

# De blijvende fiscale puzzel genaamd: onzakelijke lening

Een onderzoek naar de plaats en afwikkeling  
van de onzakelijke lening binnen het  
wettelijke systeem van (on)zakelijke  
transacties



Naam student: M.T.W. van Dijk  
Studentnummer: 429845

Begeleider: Drs. M.H.M. Smeets  
Tweede beoordelaar: Mr. R.B.N. van Ovost

Datum definitieve versie: 29 februari 2019

## Inhoudsopgave

<b>HOOFDSTUK 1: INLEIDING .....</b>	<b>3</b>
1.1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK .....	3
1.2 PROBLEEMSTELLING EN AFBAKENING .....	5
1.2.1 <i>Probleemstelling</i> .....	5
1.2.2 <i>Deelvragen</i> .....	6
1.2.3 <i>Opzet en toetsing</i> .....	6
1.2.4 <i>Afbakening</i> .....	6
<b>HOOFDSTUK 2: HET WETTELIJKE SYSTEEM VAN FISCALE WINSTBEPALING .....</b>	<b>8</b>
2.1 INLEIDING .....	8
2.2 FISCALE WINSTBEPALING .....	8
2.2.1 <i>Onttrekkingen</i> .....	9
2.2.2 <i>Stortingen</i> .....	14
2.3 ZAKELIJKE TRANSACTIES VOOR DE WET VPB 1969 .....	16
2.4 DEELCONCLUSIE.....	17
<b>HOOFDSTUK 3: HET LEERSTUK VAN DE ONZAKELIJKE LENING .....</b>	<b>19</b>
3.1 INLEIDING .....	19
3.2 KAPITAAL KWALIFICATIES .....	19
3.3 ONZAKELIJKE LENING .....	21
3.3.1 <i>Het ontstaan van het leerstuk onzakelijke lening</i> .....	21
3.3.2 <i>Rol van het ‘at arm’s length’-beginsel</i> .....	22
3.3.3 <i>Omstandigheden waaronder de ODR-lening ontstaat</i> .....	23
3.3.4 <i>Gelieerdheid</i> .....	25
3.4 DEELCONCLUSIE.....	27
<b>HOOFDSTUK 4: WETTELIJKE SYSTEEM VAN ZAKELIJKE TRANSACTIES EN DE ODR-LENING .....</b>	<b>29</b>
4.1 INLEIDING .....	29
4.2 DE AFWIKKELING VAN DE ODR-LENING ‘OMLAAG’ EN ‘OMHOOG’ BINNEN HET SYSTEEM VAN ZAKELIJKE TRANSACTIES .....	29
4.2.1 <i>Het tweede moment: informele kapitaalstortingen en verkapte dividenden</i> .....	29
4.2.2 <i>Onzakelijke lening ‘omlaag’</i> .....	33
4.2.3 <i>Onzakelijke lening ‘omhoog’</i> .....	35
4.2.4 <i>Het eerste moment: Onttrekking bij de crediteur ‘omhoog’ en ‘omlaag’</i> .....	36
4.3 DE AFWIKKELING VAN DE ODR-LENING ‘OPZIJ’ BINNEN HET SYSTEEM VAN ZAKELIJKE TRANSACTIES .....	38
4.4 DEELCONCLUSIE.....	43
<b>HOOFDSTUK 5: CONCLUSIE .....</b>	<b>45</b>
<b>LITERATUURLIJST .....</b>	<b>49</b>
<b>JURISPRUDENTIELIJST .....</b>	<b>52</b>

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1 Aanleiding tot het onderzoek

De fiscale winst wordt voor de inkomstenbelasting bepaald aan de hand van het totaalwinstbeginsel van artikel 3.8 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001), dat door middel van de schakelbepaling van artikel 8 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet VPB 1969) ook doorwerkt in de vennootschapsbelasting. Op basis van dit beginsel wordt de fiscale winst bepaald door middel van vermogensvergelijking van het begin- en eindvermogen van de onderneming. Daarbij dient gecorrigeerd te worden voor de vermogensmutaties die zijn ingegeven door kapitaalstortingen en onttrekkingen, welke geen invloed op de fiscale winst mogen uitoefenen.<sup>1</sup>

Voor de bepaling van de fiscale winst moet eveneens worden geabstraheerd van onzakelijke transacties.<sup>2</sup> In principe valt de beoordeling van de zakelijkheid van een uitgave louter binnen de bevoegdheden van de ondernemer.<sup>3</sup> Blijkt daarentegen dat uitgaven zijn gedaan welke een redelijk denkend ondernemer niet zou hebben gedaan omdat de uitgaven in een zodanige wanverhouding staan tot het nut dat zij opleveren voor gegeven ondernemingsdoelen, dan zijn de meerkosten niet-afteikbaar.<sup>4</sup> Voor de vennootschapsbelasting heeft bovendien te gelden dat uitgaven die zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder een zakelijk karakter ontberen en derhalve niet in aftrek komen.<sup>5</sup> In dergelijke gevallen wordt door middel van een onttrekking of een winstuitdeling de fiscale winst gecorrigeerd tot zakelijke condities.<sup>6</sup> Wanneer een voordeel aan een vennootschap uit hoofde van het aandeelhouderschap worden toegekend, waarbij de aandeelhouder dit voordeel niet zou laten toevloeien aan een onafhankelijk derde, dient door middel van een storting het fiscale resultaat gecorrigeerd te worden.<sup>7</sup> Wordt daarentegen vermogen onttrokken uit de vennootschap, dan dient door middel van een onttrekking of een winstuitdeling gecorrigeerd te worden voor de fiscale winst. In de literatuur bestaat controverse omtrent de vraag of thans een winstuitdeling en een onttrekking verschillend zijn en een andere functie vervullen ter correctie van de fiscale winst.<sup>8</sup>

Voorts moet voor de bepaling van het fiscale resultaat onderscheid worden gemaakt tussen het verstrekken van eigen en vreemd vermogen. Voor de vennootschapsbelasting geldt dat de rentevergoeding op vreemd vermogen, renteaftrekbepalingen daargelaten, aftrekbaar is voor

---

<sup>1</sup> Van den Dool e.a. 2017, p. 46-47; Heithuis, Kavelaars & Schuver 2017, p. 108.

<sup>2</sup> Van den Dool e.a. 2017, p. 85.

<sup>3</sup> HR 5 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1955:AY2564, *BNB* 1955/348.

<sup>4</sup> HR 9 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8960, *BNB* 1983/202.

<sup>5</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AB2865, *BNB* 2002/290, r.o. 3.3.

<sup>6</sup> Van den Dool e.a. 2017, p. 55-58; Elsweyer & Stevens 2019, p. 92-94.

<sup>7</sup> HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, *BNB* 1957/165.

<sup>8</sup> Zie onder andere: Spieker, *WFR* 2008/1103; Albert, *BNB* 2008/139; Hemels, *NTFR* 2008/761; De Beer, *MBB* 2008/12-04; Bouwman, *TFO* 2016/144.1; Vermeulen, CB 2020/Vpb.2.0.5.A.d4.

het vennootschappelijke resultaat, terwijl de dividendvergoeding op kapitaal niet-afrekbaar is.<sup>9</sup> Bovendien vallen in vennootschappelijke betrekkingen de vermogensmutaties op kapitaal doorgaans onder de werking van de deelnemingsvrijstelling, waardoor de voor- en nadelen zijn vrijgesteld voor de bepaling van de vennootschappelijk winst.<sup>10</sup> Daarentegen zijn vermogensmutaties op vreemd vermogen, behoudens afrekbeperkingen, wel van invloed voor de vennootschappelijke winst. Zodoende zijn waardedalingen op vreemd vermogen doorgaans afrekbaar en die op kapitaal doorgaans niet.<sup>11</sup>

In dat verband is het van belang de vraag te stellen wanneer sprake is van eigen of vreemd vermogen in fiscalibus. Daartoe is de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking van doorslaggevend belang.<sup>12</sup> Daarbij is voor de kwalificatie van een geldverstrekking als civielrechtelijke lening van belang dat een terugbetalingsverplichting bestaat.<sup>13</sup> Op deze regel bestaan daarentegen drie uitzonderingen waarin een naar de civielrechtelijke vorm ogenschijnlijke lening wordt geherkwalificeerd tot kapitaal voor fiscale doeleinden. Een dergelijke herkwalificatie kan plaatsvinden in het geval:

- naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen (hierna: schijnlening);
- de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar (hierna: deelnemerschapslening);
- of voor de geldverstrekker reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat geen waarde toekomt aan de lening omdat de lening niet (geheel) zal worden terugbetaald (hierna: bodemlozeputlening).<sup>14</sup>

De herkwalificatie brengt met zich mee dat de geldverstrekkingen in de kapitaalsfeer tussen crediteur en debiteur zijn gelegen, met het gevolg dat de voor- en nadelen op de geldverstrekking niet meer in aftrek kunnen worden gebracht.<sup>15</sup>

Voor deze fiscale herkwalificatie van vreemd vermogen vormt de onzakelijke lening een bijzondere categorie. De onzakelijke lening wordt namelijk beschouwd als een geldverstrekking onder zodanige voorwaarden dat daarbij een onzakelijk debiteurenrisico wordt gelopen, welk debiteurenrisico door de geldverstrekker is aanvaard met de bedoeling het belang van de schuldenaar te dienen.<sup>16</sup> Daarbij speelt slechts het onzakelijke debiteurenrisico zich af in de kapitaalsfeer, en blijft de geldverstrekking kwalificeren als lening. De onzakelijke lening onderscheidt zich derhalve van de deelnemerschapslening, bodemlozeputlening en de

---

<sup>9</sup> Van den Dool e.a. 2017, p. 46-47.

<sup>10</sup> Is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing, dan worden de voor- en nadelen op eigen vermogen gerekend tot de winst van de vennootschap aandeelhouder of de IB-onderneming van de natuurlijk persoon aandeelhouder. Anderszins, worden deze voor- en nadelen tot het inkomen gerekend van de aandeelhouder natuurlijk persoon.

<sup>11</sup> Elswelier & Stevens 2019, p. 74.

<sup>12</sup> HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, r.o. 4.2.

<sup>13</sup> HR 8 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, *BNB* 2007/104, r.o. 3.4.

<sup>14</sup> HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, r.o. 4.3-4.4.

<sup>15</sup> Van den Dool e.a. 2017, p. 113-119; Elswelier & Stevens 2019, p. 77-82.

<sup>16</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191, r.o. 3.4.

schijnlening, welke wel worden geherkwalificeerd tot fiscaal kapitaal.<sup>17</sup> Omdat het onzakelijke debiteurenrisico zich afspeelt in de kapitaalsfeer behoren de resultaten hierop niet tot het ondernemingsresultaat, wat met zich meebrengt dat een verlies op de geldverstrekking niet-aftrekbaar is.<sup>18</sup> In de literatuur bestaat evenwel discussie over de vraag hoe een dergelijk verlies voor de fiscale winst wordt gecorrigeerd en op welk moment een dergelijke correctie plaatsvindt.<sup>19</sup>

Als uitgangspunt voor het totaalwinstbeginsel heeft te gelden dat onzakelijke transacties dienen te worden gecorrigeerd. Daarentegen blijven, ondanks het onzakelijke karakter, de rentekosten op een onzakelijke lening aftrekbaar gedurende het bestaan van de lening.<sup>20</sup> Volgens de Hoge Raad blijven namelijk de verplichting tot rentebetaling en aflossing van de lening aanwezig tot het moment dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting kan voldoen. Daarbij geeft de Hoge Raad expliciet aan dat het moment van de informele kapitaalstorting (onzakelijke lening ‘omlaag’) of verkapte dividenduitdeling (onzakelijke lening ‘omhoog’), ter correctie van de fiscale winst, nog niet plaatsvindt op het moment van afwaardering van de lening. In het geval van kwijtschelding van de vordering of bij liquidatie van de vennootschap, zal volgens de Hoge Raad sprake zijn van het niet meer voldoen aan de aflossingsverplichting door de debiteur.<sup>21</sup> Daarentegen bestaat in de literatuur eveneens discussie omtrent de constatering van het moment dat niet meer wordt voldaan aan de aflossingsverplichting. Het is vooralsnog onduidelijk of dit moment ontstaat zodra de lening formeel wordt kwijtgescholden of al indien materieel vaststaat dat niet meer zal worden betaald.<sup>22</sup>

## 1.2 Probleemstelling en afbakening

Ondanks de arresten van de Hoge Raad die het leerstuk van de onzakelijke lening hebben gecreëerd en verduidelijkt, bestaat discussie rondom de implicaties en afwikkeling van de onzakelijke lening. In dit onderzoek wil ik daarom verhelderen hoe de transacties ten aanzien van de onzakelijke lening dienen te worden gekwalificeerd. Daarbij wordt ingegaan op de vraag hoe de onzakelijke lening zich verhoudt binnen het huidige wettelijke systeem. Aan de hand van literatuuronderzoek wil ik onderzoeken wat de onzakelijke lening inhoudt en hoe zij in het systeem van (on)zakelijke transacties dient te worden gezien. Daartoe heb ik de volgende probleemstelling geformuleerd:

### 1.2.1 Probleemstelling

*Hoe verhoudt de onzakelijke lening zich anno 2020 in het wettelijke systeem van onzakelijke transacties?*

---

<sup>17</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.2.

<sup>18</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.3.

<sup>19</sup> Zie onder andere: Arts 2018, p. 117-118; Bavinck, *WFR* 2018/9; Bruins Slot, *WFR* 2018/51; Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, *MBB* 2018/4; Concl. A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018.

<sup>20</sup> Van den Dool e.a. 2017, p. 128-129.

<sup>21</sup> HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, *BNB* 2014/98, r.o. 3.3.4.3.

<sup>22</sup> Bavinck, *WFR* 2018/9; Heithuis, *WFR* 2018/46; Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, *MBB* 2018/4; Rijkers, *CB* 2019/IB.3.4.4.C.b; Elsweyer & Stevens 2019, p. 88-89.

Om deze probleemstelling te kunnen beantwoorden heb ik de volgende deelvragen opgesteld:

### **1.2.2 Deelvragen**

- 1. Wat zijn (on)zakelijke transacties?*
- 2. Wanneer is sprake van een onzakelijke lening?*
- 3. Wat zijn de gevolgen van de afwikkeling van de onzakelijk lening voor de fiscale winstbepaling?*

### **1.2.3 Opzet en toetsing**

Aan de hand van deze deelvragen wordt de probleemstelling beantwoord. Daartoe wordt allereerst in hoofdstuk 2 ingegaan op het wettelijke systeem van fiscale winstbepaling, wanneer sprake is van onzakelijkheid en de correctie van onzakelijke transacties voor deze winstbepaling. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op de vraag wat de onzakelijke lening inhoudt en hoe en tussen wie zij tot stand komt. In hoofdstuk 4 schets ik vervolgens de implicaties die de afwikkeling van de onzakelijke lening met zich meebrengt. In dat hoofdstuk ga ik in op de vraag hoe de onzakelijke lening binnen het wettelijke systeem van fiscale winstbepaling dient te worden gecorrigeerd wanneer zij wordt afgewikkeld en komt te vervallen. In hoofdstuk 5 sluit ik af met de conclusie waarin ik een antwoord op de gestelde hoofdvraag formuleer.

Ter toetsing van de derde deelvraag en de hoofdvraag zal het wettelijke systeem van (on)zakelijke transacties, zoals neergezet in deelvraag één, worden gebruikt als toetsingskader. Daartoe wordt het leerstuk van de onzakelijke lening beschouwd vanuit dit wettelijke systeem van (on)zakelijke transacties. Uiteindelijk wordt geconcludeerd of de onzakelijke lening binnen het huidige wettelijke systeem past, of dat zij een bijzondere categorie binnen dit wettelijke systeem vormt.

### **1.2.4 Afbakening**

In dit onderzoek wordt de onzakelijke lening geanalyseerd uit hoofde van vennootschappelijke relaties. Relaties waar geen vennootschappen bij betrokken zijn, worden derhalve niet behandeld. Daarbij wordt tevens niet diep ingegaan op de schijn-, deelnemerschaps- en bodemlozeputlening, die voor fiscale doeleinden dienen te worden geherkwalificeerd tot fiscaal kapitaal. Ten aanzien van het wettelijke systeem van (on)zakelijke transacties wordt ingegaan op de kwalificaties van (on)zakelijke transacties welke relevant zijn voor de behandeling van de onzakelijke lening in vennootschappelijke relaties. Derhalve zullen de begrippen: onttrekkingen, stortingen en zakelijkheid worden behandeld zoals deze worden gehanteerd in de vennootschapsbelasting. Tenzij hier expliciet naar verwezen wordt, wordt niet ingegaan op de consequenties van deze begrippen voor de belastingplichtigen in de Wet IB 2001 en de beperkt belastingplichtigen voor de Wet VPB 1969. Voor wat betreft het ‘at arm’s length’-beginsel wordt niet ingegaan op de nuanceverschillen vanuit nationaal en internationaal perspectief, voor zover dat niet ziet op de onzakelijke lening. Voorts wordt geabstraheerd van

de problematiek rondom de nationale en internationale verwerking van de rentevergoeding rondom de onzakelijke lening.

## Hoofdstuk 2: Het wettelijke systeem van fiscale winstbepaling

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet hoe het wettelijke systeem van zakelijke transacties voor de Wet VPB 1969 in elkaar steekt. Voor de beantwoording van de vraag wat zakelijke uitgaven zijn, is het noodzakelijk uiteen te zetten wat het totaalwinstbeginsel inhoudt en hoe het systeem van de totaalwinst werkt. Daartoe besteed ik allereerst in paragraaf 2.2 aandacht aan de fiscale winstbepaling voor de vennootschapsbelasting. Vervolgens ga ik in paragraaf 2.3 in op de vraag hoe het begrip zakelijk dient te worden uitgelegd voor de vennootschapsbelasting, waarna dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

### 2.2 Fiscale Winstbepaling

De wettelijke basis voor de bepaling van de fiscale winst voor de Wet VPB 1969 ligt in artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969. Dit artikel vormt een schakelbepaling die verwijst naar de winstbepalingsregels van de Wet IB 2001. Als uitgangspunt voor de fiscale winstbepaling voor de vennootschapsbelasting geldt conform artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 de totaalwinstbepaling van artikel 3.8 wet IB 2001. Dit totaalwinstbegrip wordt in artikel 3.8 Wet IB 2001 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 begrip voordelen dient te worden geïnterpreteerd als zijnde het saldo van opbrengsten en kosten, waardoor ook nadelen onder het totaalwinstbegrip vallen.<sup>23</sup> Daarbij is het van belang om een onderscheid te maken tussen de voor- en nadelen die opkomen binnen of buiten de ondernemings sfeer. De voor- en nadelen die binnen de ondernemings sfeer opkomen behoren wel tot de fiscale winst, terwijl de voor- en nadelen buiten de ondernemings sfeer niet tot de fiscale winst behoren.<sup>24</sup> Voor de totaalwinst dienen de voor- en nadelen te worden beoordeeld naar de totale periode waarin de belastingplichtige de onderneming drijft. Zodoende ziet de totaalwinst op de omvang van de winst die of het verlies dat is gerealiseerd gedurende de totale bestaansperiode van de onderneming.<sup>25</sup>

Er bestaan twee methoden om de totaalwinst te kunnen berekenen. Aan de ene kant kan de totaalwinst worden berekend door middel van een winst- en verliesrekening die betrekking heeft op de gehele bestaansduur van de onderneming, en aan de andere kant kan deze berekening geschieden via een vermogensvergelijking.<sup>26</sup> Voor de vermogensvergelijking geldt

---

<sup>23</sup> HR 9 januari 1980, ECLI:NL:PHR:1980:AX0084, *BNB* 1980/49.

<sup>24</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 52.

<sup>25</sup> Heithuis, Kavelaars & Schuver 2017, p. 91.

<sup>26</sup> Heithuis, Kavelaars & Schuver 2017, p. 92.



als uitgangspunt dat elk genoten voordeel een vermogensvoortgang vormt. Het verschil tussen het begin- en eindvermogen van een onderneming vormt zodoende de fiscale totaalwinst. Daarbij dient dit verschil tussen begin- en eindvermogen te worden gecorrigeerd voor stortingen en onttrekking die zijn gedaan gedurende het bestaan van de onderneming.

