

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

De onzakelijke lening

Een onderzoek naar de huidige stand van zaken omtrent de onzakelijke lening.

Naam: Daniel Simons

Studentnummer: 354094

Scriptiebegeleider: M.H.M. Smeets

Rotterdam, 02 januari 2019

Inhoudsopgave

Lijst met gebruikte afkortingen	4
Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Deelvragen.....	8
1.4 Opzet	8
1.5 Afbakening	9
Hoofdstuk 2: Ontwikkelingen onzakelijke lening	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Wijze van financiering	10
2.3 Het totaalwinstbeginsel	11
2.4 Jurisprudentie tot het certificaathouders-uitkooparrest	12
2.4.1 De deelnemerschapslening.....	14
2.4.2 De schijnlening.....	15
2.4.3 De bodemloze-putlening.....	15
2.5 Jurisprudentie na het certificaathouders-uitkooparrest	16
2.5.1 Gelieerdheid	19
2.5.2 At arm's length.....	21
2.5.3 De borgstellingsanalogie.....	25
2.5.4 Valutaresultaten.....	26
2.6 Verschillende onzakelijke leningen	27
2.6.1 De onzakelijke lening omhoog.....	27
2.6.2 De onzakelijke lening omlaag.....	29
2.6.3 De onzakelijke lening bij een terbeschikkingstelling	31
2.7 Conclusie	32
Hoofdstuk 3: De onzakelijke lening opzij.....	35
3.1 Inleiding	35

3.2 De onzakelijke lening opzij	35
3.3 Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij in de VPB sfeer	37
3.4 Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij in de IB sfeer	39
3.5 Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij.....	41
3.6 Het onzakelijke lening verlies als liquidatieverlies in aftrek brengen.....	44
3.7 Conclusie.....	47
Hoofdstuk 4: Behandeling Belastingdienst onzakelijke lening	48
4.1 Inleiding	48
4.2 Wob-verzoek inzake onzakelijke lening	48
4.3 Analyse Wob-verzoek inzake onzakelijke lening.....	50
4.3.1 Analyse document 1	51
4.3.2 Analyse document 2	52
4.3.3 Analyse document 3	53
4.3.3.1 Stroomschema stap 1	54
4.3.3.2 Stroomschema stap 2	55
4.3.3.3 Stroomschema stap 3	57
4.3.3.4 Stroomschema stap 4	62
4.3.3.5 Stroomschema stap 5	63
4.3.3.6 Stroomschema stap 6	64
4.3.4 Analyse document 4	67
4.3.5 Analyse document 5	68
4.3.6 Analyse document 6	68
4.3.7 Analyse document 7	68
4.3.8 Analyse documenten 8 tot 12	69
4.3.9 Analyse document 13	69
4.3.10 Analyse documenten 14 en 15.....	69
4.4 Conclusie.....	70
Hoofdstuk 5: Conclusie.....	71
Literatuurlijst	74

Lijst met gebruikte afkortingen

Ab	Aanmerkelijkbelang
Ab-houder	Aanmerkelijkbelanghouder
A-G	Advocaat-Generaal
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken/Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
N.R.	Nummer
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
ODR	Onzakelijk Debiteuren Risico
OR	Onzakelijke Rente
R.O.	Rechtsoverweging
TBS	Terbeschikkingstellingsregeling
V-N	Vakstudie-Nieuws
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
Wob 1991	Wet openbaarheid van bestuur 1991
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

Wanneer een aandeelhouder een lening aan zijn vennootschap verstrekt zijn de rente inkomsten bij de aandeelhouder belast. De rentelasten zijn in beginsel bij de vennootschap aftrekbaar. Wanneer dezelfde aandeelhouder een uitkering op zijn aandelen in de vennootschap ontvangt, is deze dividenduitkering bij deze vennootschap niet aftrekbaar. Het dividend kan in bepaalde gevallen vrijgesteld zijn onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). Vergoedingen op eigen vermogen en vreemd vermogen worden dus verschillend behandeld. De fiscale behandeling is afhankelijk van de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking. Civielrechtelijk is er sprake van een lening op het moment dat na een geldverstrekking een terugbetalingsverplichting overeengekomen is. Als hoofdregel sluit de fiscaalrechtelijke kwalificatie aan bij de civielrechtelijke kwalificatie. Op de hoofdregel zijn in BNB 1988/217¹ drie uitzonderingen gemaakt: de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. In BNB 2012/37² heeft de HR dit nogmaals bevestigd. Bij deze leningen vindt herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen plaats.

Wanneer onafhankelijke derden zaken doen met elkaar, zal over het algemeen sprake zijn van zakelijke omstandigheden. Wanneer derden met elkaar handelen, zal geen van beide partijen reden hebben tot onzakelijk handelen. Beide partijen zullen voor zichzelf de meest gunstige voorwaarden overeen willen komen. Onzakelijk handelen zal over het algemeen tussen verbonden partijen plaatsvinden, waarbij de één reden heeft de ander onzakelijk te behandelen. Uit BNB 2015/141³ volgt dat verbondenheid niet altijd vereist is. Naast aandeelhouderrelaties is het ook mogelijk dat onzakelijk handelen voort komt uit persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen.⁴

In 2008 heeft de Hoge Raad (hierna: HR) arrest gewezen over de onzakelijke lening.⁵ Dit arrest, het certificaathoudersuitkooparrest, kan gezien worden als het basisarrest van de onzakelijke lening

¹ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

² HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.1.

³ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141, zie ook noot Egelie.

⁴ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1 onderdeel 4 + 7.

⁵ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

problematiek. Er is sprake van een onzakelijke lening, wanneer een geldverstrekking onder zodanige omstandigheden en voorwaarden verstrekt is, dat een onafhankelijke derde deze geldverstrekking niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gedaan. Wanneer een lening als onzakelijk gekwalificeerd wordt, mag een eventuele afwaardering van de geldlening niet in mindering op de winst van de vennootschap gebracht worden. Een eventuele afwaardering uit hoofde van onvolwaardigheid wordt gekwalificeerd als een onttrekking. Er is dus geen sprake van een negatief voordeel uit de onderneming. Aangenomen moeten worden dat de geldverstrekker in de hoedanigheid van aandeelhouder een zodanig debiteurenrisico heeft aanvaard om op die manier het belang van de gelieerde vennootschap te dienen. In tegenstelling tot de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening wordt de onzakelijke lening niet geherkwalificeerd van een lening naar een verstrekking van eigen vermogen.

Aan de reden dat een geldverstrekking onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet overeengekomen zou zijn kunnen verschillende factoren ten grondslag liggen. Er kan bijvoorbeeld een leningsovereenkomst ontbreken, het kan voorkomen dat geen zekerheden gesteld zijn, geen aflossingsplan opgesteld is, een te hoge rente of te lage rente overeen gekomen is.

Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Wattel heeft in 2010 onderscheid gemaakt tussen een OR-lening⁶ en een ODR-lening⁷. De OR-lening kan door de rente at arm's length te corrigeren zakelijk gemaakt worden. Bij ODR-lening kan de rentevoet niet gecorrigeerd worden, omdat de lening dan winstdelend zou worden.⁸ In BNB1978/252⁹, het Zweedse grootmoeder arrest, is sprake van een OR-lening. De HR oordeelde hier dat belanghebbende een zakelijke rente op de renteloze lening ten laste van de winst moest brengen. Volgens de HR is het gelopen risico bij een onzakelijke lening vergelijkbaar met het risico van een vennootschap welke borg staat voor een lening onder vergelijkbare voorwaarden die rechtstreeks bij een derde is opgenomen, door een met deze vennootschap gelieerde vennootschap. De in aanmerking te nemen rente is de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten betalen, wanneer deze vennootschap met een borgstelling van een derde zou lenen.¹⁰ Voor de totaalwinst moeten in de rentevoet aandeelhoudersmotieven geëlimineerd worden.

Sinds het certificaathoudersuitkooparrest in 2008 heeft de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening zich verder ontwikkeld. Na het certificaathoudersuitkooparrest werd in 2012 duidelijk dat naast een onzakelijke lening omhoog, ook de onzakelijke lening omlaag en opzij als onzakelijke lening

⁶ OR staat voor Onzakelijke Rente.

⁷ ODR staat voor Onzakelijk Debiteuren Risico.

⁸ Conclusie A-G Wattel 14-07-2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26.

⁹ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

¹⁰ HR 25 november 2011, BNB 2012/37 r.o. 3.3.4.

aangemerkt konden worden.¹¹ De HR heeft in de loop der jaren een aantal arresten gewezen over hoe onzakelijke leningen behandeld moeten worden.¹² Veel vraagstukken over de onzakelijke lening zijn opgelost. Onder andere is duidelijk geworden waarom een verlies op een onzakelijke lening omhoog en omlaag niet aftrekbaar is, welke rente in aanmerking genomen moet worden en wat de gevolgen van een kwijtschelding van een onzakelijke lening omlaag en omhoog zijn.

Op 28 juli 2017 heeft de Belastingdienst in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur 1991¹³ (hierna: Wob 1991) een verzoek ontvangen om de documenten, die betrekking hebben op de beoordeling of een bepaalde lening fiscaal gezien als onzakelijk geclassificeerd moet worden, openbaar te maken. Dit verzoek is door de Staatssecretaris van Financiën gedeeltelijk toegewezen op 14 november 2017.¹⁴ De Staatssecretaris heeft vervolgens documenten openbaar gemaakt, welke betrekking hebben op de beoordeling of een geldlening als fiscaal zakelijk of onzakelijk geclassificeerd moet worden. Hiermee is duidelijk geworden in welke gevallen de Belastingdienst een lening als zakelijk aanmerkt en in welke gevallen de Belastingdienst een lening als onzakelijk aanmerkt.

1.2 Probleemstelling

Na BNB 2012/37¹⁵ waarin de HR een aantal uitgangspunten voor de fiscale behandeling van onzakelijke leningen tussen gelieerde vennootschappen gegeven heeft, is nog een aantal arresten gewezen, waarin het leerstuk van de onzakelijke lening nader is ingevuld.¹⁶ De nodige vraagstukken zijn opgelost. De behandeling van de onzakelijke lening is de afgelopen jaren steeds verder uitgekristalliseerd. Nog niet alles is echter geheel duidelijk. Zo is nog niet bekend wat de fiscale gevolgen van de overdracht van een onzakelijke lening opzij zijn, wat de gevolgen van de overdracht van aandelen in de debiteur van een onzakelijke lening zijn en wat de gevolgen van de overdracht van

¹¹ HR 25 november 2011, BNB 2012/37 Conclusie A-G Wattel met noot Albert & HR 6 december 2013, nr. 12/04798, V-N 2014/5.16.

¹² Zie onder andere HR 25 november, 2011, nr. 10/04588 BNB 2012/78, HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38, HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191.

¹³ Stb, 1991, 703, van 31 oktober 1991, Wet openbaarheid van bestuur.

¹⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133.

¹⁵ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

¹⁶ Zie onder andere HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149, HR 1 maart 2013, 12/03088, BNB 2013/148, HR 3 mei 2013, nr.11/03249, BNB 2013/170, HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, BNB 2015/13.

aandelen in de crediteur van een onzakelijke lening zijn.¹⁷ Hier heeft de HR zich nog niet over uitgelaten. Om nader op de huidige stand van zaken in te gaan heb ik de volgende probleemstelling geformuleerd:

In hoeverre is de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening uitgekristalliseerd en is het beleid van de Belastingdienst in lijn met deze jurisprudentie?

1.3 Deelvragen

Om de probleemstelling te beantwoorden zijn de volgende deelvragen opgesteld:

1. *Hoe heeft de onzakelijke lening jurisprudentie zich ontwikkeld?*
2. *Welke aspecten van de onzakelijke lening zijn nog niet uitgekristalliseerd en hoe moeten deze worden behandeld?*
3. *Is de manier waarop de Belastingdienst de onzakelijke lening behandelt in overeenstemming met deze jurisprudentie?*

1.4 Opzet

Om de probleemstelling te beantwoorden zullen eerst de drie deelvragen aan de hand van drie hoofdstukken behandeld worden. De eerste deelvraag zal in hoofdstuk 2 beantwoord worden aan de hand van de jurisprudentie tot nu toe. Allereerst worden de verschillen tussen eigen en vreemd vermogen behandeld. Civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk kunnen deze twee verschillen. Vervolgens zullen bepaalde karakteristieken van de onzakelijke lening aan de hand van gewezen arresten van de HR uiteen worden gezet. Omdat op dit moment de jurisprudentie op het gebied van de onzakelijke lening opzij nog niet uitgekristalliseerd is zal de onzakelijke lening opzij in een apart hoofdstuk behandeld worden.

In hoofdstuk 3 zal deelvraag twee beantwoord worden. Hier zal onder andere behandeld worden wat de fiscale gevolgen van de overdracht van een onzakelijke lening opzij zijn, wat de gevolgen van de overdracht van aandelen in de debiteur van een onzakelijke lening zijn en wat de gevolgen van de overdracht van aandelen in de crediteur van een onzakelijke lening zijn.

¹⁷ P.G.H. Albert, 'Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij', WFR 2017/16.

Deelvraag drie zal aan de hand van de documenten welke de Belastingdienst in het kader van de Wob 1991 openbaar heeft gemaakt beantwoord worden in hoofdstuk 4. De vijftien openbaar gemaakte documenten die betrekking hebben op de beoordeling of een geldlening als fiscaal zakelijk of onzakelijk geclassificeerd moet worden, zullen naast de jurisprudentie van de afgelopen jaren gelegd worden. Een analyse van de overeenkomsten en verschillen tussen de jurisprudentie en de openbaar gemaakte documenten zal hier aan de orde komen. Tot slot zal in hoofdstuk 5 aan de hand van de in voorgaande hoofdstukken behandelde deelvragen, de probleemstelling beantwoord worden.

1.5 Afbakening

In de Wet VPB 1969 en regelingen vanuit de Europese Unie (hierna: EU) en de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) staan renteaftrekbepeningen, welke ook raakvlakken hebben met de onzakelijke lening. Het strekt te ver om ook deze renteaftrekbepeningen binnen deze scriptie te behandelen.

Hoofdstuk 2: Ontwikkelingen onzakelijke lening

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal duidelijk worden hoe de onzakelijke lening jurisprudentie zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld. Het onderscheid tussen civielrechtelijk eigen vermogen en vreemd vermogen en het onderscheid tussen fiscaal eigen vermogen en vreemd vermogen wordt duidelijk gemaakt. Het Unileverarrest¹⁸ en het Kaptische zeebodem-arrest¹⁹ zullen hiertoe behandeld worden. Voordat het certificaathouder uitkooparrest BNB 2008/191²⁰, waarin de HR de onzakelijke lening introduceerde, aan bod komt, worden eerst nog de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemloze-putlening toegelicht. In paragraaf 2.4 wordt het onzakelijke lening leerstuk geïntroduceerd. Allereerst wordt uiteengezet wanneer er sprake is van een onzakelijke lening. Vervolgens zullen de verschillende verhoudingen, waarin een onzakelijke lening zich voor kan doen, behandeld worden. De onzakelijke lening omhoog, omlaag en de onzakelijke TBS zullen aan bod komen. De onzakelijke lening zal in hoofdstuk 3 behandeld worden. Ter afsluiting zal duidelijk worden wat de gevolgen zijn van een afwaardering of het tenietgaan van de onzakelijke lening.

2.2 Wijze van financiering

Vennootschappen hebben in beginsel de keuze tussen financiering met eigen vermogen of financiering met vreemd vermogen. Verschillende factoren hebben invloed op deze keuze. Tot deze factoren behoren onder andere de aftrekbaarheid en de belastbaarheid van de vergoeding op de lening en daarnaast de waardemutaties van de hoofdsom.

Financiering kan plaatsvinden door kapitaal in te brengen tegen uitgifte van aandelen. Kapitaal wordt dan verstrekt in ruil voor (deel)gerechtigdheid in de winst. Wanneer een vennootschap met vreemd vermogen gefinancierd wordt zal de vennootschap een lening bedingen. Soms is het mogelijk een lening af te sluiten bij een bank. Het is echter niet altijd mogelijk of financieel aantrekkelijk om bij de bank een lening aan te gaan. Een vennootschap kan ook gefinancierd worden, doordat een met de

¹⁸ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

¹⁹ HR 8 september 2006 BNB 2007/104

²⁰ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

vennootschap gelieerde partij vermogen ter beschikking stelt. Verschillende relaties kunnen zich voordoen bij gelieerd vermogen ter beschikking stellen. In vennootschappelijk verband kan sprake zijn van een lening omhoog, een lening omlaag en een lening opzij. Daarnaast kan een aandeelhouder, die aan de vennootschap gelieerd is omdat hij een aanmerkelijk belang (hierna: ab) in de vennootschap heeft, een lening verstrekken aan de vennootschap. Deze lening valt onder de TBS regeling in de zin van artikel 3.92 Wet IB 2001.²¹ Omdat op dit moment de jurisprudentie op het gebied van de onzakelijke lening opzij nog niet uitgekristalliseerd is, zoals eerder vermeld, zal de onzakelijke lening opzij in hoofdstuk 3 behandeld worden.²²

2.3 Het totaalwinstbeginsel

Het totaalwinstbeginsel is naar mijn mening een belangrijk onderdeel van het onzakelijke lening leerstuk. Het totaalwinstbeginsel is vastgelegd in artikel 3.8 Wet IB 2001 en wordt daar als volgt gedefinieerd:

“Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.”

Het totaalwinstbeginsel werkt via artikel 8 Wet VPB 1969 door in de vennootschapsbelasting. De totaalwinst is de winst die een onderneming gedurende het gehele bestaan van de onderneming heeft genoten. De totaalwinst wordt berekend door het verschil tussen het beginvermogen en eindvermogen te nemen en dit te corrigeren voor onttrekkingen en kapitaalstortingen.²³

Het totaalwinstbeginsel gaat uit van alle genoten winst uit een onderneming. In BNB1998/159²⁴ heeft de HR bepaald dat de ondernemer moet kunnen beoordelen of bepaalde uitgaven nut hebben voor de onderneming. Op het moment dat een uitgave echter enkel gedaan is ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder, komen deze kosten niet in mindering op de fiscale winst.²⁵ Ook als er een zodanige wanverhouding bestaat tussen de kosten en het nut van de kosten zodat geen redelijk denkende ondernemer deze kosten zou maken, zijn de meerkosten niet aftrekbaar

²¹ HR 25 november, 2011 BNB 2012/78, r.o. 3.3.

²² P.G.H. Albert, ‘Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij’, WFR 2017/16.

²³ Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, ‘Verhouding tussen goed koopmansgebruik en maatschappelijke aanvaardbare normen’, Kluwer: Deventer 1992, blz. 29.

²⁴ HR 18 maart 1998, BNB 1998/159.

²⁵ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290.

van de fiscale winst.²⁶ Hiermee wordt bedoeld op bovenmatige kosten die zijn gemaakt om de persoonlijke belangen van de aandeelhouder te dienen. Deze kosten moeten als onttrekking gecorrigeerd worden op de totaalwinst.²⁷

Een onttrekking kan gedefinieerd worden als een uitkering uit het eigen vermogen van de vennootschap die niet het belang van de onderneming dient, maar de belanghebbenden achter deze vennootschap.²⁸ Een winstuitdeling, zoals bijvoorbeeld een uitkering van dividend, is een voorbeeld van een onttrekking uit het vermogen van een vennootschap en wordt in BNB 1959/124²⁹ als volgt gedefinieerd:

*“Een vermogensverschuiving van de vennootschap naar den aandeelhouder als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldsbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van den aandeelhouder wordt onttrokken”.*³⁰

Naast een vermogensverschuiving blijkt uit BNB 1954/61³¹ dat ook sprake moet zijn van een bevoordeling van de aandeelhouder en dat de aandeelhouder zich hiervan bewust zou moeten zijn.³²

2.4 Jurisprudentie tot het certificaathouders-uitkooparrest

Vanwege de fiscale eigenschappen van eigen vermogen en vreemd vermogen moet onderscheid gemaakt worden tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Op het moment dat een moedervernootschap een lening verstrekt aan een dochtervernootschap is de rentevergoeding bij de dochtervernootschap aftrekbaar van de winst en is deze bij de moedervernootschap belast. Wanneer de moedervernootschap aan dezelfde dochtervernootschap eigen vermogen beschikbaar stelt wordt de vergoeding gezien als dividend. De vergoeding is dan niet aftrekbaar bij de dochtervernootschap. De vergoeding is op basis van artikel 13 Wet VPB 1969 niet belast vanwege de toepassing van de

²⁶ HR 9 maart 1983, BNB 1983/202.

²⁷ Zie HR 9 maart 1983, BNB 1983/202, HR 8 maart 2002 BNB 2002/210, HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 en HR 18 april 2008 BNB 2008/139.

²⁸ S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting 2.0.6.Ab, Deventer Kluwer 2009, p. 76.

²⁹ HR 18 februari 1959, BNB 1959/124

³⁰ HR 18 februari 1959, BNB 1959/124.

³¹ HR 30 december 1953, BNB 1954/61.

³² HR 30 december 1953, BNB 1954/61.

deelnemingsvrijstelling. Over de classificatie eigen vermogen of vreemd vermogen is de nodige jurisprudentie ontstaan.

In het Unileverarrest³³ bepaalt de HR allereerst dat voor de kwalificatie van een geldverstrekking een formeel criterium wordt aangelegd. De civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking is in beginsel leidend. Een overeenkomst van geldlening wordt niet als zodanig in de wet gedefinieerd. Een geldlening is een bijzondere vorm van de in Titel 14 van het burgerlijk wetboek (hierna: BW) 7A artikel 1791 opgenomen overeenkomst van verbruikleen. In artikel 7A:1791 BW wordt een overeenkomst van verbruikleen gedefinieerd als: “(...) eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgenoemde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.” In artikel 7A:1793 BW staat vervolgens: “De schuld, uit lening van geld voortspruitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt”. Uit deze artikelen blijkt dus dat voor een geldlening sprake moet zijn van een overeenkomst, waarbij een partij aan de andere partij een zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen, lees geldsom, afgeeft, onder voorwaarde dat laatst genoemde partij de andere partij evenveel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geeft. Hieruit kan al een terugbetalingsverplichting als voorwaarde gehaald worden. Uit het Kaptische zeebodem-arrest³⁴ blijkt vervolgens dat de terugbetalingsverplichting inderdaad doorslaggevend is voor de kwalificatie civielrechtelijk eigen vermogen of vreemd vermogen.³⁵ Het terugbetalingsvereiste kan ook voorwaardelijk zijn.³⁶

Op de hoofdregel, dat de civielrechtelijke vorm in beginsel leidend is, noemt de HR drie limitatieve gevallen, waarin de civielrechtelijke vorm niet doorslaggevend is. Deze drie uitzonderingen zijn de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemloze-putlening.³⁷ De drie uitzonderingen moeten beperkt uitgelegd en formeel getoetst worden, aldus de HR in BNB 2018/60.³⁸ Op het moment dat een geldverstrekking onder één van de drie uitzonderingen valt, kwalificeert de geldverstrekking niet als lening, maar als kapitaal.³⁹ Het gevolg hiervan is dat de lening wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen met bijhorende fiscale eigenschappen.

