

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale economie



De onzakelijke lening

Het criterium van de in wezen winstdelende lening

Auteur: **Pieter Verbeek**

Studentnummer: **360808**

Scriptiebegeleider: **Ruud de Smit**

Datum: **15 juli 2015**

Plaats: **Rotterdam**

Inhoudsopgave

Verklaring van afkortingen.....	3
1. inleiding	4
1.1 De onzakelijke lening.....	4
1.2 Doel.....	6
1.3 Probleemstelling en deelvragen.....	7
1.4 Toetsingskader.....	7
1.5 Opzet.....	8
1.6 Afbakening.....	8
2. De onzakelijke lening	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Definitie onzakelijke lening.....	9
2.3 <i>At arm's length</i> -beginsel.....	9
2.4 Gelieerde partijen.....	10
2.5 Stappenplan onzakelijke lening.....	11
2.6 Conclusie.....	13
3. De term 'in wezen winstdelend'	14
3.1 Inleiding.....	14
3.2 'in wezen winstdelend'.....	14
3.2.1 Reeds afgesproken winstdelende rente.....	15
3.3 Redenen voor bewoording Hoge Raad.....	16
3.4 Winstdelend vs. winstafhankelijk.....	18
3.5 Jurisprudentie na HR BNB 2012/37.....	22
3.6 Conclusie.....	23
4. Wanneer is een lening 'in wezen winstdelend'	24
4.1 Inleiding.....	24
4.2 Kwantitatieve analyse.....	24
4.2.1 Rentabiliteit.....	25
4.2.1.2 Berekening rentabiliteit.....	26
4.2.1.3 Rentabiliteit als criterium voor een winstdelende lening.....	27
4.2.1.4 Moment van toetsen.....	29
4.2.1.5 Jurisprudentie winstdelende lening.....	29
4.3 Is een kwantitatief criterium gewenst.....	30
4.4 Conclusie.....	32
5. Conclusie	33
6. Literatuurlijst	36

Verklaring van afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
Art.	Artikel
blz.	Bladzijde
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BW	Burgerlijk Wetboek
FM	Fiscale Monografieën
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
MBB	Maandblad voor Belasting Beschouwingen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-B	NTFR-Beschouwingen
ODR-lening	Lening met een onzakelijk debiteurenrisico
OR-lening	Lening met een onzakelijke rente
REV	Rentabiliteit van het eigen vermogen
r.o.	Rechtsoverweging
RTV	Rentabiliteit van het totaal vermogen
RVV	Rentabiliteit van het vreemd vermogen
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudienieuws
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

1. Inleiding

1.1 De onzakelijke lening

Op vrijdag 25 november heeft de Hoge Raad voor veel opwinding binnen de fiscaliteit gezorgd, doordat hij de term 'onzakelijke lening' zelf heeft gedefinieerd in zijn arresten en de fiscale gevolgen heeft uiteengezet. De term is in feite een omschrijving van een leerstuk waar de Hoge Raad al in eerdere arresten mee is begonnen¹. In het drietal arresten² dat is geweest in november 2011, heeft de Hoge Raad de fiscale praktijk handvaten gegeven voor de behandeling van deze leningen. Belangrijk is dat de in 1988 geformuleerde en sindsdien geregeld bevestigde hoofdregel³ dat voor de kwalificatie van de geldverstrekking de civielrechtelijke vorm beslissend is, overeind is gebleven⁴. Bovendien zijn de drie in de fiscale rechtspraak geformuleerde uitzonderingen - te weten de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening - niet uitgebreid met een vierde uitzondering.

In het kort, ziet de onzakelijke lening op een lening die door een gelieerde partij is verstrekt. Deze groep van gelieerde partijen omvat zowel aandeelhouders (gelieerdheid bovenlangs) als deelnemingen (gelieerdheid onderlangs). Een lening is onzakelijk indien de schuldeiser een zodanig hoog debiteurenrisico loopt dat er geen vaste rente te bepalen is, waartegen een onafhankelijke derde – onder overigens gelijke voorwaarden en omstandigheden – bereid zou zijn deze lening te verstrekken⁵. Voor de fiscale praktijk heeft dit verstrekken gevolgen voor de financiering van vennootschappen. Indien een lening namelijk als onzakelijk wordt geëtiketteerd dan is zowel de rente op de lening, als een eventuele afwaardering van de lening niet aftrekbaar van de fiscale winst.

In HR BNB 2012/37⁶ verstrekte belanghebbende een lening aan een dochtermaatschappij waarop vervolgens, vanwege een negatief eigen vermogen van de dochter, €1,2 miljoen werd afgewaardeerd. De afwaardering werd echter door de inspecteur geweigerd, omdat de inspecteur van mening was dat de belanghebbende door het verstrekken van de lening een debiteurenrisico had aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen.

¹ HR 8 december 1954, nr. 11.999, BNB 1955/46; HR 29 augustus 1997, nr. 32.210, BNB 1998/3 en HR 12 december 2003, nr. 38.124, BNB 2004/265.

² HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37; 10/04588, BNB 2012/78 en 10/05161, BNB 2012/38.

³ HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217.

⁴ O.C.R. Marres, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', WFR 2012/142.

⁵ M. Nieuweboer, 'Hoge Raad zet leerstuk van onzakelijke lening uiteen', NTFR 2011/2722.

⁶ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

De reden dat dit risico werd genomen komt voort uit het feit dat beide partijen gelieerd zijn waardoor er, naast zakelijke overwegingen, mogelijk ook aandeelhoudersmotieven een rol gespeeld kunnen hebben. Hier ligt dan ook het onzakelijke karakter van de onzakelijke lening. Niet zozeer de leningverstrekking zelf is onzakelijk, maar juist het genomen debiteurenrisico⁷. A-G Wattel omschrijft de onzakelijke lening dan ook als een ODR-lening (ODR staat voor: onzakelijke debiteurenrisico).

Er dient echter een onderscheid gemaakt te worden tussen een lening met een onoplosbaar debiteurenrisico (de ODR-lening) en die met een oplosbaar debiteurenrisico (de OR-lening, waar OR staat voor: onzakelijke rente). Bij de OR-lening is het mogelijk om het debiteurenrisico te compenseren door de rentevergoeding opwaarts te corrigeren waardoor de lening zakelijk wordt. In de literatuur worden deze leningen ook wel omschreven als zakelijke leningen met onzakelijke voorwaarden⁸.

Echter, de mogelijkheid om de rente te verhogen en zodoende de lening zakelijk te maken, is door de Hoge Raad 'begrensd'. De renteverhoging mag er niet toe leiden dat de lening *in wezen winstdelend* wordt⁹. Een dergelijke aanpassing zou het karakter van hetgeen partijen hebben afgesproken te zeer aantasten. De Hoge Raad heeft hierdoor feitelijk een toets gecreëerd die als scheidslijn dient tussen onzakelijke leningen (ODR-leningen) enerzijds, en zakelijke leningen met onzakelijke voorwaarden (OR-leningen) anderzijds. Het feit dat er grenzen zijn aan totaalwinstcorrecties, in die zin dat prijscorrecties niet worden aanvaard indien te zeer wordt afgeweken van hetgeen partijen zijn overeengekomen, is een novum in de totaalwinstjurisprudentie tot dusverre¹⁰.

⁷ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, punt 5.4. "Niet de leningverstrekking is onzakelijk, maar het daarmee genomen debiteurenrisico. Het hoofdkenmerk is dus een *oncrediteurlijke* risico-aanvaarding. De ene gelieerde persoon neemt een (debiteuren)risico op zich dat eigenlijk een ondernemings- of persoonlijk risico van de andere gelieerde persoon is."

⁸ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, onderdeel 2.2.2.L.d1.l.

⁹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37. De Hoge Raad overwoog (r.o.. 3.3.2.): "Ingeval bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het "at arm's length" beginsel is vastgesteld, zal voor de fiscale winstberekening moeten worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. ... 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."

¹⁰ R. van Scharrenburg en P.C. van der Vegt, 'Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's', *WFR* 2015/422.

Zoals altijd als de Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger optreedt, roept zijn rechtspraak vervolgvragen op. Ten aanzien van de vraag of er sprake is van een onzakelijke lening zijn in het bijzonder vragen opgekomen, zoals (i) wanneer wordt de rente 'in wezen winstdelend'¹¹ en (ii) waarom heeft de Hoge Raad niet gekozen voor een andere, mogelijk beter toetsbare norm?¹² Het gevolg voor de fiscale praktijk is namelijk - zo luidt de kritiek - dat de scheidslijn tussen wanneer een lening zakelijk is en wanneer deze onzakelijk is, afhangt van een norm die (nog) niet concreet te bepalen is. Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad in zijn uitspraak van 25 november 2011 de zaak niet heeft verwezen naar het Hof om, met inachtneming van het nieuw geformuleerd criterium, te beslissen of er sprake was van een onzakelijke lening¹³. Immers dit was de vraag die centraal stond en voor de beantwoording van deze vraag heeft de Hoge Raad een nieuw criterium geformuleerd. De verwachting is dat de onduidelijkheid omtrent de vraag wanneer een lening winstdelend is, zal leiden tot nieuwe procedures.

1.2 Doel

In deze scriptie onderzoek ik of er een helder criterium geformuleerd kan worden die de belastingplichtige meer duidelijkheid verschaft bij het beoordelen of een lening onzakelijk is. In het bijzonder analyseer ik hoe bepaald kan worden wanneer een (onzakelijke) lening in wezen winstdelend is. Dit is een cruciaal vraagstuk voor de beoordeling of een lening onzakelijk is.

Allereerst onderzoek ik aan de hand van de fiscale literatuur, oude rechtspraak en (voormalige) wetgeving hoe de term 'in wezen winstdelend' moet worden uitgelegd. Hiermee wordt echter niet volstaan. Ook aan de hand van de bedrijfseconomische literatuur en inzichten tracht ik voor de fiscale praktijk een beter toetsbare norm aan te reiken. Hierdoor wordt voor het leerstuk aangaande de onzakelijke lening meer duidelijkheid geschept, iets waar de fiscale praktijk – in mijn optiek - ernstig naar op zoek is.

¹¹ Zie conclusie P.G.H. Albert, noot bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37.

¹² Aantekening van Redactie Vakstudie Nieuws in *V-N* 2011/63.10.

¹³ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, onderdeel 2.0.5.E.e4.

1.3 Probleemstelling en deelvragen

De hoofdvraag van deze scriptie luidt:

Hoe kan worden bepaald dat een (onzakelijke) lening in wezen winstdelend is?

Om tot een gegrond antwoord op deze hoofdvraag te komen, heb ik de volgende deelvragen opgesteld:

- Wat zijn de kernbegrippen van de onzakelijke lening?
- Wat wordt bedoeld met de term 'in wezen winstdelend'?
- Zijn er in bedrijfseconomische vakgebieden methoden te vinden waarmee de term 'in wezen winstdelend' geformuleerd kan worden?

1.4 Toetsingskader

In deze scriptie zal gebruik worden gemaakt van een aantal toetsingscriteria om de mogelijke antwoorden op de hoofdvraag te beoordelen. De criteria die hiervoor gebruikt zullen worden zijn:

- *Rechtszekerheid*: De introductie van het leerstuk omtrent de onzakelijke lening heeft tot veel beschouwingen en vragen geleid¹⁴. A-G Wattel¹⁵ overweegt in zijn conclusie bij HR BNB 2012/37 dan ook het volgende:
"De ODR-lening is mij eerlijk gezegd weinig clair gebleken. Zij deed mij denken aan de Schrödinger's cat. De waarnemer weet niet of de kat in de kast leeft of dood is. Of na een uur het één of het ander het geval is (of het radioactieve atoom vervallen is), wordt bepaald dor iets dat voor de waarnemer onbepaalbaar is; het kan niet vastgesteld worden zonder de kast te openen."
Een nieuw criterium dient die onduidelijkheid zo veel mogelijk weg te nemen en voor meer rechtszekerheid voor de fiscale praktijk te zorgen.
- *Effectiviteit*: Het leerstuk van de onzakelijke lening is mede geïntroduceerd om een einde te maken aan de grondslaguitholling door gelieerde partijen. De uiteindelijke gedachte hierachter is dat de winst meer in overeenstemming is met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 Wet IB 2001. Uiteindelijk moet worden beoordeeld of de gecreëerde norm ook goed aansluit bij deze gedachte.

