

# Onzakelijke lening

*Toetsen van de feiten en omstandigheden*

Coen Twigt

328128

Fiscale Economie

Erasmus School of Economics

Begeleider: drs. M.H.M. Smeets

## Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>5</b>
1.1	<i>Aanleiding</i>	5
1.2	<i>Probleemstelling en opzet</i>	6
1.3	<i>Afbakening</i>	8
<b>2</b>	<b>Vergelijking tussen eigen vermogen en vreemd vermogen</b>	<b>10</b>
2.1	<i>Inleiding</i>	10
2.2	<i>Eigenschappen van eigen vermogen</i>	10
2.2.1	<i>Inleiding</i>	10
2.2.2	<i>Eigen vermogen van eenmanszaken</i>	11
2.2.3	<i>Kapitaal van een vennootschap</i>	11
2.2.4	<i>Functies van het kapitaal</i>	13
2.2.5	<i>Reserves</i>	15
2.3	<i>Vreemd vermogen</i>	15
2.4	<i>Civielrechtelijke gevolgen van de kwalificatie</i>	16
2.5	<i>Fiscale gevolgen van de kwalificatie</i>	20
2.6	<i>Grenzen tussen eigen en vreemd vermogen</i>	21
2.6.1	<i>Inleiding</i>	21
2.6.2	<i>Aandelen met een vaste looptijd</i>	22
2.6.3	<i>Preferente aandelen</i>	22
2.6.4	<i>Converteerbare obligatielening</i>	23
2.6.5	<i>Perpetuele leningen</i>	24
2.7	<i>Fiscale herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen</i>	25
2.7.1	<i>Inleiding</i>	25
2.7.2	<i>Bodemlozeputlening</i>	25
2.7.3	<i>Deelnemerschapslening</i>	26
2.7.4	<i>Schijnlening</i>	28
2.8	<i>Conclusie</i>	29
<b>3</b>	<b>Ontwikkeling van de onzakelijke lening jurisprudentie</b>	<b>31</b>
3.1	<i>Inleiding</i>	31
3.2	<i>Jurisprudentie tot BNB 2008/191</i>	31
3.2.1	<i>Inleiding</i>	31
3.2.2	<i>Overzicht van de relevante jurisprudentie</i>	32
3.2.3	<i>Deelconclusie</i>	35
3.3	<i>Algemene aspecten van de onzakelijke lening</i>	36
3.3.1	<i>Inleiding</i>	36
3.3.2	<i>Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191</i>	37
3.3.3	<i>Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05325, BNB 2012/37</i>	39
3.3.4	<i>Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78</i>	42
3.4	<i>Conclusie</i>	43
<b>4</b>	<b>Aspecten van de onzakelijke lening nader bezien</b>	<b>45</b>
4.1	<i>Inleiding</i>	45
4.2	<i>Winstdelende rente</i>	45
4.2.1	<i>Algemeen kader</i>	45

4.2.2	Toetsen aan winstdelende rente	46
4.2.3	Definitie van een winstdelende rente	47
4.2.4	Partijen hebben een winstdelende rente afgesproken	49
4.3	<i>Bijzondere omstandigheden</i>	50
4.3.1	Inleiding	50
4.3.2	Situaties die kwalificeren als bijzondere omstandigheid	50
4.3.3	Deelconclusie	52
4.4	<i>Moment van toetsen</i>	52
4.5	<i>Borgstellingsanalogie</i>	54
4.5.1	BNB 2012/37	54
4.5.2	BNB 2013/149	56
4.5.3	Verrekenprijzenbesluit	58
4.6	<i>Renteloze lening</i>	60
4.7	<i>Aandeelhouderschap dat voortvloeit uit de lening</i>	61
4.8	<i>Onzakelijke leningen omlaag, omhoog en opzij</i>	62
4.8.1	Onzakelijke lening omhoog	62
4.8.2	Onzakelijke lening omlaag	63
4.8.3	Onzakelijke opzij	65
4.9	<i>Onzakelijke lening in de tbs-sfeer</i>	66
4.9.1	Inleiding	66
4.9.2	Lening verstrekt door een verbonden persoon	67
4.9.3	Lening verstrekt door een ab-houder	70
4.9.4	Ongebruikelijke terbeschikkingstelling	72
4.10	<i>Onzakelijke leningen versus herkwalificaties</i>	74
4.10.1	Inleiding	74
4.10.2	Bodemlozeputlening	74
4.10.3	Deelnemerschapslening	75
4.10.4	Schijnlening	75
4.11	<i>Conclusie</i>	76
<b>5</b>	<b>Invulling van de feiten en omstandigheden</b>	<b>79</b>
5.1	<i>Inleiding</i>	79
5.2	<i>Jurisprudentie waarin sprake is van een onzakelijke lening</i>	79
5.2.1	HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191	79
5.2.2	HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37	79
5.2.3	HR 25 november 2011, nr. 10/5161, BNB 2012/38	80
5.2.4	HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78	81
5.2.5	Hof Amsterdam 13 september 2012, nr. 11/00357, NTFR 2013/58	81
5.2.6	HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149	81
5.3	<i>Jurisprudentie waarin geen sprake is van een onzakelijke lening</i>	83
5.3.1	HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79	83
5.3.2	Hoge Raad 9 maart 2012, nr. 10/02401, V-N 2012/21.17	84
5.3.3	Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 12/00246, NTFR 2012/1919	85
5.3.4	Hof Amsterdam 27 juni 2013, nr. 12/00435, V-N 2013/43.1.1.	85
5.4	<i>Conclusie</i>	86
<b>6</b>	<b>Toetsen van de geldverstrekking</b>	<b>88</b>
6.1	<i>Inleiding</i>	88

6.2	<i>Art. 8b Wet Vpb</i>	88
6.2.1	Invoering van art. 8b Wet Vpb	88
6.2.2	Gelieerde partijen	89
6.2.3	Inhoud van de documentatie	90
6.2.4	Verdeling van de bewijslast	92
6.2.5	Toets als onderdeel van de documentatieverplichting	93
6.2.6	Toets als hulpmiddel bij het beslechten van discussies	94
6.3	<i>Toets om geldverstrekking te kwalificeren</i>	94
6.3.1	Vraag 1: Is de geldverstrekking civielrechtelijk eigen of vreemd vermogen?	94
6.3.2	Vraag 2: Is sprake van een fiscale herkwalificatie?	94
6.3.3	Vraag 3: Is de rente zakelijk?	95
6.3.4	Vraag 4: Is de rente te corrigeren zonder deze in wezen winstdelend te maken?	96
6.3.5	Vraag 5: Is op enig moment onzakelijk gehandeld?	99
6.4	<i>Conclusie</i>	100
<b>7</b>	<b>Conclusie</b>	<b>103</b>
	<b>Bronnen</b>	<b>108</b>
	<i>Jurisprudentielijst</i>	108
	<i>Literatuurlijst</i>	110
	<b>Bijlage A – Accountingkwalificaties</b>	<b>114</b>
	<b>Bijlage B – Feiten en omstandigheden van relevante arresten tot BNB 2008/191</b>	<b>117</b>
	<b>Bijlage C – Credit ratings</b>	<b>125</b>

# 1 Inleiding

## 1.1 Aanleiding

De onzakelijke lening houdt de gemoederen in de fiscale wereld flink bezig sinds 2008. In het zogenoemde certificaathoudersuitkooparrest<sup>1</sup> sprak de Hoge Raad der Nederlanden (hierna: ‘Hoge Raad’ of ‘HR’) van een geldverstrekking die onder zodanige voorwaarden en omstandigheden plaatsvond dat een onafhankelijke derde deze niet had geaccepteerd. De conclusie was dat de afwaardering op de lening niet in aftrek gebracht kon worden. Verdere uitleg van de term onzakelijke lening kwam met het 25 november arrest van de Hoge Raad.<sup>2</sup> In dit arrest besliste de Hoge Raad dat het bij de onzakelijke lening gaat om een geldverstrekking met een onzakelijk debiteurenrisico en niet slechts met een onzakelijke rente. Indien een lening een te laag (niet at arm’s length) rentepercentage hanteert, kan de vergoeding wellicht worden aangepast naar een rente die derden wel zouden accepteren. In dat geval is niet sprake van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2012/37. Is een dergelijke aanpassing niet mogelijk zonder het karakter van de geldverstrekking aan te tasten (met andere woorden: de lening zou in feite winstdelend worden), dan is dit een onzakelijk debiteurenrisico lening (hierna: ‘onzakelijke lening’).<sup>3</sup> De uitlenende partij neemt in dat geval een debiteurenrisico op zich dat een onafhankelijke derde niet zou aanvaarden. Anders dan in eerste instantie werd vermoed, is deze uitspraak geen nieuwe vorm van ‘herkwalificatie’ van vreemd vermogen naar eigen vermogen.<sup>4</sup>

Het gevolg van een kwalificatie als onzakelijke lening is dat een eventuele afwaardering van de lening bij de geldverstrekker niet aftrekbaar is. Verder dient een rente te worden bepaald waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat de lening mede is verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder. De Hoge Raad vult dit in door bij het bepalen van de rente van de geldverstrekking, waaronder een derde onder overigens gelijke voorwaarden de lening ook zou verstrekken, de aannahme te maken dat de geldverstrekker borg staat voor de inlener.

- 
1. HR 9 mei 2008, BNB 2008/191
  2. HR 25 november 2011, BNB 2012/37
  3. Hierna wordt de bewoording van de Hoge Raad gevolgd; indien wordt gesproken van een onzakelijke lening is dit een lening in de zin van BNB 2012/37.
  4. Zie onder meer: E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen. Een nieuw fenomeen of oude wijn in nieuwe zakken?, SDU mbb 2008/04/02.

De rente die onder de fictieve borgstelling is verschuldigd, wordt voor de winst van zowel de inlener als de uitlener in aanmerking genomen.

Ondanks de vele jurisprudentie die vanaf 2008 is ontstaan, zijn hier nog geen concrete criteria uit voortgevloeid waaraan belastingplichtigen de leningen die zij aan andere groepsentiteiten verstrekken, kunnen toetsen om zelf te bepalen of deze leningen al dan niet zakelijk zijn. Hierbij spelen criteria als de rente, de zekerheden die worden gesteld, het feit of de lening al dan niet is achtergesteld en eventuele bijzondere omstandigheden. Verder komt de vraag op wanneer een lening in wezen winstdelend wordt bij een correctie van het rentepercentage, oftewel: wanneer tast een aanpassing van de rente het karakter van de verstrekking aan. Ook is de vraag hoe de arm's length rente dient te worden bepaald als rekening wordt gehouden met de borgstelling. Al deze begrippen hebben geen concrete invulling maar zijn afhankelijk van feiten en omstandigheden.

## 1.2 Probleemstelling en opzet

Met dit onderzoek stel ik mezelf ten doel deze feiten en omstandigheden te benoemen en de eventuele invloed hiervan op de kwalificatie als onzakelijke lening te analyseren. Hetzelfde geldt voor de criteria en begrippen na een eventuele kwalificatie als onzakelijke lening. Om tot een concreet antwoord te komen ben ik tot de volgende probleemstelling gekomen:

*Kan een concrete toets worden ontwikkeld om te analyseren of een lening dient te worden gekwalificeerd als onzakelijke lening en -zo ja- wat is de inhoud van een dergelijke toets?*

Deze probleemstelling wordt beantwoord door middel van een aantal deelvragen:

1. Wanneer is sprake van eigen vermogen of vreemd vermogen?
2. Hoe heeft de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening zich ontwikkeld?
3. Welke feiten en omstandigheden spelen een rol bij de kwalificatie tot onzakelijke lening?
4. Hoe dient een concrete toets -om een geldverstrekking als onzakelijke lening te kwalificeren- eruit te zien?

In de eerste deelvraag wordt naar een antwoord gezocht op de vraag welke karakteristieken vreemd vermogen heeft. Wat maakt dat een geldverstrekking als eigen vermogen of vreemd

vermogen wordt aangemerkt? Welke algemene kenmerken kunnen worden onderscheiden tussen beide soorten vermogen? Op deze vragen wordt antwoord gegeven in hoofdstuk twee. Dit wordt gedaan vanuit zowel een fiscaal- als civielrechtelijke invalshoek.

De tweede deelvraag gaat in op de ontwikkeling van de onzakelijke lening jurisprudentie. Allereerst wordt bekeken of de huidige jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening een logische ontwikkeling is van de jurisprudentie of als omslagpunt moet worden beschouwd. Dit gebeurt middels een analyse van de jurisprudentie van voor BNB 2008/191 en vanaf dit arrest. Verder worden de basisarresten van de onzakelijke lening - waar alle latere jurisprudentie op is gebaseerd – besproken. De beantwoording van dit eerste deel van de tweede deelvraag beslaat hoofdstuk drie.

De specifieke aandachtspunten die uit deze arresten en de literatuur hieromtrent naar voren komen, worden vervolgens in hoofdstuk vier verder uitgewerkt. Op deze manier wordt duidelijk wat de criteria zijn om tot een onzakelijke lening te komen en waar het schakelpunt lijkt te liggen ten opzichte van een zakelijke lening (al dan niet met onzakelijke voorwaarden). Door te bepalen wat het schakelpunt is en welke criteria doorslaggevend zijn bij de kwalificatie van de lening, is het mogelijk om tot concrete vragen te komen die belastingplichtigen voor zichzelf kunnen beantwoorden. Hoofdstuk drie en vier vormen gecombineerd een volledig beeld van de onzakelijke lening jurisprudentie en geven antwoord op een aantal discussiepunten die in de literatuur zijn opgeworpen.

Daarna wordt in hoofdstuk vijf dieper ingezoomd op de feiten en omstandigheden die in de jurisprudentie hebben geleid tot de conclusie dat een lening onzakelijk is. Meer specifiek wordt een antwoord gezocht op de vraag: Wat maakt een lening onzakelijk? Daarbij wordt voorts onderzocht of uit de jurisprudentie specifieke feiten kunnen worden gedistilleerd, die (al dan niet in combinatie met elkaar) vrijwel altijd tot een onzakelijke lening leiden.

In vervolg op hoofdstuk vijf wordt in hoofdstuk zes - door middel van deelvraag 4 - bekeken hoe een toets eruit moet zien die belastingplichtigen in staat stelt om hun eigen leningen te toetsen en daarmee zelf te kunnen inschatten of een lening al dan niet als onzakelijke lening dient te worden aangemerkt. Een dergelijke toets kan tevens concrete documentatie vormen

die conform art. 8b, lid 3, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB) is vereist. Door dergelijke documentatie aanwezig te hebben kunnen belastingplichtigen aantonen dat een lening al dan niet zakelijk is. Vervolgens ligt de bewijslast bij de Belastingdienst om aan te tonen dat de aanwezige documentatie niet correct is. De invulling van deze toets vormt de kern van hoofdstuk 6.

Nadat alle deelvragen zijn beantwoord, kan een conclusie worden getrokken. In deze conclusie, die staat beschreven in hoofdstuk zeven, worden de bevindingen uit de vorige hoofdstukken nog eens samengevat en wordt op deze wijze een antwoord geformuleerd op de hoofdvraag.

### 1.3 Afbakening

In deze scriptie zullen de meeste aspecten van de onzakelijke lening worden besproken. Deze aspecten strekken zich uit van de oorsprong van de lening en de kwalificatie hiervan tot aan de gevolgen van deze kwalificatie. Ik ga in deze scriptie echter grotendeels voorbij aan een eventuele (fiscale her)kwalificatie<sup>5</sup> van de (civielrechtelijke) lening tot eigen vermogen. Uit de jurisprudentie zijn drie mogelijkheden voortgekomen die ervoor zorgen dat de lening voor fiscale doeleinden wordt gekwalificeerd als eigen vermogen, te weten de bodemlozeputlening, de deelnemerschapslening en de schijnlening.

In hoofdstuk 2 wordt kort stilgestaan bij deze vormen, maar alleen voor zover deze relevant zijn voor het toetsen van de onzakelijke lening. In het vervolg van de scriptie is het uitgangspunt dat een lening ook voor fiscale doeleinden als vreemd vermogen wordt aangemerkt, maar dat de voorwaarden van de lening zodanig zijn dat deze (wellicht) als onzakelijk dient te worden bestempeld. Daarbij wordt de link met de vormen van herkwalificatie alleen gelegd indien nodig voor de context. De fiscale herkwalificatie van eigen vermogen naar vreemd vermogen blijft volledig buiten beschouwing, nu de Hoge Raad in de arresten van 7 februari 2014 heeft beslist dat deze herkwalificatie zich in principe niet kan voordoen.<sup>6</sup>

- 
5. In het vervolg van dit onderzoek wordt de term herkwalificatie gehanteerd. Deze term is theoretisch niet geheel zuiver, maar staat in het spraakgebruik wel zo bekend.
  6. HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 en nr. 12/04640, BNB 2014/80.



Verder wordt in hoofdstuk 2 ingegaan op de verschillen tussen eigen vermogen en vreemd vermogen en de gevolgen van deze kwalificaties. Hierbij ligt de nadruk op het vermogen van kapitaalvennootschappen, aangezien bij deze categorie ondernemingen het onderscheid het duidelijkst naar voren komt. Daarbij speelt ook mee dat de verschillende soorten aandelen die mogelijk zijn binnen een kapitaalvennootschap de grenzen aantonen tussen eigen en vreemd vermogen of wellicht zelfs deze grenzen doen vervagen.

Hoofdstuk 3 bevat een analyse van de algemene aspecten van de onzakelijke lening jurisprudentie. Om hier slechts de kern te bespreken, beperk ik mij tot BNB 2008/191, BNB 2012/37 en 2012/78. Mijns inziens wordt door een bespreking van deze arresten een duidelijke basis geschetst waarna in het volgende hoofdstuk dieper kan worden ingegaan op verschillende aspecten.

In hoofdstuk 4 worden vervolgens deze verschillende aspecten verder uitgewerkt. Het aantal punten waar in de literatuur over wordt gediscussieerd is zeer groot. Sommige punten acht ik minder relevant voor de beantwoording van mijn hoofdvraag, of zijn dusdanig specifiek dat zij het doel van dit onderzoek voorbij gaan. Deze punten, waaronder de onzakelijke lening in geval van een fiscale eenheid, de invloed van een afwijkende valuta op de bepaling van een onzakelijke lening of de invloed van concerngaranties (HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, BNB 2013/109), laat ik onbesproken.

Mijns inziens heeft deze afbakening geen invloed op de analyse en de uiteindelijke toets die in dit onderzoek wordt ontwikkeld.

## 2 Vergelijking tussen eigen vermogen en vreemd vermogen

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. Hierbij staan de eigenschappen centraal die aan beide soorten vermogen zijn toe te dichten. Wat maakt dat een geldverstrekking als een lening wordt gekwalificeerd en onder welke omstandigheden wordt deze als kapitaal aangemerkt? Ook komt de vraag op wat de gevolgen zijn van deze kwalificatie. Om deze vragen te beantwoorden wordt tevens geanalyseerd wat de rol is die eigen en vreemd vermogen spelen binnen een onderneming.

Zoals recentelijk nog is bevestigd door de Hoge Raad is de Nederlandse civielrechtelijke kwalificatie in beginsel beslissend voor de fiscale kwalificatie.<sup>7</sup> Daarom wordt in dit hoofdstuk de nadruk gelegd op de civielrechtelijke kwalificatie en de invulling die het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') aan deze begrippen geeft. Nadat dit onderscheid duidelijk is gemaakt, wordt gezocht naar vormen van eigen vermogen die richting vreemd vermogen gaan en andersom. Door de grenzen op te zoeken ontstaat een beter beeld van het veld waarbinnen eigen en vreemd vermogen zich bewegen en de grenzen daartussen.

Ten slotte wordt nog kort stil gestaan bij de fiscale herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen. Zo worden ook de fiscale grenzen van en tussen beide soorten vermogen duidelijk. De bevindingen uit deze paragrafen worden in de conclusie samengevat.

### 2.2 Eigenschappen van eigen vermogen

#### 2.2.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de eigenschappen van eigen vermogen aan bod. Vervolgens wordt in de volgende paragraaf het vreemd vermogen besproken. Binnen het eigen vermogen wordt

---

7. HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79, r.o. 3.3.1. Uit de overwegingen van de Hoge Raad lijkt te kunnen worden afgeleid dat indien een geldverstrekking naar buitenlands civiel recht als lening kwalificeert, maar naar Nederlands civiel recht een verstrekking van kapitaal is, de Nederlandse civiele kwalificatie wordt gevolgd voor fiscale doeleinden. Zie ook: R. Snoeij en L. Wagenaar, Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?, WFR 2014/622.

hierbij bekeken welke functies het kapitaal vervult. Tevens wordt ingegaan op de civiel- en fiscaalrechtelijke gevolgen van de kwalificatie.

### 2.2.2 Eigen vermogen van eenmanszaken

Bij een eenmanszaak wordt het eigen vermogen bepaald door de inbreng van de ondernemer of, in het geval van een vennootschap onder firma, vennoten/ondernemers. Bij het starten van de onderneming moet in het kader van de totaalwinst een beginbalans worden opgesteld. Hierbij is de etikettering en waardering van vermogensbestanddelen van belang.<sup>8</sup> Eventuele verdere uitbreiding van het eigen vermogen kan plaatsvinden door de realisatie van winsten of kapitaalstortingen. Laatstgenoemde categorie verhoogt het eigen vermogen wel maar is geen voordeel uit de onderneming en valt derhalve buiten de winstberekening. Andersom verlagen verliezen en onttrekkingen het vermogen, waarbij onttrekkingen geen invloed hebben op de winst. In het vervolg van dit hoofdstuk ga ik in op de situatie van kapitaalvennootschappen.

### 2.2.3 Kapitaal van een vennootschap

Voor kapitaalvennootschappen is het uitgeven van aandelen van oudsher het bekendste instrument om eigen vermogen aan te trekken. Bij de oprichting van een vennootschap wordt hier een eerste aanzet toe gegeven. De oprichters/aandeelhouders bepalen bij de oprichting het geplaatste en gestorte kapitaal van de vennootschap. Dit wordt vastgelegd in de statuten van de vennootschap. In de statuten wordt ook het nominale bedrag van de aandelen vermeld. Indien de vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, dan wordt het kapitaal vermeld per soort.<sup>9</sup> De som van het nominale bedrag van de aandelen vormt het geplaatst kapitaal. De aandelen kunnen tegen nominale waarde worden uitgegeven, maar ook tegen een hogere koers. In geval van een hogere koers is het in te brengen bedrag evenredig hoger. Uitgifte tegen een lagere koers is slechts mogelijk voor een naamloze vennootschap, met een ondergrens van 94% van de nominale waarde.<sup>10</sup> Het verschil tussen de koers en de nominale waarde heet (dis)agio.

---

8. A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, Hoofdzaken winst uit onderneming, Deventer: Kluwer, 2012, p. 35.

9. Art. 2:178 BW.

10. Art. 2:80, tweede lid, BW.

In dit verband kan tevens worden gewezen op de flexibilisering van het BV-recht.<sup>11</sup> Sinds de wijzigingen in het privaatrecht per 1 oktober 2012 is het voor BV's niet meer verplicht om ook het maatschappelijk kapitaal te vermelden. Het maatschappelijk kapitaal is het maximale bedrag dat de vennootschap aan geplaatst kapitaal mag hebben. Met de wijzigingen is ook de eis komen te vervallen dat tenminste een vijfde van het maatschappelijk kapitaal dient te zijn geplaatst. Verder bestaat de stortingsplicht op aandelen niet meer. Waar eerst minimaal 25% van de nominale waarde van de aandelen diende te worden volgestort, is dat onder het huidige BV-recht niet meer het geval.

Het deel van het kapitaal dat nog niet is volgestort, maar waarvoor op korte termijn wel de verplichting tot volstorten bestaat, wordt het opgevraagde kapitaal genoemd. Deze verplichting kan bijvoorbeeld blijken uit de oprichtingsakte. Voorts is met het nieuwe BV-recht de eis komen te vervallen om een minimumkapitaal van € 18.000 vol te storten bij oprichting. Het is tegenwoordig mogelijk om voor een bedrag van € 0,01 een bv op te richten. De wetgever heeft andere methoden ingevoerd die de crediteuren beter moeten beschermen dan de minimumkapitaaleis voor de flexibilisering van het BV-recht (zie ook paragraaf 2.2.4).<sup>12</sup>

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat het begrip kapitaal in wezen nog niks zegt over het eigen vermogen van een onderneming. Alleen hetgeen daadwerkelijk is gestort of opgevraagd, vormt eigen vermogen voor de onderneming (naast eventueel agio). In dezen sluit ik mij aan bij de definitie die Van Schilfgaarde geeft aan het begrip kapitaal, gezien vanuit de functie die het heeft voor het eigen vermogen: *'het bedrag dat weergeeft de tegen uitgifte van aandelen door de gezamenlijke aandeelhouders minimaal te verstrekken bijdrage tot het eigen vermogen van de vennootschap'*.<sup>13</sup> De minimaal te verstrekken bijdrage in dit verband is het gestorte en opgevraagde kapitaal. Deze omschrijving bevat de kern van de functie die kapitaal vervult binnen het eigen vermogen. De (minimale) bijdrage van aandeelhouders beschrijft immers hetgeen de vennootschap tot haar beschikking heeft om haar activiteiten uit te oefenen. Wanneer in het vervolg over kapitaal wordt gesproken, wordt hiermee kapitaal bedoeld in de zin van deze omschrijving.

- 
11. 'Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' en 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht'.
  12. Kamerstukken II 2010/11, 32426, nr.3, p. 2.
  13. P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer, 2013, p. 73.

## 2.2.4 Functies van het kapitaal

Nu de definitie van kapitaal duidelijk is, kan worden bekeken welke functies het kapitaal heeft binnen de vennootschap. Hierbij zijn civielrechtelijk drie functies te onderscheiden:<sup>14</sup>

### 1. Als een middel om de vennootschapsrechtelijke doelen te realiseren

Via het eigen vermogen heeft de vennootschap een middel om investeringen te doen en te handelen, om op deze wijze haar doel te verwezenlijken. Ook kan worden gewezen op art. 2:185, eerste lid, BW waarin is geregeld dat de rechtbank een vennootschap kan ontbinden indien deze haar doel niet kan bereiken door een gebrek aan baten. De liquidatie gebeurt niet van rechtswege maar gebeurt alleen door de rechtbank op vordering van het openbaar ministerie.<sup>15</sup>

### 2. Het duiden van de rechten van de aandeelhouders

Aan aandelen zijn rechten verbonden zoals stemrecht, recht op dividend en het recht op het evenredige deel in het liquidatiesaldo. Voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, hebben alle aandelen in verhouding tot hun nominale waarde gelijke rechten en verplichtingen.<sup>16</sup> Met de flexibilisering van het BV-recht is het echter mogelijk geworden om aandelen zonder stemrecht of winstrecht uit te geven. Uit de statuten dient te blijken aan welke aandelen geen stemrecht is verbonden. Aandelen waarop zowel het stemrecht en het winstrecht ontbreekt, zijn wettelijk niet toegestaan.<sup>17</sup>

### 3. Het beschermen van crediteuren

Kapitaal vormt een waarborging voor de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap. Schuldeisers hebben voorrang op de aandeelhouders om zich te verhalen op het vermogen. Anders dan voor de BV, gelden voor de NV nog steeds de 'oude' regels zoals het minimumkapitaal en de stortingsplicht.<sup>18</sup> Voor de BV zijn per 1 oktober 2012 andere methoden ingevoerd om crediteuren te beschermen. Zo is de wet nu voorzien van een

---

14. J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht*, editie *Vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.0.6.B.b.

15. HR 31 december 1958, nr. 13 747, BNB 1959/ 64.

16. Art. 2:201, eerste lid, BW.

17. Art. 2:228, vijfde lid, BW.

18. Art. 2:67, tweede lid, BW en art 2:80 BW.

uitkeringstoets: indien de BV een dividenduitkering doet waarna de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen, kunnen bestuurders en aandeelhouders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld indien zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap in continuïteitsproblemen kon komen.<sup>19</sup> Een andere test ter bescherming van crediteuren is de balanstest. Deze test houdt in dat een uitkering niet mag leiden tot een eigen vermogen dat kleiner wordt dan de wettelijke en statutaire reserves.<sup>20</sup> Heeft de vennootschap geen wettelijke of statutaire reserves, dan hoeft geen balanstest te worden uitgevoerd. Het doel van deze wetgeving is het waarborgen van de crediteurenbelangen.

### **Fiscaalrechtelijke functie**

Anders dan de civielrechtelijke functies zoals hierboven beschreven, heeft het begrip kapitaal(storting) fiscaalrechtelijk louter als doel om onbelaste vermogenstoename in de kapitaalsfeer af te bakenen ten opzichte van resultaten die ex art. 3.8 Wet IB jo. art. 8 Wet Vpb belastbare voordelen uit onderneming vormen.<sup>21</sup> Het begrip kapitaal wordt materieel ingevuld om op deze wijze een zo zuiver mogelijk onderscheid te maken. Uiteindelijk dienen alleen vermogensvermeerderingen die uit de onderneming voortvloeien een belastbaar resultaat te vormen. Zo kan het verkopen van een goed tegen een onzakelijke prijs aan een dochter- of moedervenootschap leiden tot een informele kapitaalstorting<sup>22</sup> c.q. verkapte dividenduitkering voor zover deze prijs afwijkt van een marktconforme (zakelijke) prijs.

Hierbij kan worden gewezen op het Zweedse grootmoederarrest<sup>23</sup>, waarin door een vennootschap geen rente was bedongen op een lening aan een kleindochtervennootschap. De Hoge Raad besliste met zoveel woorden dat indien een voordeel niet uit de onderneming is verkregen en slechts samenhangt met de vennootschapsrechtelijke betrekking tussen partijen, dit (in deze casus) leidt tot een informele kapitaalstorting. In hoofdstuk drie wordt

- 
19. Zie in dit verband ook: G.J.H. Spangen, Een civielrechtelijke beschouwing van aandelen, kapitaal en vermogensbescherming, TFO 2013/127.1.
  20. Art. 2:216, eerste lid, BW. Zie ook: Kamerstukken II 2010/11, 32426, nr.3, p. 24.
  21. J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht, editie Vennootschapsbelasting, onderdeel 2.0.6.C.a.
  22. Een informele kapitaalstorting is een bevoordeling door de aandeelhouder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder; derhalve dient de winst te worden gezuiverd van deze transactie.
  23. HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

dieper ingegaan op het begrip *'informele kapitaalstorting'* en de relatie tot de onzakelijke lening.

### 2.2.5 Reserves

Het eigen vermogen bestaat naast het kapitaal en agio uit reserves. Binnen de reserves kunnen verschillende categorieën worden onderscheiden, zoals de herwaarderingsreserves, wettelijke reserves, statutaire reserves en overige reserves.<sup>24</sup> Het opnemen van waardevermeerderingen in de herwaarderingsreserve is geregeld in art. 2:390 BW. Dit artikel schrijft voor onder welke voorwaarden een toevoeging aan de herwaarderingsreserve mogelijk is en wanneer een waardevermeerdering ten gunste van het resultaat moet worden gebracht.

Onder wettelijke reserves worden reserves verstaan die voor een specifiek doel dienen te worden gebruikt.<sup>25</sup> Door het verplicht vormen van deze reserves wordt voorkomen dat de vennootschap uitkeringen doet aan zijn aandeelhouders over deze resultaten. Hiermee wordt voorkomen dat bijvoorbeeld niet-gerealiseerde resultaten aan de vennootschap worden onttrokken. Art. 2:373, vierde lid, BW geeft een limitatieve opsomming van de wettelijke reserves, zoals de omrekeningsverschillen die ontstaan bij een buitenlandse deelneming met een andere valuta. Een statutaire reserve ten slotte, is een reservering die ontstaat door het bestaan van richtlijnen in de statuten van de vennootschap inzake de uitdeling van winsten.<sup>26</sup>

## 2.3 Vreemd vermogen

Naast het gebruik van eigen vermogen is het mogelijk om de activiteiten van de vennootschap (of eenmanszaak) te financieren door middel van vreemd vermogen. Dit kan bijvoorbeeld door het aangaan van een (bancaire) lening of het uitgeven van bedrijfsobligaties. Andere vormen van vreemd vermogen zijn het leverancierskrediet en het aangaan van een operationele lease. In het jaarrekeningenrecht van boek 2 BW is opgenomen welke vormen van schuld afzonderlijk in de jaarrekening dienen te worden opgenomen.<sup>27</sup> Anders dan voor eigen vermogen het geval is, liggen aan de financiering via vreemd vermogen geen wettelijke verplichtingen ten

---

24. Art. 2:364 BW jo. art. 2:373 BW.

25. H. Beckman, De uitkeringstoets, *Ondernemingsrecht* 2012/117.

26. J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer, onderdeel eigen vermogen, kapitaal en reserves bij: *Burgerlijk Wetboek Boek 2, artikel 373* [Eigen vermogen].

27. Art. 2:364 BW jo. art. 2:375 BW.

grondslag. De keuze om vreemd vermogen aan te trekken ligt dan ook bij de vennootschap zelf. Welke civiel- en fiscaalrechtelijke redenen een vennootschap kan hebben om vreemd vermogen aan te trekken, wordt onderzocht in paragraaf 2.5.

De civielrechtelijke aspecten van de lening zijn terug te vinden in boek 7A, veertiende titel, BW. Deze titel regelt de verbruikleningen, waar de geldlening een onderdeel van uitmaakt. De omschrijving van een verbruiklening is een overeenkomst waarbij de ene partij goederen afgeeft aan de andere partij onder de voorwaarde dat laatstgenoemde partij dezelfde hoeveelheid goederen, van dezelfde soort en hoedanigheid, teruggeeft.<sup>28</sup> Een kenmerk van een verbruiklening is dat niet het geleende goed zelf moet worden teruggegeven, maar een soortgelijk goed.<sup>29</sup> De ontvangende partij wordt de rechthebbende op het geleende goed. De bepaling inzake de geldlening is terug te vinden in art. 7A:1793 BW. Dit artikel bepaalt echter niet meer dan dat de geldlening bestaat uit de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt. Wordt op de lening een rentevergoeding bedongen, dan is op de rente art. 7A:1804 BW tot en met art. 7A:1806 BW van toepassing.

In de regel zal de rente in de vorm van geld worden betaald, maar andere betalingsvormen zijn ook geaccepteerd. Indien de lening niet in geld wordt terugbetaald maar bijvoorbeeld in aandelen (zoals het geval is bij een converteerbare obligatielening), is het de vraag of sprake is van een geldlening.<sup>30</sup> Deze terugbetaling bestaat immers niet uit een soortgelijk goed. Het is mogelijk dat een dergelijke lening kwalificeert als alternatieve verbintenis in de zin van art. 6:17 BW.<sup>31</sup> Een alternatieve verbintenis valt eveneens onder het vreemd vermogen.

