



**'Zakelijk door de onzakelijke lening heen'**

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Naam student: Mike van den Berg

Studentnummer: 447870

Begeleider: Mr. R.B.N. van Ovost

Tweede beoordelaar:

Datum definitieve versie:

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

## **Inhoudsopgave**

### Hoofdstuk 1

- 1 Inleiding
- 1.1 Probleemstelling
- 1.2 Opzet
- 1.3 Afbakening

### Hoofdstuk 2

Wat is het doel en strekking van art. 8b Wet VPB?

- 2. Algemene achtergrond artikel
- 2.1 Geschiedenis van het artikel
- 2.2 Huidige doel en strekking van het artikel
- 2.3 Conclusie

### Hoofdstuk 3

Wat is de strekking van verschillende kernarresten omtrent de onzakelijke lening?

- 3. Onzakelijke lening in het algemeen
- 3.1 Geschiedenis: Cessna II-arrest
  - 3.1.1 Samenvatting van het geding in cassatie
  - 3.1.2 Het geschil
  - 3.1.3 Overwegingen HR
- 3.2 Geschiedenis: Renpaarden-arrest
  - 3.2.1 Samenvatting van het geding in cassatie
  - 3.2.2 Het geschil
  - 3.2.3 Overwegingen HR
- 3.3 Kernarrest 1 - HR 9 mei 2008 - onzakelijke lening omhoog
  - 3.3.1 Samenvatting van het geding in cassatie
  - 3.3.2 Het geschil

### 3.3.3 Overwegingen HR

## 3.4 Kernarrest 2 - HR 25 november 2011 - onzakelijke lening omlaag

### 3.4.1 Samenvatting van het geding in cassatie

### 3.4.2 Het geschil

### 3.4.3 Overwegingen HR

## 3.5 Kernarrest 3 – HR 20 maart 2015 - onzakelijke lening opzij

### 3.5.1 Samenvatting van het geding in cassatie

### 3.5.2 Het geschil

### 3.5.3 Overwegingen HR

## 3.6 Conclusie

## Hoofdstuk 4

In welke facetten komen de kernarresten overeen met doel en strekking van de wet, en wat zijn de verschillen?

### 4.1 De oorsprong van de gedachte

### 4.2 De overeenkomsten

### 4.3 Conclusie

## Hoofdstuk 5

In hoeverre strookt de jurisprudentie, de kernarresten, over onzakelijke leningen in zowel economisch als juridisch opzicht, met de strekking van art. 8b Wet VPB en met inachtneming van de intentie van de wetgever?

## 5. Conclusie

## Lijst van gebruikte afkortingen

Art.	Artikel
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
B.V.	Besloten Vennootschap
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IB	Inkomstenbelasting
MvT	Memorie van Toelichting
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
VPB	Vennootschapsbelasting
R.o.	Rechtsoverweging

## 1. Inleiding

Vrij recent heeft een nieuw verschijnsel zijn intrede gedaan in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot geldleningen in de VPB-sfeer, namelijk de onzakelijke lening. De onzakelijke lening kwam voor het eerst tot uiting in het arrest van de Hoge Raad, 9 mei 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BD1108) dit betrof een onzakelijke lening omhoog, een lening van de dochtervennootschap aan de moedervennootschap. Daarna zijn er nog vele andere arresten geweest door de Hoge Raad met betrekking tot de onzakelijke lening. Zo zijn later de onzakelijke lening omlaag in de arresten van 25 november 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BN3442) geïntroduceerd, dit betrof een lening van de moedervennootschap aan de dochtervennootschap. En de onzakelijke lening opzij deed zijn intrede op 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:645), dit betrof een lening tussen twee zustermaatschappijen. Voordat deze arresten werden gewezen zijn door de HR een aantal arresten gewezen omtrent kosten die geen redelijk denkend ondernemer zou maken, deze zouden dan niet ten laste van het resultaat gebracht mogen worden. Het gaat dan onder andere om het Cessna II-arrest en het renpaarden arrest. Deze arresten zijn mede vormgever aan hoe de onzakelijke lening in de hedendaagse fiscaliteit tot uiting is gekomen. Ook deze twee arresten, te weten het Cessna II-arrest (ECLI:NL:PHR:2002:BI7871) van 08-03-2002 HR en het renpaarden arrest (ECLI:NL:PHR:2002:AB2865) van 14-06-2002 HR zullen bij het onderzoek betrokken moeten worden. Bovendien zal het goedkoopmansgebruik worden betrokken bij het onderzoek. Evenals de eerst genoemde 3 arresten binnen de jurisprudentie, betreffende de onzakelijke lening.