### 2.2.1 Onttrekkingen

Een omschrijving van het begrip onttrekkingen komt sinds de invoering van de Wet belastingherziening 1950 niet meer voor in de fiscale wetgeving. Het begrip onttrekkingen werd in artikel 9 lid 2 Besluit IB 1941, zoals dat luidde vóór de invoering van de Wet belastingherziening 1950, omschreven. als:

*“Geld en alle andere zaken in de loop van het boekjaar door de eigenaar of door een medegerechtigde tot het bedrijfs- of beroepsvermogen aan hetzelfde worden onttrokken voor doeleinden, aan het bedrijf of beroep vreemd, met name ook voor particulier verbruik.”*

Ondanks het verdwijnen van de definitie van onttrekkingen in de Wet belastingherziening 1950 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de definitie van onttrekkingen, zoals deze werd gebezigd in het Besluit IB 1941, van toepassing bleef.<sup>27</sup> Bij de invoering van de wet IB 1964 en de Wet IB 2001, heeft de wetgever aangegeven geen materiële verandering van het winstbegrip te beogen.<sup>28</sup> Naar de mening van Lohuis dient de definitie van onttrekkingen voor de Wet inkomstenbelasting 2001 nog steeds conform deze omschrijving te worden geïnterpreteerd.<sup>29</sup>

Voor de Wet VPB 1969 dient dit begrip met enkele nuances op eenzelfde manier te worden geïnterpreteerd. De Leidraad bij de Vennootschapsbelasting en Vermogensbelasting 1942 (hierna: Leidraad VPB 1942) geeft aan dat in de regel een uitdeling de plaats inneemt, welke in de inkomstenbelasting wordt ingenomen door de onttrekkingen. Volgens de Leidraad VPB 1942 kan immers in de meeste gevallen voor de vennootschapsbelasting geen sprake zijn van het onttrekken van bedrijfsvermogen naar het privévermogen.<sup>30</sup> Daarbij wordt met de zinsnede: *“...in de meeste gevallen...”* bedoeld op de thans geldende fictie voor de onbeperkt belastingplichtige lichamen van artikel 2 Wet VPB 1969, dat alle vermogensbestanddelen krachtens de fictie van artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 (destijds artikel 2 leden 1 en 2 in samenhang met artikel 8 Besluit VPB 1942) ondernemingsvermogen vormen.<sup>31</sup>

Voor de onbeperkt belastingplichtigen lichamen komt het volgens de Leidraad VPB 1942 in de regel op aan wat het lichaam *“...aan anderen uitdeelt...”*. Hoogendoorn geeft aan dat voor de

---

<sup>27</sup> HR 17 maart 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2831, BNB 1954/130.

<sup>28</sup> Meussen, *TFO* 1995/136, par 2; *Kamerstukken II* 1998/1999, 26727, 3, p. 100.

<sup>29</sup> Lohuis, *FED* 2004/106, par. 4. Op eenzelfde manier beschreven door: Bouwman, *TFO* 2016/144.1, par. 4.2.1; Vermeulen, *CB* 2019/Vpb.2.0.5.A.a, p.1.

<sup>30</sup> Par. 8.6 Leidraad bij de Vennootschapsbelasting en Vermogensbelasting 1942.

<sup>31</sup> Immers, voor beperkt belastingplichtigen geldt niet de fictie van art. 2 lid 5 Wet VPB, waardoor het begrip onttrekking zoals dat geldt voor de inkomstenbelasting kan worden overgenomen. Zie ook: Van den Dool, e.a. 2017, p. 54; Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.b, p.1.

invulling van het begrip onttrekkingen voor de vennootschapsbelasting de term “*anderen*” onder meer aandeelhouders, leden, deelnemers en met deze categorieën gelijk te stellen nauw bij de onderneming betrokkenen omvat. Waar voor de sfeer van inkomstenbelasting sprake is van het onttrekken van ondernemingsvermogen voor privédoeleinden, dient voor de sfeer van de vennootschapsbelasting gesproken te worden van onttrekkingen ten behoeve van deze groep ‘*anderen*’. Onbeperkt belastingplichtige lichamen kennen immers geen privé sfeer ten behoeve waarvan ondernemingsvermogen kan worden onttrokken.<sup>32</sup>

Voor de definitie van onttrekkingen voor de onbeperkt belastingplichtigen in de vennootschapsbelasting treden, aldus de Leidraad VPB 1942, uitdelingen in de plaats, welke bij inkomstenbelasting wordt ingenomen door onttrekkingen.<sup>33</sup> Daarentegen dient volgens de Leidraad VPB 1942 wel onderscheid te worden tussen deze groep onttrekkingen met terugbetalingen van kapitaal en de met onttrekkingen gelijkgestelde transacties van artikel 10 Wet VPB 1969 (destijds artikel 14 Besluit VPB 1942) welke geen uitdelingen van winst vormen.<sup>34</sup> Het bestaan van verschillende categorieën onttrekkingen voor de vennootschapsbelasting brengt met zich dat voor het begrip onttrekkingen voor de vennootschapsbelasting niet, zo eenvoudigweg als de Leidraad VPB 1942 dat stelt, de term uitdelingen in de plaats kan nemen van onttrekkingen voor de inkomstenbelasting. Zo bestaan volgens Hogendoorn binnen het systeem van de vennootschapsbelasting onttrekkingen die niet tevens uitdelingen vormen, maar ook niet onder de uitzondering van artikel 10 wet VPB 1969 vallen.<sup>35</sup>

Voor de interpretatie van de door Hogendoorn aangeduide categorie onttrekkingen is het allereerst noodzakelijk het begrip winstuitdeling te definiëren. De Hoge Raad omschrijft een winstuitdeling in zijn arrest van 18 februari 1959 als volgt:

*“...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.”*<sup>36</sup>

Voor de winstuitdeling is tevens van belang dat sprake moet zijn van een bevoordeling van het lichaam aan de aandeelhouder en dat deze aandeelhouder dit voordeel heeft willen aanvaarden.<sup>37</sup> Daarbij staat de bedoeling van beide partijen omtrent de uitkering centraal in de kwalificatie van winstuitdeling.<sup>38</sup> Bovendien dient voor de kwalificatie van winstuitdeling te zijn voldaan aan het door de Hoge Raad in zijn arrest van 15 mei 1985 geformuleerde dubbele bewustzijns criterium; het lichaam heeft de aandeelhouder willen bevoordelen, waarvan deze

---

<sup>32</sup> Hogendoorn, *BNB* 1995/15, par. 1; Op eenzelfde manier beschreven door: Vermeulen, *CB* 2019/Vpb.2.0.5.E.e4, p.1.

<sup>33</sup> Par. 8.6 Leidraad bij de Vennootschapsbelasting en Vermogensbelasting 1942.

<sup>34</sup> Par. 8.6 Leidraad bij de Vennootschapsbelasting en Vermogensbelasting 1942.

<sup>35</sup> Hogendoorn, *BNB* 1995/15, par. 1.

<sup>36</sup> HR 18 februari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0777, *BNB* 1959/124.

<sup>37</sup> HR 30 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY2769, *BNB* 1954/61.

<sup>38</sup> Hofstra, *BNB* 1954/61.

zich tevens bewust is geweest of redelijkerwijs bewust had moeten zijn.<sup>39</sup> Wanneer een lichaam een aandeelhouder bevoordeelt met de wederzijdse bedoeling en de redelijke bewustheid deze bevoordeling te doen plaatsvinden, zal in de regel sprake zijn van een winstuitdeling.<sup>40</sup> Hoogendoorn merkt daarbij op dat, naar zijn mening, bij het ontbreken van het geobjectiveerde bewustzijn geen sprake kan zijn van een winstuitdeling doch wel van een onttrekking.

De Vries en Sillevius noemen in dat verband het *Cessna-arrest*.<sup>41</sup> Volgens hen zijn kosten welke zijn gebaseerd op zakelijke uitgaven die boven het gedeelte uitgaan van wat een redelijk denkend ondernemer zou uitgeven, aan te merken als een onttrekking omdat het uitgaven zijn vreemd aan de (redelijke) ondernemingsuitoefening. Daarbij merken De Vries en Sillevius op dat in het geval deze onttrekking had plaatsgevonden in de sfeer van de vennootschapsbelasting, sprake is van een onttrekking, maar geen winstuitdeling. Zij zijn van mening dat het onredelijke gedeelte van de kosten kwalificeert als een bedrijfsvreemde uitgave, maar dat niet aan het dubbele bewustzijns criterium voor de kwalificatie van een winstuitdeling is voldaan. Er is in dat geval namelijk geen sprake van het willen bevoordelen van de aandeelhouder of de bewustheid daarvan bij de aandeelhouder. Naar de mening van De Vries en Sillevius kan derhalve geen sprake zijn van een winstuitdeling, maar wel van een onttrekking.<sup>42</sup> In het geval de dubbele bewustheid tussen de aandeelhouder en het lichaam omtrent de bevoordeling in de door De Vries en Sillevius geschetste situatie ontbreekt, sluit ook Hoogendoorn zich aan bij hun standpunt. In dat geval is volgens Hoogendoorn ook sprake van een onttrekking, niet zijnde een winstuitdeling.<sup>43</sup>

Als uitgangspunt heeft te gelden dat degene die stelt dat sprake is van een winstuitdeling, de vereisten hiervoor dient te bewijzen.<sup>44</sup> Daarbij heeft volgens het arrest van de Hoge Raad van 21 september 1994 (*BNB 1995/16*) evenwel te gelden dat een uitgave van een lichaam, waar geen tegenprestatie tegenover staat, slechts tot het ondernemingsresultaat kan worden gerekend indien aannemelijk wordt gemaakt dat de uitgave ten behoeve van die onderneming is gedaan.<sup>45</sup> Wanneer de belastingplichtige hier niet in slaagt heeft dit als gevolg dat de uitgave geen zakelijk karakter draagt. In dat geval komt deze uitgave niet ten laste van de winst ondanks het feit dat niet is vastgesteld dat die uitgave aan een aandeelhouder ten goede is gekomen.<sup>46</sup>

De doctrine van het *Cessna-arrest* is volgens Van den Dool e.a. tevens van toepassing verklaard voor de vennootschapsbelasting in het arrest *BNB 1995/15*.<sup>47</sup> De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 juni 2002 (*Renpaarden-arrest*) deze doctrine ten aanzien van de toepassing voor de Wet VPB 1969 wel genuanceerd:

---

<sup>39</sup> HR 15 mei 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AW8273, *BNB 1985/271*, r.o. 4.3

<sup>40</sup> Hoogendoorn, *BNB 1995/15*, par. 1.

<sup>41</sup> De Vries & Sillevius 1990, p. 152; en *Cessna arrest*: HR 9 maart 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AW8960, *BNB 1983/202*.

<sup>42</sup> De Vries & Sillevius 1990, p. 152.

<sup>43</sup> Hoogendoorn, *BNB 1995/15*, par. 1.

<sup>44</sup> Bouwman, *TFO 2016/144.1*, par. 4.2.2

<sup>45</sup> HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, *BNB 1995/16*, r.o. 3.2.

<sup>46</sup> HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, *BNB 1995/16*, r.o. 3.3.

<sup>47</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 54. Herhaald in HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI78710, *BNB 2002/210*.

*“...ontberen door een vennootschap gedane uitgaven slechts dan een zakelijk karakter – en kunnen zij derhalve niet ten laste van de winst worden gebracht – indien en voor zover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder(s).”<sup>48</sup>*

Meussen geeft in de annotatie bij het arrest aan dat de Hoge Raad met deze rechtsoverweging duidelijk aan dat voor onbeperkt belastingplichtige lichamen, naast teruggave van kapitaal en belastingbetalingen, geen andere onttrekkingen denkbaar zijn dan winstuitdelingen van artikel 10 Wet VPB 1969. Meussen geeft daarbij aan dat met het *Renpaarden-arrest* de Hoge Raad het begrip onttrekkingen duidelijk heeft begrensd tot terugbetalingen van kapitaal en winstuitdelingen.<sup>49</sup> Daarmee is volgens Meussen het onderscheid tussen onttrekkingen en winstuitdelingen dat kon worden afgeleid uit *BNB 1995/15* verleden tijd. Evenwel vraagt Meussen zich af hoe het arrest *BNB 1995/16* zich ten aanzien van winstuitdelingen verhoudt tot het *Renpaarden-arrest*. Naar zijn mening blijft het arrest *BNB 1995/16* ook na het gewezen *Renpaarden-arrest* geldingskracht hebben. Daarbij dient volgens hem de verhouding tussen *BNB 1995/16* en winstuitdelingen als volgt te worden uitgelegd:

*“Het begrip onttrekkingen is voor de vennootschapsbelasting in mijn optiek te vereenzelvigen met de vermomde uitdeling van winst, zij het dat in extreme situaties van apert onzakelijke uitgaven de inspecteur voor de constatering van een onttrekking in de vennootschapsbelastingsfeer de aandeelhoudersrelatie niet meer hoeft aan te tonen.”<sup>50</sup>*

Bouwman geeft net als Meussen aan dat het arrest *BNB 1995/15* naar zijn mening geen geldingskracht meer heeft door het meer recente *Renpaarden-arrest*.<sup>51</sup> Net als Meussen heeft ook Bouwman zijn bedenken omtrent de toepassing van *BNB 1995/16*. Hij vraagt zich af waarom de Hoge Raad terugkomt op *BNB 1995/15*, maar niet op *BNB 1995/16* waar ook niet vast stond dat uitgaven ten goede kwamen aan een aandeelhouder. Naar de mening van Bouwman blijft de Hoge Raad betrekkelijk vaag omtrent de consequenties van *BNB 1995/16* ten aanzien van het begrip onttrekkingen. Bovendien roept Bouwman de Hoge Raad op de positie van het *Cessna-arrest* in de vennootschapsbelasting te verduidelijken.<sup>52</sup>

Vermeulen meent dat de uit het *Cessna-arrest* en *BNB 1995/15* voortvloeiende implicatie van het bestaan van een type onttrekking welke enerzijds de winst van het lichaam niet beïnvloedt maar anderzijds geen uitdeling aan de aandeelhouder inhoudt, door het *Renpaarden-arrest* niet meer houdbaar is. Daarentegen is Vermeulen van mening dat de Hoge Raad met het *Renpaarden-arrest* de bedoeling van *BNB 1995/15* verduidelijkt, maar niet expliciet afstand doet van dit arrest. Hij is derhalve van mening dat het arrest *BNB 1995/15*, net als *BNB 1995/16*, ten aanzien van het gevolgde beslispatroon nog recht overeind staat. Daarentegen sluit hij niet uit dat de Hoge Raad thans in een gelijklopende casus als die van *BNB 1995/15* tot een andere

---

<sup>48</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, *BNB 2002/290*, r.o. 3.3.

<sup>49</sup> Meussen, *BNB 2002/290*, par. 3.

<sup>50</sup> Meussen, *BNB 2002/290*, par. 5.

<sup>51</sup> Bouwman, *TFO 2016/144.1*, par. 6.

<sup>52</sup> Bouwman, *TFO 2016/144.1*, par. 6.

uitkomst zou komen. Vermeulen concludeert dat thans geen sprake meer kan zijn van een onzakelijke uitgave die niet ter bevrediging van de persoonlijke behoefte van de aandeelhouders dient. Hij duidt daarbij op het belang van *BNB 1995/15* en *BNB 1995/16* als handvatten ter verdeling van de bewijslast in het kader van de winstbepaling voor de vennootschapsbelasting.<sup>53</sup> Vermeulen neemt ter verduidelijking van de rol van deze arresten het volgende standpunt in:

*“Op die manier kunnen evident onzakelijke uitgaven (BNB 1995/15) alsmede uitgaven waarop ieder zicht is ontnomen (BNB 1995/16) door de inspecteur worden gecorrigeerd zonder dat hij zich hoeft te begeven in de vraag of de desbetreffende bedragen aan aandeelhouders als zodanig ten goede zijn gekomen. Wordt echter het zakelijke motief van de uitgaven voldoende aannemelijk gemaakt, dan ligt de bewijslast weer bij de inspecteur teneinde aannemelijk te maken dat een deel van de uitgaven is gedaan met het oog op de bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder.”*<sup>54</sup>

Naar de mening van Vermeulen is ondanks de doctrine van het *Renpaarden*-arrest de inspecteur bij het constateren van een onttrekking niet automatisch gehouden te bewijzen dat tevens sprake is van een winstuitdeling.<sup>55</sup>

In het arrest van 18 april 2008 (*Bentley*-arrest) herhaalt de Hoge Raad de doctrine van het *Renpaarden*arrest, maar geeft hij geen expliciete verduidelijking van de manier waarop de arresten *Cessna*, *BNB 1995/15* en *BNB 1995/16* dienen te worden geïnterpreteerd.<sup>56</sup> Albert geeft in zijn noot bij het *Bentley*-arrest aan dat volgens de Hoge Raad het *Cessna*-arrest voor de vennootschapsbelasting geen betekenis heeft.<sup>57</sup> Albert is daarentegen van mening dat de doctrine uit het *Renpaarden*- en *Bentley*-arrest weldegelijk ruimte biedt voor de toepasselijkheid van het *Cessna*-arrest in de vennootschapsbelasting. Naar zijn mening zal bij een casus als *BNB 1995/16*, waar geen aandeelhoudersrelatie kon worden geconstateerd, een strikte toepassing van het *Bentley*-arrest niet leiden tot de constatering van een winstuitdeling met aftrekbaarheid van de uitgave tot gevolg, terwijl op basis van het *Cessna*-arrest een onttrekking kan worden geconstateerd met het gevolg dat de uitgave niet-aftrekbaar is.<sup>58</sup> Naar zijn mening is de Hoge Raad op een weinig inzichtelijke manier tot deze conclusie gekomen en geeft aan dat opheldering ten aanzien van de toepasselijkheid van de arresten *Cessna* en *BNB 1995/16* noodzakelijk is.<sup>59</sup>

Hemels ziet in tegenstelling tot Vermeulen en Albert naar aanleiding van het *Bentley*-arrest geen ruimte voor het *Cessna*-arrest in de vennootschapsbelasting.<sup>60</sup> Ook De Beer is van mening

---

<sup>53</sup> Vermeulen, CB 2020/Vpb.2.0.5.A.d4, p.1.

<sup>54</sup> Vermeulen, CB 2020/Vpb.2.0.5.A.d4, p.1.

<sup>55</sup> Vermeulen, CB 2020/Vpb.2.0.5.A.d4, p.1.

<sup>56</sup> HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9548, *BNB 2008/139*, r.o. 3.2.

<sup>57</sup> Albert, *BNB 2008/139*, par 3.

<sup>58</sup> Albert, *BNB 2008/139*, par 4.

<sup>59</sup> Albert, *BNB 2008/139*, par 5.

<sup>60</sup> Hemels, *NTRF 2008/761*.

dat de Hoge Raad met zijn uitspraak in het *Bentley-arrest* de doctrine van het *Cessna-arrest* (*Cessna-doctrine*) voor de vennootschapsbelasting heeft teruggenomen.<sup>61</sup> Daarentegen ziet Spieker wel belang in de *Cessna-doctrine* voor de vennootschapsbelasting. Naar zijn mening is de *Cessna-doctrine* een hulpmiddel in zowel de constatering van het motief voor de uitgaven als een methode ter bepaling van de fiscale splitsing van de uitgaven in ondernemingskosten en onttrekkingen.<sup>62</sup>

Naar mijn mening is het belang van de arresten *Cessna*, *BNB* 1995/15 en *BNB* 1995/16 voor de vennootschapsbelasting nog niet afgenomen, omdat de Hoge Raad niet expliciet terugkomt op de rechtsregels uit deze arresten. Ik sluit mij daarom aan bij de mening van Vermeulen die in de arresten *BNB* 1995/15 en *BNB* 1995/16 een bewijsrechtelijk belang ziet. Daarenboven ben ik het met Albert en Spieker eens dat het *Cessna-arrest* thans nog belang heeft voor de constatering van een uitgave als onttrekking. Concluderend kan een onderscheid gemaakt worden tussen winstuitdelingen en onttrekkingen, maar is, voor de invulling van wat onder het begrip onttrekkingen dient te worden verstaan voor de vennootschapsbelasting, door het *Renpaarden-arrest* dit verschil grotendeels weggenomen. Daardoor is naar mijn mening praktisch gezien thans geen sprake meer van een onderscheid tussen een onttrekking en een winstuitdeling voor de vennootschapsbelasting. Slechts voor wat betreft het verdelen van de bewijslast op basis van de arresten *BNB* 1995/15 en *BNB* 1995/16 en de signalerende functie van het *Cessna-arrest*, is het onderscheid tussen een winstuitdeling en een onttrekking nog van belang voor de vennootschapsbelasting. Of de Hoge Raad dit onderscheid op deze manier heeft beoogd, zal uit toekomstige jurisprudentie moeten blijken.

### 2.2.2 Stortingen

Ter bepaling van de fiscale totaalwinst via de vermogensvergelijking dienen kapitaalstortingen te worden afgetrokken van het verschil tussen begin- en eindvermogen gedurende het bestaan van de onderneming.<sup>63</sup> Stortingen kunnen worden onderscheiden in formele en informele kapitaalstortingen. Tot het formele kapitaal behoort het op aandelen gestorte kapitaal.<sup>64</sup> Daarbij wordt ook het gestorte agio voor de fiscale winstbepaling tot het formele kapitaal gerekend.<sup>65</sup>

De informele kapitaalstorting is door de Hoge Raad geïntroduceerd in het arrest van 3 april 1957 (*BNB* 1957/165).<sup>66</sup> De Hoge Raad oordeelde dat wanneer het gehele maatschappelijke kapitaal van een vennootschap is volgestort, desalniettemin situaties kunnen ontstaan, voor toepassing van het belastingrecht, waarin moet worden aangenomen dat een kapitaalstorting heeft plaatsgevonden. Een informele kapitaalstorting doet zich volgens de Hoge Raad voor in het geval een moedermaatschappij uit hoofde van haar aandeelhoudersrelatie aan haar dochter een voordeel in geld of goederen doet toekomen, dat zij onder gelijke omstandigheden niet zou

---

<sup>61</sup> De Beer, *MBB* 2008/12-04, p. 489-490.

<sup>62</sup> Spieker, *WFR* 2008/1103, par. 3.3-3.4.2.