## 2.4 Civielrechtelijke gevolgen van de kwalificatie

In de voorgaande paragrafen is onderzocht wat de civielrechtelijke kwalificatie is van eigen en vreemd vermogen. Dit onderscheid is, zowel civiel- als fiscaalrechtelijk, van groot belang. De rechten en plichten die verband houden met beide soorten vermogen lopen namelijk sterk uiteen. In deze paragraaf wordt ingegaan op een aantal civielrechtelijke verschillen. In de

---

28. Art. 7A:1791 BW.

29. R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen, fiscale monografieën nr. 106*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 83.

30. S.E. Eisma, *Civielrechtelijke aspecten van converteerbare obligatieleningen*, WFR 1995/1021.

31. R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen*, p. 83.



volgende paragraaf komen de fiscale gevolgen aan bod. Van Strien noemt vier punten waarop eigen vermogen zich civielrechtelijk van vreemd vermogen onderscheidt.<sup>32</sup>

### **1. Het eigendom en de zeggenschap in de vennootschap**

Een aandeelhouder heeft via zijn aandelen (een deel) van het eigendom in een vennootschap. Zoals reeds beschreven in paragraaf 2.2.4, is een van functies van kapitaal het onderscheiden van rechten en plichten van aandeelhouders. Aan aandelen zitten rechten verbonden zoals het recht op zeggenschap, recht op dividend en het recht om de algemene vergadering van aandeelhouders te bezoeken. Deze rechten ontbreken voor de verstrekkers van vreemd vermogen. Zij hebben een vordering op de vennootschap; uit deze vordering vloeit echter geen invloed voort.<sup>33</sup>

### **2. De tijdsduur van de vermogensoverdracht**

Het verstrekte eigen vermogen heeft in beginsel een oneindig karakter. Vennootschappen hebben op dit vermogen geen terugbetalingsverplichting. Anders is dit voor het vreemd vermogen, waarbij wel een terugbetalingsverplichting geldt.<sup>34</sup> Zoals in hoofdstuk drie nog verder wordt besproken, volgt uit de jurisprudentie dat deze terugbetalingsplicht het onderscheidende criterium is tussen eigen en vreemd vermogen.<sup>35</sup> Het bedrag van de terugbetalingsplicht komt meestal overeen met de nominale waarde van de lening. Een uitzondering hierop is de rentespaarbrief waarbij de rente in het aflossingsbedrag zit inbegrepen.<sup>36</sup> Zoals het woord '*vreemd vermogen*' al doet vermoeden, behoort het vermogen toe aan derden en dient het op enig moment te worden terugbetaald.

Zowel de looptijd als de aflossingsstructuur van de geldlening zijn afhankelijk van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Zo kan aflossing ineens plaatsvinden aan het einde van de

---

32. J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, fiscale monografieën nr. 119, Deventer: Kluwer, 2007, p. 16.

33. Uitzonderingen daargelaten. Zo kan een vreemd vermogen verstrekker in sommige situaties wel degelijk eisen stellen aan het beleid en op deze wijze invloed uitoefenen.

34. J. Vis, *Ondernemend waarderen : Waarderend ondernemen*, Apeldoorn: Uitgever Maklu, 2010, p. 130.

35. Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

36. G.M.M. Michielse, '*Thin capitalisation*' in het fiscale recht, fiscale monografieën nr. 67, Deventer: Kluwer, 1994, p. 25.

looptijd (bulletlening)<sup>37</sup> of kan worden gekozen voor lineaire of annuïtaire aflossing. Daarnaast bestaat de mogelijkheid tot het aangaan van een perpetuele lening, waarbij geen (of een hele lange) looptijd wordt afgesproken.<sup>38</sup> De lening is in dat geval alleen opeisbaar onder specifieke omstandigheden. In paragraaf 2.6.5 wordt dieper ingegaan op de kwalificatie van de perpetuele lening.

### 3. De vergoeding voor de vermogensoverdracht

Verschaffers van eigen vermogen krijgen hun vergoeding in de vorm van (cash of stock)dividend, waar de vergoeding op een verstrekte lening bestaat uit rente. Veelal is de dividendvergoeding afhankelijk van de behaalde winst van de vennootschap.<sup>39</sup> Bij een BV besluiten de aandeelhouders in de algemene vergadering tot het uitkeren van dividend, waarna de bestuurders dit besluit goedkeuren.<sup>40</sup> Voor de NV is geen wettelijke verplichting opgenomen dat het bestuur de besluiten van de aandeelhouders goed moeten keuren. De beslissing om een winstuitdeling te doen vindt bij een NV plaats na het vaststellen van de jaarrekening waaruit blijkt dat uitkering is geoorloofd.<sup>41</sup> Tussentijdse uitkeringen zijn slechts mogelijk indien de statuten dit toestaan.<sup>42</sup> Bij een BV is deze verplichting niet langer opgenomen.

Naast mogelijke civielrechtelijke beperkingen kunnen ook fiscale overwegingen het dividendbeleid beïnvloeden. Zo levert het uitstellen van de dividenduitkering een financieel voordeel op wanneer de uitkering geschiedt aan natuurlijke personen (ab-houders of ondernemers met aandelen die tot het vermogen van de onderneming behoren). Het uitstellen betekent dat nog geen inkomstenbelasting is verschuldigd.<sup>43</sup>

---

37. J. van Strien, Aspecten van renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting, NOB/LOF serie nr. 11, Deventer: Kluwer, 2002, p. 33.

38. In deze context wordt onder 'heel lang' bijvoorbeeld 50 jaar verstaan (net als bij de deelnemerschapslening). Een exacte grens bestaat echter niet.

39. Dit is bij beursgenoteerde bedrijven in mindere mate het geval, zij zullen in voorkomend geval ook bij een tegenvallend resultaat het vooraf bepaalde dividend uitkeren.

40. Art. 2:216, eerste en tweede lid, BW.

41. Art. 2:105, derde lid, BW.

42. Art. 2:105, vierde lid, BW.

43. Dit voordeel bestaat uit de verdisconteringsvoet. In dit verband kan voorts worden gedacht aan de maatregel van de overheid om in 2014 dividenduitkering tot € 250.000 te belasten tegen 22% in plaats van 25%. Op deze wijze wil de overheid stimuleren om dividend uit te keren.

Voor de interestvergoeding zijn verschillende opties mogelijk. De lenende partij kan de vergoeding maandelijks, per kwartaal of (half)jaarlijks verschuldigd worden. De verschuldigde rente moet schriftelijk zijn vastgelegd.<sup>44</sup> Vaak is de interest een vooraf vastgelegd percentage van de nominale waarde. Ook kan worden aangesloten bij de marktrente (zoals de LIBOR of EURIBOR), eventueel met een opslag. Daarmee is de vergoeding in principe niet winstafhankelijk. Toch kunnen partijen ook kiezen voor een (gedeeltelijke) winstafhankelijke rente. Dit doet in beginsel niet af aan de kwalificatie als vreemd vermogen.

#### **4. Het risico dat de geldverstrekker loopt inzake het verstrekte vermogen**

Verschaffers van eigen vermogen lopen ten aanzien van het ter beschikking gestelde vermogen een groter risico dan verstrekkers van vreemd vermogen. Bij een eventueel faillissement komen de aandeelhouders pas aan de beurt nadat alle schulden zijn voldaan. Naast de volgorde tussen eigen en vreemd vermogen kan ook binnen het vreemd vermogen een preferentievolvergorderde zitten. Zo is de Belastingdienst altijd een preferent schuldeiser die voorgaat op andere schulden,<sup>45</sup> zelfs op andere preferente schuldeisers.<sup>46</sup>

De schuldeiser zal in voorkomend geval zekerheid willen hebben ten aanzien van de verschuldigde rente en de terugbetaling van de hoofdsom. Naarmate de looptijd van de lening langer is, wordt de kans groter dat de inlenende partij door veranderende economische omstandigheden niet aan haar verplichtingen kan voldoen. Door zekerheden te eisen, probeert de uitlenende partij dit risico te verkleinen. Op eigen vermogen zijn dergelijke zekerheden niet te stellen.<sup>47</sup> Zekerheid kan bijvoorbeeld bestaan uit een pandrecht of een hypotheekrecht. Indien de inlenende partij niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen, wordt het gevestigde pandrecht of hypotheekrecht ingeroepen. Deze vormen van zekerheidsstelling hebben echter als nadeel dat een opeising van het onderliggende vermogensbestanddeel de overige crediteuren benadeelt.<sup>48</sup> Zekerheden waarbij de overige crediteuren niet worden beperkt in hun rechten zijn garantstellingen en borgstellingen. Het verschil tussen beide is dat een borgstelling pas kan worden ingeroepen nadat de

---

44. Art. 7A:1804 BW.

45. Art. 21, eerste lid, Invorderingswet 1990 (IW).

46. Art. 22, derde lid, IW.

47. J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, p. 19.

48. G.M.M. Michielse, 'Thin capitalisation' in het fiscale recht, p. 26.

hoofdschuldenaar is aangesproken; bij een garantstelling is dit niet nodig. Borgstellers hebben na het voldoen van de schuld een vordering op de hoofdschuldenaar.<sup>49</sup>

## 2.5 Fiscale gevolgen van de kwalificatie

Nadat in de vorige paragraaf de civielrechtelijke eigenschappen tussen eigen vermogen en vreemd vermogen zijn vergeleken, komen in deze paragraaf de fiscale verschillen naar voren. Deze verschillen zijn gebaseerd op de verschillende behandeling van dividend en rente.

Het verschil in fiscale gevolgen tussen dividend en rente vindt zijn oorsprong in het feit dat Nederland het klassieke stelsel hanteert. Dit stelsel betekent dat vennootschappen een zelfstandig belastingsubject vormen, in Nederland voor de vennootschapsbelasting. Indien geen belasting zou worden geheven ten aanzien van deze lichamen, zou dit leiden tot het massaal ontgaan van inkomstenbelasting door het inbrengen van de onderneming in een BV. De voornaamste functie van de vennootschapsbelasting is dan ook de complementariteit tot de inkomstenbelasting.<sup>50</sup>

Het gevolg van het klassieke stelsel is dat dubbel belasting wordt geheven doordat zowel op het niveau van de vennootschap als op het niveau van de aandeelhouder bij een dividenduitkering wordt geheven. Deze (economische) dubbele belasting vloeit voort uit de niet-afrekbaarheid van dividenduitkeringen. Naast het feit dat dit expliciet staat vermeld in art. 10, eerste lid, onderdelen a en b, Wet Vpb volgt het ook uit de systematiek die de Nederlandse wetgever hanteert inzake het klassieke stelsel. De achterliggende gedachte is dat de vennootschap uiteindelijk een verlengstuk is van natuurlijke personen en niet volledig hiermee wordt gelijkgesteld. Dit maakt dat dividenduitkeringen een winstbestemmende uitgave zijn (uiteindelijk richting natuurlijke personen) en geen winstbepalende uitgave.<sup>51</sup> De dubbele belasting die hierdoor optreedt, kan worden verdedigd vanuit het globale evenwicht argument: de gecombineerde belastingdruk van de vennootschap en de aandeelhouder is (ongeveer) gelijk aan de belastingdruk van een ondernemer in de inkomstenbelasting.<sup>52</sup>

---

49. Art. 7:866 BW jo. art. 6:10 BW.

50. J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht*, editie Vennootschapsbelasting, onderdeel 0.0.1.

51. J. van Strien, t.a.p., p. 12.

52. Dit globale evenwicht is niet zonder discussie. Zo kan de heffing van inkomstenbelasting in box 2 simpel worden uitgesteld door het oppotten van de winsten in de vennootschap. Op deze wijze bestaat het

Ondanks dat dividenduitkeringen niet aftrekbaar zijn, is de gemiddelde belastingdruk tussen beide groepen wel gelijk.<sup>53</sup>

In tegenstelling tot dividenduitkeringen beïnvloeden interestuitgaven de winst wel. Waar dividend wordt uitgekeerd aan een aandeelhouder, wordt rente betaald aan een schuldeiser. Daarmee zijn rentebetalingen wel een winstbepalende uitgave. Een aandeelhouder kan overigens ook schuldeiser zijn. Ondanks deze dubbele band met de vennootschap, ontvangt hij de rente in zijn hoedanigheid als schuldeiser. Het feit dat hij tevens aandeelhouder is, is hierbij in beginsel irrelevant.<sup>54</sup> Dit ligt anders indien de lening (mede) is verstrekt in de hoedanigheid als aandeelhouder/dochtervennootschap. Denk hierbij aan een lening die geen zakelijk doel dient of is verstrekt tegen onzakelijke voorwaarden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer te veel of te weinig rente wordt ontvangen of een te groot debiteurenrisico wordt aanvaard (onzakelijke lening).

## 2.6 Grenzen tussen eigen en vreemd vermogen

### 2.6.1 Inleiding

In de vorige paragraaf zijn de eigenschappen van eigen en vreemd vermogen tegenover elkaar gezet. Hieruit lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat een duidelijk onderscheid bestaat tussen beide. In voorkomend geval is inderdaad duidelijk of sprake is van eigen of vreemd vermogen. Toch bestaan ook vormen van eigen vermogen die neigen naar vreemd vermogen en andersom. In deze paragraaf worden deze vormen onderzocht en wordt bekeken wat de doorslag geeft bij deze kwalificaties. De vormen die worden geanalyseerd zijn achtereenvolgens aandelen die na een vaste looptijd worden ingekocht, preferente aandelen, de converteerbare obligatielening en de perpetuele lening.<sup>55</sup>

---

globale evenwicht niet, nu ondernemers sneller worden belast. Zie ook recentelijk nog: J.W. Bellingwout, Van de vennootschapsbelasting, de dingen, die voorbijgaan, bijdrage in de Strikbundel, Deventer: Kluwer, 2014, p. 7.

53. Dit evenwicht geldt niet voor aandeelhouders die worden belast in box 3, aangezien deze aandeelhouders worden geacht niet bezig te zijn met ondernemen en derhalve anders dienen te worden belast.
54. Voor de belastingheffing is dit niet irrelevant: een aandeelhouder die leningen verstrekt aan een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, wordt over het resultaat uit deze leningen in box 1 onder het tbs-regime belast.
55. Deze selectie is ontleend aan: R.P.C.W.M. Brandsma, t.a.p., p. 83-85, G.M.M. Michielse, t.a.p., p. 29-32 en J. van Strien, t.a.p., p. 19-20.

## 2.6.2 Aandelen met een vaste looptijd

De vennootschap kan met de huidige of nieuwe aandeelhouders afspreken om (een deel van) de aandelen na verloop van tijd terug te kopen. De terugkoopprijs kan de waarde economisch verkeer van dat moment zijn maar ook een vooraf vastgestelde waarde. De looptijd van aandelen met vaste terugkoopdatum heeft een sterk vreemd vermogen karakter; het geld wordt verstrekt voor een vooraf bepaalde periode. De vergoeding is gedurende de looptijd echter nog steeds winstafhankelijk en eventuele vreemd vermogen verstrekkers gaan bij een faillissement voor op deze tijdelijke aandeelhouders. Ook bestaat gedurende de looptijd het recht op zeggenschap.<sup>56</sup>

Ondanks de gefixeerde looptijd zijn de overige kenmerken nog steeds eigen vermogen gerelateerd. Derhalve kan worden geconcludeerd dat aandelen die na een vaste looptijd worden ingekocht door de vennootschap, gedurende de looptijd als eigen vermogen gelden. Tegenover het eigen vermogen staat wel een verplichting ter grootte van de inkoopwaarde.

Eenzelfde zienswijze wordt gehanteerd in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (hierna: 'RJ') en de International Financial Reporting Standards (hierna: 'IFRS').<sup>57</sup> Vennootschappen dienen zich bewust te zijn van het onderscheid dat kan bestaan tussen deze accountingprincipes en de fiscale kwalificatie, bijvoorbeeld voor de toepassing van art. 13l Wet Vpb. Ter vergelijking wordt hieronder derhalve tevens de kwalificatie volgens de RJ en IFRS benoemd, om het onderscheid tussen de civiele kwalificatie en de accounting kwalificatie duidelijk weer te geven. Zie voor een overzicht van de accountingkwalificaties ook bijlage A.

## 2.6.3 Preferente aandelen

Aandeelhouders van preferente aandelen ontvangen jaarlijks een vast percentage van de nominale waarde van hun aandelen. Daarmee ligt hun vergoeding in feite vast. Bij winst wordt allereerst de vergoeding op deze aandelen voldaan, eventuele overwinsten komen ten goede aan de overige aandeelhouders. Afhankelijk van het feit of sprake is van cumulatief preferente aandelen, ontvangen zij misgelopen vergoedingen (bijvoorbeeld omdat de vennootschap in een specifiek jaar geen winst heeft gemaakt) in een later jaar alsnog.

---

56. Tenzij sprake is van stemrechtloze aandelen.

57. RJ 290 en IAS 32 & 39.

De vergoeding op preferente aandelen bestaat ondanks het bovenstaande nog steeds uit dividend. In beginsel is het vermogen eeuwigdurend verstrekt aan de vennootschap en hebben de aandeelhouders recht op zeggenschap. Verder gaan schuldeisers voor op de preferente aandeelhouders. Daarmee heeft het nog steeds de eigenschappen van eigen vermogen, ondanks dat de vergoeding vaststaat. Preferente aandelen blijven derhalve onder het eigen vermogen vallen. Onder de RJ en IFRS worden preferente aandelen echter als verplichting gezien en niet als eigen vermogen. Kort gezegd hanteren zij als beslissend kenmerk het al dan niet bestaan van een verplichting om liquide middelen of een ander financieel actief over te dragen aan de andere partij. De vennootschap heeft in dat geval dus een schuld aan haar aandeelhouders.

#### 2.6.4 Converteerbare obligatielening

Bij een converteerbare obligatielening bestaat het recht om de lening om te zetten in aandelen. Voor de schuldeiser kan dit interessant zijn wanneer hij vermoedt dat de waarde van de onderliggende aandelen zal stijgen. De rente die wordt vergoed op een converteerbare obligatielening is veelal lager dan op een vergelijkbare lening zonder conversierecht. Dit betekent impliciet dat aan het conversierecht zelf ook waarde is toe te kennen. Anders zouden vreemd vermogen verstrekkers immers geen lagere rente accepteren. Het conversierecht is niet los verhandelbaar. Fiscaal gezien is de rentevergoeding aftrekbaar maar is het conversierecht (het toekennen van aandelen) op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel j, Wet Vpb uitgesloten van aftrek.<sup>58</sup>

De waarde van een conversierecht is afhankelijk van het resultaat dat de onderneming behaalt. Maakt de vennootschap die de converteerbare obligatielening heeft verstrekt meer winst dan gedacht, dan neemt de waarde van het conversierecht toe en wordt het interessanter om dit recht uit te oefenen. Daarmee is dit deel van de vergoeding min of meer winstafhankelijk en heeft dit deel veel weg van het houden van een optie.<sup>59</sup> Zolang het conversierecht niet is uitgeoefend, blijft de lening echter een schuld. De potentie om de lening om te zetten in

---

58. MvT, kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 47-50.

59. R.P.C.W.M. Brandsma, t.a.p., p. 87.

aandelen doet niet af aan de vordering die bestaat op de vennootschap en die blijft bestaan zolang het een lening is.

Indien de lening verplicht wordt geconverteerd in aandelen na verloop van tijd, kan worden getwijfeld of feitelijk nog wel een vordering bestaat. Bij een (voortijdig) faillissement van de schuldenaar heeft de obligatiehouder evenwel voorrang op de aandeelhouders om zijn schuld te laten aflossen. Verder blijft, gelijk aan de 'normale' converteerbare obligatielening, de vergoeding bestaan uit rente en een conversierecht waar de schuldeiser het risico over loopt. Daarom blijft de verplichte converteerbare obligatielening eveneens een schuld tot aan het moment van conversie. De terugbetalingsverplichting bestaat immers nog steeds. De RJ en IFRS merken een dergelijke lening ook aan als vreemd vermogen.

### 2.6.5 Perpetuele leningen

Bij een perpetuele lening wordt geen aflossingsplicht vastgesteld of een plicht die ver in de toekomst ligt. Veelal vindt aflossing slechts plaats wanneer de rente niet meer wordt voldaan, bij faillissement of surseance van betaling.<sup>60</sup> Enerzijds kan de lening in feite dus eeuwigdurend zijn en daarmee een eigenschap van eigen vermogen aannemen. Anderzijds is de lening nog steeds niet winstafhankelijk en gaat de schuldeiser voor op de verschaffers van eigen vermogen. Tevens is nog steeds sprake van een terugbetalingsverplichting, hoewel deze ver in de toekomst ligt c.q. niet vast ligt.<sup>61</sup> Daarmee is de perpetuele lening, ondanks het mogelijke eeuwige karakter, onderdeel van het vreemd vermogen.<sup>62 63</sup> Ook onder de RJ is de perpetuele lening een financiële verplichting en geen eigen vermogen. Hetzelfde geldt onder IFRS.

De situatie wordt anders indien de lening tevens winstafhankelijk (en achtergesteld) is. Hoewel deze situatie in de jurisprudentie nog niet is voorgekomen, kan mijns inziens mogelijk worden

---

60. Zie ook: G.M.M. Michielse, t.a.p., p. 32. Hij toont een manier om tot een rentevrije perpetuele lening te komen, waardoor het oneindige (eigen vermogen) karakter nog sterker naar voren komt, zeker nu geen renteverplichting meer bestaat.

61. Zie tevens HR 29 november 2002, C01/011HR, NJ 2003/50.

62. Deze conclusie lijkt bevestigd te zijn in het arrest HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/196. In deze zaak kwalificeert de Hoge Raad een perpetuele achtergestelde obligatielening fiscaal als vreemd vermogen omdat de vergoeding niet winstafhankelijk is. Uit de systematiek kan worden afgeleid dat deze duiding ook civielrechtelijk geldt.

63. Zie ook: H. de Gunst, De fiscale kwalificatie van 'Additional Tier 1'-instrumenten uitgegeven door banken, WFR 2013/691.



geconcludeerd dat de voorwaarden van de lening dusdanig zijn dat feitelijk sprake is van eigen vermogen.<sup>64</sup> De eigenschappen van de geldverstrekking, zoals de vergoeding, de looptijd en het risico, zijn dan namelijk min of meer gelijk aan die van eigen vermogen. Alleen de zeggenschap in de vennootschap ontbreekt.<sup>65</sup> Mogelijk is hier sprake van een civielrechtelijke schijnlening.<sup>66</sup>

## 2.7 Fiscale herkwalficatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen

### 2.7.1 Inleiding

Wanneer de civielrechtelijke duiding van een geldverstrekking is gemaakt, wordt deze in beginsel gevolgd voor fiscale doeleinden. HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 ('Unileverarrest') kan hierin worden gezien als het standaardarrest. In dit arrest zijn de uitzonderingen op de hoofdregel voor het eerst gestructureerd vermeld door de Hoge Raad. Deze drie (limitatieve) uitzonderingen zijn de bodemlozeputlening, de deelnemerschapslening en de schijnlening. Deze vormen van civielrechtelijk vreemd vermogen worden fiscaal geherkwalficeerd tot eigen vermogen. Wil sprake kunnen zijn van een onzakelijke lening, dan moet de lening ook fiscaal als vreemd vermogen gelden. Aan de uitzonderingen moet derhalve niet worden toegekomen.

### 2.7.2 Bodemlozeputlening

De advocaat-generaal (hierna: 'A-G') gaat in paragraaf 8 van zijn conclusie bij het arrest BNB 1988/217 in op het fenomeen verliesfinanciering. Dit fenomeen ziet op de situatie waarin het vermogen van een verliesgevende dochter geheel verloren is gegaan. Indien de dochter geen nieuwe financiering aantrekt, moet zij haar activiteiten staken. Vervolgens verstrekt de aandeelhouder vermogen aan de dochter waarbij aanstonds al grote zekerheid bestaat dat het geld verdwijnt in een 'bodemloze put'.<sup>67</sup> De enige mogelijke conclusie is dan dat een derde een dergelijke lening niet zou verstrekken en feitelijk sprake is van een informele kapitaalstorting.

- 
64. Wordt deze verstrekking civielrechtelijk toch als lening beschouwd dan is vanuit fiscaal perspectief sprake van een deelnemerschapslening.
  65. Waarbij de opmerking kan worden gemaakt dat ook bij aandelen niet altijd effectief zeggenschap aanwezig is, denk bijvoorbeeld aan aandelen in beursgenoteerde bedrijven.
  66. O.C.R. Marres, Winstdrainage door renteaftrek, Fiscale monografieën nr. 113, Deventer: Kluwer, 2008, p. 22.
  67. De A-G verwijst hierbij onder meer naar J.A.G. van der Geld, Het initiatief-wetsvoorstel Vermeend ter aanvulling en reparatie van de deelnemingsvrijstelling, FED 1986/1265.

Slechts in het geval dat de aandeelhouder tevens zakelijke belangen heeft bij de voortzetting van de activiteiten van de dochter, kan de geldverstrekking daadwerkelijk als vreemd vermogen wordt aangemerkt. De lening is dan immers niet verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder en heeft een zakelijke achtergrond.<sup>68</sup>

In navolging van de A-G en Van der Geld besliste de Hoge Raad dat aanstonds duidelijk moet zijn dat het verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald.<sup>69</sup> In die situatie is sprake van verliesfinanciering, ook wel de bodemlozeputlening genoemd. Het verstrekken van een dergelijke lening wordt gezien als informele kapitaalstorting die het vermogen en de kostprijs van de deelneming verhoogt.

Wordt aan de vereisten van de bodemlozeputlening voldaan, dan is een afwaardering op de lening niet aftrekbaar op grond van de deelnemingsvrijstelling. Van een dergelijke lening kan echter ook sprake zijn indien de dochtervennootschap een lening verstrekt aan de moedermaatschappij. Dit is duidelijk geworden in het arrest BNB 2005/64.<sup>70</sup> In deze situatie moet het verstrekken van de bodemlozeputlening als een onttrekking van de dochtervennootschap worden aangemerkt. Voorts is het mogelijk dat zustervennootschappen een bodemlozeputlening aan elkaar verstrekken.<sup>71</sup> Ook dan is de lening niet aftrekbaar omdat in die situatie een verkapte winstuitdeling wordt gezien, gevolgd door een informele kapitaalstorting.

### 2.7.3 Deelnemerschapslening

In het Unileverarrest staat ook de uitzondering vermeld dat fiscaal sprake is van eigen vermogen indien de lening onder zodanige voorwaarden is verstrekt dat de schuldeiser met het uitgeleende bedrag in zekere mate deel neemt in de onderneming van de schuldenaar.<sup>72</sup>

---

68. Dat dit een noodzakelijk vereiste is blijkt uit r.o. 4.4 van HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

69. Voor de invulling van het begrip 'aanstonds duidelijk' en de overige begrippen die de Hoge Raad hanteert, verwijs ik naar J. van Strien, t.a.p., p. 107-122.

70. HR 29 oktober 2004, nr. 40296, BNB 2005/64.

71. Zie HR 21 oktober 1992, nr. 27 476, BNB 1993/32.

72. HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o. 4.3.

Dit criterium heeft de Hoge Raad verder ingevuld in zijn arresten van 11 maart 1998 en 25 november 2005.<sup>73</sup>

Zo volgt uit BNB 1998/208 dat aan drie cumulatieve voorwaarden moet worden voldaan voor de aanwezigheid van de deelnemerschapslening:

### **1. De rentevergoeding is afhankelijk van de winst**

Een vergoeding is slechts winstafhankelijk als de verschuldigdheid of de hoogte afhankelijk is van de winst.<sup>74</sup> Leningen die niet hoeven worden terugbetaald aan het einde van de looptijd - indien niet voldoende vermogen aanwezig is - worden niet als winstafhankelijk aangemerkt.<sup>75</sup> Na BNB 2006/82-83 is duidelijk dat deze eis moeten worden gelezen als een vergoeding die vrijwel geheel afhankelijk is van de winst. Wat moet worden verstaan onder 'vrijwel geheel' is onduidelijk. In de casus van BNB 2006/82 meende de Hoge Raad dat een vergoeding die in feite voor 7/8 winstafhankelijk was, een vrijwel geheel winstafhankelijke vergoeding is.<sup>76</sup> Een exacte grens is echter niet te geven.

### **2. De schuld is achtergesteld bij de concurrente schuldeisers**

Deze eis is in latere jurisprudentie niet meer gewijzigd. Verder is dit vereiste helder; uit de leningsovereenkomst moet duidelijk worden dat de overige concurrente schuldeisers voorgaan bij de terugbetaling van de hoofdsom.

### **3. De lening heeft geen vaste looptijd en is slechts opeisbaar bij liquidatie, faillissement of surseance van betaling**

Oorspronkelijk bestond de gedachte dat een vaste looptijd geheel diende te ontbreken. Met BNB 2006/83 is duidelijk geworden dat een vaste looptijd langer dan 50 jaar voldoende is om aan het vereiste van geen vaste looptijd te voldoen.<sup>77</sup> De opeisbaarheid moet dus op een

---

73. HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 en HR 25 november 2005, nrs. 40 989 - 40 991, BNB 2006/82-83.

74. HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat het afhankelijk stellen van de betaling (en niet de verschuldigdheid) van de vergoeding geen invloed heeft op de winstafhankelijkheid.

75. J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, t.a.p., onderdeel 2.2.2.D.e.

76. Zie ook de noot van D. Juch bij BNB 2006/82.

77. Zie ook R.P.C.W.M. Brandsma, J. Gooyer en M.B.J.M.Tuyp, Enige capita selecta inzake de fiscale behandeling van hybride leningen, WFR 2002/867.

tijdstip later dan 50 jaar liggen. Voorts moet de lening slechts opeisbaar zijn bij liquidatie, faillissement of surseance van betaling.

#### 2.7.4 Schijnlening

Ook de derde en laatste vorm van herkwalificatie staat beschreven in het Unileverarrest. In dit arrest omschrijft de Hoge Raad dat deze uitzondering zijn werking vindt *'indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen'*. Al in eerdere arresten bepaalde de Hoge Raad dat het wezen boven de schijn gaat.<sup>78</sup> Uit de omschrijving van de Hoge Raad is af te leiden dat een schijnlening een geldverstrekking in de vorm van een lening is, waarbij partijen in werkelijkheid een kapitaalverstrekking voor ogen hebben. Belangrijk hierbij is de wil van partijen aangezien deze bepalend is voor de kwalificatie. Voor een overzicht van jurisprudentie waarin al dan niet sprake was van een schijnlening, verwijs ik naar J. van Strien, t.a.p., p. 61-81.

In de literatuur worden vraagtekens bij deze uitzondering geplaatst. Zo is ook in het civiele recht doorslaggevend hetgeen partijen werkelijk hebben beoogd. Marres meent dat niet kan worden toegekomen aan een fiscale herkwalificatie, nu civielrechtelijk ook geen lening wordt gezien.<sup>79</sup> Van Strien is van mening dat dit niet altijd het geval hoeft te zijn en de schijn civiel- en fiscaalrechtelijk apart dient te worden getoetst.<sup>80</sup> Hij verwijst daarbij mede naar de noot van De Vries bij BNB 1988/248 en de ontwikkeling van zelfstandige fiscale begrippen door de Hoge Raad.<sup>81</sup> Marres verwijst evenwel naar de parlementaire geschiedenis die aantoont dat de wetgever de schijnlening ook civielrechtelijk als kapitaal ziet.<sup>82</sup> Evenals Van Strien ziet Arts de schijnlening als een fiscale uitzondering op het civielrechtelijke leerstuk.<sup>83</sup>

Naar mijn mening kan uit de jurisprudentie niet anders worden afgeleid dan dat de schijnlening naast het civiele recht ook een fiscaal autonoom begrip vormt met een eigen toets.<sup>84</sup> Hoewel de civielrechtelijke vorm in beginsel beslissend is, hebben de begrippen eigen en vreemd

---

78. Zie bijvoorbeeld HR 3 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357.

79. O.C.R. Marres, Winstdrainage door renteaftrek, p. 22.

80. J. van Strien, t.a.p., p. 60.

81. Noot van N.H. de Vries bij HR 18 februari 1987, nr. 23 807, BNB 1988/248.

82. Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 44.

83. J.H.M. Arts, Onzakelijke leningen, fed fiscale brochures, Deventer: Kluwer, 2013, p. 63.

84. Daarbij verwijs ik naar de hiervoor aangehaalde literatuur.

vermogen fiscaalrechtelijk immers een andere invulling dan zij civielrechtelijk hebben (zie naast de schijnlening ook de andere twee uitzonderingen).

## 2.8 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de eigenschappen van eigen en vreemd vermogen onderzocht. De vraag die hierbij centraal stond, was: *‘Wanneer is sprake van eigen vermogen of vreemd vermogen?’*

Het eigen vermogen van een eenmanszaak bestaat uit het vermogen dat de ondernemer inbrengt in de onderneming. Daarbij spelen de waarde en vermogensetikettering van de vermogensbestanddelen een rol. Het eigen vermogen van een kapitaalvennootschap bestaat uit het kapitaal, eventueel agio en reserves. Het kapitaal is een middel om de vennootschapsrechtelijke doelen te realiseren, de rechten van de aandeelhouders te duiden en om de crediteuren te beschermen. Fiscaal wordt het kapitaal gebruikt om de winst die uit de onderneming voortvloeit te scheiden van vennootschapsrechtelijke betrekkingen.

Anders dan het eigen vermogen vindt het vreemd vermogen niet zijn oorsprong in wettelijke verplichtingen. De keuze om vreemd vermogen aan te trekken ligt dan ook volledig bij de vennootschap zelf. Een van de redenen om vreemd vermogen aan te trekken is de aftrekbaarheid van rentekosten ten opzichte van dividendbetalingen. Tevens verkrijgt de verschaffer van vreemd vermogen in beginsel geen zeggenschap, waar aandelen deze rechten wel bevatten.

Naast de vergoeding (dividend versus rente) en de rechten die samenhangen met beide soorten vermogen, heeft vreemd vermogen meestal een vaste looptijd en gaat de terugbetaling op vreemd vermogen (bijvoorbeeld bij faillissement of liquidatie) voor op eventuele overschotten die worden uitbetaald aan de aandeelhouders.

In beginsel lijken de verschillen tussen eigen en vreemd vermogen duidelijk te zijn. Het risico, de vergoeding, de rechten en looptijd zijn onderdelen die beide soorten vermogen scheiden. In sommige gevallen zijn de grenzen vager en neemt het eigen vermogen kenmerken aan van vreemd vermogen en andersom. Uit paragraaf 2.6 kan worden afgeleid dat ondanks de vervagende grenzen, geldverstrekkingen met het label aandeel of schuld voor het civiele recht

niet snel anders worden gekwalificeerd. Het onderscheid wordt veelal gemaakt door het bestaan van een terugbetalingsverplichting op de geldverstrekking. Van de beschreven grensgevallen is alleen een winstafhankelijke (achtergestelde) perpetuele lening naar mijn mening (in ieder geval vanuit fiscaal perspectief) eigen vermogen.