Indien vaststaat dat een lening vreemd vermogen vormt, moet worden getoetst of de lening een onzakelijke lening is. Het kenmerk van een onzakelijke lening is dat het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is. In uitspraak van de HR op 25 november 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BN3442) r.o. 3.3.3. staat wanneer een lening een onzakelijke lening vormt:

“Indien met inachtneming van het hiervoor in 3.3.2 overwogene geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken aan de met de vennootschap gelieerde partij, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Alsdan moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening niet op de winst van de vennootschap in mindering kan worden gebracht (vgl. HR 9 mei 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191). Hierna zal een zodanige lening worden aangeduid als een onzakelijke lening.”<sup>1</sup>

Een onzakelijke lening is dus een lening die door een verhoging van de rente niet at-arm's-length gemaakt kan worden. Bij onzakelijke leningen gaat het vaak om leningen met een hoog risicoprofiel, omdat er geen zekerheden zijn verschaft. Bovendien wordt er dikwijls een relatief lage rente gerekend, die doorgaans feitelijk niet wordt betaald. De rente blijft fiscaal gezien gekwalificeerd als rente, met als gevolg dat de rente aftrekbaar blijft bij de schuldenaar, tenzij een renteaftrekbeperking van toepassing is. De rentekosten zijn dus aftrekbaar voor de schuldenaar. Voorgaande resulteert erin dat het logisch is dat de renteopbrengst aan de andere kant belast is bij

---

<sup>1</sup> HR op 25 november 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BN3442)

de schuldeiser. Een onzakelijke lening blijft fiscaal gezien een geldlening en is geen informeel kapitaal of dividend.<sup>2</sup>

Op grond van de totaalwinstgedachte (ex art. 8(1) VPB jo art. 3.8 IB) zijn de afwaarderingsverliezen geleden op een onzakelijke lening niet ten laste van het resultaat te brengen, omdat ze voortvloeien uit persoonlijke of vennootschappelijke verhoudingen tussen de schuldeiser en schuldenaar.

Het concept van de onzakelijke lening heeft iets te maken met het at-arm's-length-beginsel van art. 8b VPB. Dit artikel (art. 8b(1) VPB) luidt als volgt: "Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen."<sup>3</sup> De strekking van dit artikel is dus dat gelieerde ondernemingen onderling hetzelfde dienen te handelen, als zij met een willekeurige derde onder vergelijkbare omstandigheden zouden doen. Het gaat hierbij niet alleen om de prijzen die onderling in rekening worden gebracht, maar ook om de voorwaarden.<sup>4</sup> Dit lijkt op het begrip goedkoopmansgebruik, echter is er een reden geweest voor de regering destijds om dit artikel in te voeren. Hier wordt later in deze scriptie op ingegaan.

Sinds de eerste jurisprudentie verscheen van de onzakelijke lening is het een hot issue in de praktijk en is er over geprocedeerd wat veel jurisprudentie op heeft geleverd.<sup>5</sup> De Hoge Raad lijkt met de arresten een einde te hebben gemaakt aan de onduidelijkheden betreffende de onzakelijke lening in combinatie met art. 8b Wet VPB. Echter doen er zich nog steeds situaties voor waar nog onduidelijkheid heerst over hoe de onzakelijke lening conform de wet en jurisprudentie geïnterpreteerd moeten worden. Dit geeft dus een reden tot onderzoek. In deze scriptie zal onderzoek worden gedaan naar de jurisprudentie over onzakelijke leningen in zowel economisch als juridisch opzicht in combinatie met de strekking van art. 8b Wet VPB en met inachtneming van de intentie van de wetgever.

## 1.1 probleemstelling

De reikwijdte en invloed van de jurisprudentie omtrent de onzakelijke lening i.c.m. doel en strekking van art 8b wet VPB zal worden onderzocht aan de hand van de als volgt geformuleerde onderzoeksvraag: In hoeverre strookt de jurisprudentie, de kernarresten, over onzakelijke leningen in zowel economisch als juridisch opzicht, met de strekking van art. 8b Wet VPB?

---

<sup>2</sup> Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt 2019

<sup>3</sup> Wet VPB 1969

<sup>4</sup> Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt 2019

<sup>5</sup> Eftimov, *NTR* 2019/5

## **1.2 opzet**

De centrale probleemstelling zal worden uitgewerkt in 6 hoofdstukken, waarbij hoofdstuk 1 de inleiding is. Het echte positiefrechtelijke onderzoek zal beginnen in hoofdstuk 2 met een uitgebreid onderzoek naar art. 8b VPB, onder meer naar de achtergrond en geschiedenis van het artikel, alsmede de strekking en het doel wat de wetgever voor ogen had bij het maken. In hoofdstuk 3 zal er onderzoek worden verricht naar de kernarresten betreffende de onzakelijke lening. Er zal onder andere een samenvatting van het geding in cassatie worden gemaakt, de relevante rechtsoverwegingen zullen genoteerd worden evenals de beslissing in het arrest. Bovendien bevat hoofdstuk 3 een stuk over de Cessna doctrine, het goedkoopmansgebruik en de geschiedenis die hieraan ten grondslag ligt. Afsluitend zal er bij elk arrest een conclusie volgen, die duidelijkheid zal verschaffen over de relevante onderdelen voor dit onderzoek. In hoofdstuk 4 zal een onderzoek uitwijzen welke facetten van de kernarresten overeenkomen met doel en strekking van de wet. Zo nodig zullen ook de verschillen tussen de kernarresten en de wet onderzocht worden. Hoofdstuk 5 biedt ruimte voor een advies voor de wetgever. Hoofdstuk 6 bevat onder andere de samenvatting en de conclusie. Verder bevat het de beantwoording op de centrale onderzoeksvraag.

