



Onzakelijke lening

Een analyse van de 'junk bond'-benadering

Masterscriptie Fiscale economie
Erasmus Universiteit Rotterdam

Auteur: H.M.M.M. (Hervé) van Oosterhout

Onder begeleiding van: R.C. de Smit MSc

Datum:

Studentnummer: 357471

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
Art.	Artikel
blz.	Bladzijde
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BW	Burgerlijk Wetboek
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
MBB	Maandblad voor Belasting Beschouwingen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-A	NTFR-Artikelen
NTFR-B	NTFR-Beschouwingen
o.a.	Onder andere
ODR-lening	Lening met een onzakelijk debiteurenrisico
OR-lening	Lening met een onzakelijke rente
p.	Pagina
par.	paragraaf
r.o.	Rechtsoverweging
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudienieuws
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WEV	Waarde in het economische verkeer
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

Inhoud

Lijst van gebruikte afkortingen.....	2
1. Inleiding.....	7
1.1 Aanleiding.....	7
1.2 Probleemstelling.....	12
1.2.1 Deelvragen.....	12
1.3 Toetsingscriteria.....	12
1.4 Opzet.....	13
1.5 Afbakening.....	14
2.1 Inleiding.....	15
2.2 Onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen fiscaliteit.....	17
2.2.1 Tussenvormen.....	18
2.3 Eigen vermogen.....	19
2.3.1 Civielrechtelijk eigen vermogen.....	19
2.3.2 Eigen vermogen in de vennootschapsbelasting.....	19
2.4 Vreemd vermogen.....	21
2.4.1 Civielrechtelijk vreemd vermogen.....	21
2.4.2 Vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting.....	22
2.5 De onzakelijke lening.....	24
2.5.1 Het begrip onzakelijke lening in de jurisprudentie.....	25
2.5.2 Soorten onzakelijke leningen.....	26
2.6 Deelconclusie.....	29
3. Ontwikkelingen in de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie.....	31
3.1 Inleiding.....	31
3.2 De ‘25 november arresten’ in vogelvlucht.....	31
3.3 Beoordelingsfactoren.....	34
3.4 Bijzondere omstandigheden.....	35
3.5 Valutarestaten.....	36
3.6 Rente op de onzakelijke lening.....	37
3.6.1 Borgstellingsanalogie.....	37
3.6.2 Rentevordering onzakelijke lening.....	39
3.6.3 Renteloze lening.....	41

3.7 Simultaanuitzondering	41
3.8 Tenietgaan van een onzakelijke lening.....	44
3.9 Overdracht van een onzakelijke lening	46
3.10 Onzakelijke lening en de fiscale eenheid.....	49
3.11 Kritiek op het fundament van de onzakelijke lening.....	51
3.11.1 Wettelijke grondslag onzakelijke lening ‘omhoog’ (en ‘opzij’).....	51
3.11.2 Wettelijke grondslag onzakelijke lening ‘omlaag’	52
3.12 Deelconclusie.....	54
4.1 Inleiding	56
4.2 Junk bonds	56
4.3 Informeel kapitaal nader beschouwt	57
4.3.1 Informeel kapitaal in de vermogenssfeer.....	58
4.3.2 Informeel kapitaal in de kostensfeer.....	59
4.4 Waardering vorderingen en schulden op de balans	60
4.4.1 Waardering vorderingen.....	60
4.4.2 Waardering schulden	60
4.5 Fiscale behandeling renteloze en laagrentende lening.....	61
4.6 Bepaling contante waarde geldverstrekking.....	63
4.6.1 Ontbreken zekerheden	65
4.6.2 Casus 1 berekening omvang contante waarde.....	67
4.6.3 Omvang contante waarde Successiewet	69
4.7 Uitwerking junk bond benadering: Casus 2.....	74
4.7.1 Aangaan geldverstrekking.....	75
4.7.2 Oprenting	76
4.7.3 Afwaardering.....	79
4.7.4 Aflossing	82
4.7.5 Overdracht van de vordering.....	83
4.7.6 Lening omhoog.....	84
4.8 Conclusie.....	84
5. Vergelijkingsanalyse	86
5.1 Inleiding	86
5.2 Ontbreken eenduidig toe te passen criterium bij beoordeling onzakelijke lening	87
5.3 Valutaresultaten	90

5.4 Rente.....	91
5.5 Simultaanuitzondering	94
5.6 Tenietgaan van een onzakelijke lening.....	95
5.7 Overdracht van een onzakelijke lening	97
5.8 Aangaan en verbreken fiscale eenheid	98
5.8.1 Aangaan fiscale eenheid	99
5.8.2 Verbreken fiscale eenheid	100
5.9 Wettelijke grondslag onzakelijke lening.....	101
5.10 Deelconclusie.....	103
6. Conclusie	108
Literatuurlijst	116
Bijlage A - Overzicht 'onzakelijke lening'-jurisprudentie	122
Bijlage B - Uitwerking 'junk bond'-benadering excel	126

“We build this city on high yield bonds”

- Drexel Burnham Lambert¹ commercial (1988)

¹ Drexel Burnham Lambert was een Amerikaanse zakenbank. De bank werd de spil in de handel in, door werknemer Micheal Milken ontwikkelde, *junk bonds*.

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

In 2008 heeft de Hoge Raad voor veel opschudding gezorgd binnen de fiscale wereld door de introductie van de zogenoemde onzakelijke lening.² De Hoge Raad vervaagde door de 'onzakelijke lening' de grenzen tussen (fiscaal) eigen- en vreemd vermogen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Voor de heffing van vennootschapsbelasting is van groot belang of een geldverstrekking het karakter van eigen vermogen (kapitaal) heeft of dat van vreemd vermogen (geldlening). Zowel voor de verstrekker als voor de ontvanger. Wanneer sprake is van eigen vermogen (kapitaal) is de vergoeding die de ontvanger aan de vermogensverstrekker betaalt, niet aftrekbaar. Bij de vermogensverstrekker zal de vergoeding veelal niet worden belast door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Wanneer echter sprake is van vreemd vermogen (geldlening) is de vergoeding die de ontvanger aan de vermogensverstrekker betaalt in beginsel aftrekbaar en voor de vermogensverstrekker belastbaar.³

In *BNB 1988/217* is het onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen door de Hoge Raad gestructureerd weergegeven.⁴ In dit arrest formuleerde de Hoge Raad drie (limitatieve) uitzondering op de hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm van de lening voor fiscale doeleinden werd gevolgd: de bodemlozeputlening, de deelnemerschapslening en de schijnlening. Wanneer sprake is van een lening die kan worden aangemerkt als een van deze leningen⁵, volgt herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen; de vergoeding valt niet langer in de (belaste) winstsfeer maar in de (onbelaste) kapitaalsfeer.

Dit heldere kwalificatiekader is in 2008 door de Hoge Raad losgelaten. In *BNB 2008/191* oordeelde de Hoge Raad in r.o. 3.4.:

“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

² HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*.

³ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO 2014/134.1*, p 2.

⁴ HR 27 januari 1988, nr. 23919, *BNB 1988/217*.

⁵ Criteria voor deze drie leningen heeft door de Hoge Raad (verdere) invulling gekregen in jurisprudentie na HR 27 januari 1988, nr. 23919, *BNB 1988/217*. Zie bijv. HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208*, HR 17 februari 1999, nr. 34 151, *BNB 1999/176* en HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB 2006/82*.

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.^{6,7}”

De lening aan een dochtervennootschap van wie de aandelen een vrijgestelde deelneming vormt onder de deelnemingsvrijstelling, kan op dezelfde wijze als onzakelijk worden betiteld. Het eventuele afwaarderingsverlies is dan niet aftrekbaar vanwege de eerder genoemde deelnemingsvrijstelling. De onzakelijke lening is en blijft een lening voor het fiscale recht. De Hoge Raad creëerde *de facto* niettemin een tussencategorie waarbij een belastingplichtige gedeeltelijk als crediteur en gedeeltelijk als kapitaalverschaffer optreedt. Het gevolg van de kwalificatie als onzakelijke lening is dat een eventuele afwaardering van de lening bij de geldverstrekker niet aftrekbaar is. Verder dient een rente op de onzakelijke lening te worden bepaald waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat de lening mede is verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder. Deze rente, die wordt bepaald door middel van de zogenoemde borgstellingsanalogie⁸, valt in de belaste sfeer. De lening als zodanig wordt niet geherkwalificeerd als eigen vermogen.

BNB 2008/191 leidt tot op de dag van vandaag in de praktijk nog tot veel discussie en rechtsonzekerheid. Het gevolg van kwalificatie als onzakelijke lening, als tussencategorie in de vermogenssfeer, riep en roept meer vragen op dan antwoorden. Een stortvloed van rechtszaken, waarin de Hoge Raad antwoorden op de gerezen vragen heeft moeten beantwoorden, is het onvermijdelijke gevolg gebleken. Bijna 10 jaar na intrede van het onzakelijke lening begrip is er door de Hoge Raad, weliswaar met veel kunst- en vliegwerk, meer duidelijkheid geschept omtrent het onzakelijke lening begrip. Desalniettemin wordt in

⁶ HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*.

⁷ Hiermee is de basis van het ‘onzakelijke lening’-leerstuk geïntroduceerd. deze definitie is in HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37* verijnd.

⁸ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*.

de literatuur gesuggereerd dat de Hoge Raad niet heeft voorzien in de vele onvermoede gevolgen.⁹

De belastbaarheid van de rente op een onzakelijke lening wordt vastgesteld door middel van de borgstellingsanalogie op basis van de kredietwaardigheid van de crediteur. Maar wat nu als de debiteur een hogere kredietwaardigheid heeft dan de crediteur? Hoe moet de rente dan worden bepaald? Tevens leidt dit tot ongerijmde gevolgen indien de debiteur de rente niet kan voldoen. De Hoge Raad heeft bepaald dat, in het laatste geval, slechts de waarde in het economisch verkeer op vervaldatum in de belaste sfeer moet worden betrokken. Dit heeft tot bijkomstig nadelig gevolg dat belastingplichtige en belastingdienst bij vervallen renten op onzakelijke leningen, gedwongen zijn tot discussies over de waarde in het economisch verkeer van die rente.¹⁰

Een ander probleem waar de rechtspraak¹¹ tegen aan loopt, is de vraag of - en zo ja, hoe - het 'onzakelijke lening'-leerstuk doorwerkt bij het aangaan van een fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting. In de praktijk komt het soms voor dat de moedervernootschap (crediteur) haar (zakelijke) vordering op de dochtervennootschap (debiteur) op basis van goed koopmansgebruik tot een bedrag lager dan de nominale waarde heeft (af)gewaardeerd in verband met de slechte solvabiliteit van de dochtervennootschap, terwijl de dochtervennootschap de schuld voor de nominale waarde op haar balans heeft laten staan.¹² Wanneer moeder en dochter een fiscale eenheid aan willen gaan, dient krachtens art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 (hierna: Wet VPB) de debiteur haar schuld af te boeken.¹³ Dit betekent dat de debiteur fiscaal gezien een winst moet boeken in het laatste pré-fiscale-eenheidsjaar. De fiscus is het risico op claimverlies kwijt. Wat zou de uitwerking zijn als moedervernootschap een onzakelijke lening aan haar dochter had verschaft? Om deze vraag te beantwoorden dient men zich eerst af te vragen of de kwalificatie en de fiscale gevolgen van een onzakelijke geldlening doorwerken naar art. 15ab lid 6 Wet VPB. Als dit het geval is, dan kan moeder geen afwaarderingverlies nemen, terwijl de dochter wel een winst dient te

⁹ Bijvoorbeeld: G.H. de Soeten, De onzakelijke (debiteuren-)risico lening: een goede ontwikkeling?, *NTFRA* 2014/7.

¹⁰ G.H. de Soeten, De onzakelijke (debiteuren-)risico lening: een goede ontwikkeling?, *NTFRA* 2014/7.

¹¹ HR 14 november 2014, nr. 13/02210, *BNB* 2015/18.

¹² Op grond van goed koopmansgebruik mag pas de schuld bij dochter niet worden afgewaardeerd aangezien deze nog steeds verschuldigd is.

¹³ Krachtens art. 15ab lid 6 Wet VPB dienen de vordering en de schuld in het laatste pré-fiscale-eenheidsjaar te worden gewaardeerd op de bedrijfswaarde (doch niet hoger dan de nominale waarde).

nemen. Hierdoor ontstaat kans op een onevenwichtige situatie bij het aangaan van een fiscale eenheid. De Hoge Raad heeft zich over deze problematiek nog niet uitgelaten.¹⁴

Niet alleen heeft het leerstuk over de onzakelijke lening tot veel rechtsonzekerheid geleid, ook brengt het leerstuk in grensoverschrijdende situaties kans op *mismatches*. Zo heeft de staatssecretaris in het verrekenbesluit van eind 2013 beslist dat indien de uitlenende vennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlener, dan wel zelf (ook een) kredietwaardigheid heeft die lager ligt dan BBB¹⁵, dan kan niet meer dan een risicovrije rente in aanmerking worden genomen.¹⁶ *Mismatches* zijn nu mogelijk wanneer de geldverstrekker in Nederland niet meer dan de risicovrije rentevoet in aanmerking mag nemen (in de belaste sfeer), terwijl de rente bij de debiteur in het buitenland (op grond van daar geldende nationale wetgeving, ervan uitgaand dat het buitenland geen soortgelijke ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie kent) gecorrigeerd wordt naar een andere ‘zakelijke’ of door partijen overeengekomen (veelal hogere) rente. Deze constructie heeft veel weg van een hybride *mismatch* en zou kunnen worden aangewend om rentevoordeel te behalen.

A-G Wattel, voorzag reeds zijn conclusie bij *BNB 2012/39* de vragen en problemen die het ‘onzakelijke lening’-leerstuk met zich meebracht. (*“dat het dogmatische en praktische moeras van de fiscale behandeling van de hoofdsom en de voorwaarden van de ODR-lening nog steeds niet valt te overzien”*¹⁷). Hij heeft om deze reden, naast manieren om binnen de kaders van *BNB 2008/191* het ‘onzakelijke lening’-leerstuk meer handvatten te geven, een aantal alternatieve mogelijkheden geïntroduceerd. Die alternatieve mogelijkheden vallen buiten de kaders van de (destijds) bestaande begripsvorming¹⁸ en wijken met name af op het punt om meteen bij aangaan van een ODR lening gevolgen te verbinden aan de onzakelijkheid van het genomen debiteurenrisico. Binnen deze zeven mogelijkheden had A-

¹⁴ Hoewel een casus met betrekking tot de uitwerking van art. 15ab lid 6 Wet VPB bij aangaan fiscale eenheid zich in HR 14 november 2014, nr. 13/02210, *BNB 2015/18* voordeed, is de Hoge Raad niet op de behandeling van de onzakelijke lening ingegaan: in dit arrest verwierp de Hoge Raad het standpunt dat er sprake zou zijn van een onzakelijke lening. R.o: 2.4.2.

¹⁵ Bij een *credit rating* (oordeel over de kredietwaardigheid van de uitgever) lager dan BBB- zijn bedrijven niet meer *investment grade*. Leningen van deze bedrijven worden ook wel ‘junk bonds’ (rommelobligaties) genoemd, omdat het risico op dergelijke leningen voor veel investeerders als te groot wordt beschouwd.

¹⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën, 13, nr. IFZ 2013/184M, Stcrt. 2013, 32854, *BNB 2014/132*.

¹⁷ Conclusie A-G Wattel HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, R.o. 12.4.

¹⁸ ‘onzakelijke lening’-leerstuk geïntroduceerd in HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*.

G Wattel een lichte voorkeur voor de zogenaamde 'junk bond'¹⁹-analogie waarbij de ODR-lening²⁰ als een activum wordt beschouwd waarvoor de crediteur onzakelijk teveel heeft betaald. Beide partijen moeten er de veel lagere marktwaarde aan toekennen, uitgaande van de werkelijke voorwaarden en omstandigheden. In deze benadering doet men alsof de geldverstrekker haar vordering op de debiteur op de 'junk bond'-markt heeft gekocht en vraagt men zich dus af wat op die markt zou worden betaald voor een vordering van het gegeven nominale bedrag tegen de gegeven voorwaarden onder de gegeven omstandigheden. Het grote voordeel van een dergelijke benadering versus het bestaande 'onzakelijke lening'-leerstuk is dat er niet aan de voorwaarden hoeft te worden gesleuteld om een fictieve 'at arm's length' situatie na te bootsen. Als een onafhankelijke investeerder 25% van de nominale waarde over zou hebben voor de lening, dan wordt de lening bij beide partijen op dat bedrag gewaardeerd. Het overige deel wordt als informele kapitaalstoring (omlaag) of uitdeling (omhoog) in de kapitaalsfeer getrokken. Realiseert in deze benadering het debiteurenrisico zich uiteindelijk, dan lijdt de crediteur een aftrekbaar verlies ad 25% plus de (vermoedelijk bijgeschreven) rentevordering en (bij een lening omlaag) een niet aftrekbaar deelnemingsverlies ad 75% (dat bij het opgeofferde bedrag komt). Realiseert het debiteurenrisico zich niet, zodat de nominale waarde volledig wordt terugbetaald, dan realiseert de crediteur – in de loop der jaren - een belastbare vermogenswinst ad 75% plus rente en realiseert de debiteur aftrekbare financieringskosten tot hetzelfde bedrag.²¹

De Hoge Raad heeft de conclusie van de A-G, om deels afstand te doen van het 'onzakelijke lening'-leerstuk, niet gevolgd, waardoor het leerstuk van de onzakelijke lening vandaag de dag nog steeds overeind staat. Dit heeft - zoals verwacht - tot meer jurisprudentie geleid. Nu wij een aantal jaren en een aantal arresten van de Hoge Raad verder zijn, is het interessant om te bezien of de Hoge Raad de kaders van *BNB 2008/191* niet beter los had kunnen laten. Dit brengt mij tot de volgende probleemstelling:

¹⁹ ook wel high-yield bond, is een obligatie waaraan door de kredietbeoordelaar de kredietwaardering "non-investment grade" (lager dan BBB) toegewezen is.

²⁰ ODR-lening: lening met niet-rentecorrigeerbaar onzakelijk debiteurenrisico.

²¹ Conclusie A-G Wattel HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, r.o. 8.7.

1.2 Probleemstelling

“Had de Hoge Raad in BNB 2012/39, gezien de jurisprudentie naar aanleiding van het ‘onzakelijke lening’-leerstuk, - achteraf gezien - beter kunnen kiezen voor de door A-G Wattel voorgestelde ‘junk bond’-benadering?”

Deze probleemstelling wordt beantwoord na de behandeling van een aantal deelvragen:

1.2.1 Deelvragen

1. *Wanneer is er sprake van eigen vermogen of vreemd vermogen voor de vennootschapsbelasting en wat wordt verstaan onder een onzakelijke lening?*
2. *Hoe heeft de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie zich na BNB 2012/37 ontwikkeld en zijn er nog knelpunten en/of onduidelijkheden?*
3. *Hoe werkt de ‘junk bond’-benadering fiscaal uit?*

1.3 Toetsingscriteria

In deze scriptie zal gebruik worden gemaakt van een tweetal toetsingscriteria om het antwoord op mijn probleemstelling handvatten te geven teneinde een beoordeling kan worden gemaakt. Ik toets mijn probleemstelling aan de volgende criteria:

Rechtszekerheid: De introductie van het ‘onzakelijke lening’-leerstuk heeft een stortvloed aan jurisprudentie opgeleverd. A-G Wattel zegt hierover *“dat het dogmatische en praktische moeras van de fiscale behandeling van de hoofdsom en de voorwaarden van de ODR-lening nog steeds niet valt te overzien.”*²² Onderzocht wordt, aan de hand van na BNB 2012/39 verschenen jurisprudentie en literatuur, of deze zaken tot een procedure zouden hebben geleid wanneer de Hoge Raad in BNB 2012/39 het kader van BNB 2008/191 had losgelaten ten gunste van de ‘junk bond’-benadering – derhalve meer rechtszekerheid zou hebben gecreëerd. Tevens versta ik onder rechtszekerheid, de mate waarin de rechtsgevolgen van een leerstuk voor de praktijk duidelijk zijn.

Uitvoerbaarheid: Een nieuwe benadering dient voor de praktijk eenvoudig toepasbaar te zijn.

Om een antwoord te vinden op mijn probleemstelling zal ik voor bovenstaande criteria een vergelijkingsanalyse maken tussen het leerstuk van de onzakelijke lening en de ‘junk bond’-

²² Conclusie A-G Wattel HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 12.4.

benadering. Om een keuze te maken gebruik ik een vergelijkingsschema. De 'junk bond'-benadering is gewenster indien het ten aanzien van de door mij gekozen aspecten (de knelpunten en onduidelijkheden uit de 'onzakelijke lening'-jurisprudentie) beter scoort in het kader van rechtszekerheid en uitvoerbaarheid.

1.4 Opzet

Om de eerste deelvraag te beantwoorden, wordt allereerst gekeken naar de karakteristieken van vreemd vermogen en eigen vermogen en in het bijzonder naar wat maakt wanneer een geldverstrekking (fiscaal) als eigen vermogen dan wel als vreemd vermogen wordt gezien. Naast de fiscaalrechtelijke benadering, is de civielrechtelijke benadering hierbij van belang. Hierna komt het leerstuk van de onzakelijke lening aan bod. Hiertoe wordt eerst aandacht besteed aan (en onderscheid gemaakt tussen) de verschillende manieren waarop leningen onzakelijk kunnen zijn. Hierdoor kan een beter begrip worden gevormd van de plek van het 'onzakelijke lening'-leerstuk in de fiscaliteit.

De tweede deelvraag behandelt de ontwikkeling van de 'onzakelijke lening'-jurisprudentie na het arrest van *BNB 2012/39*. In de uitgebreide conclusie van *BNB 2012/39* (dat door de Hoge Raad is gewezen onder verwijzing naar art. 81 RO) heeft A-G Wattel zijn visie gegeven omtrent het leerstuk van de onzakelijke lening en is hij, buiten de kaders van *BNB 2008/191*, met een aantal alternatieve mogelijkheden gekomen. De Hoge Raad is niet met de zienswijze van A-G Wattel meegegaan, maar doorgeslagen met het op eigen wijze (binnen de door haar geschetste kaders van *BNB 2008/191*) invullen van het door haar geïntroduceerde leerstuk van de onzakelijke leningen. Hoe dat heeft uitgepakt, wordt met deze deelvraag beantwoord.

De derde deelvraag behandelt de door A-G Wattel voorgestelde 'junk bond'-benadering. Onder de 'junk bond'-benadering wordt de ODR-lening²³ als een activum beschouwd waarvoor de crediteur onzakelijk teveel heeft betaald. Beide partijen moeten er de veel lagere marktwaarde aan toekennen, uitgaande van de werkelijke voorwaarden en omstandigheden. In dit hoofdstuk wordt allereerst uitgebreid stilgestaan bij de bepaling van deze contante waarde. Hierna wordt aan de hand van een casus de fiscale behandeling van de onzakelijke lening onder de 'junk bond'-benadering geanalyseerd.

²³ ODR-lening: lening met niet-rentecorrigeerbaar onzakelijk debiteurenrisico.

Ten slotte wordt in het laatste hoofdstuk de vergelijkingsanalyse gemaakt tussen het huidige 'onzakelijke lening'-leerstuk en de 'junk bond'-benadering als alternatieve behandeling van de onzakelijke lening.

1.5 Afbakening

De nadruk in deze scriptie ligt op de 'junk bond'-benadering in het kader van de onzakelijke lening. Er wordt geen diepgaande analyse van het leerstuk en historie van de onzakelijke lening gemaakt. Het leerstuk van de onzakelijke lening speelt zich ook in de IB-sfeer af (TBS-vordering). Tenzij hier expliciet naar verwezen wordt, zal echter de IB-sfeer buiten beschouwing worden gelaten. Het valt buiten het bereik van deze scriptie om specifiek in te gaan op wettelijke renteaftrekbeperkingen. Op zowel uit de Wet VPB voortvloeiende renteaftrekbeperkingen als op OESO en/of Europeesrechtelijke (BEPS) initiatieven tot beperking van renteaftrek wordt derhalve niet nader ingegaan.

2. Grens eigen- en vreemd vermogen en de onzakelijke lening

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen en de onzakelijke lening centraal. Een onderneming heeft vermogen nodig om haar operationele activiteiten uit te oefenen en om te investeren. Zij heeft daarin de keuze zich te financieren met eigen vermogen dan wel met vreemd vermogen. Voor de heffing van vennootschapsbelasting is van groot belang of een geldverstrekking het karakter van eigen vermogen (kapitaal) heeft of dat van vreemd vermogen (geldlening). Wanneer sprake is van eigen vermogen is de vergoeding die de ontvanger aan de vermogensverstrekker betaalt, niet aftrekbaar.²⁴ Voor de vermogensverstrekker zal de vergoeding over het algemeen onder de deelnemingsvrijstelling vallen²⁵ en dus onbelast blijven. De vergoeding op vreemd vermogen (rente) valt zowel bij de vermogensverstrekker als bij de ontvangende partij in beginsel in de belastbare sfeer en zal dus belastbaar c.q. aftrekbaar²⁶ zijn. In *BNB 1988/217*²⁷ heeft de Hoge Raad een drietal limitatieve uitzonderingen geformuleerd waarbij de civiele kwalificatie voor fiscale doeleinden moet worden losgelaten. Wanneer sprake is van een lening die kan worden aangemerkt als een van deze leningen, volgt herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen; de vergoeding valt niet langer in de (belaste) winstsfeer maar in de (onbelaste) kapitaalsfeer. Hybride vormen van geldverstrekkingen geven het fiscale speelveld en de grenzen van de behandeling van vermogen aan. De Hoge Raad achtte de handvatten van dit speelveld niet toereikend in *BNB 2008/191*. In *BNB 2008/191* oordeelde de Hoge Raad in r.o. 3.4.:

“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

²⁴ Dit volgt uit het klassieke stelsel en is tevens gecodificeerd in art. 9 en 10 Wet VPB.

²⁵ Mits de vermogensverstrekker een belang heeft in de ontvangende partij van ten minste 5% (art. 13 lid 2a Wet VPB).

²⁶ Afgezien van *fraus legis* en eventuele wettelijke renteaftrekbeperkingen.

²⁷ HR 27 januari 1988, nr. 23919, *BNB 1988/217*.

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.^{28,29}

De lening aan een dochtervennootschap van wie de aandelen een vrijgestelde deelneming vormt onder de deelnemingsvrijstelling, kan op dezelfde wijze als onzakelijk worden betiteld. De onzakelijke lening is en blijft een lening voor het fiscale recht. De Hoge Raad creëerde *de facto* niettemin een tussencategorie waarbij een belastingplichtige gedeeltelijk als crediteur en gedeeltelijk als kapitaalverschaffer optreedt. Het gevolg van de kwalificatie als onzakelijke lening is dat een eventuele afwaardering van de lening bij de geldverstrekker niet aftrekbaar is. Verder dient een rente op de onzakelijke lening te worden bepaald. Er moet rekening worden gehouden met het feit dat de lening mede is verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder. Deze rente, die wordt bepaald door middel van de borgstellingsanalogie³⁰, valt in de belaste sfeer; de lening *als zodanig* wordt niet geherkwalificeerd als eigen vermogen. Het leerstuk van de 'onzakelijke lening', dat in *BNB 2012/37* verder werd uitgewerkt, heeft tot vele vragen en onduidelijkheden geleid. Deze vragen en onduidelijkheden zijn aan bod gekomen in de grote hoeveelheid aan 'onzakelijke lening'-jurisprudentie die naar aanleiding van *BNB 2012/37* het licht heeft gezien. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat luidt:

1) *Wanneer is er sprake van eigen vermogen of vreemd vermogen voor de vennootschapsbelasting en wat wordt verstaan onder een onzakelijke lening?*

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal eerst worden stilgestaan bij de kenmerken van eigen- en van vreemd vermogen. Hierbij zal tevens aandacht worden besteed aan de civielrechtelijke aspecten van eigen- en vreemd vermogen aangezien deze van groot belang zijn bij de fiscale kwalificatie. Hierna komt het leerstuk van de onzakelijke lening aan bod waarbij nadrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen vormen van onzakelijke leningen. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie waarin antwoord op de deelvraag wordt gegeven.

²⁸ HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*.

²⁹ Hiermee is de basis van het 'onzakelijke lening'-leerstuk geïntroduceerd.

³⁰ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*.

2.2 Onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen fiscaliteit

Het verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen vereist kwalificatie van een geldverstrekking. Volgens van der Geld onderscheidt fiscaal eigen vermogen zich van fiscaal vreemd vermogen in beginsel op de volgende vier punten.³¹

- 1) De mate waarin en de wijze waarop de 'schuldeisers' meedelen in eventuele winsten en verliezen van de vennootschap.

Met name van belang hierbij is de rangorde waarin men meedeelt in de eventuele verliezen van de vennootschap. Immers, iedere geldverstrekker loopt het risico dat hij zijn geld niet terugkrijgt als het slecht gaat met de vennootschap. De eigen vermogensverschaffer krijgt zijn geld niet eerder terug dan de verstrekkers van vreemd vermogen (crediteuren).

- 2) De looptijd van de 'schuld'.

Verstrekt eigen vermogen heeft in beginsel een oneindig karakter. Dit impliceert een qua tijd onbeperkte terbeschikkingstelling aan de vennootschap. De vennootschap heeft ten aanzien van eigen vermogen - in tegenstelling tot ten aanzien van vreemd vermogen - over het algemeen geen terugbetalingsverplichting.

- 3) De afhankelijkheid van de vergoeding van de winst.

Bij eigen vermogen is de vergoeding op de geldverstrekking altijd afhankelijk van de winst. Het standaardtype vreemd vermogen kent geen winstafhankelijke rente. Hierbij moet gekeken worden naar de feiten (*substance over form*³²).

- 4) De zeggenschap in de vennootschap.

Aan eigen vermogen zit normaliter zeggenschap (als aandeelhouder) verbonden. Ook heeft een aandeelhouder via zijn aandelen (een deel) van het eigendom in een vennootschap. Een vreemd vermogensverschaffer heeft slechts een vordering op de vennootschap; uit deze vordering vloeit in beginsel geen invloed voort.

³¹ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, 2014, p.81.

³² Contractueel kan een winstonafhankelijke vergoeding worden afgesproken terwijl men feitelijk moet concluderen dat er wel sprake is van winstafhankelijkheid. Voor fiscale doeleinden prevaleert de economische werkelijkheid ('*substance*') boven de civielrechtelijke vorm ('*form*') (zie paragraaf 2.4.2).

2.2.1 Tussenvormen

Het toetsen van bovenstaande criteria biedt maar beperkt houvast bij de kwalificatie tussen eigen- en vreemd vermogen omdat er vele variaties van geldverstrekkingen zijn die kenmerken van zowel eigen- als vreemd vermogen bezitten. Enkele voorbeelden daarvan worden hieronder kort toegelicht.

Aandelen met een vaste looptijd

Aandelen kennen in beginsel geen vaste looptijd. Echter, kan een vennootschap met haar aandeelhouders afspreken om (een deel van) de aandelen na verloop terug te kopen. Hierdoor neigt de geldverstrekking naar vreemd vermogen aangezien de geldverstrekking een vaste looptijd kent.

(cumulatief) Preferente aandelen

Preferente aandelen geven jaarlijks recht op een vast percentage van de nominale waarde van hun aandelen. Bij winst hebben houders van preferente aandelen voorrang op overige aandeelhouders. Afhankelijk of er sprake is van cumulatief preferente aandelen, ontvangen aandeelhouders misgelopen vergoedingen (in het geval een vennootschap in een bepaald jaar geen winst maakt) in een later jaar alsnog.

Converteerbare obligatieleningen

Een converteerbare obligatielening is een lening waarbij de verstrekker het recht heeft om gedurende de conversieperiode de lening om te zetten in aandelen. Het conversierecht is aan de obligatie verbonden en kan niet los van de obligatie worden vervreemd. Meestal dragen de converteerbare obligatielening lagere renten dan normale obligatieleningen. Het verschil tussen de waarde van de converteerbare obligatielening en de normale obligatielening is gelijk aan de waarde van het conversierecht.

Perpetuele leningen

Een perpetuele lening is een lening zonder vaste looptijd. De lening kan in feite eeuwigdurend zijn wat duidt op eigen vermogen. Echter, is nog steeds sprake van een terugbetalingsverplichting (hoewel deze mogelijk ver in de toekomst ligt of onzeker is).

Bovenstaande tussenvormen laten zien dat het toetsen aan de essentiële kenmerken van eigen- dan wel vreemd vermogen niet altijd uitkomst biedt. Er is vaak meer nodig dan een bepaald kenmerk van eigen- dan wel vreemd vermogen om een geldverstrekking te kwalificeren. De Hoge Raad geeft regels die houvast bieden. Ten aanzien van de fiscaalrechtelijke kwalificatie heeft de Hoge Raad verschillende arresten gewezen die de vereiste handvatten geven voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking. Uitgangspunt voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking is in beginsel de civielrechtelijke vorm. Deze komt als eerst aan bod.

2.3 Eigen vermogen

2.3.1 Civielrechtelijk eigen vermogen

Civielrechtelijk eigen vermogen vindt zijn oorsprong in wettelijke verplichtingen.³³ Kapitaalvennootschappen geven aandelen uit om eigen vermogen aan te trekken. De aandeelhouders bepalen bij de oprichting het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal. Het geplaatste aandelenkapitaal is het kapitaal dat door de onderneming is uitgegeven en dat door aandeelhouders aan de onderneming is verschaft. Hetgeen daadwerkelijk is gestort of opgevraagd, vormt eigen vermogen.

2.3.2 Eigen vermogen in de vennootschapsbelasting

Tot het eigen vermogen van een kapitaalvennootschap behoren: het aandelenkapitaal, het agio, het informeel kapitaal, de winst(reserves) en de fiscale reserves. In het arrest van 18 oktober 1950³⁴ heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgelaten over het begrip eigen vermogen in de vennootschapsbelasting³⁵:

“dat, wat coöperatieve verenigingen betreft, onder kapitaalverstrekking alleen kan worden verstaan hetgeen door leden aan de vereniging aldus wordt afgestaan. dat het gaat behoren tot het voor de schulden van het lichaam aansprakelijke en in het risico van het bedrijf der vereniging delende vermogen, zonder dat daartegenover voor het lid aanspraken ontstaan, die het karakter hebben van vorderingen, welke met die van

³³ Hierbij dient te worden opgemerkt dat sinds de invoering van de ‘Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht’ en ‘Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht’ een groot aantal verplichtingen (zoals de eis om een minimumkapitaal van 18.000 vol te storten bij oprichting van een BV) is komen te vervallen.

³⁴ HR 18 oktober 1950, nr. 1950-10-18, B 8843.

³⁵ Dit arrest zag op een coöperatie maar heeft een breder bereik.

andere schuldeisers op een lijn kunnen worden gesteld en waarvan het bedrag ook door eventuele door het lichaam te lijden verliezen niet wordt aangetast;”

Hieruit kan worden opgemaakt dat de mate van risico dat verstrekkers van vermogen lopen een doorslaggevende rol speelt. In latere arresten heeft de Hoge Raad deze lijn bevestigd. In *BNB 2014/80*³⁶ oordeelde de Hoge Raad dat in de situatie dat civielrechtelijk sprake is van een verstrekking van kapitaal - in de zin van art. 2:175 BW en art. 2:178 BW - fiscaalrechtelijk per definitie sprake is van het verstrekken van kapitaal. Doorslaggevend voor de Hoge Raad is het feit dat bij vereffening van een (besloten) vennootschap de aandeelhouders pas uitkeringen kunnen ontvangen – zowel winstuitkeringen als terugbetalingen op het aandelenkapitaal – indien het beschikbare vermogen daartoe toereikend is (2:207, 2:209 en 2:216 BW³⁷) nadat de schulden van de schuldeisers zijn afgelost (art. 2:23b BW).³⁸ De vraag of er uitzonderingen zijn op de hoofdregel – fiscale kwalificatie tot eigen vermogen volgt de civielrechtelijke vorm van eigen vermogen – kan hiermee ontkennend worden beantwoord.

2.3.2.1 Kapitaalstortingen

Wanneer sprake is van eigen vermogen (kapitaal) is de vergoeding die de ontvanger aan de vermogensverstrekker betaalt, niet aftrekbaar. Bij de vermogensverstrekker zal de vergoeding veelal niet worden belast door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In cijfervoorbeeld werkt dit als volgt uit.