<sup>63</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 46.

<sup>64</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 48.

<sup>65</sup> HR 16 juni 1920, *B.* 2472.

<sup>66</sup> HR 3 april 1957, *ECLI:NL:HR:1957:AY1604*, *BNB* 1957/165.

hebben doen toekomen aan een onafhankelijke onderneming. In een dergelijk geval wordt door de dochteronderneming een voordeel genoten, dat zijn oorzaak vindt in de interne aandeelhoudersrelatie tussen haar en de moedermaatschappij, waardoor fiscaalrechtelijk gezien een kapitaalstorting heeft plaatsgevonden.<sup>67</sup> Later is door de Hoge Raad ook bevestigd dat niet alleen de aandeelhouder van een vennootschap een informele kapitaalstorting kan doen, maar ook de middellijk aandeelhouders.<sup>68</sup> Daarbij kunnen volgens Van den Dool e.a. onder deze middellijk aandeelhouders worden verstaan een directeur-grootaandeelhouder, grootmoeder- en zustervennootschappen.<sup>69</sup> Evenwel is bij het constateren van een informele kapitaalstorting de aandeelhoudersrelatie van doorslaggevend belang.<sup>70</sup>

Een informele kapitaalstorting kan voor de vennootschapsbelasting voorkomen binnen de vermogenssfeer en de kostensfeer. Binnen de vermogenssfeer geldt dat sprake is van een informele kapitaalstorting wanneer door een aandeelhouder een vermogensbestanddeel wordt ingebracht of overgedragen, waarmee deze aandeelhouder bewust een voordeel doet toekomen aan de vennootschap.<sup>71</sup> Ingebrachte of verkochte vermogensbestanddelen dienen te worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.<sup>72</sup> Daarbij dient het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de overeengekomen prijs te worden aangemerkt als informele kapitaalstorting. Ter correctie dient de boekwaarde van het overgedragen vermogensbestanddeel te worden verhoogd met de waarde van de informele kapitaalstorting. In het geval deze aandeelhouder een vennootschap is, zal tegenover dit informele kapitaal een belaste winst moeten worden verantwoord.<sup>73</sup>

De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 31 mei 1978 (*Zweedse grootmoeder-arrest*) dat een informele kapitaalstorting zich ook kan voordoen in de kosten- en batensfeer.<sup>74</sup> In dit arrest was de niet bedongen rente door de Zweedse grootmoedermaatschappij op een vordering aan een in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij te kwalificeren als een voordeel dat voortvloeide uit de aandeelhoudersrelatie.<sup>75</sup> Dit voordeel behoorde derhalve niet tot de winst van de kleindochtermaatschappij omdat dit voordeel niet voortvloeit uit de ondernemingsactiviteiten van de kleindochtermaatschappij, maar uit de (middellijke) aandeelhoudersrelatie tot de Zweedse Grootmoeder. De rente die de Zweedse grootmoedermaatschappij zou bedingen bij een onafhankelijke derde kan bij de

---

<sup>67</sup> HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, *BNB* 1957/165.

<sup>68</sup> HR 25 september 1996, ECLI:NL:PHR:1996:AA1742, *BNB* 1996/392, r.o. 3.2.

<sup>69</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 48

<sup>70</sup> HR 23 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2280, *BNB* 1999/167, r.o. 3.3.

<sup>71</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 49-50.

<sup>72</sup> HR 2 april 1947, *B.* 8335. Behoudens afwijkende regels omtrent de inbreng van vermogensbestanddelen zoals het geval is bij de fiscale eenheid, geruisloze inbreng, fusies, splitsingen etc.

<sup>73</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 49-50. Overigens leidt dit voor natuurlijke personen die ab-houder zijn, tot een verhoging van de verkrijgingsprijs in Box II; aldus Heithuis, Kavelaars & Schuver 2017, p. 560-561. Indien sprake is van een informele kapitaalstorting in de kostensfeer door een natuurlijk persoon niet ab-houder, zijn de kostenarresten (*BNB* 1958/116 en *BNB* 1959/51) van toepassing en wordt het voordeel tot de winst van de BV gerekend. Indien het Box III-regime van toepassing is, lijkt geen verdere correctie in de inkomstenbelasting aan de orde. Zie in dat verband: Heithuis, Kavelaars & Schuver 2017, p. 108.

<sup>74</sup> HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866, *BNB* 1978/252.

<sup>75</sup> HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866, *BNB* 1978/252.

kleindochtermaatschappij wel in aftrek worden gebracht. Daarbij maakt het voor de aftrekbaarheid van de rente bij de kleindochtermaatschappij niet uit of door middel van informele kapitaalstorting een corresponderende correctie bij de Zweedse grootmoedermaatschappij wordt aangemerkt. Het totaalwinstbeginsel dwingt namelijk tot de correctie bij de deze kleindochtermaatschappij.<sup>76</sup>

### 2.3 Zakelijke transacties voor de Wet VPB 1969

Van den Dool e.a. geven aan dat op grond van het totaalwinstbeginsel ter bepaling van de vennootschappelijke winst dient te worden uitgegaan van een objectief bepaalde winst. Daartoe dienen volgens hen onzuivere elementen uit de winst te worden geëlimineerd. Ter constatering van dergelijk onzuivere elementen is het volgens hen van belang dat bewustheid van bevoordeling tussen partijen bestaat.<sup>77</sup> Bewustheid van beide partijen wordt verondersteld indien de werkelijke waarde van de overgedragen vermogensbestanddelen aanzienlijk lager ligt dan de overeengekomen waarde.<sup>78</sup> Eventuele onzakelijke transacties dienen voor het bepalen van de fiscale winst door de werking van het totaalwinstbeginsel te worden gecorrigeerd tot zakelijke condities.<sup>79</sup> Binnen de vennootschapsbelasting wordt dit principe aangeduid als het ‘at arm’s length’-beginsel en is, mede om bewijsrechtelijke en internationale redenen, gecodificeerd in artikel 8b Wet VPB.<sup>80</sup> Volgens het ‘at arm’s length’-beginsel dienen tussen gelieerde partijen de voorwaarden die zouden zijn overeengekomen in transacties met onafhankelijke partijen te worden gehanteerd voor de bepaling van de fiscale winst.<sup>81</sup> In het licht van het ‘at arm’s length’-beginsel, verstaat Kok onder de term ‘zakelijk handelen’ het handelen zoals dat tussen niet gelieerde partijen (derden) plaatsvindt.<sup>82</sup>

Bij de codificatie van het ‘at arm’s length’-beginsel is geen verschil met de correcties via het totaalwinstbeginsel beoogd en is in de vormgeving zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij artikel 9 OESO-MV.<sup>83</sup> De Staatsecretaris van Financiën is daarbij van mening dat de OESO-richtlijnen rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtspraktijk en inzicht verschaffen in de wijze waarop het ‘at arm’s length’-beginsel dient te worden toegepast.<sup>84</sup> Evenwel behelzen naar de mening van Kamel en Mezouar het totaalwinstbeginsel en het ‘at arm’s length’-beginsel van artikel 8b Wet VPB 1969 materieel beschouwd dezelfde inhoud.<sup>85</sup>

In beginsel staan bedrijfseconomische beslissingen en het zakelijke nut daarvan ter beoordeling van de ondernemer. Het ligt daarbij niet in de macht van de fiscus noch de belastingrechter om te treden in de beoordeling van de vraag, of een op zakelijke overwegingen berustende uitgave

---

<sup>76</sup> HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866, *BNB* 1978/252.

<sup>77</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 51.

<sup>78</sup> HR 4 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1699, *BNB* 1997/42, r.o. 3.5.

<sup>79</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 52 en 85.

<sup>80</sup> Elswelier & Stevens 2019, p. 100.

<sup>81</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 509.

<sup>82</sup> Kok, *Ondernemingsrecht* 2009/64.

<sup>83</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 19-20 (MvT).

<sup>84</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 2.1.

<sup>85</sup> Kamel & Mezouar, *WFR* 2019/60, p. 349; Commissie Totaalwinst, *VVBW* 2015/253, p. 31.



ook zakelijk verantwoord is.<sup>86</sup> De belastingrechter kan daarentegen wel de werkelijke aard van uitgaven beoordelen. Deze bevoegdheid ontstaat in het geval onzeker is of de ondernemer een uitgave heeft gedaan met het oogmerk de zakelijke belangen van de onderneming te dienen of dat hij daarmee het oogmerk had de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder te bevredigen<sup>87</sup>

Vermeulen geeft aan dat op basis van het totaalwinstbeginsel alle met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming verrichten uitgaven, ondernemingskosten zijn. Dit beginsel brengt volgens Vermeulen mee dat ter constatering van de kwalificatie van ondernemingskosten dient te worden gekeken naar het al dan niet zakelijke motief dat aan deze uitgaven ten grondslag ligt. De fiscus mag daarbij, in het geval een zakelijk motief vaststaat, niet treden in de doelmatigheid, oorbaarheid of de onvermijdelijkheid van de uitgave.<sup>88</sup> Het *Cessna-arrest* brengt naar de mening van Vermeulen evenwel een nuance aan, door aan te geven dat de fiscus wel in de beoordeling mag treden van uitgaven welke in een dusdanige wanverhouding staan tot hun geringe nut dat een redelijk denkend ondernemer deze uitgaven niet zou doen. Dit brengt naar zijn mening een introductie van een marginale toetsingsmogelijkheid mee ten aanzien van de hoogte van de ondernemingsuitgaven. Met Vermeulen meen ik derhalve dat in wezen het ondernemingsbeleid marginaal kan worden getoetst.<sup>89</sup>

Vermeulen vraagt zich evenwel af of de eliminatie van onzakelijke transacties, welke uit hoofde van de aandeelhoudersrelatie worden geaccepteerd, via de artikelen 9 lid 1 onderdelen a, b en c en 10 lid 1 onderdelen a, b en c Wet VPB 1969 tot eenzelfde correctie leiden als via het totaalwinstbeginsel. Daarbij is Vermeulen van mening dat winstcorrecties op basis van verkapte winstuitdelingen uitsluitend via het totaalwinstbeginsel worden gecorrigeerd. Zodoende is hij van mening dat ter correctie van de onzuiverheden in de fiscale winst de specifieke bepalingen van de artikelen 9 en 10 Wet VPB 1969 overbodig zijn in het licht van het totaalwinstbeginsel.<sup>90</sup>

## 2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wat (on)zakelijke transacties zijn. Daartoe is uiteengezet dat de bepaling van de winst voor de vennootschapsbelasting is gestoeld op het totaalwinstbeginsel welke zijn oorsprong vindt in de inkomstenbelasting. Conform dit beginsel dient ter bepaling van de vennootschappelijke winst te worden geabstraheerd van onzakelijke transacties. Daartoe dient als maatstaf voor de correctie van de winst te worden uitgegaan van transacties zoals deze zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke partijen. Deze implicatie van het totaalwinstbepaling is gecodificeerd als het ‘at arm’s length’-beginsel in artikel 8b Wet VPB 1969. Bij deze codificering is geen andere werking beoogd dan met het

---

<sup>86</sup> HR 5 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1955:AY2564, *BNB* 1955/348.

<sup>87</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, *BNB* 2002/290, r.o. 3.6.

<sup>88</sup> Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.c

<sup>89</sup> Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.d1

<sup>90</sup> Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.f

totaalwinstbeginsel, welk beginsel ten grondslag ligt aan het ‘at arm’s length’-beginsel.<sup>91</sup> Bij de vormgeving van dit ‘at arm’s length’-beginsel is getracht zoveel mogelijk aan te sluiten bij het door de OESO gehanteerde ‘at arm’s length’-beginsel.

De correcties die door de werking van het totaalwinstbeginsel worden beoogd, kunnen worden bewerkstelligd door middel van het systeem van stortingen en onttrekkingen. Daarbij is het niet aan de fiscus noch de belastingrechter om in de beoordeling te treden of een transactie zakelijk verantwoord is. Daarentegen hebben zij evenwel de bevoegdheid om de aard van de uitgaven te beoordelen op zakelijkheid.

Onder het begrip onttrekkingen dient bondig te worden verstaan datgene wat voor doeleinden aan het bedrijf vreemd wordt onttrokken. Een winstuitdeling betreft een vermogensverschuiving die ten gunste van de aandeelhouder wordt onttrokken aan het vermogen van de vennootschap. De semantische discussie die bestaat rondom verschil tussen onttrekkingen en winstuitdelingen in de vennootschap is thans nog niet beklonken. Daarbij meen ik de tendens in de literatuur te zien dat het *Renpaarden-* en *Bentley-arrest* de verschillen tussen onttrekkingen en winstuitdelingen grotendeels hebben weggenomen. Evenwel blijft discussie bestaan omtrent de rol van het *Cessna-arrest* en de arresten *BNB 1995/15* en *BNB 1995/16*. Daarbij ben ik tezamen met Albert en Spieker van mening dat het *Cessna-arrest* een marginale toetsingsmogelijkheid van het ondernemingsbeleid voor de fiscus en belastingrechter meebrengt. Bovendien is het *Cessna-arrest* voor de vennootschapsbelasting thans nog van belang ter constatering van een onttrekking waar een uitdeling niet mogelijk is en als hulpmiddel ter onderscheiding van het als ondernemingskosten en onttrekking aan te merken deel van een uitgave. *BNB 1995/15* en *BNB 1995/16* hebben binnen het systeem van onttrekkingen en winstuitdelingen vooral een bewijsrechtelijke functie, waar het onderscheid tussen onttrekkingen en winstuitdelingen nog relevant is. De Hoge Raad zal zich moeten uitlaten of deze zienswijze uiteindelijk inderdaad gelding heeft.

Wanneer de aandeelhouder een voordeel doet toekomen in de kosten- en batensfeer of de vermogenssfeer, dat hij niet zou doen toekomen aan een onafhankelijke derde, dient op basis van het totaalwinstbeginsel een correctie plaats te vinden door middel van een informele kapitaalstorting. Daarbij is de aandeelhoudersrelatie van doorslaggevend belang voor de constatering van een informele kapitaalstorting.

---

<sup>91</sup> Zie voor een behandeling van de nuance verschillen: Commissie Totaalwinst, *VVBW 2015/253*.

## Hoofdstuk 3: Het leerstuk van de onzakelijke lening

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk formuleer ik een antwoord op de vraag wanneer sprake is van een onzakelijke lening. Daarbij wordt, alvorens het ontstaan van de onzakelijke lening wordt behandeld, in paragraaf 3.2 ingaan op de verschillende mogelijkheden van kapitaalkwalificaties voor de vennootschapsbelasting. Vervolgens behandel ik de doctrine waaruit het leerstuk van de onzakelijke lening is ontstaan in paragraaf 3.3. In diezelfde paragraaf behandel ik achtereenvolgens het ontstaan van het leerstuk, de rol van het ‘at arm’s length’-beginsel, de omstandigheden waaronder een onzakelijke lening ontstaat en wat onder het begrip gelieerdheid in de zin van de onzakelijke lening wordt verstaan.

### 3.2 Kapitaal kwalificaties

Voor het totaalwinstbeginsel is het belangrijk of een vermogensbestanddeel op komt in de ondernemings sfeer, de privé- of aandeelhouders sfeer. Voor het verschaffen van vreemd vermogen dient te worden nagegaan of sprake is van een daadwerkelijke verschaffing van vreemd vermogen, of dat dit vreemd vermogen een hybride karakter heeft en kwalificeert als een verschaffing van eigen vermogen (kapitaal). Kwalificeert een geldlening namelijk als vreemd vermogen, dan is de rente op deze geldlening aftrekbaar voor de bepaling van de fiscale winst.<sup>92</sup> Kwalificeert een geldlening als eigen vermogen, dan komt de rente op deze lening op in de kapitaalsfeer en wordt vanuit de positie van de schuldenaar bij betaling gezien als een dividenduitkering. Deze rente is dan ook niet aftrekbaar nu sprake is van een dividenduitkering en derhalve een onttrekking aan het eigen vermogen.<sup>93</sup>

Voor de kwalificatie van een geldverschaffing, is volgens het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 1988 (*Unilever-arrest*), de civielrechtelijke vorm van de geldverschaffing beslissend.<sup>94</sup> Het formele criterium dat de civielrechtelijke vorm van een geldverschaffing bepalend is voor de kwalificatie van een geldverschaffing is door de Hoge Raad geformuleerd in het arrest van 18 mei 1949.<sup>95</sup> Daarbij dient voor de civielrechtelijke vorm van een geldlening aan te worden gesloten bij de definitie van de overeenkomst van verbruikleen conform artikel 7A:1791 van het Burgerlijk Wetboek<sup>96</sup>:

*"(...) eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve."*

---

<sup>92</sup> Behoudens de regels omtrent de renteaftrekbeperkingen.

<sup>93</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 115.

<sup>94</sup> HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, r.o. 4.2.

<sup>95</sup> HR 18 mei 1949, *B.* 8648.

<sup>96</sup> Snoeij, *WFR* 2009/1582 p. 4.

Daarnaast heeft de Hoge Raad in het arrest van 8 september 2006 (*Kaspische Zeeboringen-arrest*) bepaald dat voor de civielrechtelijke vorm van belang is dat een terugbetalingsverplichting is verbonden aan de geldverstrekking. Daarbij doet de voorwaardelijkheid en onzekerheid van de terugbetaling aan het bestaan van een dergelijke terugbetalingsverplichting niets af.<sup>97</sup> Snoeij leidt uit het *Kaspische Zeeboringen-arrest* af dat de Hoge Raad het begrip civielrechtelijke vorm binnen de fiscale kwalificatiecontext uitlegt aan de hand van de materiële civielrechtelijke inhoud van de overeenkomst. Zijns inziens spitst de Hoge Raad, door beslissende waarde te hechten aan de terugbetalingsverplichting, voor de uitleg van het begrip civielrechtelijke vorm zich toe op de materiële civielrechtelijke werkelijkheid en niet op de betiteling van de geldverstrekking als lening. De materiële civielrechtelijke werkelijkheid verleent aan de geldverstrekking het karakter van een geldlening.<sup>98</sup> Deze visie wordt mijns inziens bekrachtigd door de Staatssecretaris van Financiën, die in het besluit van 29 augustus 2017 aangeeft dat als uitgangspunt, voor het beleid ter beoordeling van de kwalificatie van een geldverstrekking als geldlening, te gelden heeft dat een terugbetalingsverplichting een wezenlijk kenmerk is van de civielrechtelijke vorm van een lening en dat een dergelijke verplichting naar haar aard voorrang heeft op de aanspraken van aandeelhouders.<sup>99</sup>

In Het *Unilever-arrest* heeft de Hoge Raad drie uitzonderingen geformuleerd op het uitgangspunt dat de civielrechtelijke vorm van een geldverschaffing bepalend is voor de kwalificatie als vreemd vermogen, dan wel als eigen vermogen. Hij onderscheidt daarbij de schijnlening, deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. In het geval een van deze drie uitzonderingen zich voordoet zal fiscaal gezien een herkwalificatie plaatsvinden van deze geldverschaffingen van vreemd vermogen naar eigen vermogen.<sup>100</sup> Deze drie uitzonderingen zijn limitatief, wat inhoudt dat geen geval bestaat, anders dan deze drie uitzonderingen, waarin een naar de vorm kwalificerende geldlening dient te worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen.<sup>101</sup>

In het geval een van de uitzonderingen van toepassing is, zal deze verstrekking van geldlening zich afspelen in de kapitaalsfeer. Daarbij dient een lening ‘omlaag’ (van de aandeelhouder aan de vennootschap) of ‘omhoog’ (van de vennootschap aan de aandeelhouder) anders te worden gekwalificeerd. Bij de geherkwalificeerde lening omlaag, zal de geldlening worden gezien als een informele kapitaalstorting die de kostprijs van de deelneming in de vennootschap verhoogt. De te betalen rente kwalificeert als een dividenduitkering en derhalve een onttrekking aan het eigen vermogen van de vennootschap. De geldlening ‘omhoog’ kwalificeert wanneer het geldbedrag het vermogen van de schuldeiser definitief heeft verlaten als een uitkering van dividend (onttrekking van het eigen vermogen) en de te betalen rente kwalificeert als dividenduitkering.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> HR 8 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, *BNB* 2007/104, r.o. 3.4.

<sup>98</sup> Snoeij, *WFR* 2009/1582 p. 3.

<sup>99</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2017, 2017-38941, *Stcrt.* 2017, 50521.

<sup>100</sup> HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217, r.o. 4.3 en 4.4.

<sup>101</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.1.

<sup>102</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 115-116.