³³ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

³⁴ HR 8 september 2006 BNB 2007/104.

³⁵ HR 8 september 2006 BNB 2007/104, r.o. 3.4.

³⁶ HR 29 november 2002, NJ 2003/50, r.o. 3.4.5.

³⁷ Zie o.a. HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 11 maart 1998, BNB 1998/208.

³⁸ HR 5 januari 2018, BNB 2018/60.

³⁹ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht, studenteneditie Vennootschapsbelasting, onderdeel 2.2.2.L.c1.

Door de herkwalificatie is het voor de crediteur niet meer mogelijk een eventuele afwaardering van de vordering ten laste van de winst te brengen. Daarnaast is een rentevergoeding die een vennootschap over een dergelijke lening betaalt niet aftrekbaar. De vergoeding is op basis van artikel 13 Wet VPB 1969 niet belast vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Een kanttekening hierbij is dat, vanaf 2016 door de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015⁴⁰, bij de crediteur de deelnemingsvrijstelling niet langer van toepassing is, als de rente op bijvoorbeeld een deelnemerschapslening bij de debiteur in een ander land wel aftrekbaar is.

2.4.1 De deelnemerschapslening

Er is sprake van een deelnemerschapslening wanneer een lening feitelijk functioneert als eigen vermogen. De lening is onder zodanige voorwaarden verstrekt, dat de crediteur met deze geldverstrekking in zekere mate deelneemt in de onderneming van de debiteur. Fiscaal wordt de lening geherkwalificeerd naar eigen vermogen, terwijl de lening civielrechtelijk vreemd vermogen blijft. Herkwalificatie van de geldverstrekking vindt plaats op basis van drie cumulatieve criteria:⁴¹

1. De vergoeding voor de geldverstrekking is winstafhankelijk;
2. De schuld is achtergesteld bij alle andere concurrerende schuldeisers;
3. De lening heeft geen vaste looptijd, maar is slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.

Door de HR is in BNB 2006/82⁴² bepaald dat als er minimaal voor 87,5% (7/8 deel) een winstafhankelijke rente wordt afgesproken, de totale rente als winstafhankelijk moet worden aangemerkt.

Er is geen sprake van winstafhankelijkheid, wanneer de betaling van de vergoeding bij onvoldoende winst opgeschort is en de rentebetaling uitgesteld wordt.⁴³ Verder is in de jurisprudentie vastgesteld dat een looptijd van meer dan vijftig jaar kwalificeert als “geen vaste looptijd”.⁴⁵

⁴⁰ Wet van 23 december 2015 tot implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, Stb. 2015/543.

⁴¹ HR 11 maart 1988, BNB 1988/208 r.o. 3.3.

⁴² HR 25 november 2005, BNB 2006/82, r.o. 3.2.

⁴³ HR 17 februari 1999 BNB 1999/176 r.o. 3.3.

⁴⁴ MvT, Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3, blz. 26.

⁴⁵ HR 25 november 2005, BNB 2006/82, r.o. 3.2.

Op basis van artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 is de rentevergoeding op een deelnemerschapslening niet aftrekbaar. De vergoeding is op basis van artikel 13 lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 niet belast vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

2.4.2 De schijnlening

Het gegeven, dat een terugbetalingsverplichting “op papier” bestaat, betekent nog niet dat daar in werkelijkheid altijd gevolg aan gegeven wordt. Een schijnlening is een lening waarbij beide partijen feitelijk een kapitaalverstrekking voor ogen hebben.⁴⁶ Er kan sprake zijn van een winstuitdeling aan de aandeelhouder of een informele kapitaalstorting in een dochtervennootschap. Voor de kwalificatie schijnlening zijn geen duidelijk criteria vast te stellen. Uit de jurisprudentie kan afgeleid worden dat de afwezigheid van een rentevergoeding, een aflossingsschema en zekerheden kenmerken zijn voor een schijnlening.⁴⁷ Ook kan het achtergesteld zijn van de lening een kenmerk zijn van een schijnlening. De feitelijke geldverstrekking wordt, op het moment dat een schijnlening geconstateerd wordt, fiscaalrechtelijk ge(her)kwalificeerd als een informele kapitaalstorting (geldverstrekking omlaag), een verkapte winstuitdeling (geldverstrekking omhoog) of beide, via de gemeenschappelijke moedervennootschap (geldverstrekking zijwaarts). Op grond van artikel 10 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 is een verkapte winstuitdeling in de vorm van een schijnlening niet aftrekbaar van de winst. Een winstuitdeling valt bij de ontvanger onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 lid 1 Wet VPB 1969 en is daardoor niet belast.

2.4.3 De bodemloze-putlening

Op het moment dat een moedervennootschap een lening aan een dochtervennootschap verstrekt, waarbij op het moment van aangaan (aanstonds) van de lening al duidelijk was, dat het bedrag nooit terugbetaald kon worden, is sprake van een bodemloze-putlening.⁴⁸ Vaak is dit het geval wanneer de gelieerde schuldenaar zo verlieslijdend is, dat bij voorbaat duidelijk is, dat het bedrag nooit terug kan worden betaald. De lening wordt dan gezien als een (middellijke) winstuitdeling en kwalificeert daardoor als informeel kapitaal. Ook de omgekeerde situatie, waarin de dochtervennootschap een

46 J.N. Bouwman, Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting (Fiscale geschriften), Amersfoort: Sdu 2002, p. 62.

47 HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 24 juni 1964, BNB 1964/196.

⁴⁸ HR 27 januari 1988 BNB 1988/217.

lening verstrekt aan de moedervennootschap, is mogelijk.⁴⁹ Ook wanneer er sprake is van een lening door een vennootschap aan een zustervennootschap moet worden getoetst aan het bodemlozeput-criterium⁵⁰, evenals bij het wijzigen van de leningsvoorwaarden.⁵¹ Op grond van artikel 10 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 is een verkapte winstuitdeling in de vorm van een bodemloze-putlening niet aftrekbaar van de winst. Een winstuitdeling valt bij de ontvanger onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 lid 1 Wet VPB 1969 en is daardoor niet belast.

2.5 Jurisprudentie na het certificaathouders-uitkooparrest

In 2008 heeft de HR het onzakelijke lening leerstuk geïntroduceerd.⁵² In het certificaathouder uitkooparrest BNB 2008/191⁵³ was van een onzakelijke lening sprake:

*“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.”*⁵⁴

In deze zaak waren het de afwezigheid van zekerheden, en het feit dat aflossingen op de lening plaats zouden moeten vinden uit de van de crediteur ontvangen dividenden, die ertoe leidden dat er sprake was van een onzakelijke lening. In BNB 2017/655 is duidelijk geworden waar de HR op doelde met de bijzondere omstandigheden die tot gevolg hebben dat het verlies op een onzakelijke lening toch in mindering op de winst van de vennootschap kan worden gebracht. Een bijzondere omstandigheid doet zich voor op het moment dat tussen debiteur en crediteur een zakelijke relatie bestaat, die ook bij afwezigheid van het concernverband van voldoende gewicht zou zijn geweest, om de lening onder

⁴⁹ HR 29 oktober 2004 BNB 2005/64.

⁵⁰ HR 21 oktober 1992 BNB 1993/32.

⁵¹ HR 4 september 1996 BNB 1997/42.

⁵² HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

⁵³ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

⁵⁴ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

⁵⁵ HR 14 oktober 2016, BNB 2017/6.

dezelfde voorwaarden te verstrekken. De lening is toch zakelijk en hierdoor mag het afwaarderingsverlies in aftrek komen op de winst.⁵⁶

In tegenstelling tot de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemloze-putlening in de vorige paragraaf vindt geen herkwalficatie plaats van fiscaal vreemd vermogen naar fiscaal eigen vermogen. De lening blijft fiscaal vreemd vermogen. Een onzakelijke lening vormt dus ook geen vierde uitzondering op de hoofdregel dat bij een geldverstrekking de civielrechtelijke vorm in beginsel beslissend is. De beoordeling of sprake is van een onzakelijke lening vindt plaats op het moment van het aangaan van de lening. Een zakelijke lening kan echter gedurende de looptijd als gevolg van onzakelijk handelen van de crediteur onzakelijk worden. Waar de HR in BNB 2008/191⁵⁷ nog aansluiting leek te zoeken bij de formele omstandigheden zoals het ontbreken van een leningsovereenkomst, een aflossingsschema en zekerheden, hanteert de HR sinds de novemberarresten een meer materiële toets.⁵⁸ Een niet in wezen winstdelende rente moet worden bepaald waarbij een derde, onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden, eenzelfde lening zou hebben verstrekt.⁵⁹ Naast de voorwaarden van de leningsovereenkomst kunnen ook andere feiten en omstandigheden relevant zijn voor de onzakelijkheidstoets. Bobeldijk en Van der Velden noemen voorbeelden van relevante omstandigheden zoals commerciële prognoses, omvang van het eigen vermogen van de debiteur, het risicoprofiel van de te financieren activiteiten, de mate van overschrijding van kredietlimieten en de mate van vreemd vermogen financiering van de debiteur.⁶⁰

Een gevolg van de onzakelijke lening is dat een eventueel afwaarderingsverlies van de lening bij de crediteur niet aftrekbaar is van de winst.⁶¹ In BNB 2008/191⁶² zijn de belangen van de aandeelhouder gediend. Hierdoor is sprake geweest van een verarming van de dochtervennootschap. Volgens de totaalwinstgedachte moet een onttrekking geëlimineerd worden. Het gevolg hiervan is dat op het moment dat de onzakelijke lening afgewaardeerd moet worden, omdat de debiteur niet meer aan de betalingsverplichtingen kan voldoen, het afwaarderingsverlies niet in aanmerking genomen mag worden bij de crediteur.

⁵⁶ HR 14 oktober 2016, BNB 2017/6, r.o. 2.4.4.

⁵⁷ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

⁵⁸ HR 25 november 2011, BNB 2012/37, HR 25 november 2011 BNB 2012/38 en HR 25 november 2011, BNB 2012/78.

⁵⁹ A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden en L.A. van der Schakenraad, 'De onzakelijke lening anno 2018-deel I', MBB 2018/4-2, par. 2.

⁶⁰ A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I', MBB 2014/5, par. 4.

⁶¹ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191 r.o. 3.6.

⁶² HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

Na BNB 2008/191⁶³ meende A-G Wattel dat een onzakelijke lening gesplitst kon worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel.⁶⁴ Hij kwam tot deze conclusie door de woorden “indien en voor zover” en “in zoverre”.⁶⁵ Ligthart⁶⁶ was ook van mening dat een onzakelijke lening gesplitst moest worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel. Bij een eventuele afwaardering kon er volgens Albert niet op het onzakelijke deel afgewaardeerd worden, maar wel op het zakelijke gedeelte.⁶⁷ In BNB 2012/37⁶⁸ komt de “alles of niets” benadering duidelijk naar voren. Een geldverstrekking vormt in zijn geheel een onzakelijke lening of niet. Het opknippen van een lening in tranches zou wel aanleiding kunnen geven tot de toetsing van de onzakelijkheid per tranche.⁶⁹

Op het moment dat is vastgesteld dat sprake is van een zakelijke lening kan deze door onzakelijk handelen alsnog onzakelijk worden. In BNB 2013/148⁷⁰ heeft de HR bevestigd dat een zakelijke lening gedurende de looptijd door onzakelijk handelen van de crediteur alsnog een onzakelijke lening kan worden. Uit BNB 2013/148⁷¹ kan ook worden afgeleid dat de bewijslast voor het onzakelijk worden van de lening volledig op de inspecteur rust. De inspecteur heeft een zware bewijslast:⁷²

- Allereerst moet de inspecteur het moment aangeven waarop een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden als belanghebbende, waaronder de kennis, die de belanghebbende heeft van de debiteur, maatregelen zou hebben genomen.
- Ten tweede moet de inspecteur aangeven welke maatregelen deze derde zou hebben genomen om zijn rechten uit de geldlening veilig te stellen (zekerheden).
- Ten slotte moet de inspecteur aangeven in hoeverre de zakelijk handelende derde daarin zou zijn geslaagd.

In de literatuur wordt gesteld dat het omgekeerde eveneens mogelijk is. Een onzakelijke lening kan ook transformeren naar een zakelijke lening wanneer het debiteurenrisico door een bepaalde

⁶³ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

⁶⁴ Conclusie A-G P.J. Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26.

⁶⁵ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191 r.o. 3.4.

⁶⁶ N.M. Ligthart, "De zakelijkheid van een onzakelijke lening", NTFR Beschouwingen 2008-37.

⁶⁷ P.G.H. Albert, "Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar?", WFR 2008/1226.

⁶⁸ HR 25 november 2011 BNB 2012/37.

⁶⁹ Hof Den Haag 7 juni 2016, nr. 15/00293, NTFR 2016/1859, V-N 2016/44.10.

⁷⁰ HR 1 maart 2013 BNB 2013/148.

⁷¹ HR 1 maart 2013 BNB 2013/148.

⁷² Zie ook onderdeel 3 van de noot van Heithuis bij BNB 2013/148.

omstandigheid zodanig wordt verkleind dat ook een onafhankelijke derde dit risico zou hebben aanvaard.⁷³

2.5.1 Gelieerdheid

Een onzakelijke lening kan zich voordoen in gelieerde verhoudingen, wanneer door met een met de vennootschap gelieerde partij een onzakelijk debiteurenrisico wordt gelopen.⁷⁴ Verschillende wetten zoals de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR), de wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 zeggen echter niets over gelieerdheid. De HR geeft ook geen concrete richtlijnen om gelieerdheid te duiden.

Het begrip “gelieerdheid” is niet in de wet gedefinieerd. De Wet VPB 1969 heeft het begrip “verbondenheid” wel gedefinieerd. In artikel 10a lid 4 Wet VPB 1969 wordt een met de belastingplichtige verbonden lichaam omschreven als:

- “a, een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;*
- b. een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;*
- c. een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige, waarbij een belang dat wordt gehouden door de partner of een minderjarig kind van een natuurlijk persoon aan die persoon wordt toegerekend, waarbij onder een kind mede wordt verstaan een kind van een partner alsmede een pleegkind;*
- d. een lichaam dat met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid als bedoeld in de artikelen 15 en 15a.”*

In artikel 10a lid 5 Wet VPB 1969 wordt een met de belastingplichtige verbonden persoon omschreven als:

- “a. voor de toepassing van dit artikel: een natuurlijk persoon die voor tenminste een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige of in een met hem verbonden lichaam.”*

⁷³ I.M. de Groot, Verrassende ontwikkelingen omtrent de onzakelijke lening, WFR 2013/748, par. 3.2 en A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014 – deel I’, MBB 2014/05, par. 9.5.

⁷⁴ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

Steeds moet er dus sprake zijn van een belang van minstens een derde gedeelte. Albert⁷⁵ ziet een gelieerde partij als een ruimere versie van de begrippen verbonden lichaam en verbonden persoon van artikel 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Hij baseert dit op BNB 2008/191⁷⁶ waar sprake was van een 23% belang in de schuldeiser. Toch werd de lening in dat geval gekwalificeerd als een onzakelijke lening. Nieuweboer⁷⁷ stelt dat een “gelieerde partij” een verzamelnaam is voor enerzijds aandeelhouders, alle relaties bovenlangs en anderzijds deelnemingen, alle relaties onderlangs. Er moet sprake zijn van een aandelenbelang van minimaal 5%, of meegetrokken deelnemingen, die niet als gediskwalificeerde beleggingsdeelnemingen worden aangemerkt.

De Staatssecretaris heeft in het kader van artikel 9 van het OESO-modelverdrag het volgende over het begrip gelieerdheid gezegd:

*“Van belang voor het constateren van gelieerdheid is dat de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen ten aanzien van de vaststelling van de prijzen voor de transacties die tussen de betrokken partijen plaatsvinden. Per situatie zal dienen te worden beoordeeld of materieel sprake is van een dergelijke zeggenschap. Over het algemeen zal de aanwezigheid van normaal toezicht niet tot een dergelijke zeggenschap leiden. Dit betekent dat van een dergelijke zeggenschap niet snel sprake zal zijn bij de veel voorkomende situatie dat een bank in het kader van kredietverstrekking een toezichthoudende functie vervult bij een onderneming. Ook een commissaris zal als toezichthouder een dergelijke zeggenschap over het algemeen niet kunnen uitoefenen.”*⁷⁸

Enige vorm van zeggenschap hebben op de bepaling van verrekenprijzen is dus benodigd om te kunnen spreken van gelieerde partijen. Per situatie moet gekeken worden of er sprake is van die invloed.

Voor de TBS-regeling zijn verbonden personen de partner en minderjarige kinderen van de belastingplichtige. Ook zijn eventuele kinderen van de partner verbonden personen. Op het moment dat de belastingplichtige zelf minderjarig is, wordt onder een met de belastingplichtige verbonden persoon mede verstaan een bloed- of aanverwant in de eerste graad van de opgaande lijn en de minderjarige kinderen en partner van die bloed- of aanverwant, alsdus artikel 3.91 lid 2 onderdelen b en c Wet IB 2001.

⁷⁵ P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening’, TFO 2014/134.1, onderdeel 4.

⁷⁶ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

⁷⁷ M. Nieuweboer, ‘De Hoge Raad zet leerstuk van onzakelijke lening uiteen’, NTFR 2011/2722.

⁷⁸ MvT, Kamerstukken I 2001/2002, 28 034, nr. 3, p. 21.

De manier van formuleren in BNB 2012/37⁷⁹ heeft in eerste instantie de indruk gewekt dat een geldlening tussen niet-gelieerde partijen, tussen derden, geen onzakelijke lening kon zijn. Later bleek dit een onjuiste indruk te zijn. De HR heeft namelijk in BNB 2015/141⁸⁰ geoordeeld dat ook sprake kan zijn van een onzakelijke lening, op het moment dat de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij. Het onzakelijk debiteurenrisico is in BNB 2015/141⁸¹ aanvaard op grond van persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen. Een onzakelijk debiteurenrisico kan dus ook worden gelopen wanneer een lening verstrekt is door een niet gelieerde partij. In dergelijke gevallen moet ook beoordeeld worden of met het verstrekken van de lening een debiteurenrisico wordt gelopen dat een derde niet zou hebben geaccepteerd.⁸²

Bobeldijk constateert dat, wanneer geen sprake is van gelieerdheid tussen debiteur en crediteur op grond van aandeelhouderschap of persoonlijke betrekkingen, de jurisprudentie nog niet is uitgekristalliseerd. Hij geeft een voorbeeld waarbij een lening door een BV verstrekt wordt aan de favoriete voetbalclub van haar directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA). Bobeldijk is van mening dat de onzakelijke lening jurisprudentie in dat geval kan worden toegepast, ook als er dus geen aandelenbelang bestaat.⁸³ Ik ben van mening dat per situatie beoordeeld moet worden of sprake is van gelieerdheid tussen de debiteur en de crediteur op grond van aandeelhouderschap of op grond van persoonlijke betrekkingen, om te bepalen of toegekomen kan worden aan het onzakelijke lening leerstuk.

2.5.2 At arm's length

De fiscale jaarwinst dient zuiver vastgesteld te worden aan de hand van het “at arm's length”beginsel. Het at arm's length beginsel volgt uit artikel 3.8 Wet IB 2001 en is in artikel 8b Wet VPB 1969 gecodificeerd in de wet. Op basis van het at arm's length beginsel moet een zakelijke rente worden berekend. Gelieerde partijen dienen met elkaar te handelen op de manier van onafhankelijke derden. Wanneer een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden, dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico

⁷⁹ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

⁸⁰ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

⁸¹ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

⁸² Zie ook HR 18 december 2015, BNB 2016/38.

⁸³ A.C.P. Bobeldijk, ‘De gelieerdheid bij de onzakelijke lening; Hoge Raad, nr. 15/00942’, NTFR Beschouwingen 2016/9.

wordt gelopen, dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen zal de lening in beginsel als onzakelijk kwalificeren. Zijn de overeengekomen condities niet at arm's length, dan moet, volgens de HR in BNB 2012/132⁸⁴, zakelijkheid in beginsel worden gerealiseerd via het rentepercentage, een prijscorrectie:

*“Voor de beantwoording van de vraag of de door belanghebbende aan de BV verstrekte leningen als onzakelijke leningen in de zin van het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2011, nr. 08/05323, LJN BN3442, BNB 2012/37, moeten worden aangemerkt, is, zoals in dat arrest is geoordeeld, de tussen partijen overeengekomen rente niet van belang. Ingeval de rente niet in overeenstemming met het “at arm's length” beginsel is vastgesteld, moet voor de fiscale winstberekening worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet.”*⁸⁵

De rente wordt dan voor fiscale doeleinden zakelijk gemaakt, uitgaande van dezelfde voorwaarden en omstandigheden.⁸⁶ Op het moment dat de rente kan worden gewijzigd, zodat wel sprake is van zakelijke voorwaarden, is de lening geen onzakelijke lening maar een lening verstrekt onder onzakelijke voorwaarden. In de literatuur wordt dit ook wel aangeduid met prijsonzakelijke lening of de Onzakelijke Rente (hierna: OR) lening.⁸⁷ Er is dus sprake van een prijsonzakelijke lening op het moment dat de lening geen zakelijke rente heeft, maar door de rente at arm's length te corrigeren wel zakelijk gemaakt kan worden.⁸⁸ In BNB 1978/252⁸⁹, het Zweedse grootmoeder arrest, is sprake van een OR-lening. De HR oordeelde hier dat belanghebbende een zakelijke rente op de renteloze lening ten laste van de winst moest brengen. Volgens de HR is het gelopen risico bij een onzakelijke lening vergelijkbaar met het risico van een vennootschap, welke borg staat voor een lening onder vergelijkbare voorwaarden, die rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met deze vennootschap gelieerde vennootschap. De in aanmerking te nemen rente is de rente welke de gelieerde vennootschap zou moeten betalen wanneer deze vennootschap met een borgstelling van een derde zou lenen.

Alleen in situaties waarin geen rente of slechts een winstdelende rente kan worden bepaald, waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken, is volgens de HR

⁸⁴ HR 9 maart 2012, BNB 2012/132.

⁸⁵ HR 9 maart 2012, BNB 2012/132, r.o. 3.3.

⁸⁶ A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden en L.A. van der Schakenraad, 'De onzakelijke lening anno 2018-deel I', MBB 2018/4-2, par. 2.

⁸⁷ A.C.P. Bobeldijk & R.L.P. van der Velden, De onzakelijke lening anno 2014 – deel 1, MBB 2014/05, par. 3.2.