Als moedervennootschap (M³⁹) ter zake van een aandelenemissie van haar dochtervennootschap D € 100.000 euro stort, luidt de journaalpost daarvoor bij M:

Deelneming	100.000	
Aan kas		100.000

Bij dochtervennootschap (D) luidt de journaalpost:

³⁶ Zie bijvoorbeeld HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB 2014/80*, r.o. 3.4.3.

³⁷ Na de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht per 1 oktober 2012 geldt voor de bv een andere kapitaalbescherming, met name artikel 2:216 BW. Ook deze regeling beoogt, zij het op andere wijze, te voorkomen dat aan aandeelhouders uitkeringen worden gedaan die ten koste gaan van de crediteuren van de vennootschap.

³⁸ HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB 2014/80*, r.o. 3.4.3.

³⁹ In het vervolg van het hoofdstuk wordt met M bedoelt: een moedermaatschappij die een 100% aandelenbelang heeft in haar dochtervennootschap (D).

Kas	100.000	
Aan aandelenkapitaal		100.000

Als vervolgens de waarde van de aandelen van D daalt, is deze waardedaling niet aftrekbaar van de winst bij M. Aangezien vennootschappen op grond van artikel 2 lid 5 Wet VPB worden geacht met hun hele vermogen een onderneming te drijven, zullen de aandelen tot het ondernemingsvermogen behoren. Aangezien de aandelen een deelneming vormen, kan een waardedaling van de aandelen door uitwerking van de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB niet ten laste van de winst komen.

2.4 Vreemd vermogen

2.4.1 Civielrechtelijk vreemd vermogen

Uit jurisprudentie blijkt dat de terugbetalingsverplichting het doorslaggevende onderscheidende criterium vormt tussen civielrechtelijk eigen vermogen en vreemd vermogen. In *BNB 2007/104*⁴⁰ (het Kaspische zeebodem-arrest) overwoog de Hoge Raad:

“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. (...) ’s Hofs uitspraak en de stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat aan de onderhavige geldverstrekking voor de ontvanger een terugbetalingsverplichting is verbonden, en dat het ten tijde van de geldverstrekking niet was te voorzien dat het nimmer tot terugbetaling zou komen. Dit brengt mee

⁴⁰ Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, *BNB 2007/104*.

dat deze geldverstrekking moet worden beschouwd als een lening, en bijgevolg niet kan worden aangemerkt als een bijeenbrengen van kapitaal in de zin van de Wet op belastingen van rechtsverkeer.⁴¹”

Bovenstaand arrest is gewezen voor de kapitaalsbelasting⁴². Desalniettemin meen ik met Daniels⁴³ dat het arrest ook voor de VPB geldt aangezien de overwegingen van algemene aard zijn. Uit bovenstaande overwegingen kan worden geconcludeerd dat als de ontvanger van een geldverstrekking een terugbetalingsverplichting heeft, de geldverstrekking per definitie civielrechtelijk een lening vormt. Het feit dat de terugbetaling onzeker of voorwaardelijk is, doet hier niet aan af. Ook uit het civiele recht blijkt dat voor de kwalificatie tot geldlening vereist is dat er een terugbetalingsverplichting is overeengekomen.⁴⁴ Daarnaast heeft de HR in de civiele procedure – HR 29 november 2002, NJ 2003/50⁴⁵ – tevens beslist dat voor het bestaan van een overeenkomst van geldlening voldoende is dat er een terugbetalingsverplichting bestaat. Deze terugbetaling kan, zo besliste de Hoge Raad⁴⁶, zeer wel voorwaardelijk zijn. In tegenstelling tot bij de civielrechtelijke vorm van eigen vermogen⁴⁷, speelt de positie van de geldverstrekker ten opzichte van aandeelhouders bij ontbinding (faillissement) van de vennootschap geen rol.

2.4.2 Vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting

Vreemd vermogen komen we in de fiscaliteit tegen in de vorm van schulden uit hoofde van geldleningen, schulden die voortvloeien uit andere rechtsverhoudingen, voorzieningen en transitoria.

De hoofdregel voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking is dat de civielrechtelijke vorm beslissend is. Dit werd in *BNB 1988/217*⁴⁸ (het ‘Unileverarrest’) expliciet

⁴¹ Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, *BNB 2007/104*, r.o. 3.4.

⁴² Die per 1 januari 2006 is afgeschaft.

⁴³ Noot A.H.M. Daniels bij HR 29 november 2002/, C01/011HR, *NJ 2003/50*, punt 1.

⁴⁴ Art. 7A: 1791 BW.

⁴⁵ HR 29 november 2002/, C01/011HR, *NJ 2003/50*.

⁴⁶ HR 29 november 2002/, C01/011HR, *NJ 2003/50*, r.o. 3.4.5.

⁴⁷ Zie paragraaf 2.3.2.

⁴⁸ HR 27 januari 1988, nr. 23919, *BNB 1988/217*.

bevestigd.⁴⁹ Tevens formuleerde de Hoge Raad in *BNB 1988/217* een drietal uitzondering op de hoofdregel dat de fiscaalrechtelijke kwalificatie de civielrechtelijke vorm volgt, te weten:

- 1) Indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen (schijnlening).

Al in *BNB 1954/357*⁵⁰ oordeelde de Hoge Raad dat het wezen boven de schijn uitgaat (ook wel *substance over form*). Van belang hierbij is de wil van de partijen. Deze bepaalt de kwalificatie tot schijnlening waardoor de geldverstrekking als eigen vermogen wordt aangemerkt.

- 2) Indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met de door hem uitgeleende bedrag in zeker mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar (deelnemersschapslening).

In *BNB 1998/208*⁵¹ heeft de Hoge Raad de criteria van de deelnemersschapslening uitgewerkt. In rechtsoverweging 3.3 oordeelde de Hoge Raad dat sprake is van 'in zekere mate deelhebben in de schuldenaar' indien cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- I. Er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding;
- II. Er sprake is van achterstelling bij alle concurrente schuldeisers;
- III. De schuld heeft geen vaste looptijd maar is slechts opeisbaar bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.

- 3) De lening onder zodanige omstandigheden is aangegaan dat aanstonds duidelijk is dat de hoofdsom niet (of niet geheel) kan worden terugbetaald. Met andere woorden wanneer de (gelieerde) schuldenaar zo verlieslijdend is dat bij voorbaat duidelijk is dat het geleende geld verdwijnt in een bodemloze put.

Tot dusver lijkt het onderscheid voor de fiscaliteit helder. Er is sprake van civielrechtelijk eigen vermogen indien bij vereffening van een vennootschap de aandeelhouders pas uitkeringen kunnen ontvangen – zowel winstuitkeringen als terugbetalingen op het aandelenkapitaal – indien het beschikbare vermogen daartoe toereikend is nadat de schulden van de schuldeisers

⁴⁹ HR 27 januari 1988, nr. 23919, *BNB 1988/217*, r.o. 4.2.

⁵⁰ HR 3 november 1954, nr. 11 928, *BNB 1954/357*.

⁵¹ HR 11 maart 1998, nr. 32 240 *BNB 1998/208*.

zijn afgelost. Fiscaalrechtelijk wordt de civielrechtelijke vorm van een kapitaalverstrekking gevolgd. Fiscale herkwalificatie is geenszins mogelijk, zo blijkt uit wetgeving en jurisprudentie.

Als de ontvanger van een geldverstrekking een terugbetalingsverplichting heeft, vormt de geldverstrekking civielrechtelijk een geldlening. De fiscale kwalificatie van een geldverstrekking volgt de civielrechtelijke vorm tenzij sprake is van een schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening – dan volgt fiscale herkwalificatie tot eigen vermogen.

2.5 De onzakelijke lening

In de vorige paragraaf is het onderscheid tussen vreemd vermogen en eigen vermogen beschreven. Tot 2008 was de fiscale behandeling van een geldverstrekking in de vennootschapsbelasting helder. Dit heldere kwalificatiekader is met de introductie van het de ‘onzakelijke lening’⁵² in 2008 door de Hoge Raad losgelaten. In *BNB 2008/191* oordeelde de Hoge Raad (r.o. 3.4.):

“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.”^{53,54}

De lening aan een dochtervennootschap van wie de aandelen een vrijgestelde deelneming vormt onder de deelnemingsvrijstelling, kan op dezelfde wijze als onzakelijk worden betiteld. De onzakelijke lening is en blijft een lening voor het fiscale recht. De Hoge Raad creëerde *de facto* niettemin een tussencategorie waarbij de lening fiscaal als lening moet worden behandeld maar een eventuele afwaardering van de lening bij de geldverstrekker niet

⁵² In het vervolg van deze scriptie wordt met de term ‘onzakelijke lening’ de (hoofdsom)onzakelijke lening uit HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191* bedoeld (zie paragraaf 2.5.3).

⁵³ HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*.

⁵⁴ Hiermee is de basis van het ‘onzakelijke lening’-leerstuk geïntroduceerd. deze definitie is in HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37* gepreciseerd.

afteikbaar is. Verder dient een rente op de onzakelijke lening te worden bepaald waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat de lening mede is verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder. Deze rente, die wordt bepaald door middel van de borgstellingsanalogie⁵⁵, valt in de belaste sfeer; de lening als zodanig wordt niet geherkwalificeerd als eigen vermogen. Nadat de HR in *BNB 2008/191* het leerstuk van de onzakelijke lening had geïntroduceerd, zijn een groot aantal arresten geweest. In de volgende paragraaf wordt het fundament van het leerstuk van de onzakelijke lening toegelicht.

2.5.1 Het begrip onzakelijke lening in de jurisprudentie⁵⁶

Reeds in 1954 besliste de Hoge Raad⁵⁷ dat het verlies op een geldverstrekking niet ten laste van de fiscale winst kon worden gebracht wanneer dit verlies werd veroorzaakt door een handeling in de hoedanigheid van aandeelhouder. Desalniettemin wordt *BNB 2008/191*⁵⁸ in de literatuur vaak gezien als het startpunt van de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie. Dit komt vanwege het feit dat de Hoge Raad in *BNB 2008/191* oordeelde hoe een onzakelijke lening fiscaal moest worden gezien: als hybride figuur. De Hoge Raad creëerde feitelijk een splitsing binnen een geldverstrekking die *als zodanig* zakelijk is maar een onzakelijk debiteurenrisico kent. Ik meen met Bouwman dat de Hoge Raad op het terrein van de vennootschapsbelasting nooit zover is gegaan met het ontwikkelen van eigen regels als bij de onzakelijke geldlening.⁵⁹

De taak van de Hoge Raad is dat hij richting geeft aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid en de rechtszekerheid bevordert door rechtsvragen in concrete zaken te beantwoorden. Hierbij moet zoveel mogelijk duidelijkheid worden gecreëerd voor toekomstige gevallen.⁶⁰ Gezien de grote hoeveelheid aan ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie, rijst de vraag of de Hoge Raad op een succesvolle wijze haar taak heeft vervuld. Dat wordt in deze scriptie onderzocht.

⁵⁵ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*.

⁵⁶ In de appendix is een beknopt overzicht van de belangrijkste ‘onzakelijke leningarresten’ opgenomen.

⁵⁷ HR 28 april 1954, nr. 11.787, *BNB 1954/191*.

⁵⁸ HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*.

⁵⁹ J.N. Bouwman, ‘Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting’, *NTRF* 2015/1733, par. 4.4.

⁶⁰ Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008, p. 9.

2.5.2 Soorten onzakelijke leningen

Alvorens nader in te gaan op het begrip ‘onzakelijke lening’ zoals geïntroduceerd in *BNB* 2008/191 en uitgebreid behandeld in *BNB* 2012/37, wordt in deze paragraaf eerst ingegaan op de manier waarop geldverstrekkingen onzakelijk kunnen zijn. Hierdoor ontstaat een beeld van de plaats van het begrip ‘onzakelijke lening’ in de fiscaliteit. Er zijn 3 soorten onzakelijke leningen⁶¹ te onderkennen. Deze komen hieronder aan bod.

2.5.2.1 De prijsonzakelijke lening

Van belang voor de winstbepaling in zowel de inkomstenbelasting als in de vennootschapsbelasting is het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001 (hierna: Wet IB) en art. 8 Wet VPB. Het totaalwinstbegrip stelt dat ‘gezamenlijke voordelen uit onderneming’ in de belastingheffing worden getrokken. Dit brengt met zich mee dat voordelen die hun oorsprong niet in de ondernemingsvoering vinden, uit de fiscale winstbepaling moeten worden geëlimineerd. Het onderscheid ondernemingsfeer/niet ondernemingsfeer lijkt op gespannen voet te staan met de fictie van art. 2 lid 5 Wet VPB.⁶² Hier valt tegenin te brengen dat ook vennootschappen een ‘aandeelhoudersfeer’ (onttrekkingen/verkapte winstuitdelingen) kennen.

Het totaalwinstbegrip werkt via art. 8 Wet VPB door naar de vennootschapsbelasting. De vennootschapsbelasting kent echter nog een winstbeginsel: het *arm's length*-beginsel.⁶³ Het *arm's length*-beginsel' schrijft voor dat bij transacties tussen gelieerde partijen voor de fiscale winstbepaling moet worden uitgegaan van transacties die onder zakelijke voorwaarden tot stand zijn gekomen. Het *arm's length*-beginsel vindt zijn oorsprong in de *transfer pricing guidelines* van de OESO⁶⁴. De voorwaarden moet *at arm's length* zijn. Voor tussen gelieerde partijen overeengekomen leningen betekent dit onder meer dat de zakelijkheid van de overeengekomen rente moet worden getoetst (zakelijkheidstoets). Indien de daadwerkelijk overeengekomen rente afwijkt van hetgeen onafhankelijke derden zouden zijn

⁶¹ Ontleend aan A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014 – deel I’, *MBB* 2014/05, par. 3.

⁶² Vennootschappen worden voor de Wet VPB geacht een onderneming te drijven met hun gehele vermogen.

⁶³ Deels gecodificeerd in art. 8b Wet VPB.

⁶⁴ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Parijs: OESO, 2010.

overeengekomen⁶⁵, dient voor de fiscale winstbepaling te worden uitgegaan van een rente die de zakelijkheidstoets wel doorstaat.⁶⁶

Wanneer een geldverstrekking - nadat is vastgesteld dat fiscaalrechtelijk sprake is van een geldlening ⁶⁷ - geen zakelijke *at arm's length*-rente heeft, maar deze na (*at arm's length*) correctie wel de zakelijkheidstoets doorstaat, is geen sprake van een onzakelijke lening als bedoeld in *BNB* 2012/37 maar van een lening met onzakelijke prijsvoorwaarden.⁶⁸ In de literatuur wordt dit ook wel een 'prijsonzakelijke lening' genoemd.⁶⁹ Een term die, en ik sluit me bij Bobeldijk en Van der Velden aan, de lading goed dekt. Niet de lening *als zodanig* is onzakelijk, maar (slechts) de prijs die de debiteur daarvoor betaalt in de vorm van rente ontbeert een zakelijk karakter.⁷⁰

2.5.2.2 Transactioneel onzakelijke lening

In tegenstelling tot de prijsonzakelijke lening (zie 2.5.4.1) is dit type lening *als zodanig* niet zakelijk. Algemeener omvat een transactioneel onzakelijke handeling een handeling die haar oorzaak buiten de ondernemings sfeer bevindt. Voor- en nadelen van deze handelingen houden onvoldoende band met de normale bedrijfsuitoefening om bij het bepalen van de fiscale winst in aanmerking te worden genomen. Het voordeel of nadeel komt niet op in de hoedanigheid van ondernemer maar in een andere hoedanigheid. Zij vallen niet onder de reikwijdte van 'voordelen uit onderneming' ex art. 3.8 Wet IB en art. 8 Wet VPB.

Klassieke voorbeelden uit de jurisprudentie waarin sprake was van transactioneel onzakelijk handelen zijn die uit van het Renpaarden⁷¹-, Cessna⁷²-, en Bentleyarrest⁷³. In deze arresten werden kosten gemaakt die niet ten behoeve van de eigen onderneming werden gemaakt, maar ten behoeve van de aandeelhouders. De kosten moesten worden gezien als onttrekkingen, derhalve niet aftrekbaar.

⁶⁵ Met inachtneming van de feiten, omstandigheden en overige voorwaarden van de onderhavige geldlening.

⁶⁶ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05, par. 3.

⁶⁷ De bekende fiscaalrechtelijke herkwalificaties daargelaten (zie paragraaf 2.4.2).

⁶⁸ Door A-G Wattel in zijn conclusies van 14 juli 2010, nr 08/05323, *NTFR* 2010/2168 en 14 juli 2011, nr. 10/05161, *NTFR* 2011/1972 en nr. 10/05394, *NTFR* 2011/1971 omschreven als 'Onzakelijke Rente-lening' (OR-lening).

⁶⁹ Zie o.a. P.J.J.M. Peeters, 'Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord door de Hoge Raad?!', *WFR* 2012/153.

⁷⁰ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05, par. 3.

⁷¹ HR 8 maart 2002, nr. 36.292, *BNB* 2002/210.

⁷² HR 14 juni 2002, nr. 36.453, *BNB* 2002/290.

⁷³ HR 18 april 2008, nr. 07/10035, *BNB* 2008/139.

Van een transactioneel onzakelijke (groeps)lening is sprake indien het verstrekken van de lening *als zodanig* zijn oorzaak vindt in een andere sfeer dan de ondernemings sfeer, de lening en de daarmee verband houdende resultaten blijven buiten aanmerking bij de fiscale winstbepaling. Het gaat hierbij om leningen die een derde 'überhaupt' niet zou verstrekken, ook niet indien naast de rentevoet alle overige voorwaarden van de lening, zoals zekerheden, aflossingsschema en looptijd zouden kunnen worden aangepast.⁷⁴ Het enige voorbeeld uit de huidige jurisprudentie is de bodemloze putlening (zie paragraaf 2.4.2). Het verstrekken van de bodemloze putlening vindt zijn oorsprong in de vennootschappelijke betrekkingen tussen crediteur en debiteur. Een onafhankelijke derde zou onder geen enkele voorwaarden of zekerheden een lening verstrekken waarvan aanstonds duidelijk is dat deze niet zal worden terugbetaald.

Albert stelt terecht dat, voordat kan worden vastgesteld of er sprake is van een 'onzakelijke lening' 'omlaag' (ex *BNB* 2012/37), eerst moet worden getoetst of er sprake is van een bodemlozeputlening. Immers, is er sprake van een bodemlozeputlening dan wordt de lening voor fiscale doeleinden als kapitaal aangemerkt. Er kan dan geen sprake zijn van een - fiscaal als vreemd vermogen aan te merken - 'onzakelijke lening'. Op dezelfde manier begint de fiscale toets van een lening 'omhoog' met de beoordeling of de lening een onttrekking vormt.⁷⁵ In *BNB* 2005/64⁷⁶ overwoog de Hoge Raad:

*"Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, moet deze lening worden aangemerkt als een onttrekking. Het bedrag heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten."*⁷⁷

Hieruit kan worden geconcludeerd dat een onttrekking de tegenhanger vormt van de bodemlozeputlening. In wezen vormt de onttrekking een bodemlozeputlening 'omhoog'.

⁷⁴ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05, par. 3.

⁷⁵ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, par. 2.

⁷⁶ HR 29 oktober 2004, nr. 40.296, *BNB* 2005/64.

⁷⁷ HR 29 oktober 2004, nr. 40.296, *BNB* 2005/64, r.o. 3.

2.5.2.3 Hoofdsomonzakelijke lening

Dit is de 'onzakelijke lening' uit *BNB 2008/191* en *BNB 2012/37*. In literatuur en jurisprudentie is dit type lening omgedoopt tot de 'onzakelijke lening'⁷⁸.

De hoofdsomonzakelijke lening onderscheidt zich van de transactioneel onzakelijke lening, doordat bij dit type lening niet het uitlenen van de gelden *als zodanig* onzakelijk is maar (slechts) het aangaan van het debiteurenrisico is onzakelijk (vindt zijn oorsprong in handelen buiten de ondernemingsfeer). Een derde had de geldlening mogelijk ook wel willen verstrekken - het verstrekken van de geldlening op zichzelf is een zakelijk handelen -, maar enkel indien er bijvoorbeeld reële zekerheden waren gesteld, een adequaat aflossingsschema was overeengekomen of een winstdelende vergoeding zou zijn afgesproken. Dit type lening onderscheidt zich van de prijzonzakelijke lening in die zin dat onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden geen zakelijke *at arm's length*-vergoeding kan worden gevonden om de verstrekking zakelijk te maken.⁷⁹

De Hoge Raad creëerde in *BNB 2008/191* een hybride figuur; de gevolgen van het onzakelijk genomen debiteurenrisico worden bij de fiscale winstbepaling geëlimineerd. Afwaarderingen (het gevolg van realisatie van het onzakelijk genomen debiteurenrisico) zijn niet aftrekbaar⁸⁰, maar de vergoeding voor het ter beschikking stellen van de geldlening (*als zodanig* niet onzakelijk dus binnen de ondernemingsfeer) wordt nog wel tot de belaste winst gerekend.⁸¹

2.6 Deelconclusie

Er is sprake van civielrechtelijk eigen vermogen indien bij vereffening van een vennootschap de aandeelhouders pas uitkeringen kunnen ontvangen indien het beschikbare vermogen daartoe toereikend is nadat de schulden van de schuldeisers zijn afgelost. Fiscaalrechtelijk

⁷⁸ Deze, door de HR gekozen term, is ongelukkig gekozen in die zin dat er meerdere typen onzakelijke leningen zijn. Door de A-G werd de door mij gebruikte term 'onzakelijke lening' aangeduid als 'ODR-lening' (ODR staat voor onzakelijk debiteurenrisico). Conclusie A-G Wattel HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*.

⁷⁹ Althans, niet zonder een rente te bedingen waardoor de vergoeding 'in wezen winstdelend' wordt hetgeen volgens de HR het karakter van de geldlening te veel aantast. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.2.

⁸⁰ In de literatuur verschillen de meningen met betrekking tot de behandeling van valutarisico. Ik ben met Bobeldijk en van der Velden van mening dat de valuta van een lening in beginsel niet van invloed is op de vraag of een lening kwalificeert als een onzakelijke lening. Het valutarisico wordt bepaald door ontwikkeling van de valuta tussen 2 landen en omvat niet het door de HR bedoelde 'debiteurenrisico'. Zie A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB 2014/05*, par. 3. Vgl. Noot Redactie Vakstudie Nieuws bij HR 29 maart 2012, nr. 11/03249, V-N 2012/22.17 en W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening en valutaresultaten: een kwestie van geduld?', *NTRF 2016/1662*.

⁸¹ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB 2014/05*, par. 3.

wordt de civielrechtelijke vorm van een kapitaalverstrekking gevolgd. Fiscale herkwalficatie is geenszins mogelijk. Als de ontvanger van een geldverstrekking een terugbetalingsverplichting heeft, vormt de geldverstrekking civielrechtelijk een geldlening. De fiscale kwalificatie van een geldverstrekking volgt de civielrechtelijke vorm tenzij sprake is van een schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening. Is dit het geval dan volgt fiscale herkwalficatie tot eigen vermogen. De Hoge Raad achtte de handvatten van het fiscale speelveld niet toereikend en introduceerde in *BNB 2008/191* het leerstuk van de 'onzakelijke lening'. Dit type lening onderscheidt zich van de prijsonzakelijke lening in die zin dat onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden geen zakelijke *at arm's length*-vergoeding kan worden gevonden om de verstrekking zakelijk te maken. Tevens is er geen sprake van een transactioneel onzakelijke lening omdat bij dit type lening niet het uitlenen van de gelden *als zodanig* onzakelijk is, maar (slechts) het aangaan van het debiteurenrisico onzakelijk (vindt zijn oorsprong in handelen buiten de ondernemingsfeer) is.

De Hoge Raad creëerde in *BNB 2008/191* een hybride figuur; de gevolgen van het onzakelijk genomen debiteurenrisico worden bij de fiscale winstbepaling geëlimineerd. Afwaarderingen (het gevolg van realisatie van het onzakelijk genomen debiteurenrisico) zijn niet aftrekbaar, maar de vergoeding voor het ter beschikking stellen van de geldlening (*als zodanig* niet onzakelijk dus binnen de ondernemingsfeer) wordt nog wel tot de belaste winst gerekend. De Hoge Raad is in het kader van de onzakelijke lening zeer ver gegaan met het ontwikkelen van eigen regels.

3. Ontwikkelingen in de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie

3.1 Inleiding

Het leerstuk van de ‘onzakelijke lening’⁸² heeft tot veel vragen en onduidelijkheden geleid. Deze vragen en onduidelijkheden zijn aan bod gekomen in de grote hoeveelheid aan ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie die naar aanleiding van *BNB 2012/37* het licht heeft gezien. Aan de hand van jurisprudentie en literatuur wordt in dit hoofdstuk een analyse gemaakt van de ontwikkeling van het leerstuk van de onzakelijke lening. Hierbij wordt onderzocht of de Hoge Raad ongerijmdheden en onduidelijkheden heeft weten weg te halen en of er nog knelpunten zijn. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat, luidt:

2) *Hoe heeft de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie zich na BNB 2012/37 ontwikkeld en zijn er nog knelpunten of onduidelijkheden?*

In dit hoofdstuk komt de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie aan bod. De verschillende situaties en aspecten worden in chronologische volgorde behandeld. Aan de hand van reacties uit de literatuur wordt een beeld geschetst van de knelpunten die nog aanwezig zijn. Hierna wordt de fundamentele kritiek op het leerstuk van de onzakelijke lening behandeld. Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie.

3.2 De ‘25 november arresten’ in vogelvlucht

In de ‘25 november arresten’⁸³ heeft de Hoge Raad het leerstuk van de onzakelijke lening voor het eerst uitgewerkt. Hij bevestigde in deze arresten zijn arrest van 9 mei 2008, *BNB 2008/191* – dat in de literatuur vaak als startpunt van het leerstuk van de onzakelijke lening wordt gezien. *BNB 2008/191* liet de fiscale wereld achter met meer vragen dan antwoorden.⁸⁴ Veel van deze vragen zijn beantwoord in de arresten van 25 november 2011. Uit deze arresten kan een aantal hoofdlijnen worden gedestilleerd. Zij vormen handvatten voor de behandeling van de ‘onzakelijke lening’ binnen de fiscaliteit. Ze worden hieronder beknopt toegelicht.

De Hoge Raad bevestigt allereerst zijn standpunt dat voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking de civielrechtelijke vorm beslissend is.⁸⁵ Een civielrechtelijke lening wordt

⁸² in *BNB 2008/191* door de Hoge Raad geïntroduceerd en in *BNB 2012/37* verder uitgewerkt.

⁸³ 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. 10/05394, *BNB 2012/39* en HR 25 november 2011, nr. 10/04588, *BNB 2012/78*.

⁸⁴ Berkhout en Lubbers bestempelen *BNB 2008/191* als een arrest waarin een onvoldragen leerstuk wordt geïntroduceerd. T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, ‘Het arrest als praktijkhandleiding’, *WFR 2015/1546*, par. 3a.

⁸⁵HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.1.

derhalve ook fiscaal als lening behandeld tenzij sprake is van een van de drie limitatieve uitzonderingen te weten: de schijnlening, bodemlozeputlening en deelnemersschaplening (zie paragraaf 2.4.2).

Als vaststaat dat de geldverstrekking ook fiscaal als lening kwalificeert, dient vervolgens getoetst te worden of de afgesproken vergoeding zakelijk *'at arm's length'* is. Wanneer geen sprake is van een zakelijke vergoeding, moet de rente worden gecorrigeerd naar een zakelijke rente. De Hoge Raad overweegt in *BNB 2012/37*.

*"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. Daarbij zal – behoudens het rentepercentage – uitgegaan moeten worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen (zoals met betrekking tot zekerheden en de looptijd van de lening). 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."*⁸⁶

De Hoge Raad heeft de term 'in wezen winstdelend' niet gedefinieerd.⁸⁷ Noch is in de wet een definitie te vinden. Ook in de literatuur is nauwelijks⁸⁸ aandacht besteed aan de omstandigheden waaronder de rente winstdelend wordt.

Aangezien de term 'in wezen winstdelend' de grens aangeeft tussen een prijsonzakelijke lening (of OR-lening) kan⁸⁹ het bij de beoordeling van de zakelijkheid van een lening van belang zijn om te weten waar die grens ligt. Mogelijk heeft de Hoge Raad bewust gekozen om geen helder kwantitatief criterium te stellen. Advocaat Generaal Wattel bemerkt dat het stellen van heldere criteria in het verleden heeft aangetoond dat het de praktijk mogelijkheden biedt tot *mismatching* en grondslagerosie.⁹⁰

⁸⁶ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.2.

⁸⁷ Noch in 'de 25 november arresten', noch in latere jurisprudentie.

⁸⁸ Hafkenscheid et al. besteden hier wel aandacht aan. Zie: R.P.F.M. Hafkenscheid et al. 'De onzakelijke lening en de zakelijke relatie tussen rente en debiteurenrisico', *WFR 2016/129*.

⁸⁹ Slechts het karakter van de lening (niet de hoogte van de rente) kan een rol spelen bij de beoordeling van de zakelijkheid van de lening. A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB 2014/05*, par. 4.3. Er zijn echter meerdere beoordelingsfactoren (zie paragraaf 3.3).

⁹⁰ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, punt 5.22.

Indien geen zakelijke *at arm's length* rente kan worden gevonden, wordt de crediteur geacht een debiteurenrisico te lopen dat een derde niet zou hebben aanvaard. De gevolgen van het onzakelijk genomen debiteurenrisico worden bij de fiscale winstbepaling geëlimineerd. Afwaarderingen (het gevolg van realisatie van het onzakelijk genomen debiteurenrisico) zijn niet aftrekbaar. De vergoeding voor het ter beschikking stellen van de geldlening wordt nog wel tot de belaste winst gerekend. Deze vergoeding is *als zodanig* niet onzakelijk en valt derhalve binnen de ondernemingsfeer.

De Hoge Raad overweegt dat het onzakelijk gelopen debiteurenrisico vergelijkbaar is aan het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een geldlening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde partij zou zijn opgenomen. Als vuistregel hanteert de Hoge Raad daarom dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap (crediteur) onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.⁹¹

Of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden beoordeeld naar het moment van het aangaan van de lening. Uitgangspunt voor de fiscale winstberekening daarbij is hetgeen partijen zijn overeengekomen. Wel kan een zakelijke lening gedurende haar looptijd (ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur) alsnog een onzakelijke lening kan worden. In tegenstelling tot aanvankelijk in de literatuur nog werd aangenomen⁹², moet een geldverstrekking als één geheel worden beoordeeld met één debiteurenrisico.⁹³ De Hoge Raad heeft dus geen splitsing in een zakelijk en een onzakelijk deel beoogd.⁹⁴

Het leerstuk van de onzakelijke lening is ook van toepassing op de terbeschikingsstellingsfeer (tbs-sfeer).⁹⁵ Via art. 3.94 Wet IB heeft de wetgever immers beoogd aan te sluiten bij het totaalwinstbegrip dat geldt voor winst uit onderneming (3.8 Wet IB).

⁹¹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.4.

⁹² Zie bijvoorbeeld noot Albert bij HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191, punt 5.

⁹³ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.5.

⁹⁴ Albert betoogt in dit kader dat het verstandig kan zijn voor een vennootschap die een lening van 2 miljoen wil verstrekken aan een gelieerde partij, deze lening te splitsen in (bijvoorbeeld) een lening van 1,3 miljoen en een achtergestelde lening van 0,7 miljoen. Mocht het fout gaan met de debiteur, dan zal (ervan uitgaande dat een bank een geldlening van 1,3 miljoen had willen verstrekken) alleen het afwaarderingsverlies op de achtergestelde lening van aftrek zijn uitgesloten. Zie P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, par. 6.5.

⁹⁵ HR 25 november 2011, nr. 10/04588, *BNB* 2012/78, r.o. 3.4.1.

Bij liquidatie van een deelneming maakt het verlies op een onzakelijke lening (in geval van een lening ‘omlaag’) deel uit van het voor die deelneming opgeofferde bedrag.⁹⁶

Voor een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer zal een kwijtschelding van de geldlening als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt. De verkrijgingsprijs in de zin van artikel 4.21 Wet IB van het aanmerkelijk belang van de ab-houder zal met het bedrag van de als informele kapitaalstorting aan te merken kwijtschelding worden verhoogd.⁹⁷ De bewijslast voor het aantonen van een onzakelijke lening rust op de inspecteur.⁹⁸

3.3 Beoordelingsfactoren

Bij de toetsing van de zakelijkheid van een geldverstrekking moet worden gekeken naar bepaalde beoordelingsfactoren. De hoogte van de rente is in ieder geval irrelevant. Dat blijkt expliciet uit rechtsoverweging 3.3 van *BNB 2012/79* (in paragraaf 2.6 geciteerd). De rente is niet de maatstaf voor zakelijkheid maar de correctiemaatstaf. Als de hoogte van de rente kan worden aangepast zonder de geldlening ‘in wezen winstdelend’ te maken, is de geldverstrekking geen onzakelijke lening. Bouwman ziet hierin een knelpunt van de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie. Hij meent dat het zeer lastig is om vast te stellen dat tussen derden geen vaste rente mogelijk is. *“Zoeken naar iets dat er niet is, levert nu eenmaal geen resultaat op.”*⁹⁹ Uit rechtsoverweging 3.3 van *BNB 2012/79* blijkt dat de omstandigheden dat geen formele zekerheden waren gesteld, dat geen aflossingsschema was overeengekomen en dat de rente werd bijgeschreven, in casu niet in de weg stonden aan het oordeel dat geen sprake was van een onzakelijke lening.¹⁰⁰ Dit is in mijn ogen logisch. Een willekeurige derde zal in die gevallen namelijk niet per se een hogere rente eisen. Materiele factoren zullen de doorslag geven.

⁹⁶ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, *BNB 2012/38*, r.o. 3.2.3.

⁹⁷ HR 25 november 2011, nr. 10/04588, *BNB 2012/78*, r.o. 3.5.

⁹⁸ Dit blijkt expliciet uit HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, *BNB 2012/79*, r.o. 3.2 en r.o. 3.3.

⁹⁹ J.N. Bouwman, ‘Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting’, *NtFR* 2015/1733, par. 4.4.

¹⁰⁰ In HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37* concludeerde de Hoge Raad dat geen sprake was van een onzakelijke lening.

Ik meen met Bobeldijk, Van der Velden¹⁰¹ en Albert dat uit *BNB* 2012/79 is op te maken dat niet alleen de voorwaarden van de leningsovereenkomst van belang zijn, maar ook andere feiten en omstandigheden. Albert vindt in ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie de volgende¹⁰²:

- Waarvoor gebruikt de debiteur de lening? Hoe risicovol is de activiteit die wordt gefinancierd?
- Wat is (bij de debiteur) de verhouding tussen de rente en de verwachte winst vóór rente?
- Wat is (bij de debiteur) de verhouding tussen het bedrag aan rente en aflossing en de verwachte cashflow?
- Wat is (bij de debiteur) de verhouding tussen het vreemd en eigen vermogen?
- Welke zekerheden verstrekt de debiteur? Wat is de waarde van de zekerheden ten opzichte van de hoofdsom?
- Zou een bank bereid zijn dezelfde hoofdsom te verstrekken onder overigens gelijke voorwaarden (behoudens de hoogte van de rente)?

Wanneer geen fictieve *at arm's length* (vaste) rente kan worden gevonden, is sprake van een onzakelijke lening. Bovenstaande materiele criteria duiden op een dergelijke situatie. Het ontbreken van een helder eenduidig toe te passen criterium maakt de beoordeling van de zakelijkheid van een geldverstrekking in de praktijk lastig en leidt tot veel discussies. De grote hoeveelheid aan ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie is dan ook niet verwonderlijk.

3.4 Bijzondere omstandigheden

Uit rechtsoverweging 3.3.3 van *BNB* 2012/37¹⁰³ blijkt dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn die tot gevolg hebben dat het verlies op een onzakelijke lening toch in aftrek komt.¹⁰⁴ Volgens A-G Wattel heeft de uitzondering (onder andere) betrekking op de situatie dat de crediteur nog in een andere, niet-aandeelhoudersrelatie tot de debiteur staat (bijvoorbeeld die van afnemer of leverancier) en die andere relatie het (op het oog) onzakelijke handelen verklaart.¹⁰⁵ In *BNB* 2017/6 heeft de Hoge Raad deze zienswijze

¹⁰¹ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014 – deel I’, *MBB* 2014/05, par. 4.3

¹⁰² Deze acht hij de belangrijkste beoordelingsfactoren. Zie P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening’, *TFO* 2014/134.1, par. 6.5.