### 3.3 Onzakelijke lening

#### 3.3.1 Het ontstaan van het leerstuk onzakelijke lening

Naast de drie genoemde herkwalficatie uitzonderingen in het *Unilever-arrest* is door de Hoge Raad in het arrest van 9 mei 2008 (*Certificaathouders-uitkooparrest*) de onzakelijke lening geïntroduceerd. De onzakelijke lening wijkt in de fiscale behandeling af van de drie uitzonderingen die worden geherkwalficeerd tot eigen vermogen. De Hoge Raad overwoog in het *Certificaathouder-uitkooparrest* het volgende:

*“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.”<sup>103</sup>*

Ten aanzien van leningen is reeds in het *Zweedse grootmoeder-arrest* bepaald dat in het geval een rentevergoeding te laag is vanwege aandeelhoudersinvloeden, deze dient te worden verzakelijkt door middel van het verhogen van de rente op de lening.<sup>104</sup> De onzakelijke lening is volgens Van den Dool e.a. een nadere uitwerking van het ‘at arm’s length’-beginsel. Na het *Certificaathouders-uitkooparrest* rees de vraag dan ook of de ‘...zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen...’, kunnen worden gecorrigeerd door een hogere rente te bedingen zoals dat het geval was in het *Zweedse Grootmoeder-arrest*.<sup>105</sup> De staatssecretaris geeft in zijn brief van 22 februari 2010 aan dat naar zijn mening onder omstandigheden een gebrek aan zekerheden kan worden gecompenseerd door een hogere rente. Duidelijke grenzen kan hij echter niet aangeven.<sup>106</sup>

De Hoge Raad geeft meer duidelijkheid omtrent de behandeling van de onzakelijke lening in zijn arresten van 25 november 2011<sup>107</sup> In een van deze arresten (*BNB 2012/37*) geeft de Hoge Raad aan dat in het geval een geldlening tussen gelieerde partijen is overeengekomen voor de fiscale winstbepaling een rente dient te worden gehanteerd die aan het ‘at arm’s length-beginsel’ voldoet. Daarbij dient uitgegaan te worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen ten aanzien van de lening. De Hoge Raad merkt daarbij nog op dat het niet mogelijk is een

---

<sup>103</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191, r.o. 3.4.

<sup>104</sup> HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866, *BNB* 1978/252.

<sup>105</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 121.

<sup>106</sup> Brief van de Staatsecretaris van Financiën van 22 februari 2010, V-N 2010/12.18, p. 2.

<sup>107</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, ECLI:NL:HR:2011:BR4807 en ECLI:NL:HR:2011:BR4813, *BNB* 37-39.

correctie van de rente door te voeren als dat leidt tot een winstdelende rente. In een dergelijk geval wordt namelijk het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen aangetast.<sup>108</sup>

Vermeulen leidt uit het arrest *BNB 2012/37* af dat een lening slechts kan worden verzakelijkt door een rentecorrectie en niet door het aanpassen van de gestelde zekerheden.<sup>109</sup> De Hoge Raad geeft in een later arrest aan dat inderdaad een lening kan worden verzakelijkt, mits de rentecorrectie niet leidt tot een winstdelende rente.<sup>110</sup> Deze onzakelijke-rente-lening (hierna OR-lening) kenmerkt zich door haar onzakelijke voorwaarden, welke wel kunnen worden verzakelijkt door een rentecorrectie.<sup>111</sup> In een dergelijk geval dient de rente die door een onafhankelijke derde in rekening zou zijn gebracht in aftrek te komen bij de vennootschap. Het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde rente en een zakelijke rente, vormt een informele kapitaalstorting van de aandeelhouder in de vennootschap.<sup>112</sup> Zodra een OR-lening is gecorrigeerd naar zakelijke condities, kan een eventueel verlies in aftrek worden gebracht.<sup>113</sup>

In het arrest *BNB 2012/37* was geen sprake van een OR-lening. In dat arrest kon geen rente worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid was geweest een lening, onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden, te verstrekken. De vennootschap die de lening heeft verstrekt, liep daarbij een debiteurenrisico dat deze onafhankelijke derde niet zou hebben genomen.<sup>114</sup> Ondanks dat bij een onzakelijke lening een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, is gehele of gedeeltelijke terugbetaling van de lening niet uitgesloten. Zolang de terugbetalingsverplichting bestaat, is nog geen sprake van een kapitaalstorting in de kapitaal- of aandeelhouderssfeer. De onzakelijke lening blijft derhalve kwalificeren als een fiscaalrechtelijke lening.<sup>115</sup> Slechts het onzakelijke debiteurenrisico (hierna: ODR) komt op in de kapitaal- of aandeelhouderssfeer.<sup>116</sup> Zodoende vindt nog geen herkwalificatie van de ODR-lening in kapitaal plaats op het moment van het verstrekken van de geldlening.<sup>117</sup> Dit brengt met zich mee dat de ODR-lening niet als een vierde uitzondering heeft te gelden, die op het tijdstip van het verstrekken wordt geherkwalificeerd van lening tot een winstuitdeling of kapitaalverstrekking.<sup>118</sup>

### 3.3.2 Rol van het ‘at arm’s length’-beginsel

Snoei en Wagenaar leiden uit het arrest *BNB 2012/37* het bestaan van een gesloten stelsel tot herkwalificatie van een lening in kapitaal af. Daarbij zijn zij van mening dat de Hoge Raad geen plaats biedt voor andere mogelijkheden tot herkwalificatie dan de drie reeds genoemde

---

<sup>108</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.2.

<sup>109</sup> Vermeulen, *CB 2019/Vpb.2.0.5.E.e4*, p.1.

<sup>110</sup> HR 13 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP8068, *BNB 2012/79*, r.o. 3.3.

<sup>111</sup> HR 13 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP8068, *BNB 2012/79*, r.o. 3.4.2.

<sup>112</sup> HR 31 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2866, *BNB 1978/252*.

<sup>113</sup> HR 13 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP8068, *BNB 2012/79*, r.o. 3.3-3.4.2.

<sup>114</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.3.

<sup>115</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.4.

<sup>116</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.3; Van den Dool, e.a. 2017, p. 129

<sup>117</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.4.

<sup>118</sup> Vermeulen, *CB 2019/Vpb.2.0.5.E.e4*, p.2.

uitzonderingen. Snoeij en Wagenaar schetsen de situatie dat de doorwerking van het OESO-commentaar via het ‘at arm’s length’-beginsel zover strekt dat dit beginsel de kwalificatie van een geldverstrekking als lening of kapitaal in fiscalibus kan bepalen. Zij zijn daarentegen van mening dat het ‘at arm’s length’-beginsel, gezien het gesloten stelsel van herkwalificatie niet een dergelijke rol van betekenis heeft. Volgens Snoeij en Wagenaar vervult het ‘at arm’s length’-beginsel slechts de functie van bepaling van de hoogte van de rente.<sup>119</sup>

Daarentegen was de Staatssecretaris van Financiën wel van mening dat het ‘at arm’s length’-beginsel een herkwalificatie van een geld lening tot kapitaal met zich meebrengt.<sup>120</sup> Maas en Vermeulen zijn het niet eens met deze visie van de Staatssecretaris en onderschrijven de visie van Snoeij en Wagenaar. Zij geven aan dat de Hoge Raad in *BNB 2012/37* overweegt dat het karakter van de transactie het uitgangspunt voor de analyse moet zijn, wat haaks staat op uitgangspunt van de OESO waar de herkwalificatie plaatsvindt op basis van de gelieerde verhouding tussen partijen. Ook zij zien in het ‘at arm’s length’-beginsel slecht een rol ter bepaling van de hoogte van de rente.<sup>121</sup> Vermeulen geeft aan dat, in tegenstelling tot zijn visie, thans de Staatssecretaris van Financiën nog steeds van mening is dat het ‘at arm’s length’-beginsel via de OESO-richtlijnen in staat is om een geldverstrekking in extreme gevallen te herkwalificeren tot kapitaal.<sup>122</sup> Ik onderschrijf de meningen van Snoeij, Wagenaar, Maas en Vermeulen. Het ‘at arm’s length’-beginsel brengt naar mijn mening niet mee dat in het licht van het arrest *BNB 2012/37* sprake kan zijn van een herkwalificatie van een lening in kapitaal. Het ‘at arm’s length’-beginsel heeft naar mening slechts een functie ter bepaling van de hoogte van de rente op een ODR-lening.

### 3.3.3 Omstandigheden waaronder de ODR-lening ontstaat

De voorwaarden en omstandigheden die kunnen duiden op een onzakelijke lening, worden door de Hoge Raad in het *Certificaathouder-uitkooparrest* ingevuld. In dit arrest werd aangegeven dat sprake kan zijn van een ODR-lening in het geval dat geen leningovereenkomst is opgemaakt, geen aflossingsschema is opgemaakt en dat evenmin enigerlei vorm van zekerheden zijn gevraagd noch verstrekt.<sup>123</sup> In het arrest *BNB 2012/37* geeft de Hoge Raad aan dat ook de omstandigheid dat ontoereikende inkomsten om de rente op de lening te voldoen een aanwijzing kunnen zijn voor het bestaan van een onzakelijke lening.<sup>124</sup> Wattel geeft daarbij aan dat de ontoereikendheid van de bronnen en de wijze van financiering om de rente en aflossing te betalen, een indicatie kunnen zijn voor een ODR-lening. Volgens hem kan de aard van de activiteiten, althans de activa, van de debiteur ook duiden op een onzakelijke lening. Voorts geeft Wattel aan dat de zinloosheid van een later overeengekomen pandrecht op de

---

<sup>119</sup> Snoeij & Wagenaar, *NFR* 2011/2761, par. 3-4.

<sup>120</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2013, 2013-184M, Stcrt. 2013, 32854, onderdeel 12a-b; Zie in die zin ook: Peeters, *WFR* 2012/152, par 4.3.

<sup>121</sup> Maas & Vermeulen, *WFR* 2014/597, par. 3-4; Zie in gelijke zin ook Marres, *WFR* 2012/142, p. 142.

<sup>122</sup> Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.4.B.c; Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, 2018-6865, Stcrt. 2018, 26874, onderdeel 11.

<sup>123</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191, r.o. 3.2.

<sup>124</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37, r.o. 3.2.1.

effecten, door het ontbreken van zekerheidsverschaffing, eveneens kan duiden op een ODR-lening.<sup>125</sup> Albert geeft daarnaast aan dat financiële problemen bij de debiteur kort na het verstrekken van de lening en het niet of nauwelijks beschikken over eigen vermogen bij de debiteur, aanwijzingen kunnen zijn voor een onzakelijke lening.<sup>126</sup> Volgens Strik kan daarnaast ook de winstverwachting op het moment van het aangaan van de lening een indicator zijn voor de onzakelijke lening.<sup>127</sup>

Waar de Hoge Raad in het *certificaathouder-uitkooparrest* nog spreekt over de crediteur die het debiteurenrisico “... *in zoverre heeft aanvaard...*”, geeft hij in *BNB 2012/37* aan dat voor de lening in het geheel dient te worden beoordeeld of sprake is van een ODR-lening. De ODR-lening wordt derhalve niet gesplitst in een zakelijk deel en een onzakelijk deel, maar wordt als geheel onzakelijk beschouwd. Vermeulen geeft evenwel aan dat het mogelijk is voor de belastingplichtige om de lening zelf te splitsen om te voorkomen dat de gehele lening als onzakelijk wordt bestempeld.<sup>128</sup> Albert werkt een dergelijk splitsing als volgt uit:

*“Wanneer een vennootschap een lening van € 2 miljoen wil verstrekken aan een gelieerde partij, kan het verstandig zijn de lening te splitsen in (bijvoorbeeld) een lening van € 1,3 miljoen en een achtergestelde lening van € 0,7 miljoen. Mocht het fout gaan met de debiteur, dan zal (ervan uitgaande dat een bank een geldlening van € 1,3 miljoen had willen verstrekken) alleen het afwaarderingsverlies op de achtergestelde lening van aftrek zijn uitgesloten.”<sup>129</sup>*

Wat onder “...*behoudens bijzondere omstandigheden...*” valt, heeft de Hoge Raad ingevuld in zijn arrest van 14 oktober 2016. Een bijzondere omstandigheid zal zich voordoen in het geval tussen een schuldeiser en een schuldenaar een zakelijke relatie bestaat, die ook bij afwezigheid van een concernrelatie voldoende gewicht zou hebben geleverd om een lening onder dezelfde omstandigheden te verstrekken waardoor het te lopen debiteurenrisico wordt aanvaard.<sup>130</sup> De bijzondere omstandigheid heeft volgens Albert onder andere betrekking op de situatie dat een debiteur en crediteur nog een andere niet-aandeelhoudersrelatie hebben, namelijk die van afnemer of leverancier. Deze andere niet-aandeelhoudersrelatie valt dan onder de uitzondering: “...*bijzondere omstandigheden...*” wanneer deze niet-aandeelhoudersrelatie het onzakelijke handelen verklaart.<sup>131</sup> Daarnaast is Albert van mening dat voor de toepassing van de uitzondering van “...*bijzondere omstandigheden...*”, de bijzondere omstandigheid zich voor de lening als geheel moet voordoen. Naar zijn mening is het niet mogelijk de ODR-lening op te splitsen in een gedeelte waar het debiteurenrisico wordt verklaard door de niet-aandeelhoudersrelatie, welk gedeelte in aanmerking zou komen voor de uitzondering

---

<sup>125</sup> Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442, bij HR 25 november 2011, *BNB 2012/37*, par. 0.8.

<sup>126</sup> Albert, *BNB 2012/37*.

<sup>127</sup> Strik, *CB 2019/Vpb.2.2.2.L.d2.III*, p.1.

<sup>128</sup> Vermeulen, *CB 2019/Vpb.2.0.5.E.e4*, p.2.

<sup>129</sup> Albert, *TFO 2014/134.1*, p. 218.

<sup>130</sup> HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2340, *BNB 2017/6*, r.o. 2.4.3.

<sup>131</sup> Albert, *BNB 2017/6*, par. 1. Albert acht de mening van Wattel door de Hoge Raad in zijn arrest *BNB 2017/6* bekrachtigd. Zie ook: Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2012:BW1971, bij HR 3 mei 2013, *BNB 2013/170*, par. 5.6.



“...*bijzondere omstandigheden*...”, en een gedeelte waar het debiteurenrisico wordt verklaard door het aandeelhoudersbelang.<sup>132</sup>

### 3.3.4 Gelieerdheid

De Hoge Raad geeft in het *Certificaathouder-uitkooparrest* aan dat een ODR-lening kan ontstaan uit hoofde van het aandeelhouderschap.<sup>133</sup> De Hoge Raad komt vervolgens in de arresten *Chaletpark*<sup>134</sup> en *Informal investor*<sup>135</sup> tot de conclusie dat van een ODR-lening geen sprake kan zijn als de schuldeiser nog geen aandeelhouder is in de schuldenaar of anderszins in een vennootschappelijke betrekking staat.<sup>136</sup> Van den Dool e.a. achten de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2015 (*BNB 2015/141*) in strijd met het *Chaletpark-arrest*, het *Informal investor-arrest* en het ‘at arm’s length’-beginsel. In *BNB 2015/141* bepaalde de Hoge Raad dat ook sprake kan zijn van een ODR-lening in het geval de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij.<sup>137</sup> Deze uitspraak impliceert namelijk volgens Van den Dool e.a. dat ook een lening aan een onafhankelijke derde kan kwalificeren als een ODR-lening.

In tegenstelling tot Van den Dool e.a. vindt Vermeulen wel dat uit het arrest *BNB 2015/141* kan worden geconcludeerd dat een onzakelijke lening kan ontstaan in de verhouding met niet-gelieerde personen of lichamen. Naar zijn mening kan een ODR-lening ontstaan in het geval een debiteurenrisico wordt aanvaard, dat door een onafhankelijke derde niet zou worden aanvaard, waarbij dat debiteurenrisico is ingegeven door persoonlijke betrekkingen met natuurlijke personen.<sup>138</sup>

Net als Vermeulen geeft Bobeldijk aan dat persoonlijke betrekkingen kunnen leiden tot een gelieerde verhouding waaruit een ODR-lening kan worden geconstateerd.<sup>139</sup> Naast het arrest van de Hoge Raad van 26 september 2014 waarin duidelijk werd dat ook de verhouding van echtgenoot als een gelieerde verhouding kwalificeert voor de constatering van een ODR-lening, is Bobeldijk van mening dat ook familiale en vriendschappelijke betrekkingen kunnen leiden tot de kwalificering van een ODR-lening.<sup>140</sup> Bobeldijk geeft aan dat de Hoge Raad in het arrest van 22 april 2016 (*BNB 2016/38*) het constateren van een ODR-lening in een familiale verhouding bevestigt.<sup>141</sup> Naar zijn mening kan, ondanks dat dit arrest voor de inkomstenbelasting is geweest, het accepteren van een debiteurenrisico uit hoofde van een familiale relatie ook in de vennootschapsbelasting leiden tot de kwalificatie van een ODR-lening. Bobeldijk is namelijk van mening dat het niet gaat om de gelieerdheid tussen debiteur

---

<sup>132</sup> Albert, *BNB 2017/6*, par. 3.

<sup>133</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB 2008/191*, r.o. 3.4.

<sup>134</sup> HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW1971, *BNB 2013/170*, r.o. 3.4.

<sup>135</sup> HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9156, *BNB 2013/171*, r.o. 3.4.1.

<sup>136</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 126.

<sup>137</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, *BNB 2015/141*, r.o. 2.3.1.

<sup>138</sup> Vermeulen, *CB 2019/Vpb.2.0.5.E.e4*, p.2.

<sup>139</sup> Bobeldijk, *NTFR 2016/9*, p. 6.

<sup>140</sup> Zie HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2781, *BNB 2015/72*, r.o. 4.

<sup>141</sup> HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:703, *BNB 2016/133*, r.o. 2.3

en crediteur die een lening onder omstandigheden onzakelijk maakt, maar de gelieerdheid tussen de crediteur en de persoon ten behoeve van wie het onzakelijke debiteurenrisico is aanvaard.<sup>142</sup>

Daarnaast gaat Bobeldijk net zoals Van den Dool e.a. ook in op *BNB* 2015/141. Naar zijn mening kan een ODR-lening ook worden verstrekt aan niet-gelieerde partijen die wel het onzakelijke debiteurenrisico aanvaarden, waarbij dit debiteurenrisico niet wordt aanvaard door onafhankelijke derden. Dergelijke gevallen doen zich naar zijn mening voor in het geval een niet-gelieerde partij op ingeving van een gemeenschappelijke aandeelhouder wel een debiteurenrisico aanvaardt dat door een onafhankelijke derde niet wordt aanvaard. Ook de situaties waarin andere betrekkingen bestaan tussen de debiteur en crediteur dan de debiteur/crediteur-relatie, kunnen leiden tot de constatering van gelieerdheid. Bobeldijk geeft als voorbeeld de vennootschap die een lening verstrekt aan de favoriete voetbalclub van de aandeelhouder van de vennootschap of een lening van de vennootschap aan de vereniging waar de aandeelhouder lid van is.<sup>143</sup>

Bobeldijk meent vervolgens dat ook bij toekomstig aandeelhouderschap sprake kan zijn van gelieerdheid. Hij wijst daarbij op de mogelijkheid dat een optiehouder van aandelen aan de optie gevende vennootschap een lening verstrekt in de hoedanigheid van optiehouder, welke lening een onafhankelijke derde gezien het debiteurenrisico niet zou verstrekken. Naar zijn mening kan in een dergelijk geval de gelieerdheid tot de optie gevende vennootschap worden afgeleid uit het toekomstige aandeelhouderschap. Hij refereert daarbij naar de arresten van de Hoge Raad van 21 februari 2001 (*Werknemersoptie-arresten*) waarin werd geoordeeld dat de optiehouder in een gelijke rechtsbetrekking staat tot de optie gevende vennootschap als dat de aandeelhouder tot die vennootschap staat.<sup>144</sup> Bobeldijk is van mening dat het onzakelijke debiteurenrisico wordt geaccepteerd uit hoofde van het toekomstig aandeelhouderschap en dat de lening derhalve kwalificeert als ODR-lening.

Nieuweboer geeft aan dat de Hoge Raad als voorwaarde ter kwalificatie van een ODR-lening stelt, dat sprake moet zijn van een lening die is verstrekt aan een met de belastingplichtige gelieerde partij. Naar zijn mening volstaat voor het begrip gelieerdheid de aandeelhoudersrelatie uit hoofde van een deelnemingsverhouding.<sup>145</sup> Zodoende concludeert hij dat voor het begrip gelieerdheid een aandelenbelang van 5 procent voldoende is om een lening te kwalificeren als ODR-lening.<sup>146</sup>

Volgens Albert is het begrip gelieerdheid ten aanzien van de ODR-lening meer omvattend dan de begrippen ‘verbonden lichaam’ en ‘verbonden natuurlijk persoon’ in de zin van respectievelijk lid 4 en 5 van artikel 10a Wet VPB 1969. Dit leidt Albert af uit het

---

<sup>142</sup> Bobeldijk, *WFR* 2019/30, p. 181.

<sup>143</sup> Bobeldijk, *NtFR* 2016/9, p. 7.

<sup>144</sup> HR 21 februari, ECLI:NL:HR:2001:AB0155, *BNB* 2001/160, r.o. 3.1; HR 21 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0158, *BNB* 2001/161, r.o. 3.1.

<sup>145</sup> Zie voor ODR-lening omhoog en omlaag respectievelijk par. 1.3.3 en 1.3.4.

<sup>146</sup> Nieuweboer, *NtFR* 2011/2722, p. 5.