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

⁸⁹ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

sprake van een onzakelijke lening.⁹⁰ De lening, met een zodanig debiteurenrisico, zou door een derde niet zonder verdere garanties of borgstelling zijn verstrekt. Er moet vanuit worden gegaan dat de betrokken vennootschap het risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen. In de literatuur⁹¹ wordt dit ook wel aangeduid met hoofdsomonzakelijke lening, of de door A-G Wattel aangeduide Onzakelijke Debiteuren Risico (hierna: ODR) lening.⁹² Bij ODR-lening kan de rentevoet niet gecorrigeerd worden omdat de lening dan winstdelend zou worden.⁹³ De onzakelijke leningen uit BNB 2008/191⁹⁴ en BNB 2012/37⁹⁵ zijn hier voorbeelden van. Of een geldlening als een ODR-lening kwalificeert moet op het moment van aangaan van de geldlening worden beoordeeld.⁹⁶ Dat op het moment van aangaan van een geldlening geen ODR-lening kan worden geconstateerd, sluit niet uit dat de geldlening op een later moment alsnog als ODR-lening kan kwalificeren.⁹⁷ Op het moment dat de crediteur alsnog een te hoog debiteurenrisico gaat lopen, doordat bijvoorbeeld de voorwaarden van de lening ingrijpend zijn gewijzigd, moet de lening opnieuw getoetst worden aan het ODR leerstuk.⁹⁸

Een winstdelende rente leidt volgens Ameziane niet per definitie tot de kwalificatie van een onzakelijke lening:

*“De ratio van de jurisprudentie is het verrichten van zakelijke overeenkomsten in gelieerde verhoudingen. Op het moment dat een externe partij zou instemmen met een winstdelende rente, in acht genomen het risicoprofiel, is sprake van een zakelijke overeenkomst. Dezelfde overeenkomst zou niet onzakelijk gekwalificeerd mogen worden als deze zich afspeelt in een gelieerde verhouding. In deze situatie zou er sprake zijn van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.”*⁹⁹

⁹⁰ HR 25 november 2011 BNB 2012/37 r.o. 3.3.3 en HR 9 maart 2012, BNB 2012/132, r.o. 3.3.

⁹¹ Zie onder andere P.J.J.M. Peeters, ‘De “onzakelijke lening” bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1- openstaande rechtsvragen’, WFR 2010/1510

⁹² Conclusie A-G P.J. Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26.

⁹³ Conclusie A-G Wattel 14-07-2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26.

⁹⁴ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

⁹⁵ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

⁹⁶ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217; HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

⁹⁷ HR 25 november 2011, BNB 2012/37 r.o. 3.3.5.

⁹⁸ HR 1 maart 2013, BNB 2013/148 r.o. 3.4.1.

⁹⁹ S. Ameziane, ‘Welke positie nemen de wet- en regelgeving in bij het bepalen van de fiscale gevolgen van onzakelijke geldleningen tussen gelieerde partijen?’, Tilburg University.

Ik onderschrijf de visie van Ameziane. Wanneer derden ook in zouden stemmen met een winstdelende rente kan niet gesteld worden dat de lening onzakelijk is.

Hafkenscheid, Akyürek, Kraan¹⁰⁰ en Sterk schrijven over de vraag hoe een zakelijke rente kan worden bepaald aan de hand van economische modellen. Volgens Hafkenscheid, Akyürek, Kraan en Sterk volgt uit BNB 2012/37¹⁰¹ dat twee vragen beantwoord moeten worden voor de beoordeling of een lening onzakelijk is.

1. Wat is de rente die een zakelijke vergoeding vormt voor het aanvaarde debiteurenrisico (“zakelijke rente”)?
2. Is de zakelijke rente zodanig dat de geldlening in wezen winstdelend wordt?

De auteurs zijn van mening dat in de tot dan toe verschenen literatuur nauwelijks aandacht besteed is aan de vraag hoe bepaald moet worden of de rente op een geldlening een adequate vergoeding vormt, een zakelijke vergoeding, voor het aanvaarden van de met de lening samenhangende debiteurenrisico en onder welke omstandigheden de rente winstdelend wordt. In lagere rechtspraak, van Rechtbanken¹⁰² en Gerechtshoven¹⁰³, worden leningen aan de hand van kwalitatief-juridische criteria beoordeeld. Zijn er bijvoorbeeld zekerheden verstrekt of is de verschuldigde rente daadwerkelijk bijgeschreven? Deze kwalitatieve criteria zijn volgens Hafkenscheid, Akyürek, Kraan en Sterk inderdaad belangrijk. De omvang van de kasstromen waartoe de crediteur op grond van de afspraken met de debiteur gerechtigd is, worden op die manier bloot gelegd. Maar het is volgens de auteurs, met verwijzing naar BNB 2012/79¹⁰⁴, de verhouding tussen de verwachte kasstromen en het in die kasstromen aanwezige risico, welke bepaalt of de geldgever zakelijk wordt vergoed voor de door hem gelopen risico's. Die verhouding moet kwantitatief worden bepaald, niet kwalitatief. De HR beoordeelt in BNB 2012/37¹⁰⁵ de lening volgens het at arm's length-beginsel. Dit vraagt naar hun mening echter om een kwantitatief-economische benadering. Hafkenscheid, Akyürek, Kraan beschrijven vervolgens een niet kwalitatieve maar een kwantitatieve methode. De methode is

¹⁰⁰ R.P.F.M. Hafkenscheid, T.P. Akyürek, S. Kraan & R. Sterk, de onzakelijke lening en de zakelijke rente en debiteurenrisico, WFR 2016/129.

¹⁰¹ HR 25 november 2011 BNB 2012/37.

¹⁰² Zie onder andere Rb. Breda 24 september 2012, nr. 11/798, Rb. Oost-Nederland 31 januari 2013, nr. AWB 12/1730, Rb. Noord-Nederland 24 september 2013, nr. AWB 12/1282 en Rb. Gelderland 31 juli 2014, nr. AWB 13/4321.

¹⁰³ Zie onder andere Hof Arnhem 15 mei 2012, nr. 11/00673, Hof Amsterdam 19 juli 2012, nr. 11/00311, Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, nr. 13/00479, Hof Arnhem-Leeuwarden 18 november 2014, nr. 13/00256, Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2015, nr. 14/00434 en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, nr. 14/01259.

¹⁰⁴ HR 13 januari 2012, BNB 2012/79, r.o. 3.2.

¹⁰⁵ HR 25 november 2011 BNB 2012/37.

gebaseerd op het Merton Model. Het Merton Model ligt ten grondslag aan de waardering van Credit Default Swaps, de op de kapitaalmarkten verhandelde verzekering tegen kredietrisico.

Voor de totaalwinst moeten in de rentevoet aandeelhoudersmotieven geëlimineerd worden.¹⁰⁶ Te allen tijde moet voor de fiscale winstbepaling uitgegaan worden van leningsvoorwaarden, waaronder het rentepercentage, die at arm's length zijn.¹⁰⁷

2.5.3 De borgstellingsanalogie

Omdat de onzakelijke lening vreemd vermogen blijft, kunnen bij de debiteur aftrekbare rentelasten in aanmerking genomen worden. De bij de debiteur aftrekbare rentelasten moeten bij de crediteur belast worden. De rente op een onzakelijke lening wordt bepaald door middel van de borgstellingsanalogie uit BNB 2012/37¹⁰⁸. In BNB 2012/37 overweegt de HR:

“Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aanvaardt, is te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld als wanneer zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden.”¹⁰⁹

De rente op de onzakelijke lening moet daarom gesteld worden op de rente, die een gelieerde vennootschap zou moeten betalen wanneer zij met een borgstelling van de crediteur onder gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.¹¹⁰ Wanneer de feitelijke rente hoger is dan de borgstellingsanalogierente, dan is het verschil tussen de feitelijke rente en de borgstellingsanalogierente niet aftrekbaar bij de debiteur en niet belast bij de crediteur. Aan de kant van de crediteur is voor dat bedrag sprake van een winstuitdeling of kapitaalstorting, afhankelijk van of feitelijke rente hoger of lager is dan de borgstellingsanalogierente. Dit is in overeenstemming met

¹⁰⁶ HR 25 november 2011, BNB 2012/37 r.o. 3.3.4.

¹⁰⁷ Zie artikel 8b Wet VPB 1969. Voor codificatie van het at arm's length beginsel lag het zakelijk reeds besloten in het totaalwinstconcept, zoals dat ook reeds codificatie gold. Zie artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969.

¹⁰⁸ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

¹⁰⁹ HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.4.

¹¹⁰ O.C.R. Marres, WFR 2012/142 par 5.2.

de gedachte dat voor de totaalwinst in de rentevoet aandeelhoudersmotieven geëlimineerd moeten worden.¹¹¹

2.5.4 Valutaresultaten

Het is onduidelijk wat een valutarisico betekent voor de fiscaal in aanmerking te nemen rente over een onzakelijke lening in vreemde valuta. Egélie gaat expliciet in op de vraag of de waarde van de hoofdsom wordt beïnvloed door valutakoersschommelingen wanneer een onzakelijke lening verstrekt is in vreemde valuta.¹¹² Egélie onderscheidt drie invalshoeken bij een valutaverlies:

- a. Het valutaverlies staat los van de fiscale behandeling van het onzakelijke debiteurenrisico;
- b. Het valutaverlies gaat op in de fiscale behandeling van het onzakelijke debiteurenrisico;
- c. Het valutaverlies is afhankelijk van de mate waarin het onzakelijke debiteurenrisico zich definitief manifesteert.

De Hoge Raad heeft nog niet geoordeeld over deze problematiek. Egélie is van mening, dat de derde invalshoek het meeste recht doet aan het wezen van een onzakelijke lening. Volgens Nieuweboer¹¹³ en Marres¹¹⁴ lijkt de eerste invalshoek juist.

Volgens Bobeldijk, Van der Velden en Van der Schakenraad speelt de valuta van een lening geen rol bij de beoordeling van de zakelijkheid van een lening. Het valutarisico op een lening staat los van het getoetste debiteurenrisico. Het valutarisico is niet een omstandigheid die moet worden meegenomen bij de beoordeling van de zakelijkheid van een lening. Een hoger valutarisico vertaalt zich in geval van een onzakelijke lening wel naar een hogere borgstellingsrente.¹¹⁵ Volgens Bobeldijk, Van der Velden en Van der Schakenraad is het denkbaar dat het valutarisico zelf zich buiten de totaalwinstsfeer bevindt wanneer het genomen valutarisico slechts verklaard kan worden uit de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur.

Zelf acht ik een valutaverlies op een onzakelijke lening niet aftrekbaar. Wanneer een lening onzakelijk is, is een eventueel verlies op de lening niet aftrekbaar van de winst van de vennootschap. De oorzaak

¹¹¹ Zie HR 25 november 2011, BNB 2012/37 r.o. 3.3.4.

¹¹² W.F.E.M. Egélie, De onzakelijke lening en valutaresultaten: een kwestie van geduld, NTFR 2016/1662.

¹¹³ M. Nieuweboer, 'De Hoge Raad zet leerstuk van onzakelijke lening uiteen', NTFR 2011/2722.

¹¹⁴ O.C.R. Marres, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', WFR 2012/142.

¹¹⁵ A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden en L.A. van der Schakenraad, 'De onzakelijke lening anno 2018-deel I', MBB 2018/4-2, par. 3.

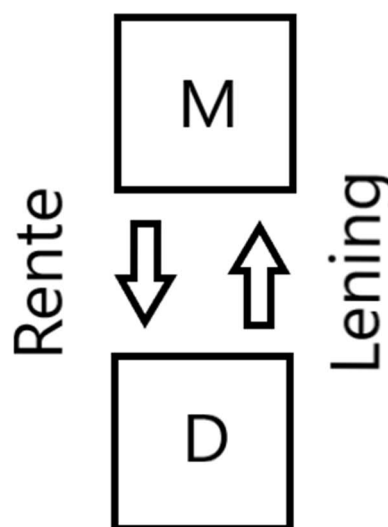
van dat eventuele verlies lijkt mij niet relevant. Het valutaverlies gaat op in de fiscale behandeling van het onzakelijke debiteurenrisico.

2.6 Verschillende onzakelijke leningen

Een onzakelijke lening wordt niet altijd zoals in BNB 2008/191¹¹⁶ omhoog, van een vennootschap aan haar aandeelhouder, verstrekt. Het is van belang om een onderscheid te maken tussen de onzakelijke lening omhoog, een onzakelijke lening omlaag, een bijzondere variant van de onzakelijke lening omlaag waarbij een DGA een onzakelijke lening verstrekt aan zijn BV, en een onzakelijke lening opzij, omdat de theoretische fundering van de niet-aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies en kwijtschelding verschilt.¹¹⁷ De onzakelijke lening opzij zal vanwege de complexiteit in een apart hoofdstuk behandeld worden (hoofdstuk 3).

2.6.1 De onzakelijke lening omhoog

In BNB 2008/191¹¹⁸ is sprake van een onzakelijke lening omhoog. Een onzakelijke lening omhoog is een lening door een dochtervennootschap aan haar moedervernootschap, ofwel een lening van een vennootschap aan haar aandeelhouder. Een eventuele afwaardering van een onzakelijke lening omhoog is bij de crediteur niet aftrekbaar van de winst.¹¹⁹ Het aanvaarde debiteurenrisico vindt zijn oorzaak in de vennootschappelijke betrekkingen tussen beide vennootschappen. De verklaring voor het niet-aftrekbaar zijn van het afwaarderingsverlies is het totaalwinstbeginsel van artikel 3.8 Wet IB 2001. Albert schrijft in zijn noot bij BNB 2012/38¹²⁰ het volgende:



¹¹⁶ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

¹¹⁷ P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', TFO 2014/134.1, par. 5.

¹¹⁸ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

¹¹⁹ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191 r.o. 3.6.

¹²⁰ HR 25 november 2011 BNB 2012/38.

“Op het moment dat een vennootschap een ODR-lening aan haar aandeelhouder verstrekt, vindt er naar mijn mening geen winstuitdeling plaats. Er vindt op het moment van de geldverstrekking alleen een winstuitdeling plaats als op dat moment duidelijk is dat de aandeelhouder het geld niet zal kunnen terugbetalen (HR 25 oktober 1978, BNB 1978/311 (IB-procedure); HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64 (VPB-procedure)), maar die situatie doet zich bij een ODR-lening per definitie niet voor. Wat nu als de crediteur de ODR-lening na bijvoorbeeld vijf jaar kwijtscheldt, omdat op dat moment duidelijk is dat de debiteur/aandeelhouder niet meer tot aflossing in staat zal zijn? Men zou wellicht kunnen stellen dat er (ook) op dat moment geen winstuitdeling plaatsheeft, omdat de vennootschap op het moment van de kwijtschelding niet verarmt daar de vordering niet of nauwelijks waarde heeft. Echter, omdat de kwijtschelding van een ODR-lening omlaag een informele kapitaalstorting vormt, lijkt het logisch dat de kwijtschelding van een ODR-lening omhoog als winstuitdeling moet worden aangemerkt.”¹²¹

De verstrekking van een onzakelijke lening vormt op het moment van verstrekken nog geen onttrekking, dit in tegenstelling tot de eerder besproken bodemlozeputlening.¹²² De afwaardering van een onzakelijke lening omhoog leidt namelijk niet tot het tenietgaan van de onzakelijke lening en dus niet tot een definitieve vermogensverschuiving. De afwaardering door de crediteur heeft geen invloed op de terugbetalingsverplichting van de debiteur. Pas op het moment dat kwijtschelding van de onzakelijke lening omhoog plaatsvindt, leidt dit tot een definitieve vermogensverschuiving en dus een onttrekking. Ook Bobeldijk en Van der Velden zijn deze mening toegedaan.¹²³

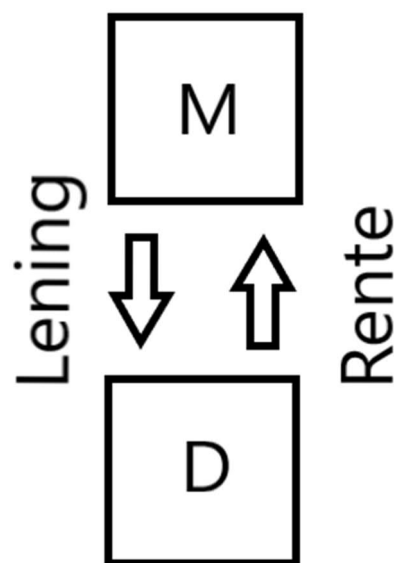
¹²¹ HR 25 november 2011, BNB 2012/38 (noot Albert, tweede alinea).

¹²² HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64; HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD6431, V-N 2008/40.16 met toepassing van art. 81 RO.

¹²³ A.C.P. Bobeldijk & R.L.P. van der Velden, ‘De onzakelijke lening anno 2014-deel II’, MBB 2014/06, par. 12.2 en par. 12.4.

2.6.2 De onzakelijke lening omlaag

In BNB 2012/37¹²⁴ was anders dan in BNB 2008/191¹²⁵, een lening door een dochtervennootschap aan haar moedervennootschap, sprake van een onzakelijke lening omlaag. Er is sprake van een onzakelijke lening omlaag op het moment dat de geldverstrekker naast crediteur ook aandeelhouder in de debiteur is.¹²⁶ Uit BNB 2013/149¹²⁷ en BNB 2014/98¹²⁸, volgt dat door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling een eventuele afwaardering bij de moedermaatschappij niet in mindering op de fiscale winst komt. In BNB 2014/98¹²⁹ overweegt de HR:



“Dienaangaande wordt het volgende overwogen. Indien een vennootschap aan een dochtervennootschap een onzakelijke lening verstrekt zoals omschreven in onderdeel 3.3 van het hiervoor in 3.3.3.1 genoemde arrest van de Hoge Raad van 25 november 2011, vindt het daarbij aanvaarde debiteurenrisico zijn oorzaak in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de beide vennootschappen. Door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling zal een eventuele afwaardering bij de moedermaatschappij niet in mindering op de fiscale winst komen (vgl. HR 15 maart 2013, 11/02248, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, BNB 2013/149). Dat heeft niet tot gevolg dat op het moment waarop de vordering wordt afgewaardeerd reeds sprake is van een (informele) kapitaalstorting. De debiteur heeft immers nog steeds een verplichting tot rentebetaling en tot aflossing van het nominale bedrag van de lening. Pas als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap – zal dat verlies gelijkgesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting. Het vorenstaande geldt mutatis mutandis indien een vennootschap zich uit aandeelhoudersmotieven borg heeft gesteld voor een aan haar dochtervennootschap verstrekte geldlening.”

¹²⁴ HR 25 november 2011 BNB 2012/37.

¹²⁵ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

¹²⁶ P.G.H Albert, Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar?, WFR 2008/1226.

¹²⁷ HR 15 maart 2013, BNB 2013/149.

¹²⁸ HR 28 februari 2014 BNB 2014/98.

¹²⁹ HR 28 februari 2014 BNB 2014/98.

Arts vraagt zich af wat er gebeurt als de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is,¹³⁰ bijvoorbeeld wanneer de debiteur een niet kwalificerende beleggingsdeelneming is, of indien er een belang van minder dan 5% wordt aangehouden, of de crediteur een ab-houder is, bij wie de vordering onder de tbs-regeling valt.¹³¹

Volgens Albert zou het afwaarderingsverlies in BNB 2012/37¹³² op de onzakelijke lening omlaag wel ten laste van de winst gebracht kunnen worden op het moment dat de dochter een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming was. Hij stelt: *“als de verstrekking van eigen vermogen aan de deelneming zich in de belaste sfeer bevindt (dividend en vervreemdingswinsten zijn belast, vervreemdingsverlies is aftrekbaar), moet de verstrekking van vreemd vermogen die slechts uit de aandeelhoudersrelatie kan worden verklaard, zich eveneens in de belaste sfeer bevinden.”*¹³³

A-G Niessen verwerpt later in een casus¹³⁴ waar een DGA de afwaardering van zijn TBS-vordering op zijn BV als verlies wil nemen, de stelling dat de HR met de arresten BNB 2013/149¹³⁵ en BNB 2014/98¹³⁶, waarin de voor- en nadelen op een onzakelijke lening buiten beschouwing bleven door de deelnemingsvrijstelling, zou zijn teruggekomen op zijn onzakelijke leningen jurisprudentie. De A-G wijst er op dat de deelnemingsvrijstelling in wezen ook ziet op de totaalwinst. Voor- en nadelen die onder de deelnemingsvrijstelling vallen, worden namelijk uitgesloten van de totaalwinst. De A-G meent dat de voor- en nadelen uit een onzakelijke lening in essentie al geen onderdeel uitmaken van de totaalwinst. Niet wordt toegekomen aan de deelnemingsvrijstelling. Dit lijkt mij een juiste opvatting. Zonder de deelnemingsvrijstelling zou het op basis van het totaalwinstbeginsel, al niet toegestaan zijn het verlies ten laste van de fiscale winst te brengen omdat de uitgaven geen zakelijk karakter dragen. Volgens A-G Niessen staat vast dat de rechtspraak de onzakelijke lening steeds beoordeelt vanuit het perspectief van de totaalwinstgedachte en is de HR niet omgegaan. Volgens de A-G blijft de eerder gewezen rechtspraak gelden. De A-G concludeert dan ook tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie van belanghebbende. De HR doet de zaak uiteindelijk ook af met art. 81 RO.¹³⁷ Met deze visie

¹³⁰ J.H.M. Arts, De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening, WFR 2015/314; P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1, par. 12.

¹³¹ J.H.M. Arts, Wat is zakelijk, WFR 2013/996.

¹³² HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

¹³³ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening: hoe nu verder? WFR 2014/724, par. 2.2.

¹³⁴ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:291.

¹³⁵ HR 15 maart 2013, BNB 2013/149.

¹³⁶ HR 28 februari 2014 BNB 2014/98.

¹³⁷ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:291, r.o. 2.

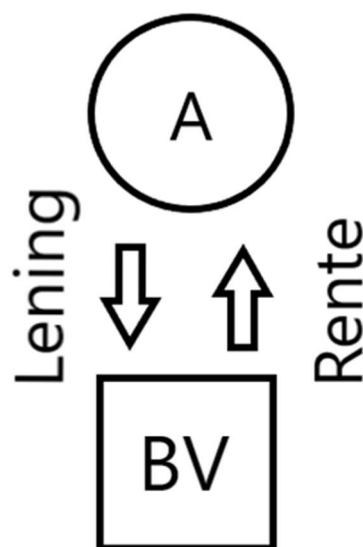
van de A-G is naar mijn mening ook het verlies op een onzakelijke lening aan een beleggingsdeelneming niet aftrekbaar.