¹⁰³ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37.

¹⁰⁴ Overigens werd het begrip ‘bijzondere omstandigheden’ reeds in HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191, r.o. 3.4 geïntroduceerd.

¹⁰⁵ Conclusie A-G Wattel bij HR 3 mei 2013, nr. 12/03249, *BNB* 2013/170, punt 5.6.

bevestigd. De Hoge Raad hanteert in dat arrest twee stappen om de onzakelijkheid van een geldverstrekking te beoordelen. Eerst moet worden gekeken of er puur op basis van de voorwaarden en omstandigheden sprake is van een lening waarop een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben gelopen. Ten aanzien van deze toetsing ligt de bewijslast bij de inspecteur.¹⁰⁶ Bijzondere omstandigheden worden bij deze toetsingen niet meegenomen in de beoordeling. Indien de inspecteur hierin slaagt, kan de belastingplichtige vervolgens aannemelijk maken dat er sprake is van bijzondere omstandigheden.¹⁰⁷ Hierdoor kan de lening alsnog als zakelijk worden gezien. Er is geen sprake van een onzakelijke lening.¹⁰⁸

3.5 Valutaresultaten

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de fiscale gevolgen van valutaresultaten op de hoofdsom van de onzakelijke lening. In de literatuur zijn verschillende zienswijzen¹⁰⁹ naar voren gekomen. Ik ben onder andere Bobeldijk en van der Velden¹¹⁰ van mening dat de valuta van een lening in beginsel niet van invloed is op de vraag of een lening kwalificeert als een onzakelijke lening. Het valutarisico wordt bepaald door ontwikkeling van de valuta tussen twee landen en omvat niet het door de Hoge Raad bedoelde 'debiteurenrisico'.¹¹¹ Valutaverliezen¹¹² zijn aftrekbaar indien het aanvaarden van het valutarisico een zakelijk karakter heeft. Deze zienswijze, hoewel dogmatisch gezien in mijn ogen de juiste, leidt tot praktische problemen. Een lening gehouden in een andere valuta kan reeds afgewaardeerd zijn omdat het onzakelijk genomen debiteurenrisico zich heeft voorgedaan. Indien vervolgens een valutarisico voltrekt, is geen ruimte meer voor een aftrekbare afwaardering. Dit kan leiden tot discussies over de hoogte van de boekwaarde op het moment dat een valutarisico zich

¹⁰⁶ Zoals de Hoge Raad in BNB 2012/79 heeft beslist. HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79, r.o. 3.2 en r.o. 3.3.

¹⁰⁷ Bijvoorbeeld, naar het voorbeeld van A-G Wattel, een zakelijke relatie met voldoende gewicht om op de lening het debiteurenrisico te lopen.

¹⁰⁸ D.P. Elling en P. Tulp, 'Bijzondere omstandigheden in de onzakelijke-leningsfeer', *WFR* 2017/95, par. 3.2.

¹⁰⁹ Voor een compleet overzicht van deze zienswijzen zie W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening en valutaresultaten: een kwestie van geduld?', *NTR* 2016/1662.

¹¹⁰ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05. Zie ook O.C.R. Marres, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/142.

¹¹¹ Overigens zijn deze auteurs wel van mening dat het valutarisico invloed heeft op de fiscaal in aanmerken te nemen rente. Een zienswijze die ik onderschrijf. Zie A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05, par. 3. Vgl. Noot Redactie Vakstudie Nieuws bij HR 29 maart 2012, nr. 11/03249.

¹¹² Slechts negatieve (ongerealiseerde) valutaresultaten aangezien goedkoopmansgebruik zich verzet tegen het in aanmerking nemen van ongerealiseerde valutawinsten.

voordoet. Bovendien leidt deze zienswijze tot problemen wanneer zich in een jaar zowel valutawinsten als afwaarderingen plaats zouden vinden. Wat heeft dan voorrang?¹¹³ Ik concludeer dat het hybride karakter van de onzakelijke lening praktische problemen met zich mee brengt wanneer men aanneemt dat de valutaresultaten zich in de belaste sfeer afspelen.

3.6 Rente op de onzakelijke lening

3.6.1 Borgstellingsanalogie

Wanneer de vergoeding op een onzakelijke geldverstrekking niet *at arm's length* kan worden gemaakt zonder dat de lening 'in wezen winstdelend' wordt, wordt een geldverstrekking aangemerkt als onzakelijke lening. Vervolgens dient de rente voor fiscale doeleinden te worden vastgesteld. De Hoge Raad stelt het debiteurenrisico op een onzakelijke lening gelijk met het risico dat de uitlenende vennootschap (crediteur) zou lopen indien deze zich borg zou stellen voor de inlener (debiteur). De rente wordt derhalve gelijkgesteld aan de rente die een inlener aan een onafhankelijke derde zou betalen op een soortgelijke lening indien de uitlenende vennootschap zich voor deze lening borg stelt (hierna: ODR-rente¹¹⁴). Door bovengenoemde borgstellingsanalogie toe te passen, wordt de rentevoet als het ware ontdaan van het deel dat samenhangt met het onzakelijk gelopen debiteurenrisico. Het verschil tussen de afgesproken rente en de rente die tot stand komt door de borgstellingsanalogie – het deel van de rente dat samenhangt met het onzakelijk gelopen debiteurenrisico – wordt (jaarlijks) als informele kapitaalstorting dan wel verkapte winstuitdeling aangemerkt en raakt de belaste sfeer dus niet.

Doordat een fictieve rente (de ODR-rente) moet worden bepaald, kunnen er in de praktijk discussies ontstaan tussen inspecteur en belastingplichtige over de hoogte van die rente.¹¹⁵ Niet alleen de aangifte in het jaar van afwaardering maar ook aangiften van de crediteur en van de debiteur in de jaren ervoor (voor het ontstaan van de lening) kunnen hierdoor ter discussie staan.¹¹⁶ Dit maakt het leerstuk van de onzakelijke lening voor de praktijk erg complex en lastig uitvoerbaar. Berkhout en Lubbers zijn van mening dat de Hoge Raad in *BNB* 2012/37 voor de praktijk moeilijk uitvoerbare regels heeft geïntroduceerd. Zij zien de

¹¹³ W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening en valutaresultaten: een kwestie van geduld?', *NtFR* 2016/1662, par. 3.

¹¹⁴ ODR-rente staat voor Onzakelijk Debiteurenrisico Rente.

¹¹⁵ Los van discussies over de hoogte van de afwaardering.

¹¹⁶ Zie Noot Albert bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, punt 11.

complicatie gelegen in de omstandigheid dat, bij het bepalen van de *at arm's length* rente op een onzakelijke lening middels de borgstellingsfictie, een vergelijking wordt getrokken met imaginaire gevallen waarvan geen gegevens beschikbaar zijn.¹¹⁷

Er zijn situaties te bedenken waarin geen derde was geweest die, onder borgstelling van de crediteur, bereid zou zijn de lening te verstrekken. Te denken valt aan werkmaatschappijen in het mkb waarvan de vermogenspositie zo slecht is dat een bank zelfs met een borgstelling van de aandeelhouder geen krediet meer wil verschaffen.¹¹⁸ Ook zijn er situaties te bedenken waarin de inlener er financieel beter voor staat – een hogere kredietwaardigheid heeft - dan de uitlener. In dat geval kan er ook geen borgstellingsrente worden gevonden die toevoegt aan de kredietwaardigheid van de inlener. De Hoge Raad heeft zich hier nog niet over uitgelaten.

Eind 2013 heeft de staatssecretaris een nieuw verrekenprijzenbesluit¹¹⁹ gepubliceerd. Dit besluit geeft een nadere invulling aan het *arm's length* beginsel. Hiermee beoogt de staatssecretaris de Nederlandse praktijk handvatten te geven voor het vaststellen van zakelijke transactiepreizen. In het verrekenprijzenbesluit geeft de staatssecretaris het volgende aan.

Indien de uitlenende vennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlener¹²⁰ – en de fictieve borgstellingsfictie niet tot een hogere rente leidt – mag de uitlenende vennootschap niet meer dan de risicovrij rente in aanmerking nemen.¹²¹ Gevolg is dat de uitlenende vennootschap een lagere rentevoet in aanmerking neemt bij een lagere kredietwaardigheid; er wordt niet gecompenseerd voor het onzakelijk gelopen debiteurenrisico. Dit is een knelpunt binnen het leerstuk van de onzakelijke lening.

Tevens brengt het leerstuk in grensoverschrijdende situaties kans op *mismatches*. Vanuit Nederlands perspectief is er met betrekking tot onzakelijke lening problematiek geen onderscheid of de inlener of de uitlener in binnen- dan wel buitenland is gevestigd. De

¹¹⁷ T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', *WFR* 2015/1546, par. 3c.

¹¹⁸ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel II', *MBB* 2014/06. Par. 11.3.2.

¹¹⁹ Waarin de staatssecretaris ingaat op de 'onzakelijke lening'-jurisprudentie.

¹²⁰ En/of zelf niet '*investment grade*' zijn. Bij een *credit rating* (oordeel over de kredietwaardigheid van de uitgever) lager dan BBB- zijn bedrijven niet meer *investment grade*.

¹²¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën, 13, nr. IFZ 2013/184M, Stcrt. 2013, 32854, *BNB* 2014/132.

gevolgen voortvloeiend uit deze Nederlandse ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie zijn in beide situaties van toepassing. Met betrekking tot de fiscale gevolgen voor de buitenlandse inlener of uitlener is de daar geldende wet- en regelgeving en jurisprudentie van toepassing. Nederlandse jurisprudentie heeft hier geen invloed op. Wanneer de geldverstrekker in Nederland niet meer dan de risicovrije rentevoet in aanmerking mag nemen¹²² (in de belaste sfeer), terwijl de rente bij de debiteur in het buitenland (op grond van daar geldende nationale wetgeving) gecorrigeerd wordt naar een zakelijke (winstdelende) rente of door partijen overeengekomen (veelal hogere) rente, lijkt er sprake te zijn van een *hybride mismatch*. Deze constructie zou kunnen worden aangewend om rentevoordeel te behalen.¹²³

3.6.2 Rentevordering onzakelijke lening

De Hoge Raad oordeelt in *BNB 2012/37* dat het bij een onzakelijke lening in de kapitaalsfeer liggende debiteurenrisico in beginsel mede betrekking heeft op het risico dat de rente over die lening niet wordt betaald. Derhalve valt ook het debiteurenrisico met betrekking tot verschuldigd gebleven rente op een onzakelijke lening in beginsel in de kapitaalsfeer.¹²⁴ Waardedalingen op bij een onzakelijke lening schuldig gebleven rente zijn daarmee in beginsel niet aftrekbaar.

In *BNB 2013/149*¹²⁵ heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid geschapen over de waardering van de rentevordering.¹²⁶ De Hoge Raad overweegt dat het debiteurenrisico op een rentevordering ontstaat nadat de rente verschuldigd is geworden, aangezien op dat moment de rentevordering ontstaat.¹²⁷ Omdat deze rente vervolgens de winstsfeer verlaat – de rentevordering verschiet bij het ontstaan ervan als het ware van kleur – moet de vervallen rente worden gewaardeerd conform de regels van het totaalwinstbegrip. De rente die in aanmerking moet worden genomen, is derhalve de laagste van a) de ODR-rente en b) de

¹²² Ervan uitgaand dat het buitenland geen soortgelijke ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie kent.

¹²³ Deze *mismatches* kunnen overigens niet alleen leiden tot non-heffing, maar ook tot dubbele heffing.

¹²⁴ Overigens acht Albert de term ‘kapitaalsfeer’ niet correct daar het debiteurenrisico bij de crediteur/aandeelhouder berust aangezien de kapitaalsfeer van de crediteur/aandeelhouder in het geheel niet beïnvloed wordt door het debiteurenrisico dat hij loopt. Noot Albert bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*. In *BNB 2013/149* verduidelijkt de HR de bewoordingen ‘in de kapitaalsfeer’ nader met zijn oordeel: “*in die zin’ dat het debiteurenrisico zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen de betrokken vennootschappen.*” Zie HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB 2013/149*, r.o. 3.3.3.

¹²⁵ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB 2013/149*.

¹²⁶ Tevens heeft hij in dat arrest regels gegeven met betrekking tot het ontstaan van een onzakelijke lening na verloop van tijd en over de onzakelijke borg-/garantstelling.

¹²⁷ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB 2013/149*, r.o. 3.5.2.

waarde in het economische verkeer van de rentevordering bij vervaldatum (hierna: WEV-rente).¹²⁸ Een voorbeeld om dit te illustreren¹²⁹:

Een onzakelijke lening met een nominale waarde van € 200.000 kent een ODR-rente¹³⁰ van 4 %. Het rentetijdvak is een jaar. Aan het begin van het volgende kalenderjaar bedraagt de nominale waarde van de rentevordering € 8.000 (4% x € 200.000). Stel dat de waarde in het economische verkeer (hierna: WEV) van de rentevordering op dat moment € 6.000 bedraagt. De Hoge Raad oordeelt dat de rentevordering op het tijdstip van het ontstaan van de rentevordering op de WEV van € 6.000 moet worden gewaardeerd. De fiscale winst wordt met € 6.000 verhoogd. Een eventuele latere waardedaling van de rentevordering valt in de onbelaste sfeer en is derhalve niet aftrekbaar. In feite wordt bij de crediteur belast het rentebedrag dat de debiteur nog kan betalen. In de praktijk zal dit vaak nihil zijn.¹³¹

De onzakelijkheid van een lening heeft dus gevolgen voor zowel waardemutaties van de hoofdsom als de fiscaal in aanmerking te nemen rente. Een bijkomend nadelig gevolg is dat geen voorziening kan worden gevormd voor de vervallen rente aangezien de rentevordering in zijn geheel naar de onbelaste sfeer gaat - buiten het bereik van de regels van goed koopmansgebruik.¹³²

BNB 2013/149 heeft betrekking op de crediteur van een onzakelijke lening. In de literatuur is discussie ontstaan of *BNB 2013/149* ook geldt voor de debiteur.¹³³ Albert is van mening dat totaalwinst nijpt tot een analoge toepassing bij de debiteur waardoor hij (slechts) de WEV-rente mag aftrekken.¹³⁴ Ik ben met Bobeldijk en Van der Velden¹³⁵ van mening dat de totaalwinst van de debiteur in principe¹³⁶ niet wordt geraakt door het door de crediteur genomen onzakelijke debiteurenrisico. Rekening houden met de sfeerovergang zou in strijd

¹²⁸ Noot Egelie bij HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB 2013/149*, punt 4.

¹²⁹ Vgl. I.M. de Groot, 'Verrassende ontwikkelingen omtrent de onzakelijke lening', *WFR 2013/748*.

¹³⁰ Bepaald door middel van de borgstellingsanalogie.

¹³¹ R.o. 3.6 geeft hier een aanwijzing voor. Bij het vervallen van elke rentetermijn moet worden bepaald of op dat moment 'zo goed als zeker is dat deze nooit zal worden betaald'. HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB 2013/149*, r.o. 3.6.

¹³² Noot Egelie bij HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB 2013/149*, punt 4.

¹³³ Ter vergelijking: de analogie van *BNB 2012/37* geldt voor zowel debiteur als crediteur, zo blijkt expliciet uit HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.5.

¹³⁴ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO 2014/134.1*, par. 8.

¹³⁵ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel II', *MBB 2014/06* par. 11.3.6.

¹³⁶ Als nuance brengen zij in dat dit bij de afwikkeling van een onzakelijke lening en de hoogte van de bij de debiteur in aanmerking te nemen *at arm's-length* rente wel het geval is.

zijn met het gegeven dat de debiteur nog altijd een renteschuld heeft. Op basis van andere jurisprudentie¹³⁷ kan de aftrek bij de debiteur echter alsnog worden beperkt aangezien het niet zou stroken om kosten tot uitdrukking te brengen waarvan vaststaat of zo goed als zeker is dat deze nooit zullen worden betaald. Tot de Hoge Raad hier uitspraak over doet, blijft echter onduidelijkheid bestaan.

3.6.3 Renteloze lening

In *BNB 2013/149* heeft de Hoge Raad tevens beslist dat in het geval een renteloze lening als onzakelijke lening kwalificeert, er een rente-imputatie moet plaatsvinden. Deze rente-imputatie zal echter niet verder moeten gaan dan de rente die in aanmerking zou zijn genomen bij een rentedragende lening. Hiermee beoogt de Hoge Raad gelijkheid te creëren tussen de in aanmerking te nemen rente op een renteloze en een rentedragende (onzakelijke) lening.¹³⁸

3.7 Simultaanuitzondering¹³⁹

In *BNB 2013/170*¹⁴⁰ en *BNB 2014/98*¹⁴¹ heeft de Hoge Raad geoordeeld over hoe er binnen het leerstuk van de onzakelijke lening moet worden aangekeken tegen een situatie waarin het verstrekken van de (onzakelijke) lening min of meer samenvalt met het ontstaan van de gelieerdheid. De Hoge Raad overweegt in *BNB 2013/170*:

“een zodanige geldverstrekking doet zich niet voor 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 geldverstrekking 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

¹³⁷ HR 14 juni 2000, nr. 35 550, *BNB 2000/269*, HR 27 november 1996, nr. 31 642, *BNB 1997/78* en HR 25 juni 2010, nr. 08/03864, *BNB 2010/273*.

¹³⁸ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB 2013/149*, r.o. 3.5.

¹³⁹ Deze term ontleen ik aan de door Albert in zijn noot bij *BNB 2014/98* gehanteerde term waarmee hij doelt op een situatie waarin er in beginsel geen sprake is van een onzakelijke lening als de aandeelhoudersrelatie tegelijk (in directe samenhang) ontstaat met de geldverstrekking. Zie noot Albert bij HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB 2014/98*, punt 4.

¹⁴⁰ 29 maart 2012, nr. 11/03249, *BNB 2013/170*.

¹⁴¹ HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB 2014/98*.

geldleningen verstrekken aan de vennootschap. Alsdan is het aandeelhouderschap een hoedanigheid die voortvloeit uit het verstrekken van de lening.¹⁴²

De Hoge Raad oordeelde dat, in casu, de verwerving van de aandelen voldoende compensatie was voor een gebrek aan zekerheid. De Hoge Raad oordeelde aldus dat belanghebbende het debiteurenrisico niet heeft aanvaard in haar hoedanigheid van aandeelhouder, maar dat het aandeelhouderschap een hoedanigheid was die voortvloeide uit de verstrekking van de lening.¹⁴³

In *BNB 2014/98*¹⁴⁴ preciseerde de Hoge Raad de uitzondering op de simultaanuitzondering.

“Er kunnen zich uitzonderingssituaties voordoen waarin deze conclusie niet gerechtvaardigd is. 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.¹⁴⁵”

In gevallen waarin alle aandeelhouders min of meer pro rata hun aandelenbelang leningen verstrekken waarmee zij een debiteurenrisico nemen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard, ziet de Hoge Raad geen ruimte voor de simultaanuitzondering.¹⁴⁶ In de literatuur¹⁴⁷ wordt aangenomen dat de reden hierachter is dat in die gevallen in beginsel de hoedanigheid van aandeelhouder prevaleert boven de hoedanigheid van geldverstrekker.

Uit bovenstaande geciteerde overweging constateert Albert dat waar de Hoge Raad in *BNB 2013/170* nog sprak over de ‘gezamenlijke meerderheid’, hij nu spreekt van ‘alle’ aandeelhouders. Hiermee beoogt de Hoge Raad, aldus Albert, niet dat de simultaanuitzondering van toepassing blijft in de situatie dat 4 aandeelhouders met een

¹⁴² HR 29 maart 2012, nr. 11/03249, *BNB 2013/170*, r.o. 3.3.

¹⁴³ HR 29 maart 2012, nr. 11/03249, *BNB 2013/170*, r.o. 3.4.

¹⁴⁴ HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB 2014/98*.

¹⁴⁵ HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB 2014/98*, R.o. 3.3.3.1.

¹⁴⁶ Dit is de enige uitzonderingssituatie die de HR tot op heden expliciet heeft genoemd.

¹⁴⁷ Zie o.a. A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014 – deel I’, *MBB 2014/05* par. 7.7. en R.E. Zwier, ‘Het chalet- en informal investoarrest II; antwoorden en nieuwe vragen’, *WFR 2015/514*, par. 5.

gezamenlijk belang in het aandelenkapitaal van 80% een lening verstrekken aan de vennootschap naar rato van hun aandelenbelang, terwijl de vijfde en zesde aandeelhouder met elk een 10%-belang geen lening verstrekken.¹⁴⁸ Zwier is daarentegen van mening dat de Hoge Raad het handelen in de aandeelhouderssfeer uitsluit indien andere aandeelhouders zakelijke leningen verstrekken, *“vanwege de ongerijmdheid dat andere aandeelhouders, zonder, of met gewone leningen, daarvan zouden profiteren.”*¹⁴⁹ Ik ben met Bobeldijk en Van der Velden¹⁵⁰ van mening dat het begrip ‘gezamenlijke meerderheid’ niet als normatieve grens moet worden gezien. Indien het verstrekken van een lening samenvalt met het worden van aandeelhouder, moet de geldverstrekking worden beoordeeld. Indien blijkt dat het aandeelhouderschap voortvloeit uit de geldlening geldt de simultaanuitzondering. Indien blijkt dat het geldlening voortvloeit uit het aandeelhouderschap geldt de uitzondering op de simultaanuitzondering. Een situatie waarin, na de geldverstrekking, elke aandeelhouder ongeveer pro rata zijn aandelenbelang financiert duidt hier op. Deze genuanceerde zienswijze sluit in mijn ogen aan bij het leerstuk van de onzakelijke lening. Zij doet daarmee recht aan de vele praktijkgevallen.

Naast bovenstaand vraagstuk zijn in de literatuur nog andere vragen gerezen naar aanleiding van *BNB 2013/170* en *BNB 2014/98*. Bobeldijk en Van der Velden vragen zich bijvoorbeeld af hoe moet worden aangekeken tegen de situatie waarin alle aandeelhouders (met een gelijk belang) elk een geldlening aan een vennootschap verstrekken waarbij de nieuw toetredende minderheidsaandeelhouder (met een belang gelijk aan elk van de overige aandeelhouders) onder overigens vergelijkbare voorwaarden een lening verstrekt voor een veel groter bedrag dan de andere aandeelhouders. Zij schrijven dan een splitsing van de lening voor in een zakelijk en een onzakelijk deel.¹⁵¹

¹⁴⁸ Noot Albert bij HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB 2014/98*, punt 7.

¹⁴⁹ R.E. Zwier, ‘Het chalet- en informal investorarrest II; antwoorden en nieuwe vragen’, *WFR 2015/514*, par. 6.2.

¹⁵⁰ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014 – deel I’, *MBB 2014/05* par. 7.7.

¹⁵¹ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014 – deel I’, *MBB 2014/05* par. 7.7.

Ik meen met Bobeldijk en Van der Velden dat goede argumenten¹⁵² zijn aan te voeren om te concluderen dat deze benadering niet in strijd is met de alles-of-nietsbenadering¹⁵³ van de onzakelijke lening. Zij stellen:

“De alles-of-nietsbenadering zag immers op het argument dat alleen het laatste deel van een lening onzakelijk zou kunnen zijn, en voorkwam dat voor elke lening zou moeten worden bepaald welk deel een derde nog wél zou hebben verstrekt. In 3 mei- en 28 februari-situaties ligt dit anders: niet het laatste deel van de lening, maar het eerste deel van de lening is wellicht onzakelijk. Voor het restant van de geldlening kan nog steeds de hoofdregel gelden dat de aandelen zijn verkregen in het kader van de geldverstrekking. Nu bovendien de informatie omtrent de geldverstrekkingen door overige aandeelhouders relatief eenvoudig voorhanden zal zijn, is minder bezwaarlijk vast te stellen welk deel van de lening mogelijk samenhangt met het worden van aandeelhouder. Gelet op deze twee verschillen zien wij nog ruimte om in deze situaties het onderscheid ‘onzakelijk’ en zakelijk binnen één lening te maken.”

Uit de vele vragen en onduidelijkheden die in de literatuur naar voren zijn gekomen naar aanleiding van *BNB 2013/170* en *BNB 2014/98*, blijkt mijns inziens dat de simultaanuitzondering tot veel onduidelijkheid heeft gezorgd (en zorgt). Deze onduidelijkheden leiden mijns inziens tot rechtsonzekerheid.

3.8 Tenietgaan van een onzakelijke lening

Een afwaardering van een onzakelijke lening leidt niet tot het tenietgaan van een onzakelijke lening. Immers, de terugbetalingsverplichting van de debiteur zal niet komen te vervallen wanneer de crediteur de vordering afwaardeert.¹⁵⁴ In *BNB 2014/98*¹⁵⁵ heeft de Hoge Raad dan ook expliciet bepaald dat een afwaardering van een onzakelijke lening (omlaag) geen informele kapitaalstorting vormt.¹⁵⁶ Anders ligt dit bij kwijtschelding. In dat geval vindt een

¹⁵² Bobeldijk en Van der Velden noemen: i) De alles-of-nietsbenadering zag op het argument dat alleen het laatste deel van een lening onzakelijk zou kunnen zijn, en voorkwam dat voor elke lening zou moeten worden bepaald welk deel een derde nog wel zou hebben verstrekt. Voor de simultaanuitzondering arresten geldt iets anders: niet het laatste deel van de lening, maar het eerste deel is wellicht onzakelijk. Voor het restant

¹⁵³ Zie paragraaf 3.2.

¹⁵⁴ De debiteur zal veelal niet eens bekend zijn met de afwaardering bij moeder.

¹⁵⁵ HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB 2014/98*.

¹⁵⁶ Egelie stelt in mijn ogen treffend dat de Hoge Raad het blijkbaar nooit nodig heeft gevonden een afwaarderingsverlies in de periode tussen verstrekking en tenietgaan fiscaal te etiketteren. Zie W.F.E.M. Egelie, ‘De onzakelijke lening en valutaresultaten: een kwestie van geduld?’, *NtFR 2016/1662*, par. 4.

informele kapitaalstorting plaats indien en voor zover de vordering oninbaar is.¹⁵⁷ Dit is, naast bij kwijtschelding, ook het geval indien de debiteur wordt ontbonden en haar vermogen wordt vereffend (in het geval van faillissement).¹⁵⁸

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de fiscale gevolgen van een kwijtschelding van een onzakelijke lening 'omhoog'. Met Bobeldijk, van der Velden¹⁵⁹ en Albert¹⁶⁰ ben ik van mening dat een kwijtschelding van een lening 'omhoog' tot een winstuitdeling leidt. Dit vanwege de consequente toepassing van het leerstuk. Kwijtschelding van een onzakelijke lening leidt niet tot winstneming over vrijval van de schuld bij de debiteur. Dit volgt uit het feit dat de kwijtschelding een informele kapitaalstorting vormt. Een beroep op de kwijtscheldingswinstvrijstelling is derhalve niet nodig.

Zoals we gezien hebben (paragraaf 3.2) verhoogt het verlies op een onzakelijke lening (omlaag) bij liquidatie het voor die deelneming opgeofferde bedrag.¹⁶¹ Problemen doen zich voor als de aandelen in de debiteur zijn verdeeld over (meerdere) gelieerde personen¹⁶². In de literatuur verschillen de meningen over de vraag hoe de ophoging van het opgeofferde bedrag dan dient te worden verdeeld. Ligthart is van mening dat de kwijtschelding van de onzakelijke lening voor het gehele bedrag ten goede komt aan het opgeofferde bedrag bij de crediteur.¹⁶³ Heithuis meent dat de omvang van het kwijtgescholden bedrag naar rato van aandelenbezit moet worden verdeeld. Hij ziet de kwijtschelding door de crediteur als een schenking aan de medeaandeelhouder gevolgd door een informele kapitaalstorting van de medeaandeelhouder in de debiteur.¹⁶⁴

Ik voel het meest voor de zienswijze van Bobeldijk en van der Velden. Zij zijn van mening dat aansluiting moet worden gezocht bij de vraag in welke hoedanigheid het debiteurenrisico is aanvaard. Wanneer de crediteur het onzakelijke debiteurenrisico niet enkel heeft aanvaard in verband met haar directe deelneming in de debiteur, maar ook vanwege indirect gehouden belangen in deze, dan moet het opgeofferd bedrag in beide vennootschappen pro rata worden

¹⁵⁷ HR 25 november 2011, nr. 10/04588, *BNB* 2012/78, r.o. 3.4.

¹⁵⁸ Zie P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, par. 10.1.

¹⁵⁹ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/06, par. 12.2.

¹⁶⁰ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, par. 10.2.

¹⁶¹ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, *BNB* 2012/38, r.o. 3.2.3.

¹⁶² Uit 'onzakelijke lening'-jurisprudentie volgt dat dit zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen zijn (zie bijlage A).

¹⁶³ N.M. Ligthart, 'Gevolgen onzakelijke tbs-lening bij medeaandeelhouderschap', *WFR* 2012/1038.

¹⁶⁴ E.J.W. Heithuis, 'Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer', *WFR* 2012/528, par. 7.2.

opgehoogd.¹⁶⁵ De discussie in de literatuur geeft de knelpunten weer. Naar mijn mening een illustratie van de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit het leerstuk van de onzakelijke lening.

3.9 Overdracht van een onzakelijke lening

Het beoordelingsmoment voor de toets of een lening als onzakelijk moet worden aangemerkt, is op het moment waarop de lening wordt verstrekt.¹⁶⁶ Maar wat nu als een lening wordt overgedragen? Is er dan sprake van een nieuw beoordelingsmoment? De Hoge Raad heeft zich (nog) niet uitgelaten over een overdracht van een onzakelijke lening.¹⁶⁷ In de literatuur¹⁶⁸ zijn verschillende benaderingen geformuleerd. Deze komen hieronder aan bod.

Objectgebonden benadering

Een mogelijke benadering is dat de lening voor zowel debiteur als voor de (nieuwe) crediteur onzakelijk blijft. Er is dan geen sprake van een nieuw beoordelingsmoment. Het genomen debiteurenrisico wordt beoordeeld ten tijde van het verstrekken van de geldlening en verandert in beginsel niet gedurende de looptijd, ook niet als gevolg van een overdracht van de vordering. Deze benadering lijkt logisch vanuit het perspectief van de debiteur. Voor hem verandert er niets behoudens de crediteur. Vanuit de crediteur gezien echter, brengt deze benadering de nodige complicaties met zich mee.¹⁶⁹ Bij overdracht van een onzakelijke lening aan een niet gelieerde crediteur zullen vennootschappelijke betrekkingen geen rol meer spelen. Helder lijkt dat de overdragende crediteur een afwaarderingsverlies (indien WEV < nominale waarde) niet in aftrek mag brengen. Er is immers sprake van een onzakelijke lening. Dit brengt met zich mee dat een eventueel verlies op de geldlening niet in aftrek komt.¹⁷⁰ De onzakelijke voorwaarden kunnen – en zullen in de praktijk echter veelal – worden verdisconteerd in de overnameprijs. Het risico dat de nieuwe crediteur loopt, kan derhalve mogelijk niet meer worden gezien als een onzakelijk genomen debiteurenrisico. De nieuwe crediteur is immers in feite een willekeurige derde en loopt – ten aanzien van de hoofdsom –

¹⁶⁵ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel II', *MBB* 2014/06, par. 13.2.

¹⁶⁶ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.5.

¹⁶⁷ Het Hof overweegt in HR 6 december 2013, nr. 12/04798 dat het bij het aangaan van de lening te toetsen aandeelhoudersmotief niet zijn kwalificatie verliest bij overdracht aan een andere aandeelhouder. Het Hof lijkt hiermee de objectgebonden benadering te hanteren. De HR doet door toepassing van art. 81 Wet RO over de behandeling van een overdracht van een onzakelijke lening geen uitspraak.

¹⁶⁸ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05 par. 8.3. Vgl. P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, par. 9.1.

¹⁶⁹ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05 par. 8.3.,

¹⁷⁰ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.3.

geen onzakelijk debiteurenrisico. Het niet toestaan van afwaardering bij de nieuwe crediteur lijkt bij deze benadering dan ook op gespannen voet te staan met de ratio achter het leerstuk van de onzakelijke lening. Ook roept deze benadering complicaties op met betrekking tot de behandeling van de rente na de overdracht. Als de lening onzakelijk blijft zal, conform het leerstuk van de 'onzakelijke lening'-jurisprudentie, de rente moeten worden vastgesteld aan de hand van de borgstellingsanalogie. Maar naar welke borg moet worden gekeken? En hoe moet het verschil tussen de overeengekomen rente en de borgstellingsrente worden behandeld? Deze vragen blijven onbeantwoord.

Subjectgebonden benadering

Een alternatieve benadering is om vanuit het perspectief van de nieuwe crediteur te beoordelen of een onafhankelijke derde de lening ook zou hebben verstrekt – onder dezelfde voorwaarden. Er vindt een nieuw beoordelingsmoment plaats op het moment van de overdracht. De lening zal voor de nieuwe crediteur in beginsel niet onzakelijk zijn aangezien er geen vennootschappelijke betrekkingen zijn tussen de nieuwe crediteur en de debiteur. Ook bij deze benadering is het afwaarderingsverlies bij de oorspronkelijke crediteur niet aftrekbaar (het betreft immers een onzakelijke lening). De prijs die de nieuwe crediteur aan de overdragende crediteur betaalt (WEV) zal compenseren voor de (overige) voorwaarden waardoor de lening niet meer als onzakelijke lening kan worden aangemerkt.¹⁷¹ Waardestijgingen na overdracht vallen in het kader van deze benadering bij zowel de debiteur als bij de crediteur in de belaste sfeer. Bij de debiteur blijft de schuld gewaardeerd op de nominale waarde. Immers, de debiteur heeft nog een terugbetalingsverplichting voor de gehele nominale waarde van de geldlening. Bij kwijtschelding van de geldlening zal, indien de lening zakelijk is (geworden), bij de debiteur derhalve de gehele vrijval in de belaste sfeer vallen. Dit lijkt te wringen. Stel dat een onzakelijke geldlening bij verstrekking een nominale waarde heeft van 100. De crediteur draagt de onzakelijke lening over aan een derde voor de WEV van 70. Nu de onzakelijke voorwaarden verdisconteerd zijn in de prijs, is de lening zakelijk geworden. Na verloop van tijd scheldt de nieuwe crediteur de lening kwijt. Bij de debiteur bedraagt de vrijvalwinst 100. Deze vrijvalwinst valt volledig in de belaste sfeer. Er ontstaat een

¹⁷¹ Een correctie van de prijs was, zo stellen Bobeldijk en van der Velden, ten tijde van het aangaan van de onzakelijke lening niet mogelijk. A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05 par. 8.3. De Hoge Raad heeft, binnen de kaders van de 'onzakelijke lening'-jurisprudentie, inderdaad een correctie van de prijs uitgesloten. Hier wordt in het volgende hoofdstuk uitgebreid op ingegaan.

onevenwichtige situatie aangezien de waardedaling van 30 bij de oorspronkelijke crediteur in de vrijgestelde sfeer heeft plaatsgevonden. Daarnaast is het onlogisch dat de kwalificatie van de geldlening - en daarmee de fiscale behandeling van de geldlening - bij de debiteur afhankelijk is van zijn nieuwe crediteur. Voor de debiteur verandert er – behoudens zijn crediteur – immers niets.

Beide benaderingen brengen complicaties met zich mee. Vanuit het perspectief van de (nieuwe) crediteur gezien, lijkt de subjectgebonden benadering logischer. Vanuit het perspectief van de debiteur ligt de objectgebonden benadering meer voor de hand. Een tussenvorm¹⁷² neemt deze problemen niet weg.