*Certificaathouder-uitkooparrest* nu in dat arrest sprake was van een aandelenbelang van 23,16 procent. De partijen waren derhalve niet ‘verbonden lichamen’ of ‘verbonden natuurlijke personen’ nu het percentage van het aandelenbelang lager lag dan een derde.<sup>147</sup> Uit het arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2013 leidt Albert af dat de aandeelhoudersrelatie die simultaan ontstaat met de crediteur/debiteur-relatie door het verstrekken van een lening, niet kan leiden tot de constatering van een ODR-lening.<sup>148</sup> Albert duidt dit aan als de simultaanuitzondering, waarbij het aandeelhouderschap voortvloeit uit het verstrekken van de lening.<sup>149</sup> Naar zijn mening formuleert de Hoge Raad een uitzondering op de simultaanuitzondering in zijn arrest van 28 februari 2014 (*BNB* 2014/98). De Hoge Raad overwoog in dat arrest, dat in het geval alle aandeelhouders min of meer in de verhouding van hun nog toe te kennen aandelenbelang geldleningen verstrekken waarmee een debiteurenrisico wordt gelopen dat niet zou worden aanvaard door een onafhankelijke derde, de geldleningen kwalificeren als ODR-leningen.<sup>150</sup> Ondanks de simultaanuitzondering, welke meebrengt dat een ODR-lening niet kan bestaan wanneer een debiteur/crediteur-relatie tegelijkertijd tot stand komt met het aandeelhouderschap, ontstaat in een gelijke casus als die van *BNB* 2014/98 wel een ODR-lening.

### 3.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wanneer sprake is van een ODR-lening. Ter bepaling van de fiscale winst dient onderscheid te worden gemaakt in eigen en vreemd vermogen. Voor de kwalificatie van een geldlening is volgens het *Kaspische Zeeboringen-arrest* de civielrechtelijke vorm van een geldverschaffing beslissend. In het *Unilever-arrest* worden drie limitatieve kwalificatie-uitzonderingen op deze regel geformuleerd. In het geval sprake is van een schijn-, deelnemerschaps- of bodemlozeputlening zal fiscale herkwalificatie van vreemd naar eigen vermogen plaatsvinden.

Bij de ODR-lening is sprake van het aangaan van een onzakelijk debiteurenrisico dat uit hoofde van de aandeelhoudersrelatie wordt geaccepteerd. Een dergelijk debiteurenrisico zal voor de fiscale winstbepaling dienen te worden gecorrigeerd naar zakelijke omstandigheden. Door middel van een rentecorrectie welke voldoet aan het ‘at arm’s length’-beginsel, kan de lening worden verzakelijkt en is sprake van een OR-lening. Bij de ODR-lening kan volgens *BNB* 2012/37 een dergelijk rentecorrectie niet plaatsvinden, omdat dit leidt tot een winstdelende rente. In dat geval wordt het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen aangetast, waardoor geen herkwalificatie tot kapitaal plaatsvindt. De terugbetalingsverplichting blijft immers bestaan voor de debiteur, waardoor de ODR-lening blijft kwalificeren als fiscaalrechtelijke lening. Slechts het onzakelijke debiteurenrisico komt op in de kapitaalsfeer. De ODR-lening vormt derhalve niet een vierde kwalificatie-uitzondering en blijft kwalificeren als een lening in fiscalibus. Het ‘at arm’s length’-beginsel en de doorwerking van de OESO-richtlijnen brengt daar, ondanks de opvatting van de Staatsecretaris van Financiën, geen

---

<sup>147</sup> Albert, *TFO* 2014/134.1, p. 211.

<sup>148</sup> HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9156, *BNB* 2013/171, r.o. 3.4.1.

<sup>149</sup> Albert, *TFO* 2014/134.1, p. 218-220.

<sup>150</sup> HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, *BNB* 2014/98, r.o. 3.3.3.1.

verandering in. Met Snoeij, Wagenaar, Maas en Vermeulen ben ik van mening dat het ‘at arm’s length’-beginsel slechts ter bepaling van de hoogte van de rentecorrectie op de ODR-lening dient.

De ODR-lening dient in zijn geheel te worden beoordeeld, waardoor zij niet wordt opgesplitst in een zakelijk en onzakelijk deel. Daarbij kunnen de leningovereenkomst, het aflossingsschema, de gestelde zekerheden, solvabiliteit of activiteiten van de debiteur, en verwachte winststromen indicatoren zijn ter constatering van een ODR-lening. Het accepteren van het debiteurenrisico geschiedt uit hoofde van de gelieerdheid tot de debiteur. Daarbij kan gelieerdheid ontstaan uit hoofde van een aandeelhoudersrelatie, een familiale relatie of persoonlijke betrekkingen, maar ook uit een niet-gelieerd verband op ingeven van een gemeenschappelijk aandeelhouder of uit hoofde van toekomstig aandeelhouderschap. Een bijzondere omstandigheid zoals een co-existerende zakelijke relatie naast de gelieerdheid, kan het onzakelijke debiteurenrisico evenwel wegnemen.

## Hoofdstuk 4: Wettelijke systeem van zakelijke transacties en de ODR-lening

### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk beantwoord ik de vraag wat de gevolgen zijn van de afwikkeling van de ODR-lening voor de fiscale winstbepaling. Voor de afwikkeling van de ODR-lening behandel ik twee momenten welke naar mijn mening van elkaar zijn te onderscheiden. Het eerste moment betreft de afwaardering van de ODR-lening voor de crediteur. Het tweede moment betreft het moment waarop de ODR-lening voor de debiteur dient vrij te vallen. Allereerst wordt in paragraaf 4.2.1 ingegaan op de discussie omtrent dit tweede moment van vrijval en het moment van het constateren van een informele kapitaalstorting of verkapte dividenduitdeling. Vervolgens ga ik in paragraaf 4.2.2-4.2.4 in op de specifieke consequenties van de afwikkeling van de ODR-lening tussen moeder- en dochtervennootschap ('omlaag') en dochter- en moedervernootschap ('omhoog'). Daartoe worden allereerst in paragraaf 4.2.2 en 4.2.3 respectievelijk kenmerken van de ODR-lening 'omlaag' en 'omhoog' behandeld. De problematiek rondom de ODR-lening 'omlaag' en de toepasbaarheid van de deelnemingsvrijstelling is in mijn ogen noodzakelijk voor de analyse van de ODR-lening 'omhoog'. Derhalve zal alvorens de ODR-lening 'omhoog' aan bod komt, de ODR-lening 'omlaag' worden behandeld. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 4.2.4 het eerste moment van afwikkeling van het afwaarderingsverlies in concreto voor de ODR-lening 'omhoog' en 'omlaag'. In paragraaf 4.2.5 sluit ik af met een analyse van de ODR-lening 'opzij', welke naar mijn mening een combinatie van de leerstukken van de ODR-lening 'omhoog' en 'omlaag' omvat. In die voege, wordt de ODR-lening 'opzij' behandeld na de uiteenzetting van de verschillende aspecten rondom de afwikkeling van de ODR-lening 'omhoog' en 'omlaag'.

### 4.2 De afwikkeling van de ODR-lening 'omlaag' en 'omhoog' binnen het systeem van zakelijke transacties

#### 4.2.1 Het tweede moment: informele kapitaalstortingen en verkapte dividenden

De Hoge Raad geeft in *BNB* 2014/98 expliciet aan dat het moment van de informele kapitaalstorting (ODR-lening 'omlaag') of verkapte dividenduitdeling (ODR-lening 'omhoog') nog niet plaatsvindt wanneer de lening wordt afgewaardeerd. In het geval van kwijtschelding van de vordering of bij liquidatie van de vennootschap staat volgens de Hoge Raad definitief vast dat niet meer wordt voldaan aan de aflossingsverplichting door de debiteur.<sup>151</sup> Het kan voor de analyse van de gevolgen van de afwikkeling van de resultaten op een ODR-lening van belang zijn wanneer dit moment van informele kapitaalstorting en verkapte dividend zich voordoet. De polemiek omtrent dit vraagstuk wordt in deze paragraaf besproken.

---

<sup>151</sup> HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, *BNB* 2014/98, r.o. 3.3.4.3.

Bavinck stelt voorop dat voor de bepaling van de winst van een onderneming de waardering van een onzakelijke lening beheerst wordt door de regels van goed koopmansgebruik. Daarbij heeft de ondernemer een zekere mate van vrijheid in de toepassing van deze regels. Volgens Bavinck ligt het gezien deze vrijheid niet voor de hand dat een keuze van de crediteur leidt tot de bepaling van het moment van onttrekking, waarmee de belastingpositie van de debiteur wordt bepaald. Naar zijn mening ligt het derhalve niet voor de hand dat het moment van onttrekking wordt bepaald door de regels van goed koopmansgebruik. In dat licht leidt een afwaardering bij de crediteur niet per definitie tot het constateren van een onttrekking bij de debiteur. Bavinck verdedigt zelfs dat voor de crediteur en de debiteur op hetzelfde moment een onttrekking en informele kapitaalstorting dient plaats te vinden. Dat moment zal zich naar zijn mening voordoen zodra vaststaat of zo goed als zeker is dat de ODR-lening niet zal worden afgelost. Bavinck zoekt in de arresten *Fokker I* – de schuld valt vrij wanneer vaststaat of zo goed als zeker is dat de schuld niet volledig zal worden voldaan –<sup>152</sup> en *Fokker II* – de schuld valt vrij wanneer zo goed als zeker is dat de debiteur de schuld niet hoeft te voldoen –<sup>153</sup> het antwoord op de vraag welk moment heeft te gelden als het moment van vrijval van de ODR-lening. Daarbij geeft Bavinck aan dat het criterium van het arrest *Fokker I* op een dusdanige manier dient te worden geïnterpreteerd dat zo goed als zeker dient te zijn dat de schuld nimmer betaald zou worden.<sup>154</sup>

Bavinck is van mening dat het arrest *Fokker I* daarbij als leidend dient te worden aangemerkt. Naar zijn mening vindt de vrijval van een ODR-lening zijn oorzaak in de insolventie van de debiteur, wat in de richting van de toepassing van *Fokker II* wijst, maar dient wel rekening gehouden te worden met de acceptatie van het debiteurenrisico uit hoofde van de aandeelhoudersrelatie. Gezien deze acceptatie kan volgens Bavinck de insolventie van de debiteur nimmer tot winst leiden en wordt daarom buiten het bereik van de toepassing van *Fokker II* gebleven. Naar zijn mening dient derhalve het in *Fokker I* gegeven criterium, dat vaststaat of zo goed als zeker is dat de schuld nimmer zal worden voldaan, als beslissend te worden geacht voor het moment waarop de ODR-lening overgaat naar de aandeelhouderssfeer. Op dat moment zal dan ook de ODR-lening, gelijktijdig met een afboeking door de crediteur, voor de debiteur vrijvallen.<sup>155</sup> Bavinck geeft evenwel aan dat zijn opvattingen meebrengen dat het voor de uitvoeringssfeer niet altijd duidelijk zal zijn is op welk moment zo goed als zeker is dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen.<sup>156</sup>

Met Heithuis ben ik in tegenstelling tot Bavinck van mening dat de onttrekking bij de ODR-lening niet op het moment waarop zo goed als zeker is dat de lening niet meer zal worden afgelost plaatsvindt, maar pas op het moment dat de schuldvordering in formeel-juridische zin tenietgaat. Heithuis acht op basis van *BNB 2012/37* en *BNB 2012/78* de leer van Bavinck onjuist.<sup>157</sup> De Hoge Raad stelt in *BNB 2012/78* voorop dat op het moment van kwijtschelding

---

<sup>152</sup> HR 14 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6212, BNB 2000/269, r.o. 3.4.

<sup>153</sup> HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR: 2002:AE3269, BNB 2003/44, r.o. 3.2.2.

<sup>154</sup> Bavinck, *WFR* 2018/9, p. 42-43.

<sup>155</sup> Bavinck, *WFR* 2018/9, p. 44-45.

<sup>156</sup> Bavinck, *WFR* 2018/9, p. 47.

<sup>157</sup> Heithuis, *WFR* 2018/46, p. 319.

van een ODR-lening, sprake is van een informele kapitaalstorting, terwijl deze opmerking niet wordt gemaakt in *BNB 2012/37* waar volstrekt vaststond dat de debiteur de lening niet meer zou aflossen.<sup>158</sup> Doordat de Hoge Raad in *BNB 2012/37* niet, net als in *BNB 2012/78* aangeeft dat op het moment dat volstrekt vaststaat dat niet meer zal worden afgelost ook een informele kapitaalstorting plaatsvindt, is Heithuis van mening dat de leer van Bavinck geen toepassing vindt. Voorts geeft Heithuis aan dat de Hoge Raad in het arrest *BNB 2014/98* twee voorbeelden geeft wanneer de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting voldoet. Daarbij geeft hij aan dat beide voorbeelden twee situaties zijn waarbij de geldlening in formeel-juridische zin tenietgaat. Dat voor de ODR-lening sprake dient te zijn van een formeel juridische benadering, stoelt Heithuis op de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest van 5 januari 2018 (*BNB 2018/60*).<sup>159</sup> In dat arrest geeft de Hoge Raad aan dat de criteria voor een deelnemerschapslening niet materieel moeten worden beoordeeld. Naar de mening van Heithuis strookt een materiële beoordeling namelijk niet met het uitgangspunt dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking bepaalt of sprake is van een geldlening of een kapitaalverstrekking. Volgens hem doet een materiele beoordeling tevens afbreuk aan de rechtszekerheid die de Hoge Raad beoogt in de formulering van criteria.<sup>160</sup> Heithuis leidt uit dit arrest naar analogie af dat niet een materieel-economische benadering van de criteria voor een ODR-lening volstaat, maar juist een formeel-juridische. Hij is derhalve van mening dat een onttrekking respectievelijk informele kapitaalstorting op de ODR-lening pas plaatsvindt wanneer deze in formeel-juridische zin tenietgaat en niet op het moment van afwaardering door de crediteur.<sup>161</sup>

Rijkers meent dat een de feitelijke waardedaling van een ODR-lening niet kan leiden tot een informele kapitaalstorting. Uit *BNB 2012/78* leidt Rijkers af dat namelijk sprake dient te zijn van een kwijtschelding of een andere wijze van het tenietgaan van de vordering, om te kunnen spreken van een transformatie van de ODR-lening naar (informeel)kapitaal.<sup>162</sup> Ook de liquidatie van de vennootschap is volgens Rijkers op basis van *BNB 2014/98* een voorbeeld van een wijze van het tenietgaan van de vordering. Zodoende is Rijkers van mening dat het moment waarop definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting voldoet, een objectieve (c.q. feitelijke) definitieve gebeurtenis is en niet een subjectief inzicht van de belastingplichtige of fiscus.<sup>163</sup> Hij is het daarom oneens met de mening van Bavinck dat ruimte bestaat voor een meer materiële benadering van het moment waarop het hybride bestaan van de ODR-lening eindigt. Rijkers is namelijk van mening dat de Hoge Raad een objectieve gebeurtenis hanteert om een sfeerovergang aan te duiden. Dit impliceert naar zijn mening een formeel-juridische benadering ter constatering van het moment van sfeerovergang.<sup>164</sup> Op die manier komt Rijkers naar mijn mening tot eenzelfde conclusie als Heithuis; het formeel-

---

<sup>158</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB 2012/78*, r.o. 3.5.

<sup>159</sup> Heithuis, *WFR 2018/46*, p. 319.

<sup>160</sup> HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:2, *BNB 2018/60*, r.o. 2.4.2

<sup>161</sup> Heithuis, *WFR 2018/46*, p. 320.

<sup>162</sup> Rijkers, *CB 2019/IB.3.4.4.C.b.* par: "Jurisprudentie".

<sup>163</sup> Rijkers, *CB 2019/IB.3.4.4.C.b.* par: "Tijdstip informele kapitaalstorting".

<sup>164</sup> Rijkers, *CB 2019/IB.3.4.4.C.b.* par: "Precisering moment van transformatie van lening naar kapitaal: formeel of materieel te benaderen".

juridisch tenietgaan van de lening markeert het moment van verkapte dividenduitdeling of informele kapitaalstorting.

Bobeldijk e.a. menen in tegenstelling tot Heithuis en Rijkers dat wel sprake kan zijn van een meer materiële benadering voor het begrip ‘definitief vaststaan’ en het moment van constatering van een onttrekking of kapitaalstorting. Daarbij stellen zij voorop dat de ODR-lening haar bestaan ontleent aan de aanvaarding van een onzakelijk debiteurenrisico, waarvan de gevolgen op basis van het totaalwinstbeginsel zich afspelen in de kapitaalsfeer. Zij zijn van mening dat zodra de bestaansgrond aan de ODR-lening komt te ontvallen, de waarde van dit debiteurenrisico voor de crediteur definitief vaststaat en aan het vermogen van de debiteur ten goede komt. Volgens Bobeldijk e.a. beschrijft de Hoge Raad in *BNB* 2014/98 slechts formele omstandigheden – zoals kwijtschelding van de lening en liquidatie van de vennootschap – welke het definitief vaststaan van de waarde van het debiteurenrisico markeren. Zij zijn van mening dat ook meer materiële omstandigheden zoals de overdacht van de ODR-lening, faillissement van de debiteur of het verbreken van de vennootschappelijk betrekkingen als zodanig – door de verkoop van de aandelen in de debiteur aan een derde of een juridische fusie waardoor de debiteur ophoudt te bestaan –, kwalificeren als momenten waarop het onzakelijke debiteurenrisico wordt afgewikkeld met als gevolg dat de bestaansgrond van de ODR-lening ontvalt. Op dat moment dient volgens hen de waarde van het onzakelijke debiteurenrisico in de vorm van verkapt dividend (ODR-lening ‘omhoog’) of informele kapitaalstorting (ODR-lening ‘omlaag’) te worden geconstateerd. Daarbij zal naar hun mening deze constatering bij de debiteur en crediteur op hetzelfde moment worden geformaliseerd.<sup>165</sup>

Mij lijkt de formeel-juridische tenietgang het juiste moment ter indicatie van het moment dat sprake is van een verkapte dividenduitdeling of informele kapitaalstorting. Waar Bobeldijk e.a. aangeven dat ook meer materiële situaties aanleiding geven tot het constateren van een uitdeling of storting, blijft tot op heden onduidelijk of deze situaties ook daadwerkelijk tot gevolg hebben dat een uitdeling of storting kan worden geconstateerd. Wanneer ik het betoog van Heithuis en het daarin aangehaalde arrest *BNB* 2018/60 lees, lijkt mij een materiële interpretatie van *BNB* 2014/98 niet correct. Het door Bavinck gevoerde betoog lijkt mij daarom thans niet doorslaggevend. Het blijft naar mijn mening afwachten of de Hoge Raad de momenten die Bavinck en Bobeldijk e.a. ter constatering van uitdelingen en stortingen aanduiden ook zal kwalificeren als de momenten waarop definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting voldoet. Vooralsnog ben ik daarom met Heithuis en Rijkers van mening dat het moment van sfeerovergang op een formeel-juridische manier dient te worden geconstateerd. Daarbij ben ik het wel met Bavinck en Bobeldijk e.a. eens dat bij de debiteur en crediteur op hetzelfde moment de verkapte dividenduitdeling of informele kapitaalstorting zal plaatsvinden. Dat moment zal naar mijn mening zich pas voordoen als de ODR-lening in formeel-juridische zin tenietgaat. Overigens ben ik het met Bruins Slot eens dat op het moment van afwaardering bij de crediteur een onttrekking wordt geconstateerd. Naar mijn mening gebeurt er niets bij de debiteur op dat moment; de betalingsverplichting blijft immers gewoon staan.

---

<sup>165</sup> Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, *MBB* 2018/4, p. 134-135.



## 4.2.2 Onzakelijke lening ‘omlaag’

De ODR-lening ‘omlaag’ is voor het eerst naar voren gekomen in het arrest *BNB 2012/37*. De ODR-lening die wordt verstrekt van de aandeelhouder aan de vennootschap, blijft volgens de Hoge Raad, zolang een terugbetalingsverplichting bestaat, fiscaalrechtelijk kwalificeren als lening, waarvan het onzakelijke debiteurenrisico zich afspeelt in de kapitaalsfeer.<sup>166</sup> In het later gewezen arrest van 15 maart 2013 (*BNB 2013/149*) geeft de Hoge Raad de voor betwisting vatbare regel dat de voor- en nadelen op dit debiteurenrisico buiten beschouwing blijven door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling.<sup>167</sup> Dit brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat op het moment van afwaardering reeds sprake is van een informele kapitaalstorting.<sup>168</sup> Dit moment zal zoals reeds betoogd liggen of het moment van de formeel-juridische tenietgang van de ODR-lening. Het verlies dat niet in aftrek kan worden gebracht kan volgens de Hoge Raad worden toegevoegd aan het opgeofferde bedrag van de deelneming. Zodoende kan het verlies op de onzakelijke lening ‘omlaag’ uiteindelijk in de vorm van liquidatieverlies op de deelneming in aftrek worden gebracht.<sup>169</sup>

Ook Arts beweert dat bij de afwaardering van de ODR-lening ‘omlaag’ sprake is van een afwaarderingsverlies dat niet kan worden genomen door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Daar staat naar zijn mening evenwel tegenover dat op het moment van daadwerkelijke kwijtschelding, een informele kapitaalstorting in de debiteur plaatsvindt ter grootte van het nominale bedrag van de ODR-lening. Volgens Arts dient ter zake van het verschil tussen deze kapitaalstorting en de boekwaarde van de ODR-lening bij de debiteur een boekwinst te worden genoten, welke door de werking van de deelnemingsvrijstelling niet in aanmerking wordt genomen bij de aandeelhouder-crediteur.<sup>170</sup> Daarentegen is naar de mening van Arts en Van den Dool e.a., in het geval de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, het afwaarderingsverlies op het onzakelijke debiteurenrisico wel aftrekbaar bij de aandeelhouder.<sup>171</sup> Daar staat naar de mening van Arts tegenover dat bij kwijtschelding van de ODR-lening een belaste boekwinst bij de aandeelhouder-crediteur wordt genoten door de werking van artikel 13ba Wet VPB 1969.<sup>172</sup> Initieel bij afwaardering een dergelijke afwaardering aftrekbaar verklaren louter op basis van de afwezigheid van toepasbaarheid van de deelnemingsvrijstelling lijkt mij gezien het systeem het totaalwinstbeginsel onjuist. Ter verdediging van die stelling beschrijf ik hieronder de betogen van Heithuis en Niessen.<sup>173</sup>

Heithuis meent dat het niet uitmaakt of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is voor de (niet-)aftrekbaarheid van het afwaarderings- of kwijtscheldingsverlies. Hij baseert zijn mening op het arrest *BNB 1995/15* waar de Hoge Raad oordeelde dat voor de niet-aftrekbaarheid van

---

<sup>166</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*, r.o. 3.3.3.