## **1.3 afbakening**

Het onderzoek beperkt zich tot de problematiek omtrent de jurisprudentie van de onzakelijke lening, alsmede het Cessna II-arrest, de Cessna doctrine in samenhang de ontwikkeling van het begrip goedkoopmansgebruik. Er zal dus in hoofdlijnen 5 arresten zijn waar de kern zit van deze scriptie te weten het Cessna II-arrest (ECLI:NL:PHR:2002:BI7871) van 08-03-2002 HR, het renpaarden arrest (ECLI:NL:PHR:2002:AB2865) van 14-06-2002 HR. En de 3 kernarresten specifiek over de onzakelijke lening: HR 9 mei 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BD1108), HR 25 november 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BN3442), HR 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:645).

## 2. Wat is het doel en strekking van art. 8b Wet VPB?

### *Algemene achtergrond artikel*

Gelieerde lichamen die op grond van onzakelijke voorwaarden transacties met elkaar aangaan, komen terecht in art. 8b Wet VPB. Met als gevolg dat de voordelen die zijn behaald met deze transactie op een andere manier moeten worden verdeeld tussen deze lichamen alsof er tussen de gelieerde partijen zakelijk is gehandeld. De wettelijke bepaling van art. 8b Wet VPB geeft de mogelijkheid om de voordelen die op basis van onzakelijke gronden niet bij het resultaat van het lichaam worden gerekend, alsnog bij het bepalen van het resultaat van dat lichaam in aanmerking te nemen. De grootte van dit voordeel wordt objectief vastgesteld op basis van het at-arm's-length beginsel. Dit houdt in dat de voorwaarden die onafhankelijke ondernemingen voor vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden zouden zijn overeengekomen het kader aangeeft waaraan getoetst moet worden. Verder wordt in art. 8b duidelijk gemaakt op welke manier lichamen de gehanteerde verrekenprijzen dienen te documenteren.<sup>6</sup>

### 2.1 Geschiedenis van het artikel

#### *Geschiedenis*

Art. 8b Wet VPB 1969 is op 1 januari 2002 in werking getreden, per 1 januari 2015 is een gewijzigd artikel 8b Wet VPB 1969 in werking getreden. Om het artikel grondig te analyseren is het noodzakelijk om de geschiedenis die aan het artikel ten grondslag ligt te onderzoeken. Zodoende wordt in het volgende gedeelte de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 19–23 behandeld. Twee belangrijke vragen die beantwoord dienen te worden, zijn: Waarom heeft de Nederlandse regering er destijds voor gekozen om dit artikel in te voeren? En wat is het doel en strekking van art. 8b Wet VPB?

Het is reeds duidelijk dat met de invoering van art. 8b uitvoering wordt gegeven aan het codificeren van het at-arm's-length beginsel. Hiermee werd een grotere mate van gelijkheid beoogd in de fiscale behandeling van onafhankelijke en gelieerde ondernemingen. Een andere reden voor de codificatie van het at-arm's-length beginsel in art. 8b Wet VPB was dat de Belastingdienst in het verleden niet altijd even succesvol bleek in procedures waarbij verrekenprijsproblematiek deel uitmaakte van het geschil. Het probleem voor de fiscus was vooral dat bij hem de bewijslast lag voor het aantonen van bewust onzakelijk handelen tussen de gelieerde ondernemingen.<sup>7</sup>

Bovendien werd het optreden tegen onzakelijke winstverschuivingen tussen gelieerde, veelal multinationale ondernemingen mede als reden genoemd. Internationaal gezien is het at-arm's-length beginsel vastgelegd in art. 9 van het OESO-model verdrag. Nationaal gezien maakt het at-arm's-length beginsel onderdeel uit van het winstbegrip van art. 3.8 en art 3.25 Wet IB.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Vakstudie 05, VPB, Chris Gijsbers

<sup>7</sup> Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.B, prof. dr. H. Vermeulen

<sup>8</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 p19-23*



Art. 3.8 Wet IB en art. 3.25 Wet IB zijn de twee artikelen die bij de fiscale winstbepaling een belangrijke functie vervullen. In art. 3.8 Wet IB staat dat de winst uit een onderneming het bedrag is van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Deze bepaling heeft een twee functies. Ten eerste maakt deze bepaling duidelijk wat er als winst uit onderneming moet worden belast. Ten tweede staat er in deze bepaling het totaalwinstbeginsel. Het totaalwinstbeginsel betekent dat de totale winst die de ondernemer geniet gedurende het tijdvak, waarin hij als belastingplichtige de onderneming drijft, aan belastingheffing is onderworpen. Bij het etiketteren van vermogensbestanddelen heeft de ondernemer een beperkte keuzevrijheid, echter bij de totaalwinst speelt de keuzevrijheid van de ondernemer vrijwel geen rol. De tweede bepaling die een belangrijke functie vervult bij de fiscale winstbepaling is art. 3.25 Wet IB. In dit artikel staat dat de in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goedkoopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. Goedkoopmansgebruik laat de belastingplichtige een redelijke mate van vrijheid bij het kiezen van een stelsel voor het waarderen van zijn activa en passiva.<sup>9</sup> Het is duidelijk dat het at-arm's-length beginsel reeds aanwezig was in art. 3.8 Wet IB. Dit komt doordat in dit artikel staat, dat de winst uit een onderneming het bedrag is van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Bovendien staat in art. 3.25 het goedkoopmansgebruik, hierdoor wordt een ondernemer verplicht te handelen als een goede koopman betaamt, dus met zakelijke prijzen. Zodoende is hier een zekere mate van dubbele wetgeving in de wet verwerkt. Dit betekent dat alle voordelen bij de winst worden betrokken, dus ook de winsten tussen gelieerde ondernemingen ook al zouden deze verkeerde verrekenprijzen rekenen. Op dit punt heeft de Nederlandse wetgeving, na invoering van artikel 8b Wet VPB, dus een dubbele wetgeving gekregen.