Cornelisse¹⁷³ stelt een alternatieve benadering voor. Hij betoogt allereerst dat een objectgebonden benadering ten aanzien van de crediteur niet past binnen het leerstuk van de onzakelijke geldlening. Hij stelt dan ook een subjectgebonden benadering voor. De hierboven geschetste problematiek van deze benadering (bij de debiteur) lost hij op door een fictieve kwijtschelding bij de debiteur aan te nemen voor het verschil tussen de nominale waarde en de prijs (WEV) waarvoor de met de geldlening corresponderende vordering aan de onafhankelijke derde is overgedragen. Deze fictieve kwijtschelding vormt een informele kapitaalstorting in de debiteur gelijk aan het niet aftrekbare verlies bij de oude crediteur. Het verstrekken van een nieuwe geldlening door de nieuwe crediteur vindt plaats tegen de hiervoor genoemde prijs (WEV) maar met een terugbetalingsverplichting die gelijk is aan de oorspronkelijke hoofdsom. Na overdracht is de ‘onzakelijke periode’ afgelopen. De ‘nieuwe’ lening wordt zowel ten aanzien van de crediteur als ten aanzien van de debiteur als zakelijke aangemerkt en fiscaal behandeld.¹⁷⁴

¹⁷² Bobeldijk en van der Velden sluiten niet uit dat een tussenvorm mogelijk is waarbij enerzijds afwaarderingen en zakelijke kwijtscheldingen voor de nieuwe crediteur aftrekbaar zijn terwijl de overeengekomen rente op de lening bij de crediteur belast is (subjectgebonden). Anderzijds, kwijtscheldingen bij de debiteur niet tot winst leiden, maar dat slechts de borgstellingsrente voor de debiteur aftrekbaar blijft. Bij deze tussenvorm ontstaat de (onevenwichtige) situatie dat de rente bij de nieuwe crediteur volledig in de heffing wordt betrokken terwijl de debiteur slechts de borgstellingsrente in aftrek mag brengen. Bovendien resteert de vraag naar welke borg moet worden gekeken bij het bepalen van de borgstellingsrente. Bobeldijk en van der Velden par. 8.3. P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening’, *TFO* 2014/134.1, par. 9.1.

¹⁷³ R.P.C. Cornelisse, ‘De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur van een onzakelijke geldlening’ *WFR* 2017/77.

¹⁷⁴ R.P.C. Cornelisse, ‘De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur van een onzakelijke geldlening’ *WFR* 2017/77, par. 3.

Arts acht de voorgestelde behandeling van Cornelisse op meerdere punten in strijd met het recht.¹⁷⁵ Hij noemt onder andere het argument dat, omdat Cornelisse pleit voor een fictieve kwijtschelding gevolgd door een fictieve verstrekking van een nieuwe lening, zijn voorstel een fictie creëert die in strijd is met de juridische werkelijkheid en bovendien geen grondslag vindt in een wettelijke bepaling. Ik ben echter met Cornelisse van mening dat de zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie - middels de fictie - die hij voorstelt, past binnen het kader waarbinnen de Hoge Raad mag opereren.¹⁷⁶ Cornelisse bouwt, zoals hij zelf toelicht, voort op de door de Hoge Raad met de arresten *BNB 2008/191* en *BNB 2012/37* ingeslagen weg. De wettelijke grondslag voor de voorgestelde fictie is te vinden in art. 8 lid 1 Wet VPB jo. art. 3.8 Wet IB (totaalwinstbegrip). Deze wettelijke bepaling gold immers eveneens als uitgangspunt voor het leerstuk van de onzakelijke lening.

De door Cornelisse voorgestelde benadering biedt mijns inziens een consistente oplossing voor de problematiek rondom de overdracht van een onzakelijke lening. Naadloos aansluiten bij het 'onzakelijke lening'-leerstuk doet het echter niet. Deze benadering heeft naar mijn mening meer weg van de 'junk bond'-benadering. Immers, ook onder de 'junk bond'-benadering blijft fiscale behandeling van de lening volledig binnen de ondernemings sfeer. Dit kan een aanwijzing zijn dat de Hoge Raad beter voor de 'junk bond'-benadering had kunnen kiezen.

3.10 Onzakelijke lening en de fiscale eenheid

Een ander probleem waar de praktijk¹⁷⁷ tegen aan loopt, is de vraag of - en zo ja, hoe - het 'onzakelijke lening'-leerstuk doorwerkt bij het aangaan van een fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting. Als moeder- en dochtervennootschap voldoen aan de wettelijke

¹⁷⁵ Zie J.H.M. Arts, 'De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteuren de debiteur van een onzakelijke lening', *WFR* 2017/103. Dit artikel is een reactie op R.P.C. Cornelisse, 'de fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur van een onzakelijke lening', *WFR* 2017/77 en bevat tevens een naschrift van R.P.C. Cornelisse.

¹⁷⁶ Hij vindt hier aanwijzing voor in HR 15 december 1999, nr. 33 830, *BNB* 2000/186, r.o. 3.4: (*"Voor een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie, met als consequentie daarvan andere fiscale gevolgen dan de contracterende partijen op grond van de gekozen civielrechtelijke vorm verwachtten, en daardoor veelal een hogere of lagere belastingheffing, kan plaats zijn indien de aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet (...)"*). J.H.M. Arts, 'De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteuren de debiteur van een onzakelijke lening', *WFR* 2017/103, naschrift R.P.C. Cornelisse.

¹⁷⁷ HR 14 november 2014, nr. 13/02210, *BNB* 2015/18.

vereisten van art. 15 Wet VPB, kunnen zij een verzoek doen om een fiscale eenheid te vormen. Bij het aangaan van de fiscale eenheid dient rekening te worden gehouden met de entreeheffingen van art. 15ab Wet VPB. De entreeheffingen dienen ertoe eventueel claimverlies tegen te gaan dat mogelijk ontstaat wanneer, door aangaan van een fiscale eenheid, de vermogensrelaties tussen dochter- en moedervernootschap verdwijnen. Artikel 15ab lid 6 Wet VPB verdient bijzondere aandacht in het kader van het 'onzakelijke lening'-leerstuk. In art. 15ab lid 6 Wet VPB is een waarderingsvoorschrift beschreven waarmee de wetgever beoogt de fiscale claims veilig te stellen die betrekking hebben op de onderlinge vorderingen en schulden tussen de moeder- en dochtervernootschap. Krachtens art. 15ab lid 6 Wet VPB dienen de vordering en de schuld in het laatste pré-fiscale- eenheidsjaar te worden gewaardeerd op de bedrijfswaarde (doch niet hoger dan de nominale waarde). In de praktijk komt het soms voor dat de moedervernootschap (crediteur) haar (zakelijke) vordering op de dochtervernootschap (debiteur) op basis van goed koopmansgebruik tot een bedrag lager dan de nominale waarde heeft (af)gewaardeerd in verband met de slechte solvabiliteit van de dochtervernootschap, terwijl de dochtervernootschap de schuld voor de nominale waarde op haar balans heeft laten staan.¹⁷⁸ Wanneer moeder en dochter een fiscale eenheid aan willen gaan, dient krachtens art. 15ab lid 6 Wet VPB de debiteur haar schuld af te boeken. Dit betekent dat de debiteur fiscaal gezien een winst moeten boeken in het laatste pré-fiscale-eenheidsjaar. De fiscus is het risico op claimverlies kwijt.

In het geval een moeder een onzakelijke lening verstrekt aan haar dochter en zij op een later tijdstip worden gevoegd in een fiscale eenheid, zal moeder (crediteur) de vordering op grond van art. 15ab lid 6 tevens moeten herwaarderen op bedrijfswaarde of lagere nominale waarde. Art. 15ab lid 6 VPB kent immers geen onderscheid tussen een zakelijke lening en een onzakelijke lening. Omdat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening per definitie niet aftrekbaar is, rijst de vraag of de (verplichte) herwaardering binnen de ratio van art. 15ab lid 6 VPB – namelijk het voorkomen van claimverlies door aftrekbare afwaardering zonder belaste opwaardering – niet overbodig is.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Op grond van goed koopmansgebruik mag de schuld bij dochter niet worden afgewaardeerd aangezien deze nog steeds verschuldigd is.

¹⁷⁹ Zie I.M. de Groot, 'Samenloop tussen de onzakelijke geldlening en het fiscale-eenheidsregime', *WFR* 2012/1389, par. 3.

Daarnaast rijst de vraag of een verplichte herwaardering zou kunnen leiden tot belastbare vrijval bij de debiteur, zoals ook het geval is indien sprake is van een zakelijke lening. Hierdoor ontstaat kans op een onevenwichtige situatie bij het aangaan van een fiscale eenheid. De Groot is van mening dat als de Hoge Raad hiertoe zou oordelen, de wet aangepast dient te worden.¹⁸⁰ Ik ben met Bobeldijk en van der Velden van mening dat de verplichte herwaardering in het geval van een onzakelijke lening - op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad - niet tot een belaste vrijval zal leiden.¹⁸¹ In *BNB* 2013/149 overwoog de Hoge Raad immers dat de resultaten in verband met de onzakelijke lening bij de 'betrokken vennootschappen' buiten beschouwing moeten blijven.¹⁸² Echter, aangezien de Hoge Raad zich nog niet expliciet heeft uitgelaten over de samenloop tussen art. 15 ab lid 6 VPB en de onzakelijke lening¹⁸³, blijft er sprake zijn van rechtsonzekerheid.¹⁸⁴

3.11 Kritiek op het fundament van de onzakelijke lening

Zoals bovenstaande paragrafen hebben aangetoond, spitsen veruit de meeste discussies in de literatuur zich toe op de gevolgen van het leerstuk van de onzakelijke lening. Er wordt hierbij vaak voorbij gegaan aan de theoretische fundering van het 'onzakelijke lening'-leerstuk; hoe past het leerstuk van de onzakelijke lening binnen het wettelijke systeem?

Het is hierbij van belang onderscheid te maken tussen de onzakelijke lening 'omhoog' en de onzakelijke lening 'omlaag'. De theoretische fundering van de niet-aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies verschilt. Dit wordt hieronder toegelicht.

3.11.1 Wettelijke grondslag onzakelijke lening 'omhoog' (en 'opzij'¹⁸⁵)

Een onzakelijke lening 'omhoog' is een lening die een vennootschap verstrekt aan haar aandeelhouder of aan een zustermaatschappij. In *BNB* 2008/191 betrof het leningen

¹⁸⁰ Overigens acht zij het niet aannemelijk dat de Hoge Raad hiertoe zal oordelen. Zie I.M. de Groot, 'Samenloop tussen de onzakelijke geldlening en het fiscale-eenheidsregime', *WFR* 2012/1389, par. 6.

¹⁸¹ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel II', *MBB* 2014/06. Par. 13.4.

¹⁸² HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB* 2013/149, r.o. 3.3.3.

¹⁸³ Hoewel een casus met betrekking tot de uitwerking van art. 15ab lid 6 Wet VPB bij aangaan fiscale eenheid zich in HR 14 november 2014, nr. 13/02210, *BNB* 2015/18, voordeed, is de Hoge Raad niet op de behandeling van de onzakelijke lening ingegaan: in dit arrest verwierp de Hoge Raad het standpunt dat er sprake zou zijn van een onzakelijke lening (r.o. 2.4.2.).

¹⁸⁴ Bij ontvoeging van een fiscale eenheid waarbij moeder aan dochter een onzakelijke lening heeft verstrekt, speelt een soortgelijke problematiek. Wegens het feit dat het achterliggende probleem hetzelfde is, wordt hier niet verder op in gegaan.

¹⁸⁵ Ik zie de onzakelijke lening 'opzij' (een lening verstrekt aan een zustervennootschap) niet als een aparte tussencategorie (zie afbakening). Dat leningen 'opzij' ook onder het leerstuk van de onzakelijke lening vallen

‘omhoog’. De Hoge Raad oordeelde dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘omhoog’ van aftrek is uitgesloten omdat de vennootschap die een onzakelijke lening heeft verstrekt, *“het debiteurenrisico op zich heeft genomen met de bedoeling om het belang van haar aandeelhouder te dienen.”*¹⁸⁶ In de literatuur¹⁸⁷ is naar voren gekomen wat de theoretisch juiste verklaring hierachter is. Namelijk dat het afwaarderingsverlies op grond van art. 3.8 Wet IB juncto art. 8 Wet VPB niet toe te rekenen is aan de ondernemingsfeer omdat het moet worden gezien als een (negatief) voordeel dat niet uit de onderneming is verkregen. Deze nadelen moeten worden gezien als onttrekkingen. Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ‘omhoog’ vormt een onttrekking en is niet aftrekbaar.

3.11.2 Wettelijke grondslag onzakelijke lening ‘omlaag’

BNB 2012/37 betrof een lening ‘omlaag’. De Hoge Raad oordeelde, met een verwijzing naar *BNB 2008/191*, dat wanneer de lening onzakelijk is, *“moet worden verondersteld dat de vennootschap het debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen”*¹⁸⁸

Het oordeel van de Hoge Raad heeft in mijn ogen tot rechtsonzekerheid geleid. In *BNB 2012/37* heeft de Hoge Raad namelijk niet gemotiveerd waarom uit het wettelijke systeem volgt dat het verlies op een onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar is. Ondanks de verwijzing naar *BNB 2008/191* is het totaalwinstconcept hier namelijk niet bruikbaar. Er bestaat, zo stelt Albert terecht vast, namelijk een essentieel verschil tussen een onzakelijke lening ‘omhoog’ en een onzakelijke lening ‘omlaag’.

“Bij een onzakelijke lening ‘omlaag’ is de geldverstrekker niet alleen crediteur, maar ook aandeelhouder in de debiteur. Voor hetgeen de geldverstrekker als crediteur tekort komt, wordt hij (mogelijk) als aandeelhouder gecompenseerd. Bij een onzakelijke lening ‘omhoog’ (onzakelijke lening aan de aandeelhouder) kan die compensatie zich niet voordoen. De geldverstrekker heeft geen aandelen in de

blijkt expliciet uit het feit dat de Hoge Raad zijn arrest HR 6 december 2013, nr. 12/04798. In deze zaak was sprake een onzakelijke lening verstrekt aan een zustervenootschap en aan een ‘nichtje’. De HR wees deze zaak af onder toepassing van 81 Wet RO en bevestigde daarmee bevestigde dat het verlies op de lening niet aftrekbaar was omdat er sprake was van een onzakelijke lening.

¹⁸⁶ HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*, r.o. 3.4.

¹⁸⁷ Zie o.a. Noot Albert bij HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB 2008/191*, punt 6.

¹⁸⁸ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*, r.o. 3.4.

*debiteur; hij heeft enkel de hoedanigheid van crediteur: als hij zijn vordering kwijt is, is hij alles kwijt.*¹⁸⁹

Doordat de moedermaatschappij twee hoedanigheden - crediteur en aandeelhouder - heeft ten opzichte van haar dochtermaatschappij, zal een geldverstrekking in beginsel altijd op zakelijke overwegingen gebaseerd zijn zodat die geldverstrekking niet tot een onttrekking kan leiden. Albert is van mening dat de motivering voor weigering van de aftrek van een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening 'omlaag' is gelegen in het feit dat het afwaarderingsverlies is toe te rekenen aan de hoedanigheid van aandeelhouder. *"Om het wettelijke systeem goed tot zijn recht te laten komen moet een voordeel dat zich aandient als een resultaat op een vordering, maar dat slechts verklaard kan worden uit het bezit van de aandelen, behandeld worden als een voordeel uit aandelen (deelnemingsvoordeel).*¹⁹⁰" In rechtsoverweging 3.3.3 van *BNB 2013/149*¹⁹¹ vindt Albert aanwijzing dat indien verlies optreedt als het onzakelijk genomen debiteurenrisico op een onzakelijke lening 'omlaag' zich voordoet, het verlies moet worden toegeschreven aan de aandeelhoudersrelatie waardoor het verlies niet aftrekbaar is, maar onder de deelnemingsvrijstelling valt.

Arts ziet geen wettelijke grondslag in het leerstuk van de onzakelijke lening 'omlaag'. Aangezien de onzakelijke lening niet wordt geherkwalificeerd tot fiscaal eigen vermogen¹⁹², is een onzakelijke lening geen bestanddeel van een deelneming. Ook ziet de Hoge Raad het nemen van een verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' niet als een informele kapitaalstorting op aandelen.¹⁹³ Als de vordering niet tot de deelneming kan worden gerekend, *"behoort op grond van art. 8 lid 1 Wet VPB jo. Art. 3.25 Wet IB (goedkoopmansgebruik) een verlies daarop ten laste van de belastbare winst van de vennootschap-crediteur te komen*¹⁹⁴", aldus Arts.

Ik meen met Arts dat de onzakelijke lening 'omlaag' wettelijke grondslag mist. Voor wat betreft de lening 'omlaag' vindt de hybride figuur die de Hoge Raad heeft gecreëerd (een

¹⁸⁹ P.G.H. Albert, 'Is verlies op onzakelijke lening "omlaag" aftrekbaar?', *WFR* 2008/1226, par. 6.

¹⁹⁰ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, par. 5.2.

¹⁹¹ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB* 2013/149.

¹⁹² Dit wordt in HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37 expliciet bevestigd.

¹⁹³ Dit blijkt uit HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB* 2014/98 waarin de HR oordeelt dat pas sprake is van een informele kapitaalstorting als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichtingen zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap (r.o. 3.3.4.3).

¹⁹⁴ J.H.M. Arts, 'De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening', *WFR* 2015/314, par. 3.4.2.

lening die voor wat betreft de fiscale gevolgen gedeeltelijk onder de deelnemingsvrijstelling valt en gedeeltelijk niet) geen grondslag in de fiscale wetgeving. Dit fundamentele probleem is mijns inziens een knelpunt en heeft tot rechtsonzekerheid geleid.

3.12 Deelconclusie

Het leerstuk van de 'onzakelijke lening', in *BNB 2008/191* door de Hoge Raad geïntroduceerd en in *BNB 2012/37* verder werd uitgewerkt, heeft tot veel vragen en onduidelijkheden geleid. Deze vragen en onduidelijkheden zijn aan bod gekomen in de grote hoeveelheid aan 'onzakelijke lening'-jurisprudentie die naar aanleiding van *BNB 2012/37* het licht heeft gezien. Hoewel de Hoge Raad de in de literatuur en praktijk gerezen vragen deels heeft beantwoord en de ongerijmdheden deels heeft weggenomen, blijven er knelpunten en onduidelijkheden bestaan. Deze zijn in dit hoofdstuk naar voren gekomen. Ze omvatten de volgende:

a) De onzakelijkheid van een geldverstrekking moet worden beoordeeld aan de hand van materiële criteria. Het ontbreken van een helder eenduidig toe te passen criterium maakt de beoordeling van de zakelijkheid van een geldverstrekking in de praktijk lastig en leidt tot veel discussies.

b) De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de fiscale behandeling van valutaresultaten op de onzakelijke lening. Het hybride karakter van de onzakelijke lening brengt praktische problemen wanneer men aanneemt dat valutaresultaten zich in de belaste sfeer afspelen.

c) De fiscaal in aanmerking te nemen rente op een onzakelijke lening dient te worden vastgesteld middels de borgstellingsanalogie. Er dient een fictieve rente te worden bepaald waarbij een vergelijking wordt getrokken met imaginaire gevallen waarvan geen gegevens beschikbaar zijn. Het gevolg is dat er in de praktijk discussies ontstaan tussen inspecteur en belastingplichtige over de hoogte van die rente. Dit maakt het leerstuk van de onzakelijke lening voor de praktijk erg complex en lastig uitvoerbaar. Bovendien brengt een borgstellingsfictie de volgende ongerijmdheden met zich mee.

i) Indien een uitlenende vennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlener – en de fictieve borgstellingsfictie niet tot een hogere rente leidt – mag de uitlenende vennootschap niet meer dan de risicovrij rente in aanmerking nemen. Gevolg is dat de uitlenende vennootschap een lagere rentevoet in aanmerking neemt bij een lagere

kredietwaardigheid. Er wordt niet gecompenseerd voor het onzakelijk gelopen debiteurenrisico. ii) Wanneer de geldverstrekker in Nederland niet meer dan de risicovrije rentevoet in aanmerking mag nemen (in de belaste sfeer), terwijl de rente bij de debiteur in het buitenland gecorrigeerd wordt naar een zakelijke (bijvoorbeeld een 'winstdelende') rente of door partijen overeengekomen (veelal hogere) rente, lijkt er sprake te zijn van een *hybride mismatch*. Deze constructie zou kunnen worden aangewend om rentevoordeel te behalen. iii) Indien rente vervalt en een rentevordering ontstaat, is onduidelijk welke rente de debiteur in aftrek mag brengen – de WEV rente of de borgstellingsrente.

d) Er bestaat nog steeds onduidelijkheid over de fiscale uitwerking van de simultaanuitzondering van *BNB 2013/170* en *BNB 2014/98*.

e) Er bestaat onduidelijkheid over de fiscale gevolgen van het tenietgaan van een onzakelijke lening indien de aandelen in de debiteur zijn verdeeld over (meerdere) gelieerde personen.

f) Het leerstuk van de onzakelijke lening zorgt voor ongerijmdheden in het geval de onzakelijke lening wordt overgedragen. In de literatuur zijn verscheidene benaderingen voorgedragen. Vanuit het perspectief van de (nieuwe) crediteur gezien, lijkt een subjectgebonden benadering logischer. Vanuit het perspectief van de debiteur ligt een objectgebonden benadering meer voor de hand. Een alternatieve benadering waarbij de periode van onzakelijkheid wordt afgesloten bij overdracht lijkt een consistentere oplossing al sluit deze niet naadloos aan bij het leerstuk van de onzakelijke lening.

g) Er bestaat nog steeds onduidelijkheid over doorwerking van het 'onzakelijke lening'-leerstuk bij het aangaan en verbreken van een fiscale eenheid. Deze onduidelijkheden leiden naar mijn mening tot rechtsonzekerheid.

h) De onzakelijke lening 'omlaag' lijkt wettelijke grondslag te missen. Voor wat betreft de lening 'omlaag' vindt de hybride figuur die de Hoge Raad heeft gecreëerd (een lening die voor wat betreft de fiscale gevolgen gedeeltelijk onder de deelnemingsvrijstelling valt en gedeeltelijk niet) geen grondslag in de fiscale wetgeving.

In de volgende hoofdstukken wordt onderzocht of de Hoge Raad niet beter de kaders van *BNB 2008/191* had los kunnen laten om te kiezen voor de alternatieve, door A-G Wattel voorgestelde, 'junk bond'-benadering.

4.1 Inleiding

4.2 Junk bonds

Een *junk bond* (Nederlandse vertaling: rommelobligatie) is een term die in de financiële wereld wordt gebruikt om een risicovolle obligatie met hoog rendement aan te duiden. Bij obligaties zijn risico en rendement nauw aan elkaar gecorreleerd. Wanneer het bijvoorbeeld onzeker is of het bedrijf dat de lening verstrekt in de toekomst wel over voldoende middelen zal beschikken om de lening terug te betalen, zal een investeerder een hoog rendement eisen. Obligaties worden door kredietbeoordelaars¹⁹⁹ beoordeeld middels een kredietwaardering. Deze loopt doorgaans van AAA t/m D. Bij een rating van D (default) worden de betalingen niet meer verwacht. Een *junk bond* is een kredietwaardering van lager dan BBB. Een kredietwaardering lager dan BBB wordt '*non-investment grade*' genoemd.

De negatieve lading die vaak opkomt als men het over *junk bonds*²⁰⁰ heeft, heeft mijns inziens voor een groot deel te maken met de invloed die het ontstaan van *junk bonds* heeft gehad op het aantal vijandige overnames in de *Leveraged buy-out market*: het, al dan niet gewenst, kopen van bedrijven met een groot deel aan schuldenfinanciering. *Junk bonds* zijn in de jaren 70 en 80 ontwikkeld door Michael Milken. Door het mogelijk maken voor bedrijven om obligaties uit te geven ongeacht het hoge risico op terugbetaling, kwam er enorm veel kapitaal op de markt. Dit kapitaal zorgde ervoor dat investeerders in staat waren om grote bedrijven op te kopen; de *Leveraged buy-out market* floreerde daarmee ook vanaf 1980.²⁰¹

Een minder negatieve benaming voor *junk bonds* is: '*high yield bonds*' (obligaties met een hoog rendement). *Junk bonds* zijn mijns inziens dan ook geenszins een giftig product dat absoluut moet worden vermeden. Door het hoge rendement - hoger dan de meeste aandelen of andere obligaties – kan worden geopperd dat *junk bonds* horen bij een gediversifieerde effectenportefeuille. Zeker wanneer men veel potentie ziet in een kleiner bedrijf – dat vanwege het hoge risico een hoog rendement op haar obligaties heeft – kan het investeren in *junk bonds* erg lucratief zijn.²⁰²

¹⁹⁹ Bv. Moody's, Standard & Poor's en Fitch.

²⁰⁰ Andere benamingen zijn '*securities swill*' (afvaleffecten) en '*toxic waste*' (giftig aval), G. Yago, 'How High Yield Securities Restructured Corporate America, Oxford University Press, 1991.

²⁰¹ G. Hurduzeu & M.F. Popescu, 'The History of Junk Bonds and Leveraged Buyouts. Procedia Economics and Finance', 32, p. 1268-1275.

²⁰² Zie bijvoorbeeld R. Levine, *How to Make Money with Junk Bonds*, New York: McGraw-Hill, 2012.

4.3 Informeel kapitaal nader beschouwt

Het fiscale kapitaalbegrip kan in twee groepen worden onderverdeeld. Het formele en het informele kapitaal. Het formele kapitaal omvat het daadwerkelijke op aandelen gestorte kapitaal. Voor de toepassing van de fiscale winstbepaling wordt ook het gestorte agio hiertoe gerekend.²⁰³

Het begrip 'informeel kapitaal', dat in het civiele recht onbekend is, is door de Hoge Raad voor het eerst omschreven in een arrest uit 1957.²⁰⁴ Uit dit arrest blijkt dat sprake is van een storting van informeel kapitaal als de aandeelhouder als zodanig bewust een voordeel laat toekomen aan het lichaam waarin hij aandelen bezit, terwijl dat voordeel niet aan een willekeurige derde zou worden gegund.²⁰⁵ De aandeelhoudersband is hierbij van doorslaggevend belang.²⁰⁶ Overigens is de term 'informeel kapitaal' voor de Wet VPB slechts een hulpmiddel om aan te geven dat een bepaalde bate van de vennootschap buiten de belastbare winst dient te worden gehouden. Immers, de vennootschap kan op grond van art. 8 lid 1, Wet VPB juncto art. 3.8 Wet IB alleen worden belast voor voordelen verkregen uit haar onderneming. Een voordeel dat de aandeelhouder als zodanig aan haar dochter doet toekomen, behoort hier niet toe. In die zin heeft de term 'informeel kapitaal' voor de wet op de vennootschapsbelasting geen zelfstandige betekenis.²⁰⁷

Informeel kapitaal kan op twee manieren ontstaan. Dit hangt samen met de twee manieren waarop een vennootschap een voordeel kan behalen.²⁰⁸ De eerste mogelijkheid is dat het voordeel aan de vennootschap toekomt in de vermogenssfeer. Als een aandeelhouder de vennootschap, waarin hij (indirect) aandelen bezit, bevoordeelt, verkrijgt de vennootschap een voordeel in de vermogenssfeer. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een aandeelhouder een pand overdraagt aan haar dochter tegen een te lage prijs. Het voordeel dat de dochter geniet, vormt een informele kapitaalstorting en beïnvloedt de winst niet. De boekwaarde van het pand wordt met het informeel kapitaal verhoogd.

²⁰³ Zo blijkt uit HR 16 juni 1920, B. 2472.

²⁰⁴ HR 3 april 1957, nr. 13 084, BNB 1957/165.

²⁰⁵ Uiteraard is er geen sprake van een storting van informeel kapitaal als er civielrechtelijk sprake is van een (formele) volstorting van het aandelenkapitaal.

²⁰⁶ Zo blijkt uit HR 23 december 1998, nr. 33 813, BNB 1999/167.

²⁰⁷ H. Vermeulen, 'Informeel kapitaal inbreng ook in de kostensfeer', *Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.6.E.a3*.

²⁰⁸ R.P van den Dool et al, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, 2014, p.47.

De tweede manier waarop storting van informeel kapitaal kan plaatsvinden, is door middel van een bevoordeling in de kostensfeer. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de moedervennootschap een lening verstrekt aan haar dochtervennootschap waarbij zij - zonder zakelijke redenen - geen of een te lage rente bedingt. Dit heeft de Hoge Raad beslist in het zogenoemde Zweedse Grootmoeder-arrest.²⁰⁹ De hoogte van de niet-betaalde of te weinig betaalde rente vormt een informele kapitaalstorting. Dat betekent dat de vennootschap de rente die zij niet daadwerkelijk heeft betaald, wel ten laste van het resultaat kan brengen.²¹⁰ Deze twee manieren worden hieronder met een cijfervoorbeeld toegelicht.

4.3.1 Informeel kapitaal in de vermogenssfeer

Stel dat M een bedrijfsmiddel inbrengt in D met een waarde in het economische verkeer van € 500 tegen een (onzakelijke) prijs van € 150. De fiscale boekwaarde van het bedrijfsmiddel is € 300.

M boekt:

Kas	150	
Deelneming (niet aftrekbaar)	350	
Aan bedrijfsmiddel		300
Aan resultaat (belast)		200

D boekt:

Bedrijfsmiddel	500	
Aan kas		150
Aan informeel kapitaal (niet belast)		350

De zakelijke prijsstelling van art. 8, lid 1 Wet VPB jo. art. 3.8 Wet IB brengt met zich mee dat de prijs gecorrigeerd wordt tot de prijs die een willekeurige derde zou hebben betaald, €

²⁰⁹ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252.

²¹⁰ Het Zweedse Grootmoeder-arrest werd in HR *BNB* 1986/293 t/m 297 - de zogenoemde 'nieuwe kostenarresten' - genuanceerd: de vennootschap mag haar winst alleen dan corrigeren voor informeel informeel kapitaal in de kostensfeer indien de aandeelhouder een ondernemer is (die - indien hij in Nederland woont of is gevestigd - met het bedrag van het informele kapitaal ook zijn fiscale winst verhoogd ziet). Hierdoor werd de onevenwichtige situatie voorkomen van een aftrek bij de dochter zonder dat daar winst bij de moeder tegenover stond.

500.²¹¹ M behaalt aldus een (belaste) transactiewinst van € 200. Deze winst valt niet onder de deelnemingsvrijstelling. Immers, het is geen voordeel uit hoofde van een deelneming maar een voordeel behaalt door M zelf (de verkoop van een pand). De informele kapitaalstorting - ter grootte van het verschil tussen onzakelijke prijs en de werkelijke waarde - dient vervolgens te worden bijgeboekt op de kostprijs van de deelneming. Slechts in de situatie dat de deelneming wordt geliquideerd, kan de informele kapitaalstorting uiteindelijk tot een aftrek leiden bij M.²¹² Bij de dochter beïnvloedt het verkregen voordeel de hoogte van de winst niet. Er is sprake van een bevoordeling in de vermogenssfeer (informele kapitaalstorting).

4.3.2 Informeel kapitaal in de kostensfeer

Stel M verstrekt een lening van D. De nominale waarde bedraagt € 1,2 miljoen. M ziet af van het bedingen van een rente. De zakelijke rentevoet bedraagt 5%. De journaalposten luiden jaarlijks:

M:

Deelneming	60.000	
Aan Rentebaten (belast)		60.000

D:

Rentekosten (aftrekbaar)	60.000	
Aan Informeel kapitaal		60.000

De vraag rijst wanneer de rentecorrectie (met bijbehorende informele kapitaalstorting) moet plaatsvinden. Vooraf (reeds bij het aangaan van lening) of periodiek (bij het verstrijken van de rentetermijn). Deze vraag komt in paragraaf 4.5.2 aan de orde. In de volgende paragraaf komt de waardering van vorderingen en schulden op de balans aan bod.

²¹¹ Immers, gelieerde partijen dienen ter berekening van eigen winsten hun *intercompany-pricing* aan te passen tot zakelijke prijzen.

²¹² Door uitwerking van de liquidatieverliesregeling ex art. 13d Wet VPB.

4.4 Waardering vorderingen en schulden op de balans

4.4.1 Waardering vorderingen

Volgens de regels van goed koopmansgebruik dient een vordering te worden gewaardeerd naar het subjectief en redelijk oordeel van de ondernemer. Hierbij spelen alle omstandigheden een rol die de waardering op balansdatum beïnvloeden, voor zover deze hem bekend zijn tot het moment waarop de aanslag onherroepelijk vaststaat. Dit heeft de Hoge Raad beslist in haar arrest van 15 februari 1989.²¹³ Doorgaans zal een geldvordering bij verstrekking gewaardeerd worden op de nominale waarde. Jaarlijks dient de vordering opnieuw te worden gewaardeerd. Derhalve komen verbeteringen en verslechtingen²¹⁴ in de betalingspositie van de debiteur jaarlijks tot uitdrukking.²¹⁵

Renteloze vorderingen of vorderingen die een lagere rente dragen dan de marktrente, worden bij de crediteur op contante waarde aan de actiefzijde van de balans opgenomen. Waardering tegen contante waarde is echter alleen aan de orde indien deze aanmerkelijk - ten minste 10% - afwijkt van de nominale waarde. Zo heeft de Hoge Raad beslist.²¹⁶ Ook is bij de crediteur jaarlijks een opwaardering vereist en wel op een zodanige wijze dat het nominale bedrag van de vordering op het aflossingsmoment is bereikt. Volgens de regels van het goed koopmansgebruik komt de jaarlijkse aangroei ten laste van de winst.²¹⁷ Anders ligt dit bij een vordering die door de ondernemer tegen een lagere waarde dan de nominale is gekocht vanwege de vermoedelijke gedeeltelijke oninbaarheid. In dat geval mag de vordering tegen de lagere waarde worden gewaardeerd. Van belang hierbij is dat een toegenomen kans op volledige terugbetaling de winstneming niet beïnvloed. Er dient pas winst genomen te worden op het moment van (gedeeltelijke) betaling.²¹⁸

4.4.2 Waardering schulden

Opeisbare en langlopende rentedragende schulden moeten in beginsel op hun nominale bedrag gewaardeerd worden. Dit geldt ook voor renteloze schulden met een korte looptijd. Uitgangspunt hierbij is dat de schulden dienen te worden gewaardeerd op het bedrag

²¹³ HR 15 februari 1989, *BNB* 1989/144.

²¹⁴ In HR 14 juni 1944, *B.* 7877 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het noodzakelijk is een afgewaardeerde vordering te herwaarderen indien de betalingskans sinds de vorige balansdatum is verbeterd.

²¹⁵ A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, *Hoofdzaken winst uit onderneming*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 138.

²¹⁶ HR 29 oktober 1958, nr. 13 538, *BNB* 1958/342.

²¹⁷ HR 19 december 1979, nr. 19 597, *BNB* 1980/46.

²¹⁸ A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, *Hoofdzaken winst uit onderneming*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 139.

waarvoor de crediteur rechtens bevoegd is de debiteur aan te spreken.²¹⁹ Hier bestaat een uitzondering op. Langlopende renteloze schulden en laagrentende schulden zullen voor hun contante waarde in de balans moeten worden opgenomen. Is het waardeverschil minder dan 10%, dan is de ondernemer niet verplicht de contante waarde aan te houden.^{220,221} De aangroei tot nominale waarde gedurende de looptijd van de schuld komt ten laste van de winst.²²²

Op grond van goedkoopmansgebruik mag een schuld pas worden afgewaardeerd als vaststaat of zo goed als zeker is dat de schuld niet of niet volledig zal worden voldaan. Dit impliceert dat de omvang van het te verkrijgen voordeel vast moet staan. Alsdan mag de schuld - geheel of gedeeltelijk – ten laste van de winst worden afgeboekt.²²³ Wanneer het nog niet zeker is of en in hoeverre een schuld kan worden voldaan, dan dient de schuld op grond van het voorzichtigheidsbeginsel nog steeds op nominale waarde gewaardeerd te worden.²²⁴

4.5 Fiscale behandeling renteloze en laagrentende lening

In het Zweedse Grootmoeder-arrest²²⁵ heeft de Hoge Raad bepaald dat, in het geval moedervennootschap een renteloze of laagrentende geldlening verstrekt aan haar (klein)dochter, de hoogte van de niet-betaalde of te weinig betaalde rente een informele kapitaalstorting vormt indien de renteloosheid of laagrentendheid zijn oorsprong vindt in onzakelijke overwegingen.²²⁶

Conform de jurisprudentie omtrent renteloze vorderingen²²⁷ zal, indien een moedermaatschappij aan haar dochtervennootschap een geldlening verstrekt met geen of een te lage rente en dit zijn oorsprong vindt in onzakelijke overwegingen, zowel moeder als dochter de geldlening moeten waarderen op de contante waarde.²²⁸ Het verschil tussen de

²¹⁹ A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, *Hoofdzaken winst uit onderneming*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 142.