Een eventuele afwaardering van een onzakelijke lening is bij de crediteur niet aftrekbaar van de winst. Een afwaardering van een onzakelijke lening vormt echter geen informele kapitaalstorting van de crediteur in de debiteur.¹³⁸ De debiteur heeft namelijk nog steeds een renteverplichting en een verplichting tot aflossing van het nominale bedrag van de vordering. Pas wanneer definitief vaststaat, dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichtingen zal voldoen, zoals bij kwijtschelding van de oninbare vordering of liquidatie van de vennootschap, zal dat verlies in het geval van een onzakelijke lening omlaag gelijk gesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting. Dit is ook het geval wanneer de debiteur wordt ontbonden en het vermogen wordt vereffend in geval van faillissement.¹³⁹

2.6.3 De onzakelijke lening bij een terbeschikkingstelling

Op het moment dat niet een vennootschap maar een DGA een lening verstrekt aan zijn BV, en dus naast crediteur ook aandeelhouder in de debiteur is, is sprake van een TBS. In BNB 2012/78¹⁴⁰ is het leerstuk van de onzakelijke lening van toepassing verklaard op TBS situaties onder verwijzing naar BNB 2012/37¹⁴¹. In BNB 2012/78¹⁴² overweegt de HR dat de onzakelijke lening jurisprudentie ook geldt voor vorderingen op een vennootschap in de zin van artikel 3.92 Wet IB 2001.¹⁴³ De HR merkt op:

“het verlies dat de ab-houder bij de kwijtschelding lijdt, vloeit dan voort uit het door hem in zijn hoedanigheid van aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico. Ook voor de debiteur



¹³⁸ HR 28 februari 2014 BNB 2014/98 r.o. 3.3.4.3.

¹³⁹ P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening’, TFO 2014/134.1, par. 10.1.

¹⁴⁰ HR 25 november, 2011 BNB 2012/78.

¹⁴¹ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

¹⁴² HR 25 november, 2011 BNB 2012/78.

¹⁴³ HR 25 november, 2011 BNB 2012/78 r.o. 3.3.

zal in een zodanig geval de kwijtschelding als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt. De verkrijgingsprijs in de zin van artikel 4.21 Wet IB 2001 van het aanmerkelijk belang van de ab-houder zal met het bedrag van de als informele kapitaalstorting aan te merken kwijtschelding worden verhoogd.”¹⁴⁴

Het aangaan van een schuldvordering met een vennootschap waar een ab in gehouden wordt valt dus onder de TBS regeling. Ook valt een schuldvordering onder de TBS regeling wanneer deze aangegaan wordt met een vennootschap waarin een verbonden persoon een ab houdt. Op het moment dat sprake is van een onzakelijke lening bij een TBS, is het verlies bij een afwaardering niet aftrekbaar.¹⁴⁵ De kwijtschelding van de schuldvordering op een vennootschap waar een ab in gehouden wordt, moet als een informele kapitaalstorting worden aangemerkt.¹⁴⁶ De verkrijgingsprijs van artikel 4.21 Wet IB 2001 van de aanmerkelijkbelanghouder (hierna: ab-houder) moet met het bedrag van de kwijtschelding verhoogd worden.

2.7 Conclusie

De onzakelijke lening jurisprudentie heeft zich de afgelopen jaren snel ontwikkeld. In dit hoofdstuk zijn deze ontwikkelingen behandeld. Uit het Kaptische zeebodem-arrest blijkt dat de terugbetalingsverplichting doorslaggevend is voor de kwalificatie civielrechtelijk eigen vermogen of vreemd vermogen. De civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking is in beginsel leidend voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie, tenzij er sprake is van een deelnemerschapslening, een schijnlening of een bodemloze-putlening. In 2008 heeft de HR het onzakelijke lening leerstuk geïntroduceerd. In tegenstelling tot de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemloze-putlening vindt geen herkwalificatie plaats van fiscaal vreemd vermogen naar fiscaal eigen vermogen. Een onzakelijke lening kwalificeert zowel civiel- als fiscaalrechtelijk als vreemd vermogen.

Op het moment dat een lening overeengekomen is tussen gelieerde partijen, dan moet voor de fiscale winstbepaling uit worden gegaan van leningscondities die zakelijk zijn. Zijn de overeengekomen voorwaarden niet zakelijk, dan moet volgens de HR zakelijkheid in beginsel worden gerealiseerd via het rentepercentage. Alleen wanneer geen rente of slechts een winstdelende rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest dezelfde lening te verstrekken, is volgens

¹⁴⁴ HR 25 november, 2011 BNB 2012/78 r.o. 3.5.

¹⁴⁵ Zie ook weer HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:291, r.o. 2.

¹⁴⁶ N.M. Ligthart, ‘Gevolgen onzakelijke tbs-lening bij medeaandeelhouderschap’, WFR 2012/1038 par. 3.

de HR sprake van een onzakelijke lening. De vaststelling van een onzakelijke lening is dus afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden waaronder de lening verstrekt is. Op het moment van aangaan van een lening moet de zakelijkheid worden getoetst. Een zakelijke lening kan op een later moment alsnog onzakelijk worden.

De onzakelijke lening problematiek kan zich bij iedere lening aan een gelieerde partij voordoen. Afhankelijk van de relatie tussen de debiteur en crediteur kan onderscheid gemaakt worden tussen de onzakelijke lening omhoog, omlaag en opzij. De onzakelijke lening problematiek kan zich ook voordoen wanneer een geldlening verstrekt is aan derden. De HR heeft namelijk geoordeeld dat ook sprake kan zijn van een onzakelijke lening, op het moment dat de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij. Het onzakelijk debiteurenrisico kan ook aanvaard worden op grond van persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen. In dergelijke gevallen moet ook beoordeeld worden of met het verstrekken van de lening een debiteurenrisico wordt gelopen, dat een derde niet zou hebben.

De rente op een onzakelijke lening wordt bepaald door middel van de borgstellingsanalogie. De rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente, die de vennootschap zou moeten betalen op het moment dat zij met een borgstelling van een concernvennootschap onder gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.

Een geldverstrekking vormt in haar geheel een onzakelijke lening of niet. Een gevolg van de onzakelijke lening is dat een eventueel afwaarderingsverlies van de lening bij de crediteur niet aftrekbaar is van de winst. Op basis van het totaalwinstbeginsel is het naar mijn mening niet toegestaan om een eventueel afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ten laste van de fiscale winst te brengen, omdat de uitgaven geen zakelijk karakter dragen. Niet wordt toegekomen aan de deelnemingsvrijstelling.

De afwaardering van een onzakelijke lening leidt nog niet tot het tenietgaan van de onzakelijke lening en dus niet tot een vermogensverschuiving. De afwaardering door de crediteur heeft geen invloed op de terugbetalingsverplichting van de debiteur. Pas op het moment dat de oninbare vordering wordt kwijtgescholden of de vennootschap wordt geliquideerd, leidt dit tot een vermogensverschuiving. Dit is ook het geval wanneer de debiteur wordt ontbonden of het vermogen wordt vereffend in geval van faillissement. Bij een onzakelijke lening omhoog leidt dit tot een onttrekking. Bij een onzakelijke lening omlaag wordt het opgeofferd bedrag of de verkrijgingsprijs verhoogd omdat dan sprake is van een informele kapitaalstorting. Bij een onzakelijke TBS wordt dit als een informele kapitaalstorting aangemerkt. De verkrijgingsprijs van artikel 4.21 Wet IB 2001 van de ab-houder moet met het bedrag van de kwijtschelding verhoogd worden.

De afgelopen jaren heeft het leerstuk van de onzakelijke lening zich snel ontwikkeld. Duidelijk geworden is hoe een zakelijke rente bepaald moet worden. Ook is duidelijk wat het resultaat van een

afwaardering of het tenietgaan van de onzakelijke lening omhoog, omlaag of in het geval van een onzakelijke TBS is. Op deze vlakken is de jurisprudentie rondom de onzakelijke lening uitgekristalliseerd.

Hoofdstuk 3: De onzakelijke lening opzij

3.1 Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk de ontwikkelingen van de onzakelijke lening jurisprudentie uiteengezet zijn, worden in dit hoofdstuk de aspecten van de onzakelijke lening, die nog niet uitgekristalliseerd zijn, behandeld. De onzakelijke lening jurisprudentie op het gebied van de onzakelijke lening opzij is nog niet uitgekristalliseerd. De meningen van auteurs over hoe de onzakelijke lening opzij behandeld moet worden liggen niet op één lijn. Albert spreekt liever niet van een onzakelijke lening opzij.¹⁴⁷ Heithuis constateert in twee gevallen een onzakelijke lening opzij, enerzijds in de IB/TBS-sfeer, anderzijds in de VPB-sfeer.¹⁴⁸ Beide varianten van de onzakelijke lening opzij zullen aan bod komen. Voorts wordt ingegaan op de eventuele aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies. Vervolgens zal het tenietgaan van de onzakelijke lening opzij behandeld worden. Met “tenietgaan” wordt de kwijtschelding van de onzakelijke lening (door de crediteur) en de afwikkeling van het faillissement van de debiteur van de onzakelijke lening bedoeld.¹⁴⁹ Ter afsluiting zal de suggestie van Heithuis¹⁵⁰, het afwaarderingsverlies als liquidatieverlies in aftrek brengen, toegelicht worden.

3.2 De onzakelijke lening opzij

De meeste jurisprudentie over de onzakelijke lening heeft betrekking op de onzakelijke leningen welke zijn afgesloten tussen vennootschappen. In deze jurisprudentie draait het dan ook voornamelijk over de onzakelijke lening in de Wet VPB 1969. In BNB 2008/191¹⁵¹ betrof het de onzakelijke lening omhoog en in BNB 2012/37¹⁵² betrof het de onzakelijke lening omlaag. In BNB 2012/78 is het

¹⁴⁷ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1.

¹⁴⁸ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998.

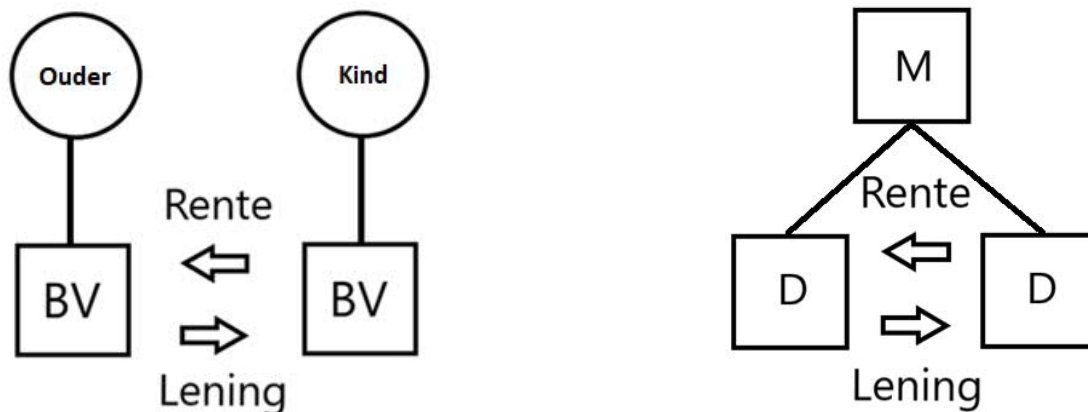
¹⁴⁹ P.G.H. Albert, “Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij”, WFR 2017/16.

¹⁵⁰ E.J.W Heithuis, “Nogmaals de onzakelijke lening “opzij””, WFR 2014/451, par. 3.

¹⁵¹ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

¹⁵² HR 25 november 2011 BNB 2012/37.

onzakelijke lening leerstuk toegepast op een lening, welke onder de terbeschikkingstellingsregeling in de zin van artikel 3.92 Wet IB 2001 viel.¹⁵³



De onzakelijke lening waar op dit moment nog onduidelijkheid over bestaat, is de onzakelijke lening opzij. Heithuis constateert in twee gevallen een onzakelijke lening opzij. In de VPB-sfeer constateert Heithuis een onzakelijke lening opzij op het moment dat de ene zuster vennootschap aan de andere zuster vennootschap een onzakelijke lening verstrekt.¹⁵⁴ De verbindende gelieerde schakel tussen beide zuster vennootschappen is dan de gemeenschappelijke aandeelhouder. In de IB/TBS-sfeer constateert Heithuis een onzakelijke lening opzij op het moment dat een met de ab-houder verbonden persoon aan de BV van de ab-houder een onzakelijke lening verstrekt.

Volgens Albert leidt het spreken van een onzakelijke lening opzij slechts tot verwarring.¹⁵⁵ In WFR 2013/1464¹⁵⁶ spreekt hij van een variant binnen de categorie onzakelijke lening omhoog in plaats van de onzakelijke lening opzij. Hij redeneert als volgt: de vennootschap die de lening verstrekt is een zuster vennootschap van de schuldenaar, doordat de vennootschappen een gemeenschappelijke aandeelhouder hebben. De lening verstrekende vennootschap heeft dit gedaan om het belang van de gemeenschappelijke aandeelhouder te dienen. Albert spreekt van de “onzichtbare hand achter de lening”.¹⁵⁷ Albert schrijft in WFR 2008/1226¹⁵⁸ dat een onzakelijke lening voor de heffing van vennootschapsbelasting in twee categorieën ingedeeld kan worden. Dit kan enerzijds een lening omlaag zijn: een lening die een vennootschap verstrekt aan haar (klein)dochtermaatschappij.

¹⁵³ HR 25 november, 2011 BNB 2012/78.

¹⁵⁴ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998.

¹⁵⁵ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1.

¹⁵⁶ P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening opzij’ WFR 2013/1464.

¹⁵⁷ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1.

¹⁵⁸ P.G.H. Albert, Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar?, WFR, 2008/1226, par 2.

Anderzijds kan dit een lening omhoog zijn: een lening die een vennootschap verstrekt aan haar aandeelhouder of aan een zustermaatschappij. Een onzakelijke lening opzij is conceptueel volgens Albert dus geen afzonderlijke categorie, maar een variant binnen de categorie onzakelijke lening omhoog.¹⁵⁹ Ik volg de redenering van Albert en zie de onzakelijke lening opzij ook eerder als een variant binnen de categorie onzakelijke lening omhoog.

3.3 Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij in de VPB sfeer

In WFR 2013/998¹⁶⁰ behandelt Heithuis de vraag of een afwaarderingsverlies op de geldlening bij de crediteur wel aftrekbaar is, omdat de schuldeiser geen aandeelhouder is in de debiteur en de crediteur geen deelneming heeft in de schuldenaar waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is.¹⁶¹ Heithuis formuleert, op basis van BNB 2013/170¹⁶² en BNB 2013/149¹⁶³ twee mogelijkheden waarbij hij concludeert dat het afwaarderingsverlies op een geldlening tussen zustervennootschappen aftrekbaar is van de fiscale winst omdat:

1. Hetzij de geldlening niet onzakelijk is, nu de schuldeiser/ zustervennootschap geen aandeelhouder is (en ook niet wordt) in de schuldenaar/zustervennootschap (BNB 2013/170¹⁶⁴).
2. Hetzij de geldlening wel onzakelijk is, maar de deelnemingsvrijstelling aftrek van het onzakelijkeleningverlies niet verhindert, nu de schuldeiser/zustervennootschap geen deelneming heeft (en ook niet krijgt) in de schuldenaar/zustervennootschap (BNB 2013/149¹⁶⁵).

¹⁵⁹ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1, par. 5.1.

¹⁶⁰ E.J.W Heithuis, 'Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?', WFR 2013/998.

¹⁶¹ E.J.W Heithuis, 'Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?', WFR 2013/998, par. 4.

¹⁶² HR 3 mei 2013 BNB 2013/170.

¹⁶³ HR 15 maart 2013 BNB 2013/149.

¹⁶⁴ HR 3 mei 2013 BNB 2013/170.

¹⁶⁵ HR 15 maart 2013 BNB 2013/149.

Heithuis voegt na de conclusie toe dat op het moment dat zijn conclusie juist is, groepsleningen voortaan niet meer door de aandeelhouder of moedervennootschap verstrekt zullen worden, maar door een eventueel speciaal opgerichte zusterervennootschap.

Zwier komt in WFR 2014/514¹⁶⁶ tot de conclusie dat een afwaardering van een onzakelijke lening opzij aftrekbaar is tenzij sprake is van een onttrekking. Om te bepalen of er sprake is van een onttrekking moet gekeken worden naar het motief van het aanvaarde debiteurenrisico. Bijvoorbeeld als de vennootschap de lening alleen maar verstrekt op instigatie van haar aandeelhouder, dan is het verlies op een onzakelijke lening niet aftrekbaar.¹⁶⁷

Volgens Albert moet de onzakelijke lening opzij fiscaal gezien hetzelfde behandeld worden als de onzakelijke lening omhoog.¹⁶⁸ De onzakelijke lening opzij is slechts een variant op de onzakelijke lening omhoog. Albert ziet met andere woorden bij een afwaarderingsverlies een onttrekking.¹⁶⁹ Albert is van mening dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij niet aftrekbaar is. Omdat de crediteur en debiteur gelieerd zijn valt een lening van een vennootschap aan haar zusterervennootschap binnen de onzakelijke-lening jurisprudentie. Omdat ook voldaan is aan de definitie van de onzakelijke lening uit BNB 2012/37¹⁷⁰ is het afwaarderingsverlies op een lening opzij van aftrek uitgesloten op grond van het totaalwinstbeginsel:

*“De gemeenschappelijke aandeelhouder van de crediteur en debiteur is de “onzichtbare hand” achter de lening. De vennootschap heeft het debiteurenrisico op zich genomen met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen. De verarming die de vennootschap door de afwaardering tot uitdrukking brengt, vormt een onttrekking.”*¹⁷¹

Ook Bobeldijk en Van der Velden zijn van mening dat het leerstuk van de onzakelijke lening zich uitstrekt tot alle leningen in gelieerde situaties, waaronder dus de onzakelijke lening omhoog en de onzakelijke lening opzij.¹⁷²

¹⁶⁶ R.E. Zwier, ‘Het chalet- en informal investorarrest II; antwoorden en nieuwe vragen’. WFR 2014/514.

¹⁶⁷ R.E. Zwier, ‘Het chalet- en informal investorarrest II; antwoorden en nieuwe vragen’. WFR 2014/514, par. 4.1.

¹⁶⁸ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1, onderdeel 5.1.

¹⁶⁹ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening opzij, WFR 2014/1464.

¹⁷⁰ HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.3.

¹⁷¹ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1, par 2.

¹⁷² A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, de onzakelijke lening anno 2014 – deel I, MBB 2014/05, par. 6.

In WFR 2014/451¹⁷³ voegt Heithuis toe dat een niet-aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies bij de zustervenootschap/ schuldeiser eventueel nog gegrond zou kunnen worden op BNB 1995/15.¹⁷⁴ In dit arrest oordeelde de HR, dat de reis-en verblijfkosten van een touroperator niet een zakelijk karakter droegen, waardoor deze niet ten laste van de winst gebracht konden worden, ook al was niet vastgesteld, dat de uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen en dus niet als verkapte dividenduitdeling kwalificeerden. Op het moment dat dit concept toegepast wordt op de onzakelijke lening opzij, zou kunnen worden verdedigd dat ook het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij niet aftrekbaar is bij de crediteur.¹⁷⁵ Heithuis neemt zijn eerdere stellingname echter niet terug, hij vervolgt:

*“ik kan mij met betrekking tot de onzakelijke lening “opzij” nog steeds een uitkomst voorstellen dat het afwaarderingsverlies aftrekbaar is, omdat in zusterrelaties de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is en van verkapt dividend en informeel kapitaal (nog) geen sprake is.”*¹⁷⁶

Op basis van het totaalwinstbeginsel is het naar mijn mening niet toegestaan om een afwaardering van de onzakelijke lening opzij in de VPB-sfeer ten laste van de fiscale winst te brengen, omdat de uitgaven geen zakelijk karakter dragen. Niet wordt toegekomen aan de deelnemingsvrijstelling.

3.4 Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij in de IB sfeer

Ook in de IB sfeer kan sprake zijn van een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij. Dit is het geval op het moment dat een met de ab-houder verbonden persoon aan de BV van de ab-houder een onzakelijke lening verstrekt en deze lening afgewaardeerd wordt. De vraag is of een afwaarderingsverlies op dezelfde manier moet worden behandeld in de IB als in de eerder besproken VPB. In WFR 2013/998¹⁷⁷ lijkt het Heithuis verdedigbaar dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij bij een TBS aftrekbaar is. Ook hier geeft hij weer twee mogelijkheden:

“Indachtig het informal-investors-arrest HR 3 mei 2013, nr. 12/04193, V-N 2013/22.11, waarin de Hoge Raad hetzelfde oordeelde als in het hierboven in onderdeel 3.1.2 genoemde chalet-arrest V-N

¹⁷³ E.J.W Heithuis, “Nogmaals de onzakelijke lening “opzij””, WFR 2014/451.

¹⁷⁴ HR 21 september 1994, BNB 1995/15.

¹⁷⁵ E.J.W Heithuis, “Nogmaals de onzakelijke lening “opzij””, WFR 2014/451, par. 2.

¹⁷⁶ E.J.W Heithuis, “Nogmaals de onzakelijke lening “opzij””, WFR 2014/451, par. 2.2.

¹⁷⁷ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998.

2013/22.14, dat geen sprake is van een onzakelijke lening, aangezien de verbonden persoon geen aandeelhouder is in de vennootschap (en dit veelal ook niet zal worden).

Of, als dit niet de juiste benadering is, het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening “opzij” aftrekbaar is, omdat in de tbs-sfeer bij de verbonden persoon geen deelnemingsvrijstelling van toepassing is.”¹⁷⁸

In WFR 2014/724¹⁷⁹ komt Albert tot de conclusie dat het binnen artikel 3.8 Wet IB 2001 past, dat een afwaardering buiten de winstsfeer geplaatst moet worden. In eerste instantie zal een onzakelijke lening zakelijk gemaakt moeten worden door de rente te verzakelijken. Wanneer het niet mogelijk is de onzakelijke lening te verzakelijken moet een eventuele afwaardering buiten de winstsfeer geplaatst worden. In dit geval zou een eventuele afwaardering dus niet aftrekbaar zijn.

In WFR 2014/451¹⁸⁰ voegt Heithuis toe dat een niet-aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies bij de zustervenootschap/ schuldeiser eventueel nog gegrond zou kunnen worden op BNB 1995/15.¹⁸¹ Dit arrest is namelijk volgens Heithuis op overeenkomstige wijze van toepassing in de IB/ TBS-sfeer, gelet op het feit dat in de IB/TBS-sfeer dezelfde basisprincipes van toepassing zijn, als in de hiervoor besproken VPB-sfeer, zoals onder andere het at arm’s length beginsel. Vervolgens geeft Heithuis aan dat hij denkt dat het verlies op een onzakelijke lening omlaag tussen een DGA en zijn BV niet aftrekbaar is, ook al geldt in de IB/TBS-sfeer niet de deelnemingsvrijstelling. De vraag die Heithuis zich vervolgens stelt is of dit ook heeft te gelden met betrekking tot de onzakelijke lening opzij tussen bijvoorbeeld de vader en de BV van zijn zoon? Hij kan zich een uitkomst voorstellen dat net als in de VPB-sfeer met betrekking tot deze situatie het afwaarderingsverlies aftrekbaar is. Hij realiseert zich echter dat hij de jurisprudentie vooralsnog tegen heeft.¹⁸² Met de verwijzing naar de jurisprudentie doelt Heithuis op V-N 2013/17.1.3¹⁸³.

Volgens Albert¹⁸⁴ heeft de HR in V-N 2013/17.1.3¹⁸⁵ beslist dat een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening opzij tussen een moeder en de BV van haar zoon in de zin van art. 3.92 lid 3 Wet

¹⁷⁸ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998, par. 3.2.