¹⁴ R. van Scharrenburg en P.C. van der Vegt, 'Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's', *WFR* 2015/422.

¹⁵ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, punt 5.14.

- *Uitvoerbaarheid*: Een nieuw criterium om te beoordelen of een lening onzakelijk is, dient voor de fiscale praktijk ook eenvoudig toepasbaar te zijn. De fiscale praktijk is gebaat bij een helder en gemakkelijk uitvoerbaar criterium.

1.5 Opzet

In hoofdstuk 2 wordt een beknopte definitie van de onzakelijke lening gegeven. Hierbij zet ik enkele belangrijke begrippen omtrent de onzakelijke lening nader uiteen en stel ik een kort stappenplan samen aan de hand waarvan bepaald kan worden of er sprake is van een onzakelijke lening. In hoofdstuk 3 analyseer ik de door de Hoge Raad geformuleerde term ‘in wezen winstdelend’. Aan de hand van literatuur en jurisprudentie wordt nader uitgewerkt wat er precies wordt bedoeld met ‘in wezen winstdelend’. Tevens wordt in dit hoofdstuk onderzocht wat de redenen voor de Hoge Raad hebben kunnen zijn om een grens te stellen aan de rentecorrecties. Tot slot wordt in dit hoofdstuk een vergelijking gemaakt met de winstafhankelijke lening uit de arresten betreffende de deelnemerschapsleningen¹⁶. In hoofdstuk 4 onderzoek ik of er in bedrijfseconomische vakgebieden zoals *accounting* en *finance* methoden te vinden zijn die een antwoord kunnen bieden op de vraag wanneer er sprake is van een winstdelende lening. Op basis van deze uitkomsten concludeer ik of een helder (kwantitatief) criterium opgesteld kan worden om te bepalen wanneer een lening winstdelend is.

1.6 Afbakening

In deze scriptie onderzoek ik of er een nieuwe criterium te vinden is dat voor de fiscale praktijk een eenvoudigere scheidslijn creëert om te bepalen wanneer een lening winstdelend is en daarmee sprake is van een onzakelijke lening. In dit onderzoek blijft een uitgebreide analyse van de fiscale consequenties van de onzakelijke lening in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting buiten beschouwing, aangezien dat niet relevant is voor de vraag of en wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. Daarnaast is het doel van deze scriptie niet om een internationale rechtsvergelijking te maken met betrekking tot het leerstuk van de onzakelijke lening. Tot slot wordt er geen diepgaande bespreking gemaakt van de ontwikkeling van de onzakelijke lening-jurisprudentie in de afgelopen jaren, zodat een historische bespreking van het leerstuk achterwege blijft.

¹⁶ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, *BNB* 1999/176 en HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82.

2. De onzakelijke lening

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zet ik enkele belangrijke begrippen en aspecten van de onzakelijke lening uiteen. Allereerst wordt beknopt uitgelegd wat de definitie van een onzakelijke lening is. Vervolgens worden enkele kernbegrippen die een rol spelen binnen het leerstuk van de onzakelijke lening nader toegelicht. Ten slotte stel ik een stappenplan samen waarmee bepaald kan worden of er sprake is van een onzakelijke lening.

2.2 Definitie onzakelijke lening

Van een onzakelijke lening is sprake indien een belastingplichtige een lening verstrekt aan een gelieerde partij waarmee de belastingplichtige een zodanig hoog debiteurenrisico loopt, dat een onafhankelijke derde deze lening - onder overeenkomstige voorwaarden - nooit zou hebben verstrekt. De onzakelijkheid komt voort uit het feit dat de belastingplichtige een te groot debiteurenrisico op de lening aanvaardt op grond van niet zakelijke overwegingen (bijvoorbeeld aandeelhoudersmotieven). Dit is niet in overeenstemming met het *arm's length*-beginsel van art. 8b wet VPB 1969 waarin staat vermeld dat gelieerde partijen afspraken dienen te maken als ware het onafhankelijke partijen. Omdat rente en debiteurenrisico communicerende vaten zijn - als het debiteurenrisico toeneemt, stijgt de gewenste rentevergoeding - is het in beginsel mogelijk om een hogere rente vast te stellen om het debiteurenrisico te compenseren¹⁷. De Hoge Raad heeft deze rentecorrectie echter begrensd tot daar waar de lening 'in wezen winstdelend' wordt. Als er *geen* rentevergoeding gevonden kan worden die het debiteurenrisico *at arm's length* kan maken (zonder de lening winstdelend te maken) is er sprake van een onzakelijke lening.

2.3 At *arm's length*-beginsel

Sinds 1 januari 2002 is het *at arm's length*-beginsel gecodificeerd in art. 8b wet VPB 1969. Het *arm's length*-beginsel houdt in dat, indien gelieerde partijen bij onderlinge transacties voorwaarden overeenkomen die afwijken van voorwaarden die onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen, de winst wordt bepaald alsof die laatstgenoemde voorwaarden zouden zijn overeengekomen. Voor de bepaling van de winst wordt dus uitgegaan van de

¹⁷ De Staatsecretaris bevestigt deze mogelijkheid. In antwoord op de Nexia-brief (Brief Staatssecretaris van Financiën 22 februari 2010, nr. DGB2010/86U, V-N 2010/12.18) merkt de staatssecretaris op: "Onder omstandigheden kan een gebrek aan zekerheden worden gecompenseerd door een hogere rente. Ook banken hanteren soms opslagpercentages. Waar de grenzen exact liggen, is op voorhand lastig aan te geven."

voorwaarden die onafhankelijke derden in een soortgelijke transactie zouden afspreken. Of er daadwerkelijk sprake is van een soortgelijke transactie tussen onafhankelijke partijen is niet van belang.

Hoewel de staatsecretaris van mening is dat het *arm's length*-beginsel via art. 8, lid 1 wet VPB 1969 juncto art. 3.8 wet IB 2001 reeds deel uitmaakt van de fiscale wetgeving, heeft hij er toch voor gekozen om het beginsel te codificeren in de wet¹⁸. Het doel van de wetgever is hiermee geweest om beter aan te sluiten bij de internationale richtlijnen voor verrekenprijzen (hierna: 'OESO-richtlijnen')¹⁹. Door het codificeren van het *arm's length*-beginsel hebben deze OESO-richtlijnen directe werking gekregen in de Nederlandse rechtspraak²⁰.

In het kader van de onzakelijke lening kan een *arm's length*-correctie inhouden dat de afgesproken rente wordt aangepast aan een rentevergoeding die onafhankelijke derden zouden hebben afgesproken. Na deze aanpassing is de gehele lening *at arm's length* gemaakt en is er niet langer sprake van een onzakelijke lening. Uit HR BNB 2012/37 is duidelijk op te maken dat het *at arm's length* maken van de lening slechts mag toezien op wijziging van de rentevoet en zich niet in de sfeer van zekerheden mag bevinden²¹.

2.4 Gelieerde partijen

Omdat de onzakelijke lening zich alleen afspeelt binnen gelieerde verhoudingen²², is het belangrijk om vast te stellen wanneer er sprake is van gelieerdheid. De vraag wanneer er voor toepassing van de onzakelijke lening-jurisprudentie sprake is van gelieerde partijen, is in de rechtspraak nog niet eerder aan de orde geweest²³.

Nieuweboer²⁴ is van mening dat het een verzamelnaam is voor enerzijds aandeelhouders (alle relaties bovenlangs) en anderzijds deelnemingen (alle relaties onderlangs). Het gaat hierbij om aandelenbelangen van ten minste 5%.

Albert²⁵ omschrijft het begrip 'gelieerde partij' als een ruimere versie van het begrip

¹⁸ Besluit 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M, onderdeel 2.1.

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

²⁰ van Kalmthout is van mening dat voor een rechtstreekse doorwerking van de OESO-richtlijnen een wettelijke grondslag ontbreekt. Zie L.F. van Kalmthout, *'Verrekenprijzen' in: Over de grenzen van de vennootschapsbelasting*, opstellen aangeboden aan prof. Mr. D. Juch, Deventer, Kluwer 2002, blz. 99.

²¹ De redactie van Vakstudie Nieuws (zie V-N 2011/63.10) is van mening dat dit op gespannen voet staat met art. 8b Wet VPB 1969 waar correctie plaatsvindt op basis van 'voorwaarden die in het economisch verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen'.

²² HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2: "Ingeval bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming ...".

²³ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, onderdeel 4.

²⁴ M. Nieuweboer, 'De Hoge Raad zet leerstuk van onzakelijke lening uiteen', *NTRF* 2011/2722.

²⁵ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, onderdeel 4.

verbonden lichaam (art. 10a lid 4 wet VPB 1969) en verbonden persoon (art. 10a lid 5 wet VPB 1969). Dit concludeert hij op basis van HR BNB 2008/191, waar de onzakelijke lening-jurisprudentie van toepassing was op een lening die verstrekt was aan een vennootschap waar de geldverstrekker voor 23% aandeelhouder van was²⁶. Bij een aandelenbelang van 23% is er geen sprake van een verbonden lichaam (het aandelenbelang is kleiner dan 1/3); er was wel sprake van gelieerde partijen.

Mijns inziens dient voor het bepalen van gelieerdheid bij vennootschappen aansluiting gezocht te worden bij art. 8b, eerste en tweede lid, Wet VPB 1969 waar het *arm's length*-beginsel is opgenomen. Op basis van dit artikel is er sprake van gelieerdheid indien het ene lichaam voldoende zeggenschap heeft om de prijsstelling van het andere lichaam te beïnvloeden. Dit is niet alleen het geval bij aandeelhoudersrelaties, maar ook wegens het deelnemen aan het toezicht of de leiding van het lichaam. Er is sprake van een materieel criterium met als gevolg dat er per geval beoordeeld moet worden of er sprake is van gelieerdheid.

2.5 Stappenplan onzakelijke lening

Om een overzicht te krijgen van wanneer een geldverstrekking kwalificeert als een onzakelijke lening wordt in dit hoofdstuk een stappenplan uiteengezet. Aan de hand van dit stappenplan kunnen belastingplichtigen hun geldverstrekking toetsen en kunnen zij beoordelen of het mogelijk een onzakelijke lening is.

Vraag 1: Hoe kwalificeert de geldverstrekking?

In HR BNB 2012/37²⁷ heeft de Hoge Raad bevestigd dat de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking beslissend is. Daarom dienen belastingplichtigen allereerst te bepalen of de geldverstrekking civielrechtelijk kwalificeert als een lening of als kapitaal. De civielrechtelijke kwalificatie van een lening is geregeld in Boek 7A, titel 14 van het Burgerlijk Wetboek. Het cruciale kenmerk voor de civielrechtelijke kwalificatie van een lening is dat er tussen partijen een terugbetalingsverplichting is overeengekomen²⁸. Een specifieke definitie van wanneer civielrechtelijk van kapitaal wordt gesproken is er niet.

²⁶ HR 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191.

²⁷ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

²⁸ Art. 7A: 1791 BW. Zie ook HR 29 november 2002, C01/011HR, NJ 2003, 50, r.o. 3.4.5: "... voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW [is] voldoende (...) dat een verplichting tot teruggave bestaat." en HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104, r.o. 3.4.