<sup>167</sup> Van den Dool, e.a. 2017, p. 124; HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, *BNB 2013/149* r.o. 3.3.3.

<sup>168</sup> HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, *BNB 2014/98*, r.o. 3.3.4.3.

<sup>169</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, *BNB 2012/38*, r.o. 3.2.3.

<sup>170</sup> Arts 2018, p. 117-118.

<sup>171</sup> Arts 2018, p. 117 en Van den Dool, e.a. 2017, p. 125.

<sup>172</sup> Arts 2018, p. 118.

<sup>173</sup> Heithuis, *WFR 2014/451*; Concl. A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018.

een winstuitdeling, niet is vereist dat de uitgave aan de aandeelhouder ten goede is gekomen.<sup>174</sup> Dit brengt volgens Heithuis mee dat, vanuit de vennootschap bezien, voldoende is dat de uitgaven bedrijfsvreemd (onzakelijk) zijn om die uitgaven van aftrek uit te sluiten. Vervolgens betoogt Heithuis dat een ODR-lening, waarbij een onzakelijk debiteurenrisico wordt gelopen, niet het bedrijfsbelang van de schuldeiser dient, met als gevolg dat de resultaten die daaruit voortvloeien niet-aftrekbaar zijn. Volgens Heithuis is immers op basis van *BNB 1995/15* niet noodzakelijk dat de lening in het vermogen is gekomen van de schuldenaar.<sup>175</sup>

Heithuis zoekt steun in het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2011 (*BNB 2012/78*). In dat arrest werd geoordeeld dat ook voor inkomstenbelasting, waar de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, een verlies op een ODR-lening ‘omlaag’ niet-aftrekbaar is.<sup>176</sup> Deze niet-aftrekbaarheid van het verlies kan volgens Heithuis, net als de niet-aftrekbaarheid van het verlies op de ODR-lening in de vennootschapsbelasting, worden verklaard door *BNB 1995/15*. Naar zijn mening is het derhalve niet relevant, voor de (niet-)aftrekbaarheid van het verlies op de ODR-lening ‘omlaag’, of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Analooq aan de niet-aftrekbaarheid van het verlies op de ODR-lening in *BNB 2012/78* maakt het naar de mening van Heithuis derhalve niet uit of de deelnemingsvrijstelling de aftrekbaarheid van een verlies op de ODR-lening ‘omlaag’ voor de vennootschapsbelasting verhindert. Heithuis vraagt zich echter wel af waarom de Hoge Raad *BNB 2013/149* heeft gegrond op de deelnemingsvrijstelling en niet op *BNB 1995/15*.<sup>177</sup>

A-G Niessen kom tot een gelijkkluidende conclusie als Heithuis en is van mening dat de deelnemingsvrijstelling niet noodzakelijk is voor de niet-aftrekbaarheid van het verlies op de ODR-lening. Hij stelt daarbij voorop dat de ODR-lening ‘omlaag’ is gestoeld op het totaalwinstbeginsel en dat derhalve de onzakelijke-leningjurisprudentie van toepassing is.<sup>178</sup> Niessen stelt vast dat verliezen op de ODR-lening worden beoordeeld vanuit de totaalwinstgedachte en dat de Hoge Raad deze gedacht in *BNB 2013/149* en *BNB 2014/98* niet afwijst.<sup>179</sup> De A-G geeft in zijn betoog het volgende aan:

*“De deelnemingsvrijstelling ziet in wezen (ook) op de totaalwinst. Voor- en nadelen die onder de deelnemingsvrijstelling vallen, worden immers uitgesloten van de totaalwinst. Mogelijk is de Hoge Raad van oordeel dat een verlies op een onzakelijke lening om die reden al geen deel uitmaakt van de totaalwinst. Ik zou menen dat de voor- en nadelen die voortvloeien uit een onzakelijke lening verstrekt door een moedervernootschap aan een (klein)dochtervennootschap in essentie geen onderdeel kunnen uitmaken van de totaalwinst van de betrokken vennootschappen: zij vormen immers geen voordeel uit onderneming. In die visie wordt in zijn geheel niet toegekomen aan toepassing van de deelnemingsvrijstelling.”<sup>180</sup>*

---

<sup>174</sup> Zie ook paragraaf 2.2.1: onttrekkingen; HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, *BNB 1995/16*, r.o. 3.3.

<sup>175</sup> Heithuis, *WFR 2014/451*, par. 2.2.

<sup>176</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB 2012/78*, r.o. 3.3.

<sup>177</sup> Heithuis, *WFR 2014/451*, par. 2.2.

<sup>178</sup> Concl. A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018, par 5.12.

<sup>179</sup> Concl. A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018, par 5.19.

<sup>180</sup> Concl. A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018, par 5.17-5.18.

Gezien de betogen van Heithuis en Niessen kan ik mij niet vinden in de visie van Van den Dool e.a. en Arts. Naar mijn mening leiden de situaties die Van den Dool e.a. en Arts schetsen, in het geval de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, slechts tot een temporeel liquiditeitsvoordeel tussen het moment van afwaarderen en kwijtschelden van de ODR-lening ‘omlaag’. Ik kan mij, gezien het feit dat voor een ODR-lening ‘omhoog’ heeft te gelden dat resultaten op het onzakelijke debiteurenrisico opkomen in de aandeelhouderssfeer, vinden in de mening van Heithuis en Niessen. Naar mijn mening lijkt de ratio die de Hoge Raad in het *Certificaathouder-uitkooparrest* gebruikt ook relevant voor de ODR-lening ‘omlaag’. Zodoende ben ik met Heithuis en Niessen van mening dat kan worden betoogd dat de niet-aftrekbaarheid van een verlies op een ODR-lening ‘omlaag’, zijn oorsprong vindt in het totaalwinstbeginsel en niet noodzakelijk door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling.

#### 4.2.3 Onzakelijke lening ‘omhoog’

De ODR-lening ‘omhoog’ betreft een ODR-lening die is verstrekt door de vennootschap aan haar aandeelhouder. In het *Certificaathouder-uitkooparrest* bepaalde de Hoge Raad dat een ODR-lening omhoog opkomt in de aandeelhouderssfeer. Zodoende was het eventuele verlies op de geldlening niet-aftrekbaar van de fiscale winst.<sup>181</sup>

Arts meent dat het initiatief voor het aangaan van de ODR-lening ‘omhoog’ indirect wordt genomen door de aandeelhouder. Naar zijn mening vormt de afwaardering op de ODR-lening ‘omhoog’ derhalve een bewuste bevoordeling van de aandeelhouder. Dat brengt volgens hem mee dat ingevolge artikel 10 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969, het afwaarderingsverlies niet-aftrekbaar is bij de aandeelhouder.<sup>182</sup> Daarentegen ben ik met Vermeulen van mening dat niet op basis van dat artikel maar op basis van het totaalwinstbeginsel de afwaardering niet-aftrekbaar is.<sup>183</sup> Volgens Arts wordt het afwaarderingsverlies door de aandeelhouder in de vorm van verkapt dividend genoten. Dit verkapte dividend wordt belast als winst wanneer de aandelen in de vennootschap-crediteur opkomen in de onderneming van een aandeelhouder, of als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang in het geval de aandeelhouder een aanmerkelijk belang in de vennootschap-crediteur heeft. Arts is van mening dat in het geval het verkapte dividend wordt genoten door een belastingplichtig lichaam voor de vennootschapsbelasting, dit dividend onbelast blijft wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.<sup>184</sup> Daarentegen ben ik met Heithuis en A-G Niessen van mening dat op grond van het totaalwinstbeginsel de deelnemingsvrijstelling niet noodzakelijk is voor het niet-aftrekbaar zijn van het afwaarderingsverlies. In de volgende paragraaf ga ik aan de hand van de reactie van Bruins Slot op het eerder beschreven betoog van Bavinck verder in op hoe het afwaarderingsverlies voor de ODR-lening ‘omlaag’ en ‘omhoog’ wordt afgewikkeld.

---

<sup>181</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191, r.o. 3.4.

<sup>182</sup> Arts 2018, p. 128-129.

<sup>183</sup> Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.f.

<sup>184</sup> Arts 2018, p. 128-129.

#### 4.2.4. Het eerste moment: Onttrekking bij de crediteur ‘omhoog’ en ‘omlaag’

Bruins Slot is het niet eens met het eerder aangekaarte betoog van Bavinck waarin wordt gesteld dat op het moment dat de ODR-lening wordt afgeboekt bij de debiteur, gelijktijdig een onttrekking en storting bij de debiteur en crediteur plaatsvindt.<sup>185</sup> Bruins Slot stelt dat het moment waarop de dochtermaatschappij het dividend als onttrekking boekt door afwaardering wel degelijk kan verschillen van het moment waarop de aandeelhouder het dividend in zijn boeken verantwoordt. Hij stelt voorop dat goed koopmansgebruik niet alleen het moment van afwaarderen bepaalt, maar ook het moment waarop de onttrekking voor de ODR-lening ‘omhoog’ bij de crediteur wordt vastgesteld. Bruins Slot is van mening dat het arrest *BNB* 2014/98 geen oplossing biedt voor het vraagstuk op welk moment een dividenduitdeling of een informele kapitaalstorting plaatsvindt. Bruins Slot geeft aan dat de Hoge Raad in *BNB* 2014/98 via de deelnemingsvrijstelling de afwaarderingslast bij de ODR-lening ‘omlaag’ uit de belaste winst haalt, zonder dat hij daar een informele kapitaalstorting in de debiteur tegenover zet. Volgens Bruins Slot kan de onverkorte toepassing van de rechtsregel uit het arrest *BNB* 2014/98 bij de ODR-lening ‘omhoog’ niet leiden tot het elimineren van de afwaarderingslast uit de belaste winst via de deelnemingsvrijstelling. Naar zijn mening betreft de afwaarderingslast een last die geen deel uitmaakt van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming. Daarom kan volgens hem de afwaarderingslast bij de crediteur, tevens dochtermaatschappij, slechts uit de belaste winst worden geëlimineerd door middel van een onttrekking. Bruins Slot concludeert derhalve dat op basis van goedkoopmansgebruik al op het moment van afwaardering van de vordering bij de dochtermaatschappij-crediteur een onttrekking wordt geconstateerd. Daarbij geeft hij aan dat die onttrekking in de regel nog niet in de boeken van de moedermaatschappij-debiteur zal zijn verwerkt. Naar zijn mening hoeft de geconstateerde onttrekking bij de dochtermaatschappij-crediteur derhalve niet samen te vallen met de corresponderende uitdeling bij de moedermaatschappij-debiteur. Zodoende kan volgens Bruins Slot het moment van het constateren van een onttrekking bij debiteur en crediteur wel degelijk verschillend zijn.<sup>186</sup>

Bavinck gaat in zijn naschrift onder het betoog van Bruins Slot in op diens mening. Daarbij is Bavinck van mening dat Bruins Slot het probleem te boekhoudkundig aanpakt. Bavinck onderscheidt twee momenten: het eerste moment zodra de dochtermaatschappij-crediteur de vordering afwaardeert en het tweede moment wanneer een verkapt dividend aan de moedermaatschappij-debiteur wordt geconstateerd. Daarbij geeft Bavinck aan dat pas op het tweede moment bij afboeking een onttrekking wordt geconstateerd bij de dochtermaatschappij-crediteur, terwijl Bruins Slot van mening is dat die onttrekking reeds op het eerste moment plaatsvindt. Daarentegen meent Bavinck dat desalniettemin de afwaardering op het eerste moment niet-aftrekbaar is, zonder dat sprake is van een onttrekking op dat moment. Volgens hem wordt namelijk vooruitgelopen op het tweede moment. Op dat tweede moment valt uit de mening van Bavinck op te maken dat het verlies onder artikel 10 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 valt. Naar zijn mening valt het afwaarderingsverlies op het eerste moment derhalve ook onder de reikwijdte van niet-aftrekbaarheid van dat artikel. Bavinck stelt namelijk dat het

---

<sup>185</sup> Bavinck, *WFR* 2018/9, p. 44-45.

<sup>186</sup> Bruins Slot, *WFR* 2018/51, p. 361-362.

preluderen op een niet-aftrekbare last niet kan leiden tot een last. Met Vermeulen en A-G Niessen ben ik daarentegen van mening dat een dergelijke niet-aftrekbaarheid is ingegeven door het totaalwinstbeginsel.<sup>187</sup> Vervolgens stelt Bavinck zich naar mijn mening op een tegenstrijdig standpunt, door te beweren dat ten aanzien van dat eerste moment geen onttrekking wordt geconstateerd bij de dochtermaatschappij-crediteur, maar wel in haar aangifte vennootschapsbelasting dient te worden verwerkt. Ik ben van mening dat analoog aan het betoog van Bruins Slot, in het licht van het totaalwinstbeginsel, zowel in de boeken als in de aangifte een onttrekking dient te worden geconstateerd, welke niet op basis van artikel 10 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 is gegrond.<sup>188</sup>

Ik meen dat ook Bobeldijk e.a. net als Bruins Slot van mening zijn dat het afwaarderingsverlies op de ODR-lening ‘omhoog’ door middel van een onttrekking wordt gecorrigeerd. Daarbij maken zij, ondanks de doctrine van het *Renpaarden-* en *Bentley-arrest*, het eerder aangeduide onderscheid tussen een winstuitdeling en onttrekking. Zij zijn van mening dat niet de geldverstrekking op zich onzakelijk is, maar juist het geaccepteerde debiteurenrisico. Op het moment van aanvaarding van dit debiteurenrisico is nog niks ten goede gekomen aan de debiteur, waardoor geen sprake is van een uitgave met als oogmerk de persoonlijke behoeftebevrediging van de aandeelhouder. Pas als de waarde van het debiteurenrisico aankomt bij de debiteur, op het door hen naar mijn mening niet correct gehanteerde moment van materiële tenietgang van de ODR-lening, is volgens hen sprake van een uitdeling. Zodoende zijn alle resultaten die voor dit moment zijn toe te rekenen aan het debiteurenrisico volgens Bobeldijk e.a. aan te merken als onttrekkingen, maar geen uitdelingen.<sup>189</sup> Ik meen dan ook dat de visie van Bobeldijk e.a. meebrengt dat een afwaarderingsverlies door middel van een onttrekking dient te worden gecorrigeerd. Ik kan mij vinden in het onderscheid dat Bobeldijk e.a. aanbrengen tussen de uitdeling en de onttrekking, welke visie naar mijn mening in lijn is met die van Albert en Spieker.<sup>190</sup>

Naar mijn mening zal, zoals Bruins Slot en Bobeldijk e.a. beweren, bij het moment van afwaardering van de ODR-lening ‘omhoog’ een onttrekking bij de dochtermaatschappij-crediteur worden geconstateerd ter verzakelijking van de transactie voor de fiscale winstbepaling. Bij de debiteur wordt pas op het moment van de formeel-juridische tenietgang van de ODR-lening ‘omhoog’ een verkapte winstuitdeling geconstateerd. Zodoende bestaat een verschillend moment tussen de onttrekking en de daadwerkelijke winstuitdeling, welke wordt veroorzaakt door de werking van het totaalwinstbeginsel.

Zoals reeds eerder beschreven geeft Bruins Slot aan dat de correctie bij de ODR-lening ‘omhoog’ door de Hoge Raad wordt gecorrigeerd via de deelnemingsvrijstelling.<sup>191</sup> Ook Bobeldijk e.a. zijn van mening dat door de werking van de deelnemingsvrijstelling het

---

<sup>187</sup> Concl. A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018, par 5.4-5.12; Vermeulen, CB 2020/Vpb.2.0.5.A.f.

<sup>188</sup> Bruins Slot, *WFR* 2018/51, p. 362.

<sup>189</sup> Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, *MBB* 2018/4, p. 134.

<sup>190</sup> Zie ook paragraaf 2.2.1; Albert, *BNB* 2008/139, par 4; Spieker, *WFR* 2008/1103, par 3.3-3.4.2.

<sup>191</sup> Bruins Slot, *WFR* 2018/51, p. 362.

afwaarderingsverlies op de ODR-lening ‘omlaag’ niet-afrekbaar is.<sup>192</sup> Ik ben daarentegen met Niessen van mening dat de niet-afrekbaarheid van het afwaarderingsverlies is gestoeld op het totaalwinstbeginsel waardoor de deelnemingsvrijstelling niet nodig ter constatering van de niet-afrekbaarheid.<sup>193</sup> De correctie van het afwaarderingsverlies op de ODR-lening ‘omlaag’ geschiedt naar mijn mening omgekeerd equivalent aan de reeds omschreven systematiek voor de ODR-lening ‘omhoog’. Derhalve ben ik van mening dat zodra de crediteur-moedermaatschappij de ODR-lening afwaardeert, bij haar een onttrekking wordt geconstateerd welke op basis van het totaalwinstbeginsel niet-afrekbaar is. Bij de debiteur-dochtermaatschappij zal pas op het moment van het formeel-juridische tenietgaan een informele kapitaalstorting plaatsvinden.

In de onderstaande figuur vat ik, ter afsluiting van deze paragraaf, samen hoe de afwikkeling van de ODR-lening ‘omhoog’ en ‘omlaag’ in journaalposten tot uiting komt. Daartoe neem ik de kwijtschelding van de ODR-lening als voorbeeld voor het moment van formeel-juridische tenietgang van de ODR-lening. In het onderstaande voorbeeld vertegenwoordigt de ODR-lening een waarde van “x”.

**ODR-lening ‘omhoog’: afwaardering**

Crediteur-dochtermaatschappij		
<i>Onttrekking</i>	<i>x</i>	
<i>‘Aan’ vordering</i>		<i>x</i>
Debiteur-moedermaatschappij		
<i>xxx</i>		
<i>xxx</i>		

**ODR-lening ‘omhoog’: kwijtschelding**

Crediteur-dochtermaatschappij		
<i>xxx</i>		
<i>xxx</i>		
Debiteur-moedermaatschappij		
<i>Vordering</i>	<i>x</i>	
<i>‘Aan’ Info kap</i>		<i>x</i>

**ODR-lening ‘omlaag’: afwaardering**

Crediteur-moedermaatschappij		
<i>Onttrekking</i>	<i>x</i>	
<i>‘Aan’ vordering</i>		<i>x</i>
Debiteur-dochtermaatschappij		
<i>xxx</i>		
<i>xxx</i>		

**ODR-lening ‘omlaag’: kwijtschelding**

Crediteur-moedermaatschappij		
<i>xxx</i>		
<i>xxx</i>		
Debiteur-dochtermaatschappij		
<i>Vordering</i>	<i>x</i>	
<i>‘Aan’ Info kap</i>		<i>x</i>

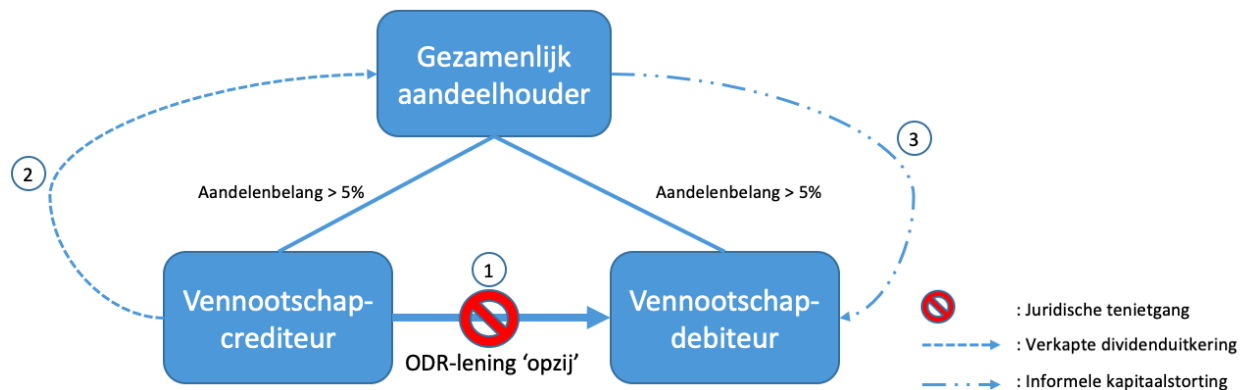
*Afbeelding 1: Journaalposten ter afwikkeling van de ODR-lening ‘omhoog’ en ‘omlaag’*

#### 4.3 De afwikkeling van de ODR-lening ‘opzij’ binnen het systeem van zakelijke transacties

<sup>192</sup> Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, *MBB* 2018/4, p. 134-135.