¹⁷⁹ P.G.H. Albert, De onzakelijke lening: hoe nu verder? WFR 2014/724.

¹⁸⁰ E.J.W Heithuis, “Nogmaals de onzakelijke lening “opzij””, WFR 2014/451.

¹⁸¹ HR 21 september 1994, BNB 1995/15.

¹⁸² E.J.W Heithuis, “Nogmaals de onzakelijke lening “opzij””, WFR 2014/451, par. 2.

¹⁸³ HR 18 januari 2013, nr. 12/01108, V-N 2013/17.1.3, NTFR 2013/181.

¹⁸⁴ P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening opzij’ WFR 2013/1464, par. 3.

¹⁸⁵ HR 18 januari 2013, nr. 12/01108, V-N 2013/17.1.3, NTFR 2013/181.

IB 2001 niet aftrekbaar is. Heithuis meent dat dit niet uit het arrest kan worden afgeleid. De HR heeft dit arrest namelijk afgedaan met artikel 81 RO. Hierdoor bevat het arrest van de HR geen eigen oordeel. Uit een dergelijk arrest kan volgens Heithuis weinig tot niets afgeleid worden. Dus ook niet dat de HR het eens zou zijn met het oordeel van het Hof, dat overigens had geoordeeld dat het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is.¹⁸⁶

In de IB-sfeer is het net zoals in de VPB-sfeer naar mijn mening, op basis van het totaalwinstbeginsel, niet toegestaan om een afwaardering van een onzakelijke lening opzij ten laste van de fiscale winst te brengen, omdat de uitgaven geen zakelijk karakter dragen. Niet wordt toegekomen aan de deelnemingsvrijstelling. De behandeling van een afwaardering van een onzakelijke lening opzij in de VPB-sfeer en IB-sfeer zijn naar mijn mening in de uitwerking niet verschillend. Beide zijn op basis van het totaalwinstbeginsel van aftrek uitgesloten.

3.5 Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij

Dat een afwaarderingsverlies op het moment van afwaardering niet aftrekbaar is, wil overigens niet zeggen dat het afwaarderingsverlies nooit ten laste van de winst gebracht kan worden. De afwaardering van een onzakelijke lening opzij leidt niet tot het tenietgaan van de onzakelijke lening. De afwaardering door de crediteur heeft geen invloed op de terugbetalingsverplichting van de debiteur. Er bestaat nog steeds een terugbetalingsverplichting van de geldlening en een verplichting tot het betalen van de rente. Met “tenietgaan” wordt de kwijtschelding van de onzakelijke lening (door de crediteur) of de afwikkeling van het faillissement van de debiteur van de onzakelijke lening bedoeld.¹⁸⁷

In WFR 2013/998¹⁸⁸ geeft Heithuis twee denkrichtingen aan voor de vraag of het verlies op een onzakelijke lening opzij aftrekbaar is. Heithuis haalt enerzijds BNB 1995/271¹⁸⁹ aan. In BNB 1995/271¹⁹⁰ is het verlies op de (vermeende) deelnemerschapslening, verschaft door de ene zustervennootschap aan de andere zustervennootschap, aftrekbaar, omdat bij de crediteur geen sprake was van een deelneming en de deelnemingsvrijstelling hierdoor niet van toepassing was. De HR kon

¹⁸⁶ E.J.W Heithuis, “nogmaals de onzakelijke lening “opzij””, WFR 2014/451, par. 2.

¹⁸⁷ P.G.H. Albert, “Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij”, WFR 2017/16.

¹⁸⁸ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998.

¹⁸⁹ HR 28 juni 1995, BNB 1995/271.

¹⁹⁰ HR 28 juni 1995, BNB 1995/271.

om deze reden de vraag of sprake was van een deelnemerschapslening passeren (onder huidig recht zou door de meetrekregeling van artikel 13 lid 5 Wet VPB 1969 de uitkomst van BNB 1995/271¹⁹¹ overigens anders zijn, geeft Heithuis volledigheidshalve aan).

Anderzijds haalt Heithuis BNB 1993/32¹⁹² aan. In BNB 1993/32¹⁹³ is het verlies op een bodemlozeputlening, verschaft door de ene zustervennootschap aan de andere zustervennootschap, niet aftrekbaar en werd de bodemlozeputlening fiscaal geduid als een verkapte dividenduitdeling door de crediteur aan haar aandeelhouder, gevolgd door een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder in de debiteur.¹⁹⁴ Heithuis merkt hierbij op dat pas sprake kan zijn van een verkapte dividenduitdeling gevolgd door een informele kapitaalstorting op het moment dat de verstrekte gelden definitief zijn overgegaan van het vermogen van de crediteur in het vermogen van debiteur. Tot dat moment is er geen sprake van een zodanige definitieve vermogensovergang en doet de verkapte dividenduitdeling gevolgd door een informele kapitaalstorting zich nog niet voor.¹⁹⁵ Welke benadering de HR zal kiezen met betrekking tot de onzakelijke lening opzij, die van BNB 1995/271¹⁹⁶ of die van BNB 1993/32¹⁹⁷ is volgens Heithuis in WFR 2013/998¹⁹⁸ ongewis.¹⁹⁹

Dat tot op het moment van het definitief overgaan van het vermogen van de crediteur in het vermogen van de debiteur geen sprake is van een verkapte dividenduitdeling gevolgd door een informele kapitaalstorting blijkt later uit BNB 2014/98²⁰⁰:

“Dat heeft niet tot gevolg dat op het moment waarop de vordering wordt afgewaardeerd reeds sprake is van een (informele) kapitaalstorting. De debiteur heeft immers nog steeds een verplichting tot rentebetaling en tot aflossing van het nominale bedrag van de lening. Pas als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen — zoals bij kwijtschelding van de

¹⁹¹ HR 28 juni 1995, BNB 1995/271.

¹⁹² HR 21 oktober 1992 BNB 1993/32.

¹⁹³ HR 21 oktober 1992 BNB 1993/32.

¹⁹⁴ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998, par. 3.1.1.

¹⁹⁵ Zie ook HR 25 november 2011, BNB 2012/78.

¹⁹⁶ HR 28 juni 1995, BNB 1995/271.

¹⁹⁷ HR 21 oktober 1992 BNB 1993/32.

¹⁹⁸ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998.

¹⁹⁹ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998, par. 3.1.1.

²⁰⁰ HR 28 februari 2014 BNB 2014/98.

*(oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap — zal dat verlies gelijkgesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting.*²⁰¹

Volgens Heithuis resulteert kwijtschelding van de (oninbare) vordering of liquidatie van de vennootschap, in geval van een onzakelijke lening opzij, in een verkapte dividenduitdeling gevolgd door een informele kapitaalstorting na BNB 2014/98²⁰². Een kwijtscheldingsverlies zal dus vanwege deze fiscale duiding niet aftrekbaar zijn bij de crediteur volgens Heithuis.²⁰³

Zoals eerder aangegeven in paragraaf 3.3 komt Zwier in WFR 2014/514²⁰⁴ tot de conclusie, dat een afwaardering van een onzakelijke lening opzij aftrekbaar is, tenzij sprake is van een onttrekking. Om te bepalen of er sprake is van een onttrekking moet gekeken worden naar het motief van het aanvaarde debiteurenrisico. Wanneer sprake is van een onttrekking, wordt de onttrekking gevolgd door een storting in de zustervenootschap. Hij spreekt overigens niet over een feitelijke kapitaalstorting, maar deze wordt er wel mee gelijkgesteld.

Albert is in WFR 2013/1464²⁰⁵ van mening dat zowel een afwaarderingsverlies als een kwijtscheldingsverlies niet aftrekbaar is. In WFR 2017/16²⁰⁶ schetst Albert de casus van de onzakelijke lening van BV X van vader aan BV Y van zijn zoon. Het tenietgaan van de onzakelijke lening tussen BV X en BV Y leidt volgens Albert tot een winstuitdeling door crediteurvennootschap X aan vader en tot een informele kapitaalstorting door de zoon in debiteurvennootschap Y en daarmee tot een verhoging van de verkrijgingsprijs van de aandelen Y voor de zoon. De verstrekking en vervolgens het tenietgaan van de onzakelijke lening door X aan Y leidt, volgens Albert, niet tot een schenking door vader aan zoon.²⁰⁷ De schenking lijkt Albert namelijk geen noodzakelijke voorwaarde voor de informele kapitaalstorting. Volgens Albert is het zo dat de eisen die aan een winstuitdeling worden gesteld minder stringent zijn dan de eisen die voor een schenking gelden, zo blijkt uit BNB 2002/317²⁰⁸:

“Opmerking verdient nog dat, naast bewustheid van bevoordeling, de wil tot bevoordelen een afzonderlijk vereiste vormt voor het aannemen van een schenking in de zin van artikel 1, lid 2, van de

²⁰¹ HR 28 februari 2014 BNB 2014/98, r.o. 3.3.4.3.

²⁰² HR 28 februari 2014 BNB 2014/98.

²⁰³ E.J.W. Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451, par. 2.

²⁰⁴ R.E. Zwier, ‘Het chalet- en informal investorarrest II; antwoorden en nieuwe vragen’. WFR 2014/514.

²⁰⁵ P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening opzij’ WFR 2013/1464.

²⁰⁶ P.G.H. Albert, ‘Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij’, WFR 2017/16.

²⁰⁷ P.G.H. Albert, ‘Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij’, WFR 2017/16, par. 8.

²⁰⁸ HR 12 juli 2002, BNB 2002/317.

Successiewet 1956, en dat de aanwezigheid van de wil tot bevoordeling zelfstandig moet worden beoordeeld op grond van de omstandigheden, en niet kan worden afgeleid louter uit de aanwezigheid van bevoordelingsbewustheid bij degene die bevoordeelt.” ²⁰⁹

Ook vanwege BNB 2002/317²¹⁰ lijkt het Albert geen theoretisch bezwaar een informele kapitaalstorting te erkennen zonder tot een schenking te concluderen.²¹¹ In vennootschappelijk verband vormt de kwijtschelding van een onzakelijke lening opzij eveneens een verkapte dividenduitkering aan de gezamenlijke aandeelhouder, gevolgd door een informele kapitaalstorting in de debiteur. Op het moment van informele kapitaalstorting wordt de verkrijgingsprijs van de debiteur bij de gezamenlijke aandeelhouder verhoogd. Ik onderschrijf de visie van Albert.

3.6 Het onzakelijke lening verlies als liquidatieverlies in aftrek brengen

Nu de meningen in de literatuur²¹² uiteenlopen of een afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening opzij aftrekbaar is, komt Heithuis in WFR 2014/451²¹³ met een alternatieve oplossing mocht het onzakelijke lening verlies niet aftrekbaar zijn van de winst. In WFR 2013/998²¹⁴ eindigde Heithuis zijn betoog met de conclusie dat de belastingadviespraktijk wel raad zou weten met deze conclusies. Hij doelde hier, zo blijkt in WFR 2014/451²¹⁵, op de suggestie dat een aandeelhouder volgens Heithuis het liquidatieverlies in de crediteur in aanmerking kan nemen, als de (zuster)vennootschap/ schuldeiser wordt geliquideerd in plaats van de (zuster) vennootschap/ schuldenaar.²¹⁶ Het onzakelijke lening verlies kan dan namelijk effectief in aftrek gebracht worden als liquidatieverlies in de vennootschapsbelasting, dan wel als ab-verlies in box 2 in de inkomstenbelasting. De vraag of de geldlening te gelden heeft als een onzakelijke lening, is voor hem hierdoor irrelevant geworden:

²⁰⁹ HR 12 juli 2002, BNB 2002/317, r.o. 3.5.

²¹⁰ HR 12 juli 2002, BNB 2002/317.

²¹¹ P.G.H. Albert, ‘Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij’, WFR 2017/16, par. 6.

²¹² Zie o.a. P.G.H. Albert, De onzakelijke lening: hoe nu verder? WFR 2014/724 en E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998.

²¹³ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451.

²¹⁴ E.J.W Heithuis, ‘Is het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ in de tbs-sfeer respectievelijk ‘opzij’ aftrekbaar?’, WFR 2013/998.

²¹⁵ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451.

²¹⁶ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451.

“Zie overigens goed dat voor dit eindresultaat — te weten aftrek van het onzakelijkeleningverlies als liquidatieverlies bij de moeder vennootschap — eigenlijk irrelevant is of de lening kwalificeert als een onzakelijke lening of niet. Kwalificeert de lening als een “normale” zakelijke lening, dan is het (afwaarderings)verlies bij de zuster vennootschap/schuldeiser volgens de normale regels van goed koopmansgebruik (voorzichtigheidsbeginsel) aftrekbaar.”²¹⁷

De casus²¹⁸ die Heithuis voor ogen heeft is als volgt: de moeder vennootschap stort kapitaal in de ene zuster vennootschap. Deze zuster vennootschap leent vervolgens het gestorte kapitaal uit aan de andere zuster vennootschap. De kapitaalstorting in de zuster vennootschap door de moeder vennootschap vormt bij de moeder vennootschap het voor de zuster vennootschap opgeofferde bedrag. Op het moment dat de vordering van de zuster vennootschap, waar de moeder vennootschap het kapitaal in gestort heeft, op de andere zuster vennootschap waardeloos is geworden, wordt de zuster vennootschap waar de moeder vennootschap het kapitaal in gestort heeft geliquideerd. De liquidatie-uitkering bestaat uit de waardeloze schuldvordering op de andere zuster vennootschap. De moeder vennootschap kan vervolgens een liquidatieverlies ten laste van haar winst brengen ter grootte van het in de zuster vennootschap ingebrachte kapitaal. Dit bedrag is feitelijk de nominale waarde van de onzakelijke lening.

Het is wel van belang dat de lening niet vóór de liquidatie wordt kwijtgescholden of wordt omgezet in aandelenkapitaal dan wel de (zuster) vennootschap/ schuldenaar wordt geliquideerd. Wanneer dit wel gebeurt, vindt een verkapte dividenduitkering gevolgd door een informele kapitaalstorting plaats. De verkapte dividenduitkering zal dan ingevolge artikel 13d lid 9 onderdeel b Wet VPB 1969 gecorrigeerd worden op het liquidatieverlies, waardoor er effectief geen liquidatieverlies meer zal resteren bij de moeder vennootschap. Het verlies is enkel aftrekbaar door de schuldeiser te liquideren en de moeder vennootschap vervolgens de vordering kwijt te laten schelden. In de hiervoor beschreven situatie stort de moeder vennootschap kapitaal in de zuster vennootschap. In plaats van een moeder vennootschap kan ook een natuurlijk persoon kapitaal storten in de zuster vennootschap. De aandeelhouder kan dan het liquidatieverlies als aanmerkelijk belang verlies in box 2 in de inkomstenbelasting nemen.²¹⁹

Voor de volledigheid merkt Heithuis in WFR 2014/451²²⁰ nog op dat de overgang van de onzakelijke lening van de zuster vennootschap/schuldeiser aan haar aandeelhouder/moeder vennootschap in het kader van de liquidatie de sanctiebepaling van artikel 13b Wet VPB 1969 niet activeert. De

²¹⁷ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451, par. 3.

²¹⁸ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451, par. 3.

²¹⁹ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451, par. 3.

²²⁰ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451.

onzakelijke schuldvordering is namelijk niet afgewaardeerd ten laste van de winst van de belastingplichtige of van een met hem verbonden lichaam. Dit is een vereiste voor de toepassing van artikel 13b Wet VPB 1969. Op het moment dat artikel 13b Wet VPB 1969 overigens wel van toepassing zou zijn, is dit voor het eindresultaat niet van belang, omdat artikel 13b Wet VPB 1969 enkel het afwaarderingsverlies op de lening dat de schuldeiser/zustervennootschap in aftrek heeft gebracht neutraliseert, zodat er per saldo geen aftrek van dit vorderingsverlies resulteert.²²¹

Ook Marres ziet in FED 2012/20²²² soelaas in de liquidatieverliesregeling. Marres verwijst naar het arrest met nr. 10/05161²²³ waarin de HR overweegt:

*“dat het door belanghebbende bij de liquidatie van GmbH op die geldlening geleden verlies deel uitmaakt van het door belanghebbende voor de deelneming in GmbH opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d Wet Vpb. 1969”*²²⁴

Uiteindelijk kan het verlies op de onzakelijke lening als onderdeel van het liquidatieverlies genomen worden. Marres merkt op dat deze mogelijkheid geen soelaas biedt op het moment dat geen sprake is van een deelnemingsverhouding. Het verlies op een onzakelijke lening aan de aandeelhouder vormt volgens Marres een onttrekking. Het verlies op een onzakelijke lening opzij ook, maar dit kan volgens Marres mogelijk worden genomen als onderdeel van een liquidatieverlies op het niveau van de gezamenlijke moedermaatschappij.²²⁵

Voor de praktijk acht ik de oplossing van Heithuis, het onzakelijke lening verlies als liquidatieverlies in de vennootschapsbelasting dan wel als ab-verlies in box 2 in de inkomstenbelasting in aftrek brengen, raadzaam.

²²¹ E.J.W Heithuis, ‘Nogmaals de onzakelijke lening “opzij”’, WFR 2014/451, par. 3.

²²² O.C.R. Marres, ‘Afwaarderingsverlies op onzakelijke lening is niet aftrekbaar’, FED 2012/20, punt 17.

²²³ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BR4807.

²²⁴ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, r.o. 3.2.3.

²²⁵ O.C.R. Marres, ‘Afwaarderingsverlies op onzakelijke lening is niet aftrekbaar’, FED 2012/20, punt 17.

3.7 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de aspecten van de onzakelijke lening die nog niet uitgekristalliseerd zijn behandeld. De onzakelijke lening waar op dit moment nog onduidelijkheid over bestaat, is de onzakelijke lening opzij. Volgens Albert is de onzakelijke lening opzij afzonderlijke categorie onzakelijke lening, maar een variant binnen de categorie onzakelijke lening omhoog. Ik onderschrijf de visie van Albert en zie de onzakelijke lening opzij ook eerder als een variant binnen de categorie onzakelijke lening omhoog. Op basis van het totaalwinstbeginsel is het naar mijn mening niet toegestaan om een afwaardering van de onzakelijke lening opzij in de VPB-sfeer ten laste van de fiscale winst te brengen, omdat de uitgaven geen zakelijk karakter dragen. Niet wordt toegekomen aan de deelnemingsvrijstelling. Ook in de IB-sfeer is het, zo zie ik het, op basis van het totaalwinstbeginsel, niet toegestaan om een afwaardering van een onzakelijke lening opzij ten laste van de fiscale winst te brengen. De behandeling van een afwaardering van een onzakelijke lening opzij in de VPB-sfeer en IB-sfeer zijn naar mijn mening in de uitwerking niet verschillend. Beide zijn op basis van het totaalwinstbeginsel van aftrek uitgesloten.

Vervolgens is het tenietgaan van de onzakelijke lening opzij behandeld. Ik onderschrijf de visie van Albert dat in de VPB-sfeer de kwijtschelding van een onzakelijke lening opzij leidt tot een verkapte dividenduitkering aan de gezamenlijke aandeelhouder, gevolgd door een informele kapitaalstorting in de debiteur. Op het moment van de informele kapitaalstorting wordt de verkrijgingsprijs van de debiteur bij de gezamenlijke aandeelhouder verhoogd. Het tenietgaan van de onzakelijke lening opzij in de IB-sfeer leidt, zo zie ik het, tot een winstuitdeling door crediteurvennootschap aan de aandeelhouder van de crediteurvennootschap en tot een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder van de debiteurvennootschap in debiteurvennootschap, en daarmee tot een verhoging van de verkrijgingsprijs van de aandelen van de aandeelhouder van de debiteurvennootschap.

Tot slot is de oplossing van Heithuis behandeld: het onzakelijke lening verlies als liquidatieverlies in de VPB-sfeer dan wel als ab-verlies in de IB-sfeer in aftrek te brengen. Ik onderschrijf de visie van Heithuis dat op deze manier in de praktijk het onzakelijke lening verlies effectief in aftrek gebracht kan worden als liquidatieverlies.

Hoofdstuk 4: Behandeling Belastingdienst onzakelijke lening

4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is de jurisprudentie over de onzakelijke lening uiteengezet. Begonnen is met de hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking in beginsel leidend is. Vervolgens zijn de drie limitatieve gevallen, waarin de civielrechtelijke vorm niet doorslaggevend is, aan bod gekomen. In het certificaathouder uitkooparrest, BNB 2008/191, is het onzakelijke lening leerstuk vervolgens geïntroduceerd. De onzakelijke lening omhoog, omlaag en opzij zijn aan bod gekomen. Nog niet duidelijk is of het beleid van de Belastingdienst in lijn is met de jurisprudentie over de (onzakelijke) lening. In het kader van de Wob 1991²²⁶ is aan de Staatssecretaris van Financiën het verzoek gedaan om documenten openbaar te maken die betrekking hebben op de onzakelijke lening. In dit hoofdstuk zullen de openbaar gemaakte documenten geanalyseerd worden. Ik zal een vergelijking maken tussen de standpunten van de belastingdienst en standpunten verkregen uit de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening. Ook zal ik mijn eigen standpunt waar ik het van belang acht weergeven. De vraag of de manier waarop de Belastingdienst de onzakelijke lening behandelt in overeenstemming is met de gewezen jurisprudentie en op welke punten de behandeling afwijkt staat in dit hoofdstuk centraal.

4.2 Wob-verzoek inzake onzakelijke lening

Op 14 november 2017 heeft de Staatssecretaris gereageerd op een verzoek van 28 juli 2017 in het kader van de Wob 1991 inzake documenten, die betrekking hebben op beoordeling of een bepaalde lening fiscaal als een onzakelijke dient te worden aangemerkt.²²⁷ Dit verzoek betrof tevens documenten met betrekking tot standaard “checks” waarmee gewerkt wordt in boekhoudonderzoeken, die gaan over leningen/financieringen in gelieerd verband. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de aanwezigheid van een leningsovereenkomst, een aflossingsschema en zekerheden.

Voor zover er beleid geformuleerd is over de onzakelijke lening en de standaard “checks” waarmee gewerkt wordt, verwijst de Staatssecretaris naar nummer 32854²²⁸ van de Staatscourant, gepubliceerd

²²⁶ Stb, 1991, 703, van 31 oktober 1991, Wet openbaarheid van bestuur.

²²⁷ Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133.