Wel kan gesteld worden dat de aansprakelijkheid voor schulden van de onderneming een belangrijk kenmerk vormt van een kapitaalverstrekking²⁹. Voorts wordt in de jurisprudentie verwezen naar art. 2:175 BW en art. 2:178 BW waarin de definitie van een besloten vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal staat omschreven³⁰.

Vraag 2: Is er sprake van een fiscale herkwalificatie?

Indien de geldverstrekking civielrechtelijk als lening wordt beschouwd, dient vervolgens bekeken te worden of de lening door een van de drie uitzonderingen wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen. In HR 1988/217³¹ heeft de Hoge Raad deze drie varianten geformuleerd, te weten:

- Bodemlozeputlening³² (Was voorafgaand aan het verstrekken van de lening duidelijk dat de lening niet of niet geheel terugbetaald zou worden?)
- Deelnemerschapslening³³ (Krijgt de geldverstrekker door de lening in zekere mate deel in de debiteur?)
- Schijnlening³⁴ (Kan uit de omstandigheden worden opgemaakt dat partijen feitelijk voor ogen hadden om eigen vermogen te verstrekken?)

Voldoet de lening aan een van deze drie uitzonderingen dan wordt de lening geherkwalificeerd tot eigen vermogen³⁵. Er kan dan niet langer sprake zijn van een onzakelijke lening.

Vraag 3: Is de rentevergoeding *at arm's length*?

Als vaststaat dat de geldverstrekking ook fiscaal als lening kwalificeert, dient vervolgens geanalyseerd te worden of de afgesproken rentevergoeding *at arm's length* is. Zoals hierboven beschreven is de kernvraag dan of een onafhankelijke derde onder dezelfde omstandigheden de lening verstrekt zou hebben. Is de rentevergoeding in overeenstemming met het *arm's length*-beginsel dan kwalificeert de lening niet als een onzakelijke lening.

²⁹ C. Maas en prof. dr. H. Vermeulen, 'Het karakter van geldverstrekkings', *WFR* 2014/597, punt 5.

³⁰ HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB* 2014/80, r.o. 3.4.2.

³¹ HR 27 januari 1988, nr. 23.919, *BNB* 1988/217.

³² HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, *BNB* 2005/64.

³³ HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82.

³⁴ HR 24 juni 1964, nr. 15 225, *BNB* 1964/1996.

³⁵ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht*, studenteneditie Vennootschapsbelasting, onderdeel 2.2.2.L.c1.

Vraag 4: Kan de rente gecorrigeerd worden zonder de lening in wezen winstdelend te maken?

Indien de afgesproken rentevergoeding niet in overeenstemming is met het *arm's length*-beginsel, dan dient onderzocht te worden of de rente gecorrigeerd kan worden zonder de lening in wezen winstdelend te maken.

Deze rentecorrectie is gebaseerd op het Zweedse Grootmoeder-arrest³⁶ waarin de Hoge Raad overwoog dat een onzakelijke rentevergoeding voor de bepaling van de winst gecorrigeerd dient te worden naar zakelijke voorwaarden. Indien het niet mogelijk is om de rente aan te passen zonder dat de lening in wezen winstdelend wordt, heeft de geldverstrekker een debiteurenrisico gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. De lening kwalificeert als een onzakelijke lening.

In bijlage A is een overzicht opgenomen ter verduidelijking van het stappenplan.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de definitie en enkele kernbegrippen van de onzakelijke lening beknopt uitgelegd. Van een onzakelijke lening is sprake indien een belastingplichtige aan een gelieerde partij een lening verstrekt waarmee de belastingplichtige een zodanig hoog debiteurenrisico loopt, dat een onafhankelijke derde deze lening - onder overeenkomstige voorwaarden - nooit zou hebben verstrekt. Zoals ook in de definitie naar voren komt, kan een onzakelijke lening zich alleen voordoen tussen gelieerde partijen. Hiervan is naar mijn mening sprake indien de ene vennootschap voldoende zeggenschap heeft om de prijsstelling van een andere vennootschap te beïnvloeden. Uitgangspunt bij rechtshandelingen tussen gelieerde partijen is dat zij *at arm's length* moeten handelen. Dit houdt in dat zij afspraken dienen te maken die niet afwijken van hetgeen onafhankelijke derden met elkaar zouden overeenkomen.

Daarnaast is een stappenplan opgesteld waarmee belastingplichtigen kunnen beoordelen of een geldverstrekking kwalificeert als een onzakelijke lening. Dit acht ik van groot belang voor de fiscale praktijk aangezien de gevolgen van een kwalificatie als onzakelijke lening aanzienlijk zijn: een eventueel afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening is niet aftrekbaar van de fiscale winst en de rente wordt gecorrigeerd naar de rente die onafhankelijke partijen overeen zouden zijn gekomen indien een moedervernootschap borg zou hebben gestaan voor de lening.

³⁶ HR 31 mei 1978, nr. 18230, *BNB* 1978/252.

3. De term ‘in wezen winstdelend’

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is een definitie van de onzakelijk lening gegeven en zijn enkele belangrijk begrippen nader besproken. Nu het algemene kader is geschetst, wordt in dit hoofdstuk onderzocht wat de term ‘*in wezen winstdelend*’ exact voor plaats heeft binnen dit leerstuk. Zoals reeds is vermeld, bestaat de mogelijkheid om een onzakelijke lening *at arm’s length* te maken. De Hoge Raad heeft deze rentecorrectie echter begrensd. De rentecorrectie mag niet tot gevolg hebben dat de lening in wezen winstdelend wordt. Volgens de Hoge Raad tast dit het karakter van hetgeen partijen hebben afgesproken te zeer aan. Wat de Hoge Raad in feite heeft gedaan is dat het een toets heeft ontwikkeld die als scheidslijn dient tussen zakelijke leningen (met eventueel onzakelijke voorwaarden) en onzakelijke leningen (ODR-leningen).

In dit hoofdstuk worden verschillende aspecten van winstdelendheid nader bestudeerd. Er wordt geanalyseerd wat de term ‘in wezen winstdelend’ precies inhoudt, waarom deze formulering is gebruikt, wat de verhouding is met de *winstafhankelijke* rente die voortkomt uit de jurisprudentie van de deelnemerschapslening en of er inmiddels jurisprudentie na HR BNB 2012/37 te vinden is waarbij de terminologie van de Hoge Raad overgenomen is.

3.2 ‘in wezen winstdelend’

Aangezien de term ‘in wezen winstdelend’ als scheidslijn dient tussen onzakelijke leningen enerzijds en zakelijke leningen anderzijds is het uiteraard van groot belang om te weten waar die grens ligt. Helaas is in de huidige onzakelijke lening jurisprudentie de term ‘in wezen winstdelend’ niet gedefinieerd. Tevens is er geen wettelijke definitie van dit begrip aanwezig. Naar mijn mening is een lening ‘winstdelend’ indien de rente dermate hoog is dat de debiteur daardoor in de winst deelt van de crediteur. De mogelijkheid van de crediteur om de rente te voldoen gaat in hoge mate afhangen van zijn winstgenererende capaciteit. Feitelijk is elke rentebetaling natuurlijk afhankelijk van de winst. Immers, als de onderneming slecht loopt dan kan de rente ook niet worden betaald. Bij een winstdelende rente gaat het mijns inziens echter om een rente die *dermate hoog* is dat deze pas kan worden betaald zodra de winst een zekere hoogte bereikt. *Twigt*³⁷ schrijft hierover:

“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

³⁷ C. Twigt, ‘Onzakelijke lening’, januari 2015.

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.”

Een ander vraagstuk is wat de term ‘in wezen’ voor betekenis heeft. In mijn optiek duidt de bewoording ‘in wezen’ erop dat de Hoge Raad het begrip ‘winstdelend’ materieel uit wil leggen. Een lening kan bijvoorbeeld feitelijk niet winstdelend zijn, maar dat eigenlijk (in wezen) wel zijn. Het begrip dient dus ruim uitgelegd te worden. Uit de bewoording van de Hoge Raad leid ik af dat zowel een winstafhankelijke rente als een vaste rente kan leiden tot een winstdelende lening. Een nadere invulling van een winstdelende lening wordt niet gegeven. Ik ben van mening dat aan winstdelendheid nog een extra voorwaarde hecht, namelijk dat de rente *dermate hoog* dient te zijn. Voor een uitgebreide vergelijking tussen de begrippen winstafhankelijk en winstdelend verwijs ik naar hoofdstuk 3.4.

Tot slot kan de vraag gesteld worden in welke winst de lening (formeel dan wel materieel) moet delen. Van Strien³⁸ merkt - mijns inziens - terecht op dat voor *winstafhankelijkheid* zowel de commerciële als de fiscale winst kwalificeren. Ik ben van mening dat ook voor *winstdelendheid* van een van beide winsten kan worden uitgegaan.

3.2.1 Reeds afgesproken winstdelende rente

Zoals ik hiervoor heb besproken, mag een aanpassing van de rente er niet toe leiden dat een lening in wezen winstdelend wordt. Dit zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen aantasten. De Hoge Raad³⁹ overwoog:

“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.” (Onderstreping PV).

Wat als partijen reeds bij het aangaan van de lening, onder zakelijke voorwaarden, een winstdelende rentevergoeding zijn overeengekomen? In de literatuur is door diverse auteurs beargumenteerd dat er dan *geen* sprake is van een onzakelijke lening⁴⁰. Deze argumentatie

³⁸ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2007, blz. 89.

³⁹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.2.

⁴⁰ 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 *MBB* 2012/04 en P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening’, *TFO* 2014/134.1.

komt vooral neer op het feit dat het karakter van een winstdelende rentevergoeding bij het aangaan van de lening al was overeengekomen en zodoende niet aangetast zou kunnen worden door de lening in wezen winstdelend te maken. Deze conclusie wordt bevestigd door de Staatsecretaris⁴¹:

“Wellicht ten overvloede merk ik op dat een lening niet onzakelijk is als partijen een winstdelende lening overeenkomen onder overigens zakelijke condities.”

Met deze gedachtegang ben ik het eens. De Hoge Raad spreekt nadrukkelijk over een *aanpassing* van de lening die een *karakterwijziging* tot gevolg zou hebben. Indien partijen vooraf een winstdelende lening hebben afgesproken, kan dat niet het geval zijn.

3.3 Redenen voor bewoording Hoge Raad

Zoals ik hiervoor heb aangegeven, dient de begrenzing van de Hoge Raad ervoor om een scheidslijn te creëren tussen onzakelijke leningen (ODR-leningen) enerzijds en zakelijke leningen met onzakelijke voorwaarden (OR-leningen) anderzijds. In zijn conclusie overweegt A-G Wattel de mogelijkheid om een ODR-lening, die in beginsel een onoplosbaar debiteurenrisico met zich meebrengt, toch te verzakelijken⁴². In zijn optiek zou een winstafromende rentevergoeding het hoge debiteurenrisico kunnen compenseren en de gehele lening toch kunnen verzakelijken. Ter verduidelijking een voorbeeld: neem het Kaspische Zee-arrest⁴³ waarin een goed voorbeeld van een ODR-lening te vinden is.