Fiscaal bestaan drie limitatieve vormen van herkwalificatie, te weten de bodemlozeputlening, de deelnemerschapslening en de schijnlening. Voor de bodemlozeputlening dient aanstonds, oftewel op het moment van verstrekken, duidelijk te zijn dat het geld niet of niet geheel zal worden terugbetaald. Van een deelnemerschapslening is sprake indien de vergoeding vrijwel geheel winstafhankelijk is, de lening is achtergesteld en de looptijd langer dan 50 jaar is of opeisbaar bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie is. Bij een schijnlening komt de wil van partijen niet overeen met het formele etiket dat op de geldverstrekking zit. Waar partijen formeel een lening zijn overeengekomen, is feitelijk kapitaal verstrekt. In hoofdstuk vier wordt de verhouding tussen de uitzonderingsvormen en de onzakelijke lening nader onderzocht.

## 3 Ontwikkeling van de onzakelijke lening jurisprudentie

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de ontwikkeling van de onzakelijke lening jurisprudentie geanalyseerd. Daarbij wordt eerst bekeken of de ontwikkelingen in de jurisprudentie ‘uit de lucht’ zijn komen vallen of dat reeds voor de arresten BNB 2008/191 en BNB 2012/37 aftrek van leningen werd geweigerd indien deze slechts zagen op de vennootschapsrechtelijke betrekkingen. Hierbij is tevens van belang op grond van welke criteria dit gebeurde.

Vervolgens worden de basisarresten van de onzakelijke lening besproken om zo de algemene aspecten uiteen te zetten. Deze arresten hebben de basis gevormd voor alle arresten die daarna zijn geweest. Een analyse van de specifieke aspecten en verdere jurisprudentie gebeurt in hoofdstuk 4. Op deze wijze wordt een antwoord gegeven op de vraag: *Hoe heeft de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening zich ontwikkeld?*

### 3.2 Jurisprudentie tot BNB 2008/191

#### 3.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een analyse gemaakt van de jurisprudentie tot aan BNB 2008/191. Vervolgens wordt in de volgende paragraaf onderzocht of het certificaathoudersuitkooparrest als compleet nieuwe jurisprudentie kan worden gezien of dat de uitspraak van dit arrest in lijn is met eerdere jurisprudentie. Om dit te bepalen wordt een analyse gemaakt van de jurisprudentie vóór 9 mei 2008 en wordt gezocht naar arresten waarin aftrek werd geweigerd vanwege het feit dat de transactie onder onzakelijke voorwaarden was verricht.<sup>85</sup> Hierbij abstraheer ik van situaties waarin sprake was van een herkwalificatie van de lening naar eigen vermogen.

---

85. Deze lijst van jurisprudentie is deels ontleend aan de conclusies van de A-G bij de arresten BNB 2004/265, BNB 2008/191 en BNB 2012/37.

### 3.2.2 Overzicht van de relevante jurisprudentie

Hieronder is een schema opgenomen met de relevante rechtsoverwegingen uit arresten waarin aftrek van onzakelijke kosten ter discussie stond. Voor een volledig overzicht van de feiten en omstandigheden verwijs ik naar bijlage B.

<b>Arrest</b>	<b>Relevante rechtsoverwegingen</b>
HR 19 mei 1937, B 6409	Niet reeds op het moment dat de verbintenis wordt aangegaan, kan sprake zijn van een belastbare uitdeling nu de betaling nog onzeker is. Op het moment dat de schuld wordt ingeroepen, kan een uitdeling plaatsvinden. Hiervoor is vereist dat de borg om persoonlijke redenen is gesteld en niet zuiver op zakelijke grond. De grootte van de uitdeling is afhankelijk van de verhaalsmogelijkheden.
HR 2 maart 1938, B 6631	Het oogmerk van de handeling was uitsluitend gelegen in de wens om de aandeelhouder te begunstigen. Derhalve is sprake van een winstuitdeling ter grootte van het verschil tussen de kosten (van de bouw van het pand) en de werkelijke waarde (van het pand).
HR 23 november 1938, B 6781	Het aanvaarden van het risico vond plaats om de aandeelhouder te bevoordelen. De koopsom vormt een uitdeling.
HR 7 juni 1939, B 6921	Belanghebbende neemt een risico op zich dat de vordering niet verhaalbaar is. Het aanvaarden van het risico zelf vormt geen uitdeling, maar van een uitdeling is mogelijk wel sprake op het moment dat de vordering niet verhaalbaar bleek te zijn. De beantwoording van deze vraag hangt af van het feit of het risico is genomen op zakelijke gronden, of slechts om alle c.q. sommige aandeelhouders ten dienst te zijn.
HR 2 december 1953, nr. 11 414, BNB 1954/22	Deze zaak wordt verwezen, waarbij de Hoge Raad drie mogelijke uitkomsten geeft:



	<p>1. De vennootschap verstrekt op zakelijke gronden een woonplek aan een werknemer. Omdat de werknemer een directeur betreft, dient deze een zekere representatieve waarde te hebben en in de gelegenheid te zijn om klanten te ontvangen. In dit geval bestaat geen grond om het verlies als onttrekking te beschouwen.</p> <p>2. De vennootschap accepteert het verlies om de persoonlijke wensen van de directeur te vervullen en ter zake van zijn functie een voordeel toe te kennen. Ook nu is van een onttrekking geen sprake maar van bedrijfskosten. Dit zijn immers salariskosten; een vergoeding in natura voor het verrichten van arbeid.</p> <p>3. Het verlies wordt aanvaard om de aandeelhouder in die hoedanigheid een voordeel toe te kennen. In dat geval heeft een onttrekking voor andere dan bedrijfsdoeleinden plaatsgevonden. Het actief is aan de onderneming onttrokken – zonder gelijkwaardig actief te verkrijgen – om haar aandeelhouder te bevoordelen.</p>
<p>HR 8 december 1954, nr. 11 999, BNB 1955/46</p>	<p>Het staat belastingplichtigen vrij om een vordering in het ondernemingsvermogen op te nemen. Wanneer echter leveranties of diensten worden verricht die een zakelijke grondslag missen, mag de afschrijving van de vordering niet ten laste van de winst worden gebracht. Van onzakelijk verrichte diensten is mede sprake indien de financiële toestand van de verkrijger de vordering van de vergoeding dubieus maakt. Het aanvaarden van een debiteurenrisico om bedrijfsvreemde redenen (oftewel: persoonlijke redenen), maakt dat de afboeking en afschrijving van een dergelijke vordering als onttrekking wordt beschouwd.</p>

<p>HR 29 augustus 1997, nr. 32 262, BNB 1997/346</p>	<p>Belanghebbende heeft voor het Hof niet aannemelijk gemaakt dat het debiteuren- en valutarisico op grond van zakelijke verhoudingen is gedragen. De Hoge Raad volgt het oordeel van het Hof en overweegt dat het debiteurenrisico bewust is aanvaard ten behoeve van de aandeelhouder. Het verlies dat wordt geleden kan derhalve niet ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht.</p>
<p>HR 29 augustus 1997, nr. 32 210, BNB 1998/3</p>	<p>Hof Arnhem oordeelde dat belanghebbende zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld in haar hoedanigheid als aandeelhouder en ook in die hoedanigheid aansprakelijk bleef voor de schulden. Aan deze analyse koppelt het Hof de conclusie dat het nadeel behoort tot de resultaten uit hoofde van een deelneming. De Hoge Raad gaat mee in het oordeel van het Hof en beslist voorts dat 'de omstandigheid dat de hoofdelijke aansprakelijkheid werd aanvaard met het oog op de financiering van de BV aan dat oordeel niet in de weg staat.'</p>
<p>HR 6 mei 1998, nr. 33 344, BNB 1998/276</p>	<p>Het aangaan van de lening dient geen bedrijfsbelang en het verlies op de lening kan niet laste van de winst worden gebracht. De Hoge Raad doet de zaak af met art. 101a van de Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: RO), het huidige art. 81 RO.</p>
<p>HR 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265</p>	<p>Als ter zake van het prijsgeven geen of een te lage prestatie is bedongen en zulks berust op onzakelijke overwegingen, moet de winst overeenkomstig worden gecorrigeerd. In de situatie dat het prijsgeven van het recht slechts kan worden aangemerkt als een handeling van de aandeelhouder als zodanig, speelt de handeling</p>

	zich af in de kapitaalsfeer en heeft het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed op de fiscale winst.
HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104	‘noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zusterverenootschap 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 (...)verplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening.’

### 3.2.3 Deelconclusie

Uit de bovenstaande arresten kan mijns inziens het volgende worden afgelezen. Indien tussen gelieerde partijen een transactie plaatsvindt, zijn er drie mogelijkheden:

1. De handelingen vinden plaats op basis van de zakelijke relatie tussen beide partijen. Dit betekent dat de transactie zich per definitie in de winstsfeer afspeelt. Verder zijn ook de voorwaarden gelijk aan de voorwaarden die onafhankelijke partijen zouden afspreken in gelijke gevallen, oftewel de voorwaarden zijn at arm's length. De transacties zoals deze zijn afgesproken, worden gevolgd in de fiscale winstbepaling. In het specifieke geval van een lening is de rente belast c.q. aftrekbaar; hetzelfde geldt voor een eventuele afwaardering.
2. De handelingen vinden plaats op basis van de zakelijke relatie. De voorwaarden zijn echter niet zakelijk en verschillen van de voorwaarden die onafhankelijke partijen in dezelfde situatie zouden overeenkomen. De voorwaarden zullen dan ook moeten worden gecorrigeerd naar zakelijke voorwaarden. Bij een lening wordt de rente verhoogd of verlaagd naar een zakelijk percentage. Deze marktconforme rente vormt voor de inlener

een aftrekbare kostenpost en wordt bij de uitlener belast. De afwaardering van een verlies op een lening tegen onzakelijke voorwaarden is aftrekbaar.

3. De laatste mogelijkheid is dat de handeling is gedaan om de aandeelhouder of (dochter)vennootschap in die hoedanigheid te dienen. De gevolgen van deze handeling worden buiten de winstsfeer geplaatst. Dit gebeurt omdat eventuele winsten en verliezen niet voortvloeien uit de onderneming en derhalve geen invloed moeten hebben op de fiscale winstbepaling. Dit houdt in dat een afwaardering van een lening die is verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder niet in aftrek van de winst komt. Het is mogelijk dat een transactie die op een zakelijke basis is aangegaan, door een onzakelijke handeling wordt gevolgd. In dat geval ligt de transactie zelf wel in de winstsfeer, maar de gevolgen van de onzakelijke handeling niet. De grootte van het deel dat in de kapitaalsfeer ligt, is afhankelijk van het deel dat als onzakelijke handeling kan worden aangemerkt. Zo moest in zaak B 6409 worden onderzocht in hoeverre M een verhaalsrecht had op D en in BNB 2004/265 welke prijs een derde had betaald voor het opgeven van het verhaalsrecht.

Tevens is in BNB 2007/104 duidelijk geworden dat zolang op de geldverstrekking een reële terugbetalingsverplichting rust, deze als lening moet worden aangemerkt. Dat een derde een gelijke lening onder gelijke voorwaarden niet zou verstrekken, doet aan deze kwalificatie niet af. Zolang geen sprake is van een van drie uitzonderingen (als bedoeld in par. 2.7), blijft de geldverstrekking als vreemd vermogen gelden.

### **3.3 Algemene aspecten van de onzakelijke lening**

#### **3.3.1 Inleiding**

In deze paragraaf worden de algemene karakteristieken van de onzakelijke lening besproken. In de literatuur wordt het arrest BNB 2008/191 als het startpunt gezien van deze jurisprudentie. Na de bespreking van dit arrest kan een antwoord worden gegeven of dit een terechte conclusie is, of dat de hiervoor besproken arresten dezelfde boodschap hadden. In deze paragraaf wordt ook ingegaan op BNB 2012/37, waarin de Hoge Raad uiteen heeft gezet welke stappen dienen te worden gevolgd bij de bepaling van de onzakelijke lening. Afsluitend komt BNB 2012/78 aan bod, om zo het gehele algemene kader in beeld te krijgen.

### 3.3.2 Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191

Belanghebbende is in 1992 opgericht en dient als holdingvennootschap van de A-groep. De aandelen van belanghebbende zijn overgedragen aan een stichting administratiekantoor tegen uitgifte van certificaten. De certificaathouders van belanghebbende zijn tevens certificaathouder in F BV, de voormalige holdingvennootschap van de A-groep. In 1995 wenst een aantal certificaathouders hun belang in belanghebbende en F af te stoten. De overige groep certificaathouders beschikt echter niet over voldoende middelen, waarna wordt besloten tot oprichting van overnameholdingvennootschap G. Het is de bedoeling dat G gefaseerd pakketten certificaten opkoopt van deze groep certificaathouders. Na een viertal transacties heeft G voor een bedrag van f 10.235.760 aan certificaten opgekocht; dit bedrag is volledig gefinancierd met een lening van belanghebbende. Het was de bedoeling dat G dit bedrag zou terugbetalen door middel van dividenden uit belanghebbende en F.

De verschuldigde rente op de lening werd jaarlijks bijgeboekt. Tussen partijen werd geen leningsovereenkomst of aflossingsschema opgemaakt en zekerheden zijn niet geëist of verstrekt. De resultaten van de groep staan onder druk, waarna belanghebbende haar vordering van nominaal f 13.198.000 in 2001 overdraagt aan F tegen de waarde in het economisch verkeer van f 6.205.400. Het jaar daarvoor heeft belanghebbende reeds een additionele voorziening getroffen van f 2.000.000. De dotatie aan de voorziening is door de inspecteur bestreden.

Hof Arnhem oordeelde dat de vormgeving van de geldverstrekking onzakelijk is. De Hoge Raad gaat mee in deze beslissing en noemt als relevante elementen: *'de omstandigheden dat nimmer een leningsovereenkomst is opgemaakt, dat er evenmin een aflossingsschema is vastgesteld en dat er nimmer enigerlei vorm van zekerheid is gevraagd noch verstrekt'*. Het Hof besliste dat een onafhankelijke derde de geldlening niet onder deze omstandigheden zou zijn aangegaan en dat de afwaardering derhalve niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. In dit verband overweegt de Hoge Raad: *'Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet - behoudens bijzondere omstandigheden - ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in*

*zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht.'*

In deze overweging is een aantal belangrijke punten te onderscheiden. Allereerst gebruikt de Hoge Raad de woorden *'indien en voor zover'*, wat wijst op een mogelijke splitsing van de lening in een zakelijk en een onzakelijk deel. Alleen in zoverre de lening is bedoeld om het belang van de aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen, mag een verlies niet in mindering op de winst worden gebracht.<sup>86</sup>

Daarnaast overweegt de Hoge Raad tevens dat het feit dat G geen meerderheidsaandeelhouder is, niet aan deze rechtsoverwegingen af doet. Ook een aandeelhouder met een minderheidsbelang kan in die hoedanigheid worden gediend.

Voorts spreekt de Hoge Raad over *'het debiteurenrisico'* van de lening als het deel van de lening dat is aanvaard op vennootschapsrechtelijke gronden. De lening zelf is zakelijk (de reden van verstrekken), het aanvaarden van het debiteurenrisico is echter onzakelijk. Hierbij richt Nederlands' hoogste rechtscollege zich vooral op het feit dat geen zekerheden zijn gesteld.<sup>87</sup> Dit lijkt erop te wijzen dat slechts de gevolgen van het aanvaarden van een onzakelijk debiteurenrisico niet ten laste van de winst kunnen komen. Immers, het risico op afwaardering (het debiteurenrisico) is onzakelijk, de lening zelf is aangegaan op basis van de zakelijke relatie tussen partijen.<sup>88</sup> De betalingen op de lening zelf vinden dus in de winstsfeer plaats, de afwaardering echter niet. Als onderscheidend kenmerk noemt de Hoge Raad in dit verband het feit dat een onafhankelijke derde dit risico onder deze voorwaarden en omstandigheden niet zou hebben genomen.<sup>89</sup> Hoe moet worden bepaald dat een derde dit risico niet zou nemen blijft onduidelijk.

---

86. In BNB 2012/37 komt de Hoge Raad terug op deze beslissing, zie ook hierna.

87. Commentaar van Egelie in NTFR 2008/902 bij nr. 43 849.

88. Zie ook de noot van P.G.H. Albert bij BNB 2008/191.

89. Voor een uitgebreide analyse van de verhouding risico / rente waar een derde nog wel mee akkoord zou gaan, verwijs ik naar: P.J.J.M. Peeters, De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! - Deel 3 At arm's length, WFR 2010/1580 en de reactie hierop: D.E. van Sprundel en J. van Strien, Terugkeer naar Ithaka? De "onzakelijke lening" bij de crediteur - deel 4, WFR 2011/490.

Ten slotte maakt de Hoge Raad met de woorden *'behoudens bijzondere omstandigheden'* een voorbehoud voor een aantal situaties waarin de lening een onzakelijk karakter heeft, maar de lening toch als zakelijk moet worden bestempeld. Op deze wijze wordt speelruimte gecreëerd om voor specifieke gevallen af te kunnen wijken van de algemene rechtsoverwegingen. Welke omstandigheden gelden als bijzondere omstandigheden wordt verder niet duidelijk.

### **3.3.3 Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05325, BNB 2012/37**

Het arrest BNB 2008/191 wordt door velen als het startpunt van de onzakelijke lening-jurisprudentie gezien. Het arrest BNB 2012/37 is echter van groter belang geweest voor de ontwikkeling van de jurisprudentie. In dit arrest komen onder andere de positie van de onzakelijke lening, de rechtsoverwegingen om tot een onzakelijke lening te komen en de gevolgen voor zowel debiteur als crediteur aan de orde. Elk arrest dat hierna is geweest, verwijst terug naar de rechtsoverwegingen die in dit arrest zijn genoemd. BNB 2012/37 is dan ook het standaardarrest voor de onzakelijke lening. In dit arrest speelde de volgende casus.

Belanghebbende heeft op 30 december 1999 A BV opgericht, welke vanaf de oprichting is gevoegd in een fiscale eenheid met belanghebbende. Diezelfde dag is de effectenportefeuille van belanghebbende verkocht en geleverd aan A. Ter zake van de verkoop is een rekening-courantverhouding tussen partijen ontstaan van € 5.295.506. De verschuldigde rente op deze schuld bedroeg 5 percent. Een dag later is de fiscale eenheid weer beëindigd.

In februari 2001 is de rekening-courantverhouding omgezet in een geldlening, welke in tien jaar wordt afgelost en waarop een rente rust van 5 percent. De betaling van de rente dient te geschieden op 31 december van ieder jaar. Voorts heeft belanghebbende het pandrecht op eerste vordering op alle door A gehouden effecten.

In 2000 en 2001 is A de rente schuldig gebleven. In december 2001 is de feitelijke leiding van beide vennootschappen verplaatst naar de Nederlandse Antillen. A had op dat moment een negatief eigen vermogen van €1.201.856. Ook heeft belanghebbende de vordering op A in 2001 afgewaardeerd met een bedrag van € 1.201.856 vanwege het negatieve eigen vermogen van A. De inspecteur heeft de aftrek van dit bedrag geweigerd.

Hof Arnhem oordeelt dat de geldverstrekking alle zakelijkheid ontbeert nu A op het moment van de verstrekking niet over andere inkomsten beschikte, belanghebbende geen zekerheid heeft bedongen en tussen partijen geen aflossingsschema is overgekomen. Dat in februari 2001 alsnog een overeenkomst is opgesteld doet aan dit oordeel niet af. Ook een correctie van de rentevergoeding leidt niet tot een zakelijke transactie, aangezien A het reeds overeengekomen percentage niet in staat was te voldoen. Het hof oordeelt dat de voorwaarden en omstandigheden zodanig zijn dat belanghebbende het debiteurenrisico heeft aanvaard in de hoedanigheid als aandeelhouder van A. Een onafhankelijke derde zou dit risico niet hebben aanvaard. De afwaardering van de lening kan derhalve niet in mindering komen op de winst.

De Hoge Raad stelt voorop dat de onzakelijke lening geen vierde uitzondering (vorm van herkwalificatie) is.<sup>90</sup> Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat indien de rente tussen gelieerde partijen niet at arm's length is, bij de fiscale winstberekening moet worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Daarbij wordt – behoudens het rentepercentage – uitgegaan van hetgeen partijen hebben afgesproken (denk aan de gestelde zekerheden en de looptijd van de lening). De rente mag echter niet zodanig worden aangepast dat de geldlening in wezen winstdelend zou worden. Een dergelijke correctie zou hetgeen partijen zijn overeengekomen namelijk aantasten.

Indien tussen gelieerde partijen geen (niet winstdelende) rente kan worden gevonden waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn eenzelfde lening te verstrekken, moet worden verondersteld dat de vennootschap een debiteurenrisico loopt dat een derde niet zou hebben genomen. De conclusie is dan – behoudens bijzondere omstandigheden – dat de vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de gelieerde partij te dienen in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap. Een verlies op deze lening (door de Hoge Raad expliciet de onzakelijke lening genoemd) kan niet ten laste van de winst worden gebracht. Dit is in overeenstemming met BNB 2008/191 en de eerder beschreven arresten. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat het van groot belang is

---

90. HR 25 november 2011, nr. 08/05325, r.o. 3.3.1.



om te toetsen in hoeverre de rente kan worden aangepast en of na deze correctie de rente al dan niet winstdelend is.

Het volgende punt dat de Hoge Raad bespreekt is hoe met de rente moet worden omgegaan. Daarbij wordt allereerst overwogen om de rente op een onzakelijke lening te ontdoen van iedere opslag voor debiteurenrisico. Deze route wordt echter niet gekozen omdat dit zou betekenen dat een uitlenende vennootschap die de lening extern heeft gefinancierd een structureel verlies zou lijden. Het debiteurenrisico wordt daarom vergelijkbaar geacht met het risico dat zou worden gelopen indien de uitlenende vennootschap zich borg stelt voor een vergelijkbare lening die de inlener aangaat met een onafhankelijke derde.

*‘Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld als wanneer zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden.’*<sup>91</sup> Als vuistregel geeft de Hoge Raad mee dat de rente wordt gesteld op de rente die de inlener zou betalen aan een derde indien de uitlenende vennootschap borg staat. Op deze manier wordt het resultaat op een lening van een derde - onder borgstelling van de gelieerde partij - gelijkgesteld met het resultaat indien rechtstreeks van deze vennootschap wordt geleend.

Naast de gevolgen voor de debiteur en de crediteur die hierboven zijn besproken (de fiscale winst wordt beïnvloed door de rente onder de borgstellingsanalogie en verliezen zijn niet aftrekbaar bij de crediteur), gaat de Hoge Raad nog op een aantal punten in. Zo dient de beoordeling van de lening plaats te vinden op het moment van aangaan. Gedurende de looptijd kan een lening echter alsnog onzakelijk worden, indien door partijen onzakelijk wordt gehandeld. Anders dan kan worden geconcludeerd uit BNB 2008/191, vindt deze toets plaats voor de lening als geheel. De Hoge Raad overweegt: *‘zoals een borgstelling voor een lening die door een derde aan een gelieerde partij is verstrekt in zijn geheel al dan niet in de kapitaalsfeer ligt, heeft hetzelfde te gelden voor het debiteurenrisico van een onzakelijke lening.’* Ook hier trekt de Hoge Raad de onzakelijke lening gelijk met een (onzakelijke) borgstelling.

---

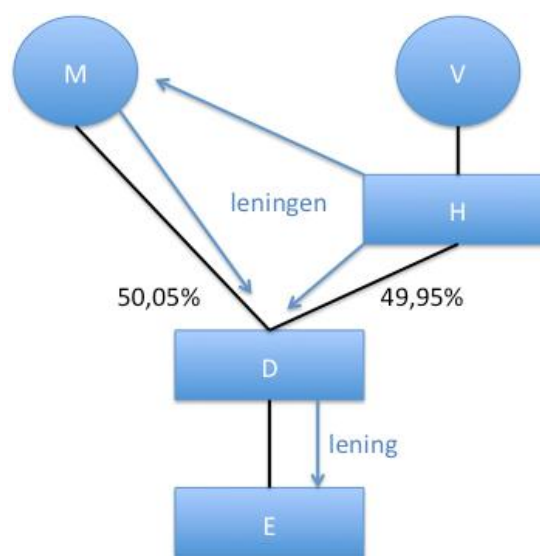
91. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.4.

Afsluitend beslist de Hoge Raad dat het in de kapitaalsfeer liggende debiteurenrisico niet alleen ziet op de lening zelf, maar ook op eventueel verschuldigd gebleven rente. Een afwaardering van deze rente is derhalve ook niet aftrekbaar. *'Hetzelfde geldt immers met betrekking tot de niet betaalde rente indien een vennootschap geld heeft geleend van een derde onder een borgstelling die een met haar gelieerde vennootschap in de kapitaalsfeer heeft verstrekt.'*<sup>92</sup>

### 3.3.4 Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78

In dit arrest was sprake van de volgende casus.<sup>93</sup>

M en V zijn in gemeenschap van goederen getrouwd en houden samen de aandelen in D. V houdt deze aandelen via vennootschap H. M verstrekt een lening aan D; daarnaast leent hij geld van H en leent ook dit door aan D. Daarnaast verstrekt H rechtstreeks een lening aan D. Het geleende geld wordt door D doorgeleend aan E.



E gaat failliet door een onverwacht faillissement van haar grootste klant. Om een doorstart mogelijk te maken met de activiteiten van deze klant, scheldt M zijn lening aan D kwijt. Deze kwijtschelding is bij D tot haar belastbare winst gerekend. In geschil is of M het verlies uit hoofde van de kwijtschelding ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheid (hierna: 'row') mag brengen.

Gelet op bovenstaande omstandigheden oordeelt Hof Arnhem dat een onafhankelijke derde dit debiteurenrisico niet zou hebben aanvaard. De aanvaarding van dit risico heeft berust op aandeelhoudersmotieven en dus is sprake van een onzakelijke geldlening. Dat de lening, anders dan in BNB 2008/191, is verstrekt door de aandeelhouder aan de vennootschap in plaats van andersom maakt hierbij niet uit. Tevens oordeelt het Hof dat een resultaat op een

92. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.6.

93. Plaatje is ontleend aan E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer, WFR 2012/528.

lening binnen de tbs-sfeer overeenkomstig het winstregime dient te worden bepaald. Uit de analogie van dit regime volgt dat onzakelijke handelingen uit het resultaat moeten worden geëlimineerd.

De Hoge Raad volgt 's Hofs oordeel dat het tbs-regime beoogt aan te sluiten bij het totaalwinstbegrip dat geldt voor winst uit onderneming (art. 3.8 wet IB). Derhalve gelden de overwegingen van onderdelen 3.3.1 tot en met 3.3.6 van BNB 2012/37 ook voor leningen die zijn verstrekt in de tbs-sfeer. Ook deze leningen kunnen dus een onzakelijke lening vormen, wat in deze zaak concreet betekende dat de lening van M aan D een onzakelijke lening was.

Voorts overweegt de Hoge Raad nog dat de kwijtschelding van een onzakelijke lening door een aanmerkelijkbelanghouder (hierna: 'ab-houder') een informele kapitaalstorting vormt, indien en voor zover de vordering oninbaar is. *'Immers, het verlies dat de ab-houder bij de kwijtschelding lijdt, vloeit dan voort uit het door hem in zijn hoedanigheid van aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico. Ook voor de debiteur zal in een zodanig geval de kwijtschelding als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt.'*<sup>94</sup> Deze informele kapitaalstorting heeft als gevolg dat de verkrijgingsprijs van de ab-houder ex art. 4.21 Wet IB wordt verhoogd met het bedrag van de storting.

### 3.4 Conclusie

Gelet op het bovenstaande kan naar mijn mening worden geconcludeerd dat met het arrest BNB 2008/191 geen compleet nieuwe jurisprudentie is ontwikkeld. Anders dan de redactie van de Vakstudie Nieuws zie ik in dit arrest geen novum waarbij de afwaardering van een lening niet aftrekbaar is.<sup>95</sup> In paragraaf 3.2 is een aantal arresten besproken waarbij een verlies niet ten laste van de winst mocht worden gebracht omdat dit verlies werd veroorzaakt door een handeling in de hoedanigheid als aandeelhouder. Daarbij vertoont vooral het arrest HR 7 juni 1939, B 6921 veel overeenkomsten met de onzakelijke lening.

Wel heeft BNB 2008/191 een nieuwe dimensie aan de jurisprudentie toegevoegd, namelijk het feit dat het belang van het verstrekken van de lening zelf wel zakelijk kan zijn, terwijl

---

94. HR 25 november 2011, nr. 10/04588, r.o. 3.5.

95. Zie de noot van de redactie bij het arrest HR 9 mei 2008, nr. 43 489, V-N 2008/23.14.

tegelijktijd het debiteurenrisico dat wordt gelopen onzakelijk is. Tot op dat moment werd de gehele transactie als zakelijk of onzakelijk bestempeld en niet slechts een specifiek onderdeel.<sup>96</sup> Op een aantal andere vlakken verduidelijkt BNB 2008/191 de reeds bestaande jurisprudentie. Denk hierbij aan de gebruik van de term ‘in zoverre’, het feit dat onzakelijke transacties ook kunnen plaatsvinden indien sprake is van een minderheidsbelang en dat de Hoge Raad in sommige situaties tot de conclusie komt dat de lening toch niet onzakelijk (door het gebruik van de woorden ‘behoudens bijzondere omstandigheden’).

In BNB 2012/37 heeft de Hoge Raad aangegeven hoe moet worden getoetst of een lening onzakelijk is. Deze toets dient te gebeuren bij het aangaan van de lening, maar de lening kan tevens door onzakelijk handelen alsnog onzakelijk worden. Inhoudelijk moet worden getoetst of een correctie van de rente kan plaatsvinden waardoor deze alsnog at arm’s length is. De lening mag door de correctie echter niet in wezen winstdelend worden. Indien het niet mogelijk blijkt om een zakelijke niet-winstdelende rente te bepalen, is de conclusie dat het debiteurenrisico is aanvaard in de hoedanigheid van aandeelhouder. De afwaardering van een onzakelijke lening ziet op dit onzakelijke debiteurenrisico en valt derhalve in de kapitaalsfeer.

Bij de bepaling van het resultaat moet een rente worden berekend die de inlener onder gelijke omstandigheden aan een derde zou betalen indien de uitlenende vennootschap zich borg stelt (borgstellingsanalogie).

Ten slotte is in BNB 2012/78 beslist dat de onzakelijke lening-jurisprudentie ook geldt voor het tbs-regime. Ook heeft de Hoge Raad in dit arrest overwogen dat de kwijtschelding van een onzakelijke lening een informele kapitaalstorting vormt die de verkrijgingsprijs van de aandeelhouder verhoogt.

---

96. Voor zover bij het debiteurenrisico kan worden gesproken van een specifiek onderdeel, aangezien dit een essentieel deel van de transactie vormt.

## **4 Aspecten van de onzakelijke lening nader bezien**

### **4.1 Inleiding**

Nu het algemene kader is geschetst, kunnen de verschillende aspecten van de onzakelijke lening rechtspraak nader worden bekeken. Uit hoofdstuk drie en de literatuur rondom de onzakelijke lening kan een aantal aspecten worden onderscheiden. Deze aspecten zijn de winstdelende rente die als grens wordt gehanteerd voor de onzakelijke lening, de bijzondere omstandigheden, het moment van toetsen, de borgstellingsanalogie, een renteloze onzakelijke lening, het aandeelhouderschap dat voortvloeit uit een lening (zie hiervoor o.a. BNB 2013/170 en paragraaf 4.7), de afwaardering en kwijtschelding van de lening, de onzakelijke lening in de tbs-sfeer en de onzakelijke lening ten opzichte van de drie vormen van fiscale herkwalificatie.

In dit hoofdstuk worden de bovenstaande aspecten afzonderlijk bekeken.

### **4.2 Winstdelende rente**

#### **4.2.1 Algemeen kader**

Door de grens te leggen bij een rente die in wezen winstdelend is, heeft de Hoge Raad een toets ontwikkeld om te kunnen beoordelen of een debiteurenrisico is aanvaard in de hoedanigheid als aandeelhouder. Partijen hebben afgesproken om vreemd vermogen te verschaffen. Het zakelijk maken van de lening door een winstdelende rente in aanmerking te nemen, zou het karakter van de overeenkomst aantasten. Indien een onafhankelijke derde akkoord zou gaan met een hogere, maar niet-winstdelende rente bij een soortgelijke lening (dezelfde voorwaarden en omstandigheden), dan is sprake van een zakelijke lening met onzakelijke voorwaarden.

Het bovenstaande roept een aantal vragen op. Ten eerste kan de vraag worden gesteld of deze toets feitelijk iets verandert of dat ook tot een onzakelijke lening kan worden gekomen zonder deze toets uit te voeren. Voorts kan de vraag opkomen wat een winstdelende rente is. Ten

slotte is het twijfelachtig hoe moet worden omgegaan met leningen die op zichzelf al (deels) winstdelend zijn.

#### 4.2.2 Toetsen aan winstdelende rente

In BNB 2013/149 is getoetst aan de voorwaarde of de rente naar een zakelijke - niet winstdelende – rente kan worden gecorrigeerd. Dat Hof Amsterdam dit in eerste instantie niet deed was begrijpelijk, nu deze uitspraak werd gedaan voordat BNB 2012/37 werd gewezen. De Hoge Raad overweegt vervolgens *‘of een rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. (BNB 2012/37).’*<sup>97</sup> De Hoge Raad toetst niet of dit in deze casus het geval is, maar wel wordt overwogen dat gelet op de feiten en omstandigheden ervan uit moet worden gegaan dat het debiteurenrisico in de hoedanigheid van aandeelhouder is aanvaard.<sup>98</sup>

In BNB 2013/170 wordt expliciet vermeld dat van een onzakelijke lening sprake is wanneer een onafhankelijke derde het risico op de lening ook niet voor een hogere (niet in wezen winstdelende) rente zou hebben aanvaard.<sup>99</sup> In de Hof uitspraak bij BNB 2014/98 wordt uitgebreid uiteengezet dat belastingplichtige niet aannemelijk heeft gemaakt dat binnen de gestelde grenzen naar een arm’s length rente kon worden gecorrigeerd.<sup>100</sup> Ook Hof Amsterdam overwoog in de uitspraak V-N 2013/2.1.2 in de in BNB 2012/37 gewezen bewoordingen. Naar aanleiding van de feiten en omstandigheden wordt expliciet beslist dat geen rente kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest een dergelijke lening, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, te verstrekken zonder de lening in wezen winstdelend te maken.<sup>101</sup> De lening is derhalve een onzakelijke lening. Voorts werd ook in het arrest V-N 2014/12.21.20 expliciet door Hof Arnhem-Leeuwarden overwogen of een correctie van de rente mogelijk was.<sup>102</sup> Het oordeel in deze casus was dat een correctie onvoldoende was om de onzakelijke elementen van de lening te compenseren. Het afwaarderingsverlies op deze lening was derhalve niet aftrekbaar.

---

97. HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149, r.o.3.3.2.

98. HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, r.o. 3.3.3.

99. HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170, r.o. 3.3.

100. HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98, r.o. 4.9.1 van Hof Amsterdam.

101. Hof Amsterdam 13 september 2012, nr. 11/00351, V-N 2013/2.1.2, r.o. 4.8.2

102. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, nr. 13/00479, V-N 2014/12.21.20, r.o. 4.8.