²²⁸ Zie Stcrt. 2013, 32854, van 26 november 2013, onderdeel 12 financieringstransacties, c.

op 26 november 2013, naar onderdeel 12 financieringstransacties onder c Nederlandse jurisprudentie en naar nummer 6643²²⁹ van de Staatscourant, gepubliceerd op 14 maart 2014, naar onderdeel 13 over schuldvordering, onzakelijke lening en borgstelling. Daarnaast maakt de Staatssecretaris documenten die betrekking hebben op de beoordeling of een lening als fiscaal zakelijk of fiscaal onzakelijk moet worden aangemerkt.²³⁰ Het gaat om de volgende documenten:

1. *Antwoord op een Wob-verzoek van 22 februari 2017, gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl genaamd 'Wob-verzoek schuld DGA aan vennootschap';*
2. *Conceptnotitie 'Vraag en antwoord lenen van de B.V.';*
3. *Memo 'Handvatten onzakelijke lening';*
4. *Memo 'Beoordeling van (onzakelijke) leningen afgesloten tussen gelieerde partijen tijdens een boekenonderzoek';*
5. *Conceptnotitie onzakelijke lening LVO IH, mei 2012 versie 3;*
6. *Twee hoofdstukken over de onzakelijke lening in het leerboek 'De DGA en zijn BV';*
7. *Verslag Landelijk Vaktechnisch Overleg, 20 juni 2012, punt 9;*
8. *Analyse BNB 1988/217 Unileverarrest — Bodemloze put lening;*
9. *Analyse BNB 2008/191 Onzakelijke lening;*
10. *Analyse BNB 2012/37 Onzakelijke lening;*
11. *Analyse BNB 2013/149 Rente Imputatie;*
12. *Analyse BNB 2013/170; 2013/171 en BNB 2014/98 Simultaanuitzonderingen;*
13. *Jurisprudentieoverzicht van 9 maart 2017 met als onderwerp de onzakelijke lening;*
14. *Powerpoint presentatie 'De onzakelijke lening in de VPB-sfeer';*
15. *Powerpoint presentatie 'NOB 30 oktober'.*

Onder deze documenten zijn onder andere analyses van gerechtelijke uitspraken, memo's en presentaties betreffende de boordeling van de (onzakelijke) lening. Bepaalde documenten zijn slechts gedeeltelijk openbaar gemaakt onder verwijzing naar artikel 10 en 11 Wob 1991. Op basis van artikel 10 Wob 1991 geeft de Belastingdienst geen documenten vrij waaruit de gehanteerde controlestrategie blijkt, omdat dit de financiële belangen van de Staat zou kunnen schaden. Op basis van artikel 11 Wob 1991 geeft de Belastingdienst geen documenten vrij welke persoonlijke beleidsopvattingen bevatten. De beperking van artikel 11 Wob 1991 vloeit naar zeggen van de Staatssecretaris voort uit de

²²⁹ Zie Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014, onderdeel 13 over schuldvordering, onzakelijke lening en borgstelling.

²³⁰ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133.

omstandigheid dat een openhartige onderlinge gedachtewisseling tussen ambtenaren onderling mogelijk moet blijven:

*“Met deze wettelijke beperking heeft de wetgever beoogd dat ambtenaren de vrijheid dienen te hebben ongehinderd hun bijdrage te leveren aan de beleidsvoorbereiding of -uitvoering, en daarover te studeren, te brainstormen, anderszins te overleggen, nota’s te schrijven, etc. Het feit dat documenten, die dragers zijn van deze onderlinge gedachtewisselingen, achteraf zonder meer openbaar kunnen worden gemaakt, zou deze mogelijkheid ernstig uithollen.”*²³¹

4.3 Analyse Wob-verzoek inzake onzakelijke lening

Voor zover er beleid geformuleerd is over de onzakelijke lening en de standaard “checks” waarmee gewerkt wordt, wordt verwezen naar nummer 32854²³² van de Staatscourant, gepubliceerd op 26 november 2013, naar onderdeel 12 financieringstransacties onder c Nederlandse jurisprudentie en naar nummer 6643²³³ van de Staatscourant, gepubliceerd op 14 maart 2014, naar onderdeel 13 over schuldvordering, onzakelijke lening en borgstelling.

Het eerste besluit waar de Staatssecretaris naar verwijst is het verrekenprijzenbesluit²³⁴. Het verrekenprijzenbesluit geeft nadere invulling aan het at arm’s length beginsel. Het richt zich vooral op aspecten waar de OESO-richtlijnen ruimte laten voor een eigen invulling of waar sprake is van onduidelijkheid.²³⁵ In onderdeel 12 financieringstransacties onder c Nederlandse jurisprudentie wordt verwezen naar jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening en het at arm’s length beginsel:

“In Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, ging het om de vraag of in binnenlandse verhoudingen een gelieerde geldlening afgewaardeerd kon worden. De Hoge Raad heeft hierbij aangegeven dat, als bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het arm’s lengthbeginsel is vastgesteld, voor de fiscale winstberekening moet worden uitgegaan van

²³¹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 3.

²³² Zie Stcrt. 2013, 32854, van 26 november 2013, onderdeel 12 financieringstransacties, c.

²³³ Zie Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014, onderdeel 13 over schuldvordering, onzakelijke lening en borgstelling.

²³⁴ Stcrt. 2013, 32854, van 26 november 2013.

²³⁵ Zie Stcrt. 2013, 32854, van 26 november 2013.

een rente die wel aan dit beginsel voldoet [...] Het eindresultaat dient een rentelast/rentebate te zijn die voldoet aan de arm's length criteria van artikel 8b van de Wet Vpb 1969."²³⁶

Het tweede besluit waar de Staatssecretaris naar verwijst is het besluit²³⁷ inzake het resultaat uit overige werkzaamheden. Dit besluit is een actualisering van het besluit²³⁸ van 1 december 2008 over het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden. De fiscale duiding van een schuldvordering voor TBS – regeling wordt hier behandeld. Eerst komt het civiel recht waar de terugbetalingsverplichting van belang is aan bod. Vervolgens worden de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening behandeld.²³⁹ Tot slot wordt jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening behandeld. Voor het onzakelijke lening vraagstuk acht V-N vooral het besluit²⁴⁰ inzake het resultaat uit overige werkzaamheden van belang. De publicatie dateert echter van 14 maart 2014. De redactie van V-N is van mening dat het nodig is om het besluit²⁴¹ inzake het resultaat uit overige werkzaamheden te actualiseren aangezien sinds maart 2014 veel nieuwe jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening verschenen is. De redactie van V-N ziet dit soort Wob-verzoeken dan ook als een aansporing tot actualisering.²⁴²

4.3.1 Analyse document 1

Het eerste document van de openbaar gemaakte stukken betreft het antwoord op een Wob-verzoek van 29 december 2016 genaamd "*Wob-verzoek schuld DGA aan vennootschap*".²⁴³ Dit document heeft betrekking op een eerder Wob-verzoek over het gevoerde beleid van het ministerie van Financiën en de Belastingdienst ten aanzien van het belastingvrij afboeken van een vordering van een BV op haar DGA.²⁴⁴ Op de vraag in het betreffende Wob-verzoek of een kennisgroep één of meerdere

²³⁶ Stcrt. 2013, 32854, van 26 november 2013, onderdeel 12 financieringstransacties, c.

²³⁷ Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014.

²³⁸ Stcrt. 2008, 243, van 1 december 2008.

²³⁹ Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014, onderdeel 13 over schuldvordering, onzakelijke lening en borgstelling.

²⁴⁰ Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014.

²⁴¹ Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014.

²⁴² Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris wijst Wob-verzoek inzake onzakelijke lening/bodemlozeputlening gedeeltelijk toe, V-N 2017/60.11, onderdeel beleid.

²⁴³ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 1.

²⁴⁴ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p.6.

standpunten had ingenomen ten aanzien van het wegstrepen van de schuld door een DGA, antwoordde de Staatssecretaris destijds dat dit niet het geval was. Wel waren er interne memo's en e-mails; deze werden echter niet vrijgegeven, omdat deze enkel persoonlijke beleidsopvattingen bevatten.²⁴⁵ De ratio achter het bezwaar was dat de beoordeling van de documenten ten onrechte op collectieve basis had plaatsgevonden. Het bezwaar op het besluit van 22 februari 2017 om de memo's en e-mails niet vrij te geven en het antwoord op het bezwaar, waarin het bezwaar niet gegrond wordt geacht en het besluit van 22 februari 2017 wordt gehandhaafd, zijn in document 1 opgenomen.²⁴⁶ De reactie van de Staatssecretaris op het bezwaar is een opsomming van de individuele memo's met de naar mijn mening te verwachten conclusie dat er op individueel niveau nog steeds uitsluitend sprake is van persoonlijke beleidsopvattingen.²⁴⁷

4.3.2 Analyse document 2

Het tweede document betreft een conceptnotitie "*Vraag en antwoord lenen van de B.V.*".²⁴⁸ De conceptnotitie is niet openbaar gemaakt, omdat deze op het moment van het verzoek nog in bewerking was. In de toekomst moet de notitie tot een standpunt van de kennisgroep leiden. Het zijn volgens de Staatssecretaris persoonlijke beleidsopvattingen van de schrijvers, die ten behoeve van interne oordeelsvorming en standpuntbepaling, zijn opgeschreven. Het document is nog een voorstel en wordt in deze hoedanigheid dan ook geweigerd met een verwijzing naar artikel 11 Wob 1991. Voor dit document geldt, dat zonder de daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen er geen zelfstandig leesbaar document zou overblijven.²⁴⁹

²⁴⁵ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p.6.

²⁴⁶ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 3-4.

²⁴⁷ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 3-4.

²⁴⁸ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 5.

²⁴⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 3.

4.3.3 Analyse document 3

Het derde document is het memo “*Handvatten onzakelijke lening*”²⁵⁰. Het document is te vinden in de bijlage van de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017 en dateert van 4 februari 2015.²⁵¹ Het memo is opgesteld door een viertal anoniem gemaakte auteurs van de afdeling MKB van de Belastingdienst in Utrecht. Het document is bestemd voor intern beraad.²⁵² In dit document wordt het beleid van de Belastingdienst omtrent de onzakelijke lening duidelijk. In het memo worden de stappen waarop de Belastingdienst een gelieerde geldlening beoordeelt uiteengezet door middel van een stroomschema. De stappen die worden doorlopen zijn de volgende:

1. Is er sprake van een civielrechtelijke lening?

2. Is er sprake van een schijnlening, bodemloze putlening of deelnemerschapslening?

3. Zijn de leningsvoorwaarden zakelijk?

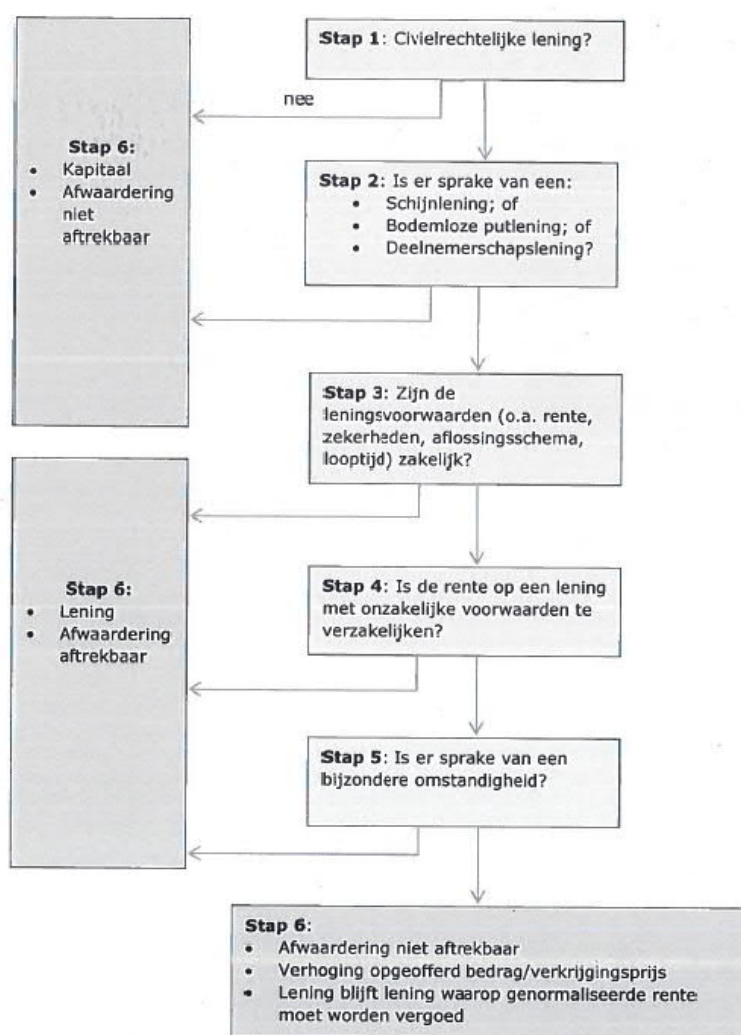
4. Is de rente bij niet-zakelijkheid te verzakelijken?

5. Is er sprake van een bijzondere omstandigheid?

6. Welke gevolgen heeft een onzakelijke lening?

Aan de hand van deze vragen moet duidelijk worden of er sprake is van een lening dan wel een kapitaalstorting en welke gevolgen een onzakelijke gelieerde lening heeft. De Belastingdienst let op basis van “*Handvatten onzakelijke lening*”²⁵³ dus alleen op de zakelijkheid van leningen tussen gelieerde partijen. Op dit punt

Stroomschema beoordeling gelieerde lening



²⁵⁰ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 6-21.

²⁵¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 6.

²⁵² Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 3.

²⁵³ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 6-21.

blijkt direct dat het document “*Handvatten onzakelijke lening*”²⁵⁴ niet volledig (actueel) is. In BNB 2015/141²⁵⁵ heeft de HR namelijk geoordeeld, een maand nadat dit document voor intern beraad verschenen is, dat ook sprake kan zijn van een onzakelijke lening op het moment dat de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij. De onzakelijke lening problematiek kan ook spelen wanneer een geldlening verstrekt is aan fiscale derden, op het moment dat daarmee het belang van de aandeelhouder wordt gediend.²⁵⁶ Naast aandeelhouderrelaties is het ook mogelijk dat onzakelijk handelen voort komt uit persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen.²⁵⁷ Jurisprudentie tot eind 2014 is meegenomen. Actualisering zou leiden tot meer rechtszekerheid.

4.3.3.1 Stroomschema stap 1

Stap 1 in het stroomschema dient ervoor om vast te stellen of sprake is van een civielrechtelijke lening.²⁵⁸ In overeenstemming met de jurisprudentie²⁵⁹ wordt vervolgens gesteld dat in eerste instantie de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking beslissend is voor de beoordeling of er fiscaalrechtelijk sprake is van een lening dan wel van een kapitaalstorting. Relevante jurisprudentie²⁶⁰ waaronder het Kaptische zeebodem-arrest²⁶¹ wordt aangehaald. Vervolgens wordt opgemerkt dat de civielrechtelijke lening onder meer kan blijken uit de grootboekrekeningen waar de terugbetalingen van de lening te vinden zijn. Ook bankafschriften waaruit de stortingen van de leenbedragen, renteontvangsten en betalingen blijken kunnen van belang zijn. Vervolgens wordt gesteld dat ook de omschrijving van deze transacties van belang zijn. Daarna wordt pas gesteld dat een schriftelijke geldleningsovereenkomst waarin de terugbetalingsverplichting is opgenomen, van belang kan zijn.²⁶² Met de redactie van V-N ben ik het eens dat verwacht zou mogen worden dat de opsomming zou zijn

²⁵⁴ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 6-21.

²⁵⁵ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

²⁵⁶ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

²⁵⁷ HR 26 september 2014, BNB 2015/12.

²⁵⁸ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 8.

²⁵⁹ HR 3 november 1954, BNB 1954/357 en HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364 worden aangehaald. De civielrechtelijke vorm waarin geldverstrekking plaatsvindt is beslissend.

²⁶⁰ HR 25 november 2011, BNB 2012/37 en HR 8 september 2006, BNB 2007/104. Het standaard arrest van de onzakelijke lening omlaag en het Kaptische zeebodem-arrest.

²⁶¹ HR 8 september 2006 BNB 2007/104.

²⁶² Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 8.

aangevangen met de schriftelijke geldleningsovereenkomst.²⁶³ Zonder de schriftelijke geldleningsovereenkomst moet uit andere stukken de bedoeling van partijen worden afgeleid en daarbij zijn inderdaad grootboekrekeningen en bankafschriften van belang. Bij de grootboekrekeningen moet dan wel duidelijk zijn dat de boekingen van bijvoorbeeld de rente niet gemaakt zijn ten tijde van de afwaardering van de lening, maar al eerder, bij voorkeur bij de verstrekking van de lening. De redactie van V-N maakt daarbij de kanttekening dat het bij afwezigheid van een schriftelijke geldleningsovereenkomst de vraag is of de essentiële voorwaarden van de lening met voldoende zekerheid vast te stellen zijn.²⁶⁴ Ook deze kanttekening die de redactie V-N plaatst onderschrijf ik.

4.3.3.2 Stroomschema stap 2

Stap 2 in het stroomschema dient ervoor om vast te stellen of sprake is van een schijnlening, een bodemloze putlening of een deelnemerschapslening. Wanneer uit stap 1 blijkt dat sprake is van een civielrechtelijke lening wordt in overeenstemming met de jurisprudentie²⁶⁵ toch de kwalificatie van kapitaal gehanteerd, wanneer sprake is van een schijnlening, een bodemloze putlening of een deelnemerschapslening. De bewijslast ligt bij de partij die stelt dat sprake is van één van de drie uitzonderingen.

In overeenstemming met de literatuur²⁶⁶ ziet de Belastingdienst een schijnlening als een lening, waarbij in werkelijkheid geen sprake is van een lening, omdat partijen niet de bedoeling hebben, dat de gelden worden terugbetaald.²⁶⁷ Volgens het memo²⁶⁸ moet worden nagegaan of de leenbedragen daadwerkelijk zijn overgeboekt of dat de verstrekking blijkt uit de grootboekrekening. Waarom dit na moet worden gegaan blijkt niet uit het memo. Het nagaan of de leenbedragen daadwerkelijk overgeboekt zijn ziet naar mijn mening enkel op het feit of sprake is geweest van een geldverstrekking. Hieruit kan niet worden opgemaakt of er sprake is van een schijnlening. Uit de

²⁶³ Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris wijst Wob-verzoek inzake onzakelijke lening/ bodemlozeputlening gedeeltelijk toe, V-N 2017/60.11, onderdeel vastlegging lening.

²⁶⁴ Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris wijst Wob-verzoek inzake onzakelijke lening/ bodemlozeputlening gedeeltelijk toe, V-N 2017/60.11, onderdeel vastlegging lening.

²⁶⁵ Zie oa HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 11 maart 1998, BNB 1998/208.

²⁶⁶ Zie onder andere J.N. Bouwman, Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting (Fiscale geschriften), Amersfoort: Sdu 2002, p. 62.

²⁶⁷ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 8.

²⁶⁸ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 8.

jurisprudentie²⁶⁹ af te leiden indicaties zoals de afwezigheid van een rentevergoeding, een aflossingsschema, zekerheden of het achtergesteld zijn van een lening, geven naar mijn mening een betere indicatie of er sprake is van een schijnlening.

In overeenstemming met BNB 2007/104²⁷⁰ ziet de Belastingdienst de bodemloze putlening als een lening die wordt verstrekt onder dusdanige omstandigheden, dat al bij aanvang duidelijk is dat de lening niet, of niet volledig, kan worden terugbetaald.²⁷¹ Wanneer sprake is van een bodemloze putlening moet volgens het memo²⁷² als bewijslast, door de partij die stelt dat sprake is van een bodemloze putlening, een cijfermatige onderbouwing worden gemaakt dat op het moment van verstrekking duidelijk was dat de geldlening niet terugbetaald zal worden.²⁷³

Vervolgens wordt expliciet ingegaan op leningen verstrekt aan een startende onderneming/vennootschap. Op het moment van verstrekking van de lening moet de verwachting aannemelijk worden gemaakt, dat de renten en aflossingen betaald zullen worden. Stukken waaruit de kredietwaardigheid volgens de Belastingdienst onder andere kan blijken zijn een bedrijfsplan, de winstverwachtingen en de offerteportefeuille.²⁷⁴ De redactie van V-N merkt op dat in BNB 1988/217²⁷⁵ als criterium staat, dat het de crediteur aanstonds duidelijk moet zijn geweest, dat aan de vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald. De redactie van V-N meent dat bij een start-up in het algemeen mag worden verondersteld, dat de intentie er is, dat te zijner tijd winst gemaakt wordt, dat in het algemeen niet aanstonds duidelijk zal zijn dat de lening niet zal worden terugbetaald en dat de positie van de start-up daarom beter had kunnen worden opgenomen bij de kwalificatie als zakelijke of onzakelijke lening. Ik onderschrijf deze visie van V-N. Bij gebrek aan track-record zal een derde namelijk veelal een winstdelende rente vragen, maar van een bodemloze putlening lijkt de redactie van V-N niet snel sprake.²⁷⁶ Wanneer sprake is van een bodemlozeputlening, dan verhoogt dit het opgeofferd bedrag van de deelneming en is er sprake van

²⁶⁹ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 24 juni 1964, BNB 1964/196.

²⁷⁰ Zie onder andere HR 8 september 2006 BNB 2007/104.

²⁷¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 8.

²⁷² Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 8.

²⁷³ Zie HR 28 januari 1998, BNB 1998/148 voor de ‘bodemloze-put-toets’ die moet worden aangelegd bij het ontstaan van de lening volgens de HR.

²⁷⁴ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 8.

²⁷⁵ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

²⁷⁶ Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris wijst Wob-verzoek inzake onzakelijke lening/ bodemlozeputlening gedeeltelijk toe, V-N 2017/60.11, onderdeel start-up.

een informele kapitaalstorting in de deelneming zelf.²⁷⁷ Dit is door de HR in BNB 1988/217²⁷⁸ geoordeeld.

Van een deelnemerschapslening volgens het memo²⁷⁹ is sprake als blijkt dat:

1. De geldlening is aangegaan voor een onbepaalde tijd of langer dan vijftig jaar en daardoor slechts opeisbaar zal zijn in geval van faillissement, surseance van betaling of liquidatie;
2. Een winstafhankelijke rente afgesproken is. Het gaat om de verschuldigdheid van de rente. Als er ten minste voor 87,5%²⁸⁰ een winstafhankelijke rente wordt afgesproken, moet de totale rente als winstafhankelijk worden aangemerkt; en
3. De geldlening is achtergesteld t.o.v. alle concurrente crediteuren.

Daarnaast wordt verwezen naar artikel 10 lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969. Dit is in overeenstemming met de gewezen jurisprudentie²⁸¹. In stap 2 wordt voor de volledigheid verwezen naar de naar mijn mening relevante jurisprudentie inzake de schijnlening²⁸², de bodemloze putlening²⁸³ en de deelnemerschapslening²⁸⁴.

4.3.3.3 Stroomschema stap 3

Stap 3 in het stroomschema dient ervoor om vast te stellen of de leningsvoorwaarden zakelijk zijn. Wanneer uit stap 2 blijkt dat sprake is van een fiscaalrechtelijke lening wordt in stap 3 bepaald of sprake is van een “gewone” lening of een onzakelijke lening.²⁸⁵ In plaats van “gewone” lening had naar mijn mening beter de formulering zakelijke lening gebruikt kunnen worden. Volgens het memo moet de rente op een lening “*at arm’s length*” bepaald worden; daarbij wordt “*at arm’s length*”

²⁷⁷ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 9.

²⁷⁸ Zie HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

²⁷⁹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 9.