²²⁰ vgl. HR 29 oktober 1958, *BNB* 1958/342.

²²¹ De keuze voor het waarderen op de contante waarde staat hem echter wel vrij. A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, *Hoofdzaken winst uit onderneming*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 142.

²²² HR 19 december 1979, *BNB* 1980/46.

²²³ HR 27 november 1997, *BNB* 1997/78.

²²⁴ A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, *Hoofdzaken winst uit onderneming*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 143.

²²⁵ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252.

²²⁶ Overigens spreekt de Hoge Raad niet expliciet over het begrip 'informeel kapitaal'. De uitwerking echter, pakt op zodanige wijze uit dat er sprake is van informeel kapitaal (zie ook paragraaf 4.3.1)

²²⁷ Zie paragraaf 4.4.1.

²²⁸ Verondersteld dat de verstrekte geldlening niet wordt geacht een kapitaalverstrekking te zijn als bedoeld in het 'Unileverarrest' (te weten schijnlening, deelnemerschapslening of bodemloze-putlening) en abstraherend van het leerstuk van de 'onzakelijke lening'.

nominale waarde en contante waarde moet als informele kapitaalstorting worden aangemerkt. Immers, er is dan ook sprake van een bewuste bevoordeling van de aandeelhouder als zodanig aan het lichaam waarin hij aandelen bezit, terwijl dat voordeel niet aan een willekeurige derde zou worden gegund.²²⁹

Het verschil in de fiscale uitwerking van de bovengenoemde arresten ziet op het tijdstip waarop de informele kapitaalstorting (in de vorm van een rentecorrectie) plaats vindt; jaarlijks (nadien) of in één keer (op het moment van de geldverstrekking).

Ik ben met Peeters²³⁰ van mening dat voor het tijdstip van de informele kapitaalstorting in het bijzonder bepalend is wanneer M een voordeel verstrekt. Advocaat-Generaal Wattel heeft de zienswijze van Peeters expliciet bevestigd.²³¹ Als de verarming bij M zich ineens op het moment van de geldverstrekking voordoet, is er sprake van een informele kapitaalstorting op het moment van de geldverstrekking ter grootte van het verschil tussen de nominale waarde en de contante waarde. Dit doet zich voor indien het vermogen van M onmiddellijk afneemt doordat er kasmiddelen uit het vermogen van M verdwijnen, maar dat daarvoor in de plaats een ander vermogensbestanddeel met een lagere waarde tot het vermogen van moeder gaat behoren. In casu een vordering op D. Dit wordt hieronder met een cijfervoorbeeld toegelicht:

Stel M leent een bedrag van € 1.200 uit aan haar D waarbij zij geen rente bedingt, de contante waarde (gelet op de kenmerken) van de lening bedraagt € 800 en het zakelijke rentepercentage bedraagt 5%.

M boekt:

Vordering	800	
Deelneming	400	
Aan Kas		1.200

²²⁹ Zie paragraaf 4.3.

²³⁰ P.J.J.M. Peeters, 'Rentecorrectie bij onzakelijke renteloze geldleningen: jaarlijks of in één keer?', *WFR* 2005/666, par 2.

²³¹ Zie conclusie A-G Wattel bij HR, 9 mei 2008, nr. 43220, *BNB* 2008/198, r.o. 7.9.2.

Als de waarde van de vordering ten tijde van de geldverstrekking in beginsel gelijk is aan de nominale waarde, is er hooguit sprake van een rentecorrectie (informele kapitaalstorting) nadien. Er is geen sprake van een directe vermogensvermindering bij M. In cijfervoorbeeld:

Stel M leent een bedrag van € 1.200 uit aan D waarbij zij geen rente bedingt, de contante waarde (gelet op de kenmerken van de geldlening) wijkt niet af van de normale waarde, het zakelijke rentepercentage bedraagt 5% per jaar.

Bij aangaan geldverstrekking boekt M:

Vordering	1.200	
Aan kas		1.200

M boekt jaarlijks ($5\% * € 1200$):

Deelneming	60	
Aan rentebaten		60

Bovenstaand is ook de correcte fiscale uitwerking indien M wel een zakelijke rente bedingt van 5% maar deze vervolgens jaarlijks kwijtscheldt op grond van onzakelijke overwegingen.

De fiscale behandeling is dus afhankelijk van de contante waarde (of werkelijke waarde) van de geldlening. Wat de werkelijke waarde van een geldlening bepaalt komt in de volgende paragraaf aan de orde.

4.6 Bepaling contante waarde geldverstrekking

Elke geldverstrekking heeft de volgende kenmerken:

1. Nominale bedrag
2. Looptijd (opeisbaarheid)
3. Vergoeding (rente)
4. Gegoedheid van de schuldenaar (beschikt de schuldenaar over genoeg financiële middelen om de lening en de vergoeding te kunnen betalen)
5. Door de schuldenaar gestelde zekerheden

Bovengenoemde factoren bepalen over het algemeen de (werkelijke) waarde²³² van een vordering (op het tijdstip van de geldverstrekking). Stel dat M een lening verstrekt aan D. De nominale waarde bedraagt € 1.200. M bedingt geen rente. Verder nemen we aan dat het goed zit met de gegoedheid van de dochtervennootschap en dat er voldoende zekerheden zijn gesteld (zie voorbeeld paragraaf 4.5.1). De contante waarde is dan afhankelijk van de looptijd (opeisbaarheid) van de geldlening. Wanneer M de lening onmiddellijk op kan eisen, is de contante waarde (nagenoeg) gelijk aan de nominale waarde. Immers, een willekeurige derde zou voor de geldlening het nominale bedrag over hebben wanneer hij deze direct kan innen. Wel is van belang dat de geldlening niet slechts formeel maar ook materieel direct opeisbaar is (*substance over form*).²³³

Indien een geldlening van een moedermaatschappij aan haar dochtervennootschap direct opeisbaar is waardoor de contante waarde gelijk is aan de nominale waarde, is mijns inziens dan ook hooguit sprake van een jaarlijkse informele kapitaalstorting van M in D (rentecorrectie nadien). Ondanks het feit dat de geldlening renteloos is, vindt er geen informele kapitaalstorting plaats op het moment van geldverstrekking.

Dit blijkt expliciet uit het voor de Successiewet 1956 gewezen arrest BNB 1986/162.²³⁴ In deze zaak verstrekte ouders een renteloze geldlening aan hun kind ten bedrage van € 200.000 gulden. De lening was te allen tijde opeisbaar en aflosbaar met inachtneming van een opzeggingstermijn van twee maanden en in bijzondere gevallen zonder enige opzeggingstermijn. De Hoge Raad bepaalde:

“(…)Blijkens ’s Hof’s overwegingen omtrent het geschil heeft het hof de door belanghebbende ten koste van het vermogen van zijn ouders genoten voordelen uitsluitend gelegen gezien in de bespaarde rente. In een ander en ander ligt besloten dat de vordering naar ’s Hof’s oordeel vanaf de aanvang geen lagere dan de nominale waarde heeft gehad.”²³⁵

²³² Of ‘waarde in het economische verkeer’.

²³³ Voor bevestiging van het feit dat de niet dadelijk opeisbaarheid zeer cruciaal is voor de contante waarde methode, zie bijvoorbeeld ook vraag en antwoord B.3.4.c besluit van 13 februari 2001, nr. CPP 2000/3210, BNB 2001/187.

²³⁴ HR 26 februari 1986, nr. 23 299, BNB 1986/162.

²³⁵ HR 26 februari 1986, nr. 23 299, BNB 1986/162, r.o. 4.1.

Mijns inziens mag periodieke correctie ook plaatsvinden indien de contante waarde minder dan 10% afwijkt van de nominale waarde. Immers, in BNB 1958/342²³⁶ heeft de Hoge Raad beslist dat waardering tegen contante waarde slechts verplicht is indien deze aanmerkelijk (ten minste 10%) afwijkt van de nominale waarde. Is het waardeverschil minder dan 10%, dan is de ondernemer niet verplicht de contante waarde aan te houden (zie paragraaf 4.4). Kiest de ondernemer er echter voor om wel de contante waarde aan te houden dan is er naar mijn mening wel sprake van een informele kapitaalstorting aanstonds. Deze is ter grootte van het verschil tussen de nominale en de contante waarde aanstonds. In de volgende paragraaf wordt toegelicht hoe de omvang van de contante waarde moet worden berekend.

4.6.1 Ontbreken zekerheden

In de vorige paragraaf is toegelicht welke kenmerken de contante waarde van een geldlening bepalen. Een belangrijke aanname die hierbij is gemaakt, is dat zekerheid bestond dat de geldlening zou worden terugbetaald. Uit de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie²³⁷ blijkt dat deze aanname in het geval van een onzakelijke lening doorgaans niet op gaat. Het ontbreken van zekerheid is een belangrijke component van het debiteurenrisico. Wanneer er wel zekerheden zijn, zal het doorgaans mogelijk zijn om een niet winstdelende rente te vinden. Hierdoor kan de lening *at arm's length* worden gemaakt. Er is dan sprake van een prijszakelijke lening.²³⁸ Aan het leerstuk van de onzakelijke lening wordt niet toegekomen.

Substance over form

Zoals in de vorige paragraaf toegelicht dient een onderscheid te worden gemaakt tussen formele zekerheden en materiele zekerheden. Formele zekerheden zijn zekerheden die in de leningsovereenkomst zijn vastgelegd. Wanneer uit de leningsovereenkomst formele zekerheid blijkt, kan de contante waarde van de lening in beginsel worden berekend aan de hand van de marktrente²³⁹ en de looptijd (opeisbaarheid). Problemen doen zich voor wanneer formele zekerheden ontbreken of wanneer materiele (on)zekerheden formele zekerheden

²³⁶ HR 29 oktober 1958, BNB 1958/342.

²³⁷ Zie hoofdstuk 3 en appendix.

²³⁸ Zie paragraaf 2.5.2.1.

²³⁹ In het geval sprake is van een renteloze of laagrentende lening heeft de staatssecretaris een goedkeuring opgenomen met betrekking tot in aanmerking te nemen marktrentes. Zie Besluit ‘Vaststelling marktrente’ (Besluit van 10 december 2015, nr. BLKB2015/1650M,) dat jaarlijks wordt geupdate. De in het besluit opgenomen percentages kunnen worden gebruikt om de contante waarde van renteloze verplichtingen te bepalen.

buiten spel zetten. Materiele factoren zullen dan doorslaggevend zijn (*substance over form*). Hier zal in de volgende paragraaf op worden terug gekomen.

Uit jurisprudentie kan men trachten af te leiden hoe de Hoge Raad formele (on)zekerheden laat meewegen. Het al dan niet schriftelijk opstellen van een leningsovereenkomst heeft *an sich* in mijn ogen geen invloed op de waardebepaling van een geldverstrekking. Dit geldt idem voor het vastleggen van aflossingsschema. Aanwijzing voor mijn standpunt vind ik in de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie. In *BNB 2012/79* verstrekke belanghebbende een rekening-courantkrediet aan zijn dochtervennootschap in welke zij alle aandelen bezat. Er werden geen zekerheden overeengekomen en er was geen sprake van een aflossingsschema. De rente werd bijgeschreven bij de moeder. Zowel het Hof, de A-G alsmede de Hoge Raad oordeelden dat er geen sprake was van een onzakelijke lening. De Hoge Raad oordeelt verder expliciet dat het ontbreken van formele zekerheden en een aflossingsschema, alsmede het bijschrijven van de rente niet in de weg staan aan het oordeel dat van een onzakelijke lening geen sprake is.²⁴⁰ Dit is in mijns inziens logisch vanuit de gedachte van ‘*substance over form*’. Immers, het feit dat geen formele afspraken zijn gemaakt, hoeft niets te zeggen over de (materiele) werkelijkheid. Weliswaar betreft het hier de vraag of sprake is van een onzakelijke lening. Echter, ben ik van mening dat deze zienswijze van de Hoge Raad tevens van belang is in het kader van de beoordeling van de omvang van de contante waarde. Op een vergelijkbare wijze is de uitspraak van de Hoge Raad in *BNB 2012/37*²⁴¹ in mijn ogen ook relevant in het kader van de beoordeling van de contante waarde. In *BNB 2012/37* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij de beoordeling van een lening als (on)zakelijk een materiele toets moet worden aangelegd, waarbij alle relevante voorwaarden, feiten en omstandigheden²⁴² in de beoordeling worden betrokken.²⁴³

Ik concludeer hieruit dat, indien zekerheden ontbreken, in het kader van de contante waarde bepaling een materiele toets moet worden aangelegd. Hierbij dienen alle relevante voorwaarden, feiten en omstandigheden in de beoordeling te worden meegenomen. In feite moet de kredietwaardigheid van de debiteur worden geschat. Men dient een schatting te maken van de omvang van de verwachte *cash flows* en de bijbehorende risicorealiseringskans.

²⁴⁰ HR 13 december 2012, nr. 10/03654, *BNB 2012/79*, r.o. 3.3.

²⁴¹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*.

²⁴² Zie paragraaf 3.3 om welke voorwaarden, feiten en omstandigheden dit gaat.

²⁴³ A.C.P. Bobbeldijk en R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014 – deel I’, *MBB 2014/05*, par. 4.1.

Hoe deze schatting er in de praktijk uit kan zien, zal ik in de volgende paragraaf toelichten met een cijfervoorbeeld.

4.6.2 Casus 1 berekening omvang contante waarde²⁴⁴

M verstrekt een lening aan D. De nominale waarde bedraagt € 3.000.000. Er wordt een rente afgesproken van 5%. De looptijd bedraagt 1 jaar. Formele zekerheden ontbreken. Verder nemen we aan dat D een (minimum) eigen vermogen aanhoudt van € 1 en geen andere bezittingen of schulden heeft.

D wendt het geld aan om te investeren in een risicovol bouwproject. Na 1 jaar komt het geïnvesteerde bedrag inclusief rendement²⁴⁵ in de vorm van een kasstroom weer terug bij D. Er kunnen zich drie rendementsscenario's voordoen zoals weergegeven in onderstaande tabel.

Scenario	Rendement	Kasstroom na 1 jaar	Kans op het scenario
1	40%	€ 4.200.000	25%
2	8%	€ 3.240.000	50%
3	-/-20%	€ 2.400.000	25%

De verwachtingswaarde van de investering is $0,25 * € 4.200.000 + 0,50 * € 3.240.000 + 0,25 * € 2.400.000 = 3.270.000$. Volgens de economische theorie van *law of one price*²⁴⁶ is de waarde van een investering op het investeringsmoment gelijk aan de verwachtingswaarde van de toekomstige kasstromen uit de investering verdisconteerd tegen de kapitaalskosten. De kapitaalskosten vormen de factor waartegen verwachte kasstromen contant gemaakt dienen te worden.²⁴⁷ De berekening van de kapitaalskosten in de casus bedraagt:

$$€ 3.270.000 / 3.000.000 = 1,09$$

²⁴⁴ Gebaseerd op casus uit: R.P.F.M. Hafkenscheid et al. 'De onzakelijke lening en de zakelijke relatie tussen rente en debiteurenrisico', *WFR* 2016/129.

²⁴⁵ Dit kan zowel positief als negatief zijn.

²⁴⁶ Volgens de *law of one price* theorie is de prijs van investeringen gelijk indien ze dezelfde verwachte opbrengst en hetzelfde risico hebben. Anders zou door middel van arbitrage risicoloos geld verdiend kunnen worden. Zie R.A. Brealey, S.C. Myers & F. Allen, *Principles of Corporate Finance, 9th Edition*, McGraw-Hill, 2012, p. 35.

²⁴⁷ R.P.F.M. Hafkenscheid et al. 'De onzakelijke lening en de zakelijke relatie tussen rente en debiteurenrisico', *WFR* 2016/129, par. 2.1.

Gelet op de nominale waarde van de geldlening van € 3.000.000, bedraagt het verwachte rendement 9%. Gegeven de risico's van de investering eist een investeerder een verwacht rendement van 9%.

Toepassing van de investering op de waarde berekening van de geldverstrekking geeft het volgende beeld. Op de lening is een rente afgesproken van 5%. De betalingsverplichting na een jaar bedraagt dus € 3.000.000 * 1,05 = € 3.150.000. In scenario's 1 en 2 kan D aan haar betalingsverplichting voldoen. In scenario 3 heeft D onvoldoende om haar verplichting na te komen. Dit wordt hieronder weergegeven (getallen in miljoenen).

Scenario	Verplichting	Betalingsruimte	Betaling	Kans	Verwachtingswaarde
1	3,15	4,20	3,15	25%	0,7875
2	3,15	3,24	3,15	50%	1,575
3	3,15	2,4	2,4	25%	0,6

De geschatte verwachte *cash flow* (aflossing plus rente) moet contant gemaakt worden. De totale contante waarde bedraagt € 2.962.500²⁴⁸ / 1,09 = € 2.717.890. Gegeven de risico's, zou een onafhankelijke investeerder de lening over nemen voor een bedrag van € 2.717.890.

Looptijd

In casus 1 bedraagt de formele looptijd een jaar. Echter, is de lening naar verwachting niet volledig opeisbaar na een jaar. Immers, de (contante) verwachtingswaarde na een jaar is € 2.717.890.

De looptijd van de geldverstrekking bepaalt mede de omvang van de waarde. Een direct opeisbare lening dient op de nominale waarde gewaardeerd te worden.²⁴⁹ Wanneer de looptijd niet in de leningsovereenkomst is opgenomen of wanneer er in de leningsovereenkomst een onbepaalde looptijd²⁵⁰ is afgesproken, dient de looptijd te worden vastgesteld. Desnoods dient deze te worden geschat. Dit heeft de Hoge Raad in *BNB 1958/176*²⁵¹ bepaald. In feite wordt de schatting naar mijn mening gemaakt aan de hand van

²⁴⁸ € 787.500 + € 1.575.000 + € 600.000.

²⁴⁹ Zie paragraaf 4.6.

²⁵⁰ In Engelstalige leningsovereenkomsten ook wel '*indefinite loan period*' genoemd. Zie bv. Hof Amsterdam 22 maart 2006, nr. 01/4227, *V-N* 2006/35.2.8, r.o. 2.13.

²⁵¹ HR 9 april 1958, nr. 13523, *BNB* 1958/176.

de verwachte kasstromen²⁵² van de debiteur. Door de verwachte kasstromen te berekenen - zoals in casus 1 - kan een schatting met betrekking tot de materiele opeisbaarheid/looptijd worden gemaakt. Belanghebbenden dienen, naar gelang van de omstandigheden het tijdstip te bepalen, waarop de debiteur het geleende bedrag terug kan betalen. Dit kan erg complex zijn. Bovendien zal de schatting veelal erg onzeker zijn. Derhalve moet worden gekeken of er alternatieve mogelijkheden zijn om de contante waarde van een geldverstrekking te bepalen. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de mogelijke gevolgen van het leerstuk van de onzakelijke lening voor de Successiewet 1956 (hierna: SW).

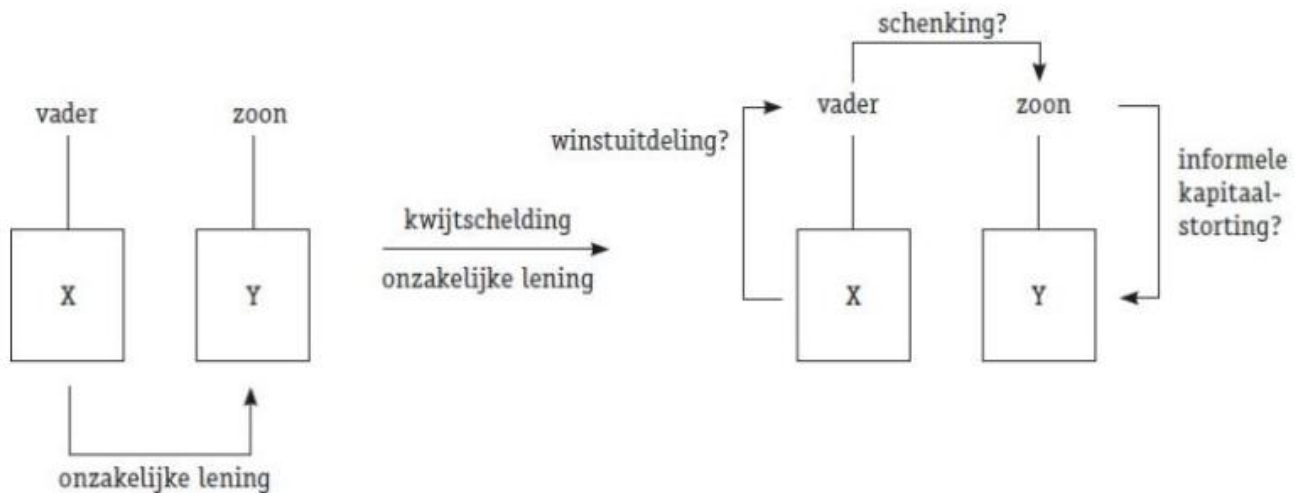
4.6.3 Omvang contante waarde Successiewet

Indien het verstrekken en kwijtschelden van een onzakelijke lening leidt tot een schenking, zal de omvang van die schenking moeten worden bepaald. Dit betekent dat meteen bij aangaan van lening gevolgen worden verbonden aan de onzakelijkheid van het genomen debiteurenrisico. Dit is vergelijkbaar met de behandeling van de 'junk bond'-benadering.²⁵³ Bij de 'junk bond'-benadering worden tevens gevolgen verbonden aan de onzakelijkheid van de geldverstrekking op het moment dat deze wordt aangegaan. Het analyseren van de mogelijke gevolgen van het 'onzakelijke lening'-leerstuk voor de schenkbelasting kan daarmee in mijn ogen relevant zijn 'junk bond'-benadering. Wellicht kunnen hieruit handvatten worden gedestilleerd die bruikbaar zijn voor de berekening van de contante waarde in het kader van de 'junk bond'-benadering.

²⁵² Zie ook Conclusie A-G bij HR 9 mei 2008, nr. 43220, *BNB* 2008/198 r.o. 10.3.

²⁵³ En de andere door (o.a.) A-G Wattel voorgestelde mogelijkheden tot correctie voor onzakelijkheid vooraf.

Albert bespreekt in zijn artikel²⁵⁴ de volgende casus. Beschouw de volgende situatie: X BV (vennootschap van de vader) heeft een onzakelijke lening²⁵⁵ verstrekt aan Y BV (de vennootschap van zijn zoon). Na verloop van tijd wordt bekend dat Y BV de lening aan X BV niet kan terugbetalen. X BV scheldt de lening op Y daarom kwijt.²⁵⁶ In schematische weergave²⁵⁷:



De casus werpt de vragen op of de verstrekking van een onzakelijke lening die later wordt gevolgd door een kwijtschelding leidt tot:

1. Een winstuitdeling door X aan vader
2. Een schenking door vader aan zoon
3. Winst voor Y
4. een informele kapitaalstorting door zoon in Y

Stel we nemen met Albert aan dat 1, 3 en 4 positief moeten worden beantwoord.²⁵⁸ Is er tevens sprake van een schenking? De cumulatieve eisen van een schenking zijn: i) Een verrijking van de begiftigde, ii) een verarming van de schenker en iii) een bevoordelingsbedoeling van de schenker (de schenker is zich van de verrijking van de begiftigde bewust en heeft de verrijking gewild).

²⁵⁴ P.G.H. Albert, 'Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij', *WFR* 2017/16.

²⁵⁵ In HR 22 april 2016, nr. 15/03701, *BNB* 2016/133 is duidelijk geworden dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook kan worden toegepast op de natuurlijke persoon die een geldlening verstrekt aan (de bv) van een verbonden persoon.

²⁵⁶ De kwijtschelding wordt in paragraaf 5.6 behandeld.

²⁵⁷ Ontleend aan P.G.H. Albert, 'Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij', *WFR* 2017/16, par. 2.

²⁵⁸ Hier ga ik wegens relevantie voor dit hoofdstuk niet verder op in. Zie P.G.H. Albert, 'Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij', *WFR* 2017/16, par. 8.

Uit de literatuur is op te maken dat de meeste auteurs het verstrekken of het kwijtschelden van een onzakelijke lening in beginsel niet als een schenking in de zin van art. 1 lid 7 SW beschouwen.²⁵⁹ Dit wordt onderbouwd met het timingverschil van vermogensverschuiving. In casu: op het moment van verstrekken van de onzakelijke lening wordt zoon (begiftigde) nog niet verrijkt. Immers, op Y ligt nog een reële terugbetalingsverplichting. Op moment van kwijtschelding zal de lening inmiddels zijn afgewaardeerd. Er vindt geen vermogensverarming van de schenker (meer) plaats op het moment van kwijtschelden.

Gubbels is een andere mening toegedaan. Hij betoogt dat bij de vraag of er sprake is van een schenking, de werkelijke (of reële) waarde van de vordering en de schuld dienen te worden bepaald. Deze reële waarde²⁶⁰ wordt bepaald door het wanbetalingsrisico van de debiteur. In feite is deze waarde gelijk aan de contante waarde.²⁶¹ Immers, het verwerken van het wanbetalingsrisico in de prijs leidt tot de contante waarde (zie paragraaf 4.6.1). Gubbels meent dat, voor de successiebelasting, zowel vordering (bij schenker) als schuld (bij begiftigde) op reële waarde moeten worden gewaardeerd. Aldus leidt het verstrekken van een onzakelijke lening tot een schenking voor de successiewet.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag wat de gevolgen zijn van een onzakelijke lening voor de schenkbelasting. Duidelijk is dat de door Gubbels betoogde behandeling (correctie vooraf) een andere is dan het leerstuk van de onzakelijke lening (correctie achteraf). Gubbels zegt hierover:

“Dat de Hoge Raad voor de vennootschaps- en inkomstenbelasting deze route niet heeft gekozen, wil niet zeggen dat deze ook voor de Successiewet moet worden afgewezen. Het karakter van deze wetten is immers verschillend, evenals het belang van de kwalificatie van de geldverstrekking. In de vennootschaps- en

²⁵⁹ Zie o.a. A. Rozendal, ‘Onzakelijke lening, resultaatinkomen en tbs’, *NTFR-B* 2016/26 en P.G.H. Albert, ‘Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij’, *WFR* 2017/16.

²⁶⁰ Of ‘fair value’ van verplichtingen. Op grond van IFRS: “Fair value is the amount for which an asset could be exchanged, or a liability settled, between knowledgeable, willing parties in an arm’s length transaction.” Zie IAS 39.9.

²⁶¹ De reële waarde kan worden beschouwd als de contante waarde van: a. de toekomstige kasstromen verbonden aan het actief of verplichting zoals deze door koper en verkoper worden ingeschat en waarover door middel van een overeengekomen prijs consensus wordt bereikt; b. contant gemaakt met een discontovoet dat het marktrisico, tijdstip van de kasstromen en de liquiditeitsvoorkeuren van de partijen weerspiegelt (IASB, 2001, p. 13). Zie R.L. ter Hoeven, “De zin en onzin van fair value in de jaarrekening. De zoektocht naar natuurlijke breuklijnen in het historische kostprijsooppervlak”, p. 10 (geraadpleegd via www.rug.nl/feb/news/2006/imagesandpdfsnews/060620oratieterhoeven.pdf).

inkomstenbelasting draait het om de fiscale behandeling van de vergoeding (rente of dividend) én van de afwaardering of kwijtschelding (aftrekbaar of niet). Voor de Successiewet dient enkel het bedrag van de bevoordeling op een juiste wijze te worden vastgesteld."²⁶²

Gubbels vindt onderbouwing voor haar standpunt in jurisprudentie van renteloze / laagrentende leningen. Zo heeft de Hoge Raad in *BNB 1981/198*²⁶³ beslist dat, indien vordering en schuld door laagrentendheid een lagere waarde hebben, er sprake is van een schenking.

Stel dat we aannemen dat er sprake is van een schenking. Hoe wordt de omvang van de schenking dan bepaald? Dit is relevant omdat het handvatten kan geven om de contante waarde te berekenen in het kader van de 'junk bond'-benadering. Gubbels noemt een paar methoden. Zij maakt hierbij onderscheid tussen de behandeling als schenking onder opschortende voorwaarde en de behandeling als onvoorwaardelijke schenking. Hieronder volgt een toelichting van beide mogelijkheden.

Schenking onder opschortende voorwaarde

Gubbels meent dat de leningsovereenkomst zo mag worden uitgelegd dat de onzakelijke lening is verstrekt onder de impliciete afspraak (opschortende voorwaarde) dat er kwijtschelding plaatsheeft als de debiteur niet tot terugbetaling in staat is.²⁶⁴ Bij de schenking onder opschortende voorwaarde is pas schenkbelasting verschuldigd als de vordering (materieel) wordt kwijtgescholden.²⁶⁵ De omvang van de schenking bedraagt het volledige bedrag van die kwijtschelding. Deze benadering geeft geen handvatten voor de omvang van de contante waarde onder de 'junk bond'-benadering. Immers, het moment van verstrekken van de lening heeft geen fiscale implicaties.

Onvoorwaardelijke schenking

²⁶² N.C.G. Gubbels, 'Lening aandeelhouder aan BV en de gevolgen voor de schenkbelasting', *ftV* 2016/51, par. 5.3.1.

²⁶³ HR 20 mei 1981, nr. 20 335, *BNB* 1981/198.

²⁶⁴ N.C.G. Gubbels, 'Lening aandeelhouder aan BV en de gevolgen voor de schenkbelasting', *ftV* 2016/51, par. 5.3.2.

²⁶⁵ Vergelijkbaar met de door A-G Wattel voorgestelde alternatieve mogelijkheid om een kapitaalstorting op het moment dat een onzakelijke lening wordt kwijtgescholden. Zie Conclusie A-G Wattel bij HR 25 november 2011, nr. 10/05161, *BNB* 2012/38. Par. 1.8.

Een andere methode volgt uit de aanname dat er sprake is van een onvoorwaardelijke schenking. Bij een onvoorwaardelijke schenking vindt de schenking onmiddellijk plaats en dient ook direct de omvang van de schenking te worden berekend. Deze benadering is in feite gelijk aan de 'junk bond'-benadering. Er wordt, ten tijde van de schenking, een verarming bij de schenker geconstateerd en een verrijking bij de begiftigde. De omvang van de schenking bepaalt het verschil tussen nominale en contante waarde. Dit is het verschil dat, onder de 'junk bond'-benadering, in beginsel²⁶⁶ (belast) aangroeit gedurende de looptijd van de lening. Bij een renteloze of laagrentende lening, is sprake van schenking van een genotsrecht in de zin van art. 18 SW. Dit heeft de Hoge Raad beslist in BNB 1981/198²⁶⁷. De renteloosheid wordt op die manier gecompenseerd met een fictief vruchtgebruik. De omvang van de schenking moet aldus worden bepaald aan de hand van de regels met betrekking tot vruchtgebruik. In dit geval is art. 10 van het Uitvoeringsbesluit SW (UB SW) van toepassing. Art. 10 UB SW bepaalt dat het percentage van het aanmerking te nemen vruchtgebruik op een renteloze/laagrente lening, 6% bedraagt. Indien en voor zover een lager rentepercentage is afgesproken dan 6% is er sprake van een belaste schenking voor de SW. Er wordt in deze benadering aansluiting gezocht bij het gefixeerde rentepercentage van art. art 10 UB SW. Dat rentepercentage kan weliswaar desgewenst door de Staatssecretaris worden aangepast aan de marktrente.²⁶⁸ Echter, in deze benadering wordt op geen enkele wijze rekening gehouden met het (onzakelijk genomen) debiteurenrisico. Deze benadering is mijns inziens dan ook volstrekt onzuiver om, in het kader van de 'junk bond'-benadering, de contante waarde van een lening te bepalen.

Een alternatieve benadering om de omvang van de onvoorwaardelijke schenking te bepalen, is om de lening te splitsen in een deel dat een derde als vreemd vermogen zou willen verstrekken als het restant van de hoofdsom als eigen vermogen zou worden verstrekt. Gubbels geeft het volgende voorbeeld. Er wordt een geldlening verstrekt van € 100. Een derde wil maximaal € 60 wil financieren mits € 40 als eigen vermogen wordt verstrekt. Het gevolg is dat er een gift wordt aangenomen van € 40 (in de kapitaalsfeer). Deze zienswijze is reeds in de 'onzakelijke lening'-jurisprudentie en literatuur naar voren gekomen. Bruins

²⁶⁶ indien het debiteurenrisico zich niet voltrekt.

²⁶⁷ HR 20 mei 1981, nr. 20 335, *BNB* 1981/198.

²⁶⁸ Zie o.a. Conclusie A-G Mok bij HR 20 mei 1981, nr. 20 335, *BNB* 1981/198, par. 4 ad a.

Slot²⁶⁹ stelt het volgende. Stel dat moeder aan haar dochter een lening van € 120.000 heeft verstrekt tegen 8%. Stel dit is onzakelijk omdat een willekeurige derde slechts bereid zou zijn € 100.000 uit te lenen (bij een rentepercentage van 8%). In dit geval kan worden betoogd dat € 100.000 geacht wordt tegen 8% te worden geleend. Een bedrag van € 20.000 wordt in de kapitaalsfeer ter beschikking gesteld. In deze benadering wordt de hoogte van de hoofdsom als een voorwaarde²⁷⁰ van de geldverstrekking gezien. De hoogte van de hoofdsom is derhalve fiscaal corrigeerbaar. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in het 'onzakelijke lening'-leerstuk niet voor bovenstaande benadering gekozen. Echter, sluit ik met Gubbels niet uit dat de Hoge Raad voor de successiewet de andere weg inslaat. Handvatten voor het berekenen van de contante waarde in het kader van de 'junk bond'-benadering geeft het mijns inziens amper. Het is wellicht makkelijker om te schatten hoeveel een derde bereid zou zijn uit te lenen (gegeven de overige voorwaarden), toch zullen schattingsproblemen blijven bestaan. Een helder eenduidig toe te passen criterium blijft uit.

4.7 Uitwerking junk bond benadering: Casus 2

Met behulp van het leerstuk van de niet direct opeisbare renteloze leningen is het nu mogelijk de 'junk bond'-benadering - zoals voorgesteld door A-G Wattel in *BNB 2012/39* - fiscaal uit te werken. Dit zal ik doen aan de hand van twee casussen.

Casus 2a

M verstrekt een renteloze lening aan D. De lening heeft een nominale waarde van € 100.000 en een looptijd van 10 jaar. De lening is niet direct opeisbaar. Er worden geen zekerheden afgesproken. De contante waarde bedraagt € 10.000.²⁷¹

Casus 2b

Een soortgelijke lening als casus 2a met als enige uitzondering dat het afgesproken rentepercentage 2% bedraagt. De contante waarde bedraagt € 15.000.²⁷²

²⁶⁹ W. Bruins Slot, 'Objection your honor!', *WFR 2012/38*, par. 1.

²⁷⁰ In tegenstelling tot de zienswijze dat de hoogte van de hoofdsom de aard van de transactie bepaalt en derhalve niet als voorwaarde kan worden gezien.

²⁷¹ Ervan uitgaande er geen sprake is van een kapitaalverstrekking. Tevens ervan uitgaande dat het middels een correctie van de vergoeding (rente) niet mogelijk is om tot een zakelijke geldlening te komen; er is geen sprake van een 'prijsonzakelijke lening' (zie hoofdstuk 3).

²⁷² Ervan uitgaande er geen sprake is van een kapitaalverstrekking. Tevens ervan uitgaande dat het middels een correctie van de vergoeding (rente) niet mogelijk is om tot een zakelijke geldlening te komen; er is geen sprake van een 'prijsonzakelijke lening' (zie hoofdstuk 3).

4.7.1 Aangaan geldverstrekking

Bij het aangaan van de lening boekt M (cijfers in duizendtallen):

2a

M:

Vordering	10	
Deelneming	90	
Aan Kas		100

D boekt:

Kas	100	
Aan schuld M		10
Aan info. Kap.		90

2b

M:

Vordering	15	
Deelneming	85	
Aan Kas		100

D:

Kas	100	
Aan schuld M		15
Aan informele kapitaalstoring		85

Bij zowel M als D komt de lening voor de contante waarde op de balans. Het verschil tussen de contante waarde en de nominale waarde van de geldlening wordt als informele kapitaalstorting aangemerkt wat de kostprijsdeelneming (D) bij M verhoogt.