In deze zaak werd een lening verstrekt aan dochtermaatschappij die onderzoek ging verrichten naar het opsporen van olie en gas in de Kaspische zee. Er was veel onduidelijkheid over de winbaarheid van het gas en überhaupt de mogelijkheid om te boren op die plek. Kortom, een zeer risicovol project. Tevens waren er bij de verstrekking van de lening geen zekerheden afgesproken en had het bedrijf een verwaarloosbaar eigen vermogen. Het was uitgesloten dat een onafhankelijke financier een lening zou verstrekken tegen een vaste rente, hoe hoog deze ook zou zijn. Het is vanuit economisch oogpunt echter denkbaar dat het voor externe financiers toch aantrekkelijk had kunnen zijn om in dit project te stappen indien er een winstafromende rente kon worden afgesproken. Stel dat de vreemd vermogen verschaffer 99% van de winst zou ontvangen, de winstkans van het project hoog genoeg zou zijn en er een hoge aflossingsboete zou staan op vervroegd aflossen in het zicht van winbaarheid, dan zou er economisch gezien een onafhankelijke partij gevonden kunnen

⁴¹ Besluit van 21 februari 2014, nr. BLKB 2014/286M, onderdeel 13.2.3.

⁴² Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, punt 8.16.

⁴³ HR 8 september 2006, nr. 42.015, *BNB* 2007/104.

worden die deze lening durft te verstrekken. Het debiteurenrisico van de lening is dan *at arm's length* gemaakt en de lening zou onder deze omstandigheden niet langer onzakelijk zijn.

Daarnaast voldoet de lening niet aan de voorwaarden van de deelnemerschapslening – bijvoorbeeld door een kortere looptijd dan 50 jaar -, waardoor deze niet geherkwalificeerd wordt tot eigen vermogen. Van een deelnemerschapslening is sprake indien een lening wordt afgesproken waarbij (i) de rentevergoeding vrijwel geheel winstafhankelijk is, (ii) de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en (iii) er geen vaste looptijd is afgesproken of een looptijd van meer dan 50 jaar⁴⁴.

Zoals bekend is de rentecorrectie dus beperkt tot daar waar de lening in wezen winstdelend zou worden. De Hoge Raad geeft als reden voor deze grens dat anders het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen te zeer zou worden aangetast.

Van Scharrenburg⁴⁵ is van mening dat de Hoge Raad door middel van dit onderscheid een dam wenst op te werpen tegen leningen waarmee de crediteur in zekere mate deelheeft in de onderneming van de debiteur, maar die niet beantwoorden aan de hierboven gestelde criteria voor een deelnemerschapslening. In dat geval rijst de vraag waarom de Hoge Raad überhaupt een apart leerstuk als de onzakelijke lening zou hebben ontwikkeld⁴⁶. Het zou met het oog op uitvoerbaarheid eenvoudiger geweest zijn om de *hardand-fast-rules* van HR BNB 2006/82⁴⁷ aan te passen. In mijn optiek is de beweegreden die van Scharrenburg benoemt dan ook niet volledig juist.

Volgens Albert⁴⁸ is de reden dat de Hoge Raad heeft gekozen voor het stellen van deze grens er in gelegen dat anders elke ODR-lening *at arm's length* gebracht zou kunnen worden door de lening winstdelend te maken. Het gevolg zou zijn dat iedere afwaardering op een onzakelijke lening ten laste van de winst gebracht zou kunnen worden. Albert is van mening dat slechts de *mogelijkheid* om een *at arm's length*-vergoeding af te spreken voldoende is. Of een onafhankelijke derde uiteindelijk daadwerkelijk gevonden wordt, acht hij niet relevant.

⁴⁴ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208.

⁴⁵ R. van Scharrenburg en P.C. van der Vegt, 'Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's', *WFR* 2015/422.

⁴⁶ In de literatuur is door verschillende auteurs betoogd om de onzakelijke lening aan te merken als een verstrekking van eigen vermogen. Zie o.a. M.E.P. van der Breggen, 'Transfer-pricingaspecten van leningen, verstrekt binnen de groep: een nadere beschouwing', *WFR* 2006/737, onderdeel 3.2 en F.A. Engelen & R. van Scharrenburg, 'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2008/705, onderdeel 3.1.

⁴⁷ HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82.

⁴⁸ P.G.H. Albert, noot bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, punt 5.

Hoewel ik de redenering van Albert snap, ben ik het hier niet mee eens. Nergens in HR BNB 2012/37 geeft de Hoge Raad blijk dat het voor deze grens heeft gekozen omdat anders elke ODR-lening *at arm's length* gebracht zou kunnen worden⁴⁹.

In zijn conclusie schetst A-G Wattel⁵⁰ enkel de *gevolgen* van het *at arm's length* maken van een onzakelijke lening. Hierbij zouden dusdanig veel randvoorwaarden aan de orde komen (te denken valt aan de voldoende *upside* bij succesboring en winbaarheid en de te stellen aflossingsboete) dat de Hoge Raad besloten heeft hier niet voor te kiezen. Kennelijk is de Hoge Raad van mening dat hierdoor te veel van de civielrechtelijke vorm van een lening wordt afgestapt. Het karakter van hetgeen partijen dan zijn overeengekomen zou te zeer worden aangetast⁵¹.

Vooralsnog laat de grens waar een lening in wezen winstdelend wordt zich niet vastleggen in eenduidige, heldere en objectief waarneembare criteria. Wanneer een lening winstdelend wordt, dient naar feiten en omstandigheden te worden beslist. *Van Strien*⁵² is van mening dat bij een sterk feitelijke invulling een behoedzame (her)kwalificatie op basis van werkelijke feiten en omstandigheden prevaleert boven een eenvoudigere kwalificatie op basis van een arbitrair criteria systeem. A-G Wattel⁵³ voegt daaraan toe dat het stellen van heldere criteria in het verleden heeft aangetoond dat het de praktijk mogelijkheden biedt tot *mismatching* en grondslagerosie. Voor een uitgebreide analyse van een helder (kwantitatief) criterium verwijs ik naar hoofdstuk 4.2.2.

3.4 Winstdelend vs. winstafhankelijk

Voorafgaande aan deze paragraaf heb ik besproken wat, naar mijn mening, wordt bedoeld met een winstdelende lening. Het gaat om een lening waarbij de rente dermate hoog is dat in wezen in de winst wordt gedeeld. Omdat de term winstdelend materieel uitgelegd dient te worden, kan niet alleen een winstafhankelijke rente maar ook een vaste rente leiden tot een winstdelende lening.

⁴⁹ Overigens kan de vraag worden gesteld of dit überhaupt een voldoende voorwaarde zou zijn om een afwijkend regime te ontwikkelen.

⁵⁰ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, punt 8.16 en 8.17.

⁵¹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2.

⁵² J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2007, blz. 501.

⁵³ Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, BNB 2012/37, punt 5.22.

De cruciale voorwaarde die ik hecht aan een winstdelende lening is dat de rente *dermate hoog* is dat de debiteur in wezen deelt in de winst. *Egelie*⁵⁴ schrijft over de winstdelende lening het volgende:

“Bij winstdelende leningen gaat het doorgaans om leningen waarbij de crediteur voor een betrekkelijk hoog percentage deelt in de winst van de debiteur.”

Hoewel het begrip winstafhankelijkheid niet wettelijk gedefinieerd is, kan er op basis van de literatuur en jurisprudentie toch een omschrijving van een winstafhankelijke lening worden afgeleid. Net als *Bouwman*⁵⁵ en *Peters*⁵⁶ ben ik van mening dat een winstafhankelijke lening op twee manieren uitgelegd kan worden. Ten eerste is er sprake van een winstafhankelijke lening indien de *hoogte* van de interest afhankelijk is van de omvang van de winst⁵⁷. Als voorbeeld noem ik een lening waarbij de rentevergoeding wordt gesteld op 6% van de winst. De omvang van de rentevergoeding stijgt naar mate de winst hoger wordt.

Ten tweede kan er ook sprake zijn van een winstafhankelijke lening indien, niet de hoogte, maar de *verschuldigheid* van de rente afhankelijk is van de winst. Met andere woorden: een debiteur is alleen rente verschuldigd indien hij voldoende winst behaald. In dit geval kan een naar de vorm vaste rente tevens worden gezien als een winstafhankelijke rente zolang de verschuldigheid maar afhankelijk is van de winst⁵⁸. Als voorbeeld kan gedacht worden aan een lening waarbij een vaste rente van 6% wordt afgesproken, maar alleen verschuldigd is vanaf € 100.000 winst.

⁵⁴ F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk', *NTFR-B* 2012/5, punt 3.

⁵⁵ J.N. Bouwman, *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting: kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding*, Amersfoort: SDU Fiscale & Financiële Uitgevers 2002, blz. 48.

⁵⁶ M.J. Peters, 'Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur', *WFR* 2002/268.

⁵⁷ S.A.W.J. Strik, 'Het fiscale onderscheid tussen lening en kapitaal in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2002/33, onderdeel 5.2.

⁵⁸ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2007, blz. 88.

Indien die laatste voorwaarde (of er minimaal € 100.000 winst wordt behaald) zou ontbreken, meen ik dat er geen sprake is van een winstafhankelijke rente⁵⁹. In zijn conclusie bij het *Prêt participatif-arrest* schrijft A-G Overgaw⁶⁰ hierover het volgende:

“Een winstafhankelijke rente is ook aanwezig indien de rente weliswaar is uitgedrukt in een vast percentage van de hoofdsom van de lening maar tegelijkertijd is vastgelegd dat de rente alleen verschuldigd is indien voldoende winst is behaald door de debiteur. Het wordt anders indien een vaste rente ongeacht de winst steeds verschuldigd wordt maar de betaling van de rente wordt opgeschort indien voldoende winst aanwezig is (onderstreping PV). Een situatie die daarop leek, deed zich voor in het arrest HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176c*. Het betrof een perpetuele cumulatieve achtergestelde obligatielening met een jaarlijks verschuldigde vaste rente waarvan de uitbetaling werd opgeschort indien geen dividend werd uitgekeerd. Hof noch Hoge Raad zagen in deze rente een winstafhankelijke vergoeding (onderstreping PV).”

Hieruit concludeer ik dat er alleen sprake kan zijn van een winstafhankelijke lening (bij een vaste rente) indien de *verschuldigdheid* van de rente afhankelijk is van de winst.

De verschillende omschrijvingen van winstafhankelijkheid leiden tot verschillende uitkomsten met betrekking tot de vraag of een winstdelende lening gelijk is aan een winstafhankelijke lening. Indien wordt uitgegaan van een winstafhankelijke lening als een lening waarbij de rentevergoeding een percentage van de winst vormt dan zie ik onder omstandigheden overeenkomst met een winstdelende lening. Winstdelendheid en winstafhankelijkheid zijn in mijn optiek dan gelijk aan elkaar indien de rentevergoeding dermate hoog is. Neem bijvoorbeeld een lening met een rentepercentage van 70% van de winst. Ik meen dat hier sprake is van zowel een winstdelende lening (de rente is dermate hoog) als een winstafhankelijke lening (de rentevergoeding is een percentage van de winst). Is de rentevergoeding echter 5% van de winst dan ben ik van mening dat hier niet langer sprake is van een winstdelende lening (de rentevergoeding is niet dermate hoog).

⁵⁹ In de literatuur bestaat hierover discussie. Zo zijn Sommerhalder en Engelen van mening dat winstafhankelijkheid materieel getoetst dient te worden. Voorts wijs ik op Hof 's-Hertogenbosch, 8 februari 2002, V-N 2002/23.17 waarin het Hof een formeel vaste rente kwalificeert als een winstafhankelijke rente op grond van een extreem scheve verhouding eigen vermogen vreemd vermogen. Overweging 4.1.2: “*In de omstandigheden van het geval leidt dit ertoe dat in wezen kan worden gesproken van verplichtingen, voortvloeiende uit de geldlening, waarvan de nakoming zozeer afhankelijk is van toekomstige winsten van belanghebbendes onderneming, dat de geldlening in casu als een winstafhankelijke geldlening dient te worden aangemerkt* (onderstreping PV).

⁶⁰ Conclusie A-G Overgaw 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82, punt 2.18.