Voor de invoering van art. 8b kende de Nederlandse wetgeving geen expliciet voorschrift van het at-arm's-length beginsel. Dit had tot gevolg dat Nederland veel internationale kritiek te verduren kreeg, omdat de toepassing van het beginsel in Nederland onvoldoende gewaarborgd zou zijn. De Staatssecretaris van Financiën destijds, W. J. Bos, vond dat met het oog op de beeldvorming, die hieraan ten grondslag lag, ervoor gewaakt moest worden dat dit op lange termijn de toestand van Nederland als internationale handelspartner zou schaden. Om deze internationale kritiek en beeldvorming ten goede te keren en eventuele onduidelijkheden in Nederland weg te nemen, met betrekking tot de toepassing van het at-arm's-length beginsel, werd voorgesteld het beginsel in de Wet VPB te verankeren.<sup>10</sup> Zodoende wilde de Nederlandse overheid met de invoering van art. 8b de negatieve beeldvorming omtrent Nederland als belastingparadijs veranderen. Als er wordt gekeken naar de rullingpraktijk dan is het duidelijk dat het daar geen invloed op heeft gehad, omdat er nog steeds rulings worden uitgegeven in samenwerking met de Nederlandse regering. Nederland heeft internationaal veel kritiek te verduren gekregen omtrent de rulings. Het is dus maar de vraag of de Staatssecretaris van Financiën destijds in zijn opzet geslaagd is dit beeld te doen veranderen.

Bij de invoering van het artikel werd ook een wettelijke maatregel toegevoegd die betrekking had op de administratieve aard van het beginsel. De beschikbaarheid van informatie die nodig is om vast te kunnen stellen of de verrekenprijzen wel op een zakelijke manier tot stand zijn gekomen, is een

---

<sup>9</sup> Vakstudie 02 - IB 2001 (incl. TBTBU)

<sup>10</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

belangrijk onderdeel.<sup>11</sup> Zonder een wettelijke maatregel die geïntegreerd is in het artikel zou dit een lege huls worden, omdat deze informatie essentieel is bij het bepalen van de voordelen.

De wetgever heeft bij de vormgeving van het at-arm's-length beginsel in art. 8b een zo groot mogelijke mate van gelijkheid nagestreefd met betrekking tot het art. 9 van het OESO-modelverdrag. Er werd voor deze benadering gekozen om een zo goed mogelijke aansluiting bij de internationale praktijk te waarborgen. Deze aansluiting had tot gevolg dat een afwijking van het Nederlandse verrekenprijsregime ten opzichte van de internationale standaard zo goed als mogelijk werd voorkomen.<sup>12</sup>

### *Wijzigingen*

Het artikel heeft sinds zijn invoering slechts één wijziging ondergaan. Per 1 januari 2015 is er een wijziging aangebracht in het artikel, namelijk dat in artikel 8b, derde lid, met betrekking tot, wordt vervangen door: met betrekking tot.<sup>13</sup> Het is duidelijk dat dit een kleine wijziging betreft en dat het artikel sinds zijn invoering in 2002 nauwelijks is gewijzigd en dus nog steeds dezelfde betekenis heeft.

## **2.2 Huidige doel en strekking van het artikel**

Om een volledig beeld te krijgen van het huidige doel en strekking van art. 8b Wet VPB zal er in dit deel een analyse volgen van de 3 leden, die dit artikel heeft. In het eerste lid is in feite het at-arm's-length beginsel opgenomen. Hierin wordt bepaald dat, wanneer gelieerde lichamen o.b.v. hun onderlinge rechtsverhoudingen prijzen of voorwaarden overeenkomen die afwijken van wat onafhankelijke partijen met elkaar zouden afspreken in het economisch verkeer, bij de resultaatbepaling van de laatstgenoemde voorwaarden wordt uitgegaan. Het onzakelijke element van de gelieerde ondernemingen wordt dus bij de fiscale resultaat bepaling gefilterd.<sup>14</sup>