4.7.2 Oprenting

De aangroei naar de nominale waarde vormt een rentevordering. Deze wordt gemakshalve toegevoegd aan de contante waarde van de geactiveerde vordering. De gehele opwaardering vindt in de winstsfeer plaats.

De vordering die bij M op de balans staat, dient jaarlijks te worden opgewaardeerd en wel op een zodanige wijze dat het nominale bedrag van de vordering op het aflossingsmoment is bereikt. Deze oprenting behoort tot de belaste winst.

Met behulp van de formule van de contante waarde kan het rentepercentage (i) worden berekend waarmee de rentevordering jaarlijks aangroeit.

$$NCW = NW / (1+i)^n$$

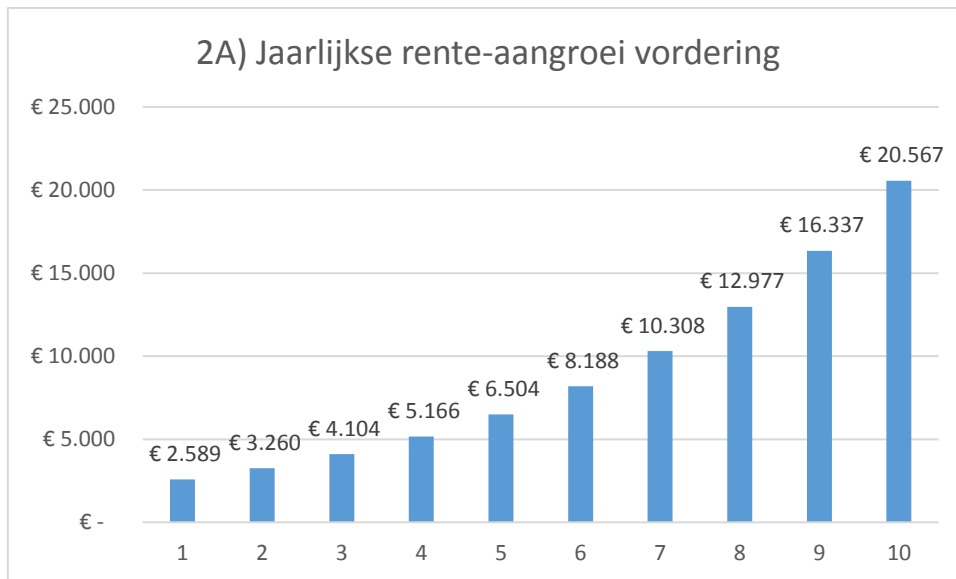
$$(1+i)^n = NW / NCW$$

$$i = ((NW/NCW)^{(1/n)}) - 1$$

NCW = netto contante waarde, NW = nominale waarde, n = (geschatte) looptijd van de lening. Wanneer we deze formule toepassen op onze casussen, geeft dit een rentepercentage van afgerond 26% en afgerond 21% voor casus 2a en casus 2b respectievelijk (zie appendix).

2a

De vordering bij M groeit jaarlijks met 26% aan. Dit kan worden gezien als een gecombineerde vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen en het gelopen debiteurenrisico. Dit geeft de volgende jaarlijkse aangroei:



Zoals te zien, stijgt de aangroei van de rentevordering jaarlijks. Dit is logisch. Immers, het bedrag dat ter beschikking wordt gesteld in de vorm van een lening (de netto contante waarde van de vordering) wordt steeds groter. Over dit bedrag wordt jaarlijks rente berekend.²⁷³

2a

M boekt in jaar 1:

Vordering	2.589	
Aan rentebaten (belast)		2.589

De jaarlijkse aangroei van de schuld bij D komt ten laste van de winst (zie paragraaf 4.4.2).

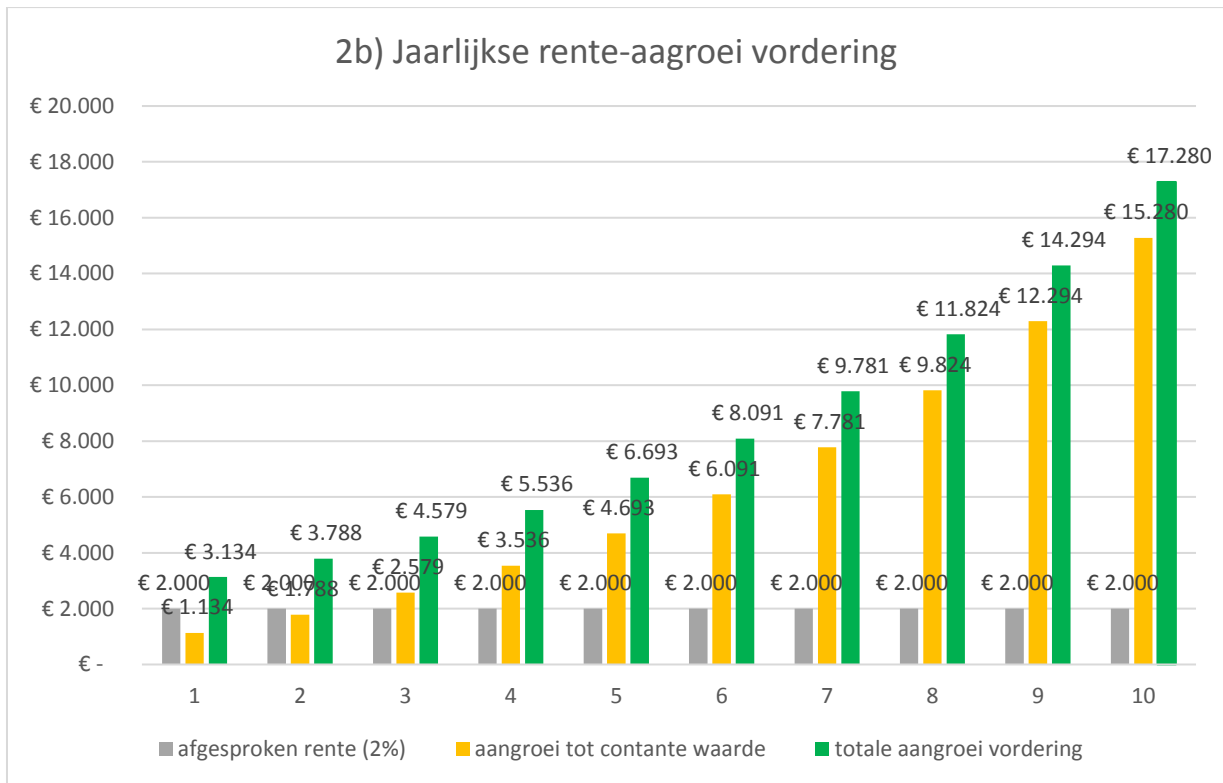
D boekt in jaar 1:

Rentekosten (aftrekbaar)	2.589	
Aan schuld		2.589

2b

²⁷³ Er is sprake van samengestelde rente.

De jaarlijkse aangroei bestaat uit 2 componenten: i) de afgesproken rentevergoeding en ii) de aangroei van de vordering naar netto contante waarde. In combinatie zorgen zij voor een vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen alsmede het gelopen debiteurenrisico. Onderstaande grafiek maakt dit duidelijk.



M boekt in jaar 1:

Vordering	3.134	
Aan rentebaten (belast)		3.134

D boekt in jaar 1:

Rentekosten (aftrekbaar)	3.134	
Aan schuld		3.134

4.7.3 Afwaardering

In jaar 6 raakt D in de problemen. Haar kredietwaardigheid neemt daardoor af. Gelet op de kredietwaardigheid van D, is de contante waarde van de lening gedaald naar € 10.000.

2a

Eind jaar 5 staat de lening bij zowel M als bij D voor € 31.623 op de balans (zie appendix). De vordering dient op grond van de regels van goedkoopmansgebruik – in het bijzonder het voorzichtigheidsbeginsel - te worden afgewaardeerd. M lijdt een verlies van (€ 31.623 – € 10.000 =) € 21.623. Deze afwaardering kan – net als bij iedere andere rentevordering – ten laste van de winst komen.

M boekt in jaar 3:

Aan vordering		21.623
Verlies uit vordering (aftrekbaar)	21.623	

D mag de schuld nog niet afwaarderen. Immers, het staat nog niet vast noch is het zo goed als zeker dat de schuld niet zal worden voldaan.²⁷⁴ Derhalve blijft bij D de volle terugbetalingsverplichting bestaan. De schuld bij D zal verder toenemen met de jaarlijkse oprenting naar nominale waarde.

De boeking bij D luidt in jaar 6 (zie appendix):

Rentekosten (aftrekbaar)	8.188	
Aan schuld		8.188

2b

Eind jaar 5 staat de lening bij zowel M als bij D voor € 38.730 op de balans (zie appendix). De afwaardering bij M bedraagt € 38.730 – € 10.000 = € 28.730. Deze is aftrekbaar in zoverre de rentevordering is aangegroeid. Dit is met € 38.730 – € 15.000 = € 23.730. M lijdt een aftrekbaar verlies van € 23.730. M lijdt een deelnemingsverlies van € 28.730 – € 23.730 = € 5.000.

²⁷⁴ Zie paragraaf 4.4.2.

M boekt in jaar 6:

Aan vordering		28.730
Verlies uit vordering (aftrekbaar)	23.730	
Verlies uit deelneming (niet aftrekbaar)	5.000	

D heeft niet de liquiditeit om aan haar betalingsverplichting jegens M te voldoen. Er ontstaat een renteschuld.²⁷⁵

D boekt:

Rentekosten (aftrekbaar)	6.091	
Aan renteschuld		2.000
Aan schuld		4.091

In jaar 8 komt D volledig uit haar financiële problemen. De kredietwaardigheid van D stijgt weer. De vordering dient te worden opgewaardeerd naar de nieuwe verwachte contante waarde, stel € 65.000 (2a)/ € 70.000 (2b). De vordering staat eind jaar 7 voor de dan nog steeds geldende contante waarde van € 10.000 in de boeken bij M. M boekt in jaar 8:

2a

Vordering	55.000	
Aan rentebaten (belast)		55.000

Als de kredietwaardigheid van D vervolgens gelijk blijft dan zal de vordering wederom belast aan groeien tot de nominale waarde is bereikt. Het aangroeipercentage wordt opnieuw vastgesteld via de volgende formule (zie paragraaf 4.7.2).

²⁷⁵ Gemakshalve wordt ervan uit gegaan dat hierover geen rente wordt gerekend.

$$i = ((NW/NCW)^{(1/n)}) - 1$$

Met NW = € 100.000, NCW = € 65.000 en n = 2. Dit geeft een rentepercentage (i) van afgerond 24%. M boekt in jaar 8 (0,24 * € 65.000 =) € 15.623.

Vordering	15.623	
Aan rentebaten (belast)		15.623

2b

De contante waarde is toegenomen tot € 70.000. M boekt:

Vordering	60.000	
Aan rentebaten (belast)		60.000

De renteschuld is inmiddels toegenomen tot € 4.000 (2 * € 2.000). De renteschuld wordt afgelost.

D boekt:

Renteschuld	4.000	
Aan schuld		4.000

Als de kredietwaardigheid van D vervolgens verder stijgt dan zal de vordering wederom belast aan groeien tot de nominale waarde is bereikt. Op vergelijkbare wijze als in casus 2a wordt het rentepercentage opnieuw vastgesteld. Dit rentepercentage bedraagt afgerond 20%. M ontvangt 0,20 * € 70.000 = € 13.666 aan rente. Hiervan moet € 5.000 worden gezien als resultaat uit deelneming. Immers, de eerdere afwaardering ter grootte van € 5.000 was het gevolg van een risico gelegen in de kapitaalsfeer. Het *upside* voordeel vindt overeenkomstige wijze plaats in de kapitaalsfeer (derhalve onbelast). M boekt:

Vordering	13.666	
Aan rentebaten (belast)		8.666
Aan resultaat deelneming (onbelast)		5.000

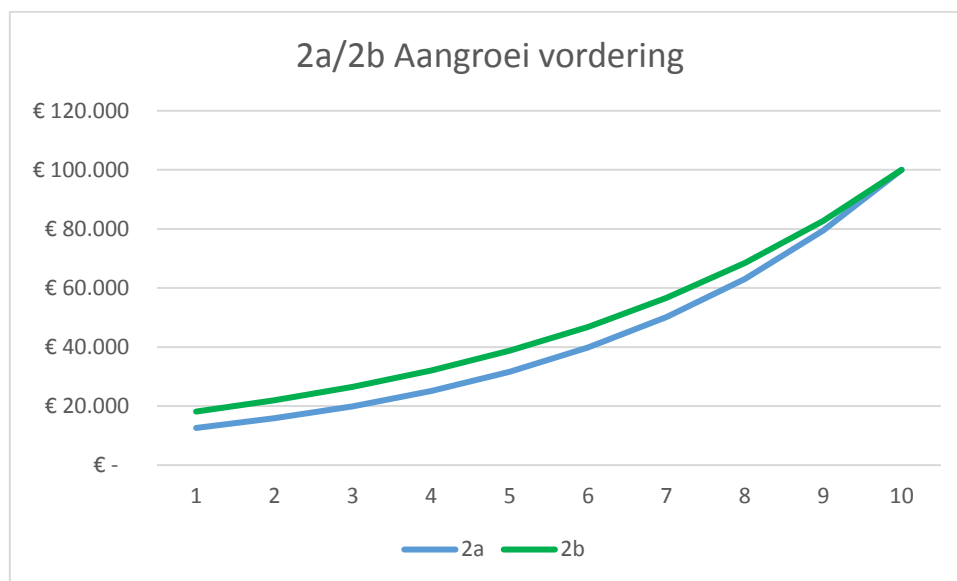
4.7.4 Aflossing

Na 10 jaar kan de lening volledig worden afgelost.

2a/2b

M heeft gedurende 10 jaar een belaste winst genoten ter grootte van de aangroei van de geldlening (van contante) naar nominale waarde. D heeft voor hetzelfde bedrag aftrekbare kosten gerealiseerd.

Onderstaande grafiek geeft de ontwikkeling van de waarde van de vordering weer.



Bij aflossing na 10 jaar luiden de journaalposten (cijfers in duizendtallen):

M:

Kas	100	
Aan vordering		100

D:

Schuld M	100	
Aan kas		100

4.7.5 Overdracht van de vordering

Stel, in het begin van jaar 8 draagt M de vordering op D over aan X BV. X BV is niet gelieerd aan M of D. De vordering op D staat voor de contante waarde op de balans bij M. Deze contante waarde (of verwachtingswaarde²⁷⁶) is gelijk aan de prijs die een onafhankelijke investeerder zal betalen. Immers, de onzakelijke voorwaarden zijn verdisconteerd in de prijs.

2a

In het begin van jaar 8 staat de vordering bij M voor € 50.119 op de balans. Bij overdracht boekt M:

Kas	50.119	
Aan vordering		50.119

2b

In het begin van jaar 8 staat de vordering bij M voor € 56.601 op de balans. Bij overdracht boekt M:

Kas	56.601	
Aan vordering		56.601

De fiscale uitwerking (oprenten, afwaarderen, aflossen) bij X BV werkt op dezelfde manier als dat het voor M deed. Tenzij ten tijde van overdracht van de vordering duidelijk is dat een deel van de vordering vermoedelijk oninbaar is. In dat geval dient pas winst genomen te worden

²⁷⁶ Zie paragraaf 4.6.2.

op het moment van (gedeeltelijke) betaling (zie paragraaf 4.4.1). De fiscale uitwerking bij D verandert niet. Immers, behoudens de schuldeiser, verandert er voor de debiteur niets.

4.7.6 Lening omhoog

Een casus met een lening 'omhoog' (D verstrekt onzakelijke lening aan M) pakt op vergelijkbare wijze uit als casus 2. Bij dergelijke leningen aanvaardt de dochter het debiteurenrisico met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen. De waarde verschuiving ter grootte van het verschil tussen de nominale waarde en de contante waarde vormt een verkapte winstuitdeling. Bij het aangaan van de lening luiden de journaalposten (in het geval van casus 2a):

M:

Kas	100	
Aan deelneming		90
Aan schuld D		10

D boekt:

Vordering M	10	
Overige reserves (verkapt dividend)	90	
Aan kas		100

4.8 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de 'junk bond'-benadering centraal. De 'junk bond'-benadering is geïntroduceerd door A-G Wattel in *BNB 2012/39* als alternatieve behandeling van de 'onzakelijke lening'. De 'junk bond'-benadering is gebaseerd op het leerstuk van de behandeling van renteloze niet direct opeisbare geldverstrekkingen. Renteloze (en laagrentende) vorderingen worden bij de crediteur op contante waarde aan de actiefzijde van de balans opgenomen. Bij de crediteur is jaarlijks een opwaardering vereist en wel op een zodanige wijze dat het nominale bedrag van de vordering op het aflossingsmoment is bereikt. Volgens de regels van het goed koopmansgebruik komt de jaarlijkse aangroei ten laste van de winst. Op vergelijkbare wijze worden renteloze schulden tegen de contante waarde op de

passiefzijde van de debiteur opgenomen. De aangroei tot nominale waarde gedurende de looptijd van de schuld komt ten laste van de winst.

De contante waarde van een geldverstrekking is afhankelijk van i) het nominale bedrag, ii) de looptijd (opeisbaarheid), iii) de vergoeding, iv) de gegoedheid van de schuldenaar en v) de door de schuldenaar gestelde zekerheden. Voor de opeisbaarheid geldt het beginsel van *substance over form*. Indien een renteloze (of laagrentende) verstrekking materieel direct opeisbaar is, is hooguit sprake van een jaarlijkse informele kapitaalstorting/winstuitdeling. Indien een geldverstrekking materieel gezien niet direct opeisbaar is en zekerheden ontbreken, dient de contante waarde te worden bepaald. In feite moet de kredietwaardigheid van de debiteur worden geschat. Men dient een schatting te maken van de omvang van de verwachte *cash flows* en de bijbehorende risicorealiseringskans. Deze benadering brengt schattingsproblemen met zich mee. Gezocht is naar handvatten om op alternatieve wijze de omvang van de contante waarde te berekenen. Het leerstuk van de onzakelijke lening voor de SW lost de schattingsproblemen niet op en biedt daarom mijns inziens geen correcte handvatten om de contante waarde te berekenen. Het vaststellen van de contante waarde van een geldverstrekking blijft daarmee een knelpunt van de 'junk bond'-benadering.

Door middel van een casus is de fiscale uitwerking van de 'junk bond'-benadering behandeld. Verschillende situaties zijn hierbij aan bod gekomen. In het volgende hoofdstuk zal de 'junk bond'-benadering worden vergeleken met het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Door middel van een analyse wordt gekeken welk leerstuk gewenster is op grond van de door mij gekozen criteria.

5. Vergelijkingsanalyse

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de ‘junk bond’-benadering fiscaal uitgewerkt. In dit hoofdstuk wordt de ‘junk bond’-benadering verder geanalyseerd. Er wordt een vergelijking gemaakt met het, door de Hoge Raad ontwikkelde, leerstuk van de onzakelijke lening. De taak van de Hoge Raad is dat hij richting geeft aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid en de rechtszekerheid bevordert door rechtsvragen in concrete zaken te beantwoorden. Hierbij moet zoveel mogelijk duidelijkheid worden gecreëerd voor toekomstige gevallen. Gezien de grote hoeveelheid aan ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie, heb ik mij afgevraagd of de Hoge Raad haar taak op een succesvolle wijze heeft vervuld. In dit hoofdstuk geef ik antwoord op mijn probleemstelling:

“Had de Hoge Raad in BNB 2012/39, gezien de jurisprudentie naar aanleiding van het ‘onzakelijke lening’-leerstuk, - achteraf gezien - beter kunnen kiezen voor de door A-G Wattel voorgestelde ‘junk bond’-benadering?”

Om gegrond antwoord te geven op mijn probleemstelling maak ik een vergelijkingsanalyse van enerzijds de knelpunten en onduidelijkheden van het leerstuk van de onzakelijke lening, anderzijds de mogelijke knelpunten van de ‘junk bond’-benadering. Ik toets hierbij aan de rechtszekerheid en uitvoerbaarheid van beide benaderingen. Om een keuze te maken gebruik ik een vergelijkingsschema. De ‘junk bond’-benadering is gewenster indien het ten aanzien van de door mij gekozen aspecten (de knelpunten en onduidelijkheden uit de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie) beter scoort in het kader van rechtszekerheid en uitvoerbaarheid. Aan de hand van mijn vergelijkingsschema bepaal ik de uitkomst van mijn vergelijkingsanalyse. Deze uitkomst stelt mij in staat de probleemstelling te beantwoorden.

De knelpunten en onduidelijkheden blijken uit de jurisprudentie en de vele discussie in de literatuur. Deze zijn in hoofdstuk 3 aan bod gekomen. Dit hoofdstuk houdt dezelfde volgorde aan als hoofdstuk 3. In paragraaf 5.2 analyseer ik in hoeverre het probleem van het ontbreken van een helder eenduidig toe te passen criterium wordt weggenomen indien men de ‘junk bond’-benadering hanteert. In paragraaf 5.3 komen de fiscale gevolgen van valutaresultaten onder de ‘junk bond’-benadering aan bod. In paragraaf 5.4 wordt de renteproblematiek behandeld. In paragraaf 5.5 t/m 5.8 komen enkele bijzondere situaties aan bod, achtereenvolgens de simultaanuitzondering, het tenietgaan van de geldverstrekking en de

fiscale gevolgen van het aangaan en verbreken van een fiscale eenheid. In paragraaf 5.9 behandel ik de wettelijke grondslag van de 'junk bond'-benadering. Het hoofdstuk sluit af met mijn deelconclusie. In de deelconclusie geef ik mijn vergelijkingsanalyse weer in mijn conceptuele kader. Hierna geef ik antwoord op mijn probleemstelling.

5.2 Ontbreken eenduidig toe te passen criterium bij beoordeling onzakelijke lening

Het 'onzakelijke lening'-leerstuk schrijft voor dat de onzakelijkheid van een geldverstrekking moet worden beoordeeld aan de hand van materiële criteria (zie paragraaf 3.3). Het ontbreken van een helder eenduidig toe te passen criterium vormt een knelpunt binnen het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Het maakt de beoordeling van de zakelijkheid van een geldverstrekking in de praktijk lastig en leidt tot veel discussies.

Zoals ik paragraaf 2.5.2 heb toegelicht, komt men pas toe aan het leerstuk van de onzakelijke lening wanneer sprake is van een hoofdsomzakelijke lening. De hoofdsomzakelijke lening onderscheidt zich van de prijsomzakelijke lening in die zin dat onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden geen zakelijke *at arm's length*-vergoeding kan worden gevonden om de verstrekking zakelijk te maken.²⁷⁷

De hoofdsomzakelijke lening onderscheidt zich van de transactioneel onzakelijke lening, doordat bij dit type lening niet het uitlenen van de gelden *als zodanig* onzakelijk is maar (slechts) het aangaan van het debiteurenrisico. Zoals in paragraaf 3.2 toegelicht, bepaalt de term 'in wezen winstdelend' waar de grens ligt tussen een lening die als zodanig onzakelijk is en een lening die een onzakelijk debiteurenrisico kent maar als zodanig niet onzakelijk is. De Hoge Raad heeft deze term nooit helder gedefinieerd.

Het onderscheid tussen de verschillende typen onzakelijke leningen zou kunnen worden losgelaten onder toepassing van de 'junk bond'-benadering. Men zou dan van iedere geldverstrekking, indien lager, de reële (of contante) waarde moeten berekenen. De lening wordt als een activum beschouwd waarvoor de crediteur onzakelijk teveel heeft betaald. Beide partijen moeten er de lagere marktwaarde aan toekennen, uitgaande van de werkelijke voorwaarden en omstandigheden.²⁷⁸ Niet alleen wordt hierbij het 'onzakelijke lening'-leerstuk

²⁷⁷ Althans, niet zonder een rente te bedingen waardoor de vergoeding 'in wezen winstdelend' wordt hetgeen volgens de HR het karakter van de geldlening te veel aantast. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.2 (zie paragraaf 3.2).

²⁷⁸ Tenzij een willekeurige derde de nominale waarde wil betalen voor de geldverstrekking.

aan de kant geschoven. Ook het kader van *BNB 1988/217* wordt dan volledig losgelaten. Fiscaalrechtelijk worden dan geen uitzonderingen meer gemaakt op de civielrechtelijke kwalificatie.

Logischerwijs zou deze zienswijze tot veel rechtszekerheid leiden. Zowel herkwalificaties alsmede rente correcties zijn onder deze zienswijze niet meer aan de orde. Verzakelijking van de geldverstrekking verloopt geheel via aanpassing van de hoofdsom. Echter, de vraag rijst of deze benadering wel bruikbaar is. Zij lijkt in strijd met de wet. De *at arm's length*-rentecorrectie (gecodificeerd in art. 8b Wet VPB) wordt namelijk veronachtzaamd.

Echter, men kan zich afvragen welke rol artikel 8b Wet VPB speelt in het wettelijke systeem. Voor- en nadelen die uitsluitend voortkomen uit een aandeelhoudersrelatie behoren niet tot de zogenoemde totaalwinst (art. 3.8 Wet jo. art. 8. Wet VPB). Reeds voor invoering van art. 8b Wet Vpb in 2002 beschikte de inspecteur derhalve al over een mogelijkheid om de fiscale winst te corrigeren voor onzakelijk handelen.²⁷⁹ Wanneer een belastingplichtige onzakelijk handelde, kon – en kan – de inspecteur een correctie afdwingen door te bewijzen dat een bevoordeling of benadeling heeft plaatsgevonden.²⁸⁰ In de memorie van toelichting²⁸¹ heeft de Staatssecretaris aangegeven dat met de invoering van art. 8b Wet VPB is beoogd uitvoering te geven aan de codificatie van het *arm's-length*-beginsel.

Het *arm's length*-beginsel vindt zijn oorsprong in de *transfer pricing guidelines* van de OESO²⁸² en is neergelegd in art. 9 van het OESO-Modelverdrag (OMV). In het commentaar op art. 9 OMV en in de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen wordt het *arm's length*-begrip verder toegelicht en wordt tevens uitgewerkt hoe een *arm's length*-vergoeding kan worden vastgesteld. *Transfer pricing* regels inzake *arm's length*-correcties spelen een rol bij het tegengaan van winstverschuivingen door in gelieerde verhoudingen de vergoedingen voor leveringen van goederen en diensten te vergelijken met de prijzen die voor vergelijkbare

²⁷⁹ Met invoering van art. 8b is de positie van de inspecteur echter wel versterkt. Enerzijds wordt in het geval onderlinge verrekenprijzen afwijken van de door de inspecteur aangetoonde *arm's length*-prijs de bevoordelingsbedoeling aangenomen en speelt bewustheid bij partijen geen rol meer voor eventuele winstcorrectie. Anderzijds wordt de bewijslast van de inspecteur verlicht, wanneer de belastingplichtige niet heeft voldaan aan de documentatieplicht van art. 8b lid 3. F.G.H. van Nus, Artikelsgewijs commentaar Artikel 8b Wet VPB 1969 Verbonden lichamen, winst 'at arms length', *NDFR*, par. 2.

²⁸⁰ F.G.H. van Nus, Artikelsgewijs commentaar Artikel 8b Wet VPB 1969 Verbonden lichamen, winst 'at arms length', *NDFR*, par. 1.

²⁸¹ Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 3.

²⁸² OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Parijs: OESO, 2010.

prestaties tussen onafhankelijke partijen worden betaald. Zonodig dienen deze prijzen te worden gecorrigeerd naar prijzen die marktconform zijn. Bij de waardering van vorderingen en schulden is deze problematiek niet aan de orde omdat crediteur en debiteur de geldverstrekking voor de bepaling van hun winst onafhankelijk van elkaar moeten waarderen (behoudens wettelijke voorschriften). Een verschuiving van winst door de waardering op de balans van vordering of schuld kan daarom niet aan de orde zijn.²⁸³

Het principe van het *at arm's length* maken van transacties in gelieerde verhoudingen voor de Wet op de vennootschapsbelasting ligt mijns inziens nog steeds besloten in het totaalwinstbegrip (art. 3.8 Wet IB jo. art. 8 VPB). Het totaalwinstbegrip is uitgekristalliseerd door (richtgevende) jurisprudentie waarin is bepaald dat voordeel genoten in de hoedanigheid van aandeelhouder uit de winst uit onderneming moet worden geëlimineerd. Om dit bereiken dient, bij de beoordeling van de zakelijkheid van transacties tussen gelieerde partijen, een dubbele toets te worden uitgevoerd. Allereerst dient te worden getoetst of de transactie *als zodanig* tussen onafhankelijke partijen wordt afgesloten. Indien dat het geval is, dan wordt gekeken naar de voorwaarden waaronder de transactie is afgesloten. Deze dienen, mits onzakelijk, voor fiscale doeleinden te worden aangepast naar een zakelijk niveau.²⁸⁴

Zoals ik in paragraaf 4.6.3 heb betoogd, is er veel voor te zeggen om de hoogte van de hoofdsom als een van de voorwaarden van een transactie te beschouwen. De hoofdsomcorrectie in het kader van de secundaire zakelijkheidstoets²⁸⁵ verzakelijkt daarmee de lening. Onafhankelijke derden zouden, na hoofdsomcorrectie, evenwel de transactie aangaan gegeven de overige voorwaarden en omstandigheden. De voor- of nadelen genoten in de hoedanigheid van de aandeelhoudersrelatie zijn dan geëlimineerd uit de winstberekening. Derhalve is toepassing van de 'junk bond'-benadering in mijn ogen niet in strijd met het *arm's length*-principe van de Wet op de vennootschapsbelasting.

In plaats van iedere geldverstrekking met onzakelijke voorwaarden te behandelen als *junk bond* - in die zin dat niet de rente maar de hoofdsom wordt aangepast – is in mijn ogen een

²⁸³ J.H.M. Arts, 'De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening', *WFR* 2015/314, par. 3.2.3.

²⁸⁴ M. Koomen en S.F. Verloove, 'Verslag 34e Fiscale conferentie 'Verrekenprijzen'', *WFR* 2012/1234, par. 2.

²⁸⁵ Onzakelijke leningen voldoen aan de primaire zakelijkheidstoets. Leningen waarvan het niet op voorhand vaststaat dat ze niet worden terugbetaald alsmede leningen zonder formele zekerheden worden voortdurend tussen onafhankelijke partijen afgesloten. W. Bruins Slot, 'Objection your honor!', *WFR* 2012/38. Zie ook paragraaf 2.5.2.3.

juistere benadering dat de ‘junk bond’-benadering slechts van toepassing is indien sprake is van een hoofdsomzakelijke lening. De *transfer pricing* regels blijven dan van belang om vast te stellen of een lening onzakelijk is.

Onder die benadering wordt allereerst vastgesteld of de vergoeding op de lening *at arm's length* kan worden gemaakt. Wanneer geen fictieve *at arm's length* (vaste) rente kan worden gevonden, is sprake van een hoofdsomzakelijke lening. Pas dan is de ‘junk bond’-benadering van toepassing.²⁸⁶ Door middel van de hoofdsomcorrectie wordt de geldverstrekking voor fiscale doeleinden verzakelijkt. Het onderscheid tussen de hoofdsomzakelijke lening en de prijszakelijke lening blijft onder deze zienswijze overeind. Uiteindelijk zijn het dezelfde materiele criteria die bepalen of een lening moet worden gezien als een hoofdsomzakelijke lening. Zowel vanuit uitvoerbaarheid als vanuit rechtszekerheid zou de ‘junk bond’-benadering daarmee geen verbetering tot stand brengen.

5.3 Valutaresultaten

Valutaresultaten zijn lastig te rijmen met het huidige leerstuk van de onzakelijke lening. Valutaresultaten behoren niet tot het door de Hoge Raad bedoelde ‘debiteurenrisico’ en bevinden zich derhalve in de belaste sfeer. In paragraaf 3.5 heb ik geconcludeerd dat het hybride karakter van de onzakelijke lening tot praktische problemen leidt indien valutaresultaten gepaard gaan met niet aftrekbare afwaarderingen (als gevolg van het voltrekken van onzakelijk genomen debiteurenrisico).

Deze problematiek doet zich in het geheel niet voor onder de ‘junk bond’-benadering. Immers, onder de ‘junk bond’-benadering vinden alle waardemutaties plaats in de belaste sfeer. Derhalve zijn vraagstukken over voorrangsposities bij samenloop tussen niet aftrekbare afwaarderingen die het gevolg zijn van het onzakelijk genomen debiteurenrisico en valutaresultaten niet aan de orde. De Hoge Raad hoeft zich derhalve niet uit te laten over de fiscale behandeling van valutaresultaten op de onzakelijk lening. Vanuit rechtszekerheidsoverwegingen is dit een verbetering ten opzichte van het huidige leerstuk.

²⁸⁶ Zoals in hoofdstuk 4 beargumenteerd, vereist bovenstaande zienswijze namelijk dat een schatting moet worden gemaakt van de omvang van de verwachte *cash flows* en de bijbehorende risicorealiseringskans bij de debiteur. Op basis daarvan moet beslist worden of het onzakelijke deel van het debiteurenrisico klein genoeg is om gecorrigeerd te worden door de prijs voor de lening (de rente) aan te passen. Immers, dan is er sprake van een prijszakelijke lening en komt men niet toe aan de ‘junk bond’-benadering.

De valuta waarin een lening wordt aangegaan is wel van belang voor de waardebeoordeling van de geldverstrekking. Een zwakkere of meer volatiele munt vergroot namelijk de onzekerheid. Dit zal resulteren in een lagere contante waarde.²⁸⁷ Ten opzichte van het leerstuk van de onzakelijke lening is dit geen complexere exercitie. Ook bij het leerstuk van de onzakelijke lening zal het valutarisico doorwerken. Immers, de crediteur zal gecompenseerd willen worden voor de onzekerheid die het valutarisico met zich meebrengt. Dit zal zich uiten in een hogere borgstellingsrente.²⁸⁸ Ik concludeer derhalve dat de fiscale uitwerking van valutaresultaten onder de 'junk bond'-benadering beter uitvoerbaar is.

5.4 Rente

Het leerstuk van de onzakelijke lening schrijft voor dat fiscaal moet worden aangesloten bij de ODR-rente.²⁸⁹ Deze fictieve rente wordt bepaald middels de borgstellingsanalogie. De rentevoet wordt gelijkgesteld aan de rente die de inlenende vennootschap zou betalen op een soortgelijke lening aan een onafhankelijke derde indien de uitlenende vennootschap zich voor deze lening borg stelt. In hoofdstuk 3 heb ik beargumenteerd dat deze behandeling de volgende praktische problemen met zich mee neemt:

- Doordat moet worden gezocht naar een fictieve rentevoet kunnen er discussies ontstaan naar de hoogte van die rente.
- Indien een uitlenende vennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlener – en de fictieve borgstellingsfictie niet tot een hogere rente leidt – mag de uitlenende vennootschap niet meer dan de risicovrij rente in aanmerking nemen. Gevolg is dat de uitlenende vennootschap een lagere rentevoet in aanmerking neemt bij een lagere kredietwaardigheid. Er wordt niet gecompenseerd voor het onzakelijk gelopen debiteurenrisico.
- Wanneer de geldverstrekker in Nederland niet meer dan de risicovrije rentevoet in aanmerking mag nemen (in de belaste sfeer), terwijl de rente bij de debiteur in het buitenland gecorrigeerd wordt naar een zakelijke (bijvoorbeeld een 'winstdelende')

²⁸⁷ Zekerheden bepalen mede de omvang van de contante waarde van een geldverstrekking (zie paragraaf 4.6).

²⁸⁸ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', *MBB* 2014/05, par. 4.4.

²⁸⁹ Zie paragraaf 3.6.1.

rente of door partijen overeengekomen (veelal hogere) rente, lijkt er sprake te zijn van een *hybride mismatch*. Deze constructie zou kunnen worden aangewend om rentevoordeel te behalen.²⁹⁰

- Indien rente vervalt en een rentevordering ontstaat, is onduidelijk welke rente de debiteur in aftrek mag brengen – de WEV rente of de borgstellingsrente.

Hieronder wordt geanalyseerd in hoeverre de ‘junk bond’-benadering in dit kader een verbetering bewerkstelligt.