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat sinds 2012/37 wel degelijk een meer concrete toets wordt aangehangen. Zowel het Hof als de Hoge Raad overweegt in verschillende zaken of kan worden gecorrigeerd naar een zakelijke rente. Dit is een concrete toets die in oudere jurisprudentie niet zo expliciet werd gehanteerd. Het oordeel ligt in veel gevallen bij het Hof om een beslissing te nemen in de kwestie of een correctie mogelijk is. De Hoge Raad gaat niet over de vaststelling van de feiten, tenzij hierdoor sprake is van een verkeerde rechtsopvatting. In voorkomend geval zal het oordeel van de Rechtbank en het Hof in deze kwesties derhalve doorslaggevend zijn. Al met al kan worden gesteld dat sinds BNB 2012/37 een nieuw en doorslaggevend criterium is ontwikkeld voor de vraag of het debiteurenrisico in de kapitaalsfeer ligt, namelijk de vraag of de rente kan worden gecorrigeerd zonder de lening in wezen winstdelend te maken.

#### 4.2.3 Definitie van een winstdelende rente

Een belangrijke vraag is vervolgens wanneer de rente in wezen winstdelend wordt. In de onzakelijke lening jurisprudentie is, voor zover mij bekend, nog geen zaak geweest waarin deze vraag is voorgelegd. Mijns inziens gaat het in dit verband om een rente die door de correctie dusdanig hoog zou worden dat in wezen in de winst wordt gedeeld. De vergoeding op het vermogen krijgt een winstdelend karakter, deze kan namelijk alleen worden betaald als het resultaat (voor aftrek van interestkosten) voldoende is. Uiteraard is de rente uiteindelijk altijd afhankelijk van de opbrengsten van de inlener, nu de interestkosten hieruit moeten worden betaald. Het gaat hier echter om een lening waarbij de rente alleen kan worden betaald indien de winst een zekere hoogte bereikt. Met andere woorden: het gaat om de winstgenererende capaciteit van de inlener ten opzichte van zijn rentelasten. In voorkomend geval zal het twijfelachtig zijn of dit resultaat wordt behaald, zeker gezien het feit dat juist het debiteurenrisico (en daarmee samenhangende aspecten zoals de solvabiliteit c.q. liquiditeit van de inlener) in deze situaties ter discussie staat.<sup>103</sup>

Naar mijn mening is dit een andere toets dan de toets die voor de deelnemerschapslening geldt (de vergoeding op de lening moet winstafhankelijk zijn). Zoals reeds opgemerkt, is de

---

103. Binnen de context van de onzakelijke lening zal de discussie zich vaak, zo niet altijd, toespitsen op de vraag hoe zakelijk het debiteurenrisico is.

definitie van winstafhankelijkheid dat de omvang of de verschuldigdheid van de rente afhankelijk moet zijn van de behaalde winst. Zo is bijvoorbeeld geen rente verschuldigd indien de debiteur geen winst maakt of is de rente een percentage van de winst. Een rente die in wezen winstdelend is, is niet afhankelijk van de behaalde winst maar is dermate hoog dat de debiteur deze alleen in staat is te betalen indien een zekere winst wordt behaald.<sup>104</sup> Dit is naar mijn mening bijvoorbeeld het geval als het resultaat - voor aftrek van rentekosten - de rentekosten nauwelijks dekt. De woorden *'in wezen'* zijn naar ik meen ook een indicator hiervan. Formeel gezien is geen sprake van een rente die winstdelend is, maar van een rente met een vast percentage. Materieel gezien (in wezen) is de rente echter zo hoog dat deze lijkt op een vergoeding op eigen vermogen. De crediteur komt hiermee op hetzelfde (achtergestelde) niveau te staan als de aandeelhouders.

Vanuit de ratio van de jurisprudentie kom ik tot eenzelfde conclusie. Het gaat bij de onzakelijke lening immers om een debiteurenrisico dat dusdanig groot is dat een onafhankelijke derde dit risico niet zou aanvaarden. Een correctie zou de rente op een dergelijke lening in wezen winstdelend maken. Met andere woorden: een correctie zou de rente dusdanig hoog maken dat deze alleen betaald zou kunnen worden vanaf een bepaald resultaat. Niet de verschuldigdheid van de rente is hierbij van belang, maar wel of de debiteur de liquiditeit heeft en voldoende resultaat behaalt om de rente te voldoen.<sup>105</sup> Immers, ook al zou een correctie de rente in wezen winstdelend maken, zoals (blijkbaar) in alle onzakelijke lening-arresten na BNB 2012/37 het geval is, dan neemt dit niet weg dat de debiteur de rente nog steeds is verschuldigd.

Ter verduidelijking een voorbeeld: stel een situatie waarin een vast rentepercentage van 5% van de nominale waarde van de lening is verschuldigd indien de debiteur winst maakt. In dat geval is de rente wel winstafhankelijk, maar naar mijn mening niet winstdelend. Lastiger wordt het indien de rente 5% van de winst (voor aftrek van interestkosten) van de debiteur bedraagt. Dat deze rente winstafhankelijk is, staat buiten kijf. De vraag is echter of deze rente ook winstdelend is. Ik meen dat dit niet het geval is, nu de vergoeding nog steeds het karakter van

---

104. Zie ook: J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht*, editie *Vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.0.5.E4.

105. Een liquiditeits- en solvabiliteitsanalyse zou hier meer inzicht in kunnen geven.



vreemd vermogen heeft. De crediteur gaat nog steeds voor op de aandeelhouders en staat niet in wezen op hetzelfde niveau. De lening is derhalve niet winstdelend.

In hoofdstuk 6 wordt verder ingegaan op de methode die kan worden gebruikt om te bepalen of een rente winstdelend is.

#### 4.2.4 Partijen hebben een winstdelende rente afgesproken

In de literatuur is door diverse auteurs beargumenteerd dat indien partijen een winstdelende rente op een lening hebben afgesproken, deze lening geen onzakelijke lening kan vormen.<sup>106</sup> De argumentatie komt neer op het feit dat de correctie het karakter van deze leningen niet zou aantasten.<sup>107</sup> Nu partijen al een winstdelende rente hebben afgesproken, kan de rente naar een arm's length niveau worden aangepast zonder het uitgangspunt van partijen te veranderen. Deze leningen zijn (hooguit) zakelijke leningen met onzakelijke voorwaarden.

Evenals Marres ben ik van mening dat uit de bewoording van de Hoge Raad volgt dat een correctie het karakter van de lening moet aantasten (zie ook hiervoor in de definitie van 'winstdelende rente'). In deze situatie zou dit niet het geval zijn. Uit de bewoording van Marres maak ik op dat hij een winstafhankelijke rente en een winstdelende rente als synoniemen ziet. Waarschijnlijk heeft hij de situatie voor ogen waarbij de rente een vast percentage van de winst bedraagt. Zoals reeds opgemerkt betwijfel ik of de Hoge Raad dit bedoelt met de term 'winstdelend'. Echter, indien ook deze situatie (bijvoorbeeld de situatie waarin de rente 5% van de winst bedraagt) onder een winstdelende rente valt, dan ben ik van mening dat dit soort leningen inderdaad geen onzakelijke leningen kunnen vormen. De staatssecretaris is ook de mening toegedaan dat een winstdelende rente niet tot een onzakelijke lening kan leiden.<sup>108</sup>

---

106. Zie onder meer B.W.A.M. Damsma, C.S.J. Jie-A-Joen en T.A. Meijer, Zakelijke of onzakelijke lening? – baanbrekend Hoge Raad-arrest, die deze vraag opwerpen en de noot van O.C.R. Marres bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, FED 2012/20.

107. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.2: 'Met dat uitgangspunt strookt niet dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening in wezen winstdelend zou worden. Dan zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen worden aangetast.'

108. Besluit van 21 februari 2014, nr. BLKB 2014/286M, onderdeel 13.2.3.

## 4.3 Bijzondere omstandigheden

### 4.3.1 Inleiding

Nadat is vastgesteld dat een correctie van de rente niet mogelijk is, kan worden bekeken of voor belastingplichtige wellicht bijzondere omstandigheden gelden. Wanneer dit het geval is, gaat de conclusie niet op dat sprake is van een onzakelijke lening. Deze omstandigheden zijn zo dat een onafhankelijke derde onder dezelfde omstandigheden het debiteurenrisico ook zou hebben geaccepteerd. Welke omstandigheden kwalificeren hiervoor?

### 4.3.2 Situaties die kwalificeren als bijzondere omstandigheid

A-G Wattel gaat in zijn conclusie bij BNB 2013/170 in op de bijzondere omstandigheden.<sup>109</sup> Naar zijn mening bestaan slechts twee situaties die als bijzondere omstandigheid gelden: *‘(i) naast de niet aandeelhoudersrelatie als crediteur staat de geldverstrekker in nog een andere niet-aandeelhoudersrelatie tot de debiteur, en in die laatste relatie heeft de crediteur er – mitsdien zakelijk – belang bij zich als crediteur anders te gedragen dan hij zou doen als hij uitsluitend in crediteurshoedanigheid tot de debiteur zou staan; (ii) de crediteur heeft in zijn hoedanigheid van crediteur evenmin als andere crediteuren een keuze; in het laatste geval moet de eis gesteld worden dat hij niet in die positie is gekomen door voorafgaand onzakelijk handelen’.*

De eerste situatie ziet op een hoedanigheid als handelspartner. In die hoedanigheid verstrekt de geldverstrekker een lening, om zo bijvoorbeeld de handel van de inlener richting de geldverstrekker en derden te versoepelen of zelfs mogelijk te maken. In de tweede situatie heeft de crediteur evenals de andere crediteuren niet de mogelijkheid gehad om extra zekerheden te eisen. Indien hij toch de lening wil verstrekken dan bestaat geen andere mogelijkheid dan het accepteren van de voorwaarden.

Ik deel de mening van Wattel dat de eerste situatie ertoe kan leiden dat van een onzakelijke lening geen sprake is. Aan de lening liggen dan namelijk zakelijke beweegredenen ten grondslag. Bij de tweede situatie heb ik mijn bedenkingen, vooral ten aanzien van het feit dat de crediteur geen keuze had bij het verstrekken van de lening. Een onafhankelijke derde zou

---

109. Conclusie van A-G Wattel bij BNB 2013/170, punt 1.4.

de lening simpelweg niet verstrekken indien het debiteurenrisico hem te groot is. Zouden derden de lening (om wat voor reden) ook hebben verstrekt, dan is in het geheel geen sprake van onzakelijke voorwaarden.

Evenwel twijfel ik of dit de enige situaties zijn die als bijzondere omstandigheid gelden. Zo beschrijven Van Sprundel en Van Strien situaties die naar hun mening ook zouden moeten kwalificeren.<sup>110</sup> Zij noemen vier situaties:

1. Het risico dat de fiscale eenheid wordt verbroken indien zekerheden worden gesteld c.q. geëist;<sup>111</sup>
2. De zekerheden worden 'bewaard' om additionele externe financieringen aan te kunnen trekken;
3. De lening is onderdeel van een complex van rechtsverhoudingen, waarbij tevens wordt voldaan aan het auto-importeursarrest;<sup>112, 113</sup>
4. Door de sterke relatie met de inlener heeft de crediteur een zodanig zicht op de toekomstige kasstromen dat geen zekerheden worden gesteld, waar een derde (zonder deze goede informatiepositie) wel zekerheden zou stellen.

Ik kan mij vinden in het feit dat de situaties 1, 3 en 4 leiden tot een zakelijke lening die wellicht tegen onzakelijke voorwaarden is afgesloten. Situatie 2 kwalificeert naar mijn mening echter niet als bijzondere omstandigheid. Een onafhankelijke derde zal over het algemeen niet accepteren dat de inlener geen zekerheden verstrekt, met als argument dat deze zekerheden worden bewaard voor een andere lening. Alleen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld wanneer sprake is van sterk verweven handelspartners, kan ik mij inbeelden dat dit het geval zou zijn. In dat geval is de acceptatie van het debiteurenrisico namelijk gebaseerd op zakelijke voorwaarden.<sup>114</sup>

---

110. D.E. van Sprundel en J. van Strien, Terugkeer naar Ithaka? De 'onzakelijke lening' bij de crediteur - deel 4, WFR 2011/490.

111. De auteurs verwijzen hierbij naar de materialistische benadering van de HR in BNB 2010/266 en het feit dat door verpanding en certificering de (theoretische) mogelijkheid bestaat dat de fiscale eenheid verbreekt.

112. HR 28 juni 2002, nr. 36 466, BNB 2002/343. In dit arrest geeft de HR een algemene uiteenzetting van het arm's length-beginsel en de verdeling van de bewijslast om de zakelijkheid van de transactie aan te tonen.

113. Deze situatie vertoont veel overeenkomsten met situatie (i) van Wattel.

114. Dit is in feite situatie (i) die Wattel beschrijft.

Verder noemt Marres als bijzondere omstandigheid de situatie waarin juridisch obstakels bestaan voor de financiering van de inlenende vennootschap door een onafhankelijke derde.<sup>115</sup> Ook Bobeldijk en Velden menen dat dit als bijzondere omstandigheid geldt.<sup>116</sup> Ik ben van mening dat dit niet als een bijzondere omstandigheid geldt. Ten eerste omdat ik me weinig kan voorstellen bij juridische obstakels die de financiering van een vennootschap door (alle) onafhankelijke derden zouden blokkeren en ten tweede omdat ook in die situatie partijen zakelijk moet handelen. Zakelijk betekent dat een onafhankelijke derde onder gelijke omstandigheden de lening ook zou verstrekken. Of een dergelijke lening tussen onafhankelijke derden daadwerkelijk bestaat is daarbij in beginsel irrelevant, hoewel het wel als indicator kan dienen.

### 4.3.3 Deelconclusie

Het bovenstaande overziend moet, naar ik meen, altijd de vraag worden gesteld bij het verstrekken van een lening: zou een onafhankelijke derde, indien hij in dezelfde situatie als de crediteur zat, deze lening ook hebben verstrekt? Alle hiervoor beschreven bijzondere omstandigheden zijn uiteindelijk varianten op deze vraag. Nu deze vraag al verborgen zit in het woord 'onzakelijk', meen ik dat de bewoording '*behoudens bijzondere omstandigheden*' geen daadwerkelijke toevoeging vormt op basis waarvan de belastingplichtige kan aantonen dat geen sprake is van een onzakelijke lening. Nadat de inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat het debiteurenrisico onzakelijk is, is het aan belastingplichtige om aan te tonen dat de lening toch zakelijk is. Indien een van de genoemde situaties zich voordoet, vormt dit simpelweg een onderdeel van het geheel aan rechtsverhoudingen van de transactie en is het een argument (op situatie 2 na) dat zakelijk werd gehandeld. Door die omstandigheid zou een onafhankelijke derde het debiteurenrisico ook aanvaarden. De bewijslast voor deze omstandigheid ligt wel bij de belastingplichtige.

## 4.4 Moment van toetsen

In BNB 2012/37 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het toetsen van een lening dient plaats te vinden op het moment van aangaan. Op dat moment moeten partijen (voor zichzelf)

---

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

116. A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. Velden, De onzakelijke lening anno 2014 – deel I, SDU mbb 2014/05/02.

onderzoeken of een onafhankelijke derde een dergelijke lening ook zou verstrekken. Een onzakelijke lening is derhalve in beginsel vanaf de start onzakelijk.

Toch kan een zakelijke lening ook tijdens de looptijd onzakelijk worden indien de crediteur onzakelijk handelt. De crediteur kan bijvoorbeeld nalaten om zijn vordering te innen waar een onafhankelijke derde dit niet zou nalaten. In BNB 2013/148 heeft de Hoge Raad het bovenstaande nogmaals bevestigd.<sup>117</sup> In dit arrest wordt overwogen dat de bewijslast hierbij op de inspecteur rust. Hij dient aannemelijk te maken *‘op welk moment een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden als belanghebbende (waaronder de kennis die belanghebbende heeft van de debiteur), welke maatregel zou hebben genomen om zijn rechten voortvloeiende uit de desbetreffende vordering veilig te stellen, en in hoeverre deze daarin dan zou zijn geslaagd.’* Blijkt uit deze analyse dat het verlies niet is terug te leiden naar de hoedanigheid als aandeelhouder (een derde zou dit verlies ook hebben geleden), dan is het verlies aftrekbaar voor zover dit voor een derde ook zou gelden.

Anders dan in BNB 2012/37, waarin werd beslist dat de kwalificatie geldt voor de lening als geheel, spreekt de Hoge Raad in dit arrest over een verlies dat aftrekbaar is voor zover een derde dit verlies ook zou hebben geleden.<sup>118</sup> Dit oordeel is mogelijk te verklaren vanuit de gedachte dat hier in beginsel geen sprake is van een onzakelijke lening. De lening is zakelijk maar een verlies op de lening is niet aftrekbaar voor zover een derde dit verlies niet had geleden. Opmerkelijk blijft wel dat een zakelijke lening dus ook deels onzakelijk kan worden gedurende de looptijd, waar een lening die vanaf het begin onzakelijk is, slechts voor het geheel onzakelijk kan zijn. Hoe dit verder uitwerkt, zal toekomstige jurisprudentie moeten uitwijzen.

De Groot schrijft naar aanleiding van dit arrest dat een onzakelijke lening ook weer zakelijk kan worden gedurende de looptijd: *‘als het debiteurenrisico door enige omstandigheid zodanig wordt verkleind dat ook een onafhankelijke derde dit herziene risico zou hebben aanvaard, is er immers geen reden om (nog langer) aan te nemen dat sprake is van een in de hoedanigheid*

---

117. HR 1 maart 2013, 12/03088, BNB 2013/148, r.o. 3.4.1.

118. In BNB 2012/37 was de HR juist teruggekomen op de beslissing van BNB 2008/191 dat een in zoverre benadering moest worden gehanteerd.

*van aandeelhouder aanvaard debiteurenrisico*'.<sup>119</sup> In de jurisprudentie heeft een dergelijke zaak zich nog niet voorgedaan.

Persoonlijk twijfel ik of situatie die De Groot beschrijft mogelijk is. Immers, het bovenstaande zou betekenen dat de lening in eerste instantie onzakelijk was (het risico is aanvaard in de hoedanigheid als aandeelhouder), vervolgens verkleinde het risico dusdanig dat een derde dit ook zou hebben aanvaard, maar uiteindelijk wordt de lening alsnog afgewaardeerd. Uiteraard worden tussen derden ook leningen afgewaardeerd, maar wanneer (door de inspecteur) is aangetoond dat het risico oorspronkelijk is aanvaard in de hoedanigheid van aandeelhouder, meen ik dat het niet waarschijnlijk is dat een daarna geleden verlies wel weer zakelijk is. Theoretisch is dit mogelijk, maar naar mijn mening rust hierbij een zware taak op de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat een derde dit verlies ook zou hebben geleden. Ook Ligthart is van mening dat het lastig zal worden om de inspecteur te overtuigen dat het aan het debiteurenrisico ten grondslag liggende motief 'van kleur is verschoten'.<sup>120</sup>

## 4.5 Borgstellingsanalogie

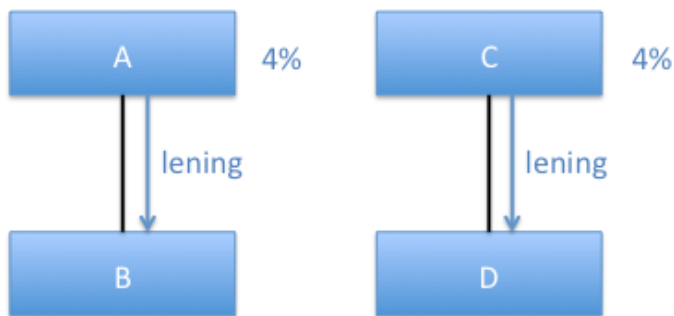
### 4.5.1 BNB 2012/37

In BNB 2012/37 is tevens duidelijk geworden hoe de debiteur en crediteur in de fiscale winstberekening met een onzakelijke lening moeten omgaan. Hierbij hanteert de Hoge Raad de zogenoemde borgstellingsanalogie. Het debiteurenrisico op een onzakelijke lening wordt gelijkgesteld met het risico dat de uitlenende vennootschap zou lopen indien deze zich borg zou stellen voor de inlener. De rente wordt derhalve gelijkgesteld aan de rente die de inlener aan een onafhankelijke derde zou betalen op een soortgelijke lening indien de uitlenende vennootschap zich voor deze lening borg stelt. Hieronder worden twee situaties geschetst ter verduidelijking.

---

119. I.M. de Groot, Verrassende ontwikkelingen omtrent de onzakelijke lening, WFR 2013/748.

120. N.M. Ligthart, Onzakelijke lening in de tbs-sfeer, wetgever grijp in!, NTFR-B 2012/6.



In beide situaties is sprake van een lening van de moeder naar de dochtervennootschap. A en C hebben een kredietwaardigheid waarbij een rentepercentage van 4% als zakelijk kan worden aangemerkt. Op de

lening van A naar B is een rente van 1% afgesproken, op de lening van C naar D 9%. Ik veronderstel dat de verstrekte leningen onzakelijke leningen zijn en dus komt de borgstellingsanalogie aan bod.

Door de borgstelling krijgen B en D de credit rating van A en C respectievelijk. Indien BNB 2012/37 wordt gevolgd, wordt voor de fiscale winstbepaling een rente van 4% in aanmerking genomen. In de eerste situatie vindt een informele kapitaalstorting ter grootte van (4% minus 1%) drie percent plaats van A naar B. B zou 4% moeten betalen, maar betaalt slechts 1%, het verschil is een voordeel van B in de kapitaalsfeer. In het tweede geval is de afgesproken rente door de fictieve borgstelling te hoog, waardoor een verkapte dividenduitkering plaatsvindt van D naar C ter grootte van (9% minus 4%) 5 percent. De borgstellingsanalogie kan dus voor de situatie zorgen dat een te lage rente omslaat in een te hoge rente, zoals in de situatie tussen C en D.

Op het eerste gezicht lijkt dit een vreemde uitkomst, nu hier over een 'te hoog' rentepercentage wordt gesproken in verband met een onzakelijke lening. De borgstellingsanalogie dwingt belastingplichtigen echter om de winst te bepalen met gebruik van de credit rating van de uitlenende vennootschap. Het doel van deze analogie is om de rentelast gelijk te trekken tussen lenen van een gelieerde vennootschap en tussen lenen van een onafhankelijke derde onder de borgstelling van diezelfde gelieerde vennootschap. In deze situatie had de inlenende vennootschap (blijkbaar) goedkoper kunnen lenen door een lening met een derde aan te gaan onder de borgstelling, omdat op dat moment 4% rente zou zijn verschuldigd aan deze onafhankelijke derde. Vanuit dit standpunt bekeken betaalt de inlener derhalve 'te veel' rente op zijn onzakelijke lening.

#### 4.5.2 BNB 2013/149

In BNB 2013/149 heeft de Hoge Raad een nieuwe dimensie aan de borgstellingsanalogie toegevoegd.<sup>121</sup> Zoals reeds opgemerkt ziet het onzakelijke debiteurenrisico ook op niet betaalde rente. Ook het debiteurenrisico op verschuldigd gebleven rente valt dus in de kapitaalsfeer. De Hoge Raad overweegt in BNB 2013/149 dat dit risico ontstaat nadat de rente verschuldigd is geworden, aangezien op dat moment de rentevordering ontstaat.<sup>122</sup> Omdat deze rente vervolgens de winstsfeer verlaat, moet de vervallen rente worden gewaardeerd in het kader van een juiste vaststelling van de totaalwinst. De waarde van de rentevordering is de waarde in het economische verkeer op het moment van ontstaan. De voor de fiscale winstberekening in aanmerking te nemen rente is derhalve de waarde in het economische verkeer – en niet de nominale waarde - van deze rente. Indien bijvoorbeeld de waarde van de rentevordering op het moment dat deze verschuldigd wordt nog 1% in plaats van 4% is (zie voorbeeld hierboven), dan wordt deze voor 1% belast bij de uitlenende vennootschap. Vervolgens verlaat de rente(vordering) de winstsfeer. Indien deze vordering (van 1%) vervolgens verder wordt afgewaardeerd dan is deze niet meer aftrekbaar.

De in aanmerking te nemen rente is, zoals Egelie<sup>123</sup> terecht stelt, in ieder geval de door de inlener betaalde rente. De waarde economisch verkeer van deze feitelijk ontvangen rente door de crediteur is immers het nominale bedrag van deze ontvangen rente. Indien de rente conform de borgstellingsanalogie hoger is dan de betaalde rente, moet voor dit overige deel worden bekeken wat de waarde economisch verkeer van deze openstaande rentevordering is. Voor deze waarde wordt de vordering bij de winstberekening in aanmerking genomen.

Dat de analogie van BNB 2012/37 geldt voor zowel de uitlenende vennootschap als de inlener, volgt expliciet uit de bewoording van de Hoge Raad.<sup>124</sup> Egelie meent dat ook de analogie van BNB 2013/149 voor beide partijen geldt.<sup>125</sup> Hij baseert dit oordeel op het gebruik van de objectieve termen door de Hoge Raad als ‘bij de winstberekening’ en ‘een juiste vaststelling

---

121. HR 15 maart 2013, nr. 11/02240, BNB 2013/149.

122. HR 15 maart 2013, nr. 11/02240, r.o. 3.5.2.

123. Noot van W.F.E.M. Egelie bij HR 15 maart 2013, nr. 11/02240, BNB 2013/149.

124. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.5.

125. Noot van W.F.E.M. Egelie bij HR 15 maart 2013, nr. 11/02240, BNB 2013/149.



van de totaalwinst'. Met Van Horzen<sup>126</sup> en De Groot<sup>127</sup> ben ik een andere mening toegedaan. In de desbetreffende rechtsoverweging spreekt de Hoge Raad namelijk over het debiteurenrisico en de rentevordering van de crediteur. Alleen voor deze partij gaat de vordering over naar de onbelaste sfeer. Voor de inlener blijft de rente verschuldigd totdat deze wordt betaald of kwijtgescholden (zie ook hierna paragraaf 4.8). Omdat de rente nog is verschuldigd, mag deze niet tegen een lagere waarde in aanmerking worden genomen. Zoals Van Horzen terecht stelt, zal een zakelijk handelende crediteur immers altijd volledig voldoening van de rente eisen, ook van een insolvabele debiteur. Mijns inziens geldt de analogie van BNB 2013/149 dan ook alleen voor de crediteur.

Het bovenstaande samenvattend moet eerst een rente worden bepaald conform de borgstellingsanalogie. Vervolgens dient de verschuldigd gebleven rente (het niet betaalde deel van de rentevordering) te worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer op het moment dat de rentevordering ontstaat. Voor die waarde – en niet de nominale waarde – wordt de verschuldigd gebleven rente in de winstberekening van de crediteur meegenomen. Vervolgens verlaat de rente de winstsfeer bij de crediteur, waardoor een eventuele verdere afwaardering van de rentevordering niet ten laste van de winst kan worden gebracht.<sup>128</sup> Op deze manier lijkt de Hoge Raad tegemoet te zijn gekomen aan de kritiek vanuit de praktijk dat bij de crediteur de volledige nominale waarde van de rente in aanmerking moest worden genomen in de winstberekening.<sup>129</sup>

Ondanks dat hier sprake lijkt van een mismatch, bij de crediteur wordt (in het bovenstaande voorbeeld) immers maar een percent belast terwijl de debiteur vier percent in aftrek mag brengen, moet worden bedacht dat de debiteur bij een onzakelijke lening vaak in een verliesgevende situatie verkeert en niks aan deze rentelasten heeft. Hij kan deze namelijk niet afzetten tegen enige winsten. Vanuit dit oogpunt is het redelijk om in een dergelijke situatie bij de crediteur ook niet de nominale waarde van de rente in de winstberekening mee te nemen.

---

126. Noot van F. van Horzen bij HR 15 maart 2013, nr. 11/02240, NTFR 2013/638.

127. I.M. de Groot, Verrassende ontwikkelingen omtrent de onzakelijke lening, WFR 2013/748.

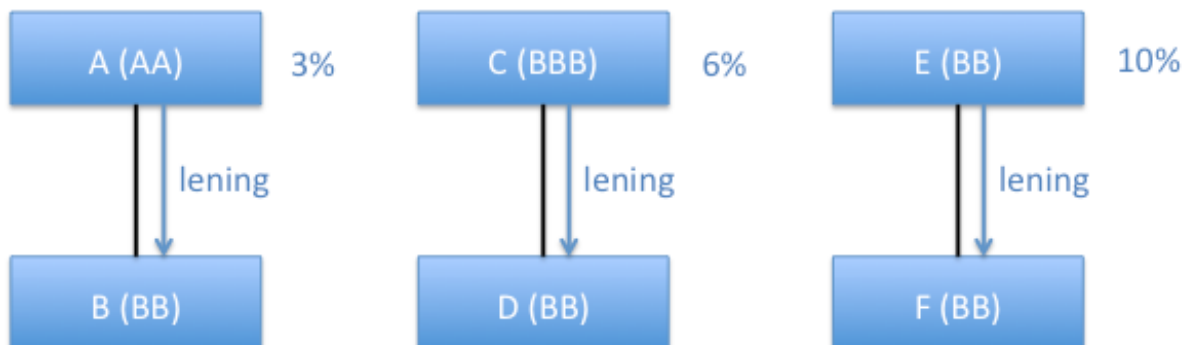
128. Hier kan uiteraard slechts sprake van zijn indien de WEV van de vordering niet reeds nihil is.

129. I.M. de Groot, t.a.p.

### 4.5.3 Verrekenprijzenbesluit

In het verrekenprijzenbesluit dat eind 2013 is gepubliceerd, gaat de staatssecretaris ook in op de onzakelijke lening jurisprudentie.<sup>130</sup> In de paragraaf inzake de financieringstransacties, gaat de staatssecretaris in onderdeel c in op de Nederlandse jurisprudentie (meer specifiek: BNB 2012/37). Hij maakt hierbij een opmerkelijke opmerking: indien de uitlenende vennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlener, dan wel zelf (ook) een kredietwaardigheid heeft die lager ligt dan BBB-<sup>131</sup>, dan kan niet meer dan een risicovrije rente in aanmerking worden genomen. De staatssecretaris baseert zich hierbij op het feit dat de borgstelling in deze situatie niets toevoegt aan de kredietwaardigheid van de inlener.<sup>132</sup>

Om aan te tonen dat de opvatting van de staatssecretaris opmerkelijk is, worden hieronder drie voorbeelden vergeleken. Het voorbeeld ziet op drie vrijwel identieke situaties, het enige onderscheid is de credit rating van de moedermaatschappij. Naast de credit rating staat het corresponderende rentepercentage dat deze moedermaatschappij richting een derde zou betalen.



Alle leningen zijn onzakelijk in de zin van BNB 2012/37. Dit betekent dat een zakelijk rentepercentage moeten worden berekend. Dit gebeurt door een fictieve borgstelling in aanmerking te nemen. Hiermee verkrijgt de inlener (B,D,F) de credit rating van de uitlenende

130. Zie het bijzondere nummer inzake het nieuwe verrekenprijzenbesluit, V-N 2013/62.2.

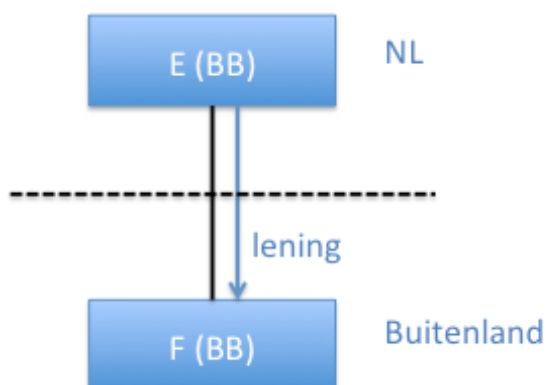
131. Bij een credit rating lager dan BBB- zijn bedrijven niet meer investment grade. Leningen van deze bedrijven worden ook wel 'junk bonds' genoemd, omdat het risico op dergelijke leningen voor veel investeerders als te groot wordt beschouwd.

132. Het gaat dit onderzoek te buiten om hier dieper op in te gaan. Lezers die hier meer over willen weten verwijs ik door naar mijn nota genaamd 'Transfer pricing aspecten van de onzakelijke lening', geschreven in het kader van het Werkcollege Multinationale Ondernemingen.

vennootschap (A,C,E). In de eerste twee situaties is deze doctrine helder: de credit rating van de moeder wordt gevolgd om een zakelijke vergoeding te bepalen. De arm's length vergoeding op de lening tussen A-B en C-D zijn 3% en 6% respectievelijk. De uitkomst van de borgstellingsanalogie in deze situaties is logisch te noemen: de zakelijke vergoeding wordt hoger naarmate de credit rating van de uitlenende vennootschap lager wordt.

Voor de derde situatie gaat het bovenstaande niet op. De uitlenende vennootschap is zelf ook niet investment grade en heeft geen betere kredietwaardigheid dan de inlener. De fictieve borgstelling levert in deze situatie niets op. In de visie van de staatssecretaris mag in dit verband niet meer dan een risicovrije rente in aanmerking worden genomen (door de inlenende vennootschap). In plaats van een hoger rentepercentage te hanteren nu de credit rating slechter is, zakt de rente tot een risicovrije vergoeding. Dit wringt naar mijn mening.

Tevens brengt het planningsmogelijkheden met zich:



De Nederlandse vennootschap (niet investment grade) verstrekt een onzakelijke lening aan een dochtervennootschap. Indien het verrekenprijzenbesluit wordt gevolgd, mag in Nederland niet meer dan een risicovrije rente in aanmerking worden genomen, bijvoorbeeld 1%. Ervan uitgaand dat het buitenland geen soortgelijke onzakelijke lening-jurisprudentie kent, wordt daar 'gewoon' gecorrigeerd naar een zakelijke rente of wordt de door partijen overeengekomen rente gehanteerd. Dit betekent aftrek van een hoge rente in het buitenland, de credit rating brengt immers een hoge (in Nederland: winstdelend geachte) rente met zich, terwijl in Nederland slechts de lage risicovrije rente wordt belast. Een dergelijke constructie heeft veel weg van een hybride mismatch. Bezien vanuit de huidige discussie omtrent Base Erosion & Profit Shifting (hierna: 'BEPS') betwijfel ik of dit de uitwerking is die de

staatssecretaris voor ogen heeft gehad. Het besluit beschrijft dat het eindresultaat dient te voldoen aan het arm's length beginsel. Mijns inziens is dat in deze casus niet het geval.

#### 4.6 Renteloze lening

De Hoge Raad heeft in BNB 2013/149 tevens beslist dat wanneer een renteloze lening als onzakelijke lening moet worden aangemerkt, een rente-imputatie moet plaatsvinden. Deze rente-imputatie moet echter niet verder gaan dan de rente die in aanmerking zou zijn genomen bij een rentedragende lening.<sup>133</sup> De in aanmerking te nemen rente op een renteloze en een rentedragende (onzakelijke) lening is dus uiteindelijk gelijk.