²⁸⁰ Volgt uit HR 25 november 2005, BNB 2006/82.

²⁸¹ Zie HR 11 maart 1988, BNB 1988/208 r.o. 3.3 en HR 25 november 2005, BNB 2006/82.

²⁸² HR 3 november 1954, BNB 1954/357 en HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

²⁸³ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, HR 21 oktober 1992 BNB 1993/32, HR 28 januari 1998, BNB 1998/148, HR 29 oktober 2004 BNB 2005/64 en HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

²⁸⁴ HR 11 maart 1998, BNB 1998/208, HR 25 november 2005, BNB 2006/82 en HR 25 november 2005, BNB 2006/83.

²⁸⁵ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

beschreven als “*alsof er geen enkele gelieerdheid is*”.²⁸⁶ Ik vind het opmerkelijk dat voor deze omschrijving gekozen is. Het zou voor de hand liggender zijn om de formulering gebruikt in artikel 8b Wet VPB 1969 “*door onafhankelijke partijen*” aan te houden. Vervolgens wordt in lijn met de gewezen jurisprudentie²⁸⁷ gesteld dat als de rente niet ‘at arm’s length’ kan worden bepaald, dan verondersteld moet worden dat een debiteurenrisico wordt gelopen door de geldverstrekker, dat een derde niet zou hebben geaccepteerd. Wanneer zich dan geen bijzondere omstandigheid voordoet, als bedoeld in stap 5, wordt de lening als onzakelijk bestempeld.²⁸⁸

In het memo wordt vervolgens ingegaan op het begrip gelieerdheid:

*“De grens van gelieerdheid met betrekking tot onzakelijke debiteurenrisico ligt op basis van deelname in kapitaal thans tussen de 15,83% (AWS 11/2829) en 23% (BNB 2008/191). Is er geen gelieerdheid of een gelieerdheid minder dan 16%, dan is een dergelijke geldlening ondanks de onzakelijke voorwaarden in beginsel zakelijk. Er is sprake van gelieerdheid indien een natuurlijk persoon of een rechtspersoon (artikel 8b) onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam. Het uitoefenen van normale toezichtstaken door bijvoorbeeld een commissaris zal in de Nederlandse verhoudingen niet tot gelieerdheid leiden. Indien de commissaris bestuurstaken krijgt gedelegeerd en hij tevens bestuurder is van een ander lichaam, zou gelieerdheid kunnen ontstaan. Het gaat immers om de vraag of invloed uitgeoefend kan worden op de verrekenprijzen.”*²⁸⁹

De percentages van deelname zijn ontleend aan de jurisprudentie. De 15,83% is ontleend aan nr. 12/00336²⁹⁰ en de 23% aan BNB 2008/191²⁹¹. Wanneer sprake is van geen gelieerdheid of een gelieerdheid minder dan 16%, wordt een geldlening ondanks de onzakelijke voorwaarden in beginsel zakelijk beschouwd op basis van het memo.²⁹² Het is voor mij onduidelijk waarom eerst een percentage van 15,83% gehanteerd wordt en vervolgens gesteld wordt dat in het geval van een gelieerdheid minder dan 16% een lening in beginsel als zakelijk beschouwd wordt. Ik vraag me af hoe

²⁸⁶ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

²⁸⁷ Zie HR 9 mei 2008, BNB 2008/191, HR 25 november 2011 BNB 2012/37 r.o. 3.3.3 en HR 9 maart 2012, BNB 2012/132, r.o. 3.3.

²⁸⁸ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

²⁸⁹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

²⁹⁰ Verwezen wordt naar Hof Amsterdam, 26 september 2013, nr. 12/00336.

²⁹¹ Verwezen wordt naar HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

²⁹² Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

een gelieerdheid van tussen de 15,83% en 15,99% dan geduid moet worden. Ik vermoed dat het in een dergelijke situatie verdedigbaar is dat geen sprake is van gelieerdheid op basis van nr. 12/00336²⁹³:

*“Van gelieerdheid van eiseres en[C BV] is afgezien van een aandelenbelang van [[A]] in eiseres van 100% en van 15,83% in[C BV], geen sprake.”*²⁹⁴

Daarnaast herhaal ik voor de volledigheid dat de HR in BNB 2015/141²⁹⁵ geoordeeld heeft dat ook sprake kan zijn van een onzakelijke lening op het moment dat de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij.

Vervolgens wordt ingegaan op meer specifieke gevallen waar gelieerdheid aan de orde kan zijn:

*“Het uitoefenen van normale toezichtstaken door bijvoorbeeld een commissaris zal in de Nederlandse verhoudingen niet tot gelieerdheid leiden. Indien de commissaris bestuurstaken krijgt gedelegeerd en hij tevens bestuurder is van een ander lichaam, zou gelieerdheid kunnen ontstaan. Het gaat immers om de vraag of invloed uitgeoefend kan worden op de verrekenprijzen.”*²⁹⁶

In lijn met de jurisprudentie²⁹⁷ moet de beoordeling of een lening zakelijk of onzakelijk is, op het moment van het aangaan van de lening plaatsvinden.²⁹⁸ Wanneer een crediteur tijdens de looptijd van een lening onzakelijk gaat handelen, bijvoorbeeld door het niet uitwinnen van zekerheden, kan een lening vanaf dat moment alsnog als onzakelijk worden bestempeld. Op het moment dat in de leningsvoorwaarden bepalingen zijn opgenomen over de betaling van de rente en aflossingen en eventueel sancties bij achterwege blijven bij afwezigheid van deze betalingen, dan zal door de inspecteur nagegaan moeten worden of en zo ja, in hoeverre de bepalingen in de leningsovereenkomst zijn nagekomen.²⁹⁹

Bij de beoordeling of de rente op een lening at arm's length bepaald is, spelen de volgende zaken mee:

- *“De gehanteerde rente;*
- *Zekerheden die wel/niet zijn gesteld;*
- *Aflossingsschema/looptijd;*

²⁹³ Verwezen wordt naar Hof Amsterdam, 26 september 2013, nr. 12/00336.

²⁹⁴ Verwezen wordt naar Hof Amsterdam, 26 september 2013, nr. 12/00336, r.o. 4.44.

²⁹⁵ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

²⁹⁶ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

²⁹⁷ Zie HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, HR 25 november 2011, BNB 2012/37 en HR 25 november 2011, BNB 2012/37 r.o. 3.3.5.

²⁹⁸ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

²⁹⁹ Verwezen wordt naar HR 1 maart 2013 BNB 2013/148.

- *Vergelijkingsmateriaal.*³⁰⁰

De Belastingdienst geeft aan dat de beoordeling van de zakelijkheid van de rente maatwerk is.³⁰¹ Een aantal niet limitatieve voorbeelden van omstandigheden van de debiteur en de markt die van invloed zijn op de te bepalen rente en de gewenste zekerheid worden aangehaald:

- *“Rendementsverwachting investering*
- *Risicogevoeligheid*
- *Verhouding eigen/vreemd en kort/lang vermogen*
- *Aanwezigheid stille reserves*
- *Reeds zekerheid verstrekt aan andere financiers*
- *Performance onderneming (Waarvan s het succes van de onderneming afhankelijk?)/Kwaliteit van de ondernemer?*
- *Stand van de conjunctuur*
- *Vooruitzichten conjunctuur*”³⁰²

Over het algemeen kan, zo blijkt uit het memo³⁰³, bij een looptijd van langer dan 10 jaar de rente van staatsobligaties, welke eind 2013 ongeveer 1,78% bedroeg, als basis worden gehanteerd. Voor de rente op een lening met een looptijd korter dan 10 jaar kan het gemiddelde van het T-rendement en het U-rendement als basis worden gehanteerd.³⁰⁴ Deze rente moet verhoogd worden met een passende risico-opslag in verband met het hogere risico dat de vennootschap loopt bij een lening aan een aandeelhouder of vice versa in vergelijking met een lening aan de Nederlandse Staat. De rente die een vennootschap eventueel zelf aan haar financiers betaalt, wordt bij de beoordeling ook meegenomen. Rentetarieven voor de zakelijke markt, met als uitgangspunt de bank als uitlener, mogen niet gebruikt worden. Een vennootschap mag als uitlener alleen rentetarieven “kiezen” die particuliere beleggers krijgen.³⁰⁵ De volgende rentetarieven zijn niet bruikbaar voor de vaststelling van een zakelijke rente op een onzakelijke lening:

- *“Het rentetarief dat banken elkaar in rekening brengen (euribor)*
- *Het rentetarief dat banken bij grote, zakelijke klanten in rekening brengen*
- *De hypotheekrente*

³⁰⁰ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 10.

³⁰¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 11.

³⁰² Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 11.

³⁰³ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 11.

³⁰⁴ Deze rendementen zijn op staatsobligaties gebaseerd en te vinden op www.cbs.nl.

³⁰⁵ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 11.

- *De rente die banken op een doorlopend krediet in rekening brengen.*³⁰⁶

In het memo wordt geen reden gegeven waarom de rentetarieven voor de zakelijke markt, met als uitgangspunt de bank als uitlener, niet gebruikt mogen worden. Een eventuele reden zou, zo zie ik het, gevonden kunnen worden in BNB 1997/217³⁰⁷, waar sprake was van een lening van een vennootschap aan de enig aandeelhouder voor de aankoop van een onroerende zaak. De HR overwoog het volgende:

*“Voor zover de middelen opkomen tegen dit oordeel treffen zij doel. Door uit te gaan van de standaardhypotheekrente heeft het Hof belanghebbende als gelduitlener vergeleken met de gelduitlenende financiële instellingen die bedoelde rente plegen te bedingen. Aldus heeft het Hof een onbegrijpelijk oordeel gegeven, nu, naar moet worden aangenomen, belanghebbende ter zake van de onderhavige geldlening niet op met die instellingen vergelijkbare wijze op de hypotheekmarkt optreedt en derhalve niet met zodanige instellingen, doch veeleer met een particuliere belegger dient te worden vergeleken.”*³⁰⁸

Ook wordt geen reden gegeven waarom de eerder opgesomde rentetarieven niet bruikbaar zijn voor de vaststelling van een zakelijke rente. Geen reden wordt gegeven waarom de Euribor-rente niet bruikbaar zou zijn voor de vaststelling van een zakelijke rente op een onzakelijke lening. De Euribor-rente is het rente tarief waartegen een groot aantal Europese banken elkaar leningen verstrekken en functioneert in de praktijk als basis voor prijsstelling van dienstverlening in de bancaire sector. In AW 08/1894³⁰⁹ is door de Rechtbank Arnhem geoordeeld dat een zakelijk rente die een particuliere belegger kon bedingen, gelijk is aan de twaalf maanden Euribor³¹⁰ plus 1.5% risico-opslag:

“Gelet op het genoemde arrest BNB 1997/217 is voor de vraag welke rente zakelijk is, van belang welke rente een particuliere belegger zou kunnen bedingen. Met eiseres acht de rechtbank de Euribor als basis voor de in rekening te brengen rente aanvaardbaar. Deze rente functioneert in de praktijk als basis voor prijsstelling van dienstverlening in de bancaire sector, zoals bij de verstrekking van geldleningen, maar ook bij het aanhouden van spaartegoeden. De rente wordt dagelijks vastgesteld en gepubliceerd. De door verweerder bepleite wettelijke rente vindt daarentegen geen (directe) basis in feitelijke transacties in de financiële wereld en wordt aanzienlijk minder frequent vastgesteld.”

³⁰⁶ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 11.

³⁰⁷ HR 5 februari 1997, BNB 1997/217.

³⁰⁸ HR 5 februari 1997, BNB 1997/217, r.o. 3.1.3.

³⁰⁹ Rb. Arnhem 1 oktober 2009, AW 08/1894.

³¹⁰ Zie <http://nl.euribor-rates.eu/euribor-rente-12-maanden.asp>

Omdat de Rechtbank de Euribor als basis voor de in rekening te brengen rente aanvaardbaar acht, zie ik geen reden waarom de Euribor-rente, met een percentage risico-opslag, niet bruikbaar zou zijn voor de vaststelling van een zakelijke rente op een onzakelijke lening.

Verder is in het memo te vinden dat de rente “*in het algemeen*” betaald dient te worden.³¹¹

Bijschrijving op de hoofdsom is geoorloofd wanneer de verwachting aanwezig is dat de rente in de toekomst betaald zal worden.

Voor de beoordeling van de zekerheden sluit de Belastingdienst aan bij de zekerheden die een derde partij zou eisen.³¹² Ook wordt gesteld: hoe minder zekerheden, hoe hoger een zakelijke rente zal zijn. Dit lijkt mij ook logisch aangezien het risico bij een lening zonder zekerheden doorgaans groter is dan bij een lening met zekerheden. Hierdoor zal de risico-opslag in het rentetarief ook hoger zijn als er geen of weinig zekerheden gesteld zijn.

Wanneer een aflossingsschema opgesteld is, moet worden nagegaan of en indien dat het geval is, in hoeverre daadwerkelijk wordt afgelost. Op het moment dat niet of slechts gedeeltelijk afgelost wordt, moet worden nagegaan wat hiervan de zakelijke reden is. Voor vergelijkingsmateriaal voor de beoordeling of een geldlening onder zakelijke voorwaarden overeengekomen is kan tevens gekeken worden naar een derde-lening, waaronder bijvoorbeeld een lening bij de bank, met vergelijkbare voorwaarden.³¹³ Dit vind ik opmerkelijk omdat eerder in het memo gesteld wordt dat de rentetarieven voor de zakelijke markt, met als uitgangspunt de bank als uitlener, niet gebruikt mogen worden. Ook is eerder gesteld dat de Euribor-rente niet bruikbaar zou zijn voor de vaststelling van een zakelijke rente op een onzakelijke lening. Tot slot wordt verwezen naar de relevante jurisprudentie waardoor stellingnames van de Belastingdienst onderbouwd kunnen worden met jurisprudentie.³¹⁴

4.3.3.4 Stroomschema stap 4

Stap 4 in het stroomschema dient ervoor om na te gaan of de rente te verzakelijken is.³¹⁵ Er moet worden nagegaan of de gehanteerde rente kan worden aangepast om tot een zakelijke rente te komen zonder dat de overige voorwaarden worden gewijzigd. Wanneer dit niet kan is sprake van een

³¹¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 11.

³¹² Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 12.

³¹³ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 12.

³¹⁴ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191, HR 13 januari 2012, BNB 2012/79 en HR 9 maart 2012, BNB 2012/132.

³¹⁵ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 13.

onzakelijke lening, tenzij sprake is van een bijzondere omstandigheid die in stap 5 aangehaald zal worden. In lijn met de jurisprudentie³¹⁶ wordt in het memo gesteld dat de rente niet zodanig mag worden aangepast dat deze te vergelijken is met een winstdelende lening. Het karakter van hetgeen partijen overeen zijn gekomen wordt dan teveel aangetast.³¹⁷ Hierbij wordt opgemerkt dat bij het aanpassen van de rente rekening moeten worden gehouden met alle mogelijke consequenties hiervan, bijvoorbeeld een informele kapitaalstorting/ uitdeling.

4.3.3.5 Stroomschema stap 5

Stap 5 in het stroomschema dient ervoor om na te gaan of sprake is van een bijzondere omstandigheid zoals genoemd in BNB 2008/191³¹⁸.³¹⁹ Een lening is onzakelijk als uit stap 4 blijkt dat er geen zakelijke rente kan worden bepaald, tenzij sprake is van een bijzondere omstandigheid. In het memo worden de twee bijzondere omstandigheden uit de conclusie van A-G Wattel bij BNB 2013/170³²⁰ aangehaald:

- *Naast de relatie als aandeelhouder en crediteur staat de geldverstrekker in nog een andere niet-aandeelhoudersrelatie tot de debiteur bijvoorbeeld als afnemer of leverancier, en in die laatste relatie heeft de crediteur er - mitsdien zakelijk - belang bij zich als crediteur anders te gedragen dan hij zou doen als hij uitsluitend in crediteurshoedanigheid zou optreden;*
- *De aandeelhouder/crediteur heeft evenmin als andere crediteuren een keuze en is niet in die positie gekomen door voorafgaand onzakelijk handelen (je zou hierbij kunnen denken aan een geldlening die 2 maanden voor afwaardering wordt achtergesteld, of het onderpand wordt vervreemd). Voorbeeld: De afdwinging van betaling (executie) zou de debiteur om zeep helpen. De crediteur neemt genoegen met een minimale of late betaling waardoor een faillissement wordt voorkomen.*³²¹

³¹⁶ HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2.

³¹⁷ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 13.

³¹⁸ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

³¹⁹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 14.

³²⁰ HR 3 mei 2013 BNB 2013/170, conclusie A-G Wattel 1.4.

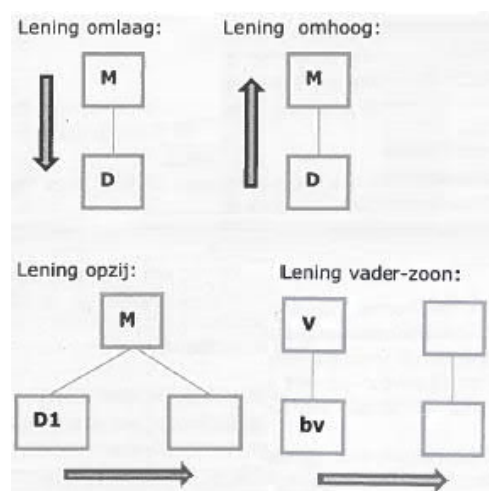
³²¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 14.

4.3.3.6 Stroomschema stap 6

Stap 6 in het stroomschema dient ervoor om vast te stellen wat de gevolgen zijn indien in voorgaande stappen is vastgesteld dat sprake is van een onzakelijke lening. In lijn met BNB 2008/191³²² wordt gesteld dat de lening allereerst fiscaalrechtelijk vreemd vermogen blijft. Vervolgens worden de gevolgen ten aanzien van een mogelijk afwaarderingsverlies en de gevolgen ten aanzien van de verwerking van de rente gegeven.³²³

Aan het begin van stap 6 wordt meteen duidelijk dat een eventuele afwaardering van de onzakelijke lening omlaag, omhoog of opzij in de ogen van de Belastingdienst niet aftrekbaar is van de winst, tenzij sprake is van een lening die tijdens de looptijd onzakelijk is geworden en dit afwaarderingsverlies, dat een derde zou hebben geleden, wel aftrekbaar zou zijn geweest, zoals in BNB 2013/148³²⁴ het geval is.³²⁵ Op het moment dat sprake is van een definitieve afwaardering, bijvoorbeeld door kwijtschelding of liquidatie, wordt in het memo onderscheid gemaakt tussen de onzakelijke lening omlaag, omhoog en opzij, waarbij de onzakelijke lening opzij gesplitst wordt in de onzakelijke lening opzij in de VPB-sfeer en de onzakelijke lening opzij in de TBS-sfeer.³²⁶

- Bij de onzakelijke lening omlaag wordt het opgeofferd bedrag van de deelneming verhoogd met het bedrag van de afwaardering.
- Bij de onzakelijke lening omhoog is sprake van een onttrekking of uitdeling. Hierbij wil ik opmerken dat een onttrekking of een uitdeling niet hetzelfde is en deze termen hier wel als uitwisselbaar weergegeven worden.
- Bij de onzakelijke lening opzij is in de VPB-sfeer sprake van een uitdeling van de crediteur aan de gezamenlijke aandeelhouder en een informele kapitaalstorting van de gezamenlijke aandeelhouder in de debiteur.
- In de TBS-sfeer is sprake van:



³²² HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

³²³ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 14.

³²⁴ HR 1 maart 2013 BNB 2013/148.

³²⁵ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 15.

³²⁶ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 14 - 15.

“Als het een definitieve afwaardering betreft (door kwijtschelding of liquidatie), dan is sprake van een uitdeling van de onderneming van de vader aan de vader, een schenking van de vader aan de zoon en een informele kapitaalstorting van de zoon in zijn onderneming.”³²⁷

Dit zou naar mijn mening beter geformuleerd kunnen worden als een uitdeling door de crediteur aan de aandeelhouder van de crediteur en een informele kapitaalstorting van aandeelhouder van de debiteur in de debiteur.

In het memo komt naar voren dat bij de onzakelijke lening eerst een rente vastgesteld wordt aan de hand van de zogenoemde borgstellingsanalogie.³²⁸ Dit is de rente die een onafhankelijke derde ingeval van een geldlening met vergelijkbare voorwaarden zou vragen op het moment dat een concernmaatschappij borg staat.³²⁹ Er moet worden nagegaan of er dergelijke (fictieve) overeenkomsten zijn. Wanneer er geen (fictieve) overeenkomsten zijn, dan moet een rentepercentage overeengekomen worden die lager zal zijn dan de “normale” rente.³³⁰ Een onderbouwing waarom het rentepercentage lager moet zijn dan de “normale” rente wordt niet gegeven. De term “normale” rente had naar mijn mening beter anders omschreven kunnen worden. Met de “normale” rente wordt, zo neem ik aan, de rente zonder borgstelling bedoeld. Zonder borgstelling zal het risico op de lening hoger zijn waardoor een hogere rente bedongen moet worden. Met borgstelling zal dus een lagere rente dan zonder borgstelling overeengekomen moeten worden.

Vervolgens wordt ingegaan op de opmerking uit stap 4 dat bij het aanpassen van de rente rekening moeten worden gehouden met alle mogelijke consequenties hiervan:

“Bij de debiteur kan de rente in aftrek worden gebracht tot de borgstellingsanalogierente (tenzij aftrekbeperking op grond van artikel 8b, 8c, 10a, 10b, 10 lid 1 onderdeel d, 131 of 15 ad). Is de feitelijke rente hoger dan de borgstellingsanalogierente dan is het verschil tussen de rentes niet aftrekbaar bij de debiteur en niet belast bij de crediteur. Voor dat bedrag is er sprake van een winstuitdeling of kapitaalstorting.”³³¹

Het debiteurenrisico bij een onzakelijke lening omvat ook het risico dat de bijgeschreven rente over een onzakelijke lening niet betaald wordt.³³² De bijgeschreven rente deelt het lot met de hoofdsom van

³²⁷ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 15.

³²⁸ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 15.

³²⁹ In het memo wordt verwezen naar HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.4.

³³⁰ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 15.

³³¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, 15.

³³² Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 15.

de onzakelijke lening.³³³ Ook op dit punt geeft de Belastingdienst aan dat het rentevershil tussen de overeengekomen rente en de aangepaste zakelijke rente in de kapitaalsfeer valt:

*De rentecorrecties zouden eigenlijk vanaf het ontstaan van de geldlening (met een maximum van vijf jaar) moeten worden aangebracht (navordering bij crediteur, ambtshalve vermindering bij debiteur). Wanneer een rentecorrectie bij crediteur niet mogelijk is, zal bij de debiteur geen ambtshalve vermindering worden verleend.*³³⁴

Dit is in overeenstemming met het totaalwinstbeginsel, waardoor in de rentevoet aandeelhoudersmotieven geëlimineerd moeten worden.³³⁵ Zoals eerder aangegeven ben ik van mening, dat niet aan de deelnemingsvrijstelling toegekomen wordt, omdat op basis van het totaalwinstbeginsel de hogere of lagere rente dan een zakelijke rente niet in aanmerking genomen mag worden.