Onder de ‘junk bond’-benadering sluit men fiscaal aan bij de afgesproken rentevergoeding. Er hoeft derhalve geen fictieve rentevoet te worden bepaald. Slechts de overeengekomen hoofdsom (de prijs) van de lening wordt aangepast. Deze prijsaanpassing geldt als de correctiemaatstaf voor het fiscaal ‘verzakelijken’ van de lening. Daar waar kan worden beargumenteerd dat aanpassing van de vergoeding (rentevoet) tot een winstdelende rente het karakter van een geldverstrekking te veel aantast²⁹¹, is dit mijns inziens niet het geval bij aanpassing van de hoofdsom - tot welke hoogte dan ook. Immers, nu de overige afgesproken voorwaarden (rentevergoeding, zekerheid etc.) in stand blijven, zal de geldverstrekking alle kenmerken van vreemd vermogen behouden.²⁹²

Discussies over de hoogte van de hoofdsomcorrectie komen in de plaats van discussie over de hoogte van de borgstellingsrente. Aangezien materiele factoren ten grondslag liggen aan deze discussies²⁹³, levert de ‘junk bond’-benadering in dit opzicht naar mijn mening geen concrete versimpeling op.

Wel verdient in dit kader opmerking dat discussies over aanpassing van de hoofdsom in feite ook al worden gevoerd binnen de kaders van de ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie. Indien de rente op een onzakelijke lening vervalt, schrijft de huidige ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie namelijk voor dat moet worden aangesloten bij de WEV-rente.²⁹⁴ Het leerstuk van de onzakelijke lening heeft daarmee in beginsel gevolgen voor zowel waardemutaties van de

²⁹⁰ Tevens zou sprake kunnen zijn van een ongewenste situatie van dubbele heffing.

²⁹¹ Zoals de HR betoogt. Zie: HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.2.

²⁹² Zie paragraaf 2.2.

²⁹³ Vergelijk paragraaf 3.3 en paragraaf 4.6. Zie in dit kader ook J.N. Bouwman, ‘Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting’, *NtFR* 2015/1733, par. 4.4.

²⁹⁴ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB* 2013/149. Zie paragraaf 3.6.2.

hoofdsom als de fiscaal in aanmerking te nemen rente. Over beide correcties vindt discussie plaats over de hoogte ervan. Bij de ‘junk bond’-benadering beperkt de discussie zich over de hoogte van de hoofdsomcorrectie. Hieruit blijkt naar mijn mening derhalve dat de ‘junk bond’-benadering in dit opzicht zowel vanuit rechtszekerheid²⁹⁵ als vanuit uitvoerbaarheid een verbetering met zich meebrengt. Hierbij dient echter wel te worden opgemerkt dat de aflossing van een schuld civielrechtelijk primair als de betaling van schuldig gebleven rente moet worden gezien. Een lagere waarde in het economische verkeer van de rente lijkt dan ook slechts aan de orde als de lening waardeloos is geworden.²⁹⁶ In dat geval zal de waarde in het economische verkeer van de vervallen rente veelal ook waardeloos zijn. De uitvoeringstechnische verbetering zal dan ook wellicht een louter theoretische zijn.

Aanpassing van de hoofdsom sluit naar mijn mening beter aan bij de economische werkelijkheid. Immers, indien onder het huidige ‘onzakelijke lening’-leerstuk een onzakelijke lening volledig wordt terugbetaald dan heeft de debiteur feitelijk een voordeel in de aandeelhoudersrelatie genoten²⁹⁷ dat fiscaal niet tot uitdrukking is gekomen. Dogmatisch gezien verdient dit naar mijn mening geen schoonheidsprijs.

Onder de ‘junk bond’-benadering wordt voor de fiscale behandeling bij zowel debiteur als crediteur de afgesproken rentevoet in aanmerking genomen. Dit is niet anders in het geval de inlenende vennootschap een betere kredietwaardigheid heeft dan de uitlenende vennootschap. Ongerijmdheden in dit opzicht worden daarmee weggenomen. Ook situaties waarbij een mismatch ontstaat doordat in Nederland, onder toepassing van de fictieve borgstellingsrente, een lagere rente belast is dan de rente die in het buitenland aftrekbaar is, zijn niet meer aan de orde indien de ‘junk bond’-benadering wordt toegepast.

Mismatches kunnen echter nog steeds voorkomen, zij het ten aanzien van de balanswaardering. Deze *mismatches* zijn denkbaar indien de vordering (schuld) bij de crediteur (debiteur) in het buitenland op nominale waarde gewaardeerd dient te worden terwijl in Nederland - op grond van jurisprudentie – de contante waarde op de balans moet

²⁹⁵ Zo had het arrest van HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB* 2013/149, waarin de HR nadere regels gaf omtrent het in aanmerking nemen van rente op een onzakelijke lening, nooit het licht hoeven zien.

²⁹⁶ Zie Noot Egelie bij HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB* 2013/149, punt 5.

²⁹⁷ Immers, een derde had onder gegeven voorwaarden en omstandigheden deze lening nooit verstrekt.

worden aangehouden.²⁹⁸ Hierdoor zou een fiscaal voordeel kunnen worden behaald. Het volgende voorbeeld illustreert dat.

Een buitenlandse moedermaatschappij verstrekt een onzakelijke lening aan een Nederlandse dochteronderneming. Moeder waardeert de vordering op nominale waarde volgens de in het buitenland geldende regelgeving. Op grond van de – door Nederland voorgeschreven - ‘junk bond’-benadering waardeert dochter de schuld op contante waarde. Zowel in het buitenland als in Nederland is de fiscaal in aanmerking te nemen rentevergoeding gelijk. In Nederland groeit de schuld aan tot nominale waarde. Deze aangroei is aftrekbaar van de Nederlandse winst. Hier staat in het buitenland geen belastingheffing tegenover. Immers, de vordering staat al voor nominale waarde op de balans waardoor belaste aangroei niet meer mogelijk is. Op dit punt brengt de ‘junk bond’-benadering geen verbetering met zich mee.

5.5 Simultaanuitzondering

Indien het verstrekken van een lening samenvalt met het worden van aandeelhouder, moet de geldverstrekking beoordeeld worden. Indien blijkt dat het aandeelhouderschap voortvloeit uit de geldlening geldt de simultaanuitzondering. Het leerstuk van de onzakelijke lening is dan niet van toepassing. Indien blijkt dat het geldlening voortvloeit uit het aandeelhouderschap geldt de uitzondering op de simultaanuitzondering.

Doordat de Hoge Raad geen helder toe te passen criterium heeft geformuleerd, is in de literatuur discussie ontstaan over de reikwijdte van de simultaanuitzondering. In paragraaf 3.7 concludeerde ik dat de simultaanuitzondering tot rechtsonzekerheid heeft geleid.

Onder de ‘junk bond’-benadering had deze rechtsonzekerheid evengoed bestaan. De simultaanuitzondering ziet namelijk op de kwalificatie van de geldverstrekking. Voor de kwalificatie van een lening tot onzakelijke lening²⁹⁹ is van belang of een rente kan worden gevonden die de lening niet in wezen winstdelend maakt.³⁰⁰ Zoals in paragraaf 5.2 beargumenteerd, blijft dit kwalificatiekader in stand. In dit kader brengt de ‘junk bond’-benadering in mijn ogen dan ook geen verbetering van rechtszekerheid dan wel uitvoerbaarheid met zich mee.

²⁹⁸ Het buitenland heeft immers niets te maken met onze Nederlandse jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening.

²⁹⁹ Hiermee wordt bedoeld op de hoofdsomonzakelijke lening (zie paragraaf 2.5.2.3).

³⁰⁰ Zoals bepaald in HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.2.

In paragraaf 3.7 constateer ik met Bobeldijk en Van der Velden dat het huidige leerstuk nog wel vragen openlaat. Ik noemde de situatie waarin alle aandeelhouders (met een gelijk belang) elk een geldlening aan een vennootschap verstrekken waarbij de nieuw toetredende minderheidsaandeelhouder (met een belang gelijk aan elk van de overige aandeelhouders) onder overigens vergelijkbare voorwaarden een lening verstrekt voor een veel groter bedrag dan de andere aandeelhouders. De vraag rijst hoe dit fiscaal uitwerkt. Zij schrijven dan een splitsing van de lening voor - in een zakelijk en een onzakelijk deel. Ik meen met Bobeldijk en Van der Velden dat goede argumenten zijn aan te voeren om te concluderen dat deze benadering niet in strijd is met de alles-of-nietsbenadering van de onzakelijke lening.

Onduidelijkheid omtrent bovenstaande situatie zou echter niet aan de orde geweest zijn indien de Hoge Raad had gekozen voor de 'junk bond'-benadering. Immers, de 'junk bond'-benadering schrijft in feite een splitsing - in een onzakelijke deel en een zakelijk deel - voor. De 'junk bond'-benadering had derhalve met betrekking tot de gevolgen van de simultaanuitzondering een verbetering van rechtszekerheid alsmede van de uitvoerbaarheid bewerkstelligd.

5.6 Tenietgaan van een onzakelijke lening

In paragraaf 4.7.3 is de fiscale behandeling van de afwaardering van een geldverstrekking onder de 'junk bond'-benadering behandeld. In deze paragraaf wordt het tenietgaan van de onzakelijke lening behandeld. We nemen de casus 2a³⁰¹ van paragraaf 4.7 als uitgangspunt.

Casus 2a

M verstrekt een renteloze lening aan D. De lening heeft een nominale waarde van € 100.000 en een looptijd van 10 jaar. De lening is niet direct opeisbaar. Er worden geen zekerheden afgesproken. De contante waarde bedraagt € 10.000.³⁰²

Eind jaar 5 staat de vordering op de balans van M voor de contante waarde van € 31.623.³⁰³ Stel dat D in jaar 6 dermate in de financiële problemen komt dat zeker is dat de lening niet

³⁰¹ De fiscale behandeling van de 2b casus is gelijk en wordt derhalve niet weergegeven.

³⁰² Ervan uitgaande er geen sprake is van een kapitaalverstrekking. Tevens ervan uitgaande dat het middels een correctie van de vergoeding (rente) niet mogelijk is om tot een zakelijke geldlening te komen; er is geen sprake van een 'prijsonzakelijke lening' (zie hoofdstuk 3).

³⁰³ Zie Bijlage B.

meer kan worden terugbetaald. M besluit daarop de lening kwijt te schelden. De journalposten luiden:

M:

Aan vordering		31.623
Verlies uit vordering (aftrekbaar)	31.623	

Bij realisatie van het debiteurenrisico lijdt M een aftrekbaar verlies ter grootte van de contante waarde van de vordering. Deze bestaat uit de initiële contante waarde van de vordering inclusief de bijgeschreven rentevordering (feitelijke aangroei).³⁰⁴ M heeft tevens een niet aftrekbaar deelnemingsverlies geleden ter grootte van het verschil tussen de contante waarde van de vordering en de nominale waarde. Dit bedrag heeft zij reeds op het moment van verstrekken van de lening fiscaal in D gestort (informele kapitaalstorting).

De boeking bij D luidt in jaar 6 (zie appendix):

Schuld	31.623	
Aan resultaat kwijtschelding (belast)		31.623

Bij kwijtschelding moet D de schuld afwaarderen. Immers, het staat vast dat de schuld niet zal worden voldaan nu de lening is kwijtgescholden.³⁰⁵ D boekt belaste vrijvalwinst ter grootte van de contante waarde van de vordering. Deze zal in beginsel³⁰⁶ op grond van art. 3.13, lid 1, onderdeel a, Wet IB juncto art. 8, lid 1, Wet VPB vrijgesteld zijn.

Het verschil tussen uitwerking van het 'onzakelijke lening'-leerstuk en de 'junk bond'-benadering zit in het moment waarop de informele kapitaalstorting moet worden aangenomen. De Hoge Raad heeft gekozen voor correctie achteraf, door aftrek te weigeren als het onzakelijk genomen debiteurenrisico zich voordoet. De 'junk bond'-benadering veronderstelt een correctie vooraf, reeds bij het aangaan van de geldverstrekking. Er wordt

³⁰⁴ Zie paragraaf 4.7.

³⁰⁵ Zie paragraaf 4.4.2.

³⁰⁶ Mits op grond van zakelijke redenen tot kwijtschelding is overgegaan.

een schatting gemaakt van de waarde van de vordering, gevolgd door een herwaardering van het verschil met de nominale waarde tot informeel kapitaal.

De door de Hoge Raad gekozen benadering heeft het praktische voordeel dat geen correctie hoeft plaats te vinden zolang het debiteurenrisico zich niet realiseert. Tevens zal de correctie (de daadwerkelijke afwaardering) derhalve niet te hoeven worden geschat. Vanuit uitvoerbaarheidsoverwegingen kan worden beargumenteerd dat correctie achteraf gewenster is.

Echter, een correctie vooraf is in mijn ogen dogmatisch gezien juist. Het onzakelijke debiteurenrisico wordt reeds bij het aangaan van de geldverstrekking genomen. De vermogensverschuiving vindt in mijn ogen dan ook reeds op dat moment plaats. Immers, de gelieerde geldverstrekker betaalt te veel voor de verkrijging van een vordering die feitelijk een lagere waarde³⁰⁷ heeft dan de nominale waarde. Deze benadering is lijn met de fiscale behandeling van de overdracht van een vermogensbestanddeel door debiteur aan een gelieerde crediteur.³⁰⁸ Deze benadering vereist wel dat een schatting moet worden gemaakt van de omvang van de verwachte *cash flows* en de bijbehorende risicorealiseringskansen bij de debiteur.³⁰⁹ Zoals in hoofdstuk 4 beargumenteerd zal dit in de praktijk complexe (kans)berekeningen leiden. Naar mijn mening is de 'junk bond'-benadering qua fiscale behandeling van de informele kapitaalstorting dan ook lastiger uitvoerbaar dan het huidige leerstuk van de onzakelijke lening. Vanuit rechtszekerheid echter, is de correctie vooraf mijns inziens gewenster. De praktijk had veel onduidelijkheid bespaard gebleven mocht de Hoge Raad hebben gekozen voor de 'junk bond'-benadering (met correctie vooraf).

5.7 Overdracht van een onzakelijke lening

In deze paragraaf wordt de overdracht van een onzakelijke lening onder de 'junk bond'-benadering behandeld. We vervolgen casus 2a.³¹⁰ Stel, in het begin van jaar 8 draagt M de vordering op D over aan X BV. X BV is niet gelieerd aan M of D. De vordering op D staat voor de contante waarde op de balans bij M. Deze contante waarde (of verwachtingswaarde³¹¹) is

³⁰⁷ Zie paragraaf 4.6.

³⁰⁸ Zie bijvoorbeeld HR 12 februari 1964, nr. 15 068, *BNB* 1964/95 ('hopperzuiger-arrest').

³⁰⁹ Aan de hand daarvan kan de contante waarde berekend worden. Het verschil tussen het bedrag van de nominale waarde en de contante waarde vormt een informele kapitaalstorting.

³¹⁰ De fiscale behandeling van de 2b casus is gelijk en wordt derhalve niet weergegeven.

³¹¹ Zie paragraaf 4.6.2.

gelijk aan de prijs die een onafhankelijke investeerder zal betalen. Immers, de onzakelijke voorwaarden zijn verdisconteerd in de prijs.

2a

In het begin van jaar 8 staat de vordering bij M voor € 50.119 op de balans. Bij overdracht boekt M:

Kas	50.119	
Aan vordering		50.119

De fiscale uitwerking (oprenten, afwaarderen, aflossen) bij X BV werkt op dezelfde manier als dat het voor M deed.³¹² De fiscale uitwerking bij D verandert niet. Immers, behoudens de schuldeiser, verandert er voor de debiteur niets.

Onder de 'junk bond'-benadering staat bij zowel crediteur als debiteur de lening voor de contante waarde op de balans. Deze contante waarde geeft een zakelijke waarde (prijs) weer. Bij overdracht zal derhalve geen prijscorrectie meer plaats hoeven vinden. Dit is een groot voordeel ten opzichte van het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Onduidelijkheid zoals onder het huidige leerstuk heerst³¹³ over de benadering – subject- of objectgebonden – wordt voorkomen. Vanuit rechtszekerheid zou de 'junk bond'-benadering dan ook gewenster zijn. De behandeling van de overdracht van de onzakelijke lening onder de 'junk bond'-benadering is naar mijn mening tevens beter uitvoerbaar dan onder het leerstuk van de onzakelijke lening.

5.8 Aangaan en verbreken fiscale eenheid

In deze paragraaf wordt toegelicht wat de fiscale gevolgen zijn onder de 'junk bond'-benadering van het aangaan en verbreken van een fiscale eenheid tussen de crediteur en haar gelieerde debiteur.

³¹² Tenzij ten tijde van overdracht van de vordering duidelijk is dat een deel van de vordering vermoedelijk oninbaar is. In dat geval dient pas winst genomen te worden op het moment van (gedeeltelijke) betaling (zie paragraaf 4.4.1).

³¹³ Zie paragraaf 3.9.

5.8.1 Aangaan fiscale eenheid

Bij het aangaan van een fiscale eenheid dient rekening te worden gehouden met de entreeheffingen van art. 15ab Wet VPB. De entreeheffingen dienen ertoe eventueel claimverlies tegen te gaan dat mogelijk ontstaat wanneer, door aangaan van een fiscale eenheid, de vermogensrelaties tussen dochter- en moedervenootschap verdwijnen. In art. 15ab lid 6 Wet VPB is een waarderingsvoorschrift beschreven waarmee de wetgever beoogt de fiscale claims die betrekking hebben op de onderlinge vorderingen en schulden tussen de moeder- en dochtervenootschap veilig te stellen. Krachtens art. 15ab lid 6 Wet VPB dienen de vordering en de schuld in het laatste pré-fiscale- eenheidsjaar te worden gewaardeerd op de bedrijfswaarde (doch niet hoger dan de nominale waarde).

Met Peeters³¹⁴ ben ik van mening dat met ‘bedrijfswaarde’ in dit kader uitdrukkelijk niet het begrip ‘bedrijfswaarde’ (van een bedrijfsmiddel) als onderdeel van jaarwinstproblematiek wordt bedoeld.³¹⁵ Ik meen met Peeters steun te vinden voor deze zienswijze in het feit dat het doel van art. 15ab lid 6 Wet VPB (en het vroeger geldende standaardvoorwaarde 2a³¹⁶) is om dubbele verliesverrekening tegen te gaan. Dit duidt op totaalwinstproblematiek (in plaats van jaarwinstproblematiek) waardoor de waarde in het economische verkeer (contante waarde) relevant is.

Wanneer zowel crediteur als debiteur – zoals in onze casus – de geldlening voor contante waarde op de balans hebben staan, heeft art. 15ab lid 6 Wet VPB derhalve geen gevolgen. Er vindt geen afwaardering (meer) plaats op grond van art. 15ab lid 6 Wet VPB. Omdat de onderlinge vordering en schuld gelijk zijn gewaardeerd bij debiteur en crediteur is consolidatie mogelijk, waarbij de vordering en de schuld – althans gedurende het bestaan van de fiscale eenheid – van de fiscale balans verdwijnen. Dit is in mijn ogen zowel met betrekking tot uitvoerbaarheid alsmede rechtszekerheid een grote verbetering.

³¹⁴ P.J.J.M. Peeters, ‘Rentecorrectie bij onzakelijke renteloze geldleningen: jaarlijks of in één keer?’, *WFR* 2005/666, par. 2.

³¹⁵ Het begrip ‘bedrijfswaarde’ is door de Hoge Raad in HR 11 december 1985, nr. 23.159, *BNB* 1987/187, als volgt gedefinieerd: “de waarde welke een verkrijger bij overname van de gehele onderneming zou toekennen aan het afzonderlijke activum, indien hij zou uitgaan van de overnemingswaarde van het geheel en voornemens zou zijn de uitoefening van de onderneming voort te zetten.”

³¹⁶ In het oude regime fiscale eenheid (tot 2003) was de regeling zoals deze thans in art. 15ab, lid 6 staat, opgenomen in standaardvoorwaarde 2a (resolutie van 30 september 1991, nr. DB91/2309, *Stcrt.* 1991, 189, *BNB* 1991/329). Deze regeling is door de invoering van art. 15ab, lid 6 niet inhoudelijk gewijzigd, S.M. Luijsterburg-Groot Koerkamp, ‘artikelsgewijs commentaar Artikel 15ab Wet VPB 1969 Entreeheffingen/latent liquidatieverlies’, *NDFR*, par. 10.

5.8.2 Verbreken fiscale eenheid

Onderlinge schulden en vorderingen komen voor de vennootschapsbelasting pas (weer) tot uitdrukking op het moment dat de fiscale eenheid is gesplitst. Op grond van art. 15aj lid 2 wet VPB³¹⁷ moeten onderlinge vorderingen op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip worden gesteld op nominale waarde, of indien dat lager is, de 'bedrijfswaarde'. Omdat er sprake is van het opnemen van een vordering op de balans van de weer zelfstandig belastingplichtig geworden moedermaatschappij (M), is sprake van een waardering tegen de waarde economische verkeer (contante waarde).³¹⁸ In *BNB 1988/264*³¹⁹ heeft de Hoge Raad deze zienswijze expliciet bevestigd. In deze zaak stond de splitsing van een (oude) fiscale eenheid centraal. Binnen deze fiscale eenheid had M een niet direct opeisbare renteloze vordering op haar dochter.

Ook in deze zaak³²⁰ besliste de Hoge Raad dat de combinatie van niet directe opeisbaarheid met de renteloosheid van de vordering tot gevolg heeft dat de vordering op de contante waarde op de balans komt (van de nieuwe zelfstandige moeder). De Hoge Raad oordeelde in rechtsoverweging 4.2:

“Het Hof heeft geoordeeld dat de bedrijfswaarde van de vordering, gezien de renteloosheid en het feit dat zijn niet-direct opeisbaar was, op het splitsingstijdstip (...) is te stellen op de contante waarde ervan, (...).”

Op grond van art. 15aj lid 2 Wet VPB, tweede volzin, blijft latere waardeaan groei van een beneden de nominale waarde te boek gestelde vordering in beginsel belast. De wetgever heeft in art. 15aj, lid 2, derde volzin twee uitzonderingen op deze regel toegelaten.

De eerste uitzondering ziet op een situatie waarin het verlies op de vordering niet ten laste van de winst is gekomen van de crediteur omdat de waardedaling van de vordering zich tijdens het bestaan van de fiscale eenheid heeft voorgedaan. Dit is niet van toepassing bij de 'junk

³¹⁷ In het oude regime fiscale eenheid (tot 2003) was de regeling zoals deze thans in art. 15aj, lid 2 staat, opgenomen in standaardvoorwaarde 13 (resolutie van 30 september 1991, nr. DB91/2309, Stcrt. 1991, 189, *BNB 1991/329*).

³¹⁸ Vgl. zienswijze aangaan fiscale eenheid.

³¹⁹ HR 29 juni 1988, nr. 25 363, *BNB 1988/264*.

³²⁰ Vgl. zaken renteloze niet direct opeisbare geldleningen, HR 29 oktober 1958, *BNB 1958/342*, HR 19 december 1979, *BNB 1980/46* en HR 6 december 2000, nr. 35 997, *BNB 2001/85*.

bond'-benadering. De geldverstrekking wordt immers reeds op het tijdstip van aangaan gewaardeerd op de (lagere) contante waarde.

De tweede uitzondering ziet op de situatie waarin het verlies op de vordering wel ten laste van de winst van de crediteur is gebracht, maar op grond van een specifieke wettelijke bepaling (13b, 13ba of 15ab lid 6 Wet VPB) is teruggenomen bij het aangaan van de fiscale eenheid. Dit is niet van toepassing bij de 'junk bond'-benadering (zie paragraaf 4.7).³²¹

Omtrent de waardering van de schuld bij de (nieuwe zelfstandige) dochter bepaalt art. 15aj lid 2 Wet VPB dat deze moet worden gewaardeerd op de nominale waarde.³²² Uitwerking van art. 15aj lid 2 Wet VPB lijkt hiermee te wringen met een, boekhoudkundige gezien, juiste wijze van consolideren.³²³ Bovendien zal, bij de jaarwinstbepaling, goed koopmansgebruik vervolgens inbreuk maken op de waardering op nominale waarde en een waardering op contante waarde voorschrijven.³²⁴ Uitwerking van art. 15aj lid 2 Wet VPB - schuld waarderen op nominale waarde - lijkt hiermee tevens te wringen met de uitwerking van de 'junk bond'-benadering aangezien D geen aftrekbare rentekosten meer kan nemen ter grootte van de aangroei naar nominale waarde (zie paragraaf 4.7.2).³²⁵ Ook onder het huidige 'onzakelijke lening'-leerstuk doet deze problematiek zich – in theorie althans - voor.

5.9 Wettelijke grondslag onzakelijke lening

In paragraaf 3.11.2 heb ik beargumenteerd dat de onzakelijke lening 'omlaag' wettelijke grondslag mist. Voor wat betreft de lening 'omlaag' vindt de hybride figuur die de Hoge Raad heeft gecreëerd (een lening die voor wat betreft de fiscale gevolgen gedeeltelijk onder de deelnemingsvrijstelling valt en gedeeltelijk niet) geen grondslag in de fiscale wetgeving. Hierbij zit de crux in het feit dat het nemen van een verlies op een onzakelijke lening nog niet als een informele kapitaalstorting kan worden gezien, waardoor het op grond van art. 8 lid 1

³²¹ Art. 13b en 13ba zien op het vervreemden/overbrengen respectievelijk omzetten van afgewaardeerde schuldvorderingen. Dit is niet aan de orde in de casus. Hier ga ik verder niet op in.

³²² Dit in tegenstelling tot het waarderingsvoorschrift bij aangaan van de fiscale eenheid waarbij de schuld op het ontvoegingstijdstip op hetzelfde bedrag moet worden gewaardeerd als de bijbehorende vordering (ex art. 15ab lid 6 Wet VPB).

³²³ Immers bij een juiste wijze van deconsolideren zouden de herlevende vordering en schuld op het splitsingstijdstip op hetzelfde bedrag moeten worden gewaardeerd, J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, 2014, p.319.

³²⁴ Immers, indien de contante waarde van de schuld aanmerkelijk (ten minste 10%) afwijkt van de nominale waarde, moet de schuld op contante waarde worden gewaardeerd (zie paragraaf 4.4).

³²⁵ Mijns inziens zou de wetgever deze ongerijmdheid echter eenvoudig kunnen repareren.

wet VPB jo. art. 3.25 Wet IB ten laste van de belastbare winst zou moeten komen. De huidige behandeling past daarmee moeizaam binnen het totaalwinstbeginsel.

Onder de 'junk bond'-benadering blijft de onzakelijke lening fiscaalrechtelijk een lening. In tegenstelling tot onder het leerstuk van de onzakelijke lening, is het verlies op de onzakelijke lening fiscaal aftrekbaar (zie paragraaf 5.6). Derhalve valt deze benadering beter te rijmen met het totaalwinstbeginsel (ex art. 8 lid 1 Wet VPB jo. art. 3.8 Wet IB).³²⁶

De 'junk bond'-benadering sluit tevens goed aan bij bestaande rechtsspraak met betrekking tot het totaalwinstbeginsel. Een dergelijke benadering is namelijk al te vinden in de jurisprudentie omtrent langlopende (niet op korte termijn) opeisbare laagrentende of renteloze leningen.³²⁷

Volgens deze jurisprudentie³²⁸ moet, bij een aanzienlijk verschil tussen de contante waarde en de nominale waarde, een vordering op de contante waarde worden gewaardeerd. Bij waardering tegen contante waarde is tot het bereiken van de nominale waarde van de vordering op de aflossingsdatum een jaarlijkse opwaardering vereist. Ook bij deze benadering leidt het verschil tussen de nominale waarde en de waarde in het economische verkeer van de lening tot een informele kapitaalstorting ('omlaag') of een verkapte uitdeling ('omhoog').

De Hoge Raad had naar mijn mening, gezien wetgeving en eerder gewezen jurisprudentie, dan ook een zeer consequente keuze gemaakt indien zij de 'junk bond'-benadering had gekozen. In plaats daarvan is zij zeer ver gegaan door rechtsregels te formuleren die niet altijd rijmen met wettelijke grondslagen. Vanuit het perspectief van rechtszekerheid valt dit naar mijn mening te betreuren.

³²⁶ Zie ook paragraaf 5.2.

³²⁷ Tevens is deze benadering in lijn met de fiscale behandeling van de overdracht van een vermogensbestanddeel door debiteur aan een gelieerde crediteur. Zie HR 12 februari 1964, nr. 15 068, BNB 1964/95 ('hopperzuiger-arrest').

³²⁸ Zie bv. HR 29 april 1958, nr. 13 538, BNB 1958/198 en HR 19 december 1979, nr. 19 597, BNB 1980/46. Voor een compleet overzicht van deze jurisprudentie zie: Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 3.25 Wet IB, aant. 16.4.4.

5.10 Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik een vergelijkingsanalyse gemaakt van enerzijds de knelpunten en onduidelijkheden van het leerstuk van de onzakelijke lening, anderzijds de mogelijke knelpunten van de 'junk bond'-benadering. Ik heb hierbij getoetst aan de rechtszekerheid en uitvoerbaarheid van beide benaderingen.

Een van de knelpunten van het leerstuk van de onzakelijke lening is dat de onzakelijkheid van een geldverstrekking moet worden beoordeeld aan de hand van materiële criteria. Het ontbreken van een helder eenduidig toe te passen criterium vormt een knelpunt binnen het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Het maakt de beoordeling van de zakelijkheid van een geldverstrekking in de praktijk lastig en leidt tot veel discussies. Hoewel er voor kan worden gekozen de 'junk bond'-benadering toe te passen op alle typen onzakelijke leningen, constateer ik dat een juistere benadering is om de 'junk bond'-benadering slechts van toepassing te achten op de hoofdsomzakelijke lening. Deze zienswijze sluit beter aan bij de transfer pricing regels zoals deze via art. 8b Wet VPB doorwerken in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Onder deze zienswijze wordt allereerst vastgesteld of de vergoeding op de lening *at arm's length* kan worden gemaakt. Wanneer geen fictieve *at arm's length* (vaste) rente kan worden gevonden, is sprake van een hoofdsomzakelijke lening. De 'junk bond'-benadering wordt dan toegepast. Door middel van een hoofdsomcorrectie wordt de lening voor fiscale doeleinden verzakelijkt. Wordt deze zienswijze gevolgd, dan bewerkstelligt de 'junk bond'-benadering geen verbetering van rechtszekerheid dan wel uitvoerbaarheid. Het onderscheid tussen de hoofdsomzakelijke lening en de prijsonzakelijke lening blijft onder deze zienswijze overeind. Uiteindelijk zijn het dezelfde materiele criteria die bepalen of een lening moet worden gezien als een hoofdsomzakelijke lening.

Valutaproblematiek doet zich in het geheel niet voor onder toepassing van de 'junk bond'-benadering. Onder de 'junk bond'-benadering vinden alle waardemutaties plaats in de belaste sfeer. Derhalve zijn vraagstukken over voorrangsposities bij samenloop tussen niet aftrekbare afwaarderingen die het gevolg zijn van het onzakelijk genomen debiteurenrisico en valutaresultaten niet aan de orde. Dit komt de uitvoerbaarheid ten goede. Ook vanuit rechtszekerheidsoverweging is dit een verbetering ten opzichte van het huidige leerstuk aangezien de Hoge Raad zich dan niet meer zou hoeven uitlaten over de fiscale behandeling van valutaresultaten op de onzakelijk lening.

Het leerstuk van de onzakelijke lening schrijft voor dat fiscaal moet worden aangesloten bij een fictieve borgstellingsrente. Dit brengt een aantal praktische problemen met zich mee. Onder de 'junk bond'-benadering sluit men fiscaal aan bij de afgesproken rentevergoeding. Er hoeft derhalve geen fictieve rentevoet te worden bepaald. Wel dient de contante waarde van de geldverstrekking te worden vastgesteld. Discussies over de hoogte van de contante waarde komen in de plaats van discussies over de hoogte van de borgstellingsrente. Aangezien materiele factoren ten grondslag liggen aan deze discussies, levert de 'junk bond'-benadering in dit opzicht naar mijn mening voor de praktijk geen concrete versimpeling op. *Mismatches* in grensoverschrijdende situaties zijn nog steeds aan de orde onder de 'junk bond'-benadering. Ongerijmdheden in het geval de crediteur een slechtere kredietwaardigheid heeft dan de debiteur worden weggenomen indien de 'junk bond'-benadering wordt gevolgd. Aan de hand van bovenstaande concludeer ik dat de 'junk bond'-benadering zowel vanuit rechtszekerheid als vanuit uitvoerbaarheid een verbetering bewerkstelligt.

Doordat de Hoge Raad geen helder toe te passen criterium heeft geformuleerd, is in de literatuur discussie ontstaan over de reikwijdte van de simultaanuitzondering. De simultaanuitzondering ziet op de kwalificatie van een geldverstrekking tot een onzakelijke lening. Dit is niet anders onder de 'junk bond'-benadering. De 'junk bond'-benadering sluit wel beter aan bij de praktische gevolgen van de simultaanuitzondering. De 'junk bond'-benadering had derhalve met betrekking tot de gevolgen van de simultaanuitzondering een verbetering van rechtszekerheid alsmede van de uitvoerbaarheid bewerkstelligd.

Een verschil tussen uitwerking van het 'onzakelijke lening'-leerstuk en de 'junk bond'-benadering zit in het moment waarop de informele kapitaalstorting moet worden aangenomen. De Hoge Raad heeft gekozen voor correctie achteraf, door aftrek te weigeren als het onzakelijk genomen debiteurenrisico zich voordoet. De 'junk bond'-benadering veronderstelt een correctie vooraf, reeds bij het aangaan van de geldverstrekking. Er wordt een schatting gemaakt van de waarde van de vordering, gevolgd door een herwaardering van het verschil met de nominale waarde tot informeel kapitaal. Het 'onzakelijke lening'-leerstuk heeft het praktische voordeel dat geen correctie hoeft plaats te vinden zolang het debiteurenrisico zich niet realiseert. Tevens zal de correctie (de daadwerkelijke afwaardering) derhalve niet te hoeven worden geschat. Uitwerking van de 'junk bond'-benadering in dit kader is derhalve lastiger. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid had de Hoge Raad echter

beter voor de 'junk bond'-benadering kunnen kiezen. Een correctie vooraf is dogmatisch gezien ook juister en past beter binnen de rechtspraak.

Onder de 'junk bond'-benadering staat bij zowel crediteur als debiteur de lening voor de contante waarde op de balans. Deze contante waarde geeft een zakelijke waarde (prijs) weer. Bij overdracht zal derhalve geen prijscorrectie meer plaats hoeven vinden. Dit is een groot voordeel ten opzichte van het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Onduidelijkheid zoals onder het huidige leerstuk heerst over de benadering – subject- of objectgebonden – wordt voorkomen. Vanuit rechtszekerheid zou de 'junk bond'-benadering dan ook gewenster zijn. De behandeling van de overdracht van de onzakelijke lening onder de 'junk bond'-benadering is naar mijn mening tevens beter uitvoerbaar dan onder het leerstuk van de onzakelijke lening.

De 'junk bond'-benadering lost de problematiek rondom de onzakelijke lening en de fiscale eenheid gedeeltelijk op. Doordat bij zowel crediteur als debiteur de lening voor contante waarde op de balans staan, levert het aangaan van de fiscale eenheid geen ongerijmdheden op met de wet (in het bijzonder art. 15ab lid 6 Wet VPB). Met betrekking tot de behandeling van de fiscale eenheid is de 'junk bond'-benadering daarmee in mijn ogen beter uitvoerbaar. Ook zou de Hoge Raad zich niet meer hoeven uitlaten over dit, nog onduidelijke, aspect van de onzakelijke lening. Dit was de rechtszekerheid ten goede was gekomen.

Voor wat betreft de lening 'omlaag' vindt de hybride figuur die de Hoge Raad heeft gecreëerd (een lening die voor wat betreft de fiscale gevolgen gedeeltelijk onder de deelnemingsvrijstelling valt en gedeeltelijk niet) geen grondslag in de fiscale wetgeving. Hierbij zit de crux in het feit dat het nemen van een verlies op een onzakelijke lening nog niet als een informele kapitaalstorting kan worden gezien, waardoor het op grond van art. 8 lid 1 wet VPB jo. art. 3.25 Wet IB ten laste van de belastbare winst zou moeten komen. De huidige behandeling past daarmee moeizaam binnen het totaalwinstbeginsel. Onder de 'junk bond'-benadering blijft de onzakelijke lening fiscaalrechtelijk een lening. In tegenstelling tot onder het leerstuk van de onzakelijke lening, is het verlies op de onzakelijke lening fiscaal aftrekbaar. Derhalve valt deze benadering beter te rijmen met het totaalwinstbeginsel. In het kader van rechtszekerheid zou de 'junk bond'-benadering naar mijn mening dan ook gewenster zijn.