Het at-arm's-length beginsel verschaft een objectieve maatstaf voor de vaststelling van een zakelijke verrekenprijs. Een deviatie van deze objectieve maatstaf leidt tot het ontstaan van een vermoeden, dat de oorzaak van deze afwijking ligt bij de gelieerdheid tussen de betrokken partijen. Het beginsel houdt in dat prijzen en voorwaarden tussen gelieerde partijen worden vergeleken met soortgelijke situaties tussen onafhankelijke derden. In de meeste gevallen zal dit tot een prijs resulteren, die zich bevindt tussen een bepaalde marge. Uit het beginsel blijkt dat wanneer een verrekenprijs zich in deze marge bevindt, deze kan worden aangemerkt als een acceptabele prijs. Wanneer een prijs zich buiten deze marges bevindt, dan wordt niet meer uitgegaan van een at-arm's-length prijs, omdat een willekeurige derde nooit tot een overeenstemming van deze prijs zou zijn gekomen. Als gelieerde partijen toch tot een prijs komen, die buiten deze marges valt, dan hadden de betrokken partijen zich ervan bewust moeten zijn, dat deze prijs niet als zakelijk valt aan te merken.<sup>15</sup> Dit geldt voor prijzen die hoger zijn dan de marge, maar ook voor prijzen die lager zijn dan de marge. Dit komt doordat van de belastingplichtige wordt verwacht dat hij aannemelijk maakt dat de door hem gehanteerde verrekenprijzen in overeenstemming zijn met het at-arm's-length beginsel. Hierbij is het

---

<sup>11</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

<sup>12</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

<sup>13</sup> *Kamerstukken I 2013/14*, 33 950, nr. A, p. 4.

<sup>14</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

<sup>15</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

uitgangspunt dat de vergoedingen die de betrokken ondernemingen ontvangen een weerspiegeling zijn van de uitgeoefende functies, rekening houdend met de gebruikte activa en de gelopen risico's.<sup>16</sup> Bij een te lage prijs zal er dus geen weerspiegeling zijn van deze factoren, waardoor de vergoedingen van de betrokken ondernemingen alsnog in art. 8b terecht komen.

Bij de invulling van het begrip gelieerdheid, is aangesloten bij het OESO-model verdrag. Dit houdt in dat naast een aandeelhoudersrelatie, ook een bestuurders-, of toezichtrelatie kan leiden tot gelieerdheid. De wetgever heeft er bewust voor gekozen om de gelieerdheid niet alleen toe te spitsen op de aandeelhoudersrelatie. Dit met het oog op de steeds uitbreidende en mondiaal wordende net van concernmaatschappijen. Deze groep zou bij een vaststelling o.g.v. alleen een aandeelhoudersrelatie dit gemakkelijk kunnen manipuleren en sturen. Als er bijvoorbeeld door de wetgever was gekozen voor een minimaal aandelenbelang van 30 procent, dan was het voor grote multinationale ondernemingen eenvoudig geweest dit te omzeilen. Deze concerns kunnen door hun uitgebreide organisatie een structuur opzetten waardoor ze buiten deze bepaling zouden vallen. Zo zouden ze in dit voorbeeld een structuur kunnen opzetten met 4 moedermaatschappijen en 1 dochtermaatschappij, waardoor het aandelenbelang onder de 30 procent zit, namelijk 25 procent. Dat werd door de wetgever als onwenselijk gezien.<sup>17</sup> Het begrip gelieerdheid is in navolging van art 9 OESO niet gekwantificeerd. Het is opvallend dat dit niet is gebeurd. In de parlementaire behandeling van dit artikel is hierover opgemerkt door de wetgever, dat het gaat om de vraag of de aandeelhouder, toezichthouder of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen op de prijzen voor de onderlinge transacties.<sup>18</sup> In de praktijk blijkt dat het bijna altijd duidelijk is of ondernemingen gelieerd zijn of niet.<sup>19</sup> Verder kan er sprake zijn van 2 soorten gelieerdheid, namelijk de verticale gelieerdheid en de horizontale gelieerdheid. Het eerste lid van artikel 8b VPB heeft betrekking op de verticale gelieerdheid. Verticale gelieerdheid is aanwezig als de ene partij zeggenschap, dat wil zeggen d.m.v. toezicht, leiding of aandeelhouderverband, heeft over de andere partij. Hierbij kan worden gedacht aan de moeder- dochter- maatschappij. Het tweede lid van artikel 8b heeft betrekking op de horizontale gelieerdheid. Horizontale gelieerdheid is aanwezig als twee partijen onder de zeggenschap van dezelfde persoon staan. Hieronder valt onder andere de relatie van twee zustermaatschappijen.<sup>20</sup>

In het derde lid van artikel 8b is een administratieve maatregel opgenomen. Deze maatregel heeft als belangrijkste functie de beschikbaarheid van informatie te waarborgen, omdat die benodigd is om te beoordelen of de door de belastingplichtige gehanteerde prijzen en voorwaarden in gelieerde verhoudingen als zakelijk zijn aan te merken. De wetgever heeft met dit voorschrift beoogd de duidelijkheid omtrent het administratieve gedeelte van het beginsel te vergroten.<sup>21</sup> Het derde lid geeft dus aan dat de administratie van belastingplichtige bepaalde gegevens dient te bevatten. Het gaat hier om informatie, die de wijze waarop de gehanteerde verrekenprijzen tot stand zijn gekomen, kan verduidelijken. De OESO-richtlijnen geven duidelijkheid over welke informatie relevant is voor art. 8b lid 3. Dit betekent niet dat de richtlijnen zondermeer toepasbaar zijn op de VPB, echter geven de richtlijnen wel een richting aan. In de paragrafen 1.19 tot en met 1.41 worden de factoren

---

<sup>16</sup> Besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/295M

<sup>17</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

<sup>18</sup> *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 5, p 33 en 47