Omdat de rente veelal pas een jaar nadat de lening is afgesproken vervalt, meent de redactie van Vakstudie Nieuws dat de rente in het eerste jaar in aanmerking moet worden genomen op basis van een schatting en de definitieve vaststelling pas plaatsvindt op het moment van het vervallen van de rentecoupon in het tweede jaar.<sup>134</sup> Pas vanaf dat moment is immers sprake van een onzakelijke lening in de vorm van bijgeschreven rente. In de visie van de redactie Vakstudie Nieuws mag de renteaanwas niet worden uitgesteld, maar moet deze aanwas – rekening houdend met de werkelijke waarde<sup>135</sup> – in het eerste jaar al in aanmerking worden genomen. Anderzijds meent Van Horzen dat de toerekening van de rente over de aangroeperiode achterwege kan blijven.<sup>136</sup> Hij is van mening dat het belang van de rentevervaldatum groter is dan de balansdatum. Aangezien renteloze periodes geen vervaldatum hebben, beargumenteert Van Horzen dat kan worden uitgegaan van rentetermijnen van een jaar.

De Groot vraagt zich in dit verband af of de Hoge Raad hierover heeft nagedacht op het moment dat het arrest werd gewezen.<sup>137</sup> Ze is van mening dat het standpunt van Van Horzen het sterkste is. Persoonlijk meen ik ook dat op balansdatum geen renteaanwas hoeft te worden verantwoord. De Hoge Raad overweegt immers dat de rentevordering pas ontstaat op de

---

133. Met andere woorden: niet verder dan de waarde economisch verkeer die aan de rentevordering op een rentedragende lening zou kunnen worden toegekend.

134. Noot van de redactie Vakstudie Nieuws bij HR 15 maart 2013, nr. 11/02240, V-N 2013-14.13.

135. Conform BNB 2013/149.

136. Noot van F van Horzen, t.a.p.

137. I.M. de Groot, t.a.p.

vervaldatum. Indien daarnaast wordt uitgegaan van rentetermijnen van een jaar, is het belang niet erg groot, zeker nu de werkelijke waarde vaak richting nihil zal gaan.

#### 4.7 Aandeelhouderschap dat voortvloeit uit de lening

Op 3 mei 2013 heeft de Hoge Raad een tweetal belangrijke arresten gewezen omtrent de onzakelijke lening.<sup>138</sup> In beide arresten ging het om een geldverstrekker die een onzakelijke lening aan een vennootschap verstrekte en tevens aandeelhouder werd. De Hoge Raad overweegt in dit verband: *‘in een geval waarin de verstrekking van de geldlening plaatsvindt door een belastingplichtige die voorafgaande aan de geldverstrekking nog niet aandeelhouder van de vennootschap was en in het kader van die verstrekking door toekenning van aandelen in de vennootschap of anderszins medegerechtigd wordt tot de winst van de vennootschap en voorts de houders van (gezamenlijk) de meerderheid van het aandelenkapitaal van de vennootschap geen geldleningen verstrekken aan de vennootschap. Alsdan is het aandeelhouderschap een hoedanigheid die voortvloeit uit de verstrekking van de lening.’*

Uit deze overweging blijkt dat geen sprake is van een onzakelijke lening als de geldverstrekker aandeelhouder wordt en in dat kader tevens een (qua voorwaarden onzakelijke) lening verstrekt. De Hoge Raad had kunnen oordelen dat de lening een voortvloeisel is uit het feit dat belastingplichtige aandeelhouder wordt, maar de omgedraaide redenering wordt gehanteerd. Het aandeelhouderschap is juist een gevolg van de verstrekte lening.<sup>139</sup> Mijns inziens zijn deze arresten op een juiste wijze geweest.<sup>140</sup> Het feit dat belastingplichtige voorafgaand aan de geldverstrekking geen aandeelhouder is, maakt dat hij niet onzakelijk kan handelen met de inlenende vennootschap.<sup>141</sup> Hij is voorafgaand aan de verstrekking immers zelf ook een derde. Voorts verkrijgt belastingplichtige aandelen als vergoeding voor het hoge debiteurenrisico en de lagere rente. Daarmee heeft de vergoeding een zakelijk karakter.<sup>142</sup>

---

138. HR 3 mei 2013, nrs. 11/03249 en 12/04193, BNB 2013/170 en 2013/171.

139. R.E. Zwier, Het chalet- en informal investorarrest II; antwoorden en nieuwe vragen, WFR 2014/514.

140. Zie in andere zin: I.M. de Groot, De (on-)zakelijke lening arresten van 3 mei 2013, FED 2013/50.

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

142. Zie ook: C.J. Breen en A.H. Jorritsma, de lening met een zakelijk debiteurenrisico, NTFR-A 2013/13 en O.C.R. Marres, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, WFR 2012/142.

In het arrest BNB 2014/98 heeft de Hoge Raad de uitgangspunten uit deze arresten verder verduidelijkt.<sup>143</sup> Nadat de hierboven geciteerde rechtsoverweging is herhaald, wordt ingegaan op een situatie waarin de conclusie dat geen sprake is van een onzakelijke lening niet is gerechtvaardigd. *‘Dat is in het bijzonder het geval indien na het verstrekken van de geldlening en de daarop volgende toekenning van aandelen aan de geldleningverstrekker een situatie ontstaat waarin alle aandeelhouders min of meer in verhouding tot hun aandelenbelang geldleningen aan de vennootschap verstrekken met welke geldleningen een debiteurenrisico wordt gelopen dat door een onafhankelijke derde onder de gegeven omstandigheden niet zou zijn aanvaard.’*<sup>144</sup>

Concreet mag dus geen situatie ontstaan waarin ook de andere aandeelhouders in min of meer dezelfde verhouding als hun aandelenbelang een onzakelijke lening verstrekken aan de inlenende vennootschap. Zwier beargumenteert dat de ratio achter deze overweging is dat de feiten dan dusdanig zijn dat het kennelijk voor de hand ligt dat de lening (toch) is verstrekt in de hoedanigheid als toekomstig aandeelhouder. Deze argumentatie lijkt mij correct. Worden zakelijke leningen afgesloten door de overige aandeelhouders, dan gaat deze uitzondering niet op en is de lening derhalve zakelijk.<sup>145</sup>

Tevens merkt de Hoge Raad op dat de woorden *‘houders van (gezamenlijk) de meerderheid van het aandelenkapitaal’* uit BNB 2013/170 en 2013/171 niet als normatieve grens moeten worden opgevat. Dit is slechts een van de gevallen waarin de uitzonderingssituatie geen toepassing heeft en dus geen sprake is van een onzakelijke lening.

## 4.8 Onzakelijke leningen omlaag, omhoog en opzij

### 4.8.1 Onzakelijke lening omhoog

Een onzakelijke lening omhoog is een lening verstrekt door een dochtermaatschappij aan haar (indirecte) moeder. Over deze lening is in de literatuur weinig discussie geweest, mede omdat het arrest BNB 2008/191 zag op een onzakelijke lening omhoog. Hierdoor was al snel duidelijk

---

143. HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98.

144. HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, r.o. 3.3.3.1.

145. De Hoge Raad spreekt immers over aandeelhouders die leningen verstrekken met een onzakelijk debiteurenrisico.

dat de onzakelijke lening omhoog bestond. De afwaardering van deze lening is het gevolg van een debiteurenrisico dat is aanvaard op basis van de vennootschapsrechtelijke betrekking tussen partijen en valt derhalve in de kapitaalsfeer. Bij een eventuele kwijtschelding moet een verkapte winstuitdeling in aanmerking worden genomen (zie ook hierna).

#### 4.8.2 Onzakelijke lening omlaag

In de literatuur is wel veel discussie geweest over de vraag hoe de niet-aftrekbaarheid van de afwaardering van een onzakelijke lening omlaag moet worden gekwalificeerd. Zo meent Ligthart dat sprake is van een negatief voordeel uit deelneming.<sup>146</sup> Nieuweboer<sup>147</sup> en Arts<sup>148</sup> zien in de afwaardering geen informele kapitaalstorting, omdat in civielrechtelijke zin nog een vordering bestaat met een terugbetalingsverplichting. Ook Heithuis is deze mening toegedaan.<sup>149</sup> Hoewel zij het voorgaande onderkennen, menen Egelie<sup>150</sup> en de redactie van de Vakstudie Nieuws<sup>151</sup> om pragmatische redenen toch dat op het moment van afwaarderen een informele kapitaalstorting in aanmerking dient te worden genomen.

Ook A-G Wattel gaat in zijn conclusie bij BNB 2013/169 in op de niet-aftrekbaarheid van de afwaardering van een onzakelijke lening omlaag.<sup>152</sup> Hij komt tot de conclusie dat de afwaardering als een voorlopige extracomptabele verhoging van het opgeofferde bedrag moet worden gezien. Bij het tenietgaan van de lening, bijvoorbeeld door liquidatie van de inlener of kwijtschelding van de lening, wordt deze verhoging definitief. Indien de positie van de debiteur verbetert, dan moet de voorlopige verhoging weer (deels) worden teruggenomen. Egelie is van mening dat deze uitwerking inderdaad de beste is.<sup>153</sup>

In BNB 2013/149 (het rente-imputatie arrest) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de voor- en nadelen die voortvloeien uit het onzakelijke debiteurenrisico, buiten aanmerking blijven door

---

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

147. M. Nieuweboer, Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!, NTFR 2012/292.

148. J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, MBB 2012/2.

149. Noot van E.W.J. Heithuis in BNB 2012/78.

150. W.F.E.M. Egelie, De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk, NTFR-B 2012/5.

151. Commentaar op de A-G conclusie van 29 maart 2012, nr. 11/03249, V-N 2012/22.17.

152. HR 3 mei 2013, nr. 12/05166, BNB 2013/169. De conclusie zelf is tevens opgenomen in V-N 2012/35.13.

153. Noot van W.F.E.M. Egelie in BNB 2013/149.

de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.<sup>154</sup> Verder heeft de Hoge Raad in BNB 2014/98 bevestigd dat de afwaardering van een onzakelijke lening nog geen informele kapitaalstorting tot gevolg heeft: *‘De debiteur heeft immers nog steeds een verplichting tot rentebetaling en tot aflossing van het nominale bedrag van de lening. Pas als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap – zal dat verlies gelijkgesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting.’*<sup>155</sup>

De afwaardering moet derhalve worden gezien als een negatief voordeel uit hoofde van een deelneming. Indien de lening en daarmee tevens de terugbetalingsverplichting tenietgaat, is sprake van een informele kapitaalstorting in de debiteur. Dat de Hoge Raad heeft beslist dat de afwaardering van de onzakelijke lening op grond van de deelnemingsvrijstelling niet in aftrek komt, is opmerkelijk te noemen. Deze beslissing brengt namelijk impliciet met zich dat de afwaardering in eerste instantie wel tot de winst behoort. Deze winst is vervolgens objectief vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling.

Binnen het systeem van de totaalwinst zou het beter hebben gepast als deze afwaardering volledig buiten de winstsfeer van de crediteur was geplaatst. De afwaardering vindt plaats doordat een onzakelijk debiteurenrisico is aanvaard in de hoedanigheid als aandeelhouder. Voor de winstberekening moet dit onzakelijke element worden geëlimineerd; dit verlies ziet immers op de vennootschapsrechtelijke betrekking.

Hier spreekt tegen dat de aandeelhouder in principe zijn onderneming drijft met zijn gehele vermogen, inclusief zijn aandelen.<sup>156</sup> Nieuweboer meent dat dit het geval is en dat geen kapitaalsfeer bestaat tussen de aandeelhouder en zijn deelnemingen.<sup>157</sup> Voorts beargumenteert Albert dat van een onttrekking geen sprake kan zijn bij een lening omlaag, omdat de geldverstrekker (aandeelhouder) altijd het economische rendement van de geldverstrekking behoudt en derhalve altijd om bedrijfseconomische redenen is verstrekt.<sup>158</sup>

---

154. HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, r.o. 3.3.3.

155. HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, r.o. 3.3.4.3.

156. Art. 2, vijfde lid, Wet Vpb.

157. M. Nieuweboer, Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst, verzoening gewenst, NTFR 2012/292.

158. P.G.H. Albert, Is het verlies op een onzakelijke lening omlaag aftrekbaar?, WFR 2008/1226.



In zijn optiek kan een afwaarderingsverlies slechts worden geweigerd op grond van de deelnemingsvrijstelling. Dit is mijns inziens onjuist omdat de onzakelijke lening zich kenmerkt door het feit dat de geldverstrekking zelf wel zakelijk is maar het debiteurenrisico dat wordt gelopen niet zakelijk is. Dit risico is geaccepteerd omdat partijen een vennootschapsrechtelijke betrekking hebben. Het verlies dat voortvloeit uit dit debiteurenrisico valt nimmer in de totaalwinst.

Deze uitwerking houdt in dat ook onzakelijke leningen omlaag waarvoor de deelnemingsvrijstelling niet geldt, niet aftrekbaar zijn. De afwaardering behoort immers niet tot de totaalwinst. Ik betwijfel of de Hoge Raad wel goed voor ogen had wat de consequenties zouden zijn van het oordeel dat de afwaardering niet aftrekbaar is op grond van de deelnemingsvrijstelling. Hier spreekt tegen dat Nederlands' hoogste rechtscollege in BNB 2014/98 tot een gelijkkluidend oordeel komt.<sup>159</sup> Vanuit het totaalwinst-perspectief zou een ander oordeel echter zuiverder zijn en beter binnen het kader van de totaalwinst passen.

Voor de crediteur kan naar mijn mening op het moment van de afwaardering derhalve al een onttrekking worden gezien.<sup>160</sup> Hij maakt op dat moment immers de kosten van de afwaardering. Dit betekent niet dat ook de informele kapitaalstorting bij de debiteur in aanmerking moet worden genomen, want voor hem bestaat de terugbetalingsverplichting nog (zie ook hierboven). Ik meen dan ook dat de uitwerking van Wattel de juiste is: op het moment van afwaardering wordt een extracomptabele verhoging van de verkrijgingsprijs in aanmerking genomen, welke definitief wordt wanneer de lening door liquidatie of kwijtschelding tenietgaat.

### 4.8.3 Onzakelijke opzij

De vraag op basis waarvan de afwaardering van een onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar is, heeft ook invloed gehad op de discussie of de afwaardering van een onzakelijke lening opzij al dan niet aftrekbaar is.<sup>161</sup>

---

159. HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98, r.o. 3.3.4.3.

160. Zoals in hoofdstuk 2 is gebleken, zijn onttrekkingen alle uitgaven die geen bedrijfsdoel dienen, maar bijvoorbeeld ter bevrediging van de aandeelhouder in die hoedanigheid zijn gedaan.

161. De vraag in de literatuur is niet of de onzakelijke lening opzij bestaat, maar vooral of de afwaardering hiervan al dan niet aftrekbaar is. Zie onder andere A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. Velden, De onzakelijke lening anno 2014 – deel I, SDU mbb 2014/05/02.

Zo meent Heithuis dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij aftrekbaar is, omdat zustervennootschappen geen deelneming in elkaar hebben en derhalve niet aan de deelnemingsvrijstelling kan worden toegekomen.<sup>162</sup> Hij geeft echter al aan dat de Hoge Raad deze uitkomst waarschijnlijk niet zal accepteren.<sup>163</sup> En dat klopt, want in het arrest van 6 december 2013 geeft de Hoge Raad impliciet aan dat een lening opzij ook onzakelijk kan zijn en een afwaardering derhalve niet aftrekbaar.<sup>164</sup>

Evenals Albert ben ik van mening dat de onzakelijke lening opzij als een variant op de onzakelijke omhoog moet worden beschouwd.<sup>165</sup> De lening wordt namelijk verstrekt om de gezamenlijke aandeelhouder te dienen. De reden waarom zustervennootschappen een lening met een onzakelijk debiteurenrisico aan elkaar verstrekken, kan immers alleen zijn gelegen in het feit dat hiermee de gezamenlijke aandeelhouder wordt bevoordeeld. Dit brengt met zich dat het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is om dezelfde redenen als hiervoor omschreven in 4.8.1. De kwijtschelding van een onzakelijke lening opzij vormt een verkapte dividenduitkering aan de gezamenlijke aandeelhouder, gevolgd door een informele kapitaalstorting in de inlenende vennootschap. Op het moment van afwaarderen verhoogt de gezamenlijke aandeelhouder extracomptabel de verkrijgingsprijs in de debiteur.

## 4.9 Onzakelijke lening in de tbs-sfeer

### 4.9.1 Inleiding

In BNB 2012/78 is beslist dat de onzakelijke lening jurisprudentie ook geldig is voor de tbs-sfeer. In deze paragraaf wordt bekeken hoe de verschillende varianten van de onzakelijke lening in deze sfeer uitwerken. Daarvoor is allereerst van belang in welke situaties het verstrekken van een lening als resultaat uit overige werkzaamheden (hierna: 'ROW') wordt belast.

---

162. E.J.W. Heithuis, Verlies op een onzakelijke lening opzij aftrekbaar, WFR 2013/998.

163. E.J.W. Heithuis, Afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij is aftrekbaar, WFR 2014/356.

164. HR 6 december 2013, nr. 12/04798, V-N 2014.5.16. De Hoge Raad doet het arrest af met art. 81 RO, waar Hof Amsterdam in dit verband oordeelde dat sprake is van een onzakelijke lening tussen een crediteur en haar 'nichtje', de dochtervennootschap van haar zustervennootschap.

165. P.G.H. Albert, De onzakelijke lening opzij, WFR 2013/1464.

De meest voor de hand liggende variant is de situatie waarin een aandeelhouder met een aanmerkelijk belang een lening verstrekt aan de vennootschap waarin het aanmerkelijk belang wordt gehouden. Een andere mogelijkheid is dat de lening is verstrekt door een verbonden persoon van de ab-houder. Conform art. 3.91, tweede lid, sub b, Wet IB wordt onder verbonden persoon de partner of een minderjarig kind van de belastingplichtige gezien. Onder art. 3.91, tweede lid, sub c, Wet IB wordt onder een verbonden persoon verder nog een minderjarige terbeschikkingsteller - met een terbeschikkingstelling aan de vennootschap waarin de ouders, grootouders of overgrootouders of de partner van een van deze dan wel het minderjarig kind zelf een aanmerkelijk belang hebben- gezien. De laatste mogelijkheid waarbij een lening belast wordt als ROW is indien een bloedverwant in de rechte lijn van de ab-houder of de partner een lening verstrekt welke ongebruikelijk is in het maatschappelijk verkeer.

Hieronder wordt allereerst de lening door een verbonden persoon besproken, vervolgens de lening door de ab-houder zelf en ten slotte nog de ongebruikelijke lening door een bloedverwant in de rechte lijn.

#### **4.9.2 Lening verstrekt door een verbonden persoon**

##### **Kwalificatie als onzakelijke lening**

De allereerste vraag die dient te worden gesteld bij een lening die is verstrekt door een verbonden persoon, is of deze lening onder omstandigheden als onzakelijke lening kan worden aangemerkt. Dit is geen uitgemaakte zaak nu de Hoge Raad de onzakelijke lening veelal koppelt aan het feit dat de crediteur tevens aandeelhouder is. De reden waarom de lening door een verbonden persoon niet aftrekbaar is, kan niet zijn gelegen in het aandeelhouderschap. De crediteur is immers geen aandeelhouder en kan het debiteurenrisico dan ook niet in die hoedanigheid hebben aanvaard.

Evenals Arts ben ik van mening dat in deze situatie toch sprake kan zijn van een onzakelijke lening.<sup>166</sup> Zoals hij terecht aangeeft, zijn de beweegredenen van de terbeschikkingsteller in deze situatie verweven met de beweegredenen van de ab-houder. De reden van verbonden persoon om deze (onzakelijke) lening te verstrekken is gelijk aan de reden die een ab-houder

---

166. J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen*, fed fiscale brochures, Deventer: Kluwer, 2013, p. 110.

zelf heeft om de lening tegen een onzakelijk debiteurenrisico te verstrekken. Ondanks dat het vermogen gescheiden is, ben ik van mening dat de motivatie om een dergelijke lening te verstrekken kan worden doorgetrokken van de ab-houder naar de terbeschikkingsteller. De conclusie is dan dat ook een verbonden persoon met een terbeschikking gestelde lening een onzakelijke lening kan vormen.

### **Gevolgen voor de rente**

Indien uiteindelijk tot de conclusie wordt gekomen dat een lening een onzakelijke lening is die is verstrekt door een verbonden persoon, dan is de volgende vraag wat de gevolgen van deze kwalificatie zijn. Hieronder worden allereerst de gevolgen voor de rente besproken en vervolgens voor de afwaardering en de kwijtschelding.

Stel dat M en V getrouwd en derhalve fiscaal partners zijn, waarbij M alleen aandeelhouder is van X BV.<sup>167</sup> V heeft als verbonden persoon uit haar eigen vermogen een lening verstrekt aan X BV, waarbij V een onzakelijk debiteurenrisico op zich heeft genomen. Zou de lening uit hun gezamenlijke vermogen komen, dan vallen zowel M en V in de tbs-sfeer voor hun respectievelijke deel. Daar is in dit voorbeeld geen sprake van.

Door een lagere rente dan de arm's length rente te betalen, bevoordeelt V indirect M. De aandelen in X BV worden meer waard doordat minder rente wordt betaald. Het feit dat een lagere rente is afgesproken vindt zijn oorsprong in de relatie tussen V en M en niet tussen V en X BV, V is immers geen aandeelhouder in X BV. M verkrijgt het voordeel op grond van zijn relatie met V. Dit voordeel wordt door M doorgegeven aan X BV. Het verschil tussen de arm's length rente en de rente die is afgesproken vormt derhalve een informele kapitaalstorting door M in X BV.

### **Gevolgen van afwaarderen en kwijtschelden**

Stel weer dezelfde situatie als hierboven voor. Uiteindelijk waardeert V de lening af en scheldt deze uiteindelijk kwijt. De afwaardering van de onzakelijke lening is niet aftrekbaar. Op het moment van de afwaardering vindt echter nog geen kapitaalstorting plaats; dit is pas het geval

---

167. Dit betekent impliciet dat M en V niet in gemeenschap van goederen zijn getrouwd. In die situatie had V immers ook een ab gehad in X BV.

indien de lening wordt kwijtgescholden en het vermogen definitief naar de schuldenaar (X BV) is verschoven.

V verstrekt een onzakelijke lening aan X BV, niet omdat zij aandeelhouder is, maar omdat M aandeelhouder is. Door deze lening te verstrekken en zo een onzakelijk debiteurenrisico te aanvaarden, wil zij M bevoordelen via X BV. Evenals Arts ben ik van mening dat een dergelijk voordeel zich afspeelt in de privésfeer.<sup>168</sup> Net als het geval was bij de rente, ontvangt M het voordeel op grond van de relatie met V. Het voordeel wordt door M doorgegeven aan X BV in de vorm van een informele kapitaalstorting. Deze kapitaalstorting verhoogt de verkrijgingsprijs van M met het bedrag van de kwijtschelding door V.

### **Gevolgen voor de schenkbelasting**

De laatste relevante vraag is of het voordeel dat M van V ontvangt een belastbaar feit is voor de schenkbelasting. Om van een door de schenkbelasting onderworpen schenking te kunnen spreken, moet worden voldaan aan de criteria van art. 1, zevende lid, SW. Deze criteria zijn achtereenvolgens de verarming van de schenker, de verrijking van de begiftigde en het feit dat de schenking moet worden gedaan uit vrijgevigheid.

Bij de beoordeling van het verschil tussen de arm's length rente en de feitelijk afgesproken rente, zal in voorkomend geval een duidelijke verarming (van V) en een duidelijke verrijking (van M) te zien zijn. De vraag of deze schenking uit vrijgevigheid is gedaan, is lastiger te beantwoorden. Vrijgevigheid houdt in dat de bevoordeling plaatsvindt zonder een adequate tegenprestatie te verwachten.<sup>169</sup> Hiervoor zal meer naar de feiten en omstandigheden van de specifieke casus worden gekeken en in hoeverre partijen zich bewust waren van het feit dat de lening onzakelijk was. Het geheel afzien van rente kan hier een indicator van zijn. In de praktijk zal het zeer lastig zijn om dit oogmerk objectief vast te stellen.

Bij de kwijtschelding van de onzakelijke lening kan ook weer sprake zijn van een belastbare schenking. Duidelijk is dat hier een verrijking van de begiftigde (M) plaatsvindt. Of V ook daadwerkelijk verarmt, is afhankelijk van de vraag of het nog te verwachten is dat de

---

168. J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen*, p. 115.

169. Van Vijfeijken, *Cursus Belastingrecht*, editie Schenk & Erfbelasting, onderdeel 6.1.0.D.

schuldenaar (X BV) zijn lening nog deels gaat terugbetalen. Indien de lening daadwerkelijk niks meer waard is, verarmt V bij de kwijtschelding niet. Heeft de lening nog wel waarde, dan vindt hier wel een verarming plaats. In voorkomend geval zal de waarde van een onzakelijke lening (bijna) nihil zijn. Is de conclusie vervolgens dat de schenking belast is voor de schenkbelasting, dan omvat deze een zeer laag bedrag. Ook hier is de vraag of sprake is van vrijgevigheid moeilijk te beantwoorden. Indien een zakelijk handelende crediteur de lening tevens had kwijtgescholden, om welke reden dan ook, dan kan hier mijns inziens geen sprake zijn van vrijgevigheid. Een zakelijk handelende crediteur zal immers altijd een adequate tegenprestatie verwachten, in welke vorm dan ook.<sup>170</sup>

#### 4.9.3 Lening verstrekt door een ab-houder

##### **Toewijzen van de informele kapitaalstorting**

De analyse van deze situatie wordt gedaan aan de hand van casus van BNB 2012/78. Zoals eerder geïllustreerd was in deze casus sprake van twee aandeelhouders, M en V (indirect via een holding). De aandeelhouders zijn getrouwd in gemeenschap van goederen. M heeft 50,05% van de aandelen in zijn bezit en V heeft 49,05%.

Heithuis meent dat, aangezien M 50,05% van de aandelen in zijn bezit heeft, de verkrijgingsprijs van M ook slechts met 50,05% van het kwijtgescholden bedrag dient te worden verhoogd.<sup>171</sup> Het overige deel van de kwijtschelding van M betekent een verhoging van de verkrijgingsprijs voor H (de holding van V). Om dit te kunnen bereiken, meent Heithuis een schenking van M aan V te zien waarna V dit bedrag als informeel kapitaal stort in H. Uiteindelijk is het kwijtgescholden bedrag van M dus voor 50,05% als ab-verlies te nemen voor M. Voor het overige deel valt het verlies (indirect) bij V.

Ligthart is, anders dan Heithuis, van mening dat de verkrijgingsprijs van M ex art. 4.21 Wet IB niet slechts met 50,05% dient te worden verhoogd maar met het volledige bedrag van de kwijtschelding.<sup>172</sup> Hij merkt op dat de Hoge Raad in zijn bewoording uitgaat van de ab-houder (niet: ab-houders) die de onzakelijke lening heeft verstrekt en kwijtgescholden. Voorts

---

170. Denk hierbij bijvoorbeeld weer aan de situatie waarin de crediteur tevens handelspartner is van de schuldenaar.

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

172. N.M. Ligthart, Gevolgen onzakelijke tbs-lening bij medeaandeelhouderschap, WFR 2012/1038.

beargumenteert Ligthart dat wanneer de Hoge Raad van mening was geweest dat de verkrijgingsprijs slechts met een deel van het kwijtscholden bedrag wordt verhoogd, hij dit ook tot uitdrukking zou hebben gebracht. Het verlies ziet geheel op het onzakelijke debiteurenrisico dat M heeft aanvaard en niet op de bevoordeling van de medeaandeelhouder. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het ab-regime een subjectief karakter heeft en de verkrijgingsprijs per aandeelhouder wordt bepaald.

Zoals Ligthart terecht stelt, ligt de kern van deze discussie in de vraag of de kwijtschelding al dan niet zakelijk is. Indien de kwijtschelding in het verlengde ligt van het onzakelijk handelen door M, kan de conclusie worden getrokken dat M door de kwijtschelding tevens V heeft willen bevoordelen. De kwijtschelding ligt dan, net als in de situatie dat V een verbonden persoon was, in de privésfeer. De relevante vraag die moet worden gesteld is of de kwijtschelding wordt gedaan in de hoedanigheid als aandeelhouder (bevoordelen van V) of als schuldeiser (geen bevoordeling van V maar van de debiteur). Het bevoordelen van V vindt plaats via de gezamenlijke vennootschap. In deze situatie wordt de verkrijgingsprijs van V met 49,95% van het kwijtscholden bedrag verhoogd, omdat het voordeel dat V ontvangt via een informele kapitaalstorting wordt doorgegeven aan de vennootschap.

Is de kwijtschelding op zakelijke (niet aandeelhouders) gronden gebeurd, bijvoorbeeld omdat de lening niks meer waard is of om de debiteur weer financiële speelruimte te geven, dan is dit een bevoordeling van de vennootschap die slechts aan M is toe te rekenen. In dat geval doet alleen M een informele kapitaalstorting en wordt derhalve zijn verkrijgingsprijs met het volledige bedrag van de kwijtschelding verhoogd.

Ligthart meent dat de kwijtschelding zelf in beginsel zakelijk is. Het (afwaarderings)verlies valt in de kapitaalsfeer maar de daarop volgende kwijtschelding is zakelijk. Heithuis komt in zijn naschrift bij WFR 2012/1038 tot de conclusie dat de vraag of de kwijtschelding zakelijk is, irrelevant is. Hij meent dat elke handeling - anders dan door aflossing - waardoor een onzakelijke vordering tenietgaat per definitie wordt gedaan in de hoedanigheid van aandeelhouder. De informele kapitaalstorting kan niet op enig moment in een andere hoedanigheid worden gedaan. Heithuis sluit zijn naschrift af met de gedachte dat de uitkomst

die Ligthart voorschrijft redelijk is. Hoewel hij op grond van de fiscaal-juridische dogmatiek niet tot een gelijklopende conclusie komt, juicht hij de uitkomst wel toe.

Ik ben van mening dat de toets die Ligthart introduceert wel degelijk relevant is. Het afwaarderen en kwijtschelden van een lening zijn twee aparte handelingen, waaraan niet per definitie dezelfde motieven ter grondslag liggen. Deze handelingen moeten derhalve los van elkaar worden gezien. Dat het debiteurenrisico en de daaruit voortvloeiende afwaardering zijn gedaan in de hoedanigheid van aandeelhouder, brengt nog niet met zich dat de kwijtschelding ook in deze hoedanigheid wordt gedaan. Mijns inziens moet dan ook apart worden getoetst of de kwijtschelding zakelijk is. De gevolgen die aan de kwijtschelding worden verbonden zijn afhankelijk van deze toets.

### **Gevolgen voor de schenkbelasting**

Indien tot de conclusie wordt gekomen dat de kwijtschelding zakelijk is, dan wordt slechts de verkrijgingsprijs van M verhoogd, aangezien M als enige een informele kapitaalstorting in de vennootschap doet. In dat geval wordt niet toegekomen aan een schenking.

Is de kwijtschelding onzakelijk, dan heeft dit als gevolg dat M een voordeel heeft willen toekennen aan V door middel van haar (middellijke) aandelen in de inlener. Deze situatie is gelijk aan die in de vorige paragraaf waarin V als verbonden persoon een lening verstrekt.<sup>173</sup> Voor de uitwerking van deze situatie verwijs ik terug naar de analyse in paragraaf 4.9.2.

#### **4.9.4 Ongebruikelijke terbeschikkingstelling**

Van een ongebruikelijke tbs is sprake, indien:<sup>174</sup>

- De transactie ongebruikelijk is in het maatschappelijk verkeer;
- De transactie gebruikelijk is in het maatschappelijk verkeer maar tegen onzakelijke voorwaarden is overeengekomen;

---

173. Met uitzondering van het feit dat in die casus V degene was die de schenking verrichtte, waar in deze situatie M de kwijtschelding doet en derhalve mogelijk een voor de schenkbelasting belastbare schenking doet.

174. E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, fed fiscale studieserie nr. 35, Kluwer: Deventer, 2014, afdeling 3.4.4, onderdeel i.



- De transactie zakelijke voorwaarden heeft maar onderdeel is van een samenstel van transacties die zich buiten de familiesfeer niet voordoet.

In het kader van de onzakelijke lening gaat het om de tweede situatie, waarbij de transactie tegen onzakelijke voorwaarden is afgesproken. De Hoge Raad heeft beslist dat de onzakelijke lening jurisprudentie ook voor deze vorm van tbs geldt.<sup>175</sup> Arts is echter van mening dat de onzakelijke lening voor deze vorm van tbs niet van toepassing is.<sup>176</sup> Hij beargumenteert dat de geldverstrekker in het tbs-regime valt vanwege het feit de lening onzakelijke voorwaarden heeft. Om de aftrek van de lening vervolgens te weigeren zou inconsistent zijn. Daarbij stelt hij dat uit het arrest van de Hoge Raad niet is af te leiden dat lening als onzakelijke lening is gekwalificeerd, de aftrekbaar kan namelijk ook om een andere reden zijn geweigerd.

Anders dan Arts meen ik dat uit het arrest van 18 januari 2013 wel is af te leiden dat de onzakelijke lening ook geldt voor een ongebruikelijke tbs. Hof Arnhem zet in haar arrest uiteen dat het onzakelijke debiteurenrisico is aanvaard vanwege de familierelatie en dat derhalve sprake is van een onzakelijke lening en het afwaarderingsverlies niet ten laste van resultaat kan worden gebracht.<sup>177</sup> De Hoge Raad doet de zaak af met art. 81 RO, waaruit is af te leiden dat het Hof geen onjuiste rechtsopvatting heeft gehad.

Uit dit arrest volgt mijns inziens dat ook vorderingen/leningen binnen een ongebruikelijke tbs een onzakelijke lening kunnen vormen. In dit arrest gaat het om de familierelatie van de geldverstrekker met haar zoon en diens aandeelhoudersrelatie met de vennootschap. Het debiteurenrisico volgt niet uit zakelijke overwegingen en de afwaardering kan daarom niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Voor de verdere gevolgen van deze kwalificatie verwijs ik naar paragraaf 4.9.2.

---

175. HR 18 januari 2013, nr.12/01108, NTFR 2013/181.

176. J.H.M. Arts, Onzakelijke leningen, p. 115.

177. Hof Arnhem, 17 januari 2012, nr. 11/00294, V-N 2012/19.1.3.

## 4.10 Onzakelijke leningen versus herkwalificaties

### 4.10.1 Inleiding

In paragraaf 2.4 is ingegaan op de drie vormen van herkwalificaties en de bijbehorende eigenschappen. Nu de onzakelijke lening jurisprudentie is geanalyseerd, is het gepast om nog kort bij dit onderwerp stil te staan en een vergelijking met de onzakelijke lening te maken.

### 4.10.2 Bodemlozeputlening

Evenals bij de bodemlozeputlening is het bij de onzakelijke lening zo dat het debiteurenrisico moet zijn aanvaard om de moeder- of dochtervennootschap in die hoedanigheid te dienen. Het verschil met de bodemlozeputlening zit in het feit dat bij verliesfinanciering aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat de lening niet (geheel) zou kunnen worden terugbetaald. Bij de onzakelijke lening gaan partijen op het moment van aangaan wel degelijk uit van volledige terugbetaling. Indien de crediteur op het moment van verstrekken - objectief beschouwd - nog een terugbetaling kan verwachten, is geen sprake van een bodemlozeputlening en is de lening eventueel onzakelijk.