<sup>193</sup> Concl. A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018, par 5.4-5.12

Het onzakelijke debiteurenrisico van de ODR-lening die is afgesloten tussen twee zustervennootschappen met een gezamenlijke aandeelhouder, speelt zich volgens de Hoge Raad af in de kapitaalsfeer. De resultaten op dit onzakelijke debiteurenrisico worden niet tot het fiscale ondernemingsresultaat gerekend. Zodra de ODR-lening formeel-juridisch tenietgaat,<sup>194</sup> zal sprake zijn van een winstuitdeling door de zustervennootschap-crediteur aan de gemeenschappelijke aandeelhouder,<sup>195</sup> gevolgd door een informele kapitaalstorting in de zustervennootschap-debiteur.<sup>196</sup>



Afbeelding 2: Juridische tenietgang ODR-lening 'opzij'

De Hoge Raad geeft daarnaast in *BNB 2015/141* aan dat het verlies op de ODR-lening opzij niet aftrekbaar is voor de vennootschap-crediteur.<sup>197</sup> Met Arts ben ik van mening dat in het geval de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, de verkapte dividenduitdeling aan de gezamenlijke aandeelhouder is vrijgesteld. Volgens Arts wordt na de verkapte dividenduitdeling via een informele kapitaalstorting, vanuit de gezamenlijke aandeelhouder, het opgeofferde in de vennootschap-debiteur verhoogd.<sup>198</sup> Evenwel ben ik van mening dat in het geval de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing dit bij de gezamenlijke aandeelhouder tot een heffing van vennootschapsbelasting leidt. De informele kapitaalstorting in de zustervennootschap-debiteur geschiedt tegen het bruto bedrag van de winstuitdeling die de zustervennootschap-crediteur aan de gezamenlijke aandeelhouder doet. Immers, het vermogen van de zustervennootschap-debiteur blijft onveranderd doordat de ODR-lening vervalt en in de vorm van informeel kapitaal in de zustervennootschap-debiteur aanwezig blijft. Dat de winstuitdeling bij de gezamenlijke aandeelhouder aan de heffing van vennootschapsbelasting wordt onderworpen, staat los van de informele kapitaalstorting in de zustervennootschap-debiteur.

Naar mijn mening vormt de ODR-lening 'opzij' een combinatie van de leerstukken van de ODR-lening 'omhoog' en 'omlaag'. De gevolgen voor de afwikkeling van de ODR-lening 'opzij' zal ik aan de hand van een casus die ik ontleen aan Bobdeldijk e.a. uitwerken. Daarbij komen in de uitwerking de inzichten die ik heb beschreven in de vorige paragraaf tot uiting,

<sup>194</sup> Afbeelding 1, stap 1.

<sup>195</sup> Afbeelding 1, stap 2.

<sup>196</sup> Afbeelding 1, stap 3.

<sup>197</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, *BNB 2015/141*, r.o. 2.3.1–2.3.2.

<sup>198</sup> Arts 2018, p. 142-145.

waardoor ik de casus parafreaseer. De door Bobeldijk e.a. geschetste casus betreft de volgende<sup>199</sup>:

X BV verstrekt een ODR-lening van 1.000 aan zustermaatschappij Y BV. De aandelen X BV en Y BV worden gehouden door aandeelhouder A BV. X BV waardeert op moment I de ODR-lening af naar 400. Op moment II scheldt X BV de lening kwijt. In de onderstaande afbeelding schets ik de uitwerking van dit feitencomplex.

**I afwaardering tot €400:**

<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td colspan="2">A BV:</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">xxx</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">xxx</td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="2">X BV</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">Onttrekking</td> <td style="text-align: right;">€600</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">'Aan' vordering</td> <td style="text-align: right;">€600</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Y BV</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">xxx</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">xxx</td> <td></td> </tr> </table>	A BV:		xxx		xxx		X BV		Onttrekking	€600	'Aan' vordering	€600	Y BV		xxx		xxx		<p>X BV heeft het onzakelijke debiteurenrisico genomen om het belang van aandeelhouder A BV te dienen. Voor X BV bevindt dit onzakelijke debiteurenrisico zich daarom in de vennootschappelijke betrekkingen met A BV.</p> <p>Bij afwaardering van de onzakelijke lening door X BV boekt zij een onttrekking van € 600. Deze onttrekking is (nog) geen uitdeling, want het onzakelijke debiteurenrisico gaat nog niet over in het vermogen van Y BV.</p> <p>A BV en Y BV boeken nog niets. De waarde van het onzakelijke debiteurenrisico staat nog niet definitief vast.</p>
A BV:																			
xxx																			
xxx																			
X BV																			
Onttrekking	€600																		
'Aan' vordering	€600																		
Y BV																			
xxx																			
xxx																			

**II kwijtschelding restant €400:**

<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td colspan="2">A BV:</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">Info kap</td> <td style="text-align: right;">€1.000</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">'Aan' verkapt dividend</td> <td style="text-align: right;">€1.000</td> </tr> <tr> <td colspan="2">X BV</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">Onttrekking</td> <td style="text-align: right;">€400</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">'Aan' vordering</td> <td style="text-align: right;">€400</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Y BV</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">Vordering</td> <td style="text-align: right;">€1.000</td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">'Aan' Info kap</td> <td style="text-align: right;">€1.000</td> </tr> </table>	A BV:		Info kap	€1.000	'Aan' verkapt dividend	€1.000	X BV		Onttrekking	€400	'Aan' vordering	€400	Y BV		Vordering	€1.000	'Aan' Info kap	€1.000	<p>X BV boekt een onttrekking van €400, welke tevens een uitdeling vormt doordat het onzakelijke debiteurenrisico over gaat in het vermogen van Y BV door de formeel-juridische tenietgang. De reeds geconstateerde onttrekking van €600 vertaalt zich op dit moment ook in een zichtbare uitdeling, die het vermogen van X BV niet verder doet afnemen.</p> <p>A BV boekt een verkapte dividenduitkering uit X BV van € 1.000, welke bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling op X BV is vrijgesteld. Daarnaast boekt A BV een informele kapitaalstorting in Y BV.</p> <p>Y BV boekt een informele kapitaalstorting van € 1.000 en de vrijval van de lening van X BV.</p>
A BV:																			
Info kap	€1.000																		
'Aan' verkapt dividend	€1.000																		
X BV																			
Onttrekking	€400																		
'Aan' vordering	€400																		
Y BV																			
Vordering	€1.000																		
'Aan' Info kap	€1.000																		

*Afbeelding 3: Afwikkeling ODR-lening 'opzij'*

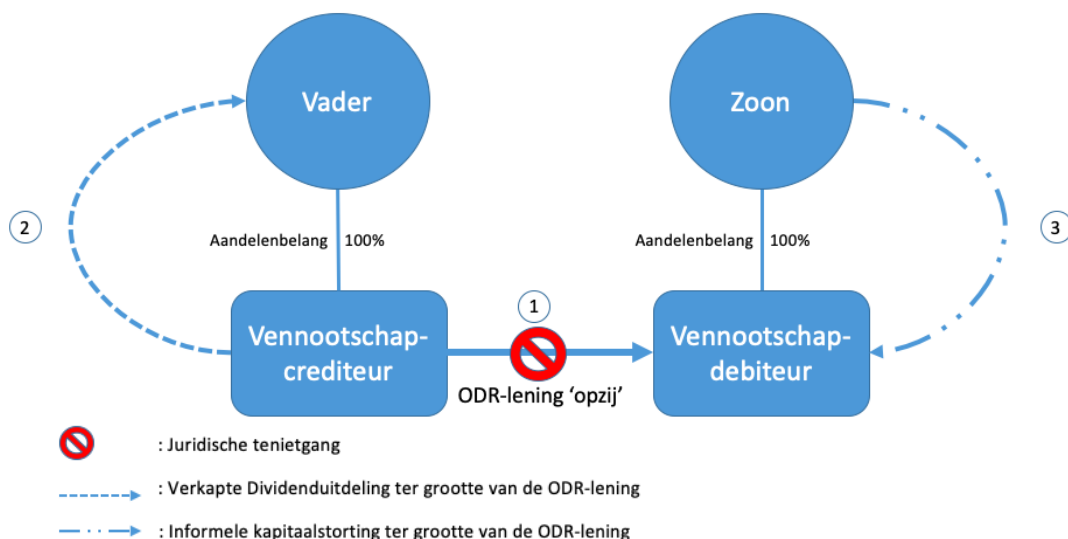
Heithuis geeft aan dat indien de ODR-lening 'opzij' formeel-juridisch tenietgaat en een informele kapitaalstorting het opgeofferde bedrag in de vennootschap-debiteur verhoogt, niet analoog aan het arrest *BNB 2012/38* via de liquidatieverliesregeling uiteindelijk het afwaarderingsverlies op de ODR-lening 'opzij' in aftrek kan worden gebracht door de werking van artikel 13d lid 3 Wet VPB 1969. In het geval van de ODR-lening 'opzij' valt het liquidatieverlies, dat voortkomt uit de verhoging van het opgeofferde bedrag in de

<sup>199</sup> Bobeldijk, Van der Velden & Schakenraad, *MBB* 2018/4, p. 136-137.



vennootschap-debiteur door de informele kapitaalstorting, namelijk weg tegen de verkapte winstuitdeling van de vennootschap-crediteur aan de gezamenlijke aandeelhouder. Conform artikel 13d lid 3 Wet VPB 1969 dient namelijk de verkapte dividenduitdeling te worden gerekend tot het totaal van liquidatie-uitkeringen. Volgens Heithuis kan zodoende het afwaarderingsverlies op de ODR-lening ‘opzij’, zowel direct als indirect via het liquidatieverlies, niet in aftrek worden gebracht in de gevallen dat de ODR-lening wordt kwijtgescholden, of dat de vennootschap-debiteur wordt geliquideerd.<sup>200</sup>

Albert geeft aan dat de lening die wordt verstrekt door de vennootschap-crediteur met als enig aandeelhouder de vader van de enig aandeelhouder (zoon) in de vennootschap-debiteur, kan kwalificeren als een ODR-lening ‘opzij’.<sup>201</sup> Naar zijn mening is het afwaarderingsverlies in het geval een dergelijke ODR-lening ‘opzij’ formeel-juridisch tenietgaat, niet aftrekbaar voor de vennootschap-crediteur en leidt tot een verkapte dividenduitdeling aan de vader ter grootte van het bedrag van de ODR-lening<sup>202</sup>. Albert geeft aan dat de Hoge Raad de debiteur en crediteur congruent behandelt, wat met zich meebrengt dat de formeel-juridische tenietgang van de ODR-lening bij de vennootschap-debiteur leidt tot een informele kapitaalstorting.<sup>203</sup> Daarnaast geeft Albert aan dat de informele kapitaalstorting wordt gedaan door de zoon, waardoor de verkrijgingsprijs van de aandelen in de vennootschap-debiteur wordt verhoogd met het bedrag van de ODR-lening. Volgens Albert is geen sprake van een schenking van vader aan zoon, maar vindt de informele kapitaalstorting zijn tegenhanger in de winstuitdeling.<sup>204</sup>



Afbeelding 4: ODR-lening 'opzij' in familiesfeer

Albert schetst vervolgens de situatie waarin de vennootschap-debiteur wordt geliquideerd voordat de ODR-lening ‘opzij’ wordt kwijtgescholden. In dat geval zal volgens Albert na de ontbinding van de vennootschap-debiteur een verkapte dividenduitdeling van de vennootschap-crediteur aan de vader plaatsvinden ter grootte van de ODR-lening die formeel-juridisch is

<sup>200</sup> Heithuis, *WFR* 2014/451, par. 3.

<sup>201</sup> Zie afbeelding 4.

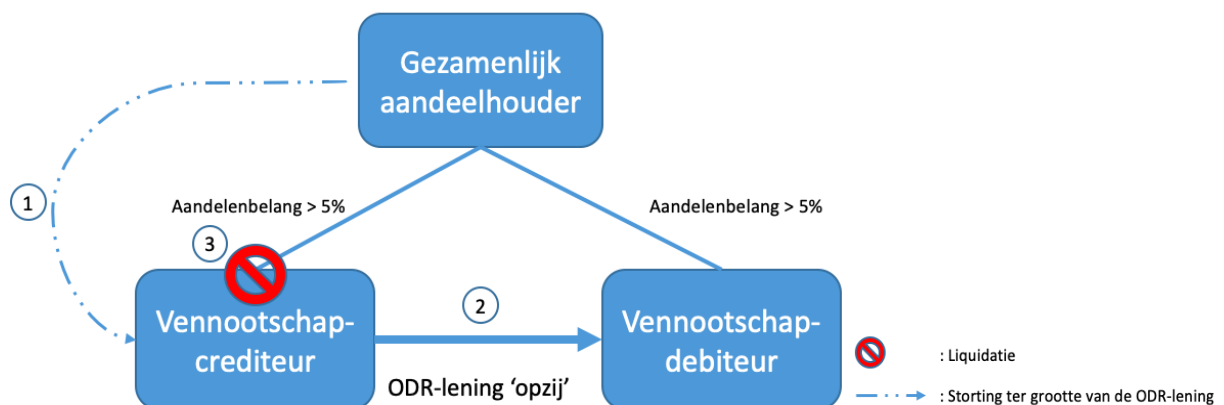
<sup>202</sup> Albert, *WFR* 2017/6, par. 3; afbeelding 4 stap 1 en 2.

<sup>203</sup> Albert, *WFR* 2017/6, par. 5; HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB* 2012/78, r.o. 3.5; HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:703 *BNB* 2016/133, r.o. 2.4.2; Zie afbeelding 4 stap 3.

<sup>204</sup> Albert, *WFR* 2017/6, par. 6.

tenietgegaan als gevolg van de ontbinding. De ontbinding van de vennootschap-debiteur zal niet tot gevolg hebben dat een vrijvalwinst wordt geconstateerd bij de vennootschap-debiteur, maar leiden tot een informele kapitaalstorting van de zoon in de vennootschap-debiteur, wat zijn verkrijgingsprijs van de aandelen in de vennootschap-debiteur verhoogt. Volgens Albert zal de ontbinding van de vennootschap-debiteur leiden tot een fictieve vervreemding van het aanmerkelijk belang ingevolge artikel 4.16 lid 1 onderdeel g juncto artikel 4.46 lid 1 Wet IB 2001. Albert is van mening dat het bedrag van de verkrijgingsprijs een verlies uit aanmerkelijk vormt.<sup>205</sup> Waar Heithuis in *WFR 2014/451* van mening is dat de liquidatie van de vennootschap-debiteur voor de vennootschapsbelasting niet leidt tot aftrekbaarheid van het verlies op de ODR-lening ‘opzij’, is Albert in *WFR 2017/6* van mening dat dit verlies wel in aftrek kan worden gebracht voor de inkomstenbelasting.<sup>206</sup>

Heithuis wijst op de mogelijkheid om het afwaarderingsverlies op de ODR-lening ‘opzij’ in aftrek te brengen via de liquidatie van de vennootschap-crediteur in plaats van de vennootschap-debiteur. Heithuis schetst de volgende casus: De gezamenlijke aandeelhouder stort een geldbedrag ter grootte van de ODR-lening in de vennootschap-crediteur.<sup>207</sup> De vennootschap-crediteur leent vervolgens dit bedrag door in de vorm van de ODR-lening aan de vennootschap-debiteur.<sup>208</sup> Op het moment dat de ODR-lening ‘opzij’ formeel-juridisch tenietgaat, kan het verlies op deze lening niet via de liquidatie van de vennootschap-debiteur in aftrek worden gebracht. Daarentegen kan, volgens Heithuis, het verlies op de ODR-lening ‘opzij’ wel in aftrek worden gebracht in het geval de vennootschap-crediteur wordt geliquideerd<sup>209</sup>. Zijns inziens dient, voordat de vennootschap-crediteur de ODR-lening kwijtscheldt, de vennootschap-crediteur te worden geliquideerd. In een dergelijk geval kan de gezamenlijke aandeelhouder



Afbeelding 5: Liquidatie vennootschap-crediteur

een liquidatieverlies in aftrek brengen ter grootte van het ingebrachte kapitaal, wat feitelijk de nominale waarde van de ODR-lening ‘opzij’ omvat.<sup>210</sup>

<sup>205</sup> Albert, *WFR 2017/6*, par. 7.

<sup>206</sup> Albert, *WFR 2017/6*, par. 7.

<sup>207</sup> Zie afbeelding 5, stap 1.

<sup>208</sup> Zie afbeelding 5, stap 2.

<sup>209</sup> Zie afbeelding 5, stap 3.

<sup>210</sup> Heithuis, *WFR 2014/451*, par. 3.

Heithuis geeft voorts aan dat eventueel door de liquidatie van de vennootschap-crediteur sprake kan zijn van een voortzetting van de onderneming door de gezamenlijke aandeelhouder in de zin van artikel 13d lid 9 Wet VPB 1969. Zijns inziens is dat geen probleem voor het in aftrek brengen van het liquidatieverlies bij de gezamenlijke aandeelhouder. Het liquidatieverlies wordt namelijk volgens Heithuis ‘geparkeerd’ op grond van artikel 13e Wet VPB 1969. Wordt de ODR-lening kwijtgescholden, dan kan volgens Heithuis het liquidatieverlies op grond van artikel 13e lid 1 Wet VPB 1969 in aftrek worden gebracht. Zijns inziens brengt de kwijtschelding namelijk met zich mee dat de overgenomen onderneming wordt gestaakt. Daarnaast worden volgens Heithuis door de liquidatie van de vennootschap-crediteur de sanctiebepalingen van artikel 13b en 13d lid 4 Wet VPB 1969 niet geactiveerd.<sup>211</sup>

#### 4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wat de gevolgen van de afwikkeling van de ODR-lening zijn. Daartoe zijn de ODR-lening ‘omhoog’, ‘omlaag’ en ‘opzij’ aan bod gekomen. De ODR-lening ‘omlaag’ wordt verstrekt door moeder- aan dochtermaatschappij, waarbij de moedermaatschappij een onzakelijk debiteurenrisico aangaat. De geldverstrekking blijft zolang een terugbetalingsverplichting bestaat kwalificeren als lening en het debiteurenrisico speelt zich af in de kapitaalsfeer. Resultaten op dit debiteurenrisico blijven volgens de Hoge Raad buiten beschouwing door de deelnemingsvrijstelling. Met A-G Niessen en Heithuis ben ik daarentegen van mening dat op basis van het totaalwinstbeginsel deze resultaten reeds buiten beschouwing blijven, waardoor geen toepassing van de deelnemingsvrijstelling plaatsvindt. De ODR-lening ‘omhoog’ wordt verstrekt door de dochter- aan de moedermaatschappij. Daarbij blijft ook hier de geldverstrekking kwalificeren als lening zolang een terugbetalingsverplichting bestaat en worden resultaten op het debiteurenrisico op basis van het totaalwinstbeginsel gecorrigeerd voor de fiscale winstbepaling.

Naar mijn mening vallen voor de afwikkeling van de ODR-lening twee momenten te onderscheiden. Het eerste moment betreft het moment van afwaardering van de ODR-lening door de crediteur. Het tweede moment vindt vervolgens plaats zodra de ODR-lening formeel-juridische tenietgaat. Dit uit zich bij de ODR-lening ‘omlaag’ en ‘omhoog’ bij afwaardering van de lening door middel van een onttrekking die de fiscale winst bij de crediteur corrigeert. Omdat nog een betalingsverplichting bij de debiteur bestaat, zal deze onttrekking nog niet in de boeken van de debiteur worden verwerkt. Pas op het moment van de formeel-juridische tenietgang van de ODR-lening vindt een informele kapitaalstorting of een verpakte dividenduitdeling voor respectievelijk de ODR-lening ‘omlaag’ en ‘omhoog’ plaats.

De ODR-lening ‘opzij’ speelt zich af tussen twee zustervennootschappen met een gezamenlijke moedervennootschap. Ook hier doen de twee momenten voor de afwikkeling van de ODR-lening zich voor. Voor de ODR-lening ‘opzij’ dient daarbij evenwel rekening te worden gehouden met de gezamenlijke aandeelhouder. Bij de ODR-lening ‘opzij’ wordt op het moment van afwaardering door de zustervennootschap-crediteur een onttrekking geconstateerd, welke

---

<sup>211</sup> Heithuis, *WFR* 2014/451, par. 3.

nog niet in de boeken van de zustervennootschap-debiteur en de gezamenlijke aandeelhouder wordt verwerkt. Op het moment van de formeel-juridische tenietgang van de ODR-lening 'opzij' wordt de fiscale winst gecorrigeerd door middel van een verkapte dividenduitdeling aan de gezamenlijke aandeelhouder, gevolgd door een equivalente informele kapitaalstorting in de zustervennootschap-debiteur. Daardoor kan het verlies op de ODR-lening 'opzij' uiteindelijk niet in aftrek komen door middel van kwijtschelding of liquidatie van de zustervennootschap-debiteur. Heithuis schetst evenwel een casus waarin het verlies kan worden genomen bij de gezamenlijke aandeelhouder door de liquidatie van de zustervennootschap-crediteur. Of deze vorm stand houdt, zal door de Hoge Raad in toekomstige jurisprudentie moeten worden uitgemaakt.