<sup>19</sup> Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt 2019

<sup>20</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

<sup>21</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p19-23

genoemd die bepalend kunnen zijn voor het verduidelijken van het tot stand komen van verrekenprijzen en voorwaarden. Het gaat hier om de kenmerken van goederen en diensten, de functieanalyse, de contractuele voorwaarden, de economische omstandigheden en de ondernemingsstrategieën. Uit de OESO-richtlijnen blijkt, dat de relevantie van de factoren bepaald wordt door de feiten en omstandigheden van het specifieke geval.<sup>22</sup>

De belastingplichtige moet op basis van de relevante factoren zijn keuze van de gekozen verrekenprijsmethode kunnen onderbouwen. Maar het is beslist niet de bedoeling dat de belastingplichtige alle methoden evalueert en vervolgens onderbouwt waarom de door hem gekozen methode onder de gegeven omstandigheden tot de beste uitkomst leidt. Bovendien is de in dit lid te voeren administratie, een administratie o.b.v. artikel 52, derde lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Dit betekent dat de in die wet opgenomen bepalingen van toepassing zijn op de administratie op het punt van de verrekenprijzen en voorwaarden.<sup>23</sup> Als de belastingplichtige in gebreke blijft o.b.v. het administratieve voorschrift, zal de Algemene wet inzake rijksbelastingen m.b.t. het zakelijk handelen van de prijzen en voorwaarden in werking treden. De inspecteur kan dan de omkering van de bewijslast toepassen o.g.v. artikel 52a, eerste lid, AWR jo artikel 25, derde lid, AWR. Hiermee wordt bedoeld dat de bewijslast voor het zakelijk handelen naar de belastingplichtige wordt verschoven. De belastingplichtige zal in dat geval zelf aannemelijk moeten maken dat de door hem gehanteerde verrekenprijzen binnen de marge van het at-arm's-length beginsel vallen. Het staat hierin de belastingplichtige vrij op welke manier hij dit aannemelijk maakt.<sup>24</sup>

### 2.3 Conclusie

Er waren twee vragen die in dit hoofdstuk centraal stonden. Een daarvan was: Waarom heeft de Nederlandse regering er destijds voor gekozen om dit artikel in te voeren? De Nederlandse Wet had reeds een artikel om het onzakelijk handelen tussen gelieerde partijen tegen te gaan, namelijk art. 3.25 Wet IB jo art. 8 Wet VPB. In het kort betreft de strekking van dit artikel het begrip goedkoopmansgebruik. Toch lijkt het erop dat de wetgever destijds meerdere redenen had tot invoering van artikel 8b Wet VPB. Onder andere werd hiermee een grotere mate van gelijkheid beoogd in de fiscale behandeling van onafhankelijke en gelieerde ondernemingen. Bovendien werd het optreden tegen onzakelijke winstverschuivingen tussen gelieerde, veelal multinationale ondernemingen mede als reden genoemd. Ook het feit dat Nederland internationaal veel kritiek te verduren kreeg, omdat de toepassing van het at-arm's-length beginsel in Nederland onvoldoende gewaarborgd zou zijn, werd als reden genoemd. Er moest gewaakt worden voor de beeldvorming die hieraan ten grondslag lag, en de positie van Nederland als internationaal handelspartner mocht niet geschaad worden. Om deze internationale kritiek en beeldvorming ten goede te keren werd voorgesteld het beginsel in de Wet VPB te verankeren. De andere was: Wat is het doel en strekking van art. 8b Wet VPB? Het doel van het artikel is het onzakelijke element van gelieerde ondernemingen bij de fiscale resultaatbepaling eruit te filteren. Niet alleen bij de resultaatbepaling, de wetgever wilde het onzakelijke element tussen gelieerde ondernemingen in het algemeen elimineren. De strekking van het artikel is dat, wanneer gelieerde lichamen o.b.v. hun onderlinge rechtsverhoudingen prijzen of voorwaarden overeenkomen die afwijken van wat onafhankelijke

---

<sup>22</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 p19-23*

<sup>23</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 p19-23*

<sup>24</sup> MvT, *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 p19-23*

partijen met elkaar zouden afspreken in het economisch verkeer, bij de resultaatbepaling van de laatstgenoemde voorwaarden wordt uitgegaan. De vraag is of de wetgever erin geslaagd is om het beeld van Nederland als belastingparadijs te veranderen met het invoeren van artikel 8b Wet VPB. Als er wordt gekeken naar de rullingpraktijk dan is het duidelijk dat het daar geen invloed op heeft gehad, omdat er nog steeds rulings worden uitgegeven in samenwerking met de Nederlandse regering. Nederland heeft internationaal veel kritiek te verduren gekregen omtrent de rulings. Het is mijns inziens de wetgever dan ook niet gelukt om te slagen in het keren van het beeld van Nederland als belastingparadijs.