In de praktijk zal dit onderscheid niet altijd even duidelijk zijn. Een onzakelijke lening is in beginsel vanaf het moment van aangaan onzakelijk. Het onderscheid zal uiteindelijk worden bepaald door specifieke feiten, zoals de vraag hoe reëel de terugbetalingsverplichting is en wat de intentie van partijen was op het moment van het aangaan van de lening.

Overigens constateert Arts nog een opmerkelijke tegenstrijdigheid tussen de bodemlozeputlening en de onzakelijke lening.<sup>178</sup> In BNB 1988/217 is namelijk beslist dat een geldverstrekking een bodemlozeputlening is voor zover bij de verstrekking al duidelijk was dat het geld niet terugbetaald zou worden. Aangezien deze toets voorgaat op de toets of een lening onzakelijk is, kan daardoor de situatie ontstaan dat een deel van de geldverstrekking als bodemlozeputlening wordt gekwalificeerd en voor het overige deel als onzakelijke lening. Een kwalificatie als onzakelijke lening geldt voor de lening als geheel, echter is een deel van de geldverstrekking geen lening maar eigen vermogen. Een eventueel afwaarderingsverlies is voor beide delen niet aftrekbaar. De ontvangen rente (op een lening omlaag) valt echter voor

---

178. J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen*, p. 64.

een deel onder de deelnemingsvrijstelling en voor een deel wordt deze belast tegen de waarde in het economische verkeer.

#### **4.10.3 Deelnemerschapslening**

De deelnemerschapslening moet geen vaste (c.q. langer dan 50 jaar) looptijd hebben en slechts opeisbaar zijn bij liquidatie of faillissement, achtergesteld zijn en winstafhankelijk. Het achterstellen van de lening en het afspreken van een zeer lange looptijd zijn omstandigheden die ook van invloed zijn bij de onzakelijke lening. Bij een lange looptijd zal een onafhankelijke derde bijvoorbeeld veelal zekerheden eisen. Verder hoeft een achtergestelde lening niet per definitie onzakelijk te zijn, maar een onafhankelijke derde zal wel een hogere rentevergoeding willen voor dit extra debiteurenrisico.

De voorwaarden van de deelnemerschapslening zijn dusdanig dat in feite wordt 'deelgenomen' in de debiteur. Bij de onzakelijke lening ligt de grens van een correctie juist bij een winstdelende rente, omdat het risico van de vergoeding op de lening anders gelijk zou worden gesteld met het risico van de vergoeding van de aandeelhouders. Verder kunnen de voorwaarden van een deelnemerschapslening wel degelijk zakelijk zijn. Derhalve zal het onderscheid vaak wel duidelijk zijn. Indien niet aan de voorwaarden van de deelnemerschapslening wordt voldaan, kan worden bekeken of de lening wellicht onzakelijk is.

#### **4.10.4 Schijnlening**

In eerste instantie lijkt het onderscheid tussen een schijnlening en een onzakelijke lening duidelijk: bij laatstgenoemde is wel degelijk sprake van vreemd vermogen. Dat een lening niet onder arm's length voorwaarden is afgesloten, maakt niet dat de lening dient te worden geherkwalificeerd. Uit art. 8 Wet Vpb (totaalwinst-gedachte) en meer expliciet art. 8b Wet Vpb (at arm's length handelen) volgt dat dan een correctie naar zakelijke voorwaarden moet worden gedaan.

Bij de onzakelijke lening is echter geen correctie mogelijk zonder de wilsovereenstemming van partijen aan te passen.<sup>179</sup> In deze situatie kan worden getwijfeld of partijen in feite niet een kapitaalverstrekking voor ogen hebben gehad en derhalve kan worden gesproken van een schijnlening. Een onafhankelijke derde zou het debiteurenrisico immers niet accepteren. Het is in voorkomend geval afhankelijk van de feiten en omstandigheden wat de intenties van partijen waren en met welke gedachte de geldverstrekking is gedaan.

#### 4.11 Conclusie

Indien een correctie van de rente de lening in wezen winstdelend zou maken, is sprake van een onzakelijke lening. Deze toets is wel degelijk een nieuw element en vormt een meer concrete toets om te concluderen dat de lening onzakelijk is. De toets van *'in wezen winstdelend'* is een andere dan de *'winstafhankelijke rente'* toets die geldt voor de deelnemerschapslening. De correctie zou het risico van de vergoeding dusdanig hoog maken dat deze in wezen gelijk is met een vergoeding op eigen vermogen.

De Hoge Raad noemt in zowel BNB 2008/191 en BNB 2012/37 *'bijzondere omstandigheden'* die kunnen leiden tot de conclusie dat de lening alsnog zakelijk is, ondanks dat een correctie naar een zakelijke (niet winstdelende) rente niet mogelijk is. Mijns inziens vormen deze omstandigheden een onderdeel van het geheel aan rechtsverhoudingen tussen de partijen en voegt het op zichzelf weinig toe. Welke omstandigheden kunnen leiden tot deze conclusie is niet duidelijk. Ik meen dat steeds de concrete vraag moet worden gesteld: Zou een derde onder gelijke omstandigheden deze lening hebben verstrekt?

Of een lening al dan niet onzakelijk is, wordt getoetst op het moment van aangaan. Een lening kan ook gedurende de looptijd onzakelijk worden; de bewijslast ligt hierbij wel bij de inspecteur. Andersom betwijfel ik of een onzakelijke lening gedurende de looptijd weer zakelijk kan worden. Indien dit het geval is, ligt een soortgelijke bewijslast bij de belastingplichtige.

De borgstellingsanalogie brengt met zich dat de debiteur de credit rating van de crediteur krijgt. De debiteur betaalt op deze wijze de rente die de crediteur richting een derde zou

---

179. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2.

betalen voor een lening onder overigens dezelfde voorwaarden. Vervolgens moet de crediteur de rente waarderen op de waarde in het economische verkeer op het moment van verschuldigd worden en voor die waarde in de fiscale winstberekening in aanmerking nemen. De staatssecretaris is van mening dat indien de crediteur zelf (ook) niet investment grade (credit rating lager dan BBB-) is, partijen niet meer dan een risicovrije rente in aanmerking mogen nemen. Zoals is aangetoond, kan dit in internationale situaties tot mismatches leiden.

Bij een renteloze lening is het de vraag of op balansdatum reeds de renteaanwas in aanmerking moet worden genomen. Omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de vordering pas ontstaat op de vervaldatum, ben ik van mening dat dit niet geval is. Daarnaast zal het belang in voorkomend geval niet zo groot zijn, nu de waarde in het economische verkeer niet erg hoog zal zijn.

In BNB 2013/170 en 2013/171 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wanneer een belastingplichtige een lening met een onzakelijk debiteurenrisico verstrekt en in verband met die verstrekking aandeelhouder wordt, dit geen onzakelijke lening is. Het feit dat belastingplichtige aandeelhouder wordt, vormt een zakelijke vergoeding voor het gelopen debiteurenrisico. Belastingplichtige is immers voorafgaand aan de verstrekking ook een derde partij. Deze conclusie gaat echter niet op indien de overige aandeelhouders in min of meer dezelfde verhouding als hun aandelenbelang een onzakelijke lening verstrekken.

Bij afwaardering is nog geen informele kapitaalstorting te zien. De informele kapitaalstorting vindt plaats wanneer de lening tenietgaat, bijvoorbeeld door kwijtschelding of door liquidatie van de debiteur. Deze kapitaalstorting verhoogt de verkrijgingsprijs (IB) of het opgeofferde bedrag (Vpb). De afwaardering van een onzakelijke lening omlaag blijft bij de crediteur buiten de winstberekening door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Ik meen dat deze beslissing van de Hoge Raad anders had moeten luiden. De afwaardering zou geheel buiten de winstsfeer moeten blijven nu deze het gevolg is van een handeling als aandeelhouder. De afwaardering is mijns inziens derhalve een handeling die zich in de kapitaalsfeer afspeelt.

Een onzakelijke lening kan zich ook in de tbs-sfeer afspelen. Een lening verstrekt door een aandeelhouder of een verbonden persoon kan wel tot een onzakelijke lening leiden, evenals

een lening die kwalificeert als ongebruikelijke tbs. Wanneer een verbonden persoon de onzakelijke lening kwijtscheldt, vormt dit een bevoordeling van de aandeelhouder, gevolgd door een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder in de vennootschap. Indien een aandeelhouder zijn onzakelijke lening kwijtscheldt en er meerdere aandeelhouders in het spel zijn, dan dient te worden getoetst of deze kwijtschelding zakelijk is. Zo ja, dan vormt de kwijtschelding alleen een kapitaalstorting door de kwijtschelder. Zo nee, dan vormt de kwijtschelding een pro rata informele kapitaalstorting door de verschillende aandeelhouders naar verhouding van hun deel in de vennootschap. Mogelijk vormt de bevoordeling van de (mede)aandeelhouders een voor de schenkbelasting belastbare schenking.

Wanneer de onzakelijke lening met de drie vormen van herkwalificatie wordt vergeleken, valt het volgende op. Het verschil met de bodemlozeputlening zit hem in het feit dat de crediteur vooraf wist/behoorde te weten dat de lening niet zou worden terugbetaald. Bij een onzakelijke lening is de terugbetalingsverplichting wel reëel. De voorwaarden van de deelnemerschapslening wijken af van de toets of een lening zakelijk is, het onderscheid zal derhalve doorgaans niet lastig te maken zijn. Bij een schijnlening is in feite sprake van een eigen vermogen verstrekking. Dit is bij een onzakelijke lening niet het geval. Of een lening als schijnlening kwalificeert is afhankelijk van de feiten en omstandigheden die bepalen wat te intenties van partijen waren.

## 5 Invulling van de feiten en omstandigheden

### 5.1 Inleiding

Nu de verschillende aspecten van de onzakelijke lening zijn besproken, kan worden ingezoomd op de feiten en omstandigheden die leiden tot een onzakelijke lening. Voor een onzakelijke lening moet sprake zijn van een onzakelijk debiteurenrisico, waarbij het risico niet is te corrigeren met een niet-winstdelende rente. In dit hoofdstuk wordt een analyse gemaakt van de jurisprudentie en de aspecten die de Hoven en de Hoge Raad laten meewegen in hun oordeel om tot een onzakelijke lening te komen. Hieruit volgt een antwoord op de vraag: *‘Welke feiten en omstandigheden spelen een rol bij de kwalificatie tot onzakelijke lening?’*.

### 5.2 Jurisprudentie waarin sprake is van een onzakelijke lening

#### 5.2.1 HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191

De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat het Hof betekenis kon toekennen aan de omstandigheden dat:

1. geen leningsovereenkomst is opgemaakt;
2. geen aflossingsschema is vastgesteld; en
3. nimmer zekerheden zijn gevraagd noch verstrekt.<sup>180</sup>

In het bijzonder vestigt de Hoge Raad zijn aandacht op het feit dat geen zekerheden zijn verstrekt en dat de aflossingen plaats moesten vinden uit een te genereren dividendstroom.<sup>181</sup> Dit maakt dat de aflossing zeer onzeker was en het debiteurenrisico derhalve erg hoog was.

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

Het Hof oordeelt dat belanghebbende een debiteurenrisico op zich heeft genomen dat zij enkel heeft aanvaard in haar positie van aandeelhouder. Een onafhankelijke derde zou dit risico niet als zodanig hebben aanvaard. De Hoge Raad volgt het oordeel van het Hof dat hierbij van belang is dat:

1. De debiteur geen andere inkomsten had dan de inkomsten uit effecten;

---

180. HR 9 mei 2008, nr. 43 849, r.o. 3.2.

181. HR 9 mei 2008, nr. 43 849, r.o. 3.3.

2. De debiteur had geen ander vermogen dan het gestorte kapitaal van € 18,151;
3. Belanghebbende geen zekerheid had bedongen op de vordering;
4. Tussen partijen geen aflossingsschema is overeengekomen;
5. De inkomsten uit effecten niet voldoende waren om de verschuldigde rente van vijf percent te voldoen. Om de verschuldigde rente te kunnen voldoen, moest een deel van de effecten worden verkocht, wat een verdere koersstijging van de overige effecten zou vereisen;
6. Het opstellen van een geldleningsovereenkomst met daarin een pandrecht geen extra zekerheden gaf, nu de aflossing nog steeds afhankelijk was van de waardeontwikkeling van de effecten;
7. Een correctie van de rente een verdere koersstijging zou vereisen;
8. Van bijzondere omstandigheden die tot een andere conclusie nopen geen sprake is.

Deze omstandigheden nopen het Hof en de Hoge Raad tot het oordeel dat het verlies op een dergelijke lening niet aftrekbaar is.

### 5.2.3 HR 25 november 2011, nr. 10/5161, BNB 2012/38

In deze casus oordeelde het Hof dat de lening onzakelijk was omdat:

1. Geen zekerheden waren bedongen;
2. De rente laag was (mede gelet op het feit dat geen zekerheden waren gesteld) en werd bijgeschreven op de hoofdsom;
3. Het lage rentepercentage in combinatie met de uitgestelde aflossingsplicht;
4. De verhouding tussen de schulden en het eigen vermogen;
5. Het niet op een andere wijze bieden van voldoende compensatie voor de lage rente;
6. De afwezigheid van bijzondere omstandigheden;
7. Het verstrekken van de lening ondanks gebrek aan kennis voor de beoordeling van het debiteurenrisico;
8. Het debiteurenrisico werd vergroot door het aanstellen van de echtgenote van de aandeelhouder als bedrijfsleider hoewel zij geen ervaring in de onderneming had.

De Hoge Raad gaat niet inhoudelijk in op het oordeel van het Hof. Hij overweegt: *‘Ervan uitgaande dat de door belanghebbende aan GmbH verstrekte geldlening onzakelijk is in die zin*



*dat de aanvaarding door belanghebbende van het debiteurenrisico berustte op aandeelhoudersmotieven (...)*'. Omdat het oordeel van het Hof geen onjuiste rechtsopvatting bevat, bevestigt de Hoge Raad het oordeel impliciet.

#### **5.2.4 HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78**

In dit arrest, waaruit is gebleken dat de onzakelijke lening ook geldt voor de tbs-sfeer, oordeelt het Hof dat belanghebbende een debiteurenrisico heeft gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben gelopen. Dit baseert het Hof op de omstandigheden dat:

1. Belanghebbende een substantiële geldlening heeft verstrekt;
2. Ten tijde van het verstrekken van de lening geen zekerheden zijn verschaft;
3. Geen afspraken over aflossing zijn gemaakt;
4. De crediteur naast de vordering op de dochter nauwelijks noemenswaardige activa bezat;
5. Gesteld noch gebleken is dat belanghebbende is gecompenseerd voor het verschaffen van deze (onzakelijke) lening.

De Hoge Raad gaat mee in het oordeel van het Hof: het afwaarderingsverlies kan niet ten laste van de winst worden gebracht.

#### **5.2.5 Hof Amsterdam 13 september 2012, nr. 11/00357, NTFR 2013/58**

Hof Amsterdam oordeelt in dit arrest dat sprake is van onzakelijke leningen omdat:

1. De vennootschap in extreme mate met vreemd vermogen is gefinancierd;
2. Alle (waardevolle) activa zijn verpand aan de Rabobank;
3. De lening is achtergesteld op de lening van de Rabobank;
4. Geen enkele zekerheid is geboden;
5. Een gebrek aan (de mogelijkheden tot) zekerheidsstelling bestond.

#### **5.2.6 HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149**

Ten slotte het (rente imputatie-) arrest, waarin Hof Amsterdam allereerst uitvoerig ingaat op de vraag of de lening moet worden geherkwalificeerd. Dit is niet het geval nu de lening een reële terugbetalingsverplichting heeft (schijnlening), aan de drie voorwaarden niet wordt

voldaan (deelnemerschapslening) en niet reeds aanstonds duidelijk was dat de lening niet ten volle zou worden terugbetaald (bodemloze-putlening).<sup>182</sup>

Vooraf deze laatste constatering is opmerkelijk, nu het Hof later overweegt dat de lening sinds haar totstandkoming niet volwaardig kan worden geacht.<sup>183</sup> Dit verhoudt zich naar mijn mening slecht met het oordeel dat niet reeds aanstonds duidelijk was de lening niet volledig zou worden terugbetaald. Verder oordeelt het Hof dat de leningen onzakelijk zijn omdat:

1. Het eigen vermogen van de debiteuren zwaar negatief was;
2. Geen zekerheden zijn verstrekt;
3. Geen afspraken zijn gemaakt omtrent de aflossing;
4. De activiteiten van A relatief kleinschalig waren;
5. De waarde van de vordering op X naar nihil tenderde.

Dat voor dat jaar (1998) wel omzetgroei werd verwacht doet aan dit oordeel niet af, nu het eigen vermogen van A in 1998 met 16% is afgenomen en het eigen vermogen van X aanzienlijk negatief was. De conclusie van het Hof is dat een onafhankelijke derde een dergelijke lening niet zou verstrekken. De Hoge Raad overweegt dat 's Hof's oordeel van feitelijke aard is en niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

---

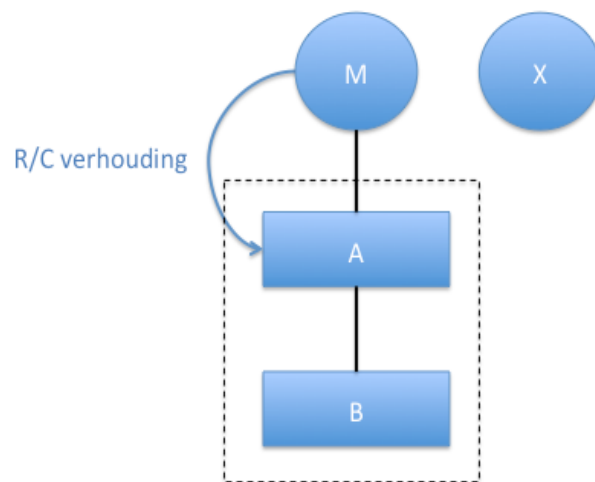
182. Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/1224 en 08/1226 en 08/1227, r.o. 5.2.2 t/m 5.2.6.

183. Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/1224 en 08/1226 en 08/1227, r.o. 5.3.7.

## 5.3 Jurisprudentie waarin geen sprake is van een onzakelijke lening

### 5.3.1 HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79

Net als in BNB 2012/78 was hier sprake van een lening in de tbs-sfeer. Belanghebbende in dit arrest is in algemene gemeenschap van goederen getrouwd met X. Belanghebbende is enig aandeelhouder in A BV, welke enig aandeelhouder is in B BV. A en B vormen een fiscale eenheid voor de Vpb.



Tussen belanghebbende en A bestaat een rekening-courant verhouding (hierna: 'r/c verhouding'). Deze r/c verhouding wordt in 2004 schriftelijk vastgelegd waarbij wordt afgesproken dat direct opeisbare geldvorderingen via de r/c verhouding worden verrekend, het saldo direct opeisbaar zal zijn en dit saldo ten minste eenmaal per jaar op 31 december zal worden vastgesteld. Eind 2004 verkoopt B een deel van haar onderneming aan een derde.

In februari 2005 sluiten belanghebbende en zijn echtgenote een geldlening af met het recht op hypotheek op hun eigen woning. Van het geleende bedrag wordt € 99.050 aangewend om schulden van A en B af te lossen en wordt een bedrag van € 75.183 aan A geleend. Dit totale bedrag wordt in de r/c verhouding gecrediteerd, waarbij geen zekerheden op dit bedrag worden bedongen en geen aflossingsschema afgesproken. In de aangifte 2005 waarden zowel belanghebbende als zijn echtgenote een deel van de vordering af vanwege het beperkte vermogen van B.

Belanghebbende heeft voor Hof 's-Hertogenbosch betoogd dat hij verwachtte dat de onderneming van A vele malen beter zou gaan draaien. Op het moment van verstrekken was hij overtuigd dat het goed zou gaan. Belanghebbende heeft de gelden verstrekt om A en B door een moeilijke tijd te helpen en het concern na de reorganisatie weer voldoende armslag te geven.

Het Hof leidt uit het bovenstaande af dat de geldleningen op zakelijke gronden zijn verstrekt en dat belanghebbende ten tijde van verstrekken dacht dat voldoende zekerheid bestond dat A de lening zou terug betalen, ook zonder formele zekerheden. De inspecteur heeft niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een onzakelijke lening.<sup>184</sup> Verder oordeelt het Hof dat in dit verband niet relevant is dat de verschuldigde rente op de r/c verhouding is bijgeschreven.

De Hoge Raad overweegt dat het oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige niet op juistheid worden getoetst. De omstandigheden dat geen formele zekerheden zijn gesteld, geen aflossingsschema is afgesproken en de rente werd bijgeschreven, doen hier niet aan af.

### **5.3.2 Hoge Raad 9 maart 2012, nr. 10/02401, V-N 2012/21.17**

Dit arrest ziet op een belastingplichtige die samen met andere (ongelieerde) investeerders een nieuw innovatief product had ontwikkeld. De kosten die samenhangen met deze ontwikkeling liepen vooruit op de baten. De verwachtingen op het moment van financiering waren positief, mede dankzij de positieve media aandacht die het product kreeg. Uiteindelijk slaat het product om meerdere redenen toch niet aan.

In 2003 (het jaar van de geldverstrekking) was het eigen vermogen al € 28.358 negatief, terwijl het resultaat over 2003 ook weer negatief was. Volgens de inspecteur is de WEV van de vordering slechts 10% van de nominale waarde en mag daarom maar 10% van de afwaardering in aanmerking worden genomen. Dit is de waarde die een onafhankelijke derde op dat moment voor de vordering over zou hebben.

Het Hof acht het aannemelijk dat een onafhankelijke derde - in verband met het aan de geldverstrekking verbonden debiteurenrisico - een hoger rentepercentage zou hebben bedongen. Dit hogere percentage zou voldoende compensatie vormen voor het niet bedingen van zekerheden, mede gezien het geringe bedrag (€ 10.000) van de verstrekking en de verwachtingen die belastingplichtige had van het ontwikkelde product. Voorts heeft de inspecteur niet aannemelijk gemaakt dat het debiteurenrisico is aanvaard uit hoofde van zijn

---

184. Dit oordeel doet niet af aan het feit dat de lening tegen onzakelijke voorwaarden is verstrekt en daarvoor een correctie moet plaatsvinden.

positie als aandeelhouder. Dat het – achteraf bezien – onverstandig was om de lening te verstrekken, is volgens het Hof niet voldoende om het handelen van belastingplichtige als aandeelhouder toe te rekenen.

### **5.3.3 Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 12/00246, NTFR 2012/1919**

De inspecteur betoogt in dit arrest dat de lening onzakelijk is aangezien geen leningsovereenkomst is opgesteld, geen zekerheden zijn bedongen en geen aflossing is afgesproken. Daar voegt de inspecteur nog aan toe dat geen handelsrelatie tussen de inlener en de uitlenende vennootschap bestond. Belanghebbende stelt hier tegenover dat in het verleden een (zakelijke) rente in aanmerking is genomen en in de jaarrekening is verwerkt. Verder is de lening in 1998 op zakelijke gronden rentevrij gemaakt.

Het Hof oordeelt dat nu tot 1998 een zakelijke rente in rekening is gebracht, in 1995 de helft van de hoofdsom is afgelost en de inspecteur geen andere feiten en omstandigheden heeft gesteld die tot een slechte financiële positie van de inlener leiden, niet aannemelijk is gemaakt dat de lening onder onzakelijke voorwaarden is verstrekt. Aan dit oordeel doet niet af dat geen zekerheden zijn bedongen en mogelijk geen schriftelijke overeenkomst is opgesteld. Ook het feit dat geen handelsrelatie<sup>185</sup> bestond is in dit verband niet relevant.

### **5.3.4 Hof Amsterdam 27 juni 2013, nr. 12/00435, V-N 2013/43.1.1.**

In dit arrest heeft belanghebbende leningen verstrekt aan gelieerde partijen om te investeren in onroerendgoedprojecten in Hongarije. De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van onzakelijke leningen. Zij overweegt dat van belang is of de leningen onder zakelijke voorwaarden zijn verstrekt en formele zekerheden zijn bedongen. Daarnaast is tevens van belang onder welke de omstandigheden de lening is verstrekt. In de leningsovereenkomst is een ‘lien’ opgenomen (een soort hypotheekverklaring). Dat een dergelijk pandrecht naar Nederlands recht niet mogelijk is, brengt niet met zich dat geen zekerheden zijn bedongen. Verder heeft een onafhankelijke bank het project voor 78% meegefinancierd. Partijen zijn het eens met het feit dat het bij dit soort projecten normaal is dat de lening van belastingplichtige is achtergesteld op de lening van de bank. De rechtbank oordeelt dat niet kan worden gesteld

---

185. Handelsrelatie in de zin van het leveren van onderlinge diensten of goederen.

dat onvoldoende zekerheden zijn bedongen en dat belastingplichtige een onzakelijk debiteurenrisico op zich heeft genomen.

Het Hof overweegt dat de leningen van de bank en belastingplichtige min of meer gelijk zijn, nu beide financieringen tegelijkertijd tot stand zijn gekomen en voor hetzelfde bouwproject zijn bestemd. Uit BNB 2012/37 volgt dat eerst moet worden bekeken of de voorwaarden van de lening (de rente) zakelijk is. In de ogen van het Hof moet derhalve worden bepaald of het renteverskil tussen beide leningen (verschil van 4%) zakelijk is. Het Hof oordeelt dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat de gehanteerde rente c.q. het renteverskil tussen de leningen onzakelijk was. Niet alleen is de lening zakelijk, ook de voorwaarden zelf zijn zakelijk. Dit betekent dat de rente niet hoeft te worden gecorrigeerd. De staatssecretaris is in cassatie tegen de uitspraak.

#### 5.4 Conclusie

Uit de arresten waarin sprake was van een onzakelijke lening, kan worden afgeleid dat de volgende voorwaarden en omstandigheden invloed hebben op de beslissing of al dan niet sprake is van een onzakelijke lening:

1. Het al dan niet bedingen van zekerheden.
2. Het overeenkomen van een aflossingsschema.
3. Het achterstellen van de lening.
4. De grootte van de lening ten opzichte van het overige vermogen van de debiteur.
5. De grootte van de lening ten opzichte van de activiteiten van de debiteur.
6. De manier waarop de lening tot stand is gekomen. Hierbij kan worden gedacht aan:
  - Kennis om het debiteurenrisico te beoordelen;
  - Inzicht in en verwachting van toekomstige winsten.

Uit de arresten waarin geen sprake was van een onzakelijke lening, is het volgende op te maken:

1. Wanneer de lening is verstrekt zonder formele zekerheden, maar wel een reële verwachting bestond dat de lening ook zonder deze zekerheden zou worden terugbetaald, is geen sprake van een onzakelijke lening. In het vervolg noem ik deze situatie een lening met materiële zekerheid.

2. Als de overige feiten en omstandigheden de financiële positie van de debiteur niet twijfelachtig maken, dan hoeven geen zekerheden te zijn bedongen.
3. Wellicht ten overvloede merk ik hier op dat de allereerste toets die moet worden uitgevoerd, de toets is of de rente zakelijk is. Indien uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de rente zakelijk is, dan is de conclusie dat de geldverstrekker voldoende wordt vergoed voor het debiteurenrisico. Dat het hoge debiteurenrisico voldoende wordt vergoed door de (hoge) rentevergoeding, betekent ook dat een onafhankelijke derde een dergelijke lening ook zou hebben verstrekt. Aan een onzakelijke lening kan dan niet toe worden gekomen, het debiteurenrisico is immers niet aanvaard in de hoedanigheid als aandeelhouder. Uit de jurisprudentie volgt dit expliciet, maar uit de ratio van de onzakelijke lening kan deze conclusie mijns inziens wel worden getrokken. Het arrest V-N 2013/43.1.1 is hier een goed voorbeeld van.

## 6 Toetsen van de geldverstrekking

### 6.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 is aan de hand van jurisprudentie onderzocht welke omstandigheden van invloed zijn op de kwalificatie van een geldverstrekking tot onzakelijke lening. In dit hoofdstuk wordt bekeken of deze feiten en omstandigheden kunnen worden gebruikt om een toets te ontwikkelen waaraan belastingplichtigen hun leningen kunnen onderwerpen om op deze wijze te bepalen of deze leningen mogelijk een onzakelijke lening zijn. Het documenteren van een dergelijke toets kan tevens worden gebruikt als documentatie voor art. 8b, derde lid, Wet Vpb.

In paragraaf 6.2 wordt de documentatieplicht ex art. 8b, derde lid, Wet Vpb besproken. Deze documentatie betreft de verrekenprijzen in transacties met gelieerde partijen, waarbij de documentatie is gericht op het aantonen van de zakelijke aard van de transacties. Vervolgens wordt de toets ontwikkeld waarmee belastingplichtigen kunnen bepalen of hun geldverstrekingen mogelijk een onzakelijke lening zijn.

### 6.2 Art. 8b Wet Vpb

#### 6.2.1 Invoering van art. 8b Wet Vpb

De ratio van art. 8b Wet Vpb is dat de verrekenprijzen tussen gelieerde partijen niet moeten afwijken van de voorwaarden die onafhankelijke partijen zouden overeenkomen in dezelfde situatie. Dat een soortgelijke transactie tussen onafhankelijke derden niet plaatsvindt, is hierbij niet van belang. Onafhankelijke partijen, indien zij zich in dezelfde situatie zouden bevinden, dienen akkoord te gaan met dezelfde verrekenprijzen. In de woorden van de OESO verrekenprijzen richtlijnen voor multinationale ondernemingen en belastingadministraties 2010<sup>186</sup> (hierna: 'OESO-richtlijnen'): de voorwaarden moeten at arm's length zijn. Het doel van de wetgever met art. 8b Wet Vpb was om het arm's lengthbeginsel te codificeren in de Nederlandse wetgeving en de OESO-richtlijnen op deze wijze een directe werking te geven in de Nederlandse rechtspraak.<sup>187</sup>

---

186. In het Engels: OECD Transfer Pricing Guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2010.

187. Kamerstukken II 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 19 (Memorie van Toelichting).



De invoering kwam mede tot stand door de druk van de EU en de OESO, die stelden dat Nederland zich niet hield aan het arm's lengthbeginsel in de ruling praktijk.<sup>188</sup> Door deze wetgeving in de Wet Vpb op te nemen en niet bijvoorbeeld in art. 3.8 Wet IB, hoeven slechts lichamen met gelieerde partijen aan de documentatieplicht van art. 8b Wet Vpb te voldoen.

Overigens volgt uit art. 3.8 Wet IB (totaalwinst) ook dat de gehanteerde prijzen zakelijk moeten zijn. Het onzakelijke deel is immers geen voordeel dat voortvloeit uit de onderneming en in de winstberekening zal hiervoor worden gecorrigeerd. Het doel van de invoering van art. 8b Wet Vpb is dan ook vooral geweest om internationaal te laten zien dat Nederland het arm's lengthbeginsel hanteert.

### 6.2.2 Gelieerde partijen

Om documentatie bij te kunnen houden omtrent de verrekenprijzen in transacties met gelieerde partijen, is het allereerst noodzakelijk om te bepalen wie als gelieerde partij kwalificeert. Art. 8b, eerste lid, Wet Vpb omschrijft dat het hierbij gaat om een lichaam dat, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam. Art. 8b, tweede lid, Wet Vpb stelt vervolgens dat indien een zelfde persoon (moedervenootschap), onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam, deze laatst genoemde lichamen (zusterervenootschappen) ook gelieerde partijen zijn.

Deze ruime bewoording betekent dat naast aandeelhoudersrelaties ook bestuurs- en toezichtrelaties kunnen leiden tot gelieerdheid.<sup>189</sup> Op deze manier wordt een ruime reikwijdte gehanteerd, welke minder vatbaar is voor manipulaties. In navolging van het OESO-modelverdrag is ook in art. 8b Wet Vpb geen grens aangegeven waarbij gelieerdheid wordt aangenomen. De Staatssecretaris geeft aan dat de mate van deelnemen in de vennootschap niet van belang is. Zodra een onzakelijke overeenkomst wordt aangegaan waarbij partijen

---

188. J.T. van Egdom, Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational, Fiscale monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer, 2011, p. 10-11.

189. Kamerstukken II 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 20 (Memorie van Toelichting).

elkaar op grond van de vennootschapsrechtelijke betrekking willen bevoordelen, dan moet hiervoor worden gecorrigeerd in de fiscale winst.

Daarnaast vermeldt de Memorie van Toelichting het volgende: 'Van belang voor het constateren van gelieerdheid is dat de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen ten aanzien van de vaststelling van de prijzen voor de transacties die tussen de betrokken partijen plaatsvinden. Per situatie zal dienen te worden beoordeeld of materieel sprake is van een dergelijke zeggenschap.'<sup>190</sup> Oftewel, partijen moeten wel enige vorm van invloed hebben op de bepaling van de verrekenprijzen. Of partijen uiteindelijk als gelieerd dienen te worden beschouwd, moet per geval worden beoordeeld. Hiervan is mijns inziens in ieder geval sprake wanneer een lichaam meer dan de helft van de zeggenschap heeft.

### 6.2.3 Inhoud van de documentatie

Wanneer de conclusie is dat partijen gelieerd zijn, stelt art. 8b, derde lid, Wet Vpb dat deze lichamen in hun administratie gegevens moeten opnemen waaruit kan worden opgemaakt dat de verrekenprijzen at arm's length zijn. De Staatssecretaris geeft in dit verband aan het arm's lengthbeginsel over het algemeen wordt getoetst door de voorwaarden tussen gelieerde partijen te vergelijken met de voorwaarden van een transactie tussen onafhankelijke partijen.<sup>191</sup> De specifieke inhoud van de administratie kan echter verschillen tussen belastingplichtigen. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat bewust is afgezien van het uitputtend omschrijven van de informatie die moet worden verstrekt.<sup>192</sup> Op deze wijze wordt voorkomen dat een belastingplichtige niet-relevante informatie moet verzamelen.

Afhankelijk van de belastingplichtige, zijn onderstaande onderdelen wellicht terug te vinden in de verrekenprijzenadministratie:<sup>193</sup>

1. Informatie over de relevante partijen;
2. Informatie over de transacties tussen deze partijen;

---

190. Kamerstukken I 2001-02I, 28 034, nr. 3, p. 21 (Memorie van Toelichting).

191. Kamerstukken II 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 22 (Memorie van Toelichting).

192. Kamerstukken II 2012-02, 28 034, nr. A, blz. 11 (Advies Raad van State en nader rapport).

193. J.T. van Egdome, Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational, p. 229.

3. Een beschrijving van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren zoals deze zijn opgenomen in hoofdstuk 3 van de OESO-richtlijnen:
  - a. De karakteristieken van de goederen/diensten;
  - b. Een functieanalyse;<sup>194</sup>
  - c. De contractuele voorwaarden;
  - d. Een beschrijving van de bedrijfsstrategieën;
  - e. Een beschrijving van de economische omstandigheden;
4. Een onderbouwing van de gebruikte verrekenprijzen-methode; en
5. Een onderbouwing van de gehanteerde verrekenprijs.