## Hoofdstuk 5: Conclusie

In dit onderzoek staat de doctrine van de ODR-lening centraal. De Hoge Raad heeft sinds het *Certificaathouders-uitkooparrest*, welk arrest de bakermat van de ODR-lening vormt, deze doctrine uitgebreid en verduidelijkt. Daarentegen is het leerstuk van de ODR-lening anno 2020 nog niet uitgekristalliseerd. Zo blijven na het gewezen arrest *BNB 2014/98* in de literatuur discussies bestaan omtrent de afwikkeling van de ODR-lening tussen debiteur en crediteur. In dit onderzoek heb ik vanuit de wettelijke systematiek van de Wet VPB 1969 geanalyseerd hoe de ODR-lening dient te worden gezien vanuit het perspectief van het stelsel van (on)zakelijke transacties en de corresponderende correcties voor de fiscale winst. Hieraan lag de volgende onderzoeksvraag ten grondslag:

*Hoe verhoudt de onzakelijke lening zich anno 2020 in het wettelijke systeem van onzakelijke transacties?*

Ter beantwoording van deze onderzoeksvraag heb ik drie deelvragen in de hoofdstukken 2 tot en met 4 uitgewerkt.

In hoofdstuk 2 is geanalyseerd wat (on)zakelijke transacties zijn vanuit het perspectief van de Wet VPB 1969. Daartoe ben ik ingegaan op de vraag hoe de fiscale winst voor de vennootschapsbelasting dient te worden bepaald en hoe in het licht van deze winstbepaling onzakelijke transacties worden gecorrigeerd. De bepaling van de winst voor de vennootschapsbelasting is gestoeld op het totaalwinstbeginsel, op basis waarvan dient te worden geabstraheerd van onzakelijke transacties. Deze implicatie is gecodificeerd in het ‘at arm’s length’-beginsel van artikel 8b Wet VPB 1969. Volgens dit beginsel dienen gelieerde partijen de voorwaarden die zouden zijn overeengekomen in transacties met onafhankelijke partijen te hanteren. Ondanks dat dit beginsel is gecodificeerd met een zo groot mogelijk redactionele overeenkomst met artikel 9 OESO-MV, is door de wetgever geen andere werking beoogd dan de reeds bestaande werking van het totaalwinstbeginsel. Ondanks dat de Staatssecretaris van Financiën meent dat het OESO-commentaar ten aanzien van het ‘at arm’s length’-beginsel doorwerkt in de Nederlandse rechtspraktijk, blijkt thans materieel gezien het ‘at arm’s length’-beginsel niet te verschillen van de correcties op basis van het totaalwinstbeginsel.

Dergelijke correcties worden bewerkstelligd door het wettelijke systeem van stortingen en onttrekkingen. Daarbij dient voorop te worden gesteld dat bedrijfseconomische beslissingen en het zakelijke nut daarvan ter beoordeling van de ondernemer staan. De fiscus noch de belastingrechter mag een op zakelijke overwegingen berustende uitgave beoordelen op zakelijke verantwoording. Evenwel hebben zij sinds het *Cessna*-, *Renpaarden*- en *Bentley*-*arrest* wel een marginale toetsingsmogelijkheid ten aanzien van de hoogte van de ondernemingsuitgaven en het daaraan ten grondslag liggende motief. Laat de aandeelhouder een voordeel toekomen aan de vennootschap, welk voordeel hij niet zou doen toekomen aan een onafhankelijke derde, dan wordt op grond van het totaalwinstbeginsel door middel van een

informele kapitaalstorting een correctie aangebracht. In het licht van dergelijke correcties op basis van het totaalwinstbeginsel dient voor de Wet VPB 1969 onderscheid gemaakt te worden tussen onttrekkingen en uitdelingen. Daarbij staat kort gezegd een onttrekking voor datgene wat voor doeleinden aan het bedrijf vreemd wordt onttrokken en een uitdeling voor een vermogensverschuiving die ten gunste van de aandeelhouder wordt onttrokken aan het vermogen van de vennootschap. Ondanks dat in de literatuur de tendens bestaat dat het *Renpaarden-* en *Bentley-arrest* de verschillen tussen onttrekkingen en uitdelingen grotendeels hebben weggenomen, ben ik van mening dat weldegelijk verschillen kunnen bestaan welke ook relevant zijn voor de ODR-lening. Ik ben van mening dat het *Renpaarden-* en *Bentley-arrest* de werking van de arresten *Cessna*, *BNB 1995/15* en *BNB 1995/16* niet hebben weggenomen. Het *Cessna-arrest* is voor de vennootschapsbelasting thans nog van belang ter constatering van een onttrekking waar een uitdeling niet mogelijk is en als hulpmiddel ter onderscheiding van het als ondernemingskosten en onttrekking aan te merken deel van een uitgave. Voorts hebben de arresten *BNB 1995/15* en *BNB 1995/16* thans een bewijsrechtelijk onderscheidende functie voor onttrekkingen en uitdelingen.

Vervolgens is in hoofdstuk 3 uiteengezet wat onder de ODR-lening dient te worden verstaan. De Hoge Raad heeft in het *Certificaathouders-uitkooparrest* het leerstuk van de ODR-lening geïntroduceerd. Daarbij heeft hij in het arrest *BNB 2012/37* uitgemaakt dat de ODR-lening niet net als de schijn-, deelnemerschaps- of bodemlozeputlening moet worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Een verzakelijking van de ODR-lening door middel van een rentecorrectie aan de hand van het ‘at arm’s length’-beginsel, tast het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen aan. Derhalve blijft de geldverstrekking kwalificeren als een civielrechtelijke lening en speelt het onzakelijke debiteurenrisico, dat uit hoofde van de gelieerdheid tot de debiteur wordt geaccepteerd, zich af in de kapitaalsfeer. Daar brengt het ‘at arm’s length’-beginsel geen verandering in, nu dit beginsel slechts ter bepaling van de hoogte van de rentecorrectie op de ODR-lening dient. Daarbij kan gelieerdheid ontstaan uit hoofde van een aandeelhouders-, familiale of persoonlijke relatie, maar ook uit een niet-gelieerd verband op ingeven van een gemeenschappelijke aandeelhouder of toekomstig aandeelhouderschap. De ODR-lening dient in haar geheel te worden beoordeeld, waardoor zij niet kan worden opgesplitst in een zakelijk en onzakelijk deel. Daarbij kunnen de leningovereenkomst, het aflossingsschema, de gestelde zekerheden, solvabiliteit of activiteiten van de debiteur, en verwachte winststromen indicatoren zijn ter constatering van een ODR-lening.

Ten slotte is in hoofdstuk 4 geanalyseerd wat de gevolgen zijn van de afwikkeling van de ODR-lening voor de fiscale winst. Voor implicaties van de afwikkeling van de ODR-lening moet onderscheid worden gemaakt tussen de ODR-lening ‘omlaag’, ‘omhoog’ en ‘opzij’. De resultaten die op het onzakelijke debiteurenrisico worden gerealiseerd blijven buiten beschouwing nu dit debiteurenrisico is gelegen in de kapitaalsfeer. Voor de ODR-lening ‘omhoog’ leidt dit tot de constatering dat de voor- en nadelen op basis van het totaalwinstbeginsel buiten beschouwing blijven voor de fiscale winst omdat deze lening opkomt in de aandeelhouderssfeer. Ondanks dat de Hoge Raad in *BNB 2013/149* aangeeft dat de voor- en nadelen op het debiteurenrisico van de ODR-lening ‘omlaag’ buiten beschouwing blijven door de deelnemingsvrijstelling, ben ik met Heithuis en A-G Niessen van mening dat

niet aan de deelnemingsvrijstelling wordt toegekomen doordat deze voor- en nadelen op basis van het totaalwinstbeginsel reeds buiten beschouwing blijven. Derhalve geldt ook voor de ODR-lening ‘omlaag’ dat op basis van het totaalwinstbeginsel de verliezen niet in aftrek kunnen worden gebracht. Het verlies dat niet in aftrek kan worden gebracht op een ODR-lening ‘omlaag’, kan evenwel worden toegevoegd aan het opgeofferde bedrag van de deelneming en in de vorm van liquidatieverlies op de deelneming in aftrek worden gebracht bij de crediteur.

Voor de afwikkeling van de ODR-lening onderscheid ik twee momenten. Het eerste moment betreft het moment van afwaardering van de ODR-lening door de crediteur. Het tweede moment vindt vervolgens plaats zodra de ODR-lening formeel-juridisch tenietgaat. Het eerste moment uit zich bij de ODR-lening ‘omlaag’ en ‘omhoog’ bij de crediteur door middel van een onttrekking die de fiscale winst corrigeert. De onttrekking wordt nog niet in de boeken van de debiteur verwerkt omdat de betalingsverplichting nog bestaat. Pas op het moment van de formeel-juridische tenietgang van de ODR-lening vindt een informele kapitaalstorting of een verkapte dividenduitdeling voor respectievelijk de ODR-lening ‘omlaag’ en ‘omhoog’ plaats. Derhalve bestaat voor de ODR-lening ‘omlaag’ een afwijkend moment tussen het constateren van de onttrekking bij de crediteur en de informele kapitaalstorting in de debiteur. Ook voor de ODR-lening geldt dit afwijkende moment, waar het onderscheid tussen een uitdeling en een onttrekking voor de Wet VPB 1969 tot uiting komt. Voor de ODR-lening ‘omhoog’ wordt namelijk eerst een onttrekking geconstateerd bij de crediteur en vervolgens een verkapte dividenduitdeling aan de debiteur.

Bij de ODR-lening ‘opzij’ wordt op het moment van afwaardering door de zustervenootschap-crediteur een onttrekking geconstateerd, welke nog niet in de boeken van de zustervenootschap-debiteur en de gezamenlijke aandeelhouder wordt verwerkt. Op het moment van de formeel-juridische tenietgang wordt de fiscale winst gecorrigeerd door middel van een verkapte dividenduitdeling aan de gezamenlijke aandeelhouder, gevolgd door een equivalente informele kapitaalstorting in de zustervenootschap-debiteur. Daardoor kan het verlies op de ODR-lening ‘opzij’ uiteindelijk niet in aftrek komen door middel van kwijtschelding of liquidatie van de zustervenootschap-debiteur. Of het verlies uiteindelijk in aftrek kan worden genomen bij de gezamenlijk aandeelhouder door de liquidatie van de zustervenootschap-crediteur, zal door de Hoge Raad moeten worden uitgemaakt.

Terugkoppelend naar de onderzoeksvraag, brengt een toepassing van het wettelijke systeem ter verzakelijking van transacties mee dat de ODR-lening op basis van het totaalwinstbeginsel dient te worden afgewikkeld. Daartoe kunnen twee momenten worden onderscheiden: enerzijds het moment van afwaardering van de lening en corresponderende onttrekking bij de crediteur en anderzijds het moment van het vervallen van de ODR-lening wanneer zij formeel-juridisch tenietgaat en de corresponderende informele kapitaalstortingen en verkapte dividenduitdelingen.

Om een volledig beeld te creëren van de ODR-lening binnen het wettelijke systeem, zal in vervolgonderzoek moeten worden gekeken naar de ODR-lening in de sfeer van de inkomstenbelasting. Bovendien moet worden onderzocht hoe de afwikkeling van de rente op

de ODR-lening tussen crediteur en debiteur past binnen het wettelijke systeem. Daarnaast dienen de internationale aspecten ten aanzien van grensoverschrijdende ODR-leningen in kaart te worden gebracht om een algehele conclusie te trekken omtrent de verhouding van de ODR-lening in het wettelijke systeem.



## Literatuurlijst

### Boeken

#### **Arts 2018**

J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

#### **Dool, van den, e.a. 2017.**

R.P. van den Dool e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

#### **Elsweier & Stevens 2019**

F.J. Elswieier & S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

#### **Heithuis, Kavelaars & Schuver 2017**

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

#### **Vries, de & Sillevis 1990**

N.H. de Vries & L.W. Sillevis *Cursus belastingrecht. Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 1990.

### Tijdschriften

#### **Albert, TFO 2014/134.1**

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

#### **Albert, WFR 2017/6**

P.G.H. Albert, 'Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij', *WFR* 2017/6.

#### **Bavinck, WFR 2018/9**

C.B. Bavinck, 'Wanneer vindt een onttrekking bij een onzakelijk lening plaats?', *WFR* 2018/9

#### **Beer, de, MBB 2008/12-04**

A.M.A. de Beer, 'Heeft de Hoge Raad de Cessna ingeruild voor een Bentley', *MBB* 2008/12-04.

#### **Bobeldijk, NTFR 2016/9**

A.C.P. Bobeldijk, 'De gelieerdheid bij de onzakelijke lening', *NTFR* 2016/9.

#### **Bobeldijk, MBB 2018/4**

A.C.P. Bobeldijk, 'De onzakelijk lening anno 2018 (deel I)', *MBB* 2018/4

**Bobeldijk, WFR 2019/30**

A.C.P. Bobeldijk, 'De onzakelijk geldlening aan een ANBI', *NTFR* 2019/30.

**Bouwman, TFO 2016/144.1**

J.N. Bouwman, 'Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', *TFO* 2016/144.1

**Bruins Slot, WFR 2018/51**

W. Bruins Slot, 'De asymmetrische behandeling van een onttrekking of een infokap bij een onzakelijke lening', *WFR* 2018/51

**Commissie Totaalwinst, VVBW 2015/253**

Commissie Totaalwinst, 'Totaalwinst: een onderzoek naar diverse aspecten van het begrip totaalwinst', *VVBW* 2015/253.

**Heithuis, WFR 2014/451**

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

**Heithuis, WFR 2018/46**

E.J.W. Heithuis, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?', *WFR* 2018/46.

**Kamel & Mezouar, WFR 2019/60**

J. Kamel & H. Mezouar, 'Het arm's-lengthbeginsel: een gewijzigd begrip?', *WFR* 2019/60.

**Maas & Vermeulen, WFR 2014/597**

C. Maas & H. Vermeulen, 'Het karakter van geldverstrekkingen', *WFR* 2014/597.

**Marres, WFR 2012/142**

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

**Meussen, TFO 1995/136**

G.T.K. Meussen, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats', *TFO* 1995/136.

**Nieuweboer, NTFR 2011/2722**

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

**Peeters, WFR 2012/152**

P.J.J.M. Peeters, 'Leerstuk onzakelijke lening bij de crediteur: slotakkoord door de Hoge Raad?!', *WFR* 2012/152.

**Rijkers, CB 2019/IB.3.4.4.C.b**

A.C. Rijkers, 'Afwaardering van onzakelijke lening', *CB* IB.3.4.4.C.b.

**Snoeij, *WFR* 2009/1582**

R. Snoeij, 'De kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingen voor fiscale doeleinde op basis van de civielrechtelijke vorm', *WFR* 2009/1582.

**Snoeij & Wagenaar, *NtFR* 2011/2761**

R. Snoeij & L. Wagenaar, 'Mist klaart verder op rondom de fiscale kwalificatie van geldverstrekkingen', *NtFR* 2011/2761.

**Spieker, *WFR* 2008/1103.**

D. Spieker, 'Rondje van of voor de zaak?', Betekenis en reikwijdte van het Cessna-criterium', *WFR* 2008/1103.

**Strik, *CB* 2019/Vpb.2.2.2.L.d2.III**

S.A.W.J. Strik, 'Wanneer is sprake van een onzakelijke lening', *CB* 2019/Vpb.2.2.2.L.d2.III.

**Vermeulen, *CB* 2019/Vpb.2.0.5.A.a**

H. Vermeulen, 'Afbakening van onttrekkingen en ondernemingskosten in de IB-sfeer', *CB* 2019/Vpb.2.0.5.E.e4.

**Vermeulen, *CB* 2019/Vpb.2.0.5.E.e4**

H. Vermeulen, 'Onzakelijke lening', *CB* 2019/Vpb.2.0.5.E.e4.

**Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.b**

H. Vermeulen, 'De afbakening in de sfeer van de Vpb.', *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.b.

**Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.c**

H. Vermeulen, 'Recapitulatie van het begrip 'ondernemingskosten' ex art. 3.8 Wet IB 2001.', *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.b.

**Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.d1**

H. Vermeulen, 'Algemeen en de Cessna-arresten.', *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.b.

**Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.d4**

H. Vermeulen, 'Cessna, Renpaarden en BNB 1995/15c', *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.d4.

**Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.f**

H. Vermeulen, 'De verhouding tussen art. 3.8 Wet IB 2001 en art. 9 en 10 Wet VPB 1969', *CB* 2020/Vpb.2.0.5.A.f.

**Vermeulen, *CB* 2020/Vpb.2.0.4.B.c**

H. Vermeulen, 'Correctie van voorwaarden (art. 8b lid 1)', *Vpb.2.0.4.B.c*

## Jurisprudentielijst

### Hoge Raad

HR 16 juni 1920, *B.* 2472.

HR 2 april 1947, *B.* 8335.

HR 18 mei 1949, *B.* 8648.

HR 30 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY2769, *BNB* 1954/61.

HR 17 maart 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2831, *BNB* 1954/130.

HR 3 november 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY3410, *BNB* 1954/357.

HR 5 oktober 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2564, *BNB* 1955/348.

HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, *BNB* 1957/165.

HR 12 februari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1835, *BNB* 1958/116.

HR 10 december 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY0969, *BNB* 1959/51.

HR 18 februari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0777, *BNB* 1959/124.

HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866, *BNB* 1978/252.

HR 9 januari 1980, ECLI:NL:PHR:1980:AX0084, *BNB* 1980/49.

HR 9 maart 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AW8960, *BNB* 1983/202.

HR 15 mei 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AW8273, *BNB* 1985/271.

HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217.

HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, *BNB* 1995/15.

HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, *BNB* 1995/16.

HR 4 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1699, *BNB* 1997/42.

HR 23 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2280, *BNB* 1999/167.

HR 14 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6212, *BNB* 2000/269.

HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR: 2002:AE3269, *BNB* 2003/44.

HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI78710, *BNB* 2002/210.

HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, *BNB* 2002/290.

HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2005/64.

HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT5958, *BNB* 2006/82.

HR 8 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, *BNB* 2007/104.

HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9548, *BNB* 2008/139.

HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191.

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37.

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, *BNB* 2012/38.

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB* 2012/78.

HR 13 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, *BNB* 2013/149.

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW1971, *BNB* 2013/170.

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9156, *BNB* 2013/171.

HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, *BNB* 2014/98.

HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2781, *BNB* 2015/72.

HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, *BNB* 2015/141.

HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:703, *BNB* 2016/133.

HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2340, *BNB* 2017/6.

HR 16 september 2017, ECLI:NL:HR:2016:2079, *BNB* 2017/21.

HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:2, *BNB* 2018/60

## **Gerechtshoven**

Hof Leeuwarden 18 oktober 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AL8039, *FED* 2004/106.

## **Annotaties**

### **Albert, *BNB* 2008/139**

P.G.H. Albert, annotatie bij HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9548, *BNB* 2008/139.

### **Albert, *BNB* 2008/191**

P.G.H. Albert, annotatie bij HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191.

### **Albert, *BNB* 2012/37**

P.G.H. Albert, annotatie bij HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37.

### **Albert, *BNB* 2012/38**

P.G.H. Albert, annotatie bij HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, *BNB* 2012/38.

### **Albert, *BNB* 2017/6**

P.G.H. Albert, annotatie bij HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2340, *BNB* 2017/6.

### **Hemels, *NTFR* 2008/761**

S.J.C. Hemels, annotatie bij HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9548, *NTFR* 2008/761.

### **Hofstra, *BNB* 1954/61.**

H.J. Hofstra, annotatie bij HR 30 december 1954, ECLI:NL:HR:1953:AY2769, *BNB* 1954/61

### **Hoogendoorn, *BNB* 1995/15.**

J. Hoogendoorn, annotatie bij HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, *BNB* 1995/15.

### **Juch, *BNB* 2006/82.**

D. Juch, annotatie bij HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT5958, *BNB* 2006/82.

### **Kok, *Ondernemingsrecht* 2009/64.**

Q.W.J.C.H. Kok, annotatie bij HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *Ondernemingsrecht* 2009/64.

### **Kort, de, *FED* 2013/64**

J.W.J. de Kort, annotatie bij HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, *FED* 2013/46.

**Lohuis, *FED* 2004/106.**

H. Lohuis, annotatie bij Hof Leeuwarden 18 oktober 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AL8039, *FED* 2004/106.

**Meussen, *BNB* 2002/290.**

K.G.T. Meussen, annotatie bij HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, *BNB* 2002/290.

**Conclusies**

Concl. A-G R.E.C.M. Niessen, ECLI:NL:PHR:2017:819, bij HR 2 maart 2018.

Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442, bij HR 25 november 2011, *BNB* 2012/37.

Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2012:BW1971, bij HR 3 mei 2013, *BNB* 2013/170.

**Overige**

*Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2017, 2017-38941, Stcrt. 2017, 50521.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, 2018-6865, Stcrt. 2018, 26874

Brief van de Staatsecretaris van Financiën van 22 februari 2010, *V-N* 2010/12.18.