Vervolgens wordt in het memo nog opgemerkt:

*“Door de Hoge Raad is een nuance aangebracht in de uitspraak BNB 2013/149 ten aanzien van de aangepaste rente(rentevordering). Op de vervaldatum (na verschuldigdheid rente) wordt namelijk de laagste rente(vordering) in aanmerking genomen van de rente tegen waarde in het economisch verkeer en de borgstellingsanalogierente (aangepaste rente). Echter zolang de onzakelijke geldlening nog niet volledig waardeloos is geworden, kan niet worden gezegd dat de waarde in het economisch verkeer van de rente lager is dan de borgstellinganalogierente. Dit heeft te maken dat de betaling van een rente civielrechtelijk voor een aflossing komt. Pas als de onzakelijke geldlening volledig waardeloos is geworden (door kwijtschelding of liquidatie), dan mag de lagere waarde in het economisch verkeer van de rente worden gehanteerd.”*³³⁶

Op de datum, dat de onzakelijke lening teniet gaat, wordt de laagste rente in aanmerking genomen van de rente tegen de waarde in het economisch verkeer en de borgstellinganalogierente. Ik denk dat de Belastingdienst met de rente tegen de waarde in het economisch verkeer de rente bedoelt die partijen hebben afgesproken zonder dat de rente aangepast is. Het volgende voorbeeld wordt in het memo gegeven:³³⁷

³³³ Zie HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.6.

³³⁴ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 15.

³³⁵ Zie bijvoorbeeld HR 25 november 2011, BNB 2012/37 r.o. 3.3.4.

³³⁶ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 15-16.

³³⁷ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 16.

Lening omlaag van moeder aan dochter van 100 tegen 10% rente. Borgstellinganalogierente is 6%. In jaar 2 wordt 40 afgewaardeerd en in jaar 4 de resterende 60.

Jaar	1	2	3	4	5
Afwaardering	-	40	-	60	-
Rente	6%	6%	6%	<6%	-

Na het stappenplan komt een overzicht met belangrijke jurisprudentie en een verwijzing naar relevante literatuur tot en met 2014.³³⁸

Afgesloten wordt met een voorbeeldbrief die de Belastingdienst kan sturen op het moment dat een belastingplichtige in de aangifte een bedrag in mindering heeft gebracht in verband met de waardeverandering van een vordering. De Belastingdienst verzoekt in dergelijke gevallen informatie te verstrekken over de leningsovereenkomst en eventuele getroffen regelingen of zekerheden.³³⁹

4.3.4 Analyse document 4

Het vierde document, het memo “*beoordeling van (onzakelijke) leningen afgesloten tussen gelieerde partijen tijdens een boekenonderzoek*”, is een intern memo van de Belastingdienst waarin voor een controlemedewerker drie situaties uiteengezet zijn.³⁴⁰ Na uiteenzetting van de situatie wordt een vraag gesteld waarop de controlewerker in kwestie een antwoord moet formuleren. Opvallend is dat veel passages onder vermelding van artikel 10 lid 2d Wob 1991 geschaft zijn. Deze passages zouden inzicht geven in de controlestrategieën van de Belastingdienst waardoor deze door artikel 10 lid 2d Wob 1991 beschermd worden.

³³⁸ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 17-18.

³³⁹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 19.

³⁴⁰ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 21.

4.3.5 Analyse document 5

Het vijfde document betreft een conceptnotitie over de onzakelijke lening en is bedoeld om intern de gedachten omtrent de onzakelijke lening problematiek te verzamelen, te ordenen en nader uit te werken.³⁴¹ Bijlage 2 en 3 van dit document hebben als concept gediend voor de hiervoor ook genoemde publicatie in de Staatscourant van 21 februari 2014, nummer 6643.³⁴²

4.3.6 Analyse document 6

Het zesde document omvat twee hoofdstukken over de onzakelijke lening uit het leerboek “*De DGA en zijn BV*”.³⁴³ Dit leerboek is de versie december 2016. De auteur wordt niet genoemd in de brief of de bijlagen van de brief van de Staatssecretaris. Ik vermoed dat het boek intern geschreven is. Dit document betreft een samenvatting van de gewezen jurisprudentie tot 2015.

4.3.7 Analyse document 7

Het zevende document betreft punt 9 van het verslag van 20 juni 2012 van een vaktechnisch overleg van de Belastingdienst. Onder punt 9 wordt het arrest van de HR BNB 2012/37³⁴⁴ besproken. Het bevat een uiteenzetting van de verschillende standpunten omtrent de interpretatie van dit arrest. Persoonlijke beleidsopvattingen worden onder vermelding van artikel 11 Wob 1991 niet openbaar gemaakt.

³⁴¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 24-28.

³⁴² Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014, onderdeel 13 over schuldvordering, onzakelijke lening en borgstelling.

³⁴³ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 30-36.

³⁴⁴ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

4.3.8 Analyse documenten 8 tot 12

Documenten 8 tot 12 omvatten samenvattingen van BNB 1988/217³⁴⁵, BNB 2008/191³⁴⁶, BNB 2012/37³⁴⁷, BNB 2013/149, BNB 2013/170³⁴⁸, BNB 2013/171³⁴⁹ en BNB 2014/98³⁵⁰. Veelal is de visie van de Belastingdienst onder vermelding van artikel 10 en 11 Wob 1991 geschrapt.

4.3.9 Analyse document 13

Document 13 bestaat uit een jurisprudentieoverzicht omtrent de onzakelijke lening.³⁵¹ Belangrijke arresten omtrent de onzakelijke lening van de HR tot eind 2016 zijn in dit document opgenomen, alsmede een korte samenvatting van deze arresten. Dit document kan als een toevoeging aan het document “*Handvatten onzakelijke lening*”³⁵² gezien worden. Een interpretatie van deze jurisprudentie van de Belastingdienst wordt echter niet gegeven.

4.3.10 Analyse documenten 14 en 15

Documenten 14 en 15 bestaan uit PowerPointpresentaties.³⁵³ In deze PowerPointpresentaties wordt weer een korte samenvatting van jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening gegeven samen met praktijkvraagstukken, zonder antwoorden op deze vraagstukken weliswaar.

³⁴⁵ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

³⁴⁶ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

³⁴⁷ HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

³⁴⁸ HR 3 mei 2013 BNB 2013/170.

³⁴⁹ HR 3 mei 2013 BNB 2013/171.

³⁵⁰ HR 28 februari 2014 BNB 2014/98.

³⁵¹ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 43-46.

³⁵² Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 6-20.

³⁵³ Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133, p. 47-65.

4.4 Conclusie

Nadat in hoofdstuk 2 de ontwikkelingen van de onzakelijke lening jurisprudentie uiteengezet zijn en in hoofdstuk 3 de aspecten van de onzakelijke lening opzij behandeld zijn, is in hoofdstuk 4 de vraag behandeld of de manier waarop de Belastingdienst de onzakelijke lening behandelt in overeenstemming is met de jurisprudentie. Op 14 november 2017 heeft de Staatssecretaris gereageerd op een verzoek van 28 juli 2017 in het kader van de Wob 1991 inzake documenten, die betrekking hebben op de beoordeling of een bepaalde lening fiscaal als een onzakelijke c.q. bodemlozeputlening dient te worden aangemerkt. Bepaalde documenten zijn niet of slechts gedeeltelijk openbaar gemaakt onder verwijzing naar art. 10 en 11 Wob 1991.

Slechts op twee punten heb ik geconstateerd, dat de manier waarop de Belastingdienst de onzakelijke lening behandelt, niet in overeenstemming is met de jurisprudentie. Allereerst wordt in stap 3 van het memo “*Handvatten onzakelijke lening*” gesteld, dat op het moment dat sprake is van geen gelieerdheid of een gelieerdheid van minder dan 16%, een geldlening ondanks onzakelijke voorwaarden in beginsel als zakelijk beschouwd wordt. In BNB 2015/141³⁵⁴, na het verschijnen van het memo “*Handvatten onzakelijke lening*”, heeft de HR echter geoordeeld heeft dat ook sprake kan zijn van een onzakelijke lening op het moment dat de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij.

Ten tweede wordt verder in stap 3 zonder onderbouwing gesteld dat de Euribor-rente niet bruikbaar is voor de vaststelling van een zakelijke rente op een onzakelijke lening. In AW 08/1894³⁵⁵ is echter door de Rechtbank Arnhem geoordeeld dat een rente die een particuliere belegger kon bedingen, gelijk is aan de twaalf maanden Euribor plus 1.5% risico-opslag.

³⁵⁴ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

³⁵⁵ Rb. Arnhem 1 oktober 2009, AW 08/1894.

Hoofdstuk 5: Conclusie

In deze scriptie staat het onzakelijke lening leerstuk centraal. De afgelopen jaren is veel jurisprudentie ontstaan over de onzakelijke lening. Nog niet alle aspecten van de onzakelijke lening zijn echter uitgekristalliseerd. In het kader van de Wob 1991 zijn documenten die betrekking hebben op de beoordeling of een bepaalde lening fiscaal als onzakelijk geclassificeerd moet worden openbaar gemaakt. Hiermee is meer duidelijkheid ontstaan in welke gevallen de Belastingdienst een lening als zakelijk aanmerkt en in welke gevallen de Belastingdienst een lening als onzakelijk aanmerkt. De volgende probleemstelling stond in deze scriptie centraal:

In hoeverre is de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening uitgekristalliseerd en is het beleid van de Belastingdienst in lijn met deze jurisprudentie?

Om tot een conclusie te komen op de probleemstelling zijn deelvragen opgesteld. Deze deelvragen zijn in drie hoofdstukken uitgewerkt. In hoofdstuk 2 zijn de aspecten omtrent de onzakelijke lening, die uitgekristalliseerd zijn, behandeld. De deelvraag van hoofdstuk 2 is als volgt geformuleerd: *Hoe heeft de onzakelijke lening jurisprudentie zich ontwikkeld?*

Uit het Kaptische zeebodem-arrest is gebleken dat het terugbetalingsvereiste doorslaggevend is voor de kwalificatie civielrechtelijk eigen vermogen of vreemd vermogen. Op deze hoofdregel heeft de HR drie limitatieve gevallen, waarin de civielrechtelijke vorm niet doorslaggevend is, benoemd. Deze drie uitzonderingen zijn de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemloze-putlening. Wanneer een geldverstrekking onder één van de drie uitzonderingen valt, kwalificeert de geldverstrekking niet als lening, maar als kapitaal. Hierdoor wordt de lening geherkwalificeerd tot eigen vermogen met bijhorende fiscale eigenschappen. In 2008 heeft de HR het onzakelijke lening leerstuk geïntroduceerd. Volgens de HR is sprake van een onzakelijke lening wanneer geen rente of slechts een winstdelende rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest dezelfde lening te verstrekken. Voor de fiscale winstbepaling moet uit worden gegaan van leningscondities die zakelijk zijn. De rente op een onzakelijke lening wordt bepaald door middel van de borgstellingsanalogie.

Een gevolg van de onzakelijke lening is dat een eventueel afwaarderingsverlies van de lening bij de crediteur niet aftrekbaar is van de winst op basis van het totaalwinstbeginsel. De uitgaven dragen namelijk geen zakelijk karakter. Niet wordt toegekomen aan de deelnemingsvrijstelling. De afwaardering van een onzakelijke lening leidt nog niet tot het tenietgaan van de onzakelijke lening. Pas op het moment dat de oninbare vordering wordt kwijtgescholden of de vennootschap wordt geliquideerd, leidt dit tot een vermogensverschuiving. Bij de onzakelijke lening omhoog leidt deze vermogensverschuiving tot een onttrekking. Bij een onzakelijke lening omlaag is sprake van een

informele kapitaalstorting. Bij een onzakelijke TBS wordt de vermogensverschuiving eveneens als een informele kapitaalstorting aangemerkt. De verkrijgingsprijs van de ab-houder moet daarom met het bedrag van de kwijtschelding verhoogd worden.

In hoofdstuk 3 zijn de aspecten van de onzakelijke lening, die nog niet uitgekristalliseerd zijn, behandeld. De deelvraag die in hoofdstuk 3 centraal stond is: *Welke aspecten van de onzakelijke lening zijn nog niet uitgekristalliseerd en hoe moeten deze worden behandeld?* De aspecten van de onzakelijke lening opzij zijn nog niet uitgekristalliseerd. De visies van verschillende auteurs lopen op dit onderwerp uiteen. Ik onderschrijf de visie van Albert door de onzakelijke lening opzij als een variant binnen de categorie onzakelijke lening omhoog te zien. De uitwerking van een afwaardering van een onzakelijke lening opzij in de VPB-sfeer of in de IB-sfeer is naar mijn mening niet verschillend. Beide zijn op basis van het totaalwinstbeginsel van aftrek uitgesloten. Het teniet gaan van de onzakelijke lening opzij in de VPB-sfeer leidt, zo zie ik het, tot een verkapte dividenduitkering aan de gezamenlijke aandeelhouder, gevolgd door een informele kapitaalstorting in de debiteur. Het tenietgaan van de onzakelijke lening opzij in de IB-sfeer leidt in mijn optiek tot een winstuitdeling door crediteurvennootschap aan de aandeelhouder van de crediteurvennootschap en tot een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder van de debiteurvennootschap in de debiteurvennootschap. De oplossing van Heithuis, zijnde het onzakelijke lening verlies als liquidatieverlies in de VPB-sfeer dan wel als ab-verlies in de IB-sfeer in aftrek brengen, acht ik in de praktijk raadzaam wanneer het onzakelijke lening verlies effectief niet in aftrek gebracht kan worden.

Voor de volledigheid merk ik op dat ook nog niet duidelijk is hoe een valutaverlies op de onzakelijke lening geduid moet worden. Ik ben van mening dat het valutaverlies op gaat in de fiscale behandeling van het onzakelijke debiteurenrisico. Om deze reden acht ik een valutaverlies op een onzakelijke lening niet aftrekbaar.

In hoofdstuk 4 is het beleid van de Belastingdienst omtrent de onzakelijke lening aan bod gekomen. De deelvraag van hoofdstuk 4 luidde als volgt: *Is de manier waarop de Belastingdienst de onzakelijke lening behandelt in overeenstemming met deze jurisprudentie?* Het antwoord op deze deelvraag is ontkennend. Op 14 november 2017 heeft de Staatssecretaris gereageerd op een verzoek van 28 juli 2017 in het kader van de Wob 1991 inzake documenten die betrekking hebben op beoordeling of een bepaalde lening fiscaal als een onzakelijke lening c.q. bodemlozeputlening dient te worden aangemerkt. Op twee punten is geconstateerd dat de manier waarop de Belastingdienst de onzakelijke lening behandelt niet in overeenstemming is met de jurisprudentie. In het memo “*Handvatten onzakelijke lening*” wordt ten eerste gesteld dat wanneer sprake is van geen gelieerdheid of een gelieerdheid van minder dan 16%, een geldlening ondanks onzakelijke voorwaarden in beginsel als

zakelijk beschouwd moet worden. In BNB 2015/141³⁵⁶, na het verschijnen van het memo “*Handvatten onzakelijke lening*”, heeft de HR echter geoordeeld dat ook sprake kan zijn van een onzakelijke lening op het moment dat de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij.

Ten tweede wordt in het memo “*Handvatten onzakelijke lening*” gesteld dat de Euribor-rente niet bruikbaar is voor de vaststelling van een zakelijke rente op een onzakelijke lening. In AW 08/1894³⁵⁷ is echter door de Rechtbank Arnhem geoordeeld, dat een rente die een particuliere belegger kan bedingen, gelijk is aan de Euribor rente plus 1.5% risico-opslag. De Rechtbank acht de Euribor rente als basis voor de in rekening te brengen zakelijke rente aanvaardbaar.

Om terug te komen op de onderzoeksvraag: op het gebied van het tenietgaan van de onzakelijke lening opzij is de jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerd. Nog niet duidelijk is hoe het tenietgaan van de onzakelijke lening opzij geduid moet worden. De visies van de verschillende aan bod gekomen auteurs liggen op dit punt ook nog niet op één lijn. Ook is geconstateerd dat de manier waarop de Belastingdienst de onzakelijke lening behandelt op twee punten niet in overeenstemming is met de jurisprudentie.

Verder zou ik de aanbeveling willen doen tot het actualiseren van het besluit inzake het resultaat uit overige werkzaamheden. De publicatie dateert van 14 maart 2014. Daarnaast zou ik de aanbeveling willen doen het memo “*Handvatten onzakelijke lening*” te actualiseren. Dit document dateert van 4 februari 2015 en zie ik als het meest inhoudelijke document. De afgelopen jaren is veel nieuwe jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening ontstaan, zoals bijvoorbeeld BNB 2015/141³⁵⁸.

Actualisering zorgt voor een vollediger beleid en zou tot meer rechtszekerheid leiden. Tot slot zie ik actualisering van het memo “*Handvatten onzakelijke lening*” ook als een mogelijkheid om de in hoofdstuk 4 in twijfel getrokken standpunten en formuleringen te herzien.

³⁵⁶ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

³⁵⁷ Rb. Arnhem 1 oktober 2009, AW 08/1894.

³⁵⁸ HR 20 maart 2015 BNB 2015/141.

Literatuurlijst

Boeken

Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, 'Verhouding tussen goed koopmansgebruik en maatschappelijke aanvaardbare normen', Kluwer: Deventer 1992.

J.N. Bouwman, Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting (Fiscale geschriften), Amersfoort: Sdu 2002.

E.J.W. Heithuis en R.P. van de Dool, Compendium Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2010.

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

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

S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting 2.0.6.Ab, Deventer Kluwer 2009.

Tijdschriften

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

P.G.H. Albert, 'Afwaardering van een onzakelijke lening in de Wet VPB 1969', WFR 2011/1122.

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

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

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

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

J.H.M. Arts, Wat is zakelijk, WFR 2013/996.

J.H.M. Arts, De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening, WFR 2015/314; P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1.

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 & R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014-deel II', MBB 2014/06.

A.C.P. Bobeldijk, 'De gelieerdheid bij de onzakelijke lening; Hoge Raad, nr. 15/00942', NTFR Beschouwingen 2016/9.

A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden en L.A. van der Schakenraad, 'De onzakelijke lening anno 2018-deel I', MBB 2018/4-2.

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

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

R.P.F.M. Hafkenscheid, T.P. Akyürek, S. Kraan & R.Sterk, de onzakelijke lening en de zakelijke rente en debiteurenrisico, WFR 2016/129.

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

E.J.W Heithuis, 'Nogmaals de onzakelijke lening "opzij"', WFR 2014/451.

N.M. Ligthart, "De zakelijkheid van een onzakelijke lening", NTFR Beschouwingen 2008-37.

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

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

O.C.R. Marres, 'Afwaarderingsverlies op onzakelijke lening is niet aftrekbaar', FED 2012/20.

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

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

P.J.J.M. Peeters, 'De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1- openstaande rechtsvragen', WFR 2010/1510

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

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 30 december 1953, BNB 1954/61.

HR 3 november 1954, BNB 1954/357.

HR 31 december 1958, BNB 1959/67.

HR 18 februari 1959, BNB 1959/124

HR 24 juni 1964 BNB 1964/196.

HR 31 mei 1978 BNB 1978/252.

HR 9 maart 1983, BNB 1983/202.

HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

HR 11 maart 1988, BNB 1988/208.

HR 21 oktober 1992 BNB 1993/32.

HR 21 september 1994, BNB 1995/15.

HR 28 juni 1995, BNB 1995/271.

HR 4 september 1996 BNB 1997/42.

HR 5 februari 1997, BNB 1997/217.

HR 18 maart 1998, BNB 1998/159.

HR 17 februari 1999 BNB 1999/176.

HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364.

HR 8 maart 2002 BNB 2002/210.

HR 14 juni 2002 BNB 2002/290.

HR 12 juli 2002, BNB 2002/317.

HR 29 november 2002, NJ 2003/50.

HR 29 oktober 2004 BNB 2005/64.

HR 25 november 2005, BNB 2006/82.

HR 8 september 2006 BNB 2007/104.

HR 18 april 2008 BNB 2008/139.

HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD6431.

HR 25 november 2011, BNB 2012/37.

HR 25 november 2011 BNB 2012/38.

HR 25 november 2011, BNB 2012/78.

HR 25 november 2011, nr. 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BR4807.

HR 13 januari 2012, BNB 2012/79.

HR 9 maart 2012, BNB 2012/132.

HR 18 januari 2013, nr. 12/01108, V-N 2013/17.1.3, NTFR 2013/181.

HR 1 maart 2013 BNB 2013/148.

HR 15 maart 2013 BNB 2013/149.

HR 3 mei 2013 BNB 2013/170.

HR 3 mei 2013 BNB 2013/171.

HR 28 februari 2014 BNB 2014/98.

HR 26 september 2014, BNB 2015/12.

HR 17 oktober 2014, BNB 2015/13.

HR 20 maart 2015, BNB 2015/141.

HR 18 december 2015, BNB 2016/38.

HR 14 oktober 2016, BNB 2017/6.

HR 5 januari 2018, BNB 2018/60.

HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:291.

Gerechtshoven

Hof Arnhem 15 mei 2012, nr. 11/00673.

Hof Amsterdam 19 juli 2012, nr. 11/00311.

Hof Amsterdam, 26 september 2013, nr. 12/00336.

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, nr. 13/00479.

Hof Arnhem-Leeuwarden 18 november 2014, nr. 13/00256.

Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2015, nr. 14/00434.

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, nr. 14/01259.

Hof Den Haag 7 juni 2016, nr. 15/00293, NTFR 2016/1859, V-N 2016/44.10.

Rechtbanken

Rb. Arnhem 1 oktober 2009, AW 08/1894.

Rb. Breda 24 september 2012, nr. 11/798.

Rb. Oost-Nederland 31 januari 2013, nr. AWB 12/1730.

Rb. Noord-Nederland 24 september 2013, nr. AWB 12/1282.

Rb. Gelderland 31 juli 2014, nr. AWB 13/4321.

Overig

Stb, 1991, 703, van 31 oktober 1991, Wet openbaarheid van bestuur.

MvT, Kamerstukken I 2001/2002, 28 034, nr. 3, p. 21.

MvT, Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3, blz. 26.

Vakstudie Nieuws, Deelnemingsvrijstelling. Lening is deelnemerschapslening ondanks vaste looptijd en niet volledig winstafhankelijk, V-N 2005/58.19.

Stcrt. 2008, 243, van 1 december 2008.

Stcrt. 2013, 32854, van 26 november 2013, onderdeel 12 financieringstransacties, c.

Stcrt. 2014, 6643, van 14 maart 2014, onderdeel 13 over schuldvordering, onzakelijke lening en borgstelling.

Bijlage brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2017, nr. 2017-0000023352.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2017, nr. 2017-0000164133.

Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris wijst Wob-verzoek inzake onzakelijke lening/bodemlozeputlening gedeeltelijk toe, V-N 2017/60.11.