Bovenstaande vergelijkingsanalyse wordt in mijn vergelijkingschema weergegeven.

Vergelijkingsschema 'junk bond'-benadering ten opzichte van 'onzakelijke lening'-leerstuk

	Rechtszekerheid	Uitvoerbaarheid
Kwalificatie onzakelijke lening	+/-	+/-
Valutaresultaten	+	+
Rente	+	+
Simultaanuitzondering	+	+
Tenietgaan onzakelijke lening	+	-
Overdracht	+	+
Fiscale eenheid	+	+
Wettelijke grondslag	+	+/-
Totaal	7 (+)	4 (+)

Opmerkingen:

- Bovenstaand schema geeft een vergelijkingsanalyse van de 'junk bond'-benadering ten opzichte van het huidige 'onzakelijke lening'-leerstuk.
- De gehanteerde criteria zijn rechtszekerheid en uitvoerbaarheid.
- Per onderdeel (aspect) zijn 3 opties mogelijk. Een "+" betekent dat de 'junk bond'-benadering gewenster is met betrekking tot het betreffende aspect. Een "+/-" betekent dat 'junk bond'-benadering geen verbetering met zich meebrengt. Een "-" betekent dat het huidige onzakelijke leerstuk gewenster is dan de 'junk bond'-benadering. Alle aspecten tellen even zwaar mee in de beoordeling.
- De 'junk bond'-benadering is gewenster indien het ten aanzien van de door mij gekozen aspecten (de knelpunten en onduidelijkheden uit de 'onzakelijke lening'-jurisprudentie) beter scoort in het kader van rechtszekerheid en/of uitvoerbaarheid. Dit betekent dat de 'junk bond'-benadering gewenster is bij een score van > 0.

Aan de hand van de uitkomst van mijn vergelijkingsanalyse geef ik antwoord op mijn probleemstelling:

"Had de Hoge Raad in BNB 2012/39, gezien de jurisprudentie naar aanleiding van het 'onzakelijke lening'-leerstuk, - achteraf gezien - beter kunnen kiezen voor de door A-G Wattel voorgestelde 'junk bond'-benadering?"

Ik concludeer uit mijn vergelijkingsanalyse dat de 'junk bond'-benadering gewenster was geweest in het kader van de rechtszekerheid ($7 > 0$). Tevens concludeer ik dat de 'junk bond'-benadering gewenster was geweest in het kader van uitvoerbaarheid ($4 > 0$). De Hoge Raad had derhalve mijns inziens in *BNB* 2012/39 – achteraf gezien – beter voor de door A-G Wattel voorgestelde 'junk bond'-benadering kunnen kiezen.

6. Conclusie

In deze scriptie stond de problematiek rondom de onzakelijke lening centraal. Meer specifiek heb ik onderzoek gedaan naar de zogenoemde ‘junk bond’-benadering. De ‘junk bond’-benadering is geïntroduceerd door A-G Wattel in zijn conclusie die is opgenomen in *BNB* 2012/39 als alternatieve behandeling voor de ‘onzakelijke lening’. De Hoge Raad is op het terrein van de vennootschapsbelasting nooit zover is gegaan met het ontwikkelen van eigen regels als bij de onzakelijke geldlening. De taak van de Hoge Raad is dat hij richting geeft aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid en de rechtszekerheid bevordert door rechtsvragen in concrete zaken te beantwoorden. Hierbij moet zoveel mogelijk duidelijkheid worden gecreëerd voor toekomstige gevallen. Gezien de grote hoeveelheid aan ‘onzakelijke lening’-jurisprudentie, heb ik mij in deze scriptie afgevraagd of de Hoge Raad zijn taak op een succesvolle wijze heeft vervuld.

De probleemstelling luidt:

“Had de Hoge Raad in BNB 2012/39, gezien de jurisprudentie naar aanleiding van het ‘onzakelijke lening’-leerstuk, - achteraf gezien - beter kunnen kiezen voor de door A-G Wattel voorgestelde ‘junk bond’-benadering?”

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

Allereerst is gekeken welke verschillen bestaan tussen de eigenschappen van eigen en vreemd vermogen van een vennootschap. Er is sprake van civielrechtelijk eigen vermogen indien bij vereffening van een vennootschap de aandeelhouders pas uitkeringen kunnen ontvangen indien het beschikbare vermogen daartoe toereikend is nadat de schulden van de schuldeisers zijn afgelost. Fiscaalrechtelijk wordt de civielrechtelijke vorm van een kapitaalverstrekking gevolgd. Als de geldnemer een terugbetalingsverplichting heeft, vormt de geldverstrekking civielrechtelijk een geldlening. De fiscale kwalificatie van een geldverstrekking volgt de civielrechtelijke vorm tenzij sprake is van een schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeputlening. Is dit het geval dan volgt fiscale herkwalificatie tot eigen vermogen.

De Hoge Raad achtte de handvatten van het fiscale speelveld niet toereikend en introduceerde in *BNB* 2008/191 het leerstuk van de ‘onzakelijke lening’. Dit type lening onderscheidt zich van de prijsonzakelijke lening in die zin dat onder dezelfde voorwaarden en

omstandigheden geen zakelijke *at arm's length*-vergoeding kan worden gevonden om de verstrekking zakelijk te maken. Tevens is er geen sprake van een transactioneel onzakelijke lening omdat bij dit type lening niet het uitlenen van de gelden *als zodanig* onzakelijk is, maar (slechts) het aangaan van het debiteurenrisico onzakelijk (vindt zijn oorsprong in handelen buiten de ondernemingsfeer) is. De Hoge Raad creëerde in *BNB 2008/191* een hybride figuur; de gevolgen van het onzakelijk genomen debiteurenrisico worden bij de fiscale winstbepaling geëlimineerd. Afwaarderingen (het gevolg van realisatie van het onzakelijk genomen debiteurenrisico) zijn niet aftrekbaar, maar de vergoeding voor het ter beschikking stellen van de geldlening (*als zodanig* niet onzakelijk dus binnen de ondernemingsfeer) wordt nog wel tot de belaste winst gerekend.

Het leerstuk van de 'onzakelijke lening' heeft tot veel vragen en onduidelijkheden geleid. Deze vragen en onduidelijkheden zijn aan bod gekomen in de grote hoeveelheid aan 'onzakelijke lening'-jurisprudentie die naar aanleiding van *BNB 2012/37* het licht heeft gezien. Hoewel de Hoge Raad de in de literatuur en praktijk gerezen vragen deels heeft beantwoord en de ongerijmdheden deels heeft weggenomen, blijven er knelpunten en onduidelijkheden bestaan. Ze omvatten de volgende:

- a) De onzakelijkheid van een geldverstrekking moet worden beoordeeld aan de hand van materiële criteria. Het ontbreken van een helder eenduidig toe te passen criterium maakt de beoordeling van de zakelijkheid van een geldverstrekking in de praktijk lastig en leidt tot veel discussies.
- b) De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de fiscale behandeling van valutaresultaten op de onzakelijke lening. Het hybride karakter van de onzakelijke lening brengt praktische problemen wanneer men aanneemt dat valutaresultaten zich in de belaste sfeer afspelen.
- c) De fiscaal in aanmerking te nemen rente op een onzakelijke lening dient te worden vastgesteld middels de borgstellingsanalogie. Er dient een fictieve rente te worden bepaald waarbij een vergelijking wordt getrokken met imaginaire gevallen waarvan geen gegevens beschikbaar zijn. Het gevolg is dat er in de praktijk discussies ontstaan tussen inspecteur en belastingplichtige over de hoogte van die rente. Dit maakt het leerstuk van de onzakelijke

lening voor de praktijk erg complex en lastig uitvoerbaar. Bovendien brengt een borgstellingsfictie de volgende ongerijmdheden met zich mee:

i) Indien een uitlenende vennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlener – en de fictieve borgstellingsfictie niet tot een hogere rente leidt – mag de uitlenende vennootschap niet meer dan de risicovrije rente in aanmerking nemen. Gevolg is dat de uitlenende vennootschap een lagere rentevoet in aanmerking neemt bij een lagere kredietwaardigheid. Er wordt niet gecompenseerd voor het onzakelijk gelopen debiteurenrisico.

ii) Wanneer de geldverstrekker in Nederland niet meer dan de risicovrije rentevoet in aanmerking mag nemen (in de belaste sfeer), terwijl de rente bij de debiteur in het buitenland gecorrigeerd wordt naar een zakelijke (bijvoorbeeld een ‘winstdelende’) rente of door partijen overeengekomen (veelal hogere) rente, lijkt er sprake te zijn van een *hybride mismatch*. Deze constructie zou kunnen worden aangewend om rentevoordeel te behalen. iii) Indien rente vervalt en een rentevordering ontstaat, is onduidelijk welke rente de debiteur in aftrek mag brengen – de WEV rente of de borgstellingsrente.

d) Er bestaat nog steeds onduidelijkheid over de fiscale uitwerking van de simultaanuitzondering van *BNB 2013/170* en *BNB 2014/98*.

e) Er bestaat onduidelijkheid over de fiscale gevolgen van het tenietgaan van een onzakelijke lening indien de aandelen in de debiteur zijn verdeeld over (meerdere) gelieerde personen.

f) Het leerstuk van de onzakelijke lening zorgt voor ongerijmdheden in het geval de onzakelijke lening wordt overgedragen. In de literatuur zijn verscheidene benaderingen voorgedragen. Vanuit het perspectief van de (nieuwe) crediteur gezien, lijkt een subjectgebonden benadering logischer. Vanuit het perspectief van de debiteur ligt een objectgebonden benadering meer voor de hand. Een alternatieve benadering waarbij de periode van onzakelijkheid wordt afgesloten bij overdracht lijkt een consistentere oplossing al sluit deze niet naadloos aan bij het leerstuk van de onzakelijke lening.

g) Er bestaat nog steeds onduidelijkheid over doorwerking van het ‘onzakelijke lening’-leerstuk bij het aangaan en verbreken van een fiscale eenheid. Deze onduidelijkheden leiden naar mijn mening tot rechtsonzekerheid.

h) De onzakelijke lening 'omlaag' lijkt wettelijke grondslag te missen. De hybride figuur die de Hoge Raad heeft gecreëerd: een lening die voor wat betreft de fiscale gevolgen gedeeltelijk onder de deelnemingsvrijstelling valt en gedeeltelijk niet, vindt geen grondslag in de fiscale wetgeving.

Ik heb vervolgens onderzocht hoe de 'junk bond'-benadering fiscaal uitwerkt. De 'junk bond'-benadering is gebaseerd op het leerstuk van de behandeling van renteloze niet direct opeisbare geldverstrekkingen. Renteloze (en laagrentende) vorderingen worden bij de crediteur op contante waarde aan de actiefzijde van de balans opgenomen. Bij de crediteur is jaarlijks een opwaardering vereist en wel op een zodanige wijze dat het nominale bedrag van de vordering op het aflossingsmoment is bereikt. Volgens de regels van het goed koopmansgebruik komt de jaarlijkse aangroei ten laste van de winst. Op vergelijkbare wijze worden renteloze schulden tegen de contante waarde op de passiefzijde van de debiteur opgenomen. De aangroei tot nominale waarde gedurende de looptijd van de schuld komt ten laste van de winst.

De contante waarde van een geldverstrekking is afhankelijk van i) het nominale bedrag, ii) de looptijd (opeisbaarheid), iii) de vergoeding, iv) de gegoedheid van de schuldenaar en v) de door de schuldenaar gestelde zekerheden. Voor de opeisbaarheid geldt het beginsel van *substance over form*. Indien een renteloze (of laagrentende) verstrekking materieel direct opeisbaar is, is hooguit sprake van een jaarlijkse informele kapitaalstorting/winstuitdeling. Indien een geldverstrekking materieel gezien niet direct opeisbaar is en zekerheden ontbreken, dient de contante waarde te worden bepaald. In feite moet de kredietwaardigheid van de debiteur worden geschat. Men dient een schatting te maken van de omvang van de verwachte *cash flows* en de bijbehorende risicorealiseringskans. Deze benadering brengt schattingsproblemen met zich mee. Gezocht is naar handvatten om op alternatieve wijze de omvang van de contante waarde te berekenen. Het leerstuk van de onzakelijke lening voor de SW lost de schattingsproblemen niet op en biedt daarom mijns inziens geen correcte handvatten om de contante waarde te berekenen. Het vaststellen van de contante waarde van een geldverstrekking blijft daarmee een knelpunt van de 'junk bond'-benadering. Door middel van een casus is de fiscale uitwerking van de 'junk bond'-benadering behandeld. Verschillende situaties zijn hierbij aan bod gekomen.

Tenslotte heb ik de 'junk bond'-benadering vergeleken met het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Hiertoe heb ik een vergelijkingsanalyse gemaakt van enerzijds de knelpunten en onduidelijkheden van het leerstuk van de onzakelijke lening, anderzijds de mogelijke knelpunten van de 'junk bond'-benadering. Ik heb hierbij getoetst aan de rechtszekerheid en uitvoerbaarheid van beide benaderingen.

Een van de knelpunten van het leerstuk van de onzakelijke lening is dat de onzakelijkheid van een geldverstrekking moet worden beoordeeld aan de hand van materiële criteria. Het ontbreken van een helder eenduidig toe te passen criterium vormt een knelpunt binnen het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Het maakt de beoordeling van de zakelijkheid van een geldverstrekking in de praktijk lastig en leidt tot veel discussies. Hoewel er voor kan worden gekozen de 'junk bond'-benadering toe te passen op alle typen onzakelijke leningen, constateer ik dat een juistere benadering is om de 'junk bond'-benadering slechts van toepassing te achten op de hoofdsomzakelijke lening. Deze zienswijze sluit beter aan bij de transfer pricing regels zoals deze via art. 8b Wet VPB doorwerken in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Onder deze zienswijze wordt allereerst vastgesteld of de vergoeding op de lening *at arm's length* kan worden gemaakt. Wanneer geen fictieve *at arm's length* (vaste) rente kan worden gevonden, is sprake van een hoofdsomzakelijke lening. De 'junk bond'-benadering wordt dan toegepast. Door middel van een hoofdsomcorrectie wordt de lening voor fiscale doeleinden verzakelijkt. Wordt deze zienswijze gevolgd dan bewerkstelligt de 'junk bond'-benadering geen verbetering van rechtszekerheid dan wel uitvoerbaarheid. Het onderscheid tussen de hoofdsomzakelijke lening en de prijsonzakelijke lening blijft onder deze zienswijze overeind. Uiteindelijk zijn het dezelfde materiele criteria die bepalen of een lening moet worden gezien als een hoofdsomzakelijke lening.

Valutaproblematiek doet zich in het geheel niet voor onder toepassing van de 'junk bond'-benadering. Onder de 'junk bond'-benadering vinden alle waardemutaties plaats in de belaste sfeer. Derhalve zijn vraagstukken over voorrangspolitie bij samenloop tussen niet aftrekbare afwaarderingen die het gevolg zijn van het onzakelijk genomen debiteurenrisico en valutaresultaten niet aan de orde. Dit komt de uitvoerbaarheid ten goede. Ook vanuit rechtszekerheidsoverweging is dit een verbetering ten opzichte van het huidige leerstuk aangezien de Hoge Raad zich dan niet meer zou hoeven uitlaten over de fiscale behandeling van valutaresultaten op de onzakelijk lening.

Het leerstuk van de onzakelijke lening schrijft voor dat fiscaal moet worden aangesloten bij een fictieve borgstellingsrente. Dit brengt een aantal praktische problemen met zich mee. Onder de 'junk bond'-benadering sluit men fiscaal aan bij de afgesproken rentevergoeding. Er hoeft derhalve geen fictieve rentevoet te worden bepaald. Wel dient de contante waarde van de geldverstrekking te worden bepaald. Discussies over de hoogte van de contante waarde komen in de plaats van discussies over de hoogte van de borgstellingsrente. Aangezien materiele factoren ten grondslag liggen aan deze discussies, levert de 'junk bond'-benadering in dit opzicht naar mijn mening voor de praktijk geen concrete versimpeling op. *Mismatches* in grensoverschrijdende situaties zijn nog steeds aan de orde onder de 'junk bond'-benadering. Ongerijmdheden in het geval de crediteur een slechtere kredietwaardigheid heeft dan de debiteur worden weggenomen indien de 'junk bond'-benadering wordt gevolgd. Aan de hand van bovenstaand concludeer ik dat de 'junk bond'-benadering zowel vanuit rechtszekerheid als vanuit uitvoerbaarheid een verbetering bewerkstelligt.

Doordat de Hoge Raad geen helder toe te passen criterium heeft geformuleerd, is in de literatuur discussie ontstaan over de reikwijdte van de simultaanuitzondering. De simultaanuitzondering ziet op de kwalificatie van een geldverstrekking tot een onzakelijke lening. Dit is niet anders onder de 'junk bond'-benadering. De 'junk bond'-benadering sluit wel beter aan bij de praktische gevolgen van de simultaanuitzondering. De 'junk bond'-benadering had derhalve met betrekking tot de gevolgen van de simultaanuitzondering een verbetering van rechtszekerheid alsmede van de uitvoerbaarheid bewerkstelligd.

Een verschil tussen uitwerking van het 'onzakelijke lening'-leerstuk en de 'junk bond'-benadering zit in het moment waarop de informele kapitaalstorting moet worden aangenomen. De Hoge Raad heeft gekozen voor correctie achteraf, door aftrek te weigeren als het onzakelijk genomen debiteurenrisico zich voordoet. De 'junk bond'-benadering veronderstelt een correctie vooraf, reeds bij het aangaan van de geldverstrekking. Er wordt een schatting gemaakt van de waarde van de vordering, gevolgd door een herwaardering van het verschil met de nominale waarde tot informeel kapitaal. Het 'onzakelijke lening'-leerstuk heeft het praktische voordeel dat geen correctie hoeft plaats te vinden zolang het debiteurenrisico zich niet realiseert. Tevens zal de correctie (de daadwerkelijke afwaardering) derhalve niet te hoeven worden geschat. Uitwerking van de 'junk bond'-benadering in dit kader is derhalve lastiger. Vanuit rechtszekerheid had de Hoge Raad echter beter voor de 'junk

bond'-benadering kunnen kiezen. Een correctie vooraf is dogmatisch gezien juister en past beter binnen de rechtsspraak.

Onder de 'junk bond'-benadering staat bij zowel crediteur als debiteur de lening voor de contante waarde op de balans. Deze contante waarde geeft een zakelijke waarde (prijs) weer. Bij overdracht zal derhalve geen prijscorrectie meer plaats hoeven vinden. Dit is een groot voordeel ten opzichte van het 'onzakelijke lening'-leerstuk. Onduidelijkheid zoals onder het huidige leerstuk heerst over de benadering – subject- of objectgebonden – wordt voorkomen. Vanuit rechtszekerheid zou de 'junk bond'-benadering dan ook gewenster zijn. De behandeling van de overdracht van de onzakelijke lening onder de 'junk bond'-benadering is naar mijn mening tevens beter uitvoerbaar dan onder het leerstuk van de onzakelijke lening.

De 'junk bond'-benadering lost problematiek rondom de onzakelijke lening en de fiscale eenheid gedeeltelijk op. Doordat bij zowel crediteur als debiteur de lening voor contante waarde op de balans staan, levert het aangaan van de fiscale eenheid geen ongerijmdheden op met de wet (in het bijzonder art. 15ab lid 6 Wet VPB). Met betrekking tot de behandeling van de fiscale eenheid is de 'junk bond'-benadering daarmee in mijn ogen beter uitvoerbaar. Ook zou de Hoge Raad zich niet meer hoeven uitlaten over dit nog onduidelijke aspect van de onzakelijke lening. Dit was de rechtszekerheid ten goede was gekomen.

De hybride figuur die de Hoge Raad heeft gecreëerd, een lening die voor wat betreft de fiscale gevolgen gedeeltelijk onder de deelnemingsvrijstelling valt en gedeeltelijk niet, vindt geen grondslag in de fiscale wetgeving. Hierbij zit de crux in het feit dat het nemen van een verlies op een onzakelijke lening nog niet als een informele kapitaalstorting kan worden gezien, waardoor het op grond van art. 8 lid 1 wet VPB jo. art. 3.25 Wet IB ten laste van de belastbare winst zou moeten komen. De huidige behandeling past daarmee moeizaam binnen het totaalwinstbeginsel. Onder de 'junk bond'-benadering blijft de onzakelijke lening fiscaalrechtelijk een lening. In tegenstelling tot onder het leerstuk van de onzakelijke lening, is het verlies op de onzakelijke lening fiscaal aftrekbaar. Derhalve valt deze benadering beter te rijmen met het totaalwinstbeginsel. In het kader van rechtszekerheid zou de 'junk bond'-benadering naar mijn mening dan ook gewenster zijn.

Ik heb mijn vergelijkingsanalyse uitgewerkt aan de hand van mijn vergelijkingschema.

Vergelijkingschema 'junk bond'-benadering ten opzichte van 'onzakelijke lening'-leerstuk

	Rechtszekerheid	Uitvoerbaarheid
Kwalificatie onzakelijke lening	+/-	+/-
Valutaresultaten	+	+
Rente	+	+
Simultaanuitzondering	+	+
Tenietgaan onzakelijke lening	+	-
Overdracht	+	+
Fiscale eenheid	+	+
Wettelijke grondslag	+	+/-
Totaal	7 (+)	4 (+)

Aan de hand van de uitkomst van mijn vergelijkingsanalyse heb ik antwoord gegeven op mijn probleemstelling. Ik concludeer uit mijn vergelijkingsanalyse dat de 'junk bond'-benadering gewenster was geweest in het kader van de rechtszekerheid ($7 > 0$). Tevens concludeer ik dat de 'junk bond'-benadering gewenster was geweest in het kader van uitvoerbaarheid ($4 > 0$). De Hoge Raad had derhalve mijns inziens in *BNB 2012/39* – achteraf gezien – beter voor de door A-G Wattel voorgestelde 'junk bond'-benadering kunnen kiezen.

Literatuurlijst

Artikelen

P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', TFO 2014/134.1

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

P.G.H. Albert, 'Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij', WFR 2017/16

P.G.H. Albert, 'Is verlies op onzakelijke lening "omlaag" aftrekbaar?', WFR 2008/1226

P.G.H. Albert, 'Onzakelijke verarming: onttrekking of ook winstuitdeling?', NTFRB, 2015/9

J.H.M. Arts, 'De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening', WFR 2015/314

J.H.M. Arts, 'De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteuren de debiteur van een onzakelijke lening', WFR 2017/103

T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', WFR 2015/1546

J.N. Bouwman, 'Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting', NTFR 2015/1733

A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', MBB 2014/05

A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014, deel II' MBB 2014/06/2

W. Bruins Slot, 'Objection your honor!', WFR 2012/38

R.P.C. Cornelisse, 'De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur van een onzakelijke geldlening' WFR 2017/77

W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening en valutaresultaten: een kwestie van geduld?', NTFR 2016/1662

D.P. Elling en P. Tulp, 'Bijzondere omstandigheden in de onzakelijke-leningsfeer', WFR 2017/95

I.M. de Groot, 'Samenloop tussen de onzakelijke geldlening en het fiscale-eenheidsregime', WFR 2012/1389

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

N.C.G. Gubbels, 'Lening aandeelhouder aan BV en de gevolgen voor de schenkbelasting', ftV 2016/51

R.P.F.M. Hafkenscheid et al. 'De onzakelijke lening en de zakelijke relatie tussen rente en debiteurenrisico', WFR 2016/129

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

R.L. ter Hoeven, "De zin en onzin van fair value in de jaarrekening. De zoektocht naar natuurlijke breuklijnen in het historische kostprijsoppervlak" (geraadpleegd via www.rug.nl/feb/news/2006/imagesandpdfsnews/060620oratieterhoeven.pdf)

G. Hurduzeu & M.F. Popescu, 'The History of Junk Bonds and Leveraged Buyouts. Procedia Economics and Finance'

M. Koomen en S.F. Verloove, 'Verslag 34e Fiscale conferentie 'Verrekenprijzen'', WFR 2012/1234

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

P.J.J.M. Peeters, 'Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord door de Hoge Raad?!', WFR 2012/153

P.J.J.M. Peeters, 'Rentecorrectie bij onzakelijke renteloze geldleningen: jaarlijks of in één keer?', WFR 2005/666

A. Rozendal, 'Onzakelijke lening, resultaatinkomen en tbs', NTFR-B 2016/26

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

G.H. de Soeten, 'De onzakelijke (debiteuren-)risico lening: een goede ontwikkeling?', NTFRA 2014/7

G. Yago, 'How High Yield Securities Restructured Corporate America, Oxford University Press, 1991

R.E. Zwier, 'Het chalet- en informal investoarrest II; antwoorden en nieuwe vragen', WFR 2015/514

Losbladige werken

S.M. Luijsterburg-Groot Koerkamp, 'artikelsgewijs commentaar Artikel 15ab Wet VPB 1969 Entreeheffingen/latent liquidatieverlies', NDFR

F.G.H. van Nus, 'Artikelsgewijs commentaar Artikel 8b Wet VPB 1969 Verbonden lichamen, winst 'at arms length'', NDFR

H. Vermeulen, 'Informeel kapitaalbreng ook in de kostensfeer', Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.6.E.a3

Boeken

R.A. Brealey, S.C. Myers & F. Allen, Principles of Corporate Finance, 9th Edition, McGraw-Hill, 2012

R.P. van den Dool et al, Compendium Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer, 2014

J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting' Deventer: Kluwer 2014

A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, Hoofdzaken winst uit onderneming, Deventer: Kluwer, 2010

R. Levine, How to Make Money with Junk Bonds, New York: McGraw-Hill, 2012

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 16 juni 1920, B. 2472

HR 14 juni 1944, B. 7877

HR 18 oktober 1950, nr. 1950-10-18, B 8843.

HR 28 april 1954, nr. 11.787, BNB 1954/191

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

HR 3 april 1957, nr. 13 084, *BNB* 1957/165

HR 9 april 1958, nr. 13523, *BNB* 1958/176

HR 29 april 1958, nr. 15 538, *BNB* 1958/198.

HR 29 oktober 1958, nr. 13 538, *BNB* 1958/342

HR 12 februari 1964, nr. 15 068, BNB 1964/95

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

HR 19 december 1979, nr. 19 597, *BNB* 1980/46

HR 20 mei 1981, nr. 20 335, *BNB* 1981/198

HR 26 februari 1986, nr. 23 299, *BNB* 1986/162

HR 27 januari 1988, nr. 23919, *BNB* 1988/217

HR 29 juni 1988, nr. 25 363, BNB 1988/264

HR 15 februari 1989, *BNB* 1989/144

HR 27 november 1996, nr. 31 642, BNB 1997/78

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

HR 23 december 1998, nr. 33 813, BNB 1999/167

HR 17 februari 1999, nr. 34 151 BNB 1999/176

HR 15 december 1999, nr. 33 830, BNB 2000/186

HR 14 juni 2000, nr. 35 550 BNB 2000/269

HR 6 december 2000, nr. 35 997, *BNB* 2001/85

HR 29 november 2002/, C01/011HR, NJ 2003/50

HR 8 maart 2002, nr. 36.292, BNB 2002/210

HR 14 juni 2002, nr. 36.453, BNB 2002/290.

HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64

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

HR 8 september 2006, BNB 2007/104

HR 18 april 2008, nr. 07/10035, BNB 2008/139.

HR 9 juni 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191, *V-N* 2008/23.14

HR 25 juni 2010, nr. 08/03864, BNB 2010/273

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. 10/05394, BNB 2012/39

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

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

HR 29 maart 2012, nr. 11/03249, *BNB* 2013/170

HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, *BNB* 2013/148

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

29 maart 2012, nr. 11/03249, BNB 2013/170

HR 3 mei 2013, nr. 11/05166, *BNB* 2013/169

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

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

HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, BNB 2015/13

HR 14 november 2014, nr. 13/02210, *BNB* 2015/18

HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, *BNB* 2015/141

HR 22 april 2016, nr. 15/03701, *BNB* 2016/133

HR 14 oktober 2016, *BNB* 2017/6

Hoven

Hof Amsterdam 22 maart 2006, nr. 01/4227, *V-N* 2006/35.2.8

Overige stukken

Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP 2000/3210, BNB 2001/187

Besluit Staatssecretaris van Financiën, 13, nr. IFZ 2013/184M, *Stcrt.* 2013, 32854, BNB 2014/132

Besluit van 10 december 2015, nr. BLKB2015/1650M, *V-N* 2017/15.4

Kamerstukken II, 2001/02, 28 034, nr. 3

OESO, *OECD* Transfer Pricing Guidelines for multinational enterprises and tax administrations. Parijs: OESO, 2010.

Resolutie van 30 september 1991, nr. DB91/2309, *Stcrt.* 1991, 189, *BNB* 1991/329

Bijlage A - Overzicht 'onzakelijke lening'-jurisprudentie

Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste jurisprudentie van de Hoge Raad over de onzakelijke lening. De kern van het arrest wordt beknopt beschreven.

HR 8 december 1954, BNB 1955/46

In dit arrest had een IB-ondernemer een vordering op zijn zoon vanwege aan die zoon verrichte leveranties en diensten. De Hoge Raad overwoog dat het belastingplichtigen vrij staat om een vordering in het ondernemingsvermogen op te nemen. Echter, wanneer leveranties of diensten worden verricht die een zakelijke grondslag missen, mag de afschrijving van de vordering niet ten laste van de winst komen.

HR 14 maart 2001, BNB 2001/256

Belanghebbende (crediteur), een pensioenlichaam, voert de pensioenregelingen uit van een BV waarvan de bestuurders - die ook de bestuurders van belanghebbende zijn - 60% van de aandelen houden. Zij heeft aan de BV (debiteur) een converteerbare, achtergestelde geldlening van f 1 miljoen verstrekt. Eind 1992 blijkt deze vordering waardeloos. Het pensioenlichaam mocht het afwaarderingsverlies op de geldlening niet ten laste van haar fiscale winst brengen.

HR 9 mei 2008, BNB 2008/191

Belanghebbende verstrekte een lening van ruim f 10 miljoen aan een overnameholding die 23% van de aandelen in belanghebbende bezat. De Hoge Raad overwoog: *“Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan een 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. Een eventueel verlies op de geldlening kan in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap worden gebracht.”*

HR 25 november 2011, BNB 2012/37

De Hoge Raad verklaart het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening 'omlaag' (een geldverstrekking aan een dochtermaatschappij) niet aftrekbaar. De Hoge Raad preciseert

wanneer sprake is van een onzakelijke lening. Tevens komen in dit arrest de gevolgen voor zowel crediteur als debiteur aan de orde.

HR 25 november 2011, BNB 2012/38

Belanghebbende leent gelden uit aan haar Duitse dochter (een GmbH) waarin zij een deelneming heeft. De dochter lijdt slechts verliezen en wordt geliquideerd. De door belanghebbende aan die dochter verstrekte geldlening blijkt dan deels oninbaar. De Hoge Raad oordeelt dat wanneer de debiteur van een onzakelijke lening 'omlaag' wordt geliquideerd, het afwaarderingsverlies het voor de deelneming (debiteur) opgeofferde bedrag verhoogd.

HR 25 november 2011, BNB 2012/78

De Hoge Raad verklaart het leerstuk van de onzakelijke lening (*BNB 2012/37*) van overeenkomstige toepassing op een TBS-vordering (art. 3.92 Wet IB). Ook het verlies op een onzakelijke lening van een aandeelhouder aan zijn vennootschap is dus niet aftrekbaar. Kwijtschelding van die lening moet als informele kapitaalstorting worden aangemerkt (bij zowel debiteur als crediteur). De informele kapitaalstorting verhoogt de verkrijgingsprijs van de ab-aandelen.

HR 13 januari 2012, BNB 2012/79

De bewijslast voor het aannemelijk maken van het bestaan een onzakelijke lening ligt bij de inspecteur.

HR 1 maart 2013, BNB 2013/148

De Hoge Raad geeft aan wanneer een zakelijke lening gedurende haar looptijd alsnog onzakelijk kan worden.

HR 15 maart 2013, BNB 2013/149

De Hoge Raad geeft nadere regels omtrent het in aanmerking nemen van rente op een onzakelijke lening.

HR 3 mei 2013, BNB 2013/170

Er is geen sprake van een onzakelijke lening *“indien de verstrekking 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 of anderszins medegerechtigd wordt tot de winst van de vennootschap en voorts de houders van (gezamenlijk) de meerderheid van het aandelenkapitaal geen geldlening verstrekken aan de vennootschap. Alsdan is het aandeelhouderschap een hoedanigheid die voortvloeit uit de verstrekking van de lening.*³²⁹”

HR 28 februari 2014, BNB 2014/98

De Hoge Raad preciseert de (in *BNB 2013/170* geïntroduceerde simultaanuitzondering) en bepaalt dat de afwaardering van een onzakelijke lening geen informele kapitaalstorting vormt aangezien de debiteur nog steeds een verplichting tot rentebetaling en tot aflossing van het nominale bedrag van de lening heeft. 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 sprake zijn van een informele kapitaalstorting.

HR 17 oktober 2014, BNB 2015/13

De Hoge Raad oordeelt dat het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing is op een regresvordering uit hoofdelijke aansprakelijkheid.

HR 20 maart 2015, BNB 2015/141

De Hoge Raad overweegt dat het ‘onzakelijke lening’-leerstuk ook heeft te gelden *“wanneer de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij, maar niettemin door de vennootschap met het verstrekken van de geldlening een debiteurenrisico wordt gelopen dat een derde niet zou hebben genomen en de vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen.*³³⁰”

HR 22 april 2016, BNB 2016/133

De Hoge Raad overweegt dat (in het geval van een TBS-vordering) het onzakelijk genomen debiteurenrisico zich zowel bij de crediteur als bij de debiteur in de privésfeer bevindt.

³²⁹ 29 maart 2012, nr. 11/03249, *BNB 2013/170*, *V-N 2012/22.17*, r.o. 3.3.

³³⁰ HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, *BNB 2015/141*, r.o. 2.3.1.

HR 14 oktober 2016, *BNB* 2017/6

De Hoge Raad oordeelt dat indien bij de beoordeling van een onzakelijke lening, nadat de inspecteur heeft aangetoond dat de lening onzakelijk is, de belastingplichtige vervolgens bijzondere omstandigheden aannemelijk kan maken die als ontsnappingsmogelijkheid kunnen fungeren zodat er toch weer sprake is van een zakelijke lening.

Bijlage B - Uitwerking 'junk bond'-benadering excel

Casus Junk bondbenadering										
			2a			2b				
looptijd	10		jaar	rente jaar	cw	jaar	afgesproke	aangroei t	totale aan	cw
nominale waarde	100.000		1	€ 2.589	€ 12.589	1	€ 2.000	€ 1.134	€ 3.134	€ 18.134
contante waarde (t=0)	10.000		2	€ 3.260	€ 15.849	2	€ 2.000	€ 1.788	€ 3.788	€ 21.922
contante waarde 2 (t=0)	15000		3	€ 4.104	€ 19.953	3	€ 2.000	€ 2.579	€ 4.579	€ 26.501
Formule NCW = PV/(1+i)^n			4	€ 5.166	€ 25.119	4	€ 2.000	€ 3.536	€ 5.536	€ 32.037
(1+i)^n=PV/NCW=	10		5	€ 6.504	€ 31.623	5	€ 2.000	€ 4.693	€ 6.693	€ 38.730
			6	€ 8.188	€ 39.811	6	€ 2.000	€ 6.091	€ 8.091	€ 46.821
2a: i=	0,258925		7	€ 10.308	€ 50.119	7	€ 2.000	€ 7.781	€ 9.781	€ 56.601
(1+i)^n=PV/NCW=	6,666667		8	€ 12.977	€ 63.096	8	€ 2.000	€ 9.824	€ 11.824	€ 68.426
2b: i=	0,208901		9	€ 16.337	€ 79.433	9	€ 2.000	€ 12.294	€ 14.294	€ 82.720
2b: afgesproken rente	2%		10	€ 20.567	€ 100.000	10	€ 2.000	€ 15.280	€ 17.280	€ 100.000
				€ 90.000	€ 100.000				€ 85.000	€ 100.000