Gaat men uit van een winstafhankelijke lening als zijnde een lening waarbij de verschuldigheid van de rente afhangt van het feit of er voldoende winst wordt behaald, dan zijn er voorbeelden te bedenken waarin overeenkomsten, maar ook verschillen met een winstdelende lening ontstaan. Zo omschrijf ik een lening waarbij een vaste rente van 20% van de nominale waarde van de lening jaarlijks verschuldigd is als een winstdelende lening (de rente is dermate hoog), maar niet als een winstafhankelijke lening (gelet op de uitspraak van de Hoge Raad⁶¹ en het feit dat er bij deze omschrijving van een winstafhankelijke lening alleen sprake kan zijn van een winstafhankelijke lening indien de verschuldigheid van de rente afhangt van het feit of er voldoende winst wordt behaald).

Ook *Egelie*⁶² erkent een verschil tussen een winstdelende lening en een winstafhankelijke lening en omschrijft het verschil als volgt:

“Dat (een winstdelende lening PV) is naar mijn mening iets anders dan een lening met een winstafhankelijke rente (waarbij de rente doorgaans binnen een bepaalde bandbreedte of onder een zeker plafond blijft).”

Geconcludeerd kan worden dat er veel overeenkomsten zijn tussen de begrippen winstdelende lening en winstafhankelijke lening. Echter ben ik van mening dat, aangezien het begrip winstafhankelijk op twee manieren uitgelegd kan worden, er voorbeelden te bedenken zijn waarin beide begrippen van elkaar verschillen. Het onderscheidende criterium is in mijn optiek dat een winstafhankelijke lening alleen een winstdelende lening kan zijn indien de rente dermate hoog is. In bijlage B heb ik een figuur opgenomen om het onderscheid te grafisch te illustreren.

⁶¹ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, *BNB* 1999/176: “Het wordt anders indien een vaste rente ongeacht de winst steeds verschuldigd blijft maar de betaling van de rente wordt opgeschort indien onvoldoende winst aanwezig is. ... Hof noch Hoge Raad zagen in deze rente een winstafhankelijke vergoeding”.

⁶² F.E.M. Egelie, ‘De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk’, *NTFR-B* 2012/5, zie noot 9.

3.5 Jurisprudentie na HR BNB 2012/37

In dit onderdeel wordt onderzoek gedaan naar de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening die na HR BNB 2012/37 is verschenen. Specifiek wordt bekeken hoe de bewoording van HR BNB 2012/37 heeft uitgewerkt in de later verschenen jurisprudentie. In het arrest HR BNB 2013/149 was duidelijk zichtbaar wat de invloed van HR BNB 2012/37 was.

Waar Hof Amsterdam⁶³ nog sprak van *“een zodanig ernstig debiteurenrisico dat qua omvang en/of aard niet (meer) met een risico-opslag (in bijvoorbeeld de rentevoet) kan worden vergolden.”*, gebruikte de Hoge Raad⁶⁴ de bewoording: *“Indien de rente zodanig moet worden aangepast dat de geldleningen in wezen winstdelend zouden worden, moet worden verondersteld dat een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen.”*⁶⁵. Dat Hof Amsterdam andere bewoording gebruikte is begrijpelijk, nu de uitspraak van Hof Amsterdam werd gedaan voor 25 november 2011.

In HR BNB 2013/170 stelt de Hoge Raad voorop dat van een onzakelijk lening sprake is wanneer een debiteurenrisico wordt aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard, ook niet voor een hogere – niet winstdelende – rente⁶⁶. Voorts wordt in de uitspraak van het Hof voorafgaand aan HR BNB 2014/98 nadrukkelijk beschreven dat belanghebbende niet heeft doen blijken dat de rentevergoeding – met inachtneming van de gestelde grenzen – naar een *at arm’s length* rente kon worden gecorrigeerd⁶⁷. Hof Amsterdam⁶⁸ zet uitgebreid uiteen dat sprake is van een (hoofdsom)onzakelijke lening als er geen rente kan worden gevonden – zonder de lening winstdelend te maken – waartegen een onafhankelijke derde eenzelfde lening aan de debiteur zou verstrekken. Tot slot wordt door Hof Arnhem-Leeuwarden⁶⁹ expliciet vermeld dat de Inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat er geen derde-financier gevonden kon worden die tegen een niet winstdelende rente bereid zou zijn geweest de lening te verstrekken.

Geconcludeerd kan worden dat sinds HR BNB 2012/37 een meer concrete bewoording is gekomen waarmee feitenrechters kunnen oordelen wanneer sprake is van een onzakelijke lening. Deze bewoording werd in oudere jurisprudentie niet op een dergelijke expliciete wijze gehanteerd.

⁶³ Hof Amsterdam, 31 maart 2011, nr. 08/1224, r.o. 5.3.4.

⁶⁴ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149, r.o. 3.3.2.

⁶⁵ Overigens erkent de Hoge Raad de bewoording van het Hof wel: “Het Hof heeft, door te oordelen dat het debiteurenrisico zodanig ernstig is dat het niet met een risico-opslag kan worden vergolden, het hiervoor overwogene niet miskend.”

⁶⁶ HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170, r.o. 3.3.

⁶⁷ HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98, r.o. 4.9.1 van Hof Amsterdam.

⁶⁸ Hof Amsterdam 13 september 2012, nr. 11/00351, V-N 2013/2.1.2, r.o. 4.4.

⁶⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden, 18 november 2014, nr. 13/00256, V-N 2015/11.1.2, r.o. 4.18.

3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de term 'in wezen winstdelend' uitgelegd dient te worden. Van een in wezen winstdelende lening is sprake indien de rente dermate hoog is dat de debiteur in wezen deelt in de winst van de crediteur. De bewoording dient materieel uitgelegd te worden, waardoor zowel een winstafhankelijke rente als een vaste rente kan leiden tot een winstdelende lening. In tegenstelling tot A-G Wattel, die beide begrippen als synoniem behandelt, stel ik aan winstdelendheid de extra voorwaarde dat het rentepercentage dermate hoog dient te zijn. Hoewel beide begrippen veel overeenkomsten vertonen zijn er voorbeelden te bedenken waarbij, vanwege de dubbele uitleg van winstafhankelijkheid, verschillen aanwezig zijn tussen beide begrippen.

Daarnaast is in dit hoofdstuk nadrukkelijk besproken wat redenen voor de Hoge Raad hebben kunnen zijn om de rentecorrectie van een lening te begrenzen. Om een ODR-lening zakelijk te maken moeten dermate veel randvoorwaarden worden opgesteld, dat volgens de Hoge Raad te veel van het civielrechtelijke karakter van een lening zou worden afgeweken. Tot slot is onderzoek gedaan naar jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening na 25 november 2011. In deze jurisprudentie is nadrukkelijk te zien hoe de bewoording van HR BNB 2012/37 is overgenomen door de feitenrechters. Dit geeft aan dat er voor feitenrechters een concretere bewoording is ontstaan aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of er sprake is van een onzakelijke lening.

4. Wanneer is een lening ‘in wezen winstdelend’

4.1 Inleiding

De onzakelijke lening houdt de fiscale gemoederen al geruime tijd flink bezig⁷⁰. Meussen⁷¹ spreekt van een “catastrofale ontwikkeling in de fiscale rechtspraak”, Bruins Slot⁷² over een “fiscaal karrenspoor” en van der Hurk⁷³ meent dat de Hoge Raad het paard achter de wagen spant. In mijn optiek is een groot gedeelte van de onduidelijkheid te wijten aan de verwarring omtrent de vraag wanneer een (onzakelijke) lening in wezen winstdelend wordt. In dit hoofdstuk wordt onderzoek gedaan naar het formuleren van een helder criterium om te kunnen beoordelen of een lening winstdelend is. Hoewel in de jurisprudentie – voor zover ik heb kunnen nagaan – de voorkeur wordt gegeven aan een kwalitatieve beoordeling op basis van feiten en omstandigheden, analyseer ik in dit hoofdstuk of een kwantitatief criterium wellicht een oplossing kan bieden. Daarnaast bespreek ik of er mogelijke nadelen zijn van het stellen van zo’n kwantitatief criterium.

4.2 Kwantitatieve analyse

Voordat onderzocht wordt of er kwantitatieve methoden denkbaar zijn ter beoordeling van de vraag wanneer een lening winstdelend is, dient eerst de definitie van een winstdelende lening goed bestudeerd te worden. In hoofdstuk 3 heb ik een winstdelende lening omschreven als een lening waarvan de rentevergoeding dermate hoog is dat de debiteur in wezen deelt in de winst van de crediteur. Met andere woorden: het gaat om een rentevergoeding die zo hoog is dat de winstgenererende capaciteit van de crediteur beïnvloed wordt. Hiervan is in mijn optiek sprake als het rendement op het vreemd vermogen (meer specifiek: op de verstrekte lening) groter wordt, dan het rendement dat de onderneming behaalt op het eigen vermogen. Om dit te beoordelen wordt binnen de externe financiële verslaggeving gebruik gemaakt van de rentabiliteitsratio.

⁷⁰ P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening: hoe nu verder?’, *WFR* 2014/724.

⁷¹ G.T.K. Meussen, ‘De lening met een onzakelijk debiteurenrisico: een catastrofale ontwikkeling in de fiscale rechtspraak’ in: J.A.G. van der Geld en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Rijkersbundel, Opstellen aangeboden aan prof. dr. A.C. Rijkers*, 2013, p. 271.

⁷² W. Bruins Slot, ‘Objection your Honor!’, *WFR* 2012/38.

⁷³ H. van der Hurk, ‘De onzakelijke lening, het paard nog steeds achter de wagen ...’, *WFR* 2013/450.

4.2.1 Rentabiliteit

De rentabiliteit van de onderneming wordt ook wel omschreven als de winstgevendheid van de onderneming. De rentabiliteit laat zien wat het rendement is dat de onderneming met het geïnvesteerd vermogen behaalt en het type vermogen waarmee dit is gerealiseerd. Met andere woorden: de rentabiliteit geeft inzicht in de verhouding tussen de winst en het vermogen waarmee deze winst wordt gerealiseerd. Omdat geïnvesteerd kan worden door middel van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen en de fiscale behandeling verschilt, zijn de rendementen op dit vermogen ook anders. Denk bijvoorbeeld aan het feit dat eigen vermogen eerder aangesproken wordt indien de onderneming verlies maakt. Omdat een eigen vermogen verschaffer hierdoor meer risico loopt, zal deze ook een hoger rendement verlangen.

De rentabiliteit wordt in de financiële wereld gebruikt als kerncijfer in de financiële analyse van ondernemingen. Omdat de rentabiliteit de winstgevendheid van het vermogen van ondernemingen weergeeft, is het een zeer belangrijke ratio waarop investeringsbeslissingen worden gebaseerd. Naast de winstgevendheid van de onderneming zijn ratio's als de solvabiliteit, liquiditeit en activiteiten ook relevant voor een investeringsbeslissing. De ratio's moeten dus niet apart, maar in samenhang worden beoordeeld om een goed beeld van de onderneming te krijgen.

De rentabiliteit van de onderneming kan berekend worden over het eigen vermogen, het vreemd vermogen en het totaal vermogen. Voor de continuïteit van de onderneming is het noodzakelijk om een voldoende rentabiliteit te hebben. In de praktijk wordt voor de rentabiliteit van het eigen vermogen (in het vervolg: REV) een minimumnorm tussen de 6 – 12% gehanteerd⁷⁴. Uit onderzoek van het CBS blijkt echter dat door de kredietcrisis de REV de afgelopen jaren aanzienlijk is gedaald naar 2,5 – 3%⁷⁵. Dit heeft ook een negatieve invloed op de rentabiliteit van het totaal vermogen (in het vervolg: RTV). De daling geeft goed weer dat de winstgevendheid van onderneming de afgelopen jaren flink is teruggelopen. Voor vreemd vermogen verschaffers betekent dit grotere risico's bij het verstrekken van leningen, waardoor de geëiste vergoedingen toenemen. Hierdoor stijgt juist de rentabiliteit op het vreemd vermogen (in het vervolg: RVV).