In hoeverre bovenstaande punten daadwerkelijk terugkeren in de documentatie van belastingplichtigen is afhankelijk van de relevantie en noodzakelijkheid van een specifiek punt. Uiteraard dienen onderwerpen die niet in bovenstaande lijst staan vermeld, maar wel relevant zijn voor de bepaling van verrekenprijs, ook te worden opgenomen in de documentatie ex art. 8b, derde lid, Wet Vpb.

In geval van een financieringstransactie richt de documentatie zich vooral op het bepalen van de kredietwaardigheid van de onderneming. Indien de credit rating van de inlener is bepaald, kan een Comparable Uncontrolled Price (hierna: 'CUP') worden gezocht in de financiële markt om op deze wijze een zakelijk rentepercentage vast te stellen.<sup>195</sup> Een beschrijving van bijvoorbeeld de economische omstandigheden is in zo'n situatie slechts relevant voor zover dit de kredietwaardigheid van de onderneming beïnvloedt.

De staatssecretaris heeft in het Verrekenprijzenbesluit aangegeven dat bij de beoordeling van de toereikendheid van de documentatie, het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol speelt.<sup>196</sup> De administratieve lasten voor belastingplichtigen dienen zoveel mogelijk te worden beperkt. Om geen twijfel te hebben over de toereikendheid van de administratie, is het

---

194. Een functie analyse beschrijft de functies die de relevante gelieerde partijen uitoefenen en de daarmee gepaard gaande risico's en gebruikte bedrijfsmiddelen.

195. Een CUP is een vergelijkbare transactie tussen een van de gelieerde partijen met een onafhankelijke derde (interne CUP) of tussen twee onafhankelijke derden (externe CUP). Vaak is het vinden van een vergelijkbare transactie zeer lastig, bij financieringstransactie is dit echter niet het geval omdat deze slechts op een aantal punten kunnen afwijken.

196. Zie het bijzondere nummer inzake het nieuwe verrekenprijzenbesluit, V-N 2013/62.2, onderdeel 14.

mogelijk om zekerheid te krijgen op de vraag of is voldaan aan de documentatieverplichting van art. 8b, derde lid, Wet Vpb.

#### 6.2.4 Verdeling van de bewijslast

De verdeling van de bewijslast tijdens een procedure kan als volgt worden omschreven: de partij die stelt is de partij die bewijst. In geval van de onzakelijke lening ligt de bewijslast derhalve in eerste instantie bij de Belastingdienst, indien zij stelt dat de lening onzakelijk is. De inspecteur dient aannemelijk te maken dat de gehanteerde verrekenprijzen niet at arm's length zijn. Indien de Belastingdienst slaagt in haar bewijslast, is het aan de belastingplichtige om dit vermoeden te ontzenuwen. De administratieplicht van art. 8b, derde lid, Wet Vpb is echter een administratie in de zin van art. 52 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: 'AWR'), wat met zich brengt dat indien niet aan deze documentatieplicht wordt voldaan, omkering van bewijslast plaatsvindt.

Indien een belastingplichtige in gebreke blijft bij het voldoen van de documentatieverplichting, volgt omkering van bewijslast. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat de bewijslast slechts wordt omgekeerd als belastingplichtige duidelijk in gebreke is gebleven.<sup>197</sup>

Normaliter leidt de omkering van bewijslast tot een zware bewijslast waarbij de belastingplichtige het in geding bestreden feit moet aantonen. Ingeval de omkering van de bewijslast volgt uit het in gebreke blijven van de documentatieplicht conform art. 8b, derde lid, Wet Vpb, hoeft de zakelijkheid van de gehanteerde verrekenprijzen slechts aannemelijk te worden gemaakt.<sup>198</sup> Het niet voldoen aan de documentatieplicht leidt derhalve niet tot een zwaardere bewijslast, maar zorgt wel dat de belastingplichtige als eerste de zakelijkheid van de transactie met een gelieerde partij aannemelijk dient te maken.

Arts is in dit verband van mening dat het niet hebben van documentatie in de zin van art. 8b, derde lid, Wet Vpb, geen invloed heeft op de bewijslast of een lening al dan niet zakelijk is.<sup>199</sup> Hij stelt dat de verrekenprijzendocumentatie alleen ziet op de tegenprestatie voor een

---

197. Kamerstukken II 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 22 (Memorie van Toelichting).

198. Kamerstukken II 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 22 (Memorie van Toelichting).

199. J.H.M. Arts, Onzakelijke leningen, p. 74-75.

dienst/product van belastingplichtigen. Naar zijn mening is dit niet relevant voor de vraag of de afwaardering van een lening aftrekbaar is. Mijns inziens klopt deze argumentatie: het niet hanteren van een arm's length prijs brengt niet met zich dat de lening onzakelijk is. Daarvoor is noodzakelijk dat een niet arm's length rente niet is te corrigeren naar een zakelijke rente zonder deze in wezen winstdelend te maken.

Voordat kan worden getoetst of een lening onzakelijk is, moet echter eerst worden geconcludeerd dat de rente op de lening niet zakelijk is. De verrekenprijs van een lening is de gehanteerde rente. Art. 8b, derde lid, Wet Vpb vereist dan ook dat de zakelijkheid van deze rente wordt gedocumenteerd. Indien deze documentatie niet aanwezig is dan verschuift de bewijslast naar belastingplichtige om de zakelijkheid van de rente aannemelijk te maken. Indien hij hier niet in slaagt, is het vervolgens nog steeds aan de Belastingdienst om aan te tonen dat de lening is verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder.

Evenals Arts ben ik van mening dat de documentatieplicht van art. 8b, derde lid, Wet Vpb geen invloed heeft op de bewijslast of sprake is van een onzakelijke lening. Om de zakelijkheid van de transactie aan te tonen is uiteindelijk echter weer informatie noodzakelijk die tevens is terug te vinden in deze documentatie. Het is derhalve verstandig van belastingplichtigen om aan de documentatieverplichting van art. 8b, derde lid, Wet Vpb te voldoen, nu deze informatie uiteindelijk wel nodig is en op deze wijze geen omkering van de bewijslast (van de zakelijkheid van de gehanteerde rente) wordt veroorzaakt.

### **6.2.5 Toets als onderdeel van de documentatieverplichting**

Uit het bovenstaande is af te leiden dat belastingplichtigen de zakelijkheid van de vergoeding op transacties dienen te documenteren. De toets die in de volgende paragraaf zal worden ontwikkeld vormt hier een onderdeel van. Door deze toets te doorlopen kunnen belastingplichtigen aantonen dat zij de zakelijkheid van hun geldverstrekking hebben getoetst. Het doorlopen van deze toets en het documenteren van de wijze waarop de verschillende vragen worden beantwoord dient voldoende informatie te geven om aan de documentatieplicht van art. 8b, derde lid, Wet Vpb te voldoen. Voor de documentatieplicht is vooral de hierna nog te stellen vraag drie van belang.

## 6.2.6 Toets als hulpmiddel bij het beslechten van discussies

Naast het feit dat het opnemen van onderstaande toets belastingplichtigen kan helpen in de verdeling van de bewijslast, kan het hen ook helpen bij het slechten van discussies met de Belastingdienst. Indien partijen het oneens zijn over de zakelijkheid van een lening, kan een belastingplichtige door middel van de vragen vier en vijf van deze toets laten zien dat de lening wel degelijk zakelijk is (al dan niet met onzakelijke voorwaarden). Voorts kan het belastingplichtigen inzicht geven in de waarschijnlijkheid dat een lening wel degelijk onzakelijk is, waarna zij stappen kunnen ondernemen om dit onzakelijke karakter te wijzigen.

Hieronder wordt bekeken welke vragen relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of een lening onzakelijk is.

## 6.3 Toets om geldverstrekking te kwalificeren

### 6.3.1 Vraag 1: Is de geldverstrekking civielrechtelijk eigen of vreemd vermogen?

De eerste vraag die belastingplichtigen zichzelf moeten stellen bij het analyseren van een geldverstrekking, is de vraag of de geldverstrekking vanuit het civiele recht als eigen vermogen of als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd. Uit hoofdstuk 2 is op te maken dat het verstrekken van aandelen in elke situatie als eigen vermogen worden gekwalificeerd. Leningen worden als vreemd vermogen beschouwd, tenzij sprake is een civielrechtelijke schijnlening (bijvoorbeeld doordat het een achtergestelde, winstafhankelijke, perpetuele lening is). Dit onderscheid wordt veelal gemaakt op basis van de aanwezigheid van een terugbetalingsverplichting.

### 6.3.2 Vraag 2: Is sprake van een fiscale herkwalificatie?

Indien de geldverstrekking civielrechtelijk als vreemd vermogen wordt beschouwd, kan vervolgens vraag 2 worden beantwoord. Zoals reeds omschreven kent het fiscale recht drie varianten waarbij vreemd vermogen wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen.

De drie varianten zijn als volgt:

- Bodemlozeputlening (Was aanstonds duidelijk dat de lening niet of niet geheel terug zou worden betaald?);

- Deelnemerschapslening (Wordt door de verstrekte lening in feite deelgenomen in de inlener, omdat aan de drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan?)
- Schijnlening (Kan uit de omstandigheden worden opgemaakt dat partijen feitelijk voor ogen hadden om eigen vermogen te verstrekken?)

Is sprake van een fiscale herkwalificatie, dan wordt de lening vanuit fiscaal optiek als eigen vermogen beschouwd en kan derhalve geen sprake zijn een onzakelijke lening. Voor een uitgebreidere omschrijving verwijs ik terug naar paragraaf 2.7.

### 6.3.3 Vraag 3: Is de rente zakelijk?

Wanneer het antwoord na de eerste twee vragen is dat de geldverstrekking ook fiscaal vreemd vermogen is, moet worden geanalyseerd of de vergoeding op de lening zakelijk is. De belastingplichtige dient te onderzoeken of de rente die hij ontvangt op de verstrekte lening at arm's length is. Zoals reeds beschreven is de kernvraag hierbij of een onafhankelijke derde in eenzelfde situatie akkoord zou zijn gegaan met deze voorwaarden. Met andere woorden: is, gezien de voorwaarden (zekerheden, looptijd, etc.) waaronder de lening is verstrekt, de rente dusdanig dat een ongelieerde partij deze ook zou accepteren.

Concreet betekent dit dat een analyse moet worden gedaan van de kredietwaardigheid van de onderneming. Voor grote bedrijven of landen wordt deze kredietwaardigheid veelal uitgedrukt in een credit rating. Een credit rating kan worden omschreven als een formele evaluatie van de capaciteit van de inlenende partij om haar financiële verplichtingen volledig en op tijd na te komen. De credit rating weerspiegelt niet alleen de huidige kredietwaardigheid, maar ook (de verwachting van) de toekomstige kredietwaardigheid. In de praktijk wordt deze credit rating veelal bepaald door de drie internationaal erkende credit rating bedrijven: Moody's, S&P en Fitch.

Factoren die van invloed kunnen zijn op de kredietwaardigheid, en daarmee op de credit rating, zijn onder andere de financiële data, kwalitatieve en kwantitatieve data die de betalingsgeschiedenis van de inlener weerspiegelen en de huidige prestaties. Onder de financiële data worden ratio's als de rentedekking (operationele winst : rentelast) en de verhouding vreemd vermogen : eigen vermogen van belang geacht. Denk bij de kwalitatieve

en kwantitatieve data aan de positionering op de markt of een eventuele geschiedenis met betalingsproblemen. Ook regionale of sectorspecifieke aspecten worden meegenomen in de beoordeling van de credit rating.

Wanneer de kredietwaardigheid van de inlenende partij is bepaald, waarbij overigens wellicht nog rekening moet worden gehouden met de impliciete garantstelling van de moedermaatschappij,<sup>200</sup> kan in de markt worden gezocht naar partijen met een soortgelijke kredietwaardigheid. Deze partijen kunnen vervolgens in een benchmark met elkaar worden vergeleken, waaruit een bereik volgt waarbinnen de vergoeding at arm's length wordt beschouwd (externe CUP).<sup>201</sup>

Zeker bij kleinere bedrijven of leningen van kleinere bedragen is het echter niet mogelijk om een uitgebreide verrekenprijzen-analyse uit te voeren zoals hierboven is omschreven. Een andere mogelijkheid voor belastingplichtigen is dan om te kijken naar de rente die een bank in dezelfde situatie aan de inlener in rekening zou brengen of de rente op de lening in kwestie te vergelijken met die van eventuele andere leningen van de inlener (interne CUP). In het kader van de verdeling van de bewijslast is voor belastingplichtigen van belang dat zij voldoende kunnen onderbouwen dat de gehanteerde rente at arm's length is en deze onderbouwing ook documenteren. Welke vorm deze onderbouwing heeft is daarbij ondergeschikt aan de kwaliteit van de onderbouwing.

#### **6.3.4 Vraag 4: Is de rente te corrigeren zonder deze in wezen winstdelend te maken?**

Zoals reeds kan worden opgemaakt uit paragraaf 6.2.4, heeft slechts vraag drie invloed op de verdeling van de bewijslast met betrekking tot de tot stand gekomen verrekenprijzen. Indien de vragen een tot en met drie zijn doorlopen, heeft een belastingplichtige een beeld van de zakelijkheid van de voorwaarden. Het doel van deze documentatie ex art. 8b Wet Vpb is om de zakelijkheid van transacties met gelieerde partijen vast te leggen.

---

200. Zie in dit verband ook HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, BNB 2013/109 en het Verrekenprijzenbesluit, IFZ 2013/180M, par. 10.

201. Zie ook het Verrekenprijzenbesluit, IFZ 2013/184M, par. 2.3.



De lening kan echter nog altijd een onzakelijke lening vormen indien de documentatie onjuist blijkt te zijn. Om van een onzakelijke lening te kunnen spreken, moet de rente op de lening niet te corrigeren zijn zonder de lening in wezen winstdelend te maken. In dat geval is de conclusie dat het debiteurenrisico is aanvaard op grond van de vennootschappelijke betrekking tussen de partijen. In de jurisprudentie lijkt een meer kwalitatieve aanpak te worden gehanteerd. In plaats van een kwantitatieve analyse van de cijfers en van de (toekomstige) kredietwaardigheid om zo te toetsen of de rente in wezen winstdelend wordt, wordt in de jurisprudentie meer nadruk gelegd op de feiten en omstandigheden zoals deze in hoofdstuk 5 zijn besproken.

Om vraag vier te kunnen beantwoorden wordt uiteindelijk altijd impliciet bekeken of de rente is te corrigeren. Hieronder wordt eerst bekeken hoe belastingplichtigen de kwantitatieve aanpak kunnen volgen en hoe deze aanpak zich verhoudt tot de feiten en omstandigheden waar in de jurisprudentie vaak naar wordt verwezen.

### **Kwantitatieve analyse**

Eerder is in hoofdstuk 4 een omschrijving gegeven van een rente die in wezen winstdelend is: een rente die door de correctie dusdanig hoog zou worden dat het twijfelachtig is of de rente wel volledig kan worden vergoed. Het risico dat de uitlener loopt omdat de vergoeding op de lening (de rente) mogelijk niet wordt betaald, wordt op deze wijze gelijk aan het risico dat eigen vermogen-verstrekkingen lopen. Voor deze laatste groep is het immers nog maar de vraag of zij een vergoeding (dividend) krijgen voor het verstrekte vermogen.

Belastingplichtigen dienen derhalve een analyse te maken van de omzet en de kosten die zij verwachten te maken naast de interestkosten. De winst die overblijft nadat alle overige kosten van de omzet zijn afgetrokken, moet voldoende zijn om de rente kunnen voldoen. Indien de verwachting is dat het gecorrigeerde rentepercentage niet volledig kan worden betaald, dan is de rente mijns inziens in wezen winstdelend geworden. Op dat moment 'deelt de lening mee in de winst' en wordt de vergoeding slechts volledig ontvangen indien de winst wordt vergroot.

Een voorbeeld: X BV verwacht over 2014 een winst voor aftrek van interestkosten te genereren van 1.000. X BV is een lening aangegaan bij een gelieerde partij ter grootte van 10.000, waarop

zij een rente van 6% betaalt. Uit de verrekenprijzenanalyse blijkt dat ongelieerde partijen in dezelfde situatie een rentepercentage van 11% zouden hebben afgesproken. De conclusie is dan dat de rente niet is te corrigeren zonder deze in wezen winstdelend te maken.

Uiteraard is dit een uiterst gestileerd voorbeeld en zal een belastingplichtige in de praktijk ook de redelijkheid van de verwachting moeten aantonen. Juist in verband met het aantonen van de redelijkheid van de verwachtingen, zijn de omstandigheden waaronder de lening is verstrekt interessant. Een ander probleem is het aantal jaren waarvoor de verwachting moet worden gemaakt. In theorie zou dit voor de volledige looptijd van de lening moeten zijn. Of dit in de praktijk daadwerkelijk gebeurt, is nog maar de vraag. In dit verband is mijns inziens vooral van belang dat de verwachting betrouwbaar is en een redelijke verwachting van de toekomstige resultaten vormt.

### **Samenhang tussen de kwantitatieve en de kwalitatieve analyse**

In de conclusie van hoofdstuk 5 is een lijst opgenomen met omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de beslissing of sprake is van een onzakelijke lening. Het gaat hierbij om onder andere de zekerheden die zijn gesteld, het opnemen van een aflossingsschema, het achterstellen van de lening, de relatieve grootte van de lening en de manier waarop de lening tot stand is gekomen.

Wanneer bovenstaande omstandigheden nader worden bekeken, kan worden geconcludeerd dat al deze omstandigheden tevens in het kader van de kwantitatieve analyse zijn toe te passen. Zo zal het niet bedingen van formele zekerheden, het niet overeenkomen van een aflossingsschema en het achterstellen van de lening van invloed zijn op het rentepercentage dat onafhankelijke derden zouden overeenkomen. Over het algemeen zullen deze omstandigheden leiden tot een hoger rentepercentage, aangezien de crediteur een hoger risico aanvaardt. Zo heeft de crediteur minder verhaalsmogelijkheden en moet hij tot het einde van de looptijd wachten op terugbetaling van de hoofdsom. Indien de debiteur voldoende winst maakt, zullen deze voorwaarden geen probleem vormen voor de crediteur. In een discussie met de Belastingdienst omtrent het onzakelijke karakter van een lening, zullen de winst en de verhaalsmogelijkheden van de debiteur echter veelal ter discussie staan.

Verder heeft de relatieve grootte van de lening een impact op de analyse of de rente niet in wezen winstdelend wordt. Als de lening een relatief groot deel van het vermogen van de onderneming bestrijkt, heeft de debiteur een hogere winst(genererende capaciteit) nodig om deze interestkosten te kunnen dekken. Dit geldt voor zowel de grootte van de lening ten opzichte van het overige vermogen van de debiteur als de activiteiten van de debiteur.

De manier waarop de lening tot stand is gekomen, kan in dit verband vooral helpen om de redelijkheid van de verwachtingen kracht bij te zetten. De Belastingdienst en eventueel de rechter zullen sneller zijn overtuigd van het feit dat een correctie van de rente mogelijk is in geval de belastingplichtige vooraf een uitgebreid onderzoek heeft gedaan naar de verwachte toekomstige winsten of indien belastingplichtige kennis van zaken toont om het debiteurenrisico te beoordelen. Op deze manier neemt de kwaliteit en de betrouwbaarheid van de kwantitatieve analyse toe.

Naar mijn mening leiden bovengenoemde feiten derhalve niet automatisch tot een onzakelijke lening, maar zijn het omstandigheden die mee worden genomen in de kwantitatieve analyse. Wanneer uit deze analyse volgt dat een correctie niet mogelijk is, dan moet worden geconcludeerd dat het debiteurenrisico is aanvaard op basis van de vennootschapsrechtelijke betrekking tussen partijen en de lening dus onzakelijk is.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat deze analyse plaats vindt op het moment dat de lening wordt verstrekt. Op dat moment wordt een vooruitzicht gecreëerd met daarin de verwachtingen van de winst-genererende capaciteit ten opzichte van de interestkosten. Op het moment dat uiteindelijk blijkt dat de rente niet kan worden voldaan omdat de vennootschap niet voldoende winst maakt, is in principe zelfs deze rente al winstdelend en heeft het corrigeren van de rente geen zin meer. De overeengekomen rente is immers al hoger dan de winst. Voor leningen die reeds bestaan en waarvan de initiële conclusie was dat de lening zakelijk was, moet vraag 5 nog worden beantwoord.

### **6.3.5 Vraag 5: Is op enig moment onzakelijk gehandeld?**

Een zakelijke lening kan op enig moment alsnog onzakelijk worden door onzakelijk handelen van de crediteur. Dit is het geval wanneer de crediteur nalaat om zijn vordering veilig te stellen

of te innen, waar een onafhankelijke derde dit wel had gedaan. De bewijslast rust hierbij op de inspecteur om aannemelijk te maken: (i) op welk moment een zakelijk handelende derde had gehandeld, (ii) welke maatregelen zouden zijn genomen om zijn rechten veilig te stellen en (iii) in hoeverre hij hierin zou zijn geslaagd.<sup>202</sup> Alleen voor zover een onafhankelijke derde wel zou zijn geslaagd in het veilig stellen van zijn rechten, is de lening onzakelijk en derhalve niet aftrekbaar bij een afwaardering.

Om vraag 5 van deze toets te beantwoorden kan een belastingplichtige bovenstaande vragen voor zichzelf nagaan en analyseren of hij iets had kunnen/moeten doen om zijn rechten veilig te stellen. Het kan zo zijn dat de lening wel opeisbaar was, maar dit om zakelijke redenen niet is gebeurd, bijvoorbeeld om de debiteur niet in faillissement te drukken wanneer tussen partijen tevens een belangrijke handelsrelatie bestaat. Bestaat een dergelijke relatie niet, dan zal een zakelijk handelende crediteur altijd de afweging maken hoe hij het meeste geld kan terugontvangen. Ook hier kan het zo zijn dat het beter is de vordering op dit moment niet op te eisen omdat de verwachting van de crediteur is dat de markt zal aantrekken en de waarde van de vordering in de toekomst zal groeien. Al deze afwegingen zijn van belang bij de beantwoording van deze vraag.

## 6.4 Conclusie

Het bijhouden van documentatie ex art. 8b, derde lid, Wet Vpb heeft geen invloed op de verdeling van de bewijslast voor zover het de aftrekbaarheid van de lening betreft. Wel kan het niet bijhouden van documentatie voor omkering van de bewijslast zorgen inzake de gehanteerde verrekenprijzen (de rente). Dergelijke documentatie is slechts nodig wanneer partijen gelieerd zijn, oftewel wanneer zij de gehanteerde prijs kunnen beïnvloeden. Hiervan is in ieder geval sprake indien een van de partijen meer dan 50% zeggenschap heeft in de andere partij.

Belastingplichtigen dienen voor de documentatieplicht ex art. 8b, derde lid, Wet Vpb de eerste drie vragen te beantwoorden. Hoewel het voor de bewijslast niet uitmaakt, kan het zelfstandig

---

202. HR 1 maart 2013, 12/03088, BNB 2013/148, r.o. 3.4.1.

toetsen van de overige vragen helpen in discussies met de Belastingdienst. Deze vragen, welke de inhoud van de toets vormen die is ontwikkeld in dit onderzoek, zijn als volgt:

1. Is de geldverstrekking civielrechtelijk eigen- of vreemd vermogen?
2. Is sprake van een fiscale herkwalificatie?
3. Is de rente zakelijk?
4. Is de rente te corrigeren zonder deze in wezen winstdelend te maken?
5. Is op enig moment onzakelijk gehandeld?

In het kader van de onzakelijke lening zal de discussie zich vooral op de vierde vraag richten. De interestkosten mogen door de correctie niet dusdanig hoog worden dat de debiteur niet meer voldoende winst genereert om deze kosten te voldoen. Om te bepalen of dit het geval is, moet een verwachting worden gemaakt van te behalen winst. De kwaliteit van deze verwachtingen wordt onder andere beïnvloed door de manier waarop de lening tot stand is gekomen.

Voorts hebben het stellen van zekerheden, het aflossingsschema en het achterstellen van de lening invloed op de hoogte van het rentepercentage dat onafhankelijke derden in een soortgelijke situatie zouden accepteren. Of de rente uiteindelijk in wezen winstdelend zou worden, wordt daarnaast bepaald door te kijken naar de relatieve grootte van de lening en de impact van eventuele veranderingen in de interestkosten.

Naar mijn mening kan derhalve worden gesteld dat de feiten en omstandigheden waar in de jurisprudentie vaak naar wordt verwezen, impliciet een toets vormen van de vraag of een correctie van de rente mogelijk is zonder deze in wezen winstdelend te maken. De belastingplichtige moet redelijkheidshalve tot de conclusie kunnen komen dat hij verwacht dat de debiteur voldoende winst zal maken om aan alle interestkosten te voldoen. Van doorslaggevend belang is dat hij het idee moet hebben dat hij, ondanks dat wellicht geen formele zekerheden zijn gesteld of een aflossingsschema is overeengekomen, de verstrekte lening volledig zou krijgen terugbetaald. Met andere woorden: materieel gezien zag hij voldoende zekerheid tot terugbetaling.

Een lening kan ook gedurende de looptijd onzakelijk worden. Om dit te beoordelen moet de belastingplichtige zichzelf te vraag stellen (i) op welk moment een zakelijk handelende derde had gehandeld om zijn rechten veilig te stellen, (ii) welke maatregelen zouden zijn genomen om zijn rechten veilig te stellen en (iii) in hoeverre een derde hierin zou zijn geslaagd. Deze vraag is sterk afhankelijk van de verschillende relaties die tussen de crediteur en debiteur bestaan en wat de verwachtingen van de crediteur zijn omtrent (de kredietwaardigheid van) de debiteur.

## 7 Conclusie

In dit onderzoek heeft de onzakelijke lening centraal gestaan. Meer specifiek is onderzocht wanneer sprake is van een onzakelijke lening en of een toets kan worden ontwikkeld die het mogelijk maakt om systematisch te analyseren of een lening al dan niet onzakelijk is. De hoofdvraag die daarbij centraal stond, was: *Kan een concrete toets worden ontwikkeld om te analyseren of een lening dient te worden gekwalificeerd als onzakelijke lening en -zo ja- wat is de inhoud van een dergelijke toets?*

Allereerst is bekeken welke verschillen bestaan tussen de eigenschappen van eigen en vreemd vermogen van een vennootschap. Tevens is ingegaan op een verschillend aantal rechten en plichten die verbonden zijn aan deze twee soorten vermogen. Voor een civielrechtelijke kwalificatie als vreemd vermogen is voornamelijk de terugbetalingsverplichting van belang. Zolang deze terugbetalingsverplichting aanwezig is, wordt de geldverstrekking civielrechtelijke als vreemd vermogen aangemerkt, ondanks eventuele hybride kenmerken. De enige uitzondering hierop is de civielrechtelijke schijnlening.

Voor de fiscale kwalificatie wordt de civiele kwalificatie in beginsel gevolgd. Hierop bestaan drie uitzondering: de bodemlozeputlening, de deelnemerschapslening en de schijnlening. De onzakelijke lening is geen vierde uitzondering en blijft ook fiscaalrechtelijk vreemd vermogen. Afhankelijk van de situatie kan het onderscheid tussen vooral de bodemlozeputlening en de schijnlening enerzijds en de onzakelijke lening anderzijds onduidelijk zijn. Dit onderscheid zal in voorkomend geval sterk afhangen van de bedoelingen van de belastingplichtige.

De onzakelijke lening is geen geheel nieuwe jurisprudentie. BNB 2008/191 past uitstekend in het rijtje arresten waarin de aftrek van een kostenpost werd geweigerd omdat deze niet uit de onderneming voortkwam, maar was aanvaard in de hoedanigheid als aandeelhouder. BNB 2012/37 heeft vervolgens meer houvast gegeven aan de vraag wanneer sprake is van een dergelijke lening.

Uit dit arrest bleek onder andere dat een poging moet worden gedaan om de onzakelijke rente te corrigeren naar een zakelijk niveau. Indien dit niet mogelijk is zonder de rente in wezen winstdelend te maken, is sprake van een onzakelijke lening. Een winstdelende rente is mijns inziens een rente die dusdanig hoog is dat het risico dat de vergoeding wordt betaald, gelijk is aan de vergoeding op het eigen vermogen. Dit is het geval wanneer de rente hoger is dan de winst (voor aftrek van de interestkosten). Het gaat naar mijn mening derhalve om de winst genererende capaciteiten van de inlener.

Om toe te komen aan een onzakelijke lening dient de lening een onzakelijke vergoeding te bevatten. Van belang is dat een onafhankelijke derde een dergelijke lening niet zou hebben verstrekt in ruil voor deze vergoeding. Krijgt de crediteur bijvoorbeeld aandelen voor zijn lening, zoals in BNB 2013/170, BNB 2013/171 en BNB 2014/98 het geval was, dan is het mogelijk dat deze aandelen een zakelijke vergoeding vormen voor het debiteurenrisico dat wordt gelopen. Is de conclusie dat de vergoeding op de lening zakelijk/groot genoeg is, dan kan de lening geen onzakelijke lening zijn. Is de vergoeding niet zakelijk, maar is het mogelijk om deze aan te passen zonder de lening in wezen winstdelend te maken, dan is tevens geen sprake van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2012/37, maar van een zakelijke lening tegen onzakelijke voorwaarden.

Een ander gevolg van de onzakelijke lening is dat de rente op deze lening moet worden bepaald middels de borgstellingsanalogie, waarbij de rente die de inlener betaalt gelijk wordt gesteld aan de rente die de uitlener in een soortgelijke situatie aan een onafhankelijke derde zou hebben betaald. In dit verband is het tevens van belang om te melden dat de uitlener slechts de waarde in het economische verkeer van de rentevordering hoeft mee te nemen bij het bepalen van de winst. Voor deze waarde - en niet de nominale waarde - wordt de vordering in de winstberekening meegenomen.

Uit BNB 2012/37 volgt verder nog dat de kwalificatie als onzakelijke lening geldt voor de lening als geheel. Een lening kan dus niet gedeeltelijk onzakelijk zijn. De kwalificatie dient in beginsel bij het verstrekken van de lening te gebeuren. Een lening kan echter ook gedurende de looptijd onzakelijk worden, wanneer de crediteur onzakelijk handelt. In BNB 2013/148 is duidelijk geworden dat dit het geval is indien een onafhankelijke (zakelijk handelende) derde zou



hebben geprobeerd om zijn rechten veilig te stellen en de gelieerde uitlener dit na heeft gelaten. De bewijslast ligt in deze situatie bij de inspecteur, die aan dient te tonen op welk moment een zakelijke crediteur dit had gedaan, met welke maatregelen en in hoeverre hij hierin zou zijn geslaagd.

Ook in de tbs-sfeer is de onzakelijke lening van toepassing. Dit regime is immers gebaseerd op het winst uit onderneming-regime en kent derhalve ook een totaalwinst begrip. Resultaten die niet voortvloeien uit 'de onderneming' worden daarom ook in de tbs-sfeer niet meegenomen in de winstbepaling. Van een onzakelijke lening kan zowel sprake zijn wanneer de aandeelhouder of een verbonden persoon een lening verstrekt, of wanneer de lening een ongebruikelijke tbs vormt. Mogelijk is tevens schenkbelasting verschuldigd bij de kwijtschelding van een onzakelijke lening in de tbs-sfeer.

Uit een jurisprudentie onderzoek, dat de kern van hoofdstuk vijf vormt, blijkt dat vooral naar kwalitatieve omstandigheden wordt gekeken. Denk hierbij aan het niet verstrekken van zekerheden, het achterstellen van de lening of het niet opnemen van een aflossingsschema. Geen van deze kenmerken is op zichzelf voldoende om tot een kwalificatie als onzakelijke lening te komen. Indien een lening wel voldoende materiële zekerheid heeft, vormt deze geen onzakelijke lening.

Ik ben van mening dat al deze kwalitatieve omstandigheden van invloed zijn op de vergoeding van een lening. Bij een eventuele correctie moeten deze omstandigheden mee worden genomen in de analyse. Het niet bedingen van formele zekerheden of het achterstellen van de lening zijn bijvoorbeeld beide omstandigheden die ervoor zorgen dat een onafhankelijke derde een hogere vergoeding zou eisen. Al deze feiten en omstandigheden dienen mee te worden gewogen in de kwantitatieve analyse, waarin een zakelijk rentepercentage wordt bepaald. Vervolgens kan dit percentage worden afgezet tegen de winst van de inlener, om te beoordelen of de lening door deze correctie in wezen winstdelend zou worden. Is het antwoord op de vraag 'ja', dan is sprake van een onzakelijke lening.

Belastingplichtigen kunnen de toets afgaan die in dit onderzoek is ontwikkeld, om middels de eerste drie vragen voor zichzelf te bepalen of een lening zakelijk is. Deze drie vragen zijn achtereenvolgens:

1. Is de geldverstrekking civielrechtelijk eigen of vreemd vermogen?
2. Is sprake van een fiscale herkwalificatie?
3. Is de rente zakelijk?

