstelling in de Vennootschapsbelasting is om de economische dubbele belasting te voorkomen. Doordat in Nederland volgens het klassieke stelsel wordt geheven, worden lichamen zelfstandig in de heffing betrokken. Als uitgangspunt wordt de winst eerst belast bij de vennootschap waar de winst gerealiseerd is en vervolgens bij uitkering van de winst aan aandeelhouders wordt dezelfde winst nogmaals belast. De wetgever achtte dit niet gewenst en is door middel het ne-bis-in-idembeginsel met de deelnemingsvrijstelling gekomen.

Is er voldaan aan de eisen van de deelnemingsvrijstelling die in art 13 Wet VPB gevonden kan worden, dan wordt de deelnemingsvrijstelling automatisch toegepast. Gaat een concern vervolgens een lening binnen het concernverband verstrekken, dan is het van groot belang om te kijken onder welke voorwaarden de lening wordt verstrekt. Het is niet overbodig om voor te stellen dat een moedervernootschap haar dochtervennootschap wil bevoordelen of visa versa. Daarom is er in de Vennootschapsbelasting het zogenaamde At arm's length-beginsel van toepassing. Worden transacties tussen gelieerde partijen gedaan, dan wordt er verwacht dat ze zakelijk handelen alsof het transacties tussen onafhankelijke derden plaatsvindt.

Bij het verstrekken van een lening tussen gelieerde partijen wordt er allereerst getoetst aan de voorwaarden van het Unilever-arrest of er sprake is van een lening in de fiscale zin.<sup>89</sup> Een geldverstrekking die als lening in het civiele recht wordt aangemerkt, wordt voor de fiscaliteit automatisch als lening gezien met uitzondering van de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemlozeputlening. Daarnaast vergt sinds 9 mei 2008 door de opkomst van de onzakelijke lening, een nieuwe categorie uitzonderingen, extra aandacht. Kort gezegd is een onzakelijke lening is een lening tussen gelieerde partijen waarbij de crediteur een onzakelijk debiteurrisico loopt.

Rondom de onzakelijke lening is nog steeds veel onduidelijkheid. Niet iedereen heeft dezelfde visie over de verschillende leningsvormen. In de zaak van 9 mei 2008<sup>90</sup> betrof het een onzakelijk lening "omhoog" die de vennootschap aan zijn minderheidsaandeelhouder zou verstrekken. Globaal gezegd is de lening variant "omhoog" het geval waar een

---

<sup>89</sup> HR 27 januari 1988, nr.23919, BNB 1988/217

<sup>90</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191

vennootschap een lening aan haar aandeelhouder verstrekt. De vennootschap heeft een lening onder zodanige voorwaarden aan zijn aandeelhouder verstrekt, dat hij het debiteurenrisico op zich heeft genomen met de bedoeling het belang van de aandeelhouder te dienen. Daarnaast is er sinds 2012 de onzakelijke lening “omlaag” ook mogelijk. In BNB 2012/37 liet de Hoge Raad zien dat indien een vennootschap een lening aan zijn dochtervennootschap verstrekt en het debiteurreisico “ heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van (...) dochtervennootschap te dienen.” er sprake is van onzakelijke lening “omlaag”.

Prof.dr.mr. E. Heithuis is van mening dat er nog een derde variant van onzakelijke lening is, namelijk de onzakelijke lening opzij. Waar er een onzakelijke lening door de ene zustervennootschap aan de ander zustervennootschap wordt verstrekt is er volgens zijn inziens sprake van een onzakelijke lening opzij.

- Een zustermaatschappij kan geen deelneming in een andere zustermaatschappij hebben en kan daardoor de deelnemingsvrijstelling nooit aan de orde komen. Dat gezegd zijnde, kan de deelnemingsvrijstelling de aftrek van een verlies op een lening nooit verhinderen, ook al betreft het een onzakelijke lening.
- Er kan nooit een onzakelijke lening vertrekt worden aangezien de zusters geen aandeelhouders zijn.

Prof. Mr. dr. P.G.H. Albert schreef in *WFR* 2008/1226 dat de leningsvormen *omhoog* en *omlaag* de enige categorieën onzakelijke leningsvormen voor de Vennootschapsbelasting zijn.<sup>91</sup> De onzakelijke lening “opzij” is zijn inziens geen afzonderlijke categorie, maar een variant binnen de categorie omhoog dat alleen tot verwarring leidt. Hij baseert zijn mening hierop:

*“Een lening die een vennootschap verstrekt aan haar zustervennootschap valt binnen het bereik van de onzakelijke-leningjurisprudentie, omdat de crediteur en debiteur gelieerd zijn (zie onderdeel 2.1). Als voldaan is aan de definitie van onzakelijke lening (r.o. 3.3.3 van BNB 2012/37, zie onderdeel 2.1), en dat is de situatie die hier aan de orde is. De gemeenschappelijke aandeelhouder van de crediteur en debiteur is de “onzichtbare hand” achter de lening. De vennootschap heeft het debiteurenrisico op zich genomen met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen.”<sup>92</sup>*