⁷⁴ T.W. den Hoed, *Handboek managementmodellen*, Zaltbommel: van Haren Publishing 2013, blz. 180.

⁷⁵ Centraal Bureau voor de Statistiek, 'Rentabiliteit eigen vermogen', CBS.nl.

Om een overzicht te geven van hoe de verschillende rentabiliteitsratio's berekend worden en wat de precieze betekenis is van deze ratio's, is hieronder een beknopte samenvatting van de ratio's opgenomen.

4.2.1.2 Berekening rentabiliteit

Rentabiliteit Eigen Vermogen

De REV wordt als volgt berekend:

$$\text{Rentabiliteit Eigen Vermogen} = \frac{\text{(Winst voor belasting – rente)}}{\text{Gemiddeld Eigen Vermogen}}$$

Deze ratio geeft weer in welke mate een onderneming winst genereert uit het eigen vermogen. Er wordt gekeken naar het resultaat dat overblijft na aftrek van alle kosten en dit wordt vervolgens gewogen tegen het gemiddeld eigen vermogen dat de onderneming bezit.

Rentabiliteit Totaal Vermogen

De RTV wordt als volgt berekend:

$$\text{Rentabiliteit Totaal Vermogen} = \frac{\text{(Winst voor belasting + rente)}}{\text{Gemiddeld Totaal Vermogen}}$$

De RTV geeft de totale winstgenererende capaciteit van een onderneming weer. Met andere woorden: welke winst kan de onderneming genereren gegeven het totaal geïnvesteerd vermogen⁷⁶. Stel dat de RTV 10% is dan kan de onderneming met elke euro die wordt geïnvesteerd een winst van 10 eurocent realiseren. Deze winst dient vervolgens onder de vreemd- en eigen vermogen verschaffers te worden verdeeld.

Rentabiliteit Vreemd vermogen

De RVV wordt als volgt berekend:

$$\text{Rentabiliteit Vreemd Vermogen} = \frac{\text{rentekosten}}{\text{Gemiddeld Vreemd Vermogen}}$$

Voor een onderneming is de RVV de gemiddelde kostenvoet van het vreemd vermogen. In veel gevallen zal dit neerkomen op het gewogen gemiddelde van de rentepercentages op de

⁷⁶ P.R. de Geus, *Balanslezen voor het notariaat*, Deventer: Kluwer 2011, blz. 87.

leningen. Voor geldverstrekkers geeft dit het rendement van het in de onderneming geïnvesteerde vreemd vermogen weer.

Een rekenvoorbeeld ter verduidelijking⁷⁷:

<i>Balans na winstverdeling</i>	<i>31-12</i>	<i>1-1</i>	<i>Gemiddeld</i>
<i>Eigen vermogen</i>	€ 45.500	€ 43.500	€ 44.500
<i>Vreemd vermogen</i>	<u>€ 58.000</u>	<u>€ 53.000</u>	€ 55.500
<i>Totaal vermogen</i>	€ 103.500	€ 96.500	€ 100.000

Winst- en verliesrekening

Bedrijfsresultaat	€	13.000
Rentekosten		<u>2.775</u> -
Winst voor belasting		10.225
Belasting		<u>2.045</u> -
Winst na belasting		8.180

$$\text{RTV} = 13.000/100.000 = 13\%$$

$$\text{REV} = 10.225/44.500 = 23\%$$

$$\text{RVV} = 2.775/55.500 = 5\%$$

4.2.1.3 Rentabiliteit als criterium voor een winstdelende lening

Op basis van de REV en de RVV kunnen conclusies getrokken worden over het rendement dat eigen vermogen verschaffers en vreemd vermogen verschaffers realiseren. Aan de hand van deze ratio's kan een criterium worden opgesteld om te bepalen of een lening winstdelend is. Ik ben van mening dat er in beginsel sprake is van een winstdelende lening als de REV kleiner is dan de RVV. Op dat punt genereert een onderneming minder rendement vanuit haar eigen vermogen, dan het rendement dat een vreemd vermogen verschaffer behaalt op de verstrekte lening. Met andere woorden: vreemd vermogen verschaffers delen voor een groter percentage in de winst (gegeven de omvang van het vreemd vermogen) dan eigen vermogen verschaffers (gegeven de omvang van het eigen vermogen). Omdat eigen vermogen verschaffers als eerst aansprakelijk zijn voor verliezen (eigen vermogen wordt eerder aangesproken dan vreemd vermogen) moeten zij juist een hoger rendement ontvangen. Als dit niet het geval is dan is de rentevergoeding op de lening dus dermate hoog dat er sprake is van een winstdelende lening.

⁷⁷ H.J. Ots, *Externe financiële verslaggeving*, Amsterdam: Pearson Education 2004, blz.360.

De grens tussen een niet-winstdelende lening en een winstdelende lening ligt op het punt waar de REV gelijk is aan de RVV. Op dat punt behalen beide partijen (eigen vermogen verschaffers en vreemd vermogen verschaffers) exact hetzelfde rendement. Voor de REV is dit het totale rendement op het eigen vermogen van de onderneming, voor vreemd vermogen verschaffers is dit het rendement op de door hun verstrekte lening. Bij overeenkomstige rendementen is de rentevergoeding *niet* dermate hoog dat vreemd vermogen verschaffers een hoger rendement behalen dan eigen vermogen verschaffers. Zodra het rendement op de lening hoger wordt dan het rendement van het eigen vermogen, ben ik van mening dat er sprake is van een winstdelende lening.

Omdat de REV van elke onderneming afwijkend is, verschilt het ook per onderneming of er sprake is van een winstdelende lening. Stel dat een lening wordt verstrekt aan twee bedrijven voor een (vast) rentepercentage van 10%, maar de REV van bedrijf A is 20% en die van bedrijf B 5%. Voor bedrijf A geldt dat het REV hoger is dan het rendement dat de vreemd vermogen verschaffer realiseert op de lening, waardoor ik de lening niet winstdelend acht. Echter voor bedrijf B is de REV slechts 5% en is er in mijn optiek *wel* sprake van een rentevergoeding die dermate hoog is dat er sprake is van een winstdelende lening. Afhankelijk van de REV van de onderneming kan dezelfde lening voor het ene bedrijf wel een winstdelende lening vormen en voor de andere niet.

De rentabiliteit is niet alleen afhankelijk van de behaalde winst en de rentevergoeding, maar ook van de solvabiliteit van de onderneming. De solvabiliteit geeft de verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen aan. Dit is relevant voor de rentabiliteit omdat de solvabiliteit van een onderneming van invloed is op de rentevergoeding die vreemd vermogen verschaffers eisen. Stel een onderneming heeft een lage solvabiliteit, oftewel er is weinig eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen, dan is het verstrekken van een lening ook risicovoller voor financierders. Er is immers een grotere kans op faillissement (in de accountancy ook *wel risk of default* genoemd). Zij zullen een hogere rentevergoeding eisen om het risico te compenseren, waardoor de RVV zal stijgen. Bij een gelijkblijvend winstniveau zal de REV daardoor dalen. Hoe groter de rentevergoeding hoe hoger de RVV en hoe lager de REV (bij een gelijk winstniveau). Op het moment dat de RVV groter wordt dan de REV is de rentevergoeding dermate hoog dat er sprake is van een winstdelende lening.

In het hierboven geformuleerde criterium stel ik dat er *in beginsel* sprake is van een winstdelende lening als de REV kleiner is dan de RVV. Er zijn echter situaties mogelijk waarbij de REV kleiner is dan de RVV, maar ik de lening *niet* winstdelend acht. Dit is bijvoorbeeld het geval als voorafgaand aan het verstrekken van de lening het eigen vermogen van de onderneming negatief is⁷⁸. Gelet op de berekening van de REV zal deze, bij een positieve winst, dan altijd negatief zijn (positief gedeeld door negatief is altijd negatief). Bij elke lening die vervolgens verstrekt wordt, zou de RVV groter zijn dan de REV waardoor elke lening winstdelend zou zijn. Dit acht ik niet wenselijk. Ik ben van mening dat een lening verstrekt aan een in zwaar weer verkerende onderneming niet per definitie winstdelend is. Door middel van de lening kunnen investeringen worden gedaan waardoor de winstverwachtingen weer kunnen groeien en de onderneming op lange termijn weer een positief eigen vermogen kan krijgen. Omdat de vreemd vermogen verschaffer in deze situatie meer risico loopt dan de eigen vermogen verschaffer(s) is het begrijpelijk dat het rendement voor de vreemd vermogen verschaffer ook hoger is.

4.2.1.4 Moment van toetsen

Het beoordelingsmoment van de onzakelijke lening vindt plaats bij aanvang van de lening⁷⁹. Op dit punt moet dus ook beoordeeld worden of een eventuele rentecorrectie tot gevolg heeft dat de lening winstdelend wordt. Dit houdt in dat op dat moment een schatting van de REV en de RVV gemaakt moet worden. Aan de hand van bijvoorbeeld de *discounted cashflow* methode kan allereerst de verwachte winst worden berekend. Vervolgens kan op basis van deze verwachte winst een schatting van de REV en de RVV gemaakt worden om te bepalen of een rentecorrectie tot gevolg heeft dat de lening winstdelend wordt.

4.2.1.5 Jurisprudentie

Nu het criterium voor een winstdelende lening is uitgewerkt, wordt in dit onderdeel onderzocht of dit criterium ook toegepast kan worden op de (onzakelijke) leningen in reeds gewezen arresten. Ten eerste kan gedacht worden aan het Kaspische Zee-arrest⁸⁰. Hoewel in dit arrest de vraag of de lening onzakelijk was niet centraal stond, sprak A-G Wattel⁸¹ in zijn conclusie bij HR BNB 2012/37 toch van een “fraai voorbeeld van een ODR-lening”.

⁷⁸ Ik ga ervan uit dat de lening niet wordt gekwalificeerd als bodemlozeputlening en zodoende als eigen vermogen wordt aangemerkt.

⁷⁹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.5.

⁸⁰ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

⁸¹ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, punt 8.17.

In dit arrest bestond de balans van de crediteur uit een EV van € 40.000 terwijl een lening van €25 miljoen was ontvangen tegen een rentevergoeding van Libor⁸² + 1%. Gezien de lage winstverwachting van de onderneming en het risico omtrent de terugbetaling van de lening was hier geen sprake van een *at arm's length* rentepercentage. Om te bepalen of een rentecorrectie leidt tot een winstdelende lening moet voorafgaand aan het verstrekken van de lening een berekening worden gemaakt van de winstvooruitzichten van de onderneming. Gelet op het zeer speculatieve en daardoor zeer risicovolle karakter van de ondernemersactiviteiten schat ik dat er gemiddeld genomen een lage winstverwachting is. Een zakelijke rentevergoeding zou volgens A-G Wattel een winstafhankelijk rentepercentage van 99% zijn, waardoor de RVV groter wordt dan de REV. Geconcludeerd kan worden dat een rentecorrectie naar een *at arm's length* vergoeding zou leiden tot een winstdelende lening waardoor er sprake is van een onzakelijke lening.