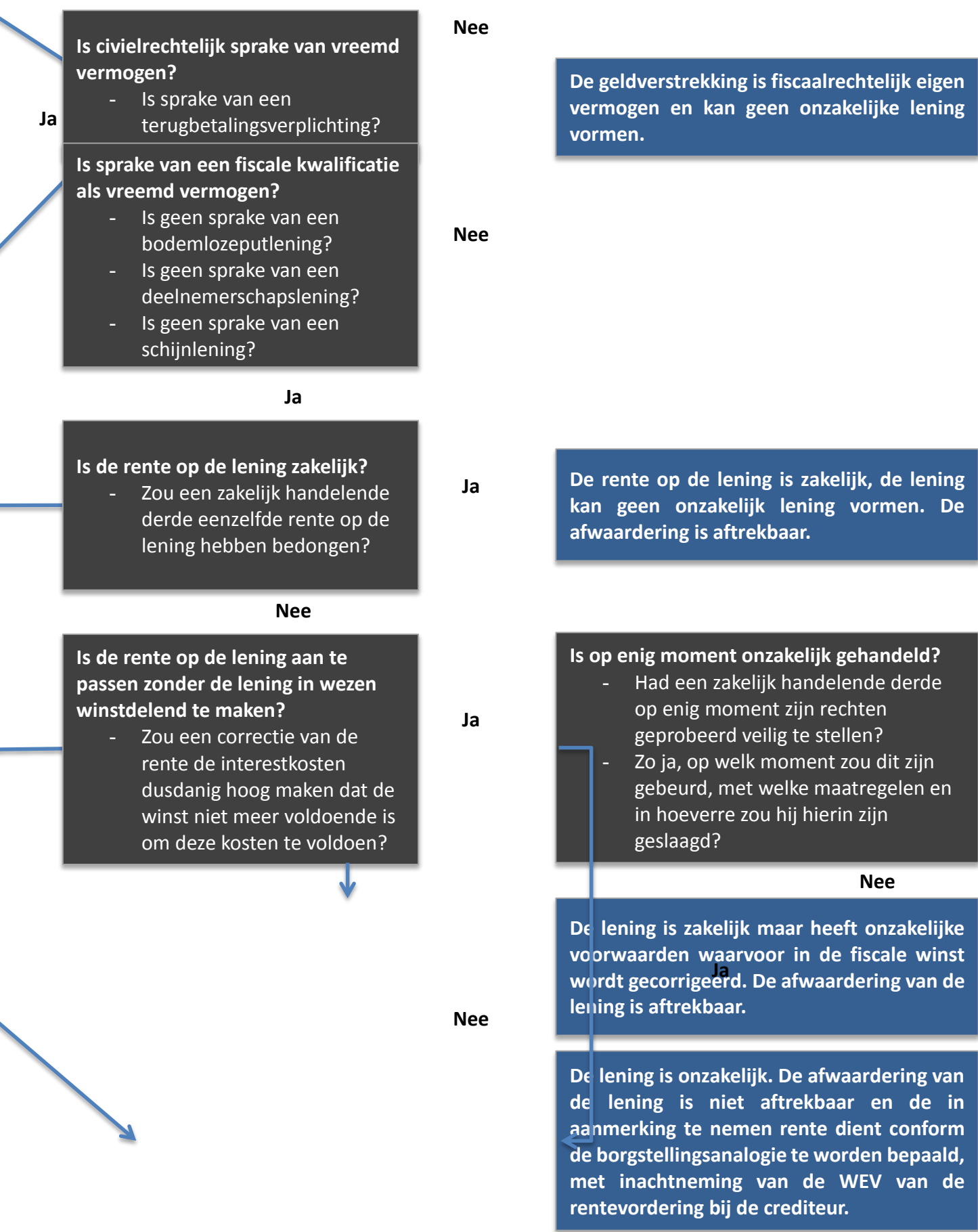
Het opnemen van het antwoord op deze vragen in de administratie helpt belastingplichtigen om aan hun documentatieplicht ex art. 8b, derde lid, Wet Vpb te voldoen. Hierdoor rust de bewijslast niet op hen om de zakelijkheid van de rente aan te tonen. De bewijslast of een lening onzakelijk is, ligt echter altijd bij de inspecteur en in dat verband helpt het beantwoorden van bovenstaande vragen belastingplichtigen niet.

Komt een belastingplichtige vervolgens in een discussie terecht met de inspecteur omtrent de zakelijkheid van de lening, waarbij partijen het na overleg eens zijn over het feit dat de vergoeding onzakelijk is, kan het vervolgens nuttig zijn indien de belastingplichtige zelf een (kwantitatieve) analyse maakt waarin hij de volgende vragen beantwoordt:

4. Is de rente te corrigeren zonder deze in wezen winstdelend te maken?
5. Is op enig moment onzakelijk gehandeld?

Op deze wijze stimuleert de belastingplichtige de discussie en tegelijkertijd geeft het hem de mogelijkheid om zelf met bewijs te komen dat – ondanks de onzakelijke vergoeding – geen sprake is van een onzakelijke lening. Belastingplichtigen staan hier uiteraard vrij in, nu de bewijslast hieromtrent bij de inspecteur ligt.

De toets zelf, welke tevens het slotstuk vormt van dit onderzoek, is opgenomen op de volgende pagina en bevat een schematische vragenlijst met bijbehorende conclusies.



**Is civielrechtelijk sprake van vreemd vermogen?**

Ja

- Is sprake van een terugbetalingsverplichting?

**Is sprake van een fiscale kwalificatie als vreemd vermogen?**

- Is geen sprake van een bodemlozeputlening?
- Is geen sprake van een deelnemerschapslening?
- Is geen sprake van een schijnlening?

Ja

**Is de rente op de lening zakelijk?**

- Zou een zakelijk handelende derde eenzelfde rente op de lening hebben bedongen?

Nee

**Is de rente op de lening aan te passen zonder de lening in wezen winstdelend te maken?**

- Zou een correctie van de rente de interestkosten dusdanig hoog maken dat de winst niet meer voldoende is om deze kosten te voldoen?



Nee

De geldverstrekking is fiscaalrechtelijk eigen vermogen en kan geen onzakelijke lening vormen.

Nee

Ja

De rente op de lening is zakelijk, de lening kan geen onzakelijke lening vormen. De afwaardering is aftrekbaar.

Ja

**Is op enig moment onzakelijk gehandeld?**

- Had een zakelijk handelende derde op enig moment zijn rechten geprobeerd veilig te stellen?
- Zo ja, op welk moment zou dit zijn gebeurd, met welke maatregelen en in hoeverre zou hij hierin zijn geslaagd?

Nee

Nee

De lening is zakelijk maar heeft onzakelijke voorwaarden waarvoor in de fiscale winst wordt gecorrigeerd. De afwaardering van de lening is aftrekbaar.

De lening is onzakelijk. De afwaardering van de lening is niet aftrekbaar en de in aanmerking te nemen rente dient conform de borgstellingsanalogie te worden bepaald, met inachtneming van de WEV van de rentevordering bij de crediteur.

## Bronnen

### Jurisprudentielijst

#### Hoge Raad

- Hoge Raad 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98.
- Hoge Raad 6 december 2013, nr. 12/04798, V-N 2014.5.16.
- Hoge Raad 3 mei 2013, nr. 12/04193, BNB 2013/171.
- Hoge Raad 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170.
- Hoge Raad 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.
- Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/01985, BNB 2013/109.
- Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 12/03088, BNB 2013/148.
- Hoge Raad 18 januari 2013, nr. 12/01108, NTFR 2013/181.
- Hoge Raad 9 maart 2012, nr. 10/02401, V-N 2012/21.17.
- Hoge Raad 13 januari 2012, nr. Nr. 10/03654, BNB 2012/79.
- Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38.
- Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/5323, BNB 2012/37.
- Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43489, BNB 2008/191.
- Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.
- Hoge Raad 29 oktober 2004, nr. 40296, BNB 2005/64.
- Hoge Raad 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265
- Hoge Raad 6 mei 1998, nr. 33 344, BNB 1998/276
- Hoge Raad 29 augustus 1997, nr. 32 210, BNB 1998/3

- Hoge Raad 29 augustus 1997, nr. 32 262, BNB 1997/346
- Hoge Raad 8 december 1954, nr. 11 999, BNB 1955/46
- Hoge Raad 2 december 1953, nr. 11 414, BNB 1954/22
- Hoge Raad 7 juni 1939, B 6921
- Hoge Raad 23 november 1938, B 6781
- Hoge Raad 2 maart 1938, B 6631
- Hoge Raad 19 mei 1937, B 6409

### **Hoven**

- Hof Amsterdam 27 juni 2013, nr. 12/00435, V-N 2013/43.1.1.
- Hof Amsterdam 13 september 2012, nr. 11/00357, NTFR 2013/58
- Hof Amsterdam 14 juni 2012, nr. 11/00246, NTFR 2012/1919
- Hof Amsterdam 7 juni 2012, nrs. 09/00118 en 09/00125, NTFR 2012/1983
- Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2014, nr. 13/00331
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, nr. 13/00479, NTFR 2014/534
- Hof Arnhem-Leeuwarden 8 oktober 2013, nr. 13/00065, NTFR 2013/2440
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, nr. 13/00071, NTFR 2014/356
- Hof Arnhem, 17 januari 2012, nr. 11/00294, V-N 2012/19.1.3.
- Hof 's-Gravenhage 21 december 2001, nr. 01/00157

### **Rechtbank**

- Rechtbank 's-Gravenhage 22 januari 2007, nr. 05/8891, V-N 2008/12.15
- Rechtbank Haarlem 13 november 2006, nr. 05/2950, V-N 2007/18.2.2
- Rechtbank Noord-Nederland 31 januari 2013, nr. 12/01730, NTFR 2013/1218

## Literatuurlijst

### Boeken

- J.H.M. Arts, Onzakelijke leningen, fed fiscale brochures, Deventer: Kluwer, 2013
- R.P.C.W.M. Brandsma, Hybride leningen, fiscale monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer, 2003
- J.T. van Egdom, Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational, Fiscale monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer, 2011.
- E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, Inkomstenbelasting, fed fiscale studieresie nr. 35, Kluwer: Deventer, 2014.
- A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, Hoofdzaken winst uit onderneming, Deventer: Kluwer, 2012
- O.C.R. Marres, Winstdrainage door renteaftrek, Fiscale monografieën nr. 113, Deventer: Kluwer, 2008
- G.M.M. Michielse, 'Thin capitalisation' in het fiscale recht, fiscale monografieën nr. 67, Deventer: Kluwer, 1994
- P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer, 2013
- J. van Strien, Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, NOB/LOF serie nr. 11, Deventer: Kluwer, 2002
- J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, fiscale monografieën nr. 119, Deventer: Kluwer, 2007
- J. Vis, Ondernemend waarderen : Waarderend ondernemen, Apeldoorn: Uitgever Maklu, 2010

## Tijdschriften

- P.G.H. Albert, De onzakelijke lening opzij, WFR 2013/1464
- P.G.H. Albert, Is het verlies op een onzakelijke lening omlaag aftrekbaar?, WFR 2008/1226
- J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, MBB 2012/2
- H. Beckman, De uitkeringstoets, Ondernemingsrecht 2012/117
- A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. Velden, De onzakelijke lening anno 2014 – deel I, SDU mbb 2014/05/02
- R.P.C.W.M. Brandsma, J. Gooyer en M.B.J.M. Tuyp, Enige capita selecta inzake de fiscale behandeling van hybride leningen, WFR 2002/867
- B.W.A.M. Damsma, C.S.J. Jie-a-Joen en T.A. Meijer, Zakelijke of onzakelijke lening – baanbrekend Hoge Raad-arrest, SDU mbb 2012/04/04
- W.F.E.M. Egelie, De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk, NTFR-B 2012/5
- S.E. Eisma, Civielrechtelijke aspecten van converteerbare obligatieleningen, WFR 1995/1021
- F.J. Elswelier, J. Grave en J. van Strien, De onzakelijke lening in rechtsvergelijkend perspectief met Duitsland, WFR 2013/331
- J.A.G. van der Geld, Het initiatief-wetsvoorstel Vermeend ter aanvulling en reparatie van de deelnemingsvrijstelling, FED 1986/1265
- I.M. de Groot, Verrassende ontwikkelingen omtrent de onzakelijke lening, WFR 2013/748
- H. de Gunst, De fiscale kwalificatie van 'Additional Tier 1'-instrumenten uitgegeven door banken, WFR 2013/691

- E.J.W. Heithuis, Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?, WFR 2013/998
- E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer, WFR 2012/528
- N.M. Ligthart, De onzakelijke lening in de tbs-sfeer: wetgever grijp in!, NTFB-B 2012/6
- N.M. Ligthart, Gevolgen onzakelijke tbs-lening bij medeaandeelhouderschap, WFR 2012/1038 (naschrift van E.J.W. Heithuis)
- O.C.R. Marres, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, WFR 2012/142
- M. Nieuweboer, Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!, NTFR 2012/292
- J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk, Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Deventer: Kluwer 2014
- P.J.J.M. Peeters, De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! - Deel 3 At arm's length, WFR 2010/1580
- Rozendal, Onzakelijke leningen en ( toekomstig) aandeelhouderschap, FED 2013/23
- R. Snoeij en L. Wagenaar, Nu eindelijk duidelijkheid over het fiscale kapitaalbegrip?, WFR 2014/622
- G.H. de Soeten, De onzakelijke (debiteurenrisico-)lening: een goede rechtsontwikkeling?, NTFR 2014/7
- G.J.H. Spangen, Een civielrechtelijke beschouwing van aandelen, kapitaal en vermogensbescherming, TFO 2013/127.1
- D.E. van Sprundel en J. van Strien, Terugkeer naar Ithaka? De "onzakelijke lening" bij de crediteur - deel 4, WFR 2011/490
- R.E. Zwier, Het chalet- en informal investoarrest II; antwoorden en nieuwe vragen, WFR 2014/514



### **Losbladige werken**

- J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht, editie Vennootschapsbelasting

## Bijlage A – Accountingkwalificaties<sup>203</sup>

<b>Instrument</b>	<b>Relevante contractuele voorwaarden</b>	<b>Presentatie</b>
Verplicht aflosbare aandelen	De uitgevende onderneming is verplicht de aandelen na enige jaren terug te betalen. Tussentijds wordt dividend betaald.	Financiële verplichting
Mogelijk aflosbare aandelen	De uitgevende onderneming heeft het recht de aandelen terug te betalen.	Eigen vermogen
Mogelijk aflosbare aandelen	De aandeelhouder behoudt zich het recht voor na enige jaren aflossing van de aandelen te verlangen	Financiële verplichting
Preferent aandeel, al dan niet cumulatief dividend	De uitgevende onderneming moet de preferente aandelen voor een vast of bepaalbaar bedrag (winst-onafhankelijk) op een bepaalde of bepaalde datum in de toekomst inkopen.	Financiële verplichting
Preferent aandeel, met al dan niet cumulatief dividend	De uitgevende onderneming moet eeuwigdurend vaste of bepaalde (winstonafhankelijke) 'dividendbetalingen' doen.	Financiële verplichting
Preferent aandeel, met al dan niet cumulatief dividend	Het preferent dividend wordt op jaarbasis vastgesteld en is enkel afhankelijk van de winst van de onderneming in dat jaar.	Keuze om dit instrument als eigen vermogen of als financiële verplichting te Verantwoorden (IFRS: verplichting)

203. EY handboek, Jaarrekening 2014, hoofdstuk 28 financiële instrumenten, blz. 943-944.

<b>Instrument</b>	<b>Relevante contractuele voorwaarden</b>	<b>Presentatie</b>
Preferent aandeel, met al dan niet cumulatief dividend, waarbij de betaling van het dividend ter discretie van de onderneming is	Het aandeel is eeuwigdurend, zonder plicht voor de uitgevende onderneming het aandeel terug te kopen. Bovendien is uitkering van dividend ter discretie van de directie, commissarissen of op basis van een besluit van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders.	Eigen vermogen
Inkoop van goederen of diensten die worden voldaan in eigen aandelen van de onderneming	De onderneming is verplicht een aantal eigen vermogensinstrumenten te leveren waarbij het aantal bepaald wordt door de waarde van de eigen aandelen.	Financiële verplichting
Gekochte calloptie op eigen aandelen	De onderneming heeft recht op de inkoop van een vast aantal eigenvermogensinstrumenten van de onderneming zelf tegen een vaste vergoeding (vergelijk inkoop van eigen aandelen).	Eigen vermogen
Geschreven calloptie op eigen aandelen	De onderneming heeft de plicht tot verkoop van een vast aantal eigenvermogensinstrumenten van de onderneming zelf tegen een vaste vergoeding.	Eigen vermogen
Gekochte putoptie op eigen aandelen	De onderneming heeft het recht om eigen aandelen te verkopen aan de houder van de putoptie.	Eigen vermogen

<b>Instrument</b>	<b>Relevante contractuele voorwaarden</b>	<b>Presentatie</b>
Geschreven putoptie op eigen aandelen	De onderneming is verplicht tot inkoop van eigen aandelen, bij uitoefening van de putoptie door de houder van de instrumenten. Ook indien er een plicht tot inkoop van een aandeel derden in een meegeconsolideerde onderneming bestaat dient presentatie als hiernaast omschreven te worden toegepast.	De putoptie (premie) is eigen vermogen. Wel wordt voor de contante waarde van de mogelijke toekomstige betaling een financiële verplichting opgenomen die ten laste van het eigen vermogen wordt gevormd.
Termijntransactie voor de inkoop van eigen aandelen	De onderneming is verplicht tot de inkoop van eigenvermogensinstrumenten van de onderneming in ruil voor een bepaalde hoeveelheid liquide middelen of een ander financieel actief.	De termijntransactie is eigen vermogen (maar heeft in het algemeen een waarde nihil bij eerste waardering) en daarnaast bestaat een financiële verplichting ten bedrage van de contante waarde van het inkoopbedrag dat ten laste van het eigen vermogen wordt gevormd.
Perpetuele lening	Er is geen aflossing overeengekomen en aflossing zal alleen plaatsvinden met instemming met de uitgevende onderneming. Tot het moment van aflossing wordt rente betaald.	Financiële verplichting

## **Bijlage B – Feiten en omstandigheden van relevante arresten tot BNB 2008/191**

### **Hoge Raad 19 mei 1937, B 6409**

Dit arrest uit 1937 had betrekking op een moederverenootschap (M) die een borgstelling richting een derde aangaat voor haar dochterverenootschap (D). Op het moment dat de borgstelling werd overeengekomen was D nog solvabel. Een aantal jaar later komt D alsnog in financiële problemen, waardoor de crediteur de borgstelling inroept. De vraag was of deze betaling een aan de dividend- en tantiëmebelasting onderworpen uitdeling vormde, hetzij bij het aangaan van de verbintenis als borg, hetzij op het moment dat de schuld wordt betaald.

De Hoge Raad overweegt dat niet reeds op het moment dat de verbintenis wordt aangegaan, sprake kan zijn van een belastbare uitdeling nu de betaling nog onzeker is. In het onderhavige geval kan op het moment van inroeping, oftewel het moment van betaling van de schuld door M, sprake zijn van een onttrekking ten gunste van D. Daarbij stelt de Hoge Raad als eis dat M zich borg heeft gesteld om redenen van persoonlijke aard en niet op zuiver zakelijke grond. De uitdeling moet zijn gedaan om de aandeelhouders in die hoedanigheid te bevoordelen. Indien dit het geval is, moet de grootte van de uitdeling worden bepaald door te onderzoeken in hoeverre M verhaal kon halen bij D.

### **Hoge Raad 2 maart 1938, B 6631**

Dit arrest had betrekking op een NV die een woning liet bouwen voor haar directeur/groot-aandeelhouder (hierna: 'dga'). De stichtingskosten van de bouw vielen hoger uit dan de waarde in het economisch verkeer van de woning op het moment van opleveren. De Raad van Beroep besliste dat het onaannemelijk is dat de bouw slechts had plaatsgevonden met het oogmerk om in de woning over een kantoorruimte van 15 m<sup>2</sup> te beschikken. Te noodzakelijkheid om zijn functie daar te verrichten was niet noodzakelijk. Het oogmerk was derhalve uitsluitend gelegen in de wens haar aandeelhouder te begunstigen. De Raad van Beroep kwam tot de conclusie dat in dit feitencomplex een winstuitdeling was gelegen, die definitief tot stand kwam in het jaar waarin de woning is gereed gekomen. Het bedrag van de

uitdeling is het verschil tussen de bouwkosten en de verkoopwaarde op het tijdstip van gereedkomen. De Hoge Raad volgt de Raad van Beroep in zijn beslissing.

**Hoge Raad 23 november 1938, B 6781**

NV P heeft A als indirecte dga. A heeft kinderen, welke aandeelhouder zijn van NV Q. P koopt van Q niet-beursgenoteerde aandelen en oprichtersbewijzen in een derde: NV R. De koopsom van deze aandelen en bewijzen is gebaseerd op de inkomsten uit de voorafgaande jaren van NV R. Zes weken na aankoop van de aandelen faillieerde R en bleken de aandelen en bewijzen waardeloos te zijn. De Raad van Beroep oordeelde dat P het risico welbewust heeft aanvaard en dat zij - indien zij uitsluitend op zakelijke gronden had gehandeld - dit risico nimmer op zich had genomen. De transactie is verricht op grond van persoonlijke belangen. De Hoge Raad gaat mee in deze beoordeling en stelt dat het aanvaarden van het risico plaatsvond om de aandeelhouder (A) te bevoordelen. Het oordeel is dan ook dat de koopsom een uitdeling vormt.

**Hoge Raad 7 juni 1939, B 6921**

X NV leent geld bij een bank en leent deze gelden door aan een gelieerde entiteit. Op het moment van doorlenen zag het er naar uit dat deze gelieerde entiteit aan haar verplichting zou kunnen voldoen. Op het moment dat de bankschuld moest worden afgelost, bleek echter dat het doorgeleende bedrag oninbaar was. In geschil was of de terugbetaling aan de bank (zonder de terugbetaling van het doorgeleende bedrag) als verkapte winstuitdeling moest worden beschouwd.

De Hoge Raad overweegt dat X NV een risico op zich neemt, namelijk het risico dat de vordering niet verhaalbaar is. Het aanvaarden van het risico zelf vormt geen belastbare uitdeling, maar van een uitdeling kan wel sprake zijn op het moment dat de vordering niet verhaalbaar bleek te zijn. De beantwoording van deze vraag hangt af van het feit of X NV het risico op zich heeft genomen op zakelijke gronden, doch slechts om alle of sommige aandeelhouders ten dienst te zijn.

**Hoge Raad 2 december 1953, nr. 11 414, BNB 1954/22**

Dit arrest komt sterk overeen met B 6631. Ook deze zaak betrof een vennootschap die een huis liet bouwen voor de dga waarbij verlies werd geleden op de bouw. Het verlies, het verschil tussen de kosten van de bouw en de waarde van het pand, beschouwde de inspecteur als onttrekking op onzakelijke gronden en voegde de onttrekking derhalve weer toe aan de winst. Belastingplichtige betoogt dat de woning gebruikt zal worden om klanten te ontvangen en in die hoedanigheid een zekere staat moet voeren.

De Hoge Raad beslist dat de Raad van Beroep niet voldoende heeft onderzocht in welke hoedanigheid de woning is verstrekt. De zaak wordt verwezen, waarbij drie mogelijke uitkomsten worden gegeven:

1. De vennootschap verstrekt op zakelijke gronden een woonplek aan een werknemer. Omdat de werknemer een directeur betreft, dient deze een zekere representatieve waarde te hebben en in de gelegenheid te zijn om klanten te ontvangen. In dit geval bestaat geen grond om het verlies als onttrekking te beschouwen.
2. De vennootschap accepteert het verlies om de persoonlijke wensen van de directeur te vervullen en ter zake van zijn functie een voordeel toe te kennen. Ook nu is van een onttrekking geen sprake maar van bedrijfskosten. Dit zijn immers salariskosten; een vergoeding in natura voor het verrichten van arbeid.
3. Het verlies wordt aanvaard om de aandeelhouder in die hoedanigheid een voordeel toe te kennen. In dat geval heeft een onttrekking voor andere dan bedrijfsdoeleinden plaatsgevonden. Het actief is aan de onderneming onttrokken – zonder gelijkwaardig actief te verkrijgen – om haar aandeelhouder te bevoordelen.

**Hoge Raad 8 december 1954, nr. 11 999, BNB 1955/46**

In dit arrest heeft een vader aan zijn zoon een lening verstrekt. Vader heeft deze lening opgenomen in zijn ondernemingsvermogen. De Hoge Raad overweegt dat het belastingplichtige vrij staat om de vordering in zijn ondernemingsvermogen op te nemen. Wanneer belastingplichtige echter leveranties of diensten verricht welke een zakelijke grondslag missen, mag de afschrijving van de vordering niet ten laste van de winst worden gebracht. Van onzakelijk verrichte diensten is mede sprake indien de financiële toestand van

de verkrijger de vordering van de vergoeding dubieus maakt. Het aanvaarden van een debiteurenrisico om bedrijfsvreemde redenen (oftewel: persoonlijke redenen), maakt dat de afboeking en afschrijving van een dergelijke vordering als onttrekking wordt beschouwd.

**Hoge Raad 29 augustus 1997, nr. 32 262, BNB 1997/346**

Een financieringsmaatschappij (A BV) heeft op aansporing van haar moedermaatschappij (B BV) een geldlening verstrekt aan een Engelse vennootschap (K) via een dochter (D). Deze lening is deels verstrekt met eigen vermogen en deels via een lening van B BV. Op de lening door B betaalde A een rente van 17 7/8% en zij ontving op het doorgeleende bedrag een rente van 18%. Op beide leningen, zowel ingaand en uitgaand, is echter nooit rente betaald of ontvangen. In 1989 zijn de activiteiten van A en D gestopt en vervolgens geliquideerd, waardoor B de lening op K rechtstreeks ging houden. Bij de liquidatie leed A een verlies op de lening.

Hof Amsterdam oordeelde dat niet aannemelijk is gemaakt dat het debiteuren- en valutarisico op grond van zakelijke verhoudingen is gedragen. De Hoge Raad volgt het oordeel van het Hof en overweegt dat het debiteurenrisico bewust is aanvaard ten behoeve van de aandeelhouder. Het verlies dat A heeft geleden kan derhalve niet ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht.

**Hoge Raad 29 augustus 1997, nr. 32 210, BNB 1998/3**

Belanghebbende (25%) richt samen met de coöperatie A AB (75%) de vennootschap B BV op. B gaat een lening van f 2,000,000 met de bank aan, waarvoor zowel belanghebbende als A zich hoofdelijk aansprakelijk stellen. B lijdt in haar eerste boekjaar een verlies van f 2,000,285. In het daaropvolgende jaar wordt overeengekomen dat A AB het belang van belanghebbende overneemt voor een bedrag van f 25,000. Tevens neemt A AB de hoofdelijke aansprakelijkheid op de lening van B over van belanghebbende, waarvoor laatstgenoemde een bedrag van f 250,000 betaalt. In geschil was of deze f 250,000 ten laste van de winst mag worden gebracht.

Hof Arnhem oordeelde dat belanghebbende zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld in haar hoedanigheid als aandeelhouder en ook in die hoedanigheid aansprakelijk bleef voor de schulden van B BV. Aan deze analyse koppelt het Hof de conclusie dat het nadeel (de betaling



van f 250,000) behoort tot de resultaten uit hoofde van een deelneming en derhalve bij de bepaling van de winst buiten aanmerking blijft. De Hoge Raad gaat mee in het oordeel van het Hof en beslist voorts dat 'de omstandigheid dat de hoofdelijke aansprakelijkheid werd aanvaard met het oog op de financiering van de BV aan dat oordeel niet in de weg staat.'

**Hoge Raad 6 mei 1998, nr. 33 344, BNB 1998/276**

In dit arrest was sprake van een risicovolle lening. Hof Amsterdam besliste dat het aannemelijk was dat de geldlening slechts was verstrekt om de aandeelhouder te bevoordelen. Het aangaan van deze lening diende geen bedrijfsbelang en net als in de hierboven beschreven arresten, was het gevolg dat een verlies op deze lening niet ten laste van de winst kan worden gebracht. De Hoge Raad meende niet verder op dit arrest in te hoeven gaan en deed de zaak af met art. 101a van de Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: RO), het huidige art. 81 RO.

**Hoge Raad 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265**

Belanghebbende verleent samen met haar dochtervennootschap B handelsbank kredieten aan C AG. Voorts verstrekt belanghebbende leningen aan E GmbH en H GmbH voor respectievelijk DM 107,327,520 en DM 76,800,000. E en H zijn zogenoemde 'shell companies' van B, welke dienen voor de aankoop van aandelen C. B stelde zich voor een bedrag van DM 50,000,000 garant voor beide leningen. Ter zake van deze garantstelling betaalde belanghebbende provisies aan B, gelijk aan de opslag voor het kredietrisico op de rente die in rekening werd gebracht aan E en H.

Naar aanleiding van een aantal negatieve publicaties omtrent C, stelt belanghebbende een boekenonderzoek in. Uit dit onderzoek blijkt dat C een krappe liquiditeitspositie heeft. Het kredietrisico op de leningen aan E en H werd op dat moment nog door verschillende entiteiten binnen de groep van belanghebbende gedragen. De raad van bestuur van belanghebbende beslist dit risico bij belanghebbende te concentreren, waarna de door B verstrekte garanties komen te vervallen. In het kader van een herstructurering van C wordt een additionele lening verstrekt van belanghebbende aan C ter grootte van DM 30,500,000. Tevens worden de leningen aan E en H omgezet in aandelen C. Na nieuwe tegenvallers doet belanghebbende echter om niet stand van haar aandelen C. Belanghebbende waardeert de leningen af en brengt het totaalbedrag van de leningen aan C, E en H (DM 184,127,620 en DM 30,500,000)

ten laste van haar winst. De inspecteur corrigeert de aanslag echter en verhoogt de winst met DM 100,000,000 (de garantie die B had gegeven op de leningen aan E en H) en DM 16,564,607, zijnde het aandeel van B in de lening aan C ( $100,000,000 / 184,127,520$  maal DM 30,500,000).

De Hoge Raad overweegt allereerst de mogelijkheid dat het prijsgeven van het recht om haar dochtermaatschappij in vrijwaring te roepen niet slechts kan worden aangemerkt als een handeling van een aandeelhouder. In die situatie moet het verlies - dat voortvloeit uit het vervallen van de mogelijkheid tot regres - worden bepaald op de waarde van de rechten uit hoofde van de garantstelling door de dochtermaatschappij. Oftewel, het verlies is gelijk aan de waarde van de regresvordering. Als ter zake van het prijsgeven geen of een te lage prestatie is bedongen (door belanghebbende) en zulks berust op onzakelijke overwegingen, moet de winst (van belanghebbende) overeenkomstig worden gecorrigeerd. In de situatie dat het prijsgeven van het recht slechts kan worden aangemerkt als een handeling van de aandeelhouder als zodanig, speelt de handeling zich af in de kapitaalsfeer en heeft het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed op de fiscale winst.

In deze zaak oordeelde het Hof dat de winst slechts moet worden gecorrigeerd omdat B voor het prijsgeven van de garantie geen vergoeding heeft betaald. Dit oordeel werd ondersteund door het feit dat belanghebbende en B een zakelijke relatie hadden en hun onderneming bestond uit het verstrekken van leningen (aan E en H). Het Hof is ervan uitgegaan dat het prijsgeven binnen dit zakelijke kader heeft plaatsgevonden en niet in de hoedanigheid als aandeelhouder. De Hoge Raad meent dat hier geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting en volgt het Hof in zijn oordeel dat de winst van belanghebbende slechts wordt verhoogd met een zakelijke vergoeding voor het prijsgeven van de garantie. De afwaardering van de leningen vond derhalve wel doorgang.

Uit dit arrest is een belangrijke boodschap te distilleren, namelijk het onderscheid tussen onzakelijk handelen in de winstsfeer en handelingen die zich in de kapitaalsfeer afspelen. Van laatstgenoemde categorie kan alleen sprake zijn indien het een handeling is van de aandeelhouder als zodanig. Wordt de transactie verricht op basis van de zakelijke relatie, maar wordt onzakelijk gehandeld, dan dient conform art. 8b Wet Vpb en de totaalwinstgedachte van art. 3.8 Wet IB en art. 8 Wet Vpb een correctie van de voorwaarden plaats te vinden.

Evenals Van der Geld ben ik van mening dat een correctie van de voorwaarden naar een arm's length karakter tot een bevredigendere situatie leidt dan wanneer de transactie in de kapitaalsfeer wordt geplaatst. Op dat moment worden de voorwaarden namelijk gecorrigeerd voor zover zij onzakelijk zijn, in plaats van de gehele transactie buiten de winstsfeer te plaatsen en geen invloed te laten hebben op de fiscale winst.

**Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104**

Belanghebbende is in 1995 opgericht door Holding BV en sinds haar oprichting verenigd in een fiscale eenheid. Van 1995 tot 2000 bestonden de werkzaamheden van belanghebbende uit het verrichten van onderzoek naar en het opsporen van olie- en gasvoorkomens in de Kaspische Zee. In 1997 bestond nog geen zekerheid over eventuele winbare olie- en gasreserves, maar in 2000 is de opbouw en in 2001 de exploitatie gestart. Voor de exploratiewerkzaamheden is in 1995 een leningsovereenkomst gesloten tussen Holding en belanghebbende. In 1997 is inzake deze overeenkomst een bedrag van € 25,631,128 verstrekt, waarvoor geen zekerheden zijn verstrekt. De inspecteur heeft de verstrekking van dit bedrag aangemerkt als het bijeenbrengen van kapitaal en kapitaalsbelasting nageheven.

Hof Den Haag heeft geoordeeld dat feitelijk kapitaal is verstrekt, nu niet is beoogd een lening aan belanghebbende te verstrekken (een schijnlening). Dit leidt het Hof af uit de volgende omstandigheden. De terugbetalingsverplichting ontbeert reële betekenis tijdens de exploratiewerkzaamheden. Nu nog onzeker is of deze werkzaamheden daadwerkelijk tot de exploitatie van olie of gas zullen leiden, is het onzeker of ooit aan de terugbetalingsverplichting zal worden voldaan. Een derde zou onder dergelijke omstandigheden geen lening hebben verstrekt zonder zekerheden te eisen. In dit oordeel ligt besloten dat hoewel de geldverstrekking als lening is betiteld, deze wezenlijk niet het karakter van een lening heeft.

De Hoge Raad gaat echter niet mee in het oordeel van het Hof. De Hoge Raad beslist: 'noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervenootschap 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.' Aan de onderhavige geldverstrekking is een terugbetalingsverplichting verbonden en ten tijde van het verstrekken was niet te voorzien dat het nimmer tot terugbetaling zou komen. De geldverstrekking moet derhalve worden beschouwd als lening en niet als het bijeenbrengen van kapitaal en is derhalve niet belast met kapitaalsbelasting.

De Hoge Raad geeft geen betekenis aan het feit dat een derde een dergelijke lening niet zonder garantstelling zou verstrekken. Met Daniels meen ik dat dit een juiste beslissing is. Zoals in hoofdstuk 2 reeds besproken, blijft een geldverstrekking fiscaal een lening zolang een terugbetalingsverplichting bestaat (civielrechtelijk is het lening) en niet van een herkwalificatie sprake is. In het onderhavige arrest was de terugbetalingsverplichting reëel en dus kon niet worden gesproken van een schijnlening. Dat een derde deze lening niet onder dezelfde voorwaarden zou willen verstrekken, doet niet af aan de kwalificatie als lening.

## Bijlage C – Credit ratings

Moody's		S&P		Fitch		Credit risk profile
Long-term	Short-term	Long-term	Short-term	Long-term	Short-term	
Aaa	P-1	AAA	A-1+	AAA	F1+	Investment grade (prime)
Aa1		AA+		AA+		Investment grade (high grade)
Aa2		AA		AA		
Aa3		AA-		AA-		
A1	P-2	A+	A-1	A+	F1	Investment grade (upper medium grade)
A2		A		A		
A3		A-		A-		
Baa1	P-3	BBB+	A-2	BBB+	F2	Investment grade (lower medium grade)
Baa2		BBB		BBB		
Baa3		BBB-		BBB-		
Ba1	Not prime	BB+	B	BB+	B	Non-investment grade (speculative)
Ba2		BB		BB		
Ba3		BB-		BB-		
B1		B+		B+		Non-investment grade (highly speculative)
B2		B		B		
B3		B-		B-		
Caa1	Not prime	CCC+	C	CCC+	C	Junk-grade (substantial risks)
Caa2		CCC		CCC		Junk-grade (extremely speculative)
Caa3		CCC-		CCC-		Junk-grade (almost in default and no prospects for recovery)
Ca		CC				
		C				
C	D	/	DDD	/	Junk-grade (in default)	
/			DD			
/			D			