### 3. Wat is de strekking van verschillende kernarresten omtrent de onzakelijke lening?

#### *Onzakelijke lening in het algemeen*

De term onzakelijke lening is voor het eerst geïntroduceerd in het arrest van de HR van 9 mei 2008. Dit betrof een lening omhoog, namelijk een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder, die onder zodanige voorwaarden en omstandigheden heeft plaatsgevonden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico werd genomen, dat door een onafhankelijke derde niet zou zijn genomen.<sup>25</sup> Echter bleek door latere jurisprudentie dat een onzakelijke lening omlaag, geldverstrekking van moeder aan dochter ook mogelijk is.<sup>26</sup> Dit is tevens een belangrijk arrest, omdat de HR hier de borgstellingsanalogie introduceert.<sup>27</sup> Net zoals een onzakelijke lening opzij, tussen twee zustermaatschappijen mogelijk is. De onzakelijke lening komt meestal voor in gelieerde verhoudingen, echter bleek uit laatstgenoemde arrest dat gelieerdheid niet altijd een vereiste is. Afgezien van aandeelhoudersrelatie kan er ook sprake zijn van een onzakelijk lening als er een debiteurenrisico wordt genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, maar nu wel vanwege persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen.<sup>28</sup> Dit zijn de 3 kernarresten wat betreft de onzakelijke lening, omdat ze een compleet beeld geven van de onzakelijke lening en tevens alle drie een andere vorm hebben wat betreft de gelieerdheid.<sup>29</sup> Ondanks het feit dat de term onzakelijke lening voor het eerst werd geïntroduceerd in deze arresten, is het zo dat het concept van onzakelijk handelen tussen gelieerde ondernemingen al is neergelegd in het Cessna II-arrest<sup>30</sup> en het renpaarden-arrest.<sup>31</sup> Vandaar dat dit hoofdstuk begint met een stuk geschiedenis over deze twee arresten en daarna vervolgt met de behandeling van de drie kernarresten.<sup>32</sup>

#### **3.1 Geschiedenis: Cessna II-arrest**

##### *Cessna II-arrest*

##### *3.1.1 Samenvatting van het geding in cassatie*

De casus kan in het kort als volgt worden samengevat. De belanghebbende, de praktijkvennootschap van een tandarts, is een kostenmaatschap aangegaan met een andere BV. Het doel van deze maatschap was het vestigen van tandheelkundige centra in West-Europese landen. De maatschap heeft een vliegtuig, type Cessna, gekocht. De directeuren-aandeelhouders maakten gebruik van het vliegtuig. De Hoge Raad heeft geoordeeld, dat in het onderhavige geval een zodanige wanverhouding bestaat tussen het nut dat het reizen per eigen vliegtuig voor de onderneming kon afwerpen en de daaraan verbonden meerkosten, dat geen redelijk denkend ondernemer kan volhouden deze wijze van reizen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming te hebben verkozen. Maar de HR heeft ook geoordeeld, dat het feit dat de extra kosten die dit vliegtuig met zich mee brengen geen ondernemingskosten zijn, niet betekent dat de kosten van het vliegtuig in het geheel geen

---

<sup>25</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108

<sup>26</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442

<sup>27</sup> Zakelijk door de onzakelijke lening heen, Mike van den Berg, p.23

<sup>28</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645

<sup>29</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645

<sup>30</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871

<sup>31</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865

<sup>32</sup> Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt 2019

ondernemingskosten zijn.<sup>33</sup> Dit betekent dus dat de ondernemer de kosten die een redelijk denkend ondernemer zou maken wel ten laste van het resultaat mag brengen.

### 3.1.2 *Het geschil*

Er volgt nu een beschrijving van de feiten in de zaak. De belanghebbende heeft een tandartspraktijk in Z. Haar enige aandeelhouder en enige bestuurder is tandarts A. De belanghebbende is begin 1991 een kostenmaatschap aangegaan met B BV, deze vennootschap exploiteert een tandtechnisch laboratorium. Het doel van de maatschap was het vestigen en uitbaten van tandheelkundige centra in andere landen in West-Europa. Het was de bedoeling dat het eerste tandheelkundige centrum van de maatschap werd gevestigd in Italië. In 1991 is de bestuurder van belanghebbende, A, in Italië op parttime basis begonnen met werkzaamheden als tandarts, samen met nog twee andere tandartsen. De bestuurder van B BV zorgde voor de levering van tandheelkundige middelen. In het kader van hun maatschap hebben belanghebbende en B BV in mei 1991 een tweedehands vliegtuig gekocht, het ging hier om een Cessna 182. De maatschap tussen belanghebbende en B BV is in 1993 ontbonden. Als gevolg hiervan kwam het economische belang van de Cessna volledig bij B BV terecht. In de jaren 1991 t/m 1993 zijn met het vliegtuig, behoudens een aantal lesvluchten, in ieder geval vluchten naar Denemarken, Duitsland, Frankrijk en Jersey gemaakt. In 1992 is bovendien ten minste één vlucht naar Italië gemaakt. De kosten, die voortvloeiden uit het bezit en het gebruik van het vliegtuig zijn voor de helft door belanghebbende gedragen. Belanghebbende had voor het jaar 1993 aangifte gedaan van een belastbaar bedrag van nihil, na verrekening van een verlies over 1992. Bij de vaststelling van de primitieve aanslag is de aangifte gevolgd. Door een aantal boekenonderzoeken van de Belastingdienst heeft de Inspecteur belanghebbende over 1993 een navorderingsaanslag opgelegd. In de nagevorderde belasting is een verhoging van per saldo 25% begrepen. Bij de navorderingsaanslag is de belastbare winst van belanghebbende over 1993 gecorrigeerd met de kosten van de Cessna, die op dat jaar betrekking hadden. Bovendien is de verrekening van het verlies van 1992 ongedaan gemaakt. Bij de heffing van inkomstenbelasting van bestuurder A over 1993 heeft de Inspecteur niet het standpunt ingenomen, dat belanghebbende een verkapte winstuitdeling heeft gedaan door de kosten van de Cessna mede voor haar rekening te nemen. Volgens de Inspecteur was onvoldoende gebleken dat er een bewuste bevoordeling was van de aandeelhouder.<sup>34</sup>