In HR BNB 2012/37 was er sprake van een overdracht van een effectenportefeuille onder schuldige erkenning. Het bedrijf dat de effectenportefeuille overnam bezat een EV van € 18.000 terwijl de lening voor de effectenportefeuille iets meer dan € 5 miljoen was. Het overeengekomen rentepercentage was 5%. De Hoge Raad oordeelde dat hier sprake was van een onzakelijke lening omdat door de debiteur een risico was aanvaard dat een onafhankelijke derden niet zou hebben genomen. Stel dat een zakelijk rentepercentage voor dit genomen risico 9% zou zijn en de effectenportefeuille een gemiddeld rendement van 6% zou hebben⁸³, dan is gegeven het eigen- en vreemd vermogen de REV kleiner dan de RVV. Aanpassing naar een zakelijk rentepercentage zou de lening winstdelend maken en dus is er sprake van een onzakelijke lening.

4.2.2 Is een kwantitatief criterium gewenst?

Zoals ik in mijn doelstelling heb beargumenteerd, is de fiscale praktijk in mijn optiek toe aan opheldering over de vraag hoe bepaald kan worden wanneer een lening onzakelijk is. In dit hoofdstuk heb ik een kwantitatief criterium opgesteld om te bepalen of hier sprake van is. Aan de hand van dit criterium kan voorafgaand aan het verstrekken van de lening beoordeeld worden bij welk rentepercentage een lening winstdelend zou worden en daarmee of de lening onzakelijk is.

⁸² Libor staat voor London InternetBank Offerd Rate. Dit is het rentepercentage waartegen banken elkaar wereldwijd geld uitlenen. Dit rentepercentage wordt dagelijks bijgewerkt door een panel van elf tot achttien internationale banken.

⁸³ Dit wordt door de belastingplichtige in de motivering van het beroepschrift in cassatie ook gesteld.

Met het oog op rechtszekerheid en uitvoerbaarheid denk ik dat de fiscale praktijk gebaat zou zijn bij een helder (kwantitatief) criterium. Er kleven echter ook nadelen aan het stellen van zo'n kwantitatief criterium. Het biedt de fiscale praktijk namelijk de kans om zo'n criterium uit te melken. In HR BNB 1998/208⁸⁴ gaf de Hoge Raad enkele criteria om te beoordelen of er sprake was van een deelnemerschapslening. De fiscale praktijk reageerde opgetogen⁸⁵:

“Met dit arrest kregen we een lucratieve mogelijkheid op een presenteerblaadje aangeboden. Alle grote kantoren gingen zo snel mogelijk hybride financieringsstructuren voor concerns ontwikkelen, onder het motto: dank u wel Hoge Raad voor een zeldzaam helder arrest. (...). Met dit arrest werd het een stuk eenvoudiger om de vele valkuilen rond de niet-afrekbaarheid van rente te ontlopen.”

Ook uit de gevolgen naar aanleiding van het *Prêt Participatif*-arrest⁸⁶ en de *thin cap* wetgeving (art. 10d. wet VPB 1969 oud) valt duidelijk op te maken dat het stellen van kwantitatieve criteria grote gevolgen kunnen hebben. Door het stellen van kwantitatieve criteria verdwijnt de manoeuvreerruimte voor de Hoge Raad om feitelijke situaties te beoordelen. Van Strien⁸⁷ is van mening dat een behoedzame herkwalificatie op basis van werkelijke feiten en omstandigheden prevaleert boven een eenvoudige kwalificatie op basis van een (arbitrair) criteriasysteem. Ik ben van mening dat er een gulden middenweg gekozen moet worden. In zaken waarin een helder criteriasysteem voor duidelijkheid kan zorgen, zonder dat het kansen biedt voor de fiscale praktijk om dit uit te melken moet daarvoor gekozen worden. De Hoge Raad kan zich dan niet schuilen achter vage omschrijvingen en een kwalitatief beoordelingssysteem. Anderzijds, dient de Hoge Raad wellicht ook niet te rechtsvormend op te treden⁸⁸. De Hoge Raad heeft namelijk als taak om arresten te wijzen op basis van de huidige wetgeving. Het is vervolgens aan de wetgever om hier eventuele wijziging in aan te brengen.

⁸⁴ HR 11 maart 1998, nr. 32.240, *BNB* 1998/208.

⁸⁵ Zie het interview met Frank Bracht (Deloitte) in: H. Bergman, *36 befaamde fiscale arresten*, NOB: Amsterdam 2009, blz. 68.

⁸⁶ HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82.

⁸⁷ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2007, blz. 501.

⁸⁸ A.O. Lubbers, 'Hoe behoudt de belastingrechter op het punt van rechtsvinding en rechtsvorming het vertrouwen van de maatschappij?', *WFR* 2011/62, onderdeel 3.5: "Ik betwijfel of het verstandig is de Hoge Raad de komende jaren zaak voor zaak het leerstuk van de onzakelijke lening in de winstsfeer tot in het kleinste detail te laten uitwerken. Het gaat hier om problematiek waarvoor verschillende oplossingen denkbaar zijn. De Hoge Raad kan moeilijk overzien welke gevolgen die oplossingen met zich brengen. Het lijkt mij daarom verstandig als de Hoge Raad in dit soort zaken eerlijk is over zijn beperkingen als rechtsvormer en de wetgever oproept met een alomvattende en consistente oplossing te komen."

Indien een kwantitatief criteriasysteem leidt tot *mismatching* of grondslagerosie prevaleert een kwalitatieve beoordeling op basis van feiten en omstandigheden. Het is vervolgens aan de wetgever om fiscaalrechtelijke afbakeningen te stellen.

4.3 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik geanalyseerd of een kwantitatief criterium geformuleerd kan worden om te beoordelen of een lening winstdelend is. Ik ben van mening dat een lening winstdelend is als de $REV < RVV$. Op dit punt genereert een onderneming minder rendement op haar eigen vermogen dan het rendement dat een vreemd vermogen verschaffer behaalt op de verstrekte lening. De rentevergoeding die een vreemd vermogen verschaffer dan ontvangt is dermate hoog dat er sprake is van een winstdelende lening. Omdat het toetsingsmoment van een onzakelijke lening gelegen is voorafgaand aan het verstrekken van de lening, moet ook op dat punt bepaald worden of een rentecorrectie zou leiden tot een winstdelende lening. Door middel van bijvoorbeeld de *discounted cashflow* methode kan een winstverwachting worden gemaakt en kan de REV worden berekend. Aan de hand van de REV kan vervolgens bepaald worden wanneer een lening winstdelend wordt. Op basis van deze toets kunnen belastingplichtigen voorafgaand aan het verstrekken van een lening beoordelen of deze winstdelend is. Dit zorgt voor meer duidelijkheid bij de belastingplichtigen en dit is met name op het gebied van de rechtszekerheid en uitvoerbaarheid een groot voordeel voor de fiscale praktijk. Er kleven echter ook nadelen aan het stellen van zo'n kwantitatieve toets. Zo is in het verleden gebleken dat de criteria voor een deelnemerschapslening de fiscale praktijk grote mogelijkheden tot *mismatching* boden. Daarnaast verdwijnt de manoeuvreerruimte van de Hoge Raad om feitelijke situaties te beoordelen. Ik ben van mening dat binnen het leerstuk van de onzakelijke lening een kwantitatief criterium, met het oog op rechtszekerheid en uitvoerbaarheid, een grote stap vooruit is. Zo'n kwantitatief criterium mag echter niet leiden tot grondslagerosie en afbreuk aan de totaalwinstgedachte. In een vervolgonderzoek dient er een verdere analyse gemaakt te worden van de mogelijke nadelige effecten van het opgestelde kwantitatieve criterium. Vervolgens is het aan de wetgever om een afweging te maken tussen de voordelen (rechtszekerheid en uitvoerbaarheid) en de eventuele nadelige gevolgen.

5. Conclusie

In deze scriptie heeft de problematiek omtrent het leerstuk van de onzakelijke lening centraal gestaan. Meer specifiek is gekeken naar de bewoording ‘in wezen winstdelend’, die op dit moment als scheidslijn dient voor enerzijds leningen met onzakelijke voorwaarden en anderzijds onzakelijke leningen. Deze term is door de Hoge Raad niet uitgewerkt en heeft in de fiscale praktijk geleid tot veel onduidelijkheid. Van groot belang voor de vraag wanneer er sprake is van een onzakelijke lening, is de vraag wanneer een lening, door aanpassing van het rentepercentage, in wezen winstdelend wordt. Ten einde meer duidelijkheid te verschaffen voor de fiscale praktijk is in dit onderzoek geanalyseerd of er een helder criterium geformuleerd kan worden om te bepalen of en wanneer een lening winstdelend is.

De probleemstelling van deze scriptie luidt:

“Hoe kan worden bepaald dat een (onzakelijke) lening in wezen winstdelend is?”

Om tot een gegronde conclusie op deze probleemstelling te komen, zijn een enkele deelvragen opgesteld. Deze deelvragen zijn in een drietal hoofdstukken nader uitgewerkt.

Allereerst is beknopt uitgelegd wat de definitie van een onzakelijke lening is. Het gaat om een lening die een belastingplichtige aan een gelieerde partij verstrekt waarmee de belastingplichtige een zodanig hoog debiteurenrisico loopt, dat een onafhankelijke derde deze lening - onder overeenkomstige voorwaarden - nooit zou hebben verstrekt. Het onzakelijke karakter van de lening is gelegen in het feit dat een onafhankelijke derden dit debiteurenrisico, tegen de overeengekomen vergoeding, nooit zou hebben aanvaard. Omdat gelieerde partijen op grond van het *arm's length*-beginsel van art. 8b wet VPB 1969 moeten handelen als ware zij onafhankelijke derden zijn, dient er dus een correctie plaats te vinden. Echter in HR BNB 2012/37 heeft de Hoge Raad – voor zover ik heb kunnen nagaan – voor het eerste in de totaalwinstjurisprudentie deze rentecorrectie begrensd. De rente mag namelijk niet zodanig worden aangepast dat de lening in wezen winstdelend wordt.

Vervolgens is in hoofdstuk 3 de term in wezen winstdelend nader bestudeerd. Aan de hand van jurisprudentie en fiscale literatuur is een definitie van een winstdelende lening gevormd. Van een winstdelende lening is sprake indien de afgesproken rentevergoeding dermate hoog is dat de debiteur in wezen deelt in de winst van de crediteur.

Aangezien de woorden 'in wezen' duiden op een materiele uitleg van winstdelendheid, kan zowel een vaste rente als een winstafhankelijke rente een winstdelende lening vormen. Hoewel A-G Wattel in zijn conclusie bij HR BNB 2012/37 de termen winstdelend en winstafhankelijk als overeenkomstig beschouwd, ben ik van mening dat er verschillen zijn. Dit komt voornamelijk omdat het begrip winstafhankelijk op twee manieren uitgelegd kan worden. Een rente kan winstafhankelijk zijn als (i) de *omvang* van de rentevergoeding winstafhankelijk is, of (ii) de *verschuldigheid* van de rente winstafhankelijk is. Mijns inziens is een rente van 6% die enkel verschuldigd is bij een winst van boven de € 100.000 niet winstdelend, maar wel winstafhankelijk. Daarnaast is in dit hoofdstuk geanalyseerd wat redenen voor de Hoge Raad hebben kunnen zijn om het criterium in wezen winstdelend op te stellen. In mijn optiek heeft de Hoge Raad gekozen voor dit criterium omdat bij het verzakelijken van een onzakelijke lening dermate veel randvoorwaarden zouden komen kijken dat teveel van het civielrechtelijke karakter van een geldlening zou worden afgeweken. Met het oog op rechtszekerheid acht ik dat begrijpelijk. Echter de vraag resteert waar dan precies de grens ligt dat een lening in wezen winstdelend wordt.