In eerste instantie wordt er door de At arms’s lenght-beginsel een onzakelijke lening naar een zakelijk niveau gebracht. Door een rente-imputatie in aanmerking te nemen bij een onzakelijke lening wordt de winst bepaald. Is het niet mogelijk om op basis van art 8b Wet VPB de onzakelijke lening te corrigeren omdat de gecorrigeerde rente in wezen winstdelend zal worden kan er definitief gesproken worden van een onzakelijke lening.

---

<sup>91</sup> Prof. mr. dr. P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening opzij*, Weekblad voor Fiscaal recht, 2013.

<sup>92</sup> Prof. mr. dr. P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening opzij*, Weekblad voor Fiscaal recht, 2013.



Gevolg van het verstrekken van een onzakelijke lening is dat indien de lening op een later moment onvolwaardig wordt, de afwaardering volgens de Hoge Raad niet ten laste van de winst mag komen.<sup>93</sup> Met als gevolg dat het de kostprijs van het aandelenbelang verhoogd wordt.

Doordat de onzakelijke lening opzij niet duidelijk is, zijn er verschillende uitwerkingen betreffende deze variant. Heithuis is van mening dat de afwaardering van een dergelijke leningsvorm ertoe kan leiden dat er een bedrag genomen kan worden bij het bepalen van de winst. Als we de mening van Albert volgen zegt hij dat het afwaarderingsverlies niet van de winst afgetrokken wordt omdat de gemeenschappelijke aandeelhouder (moedermaatschappij) van de crediteur en debiteur als een "onzichtbare hand" fungeert.<sup>94</sup> Daarom zijn de crediteur en debiteur aan elkaar gelieerd en is de jurisprudentieomtrent de onzakelijke lening van toepassing.

Het niet kunnen nemen van een afwaarderingsverlies leidt tot verhoging van het opgeofferde bedrag van een deelneming. Vervolgens heeft dit een doorwerking op het liquidatieverlies. De liquidatieverliesregeling houdt in dat op het moment dat een moedermaatschappij haar dochtermaatschappij liquideert, deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. Maakt de moedermaatschappij hiermee een verlies, dan kan dit ten laste van de winst gebracht worden. Op de voet van art 13d lid2 Wet Vpb is het liquidatieverlies het bedrag dat de moedermaatschappij heeft opgeofferd voor de deelneming verminderd met het bedrag de ze bij liquidatie voor haar dochtermaatschappij krijgt.

Dat het opgeofferde bedrag verhoogd wordt door de systematiek van het afwaarderingsverlies bij een onzakelijke lening *omhoog* en *omlaag*, werkt ten gunste van de belastingplichtige doordat het opgeofferde bedrag wordt verhoogd. Dit is ook de uitwerking van P.G.H. Albert tot de onzakelijke lening opzij. Uit de mening van E. Heithuis valt te concluderen dat het afwaarderen van een onzakelijke lening opzij niet doorwerkt tot het liquidatieverlies omdat bij het afwaarderen van een dergelijke leningsvorm het afgewaardeerde bedrag bij de winstbepaling genomen moet worden.

Mijn mening is dat het inzicht van E. Heithuis gevolgd moet worden. Een dochtervennootschap die een lening aan haar zustervennootschap verstrekt kan nooit in de deelnemingsfeer terecht komen. Door de structuur kan er geen sprake zijn van een onzakelijke lening aangezien de crediteur geen aandeelhouder is van de debiteur. Daarom kan het volledig afgewaardeerde bedrag in aanmerking genomen worden bij de winst, indien de vordering op een later moment onvolwaardig blijkt te zijn. Liquideert de moedermaatschappij haar dochtermaatschappij in de toekomst, dan kan het afgewaardeerde bedrag niet tot het opgeofferde bedrag behoren. Vergeleken met de onzakelijke lening *omhoog* en *omlaag* heeft dit als gevolg dat er een kleiner liquidatieverlies ontstaat.

---

<sup>93</sup> HR 9 mei 2008, nr. 43849, *BNB* 2008/191

<sup>94</sup> Prof. mr. dr. P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening opzij*, *WFR* 2013/1464, 2013

### *Eindconclusie*

De leningsvariant onzakelijke lening *opzij* bestaat. Wordt de lening afgewaardeerd kan het volledige afgewaardeerde bedrag ten laste van de winst worden gebracht. Voor wat betreft het liquidatieverlies kan de moedermaatschappij het verlies in aanmerking nemen voor zover de activiteiten van de geliquideerde onderneming zijn gestaakt.