In hoofdstuk 4 is onderzocht of er een helder criterium geformuleerd kon worden om die grens te bepalen. Met behulp van bedrijfseconomische literatuur is getracht een kwantitatief criterium op te stellen om te beoordelen of en wanneer een lening winstdelend is. Als methode is hiervoor de rentabiliteitsratio gekozen. De rentabiliteit geeft inzicht in de winstgevendheid van de onderneming en het (type) vermogen waarmee dit wordt gerealiseerd. De rentabiliteit kan berekend worden over het eigen vermogen en het vreemd vermogen en op basis hiervan kan een vergelijking tussen beide rendementen worden gemaakt. Omdat eigen vermogen verschaffers meer risico lopen (bij verlies wordt eigen vermogen eerder aangesproken dan vreemd vermogen) dienen zij een hoger rendement te behalen. Ik ben van mening dat een lening winstdelend is als de rentevergoeding dermate hoog is dat het rendement op de lening hoger is dan het rendement op het eigen vermogen van de onderneming. Als uitzondering op deze hoofdregel kan zich een situatie voordoen waarin een lening wordt verstrekt aan een onderneming met een negatief eigen vermogen. Ervan uitgaande dat deze lening geen bodemlozeputlening is, zal een eventuele renteaanpassing op de lening altijd leiden tot een hogere RVV omdat de REV negatief is. Aangezien vreemd vermogen verschaffers in zo'n situatie meer risico lopen dan de eigen vermogen verschaffers, is het logisch dat zij hiervoor een hoger rendement ontvangen.

Er kleven echter ook nadelen aan het stellen van een helder (kwantitatief) criterium. Zo is in het verleden gebleken dat bijvoorbeeld de criteria voor een deelnemerschapslening de fiscale praktijk grote mogelijkheden tot *mismatching* boden. Er moet dus een afweging worden gemaakt tussen de voordelen voor de fiscale praktijk en de nadelige effecten voor de wetgever.

Aan de hand van het opgestelde toetsingskader kan beoordeeld worden of het kwantitatieve criterium een verbetering is ten opzichte van de huidige norm. In het toetsingskader heb ik een drietal criteria geformuleerd, te weten: rechtszekerheid, effectiviteit en uitvoerbaarheid. Met het oog op rechtszekerheid en uitvoerbaarheid is dit kwantitatieve criterium in mijn optiek een grote stap vooruit. Belastingplichtigen kunnen voorafgaand aan het verstrekken van de lening beoordelen wanneer een lening winstdelend wordt en daarmee onzakelijk is. Hiermee wordt een einde gemaakt aan de onzekerheid voor belastingplichtigen en is er meer duidelijkheid over de vraag wanneer een aanpassing van het rentepercentage leidt tot een onzakelijke lening. Wat de effectiviteit betreft ben ik van mening dat het criterium verder uitgediept dient te worden. Met name de eventuele mogelijkheden die dit criterium voor de fiscale praktijk biedt op het gebied van grondslagerosie.

Voor zover ik heb kunnen nagaan is dit het eerste kwantitatieve criterium in de fiscale literatuur om te beoordelen of een lening winstdelend is. Ik ben van mening dat het een stap in de goede richting is om het leerstuk van de onzakelijke lening voor de fiscale praktijk op te helderen. Een nadere studie met betrekking tot de beoogde rendementen op eigen vermogen en vreemd vermogen en de mogelijkheden op het gebied van grondslagerosie lijkt mij een passend vervolgonderzoek.

Literatuurlijst

Artikelen

- P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening: hoe nu verder?', WFR 2014/724
- P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', TFO 2014/134.1
- M.E.P. van der Breggen, 'Transfer-pricingaspecten van leningen, verstrekt binnen de groep: een nadere beschouwing', WFR 2006/737
- W. Bruins Slot, 'Objection your Honor!', WFR 2012/38
- B.W.A.M. Damsma, C.S.J. Jie-A-Joen en T.A. Meijer, 'Zakelijke of onzakelijke lening? – baanbrekend Hoge Raad-arrest' MBB 2012/04
- F.A. Engelen & R. van Scharrenburg, 'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', WFR 2008/705
- F.E.M. Egelië, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', NTFR 2008/2375
- F.E.M. Egelië, 'De onzakelijke lening: de Hoge Raad maakt (bijna) alles duidelijk', NTFR-B 2012/5
- H. van der Hurk, 'De onzakelijke lening, het paard nog steeds achter de wagen ... ', WFR 2013/450
- A.O. Lubbers, 'Hoe behoudt de belastingrechter op het punt van rechtsvinding en rechtsvorming het vertrouwen van de maatschappij?', WFR 2011/62
- C. Maas en prof. dr. H. Vermeulen, 'Het karakter van geldverstrekkingen', WFR 2014/597
- O.C.R. Marres, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', WFR 2012/142
- M. Nieuweboer, 'Hoge Raad zet leerstuk van onzakelijke lening uiteen', NTFR 2011/2722
- M.J. Peters, 'Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur', WFR 2002/268
- Redactie Vakstudie Nieuws, 'Lening, inclusief aangegroeide rente, is als geheel onzakelijk indien een derde alleen een winstdelende rente zou hebben geaccepteerd', V-N 2011/63.10
- R. van Scharrenburg en P.C. van der Vegt, 'Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's', WFR 2015/422
- S.A.W.J. Strik, 'Het fiscale onderscheid tussen lening en kapitaal in de vennootschapsbelasting', MBB 2002/33

Boeken

- H. Bergman, 36 befaamde fiscale arresten, NOB: Amsterdam 2009
- J.N. Bouwman, Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting: kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Amersfoort: SDU Fiscale & Financiële Uitgevers 2002
- J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2014
- P.R. de Geus, Balanslezen voor het notariaat, Deventer: Kluwer 2011
- T.W. den Hoed, Handboek managementmodellen, Zaltbommel: van Haren Publishing 2013
- E.C.C.M. Kemmeren Over de grenzen van de vennootschapsbelasting, opstellen aangeboden aan prof. Mr. D. Juch, Deventer, Kluwer 2002
- H.J. Ots, Externe financiële verslaggeving, Amsterdam: Pearson Education 2004
- J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013
- J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2007

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 8 december 1954, nr. 11.999, BNB 1955/46
- HR 5 juni 1957, nr. 13.127, BNB 1957/239
- HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/1996
- HR 31 mei 1978, nr. 18.230, BNB 1978/252
- HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217
- HR 29 augustus 1997, nr. 32.210, BNB 1998/3
- HR 11 maart 1998, nr. 32.240, BNB 1998/208
- HR 17 februari 1999, nr. 34.151, BNB 1999/176
- HR 29 november 2002, C01/011HR, NJ 2003, 50
- HR 12 december 2003, nr. 38.124, BNB 2004/265
- HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64
- HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82
- HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104
- HR 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191
- HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37

- HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38
- HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78
- HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149
- HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170
- HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80
- HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98

Hoven

- Hof Amsterdam, 31 maart 2011, nr. 08/1224
- Hof Amsterdam 13 september 2012, nr. 11/00351, V-N 2013/2.1.2
- Hof Arnhem-Leeuwarden, 18 november 2014, nr. 13/00256, V-N 2015/11.1.2

Rechtbank

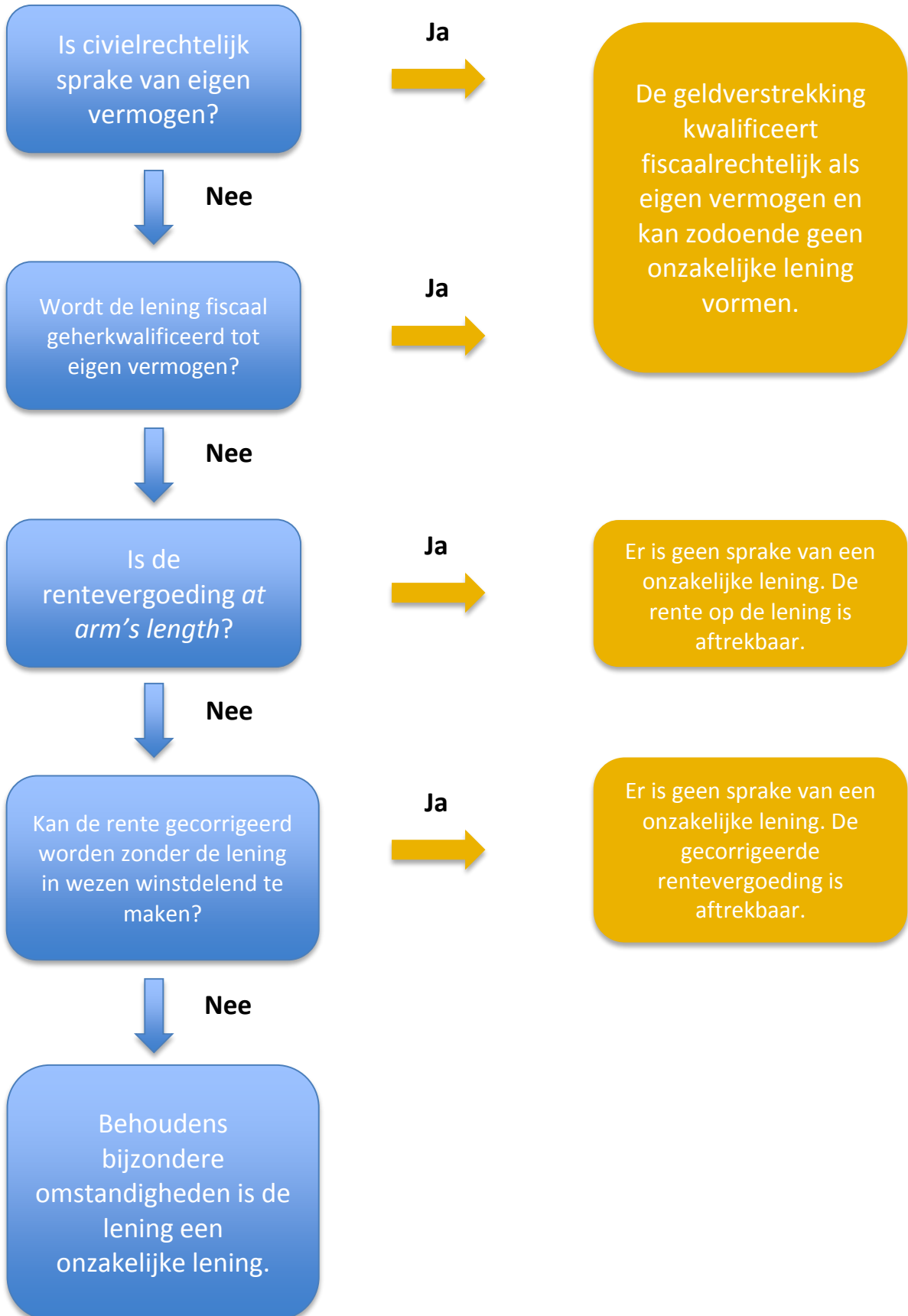
- Rechtbank Haarlem, 12 december 2008, nr. 08/01017, NTFR 2009/174

Overige stukken

- Besluit Staatsecretaris van Financiën van 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M
- Besluit Staatsecretaris van Financiën van 21 februari 2014, nr. BLKB 2014/286M
- Brief Staatssecretaris van Financiën 22 februari 2010, nr. DGB2010/86U, V-N 2010/12.18
- Kamerstukken II 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 19 (Memorie van Toelichting).
- CBS, 'Rentabiliteit eigen vermogen', op CBS.nl <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bedrijven/publicaties/ondernemingen-in-vogelvlucht/indicatoren/gov-rev.htm>
- C. Twigt, 'Onzakelijke lening', 1 januari 2015

Bijlage A

Stroomschema onzakelijke lening



Bijlage B

Onderscheid tussen winstafhankelijke lening en winstdelende lening