In 1995 is bij belanghebbende een boekenonderzoek ingesteld. Er wordt melding gemaakt van een brief van de accountant van de belanghebbende: "Uit oogpunt van de voorcalculatie zou het vliegen met een eigen vliegtuig voordeliger zijn. Zoals eerder meegedeeld waren de juiste papieren niet voor handen om in Italië te mogen landen. Om deze te bemachtigen is het noodzakelijk geweest een bepaald aantal vliegreizen te maken. Van daadwerkelijke vluchten naar Italië is nauwelijks sprake geweest, omdat de markt in Italië voor tandheelkundige hulp zo verslechterd was, dat het voortzetten van een eigen vliegtuig niet meer rendabel was."<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871

<sup>34</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, Conclusie Advocaat-Generaal mr. Van Kalmthout

<sup>35</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, r.o. 3.1

### 3.1.3 Overwegingen HR

Het Hof heeft geoordeeld, dat uit het boekenonderzoek van 1995 tot en met 1997 duidelijk is geworden over welke kosten het gaat. Bovendien heeft het hof geoordeeld dat dit een nieuw feit is dat navorderen mogelijk maakt. Middel III keert zich tegen dit oordeel van het Hof, omdat de inspecteur bij het vaststellen van de primitieve aanslag bekend had kunnen zijn met het feit dat belanghebbende voor een deel gebruik maakte van een zeer kostbaar transportmiddel. En de Inspecteur had dat reden moeten vinden nader onderzoek in te stellen. De HR oordeelt dat dit middel faalt, omdat het Hof in zijn oordeel geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting betreffende de in artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen gestelde mogelijkheid tot navorderen.<sup>36</sup>

Met betrekking tot de aftrekbaarheid van de kosten van het vliegtuig heeft het Hof geoordeeld dat geen redelijk denkend ondernemer kan volhouden dat de gemaakte kosten voor het per eigen vliegtuig reizen puur in het zakelijk belang van de onderneming zijn gedaan. In het eerste onderdeel van middel I wordt geklaagd dat het Hof de maatstaf heeft miskend met betrekking tot het oordeel van een redelijk denkend ondernemer, die zijn zakelijke belangen afweegt. De HR oordeelt dat dit middel faalt, omdat het ontbreekt aan feitelijke grondslag. Bovendien heeft het Hof bij zijn uitspraak m.b.t. de laatstbedoelde maatstaf gerelateerd aan het handelen van de ondernemer in dit geval belanghebbende.<sup>37</sup>

In het tweede onderdeel van middel I wordt geklaagd, dat het Hof niet de beweegredenen van belanghebbende zoals deze bestonden ten tijde van de investeringsbeslissing aangaande het vliegtuig heeft getoetst. De HR oordeelt dat dit middel feitelijke grondslag mist, omdat het Hof zijn oordeel had verbonden aan het motief van belanghebbende op het moment van haar keuzemoment. De HR oordeelt daarom dat middel I in zijn geheel faalt.<sup>38</sup>

In middel II wordt geklaagd dat het Hof heeft nagelaten om enig bedrag met betrekking tot het gebruik van het vliegtuig naar Italië in aanmerking te nemen. De HR oordeelt dat het middel slaagt voor zover het een motiveringsklacht betreft. Het Hof heeft geoordeeld dat geen redelijk denkend ondernemer de wanverhouding tussen de meerkosten, die betrekking hebben op het reizen per privé-vliegtuig, en het nut voor de onderneming zou verkiezen. De HR oordeelt echter dat dit niet betekent dat belanghebbende geen enkele kosten ten behoeve van de onderneming heeft gemaakt.<sup>39</sup>

De HR oordeelt met het hiervoor overwogene dat de uitspraak van het Hof niet in stand kan blijven.<sup>40</sup> Dit betekent dat de HR de zaak verwijst en door een ander Hof is afgedaan. Dit Hof heeft geoordeeld dat de kosten (de basiskosten van het reizen en dus niet de meerkosten die tot een wanverhouding leiden met het oog op het nut en de grootte van de uitgave), die ter zake van de onderneming zijn gemaakt volledig op de winst in mindering kunnen worden gebracht, met dien verstande dat een redelijk denkend ondernemer deze uitgaven zou doen.<sup>41</sup>

### 3.2 Geschiedenis: Renpaarden-arrest

---

<sup>36</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871 r.o. 3.2

<sup>37</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, r.o. 3.3

<sup>38</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, r.o. 3.4

<sup>39</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, r.o. 3.5

<sup>40</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, r.o. 3.6

<sup>41</sup> Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt 2019



## *Renpaarden-arrest*

### *3.2.1 Samenvatting van het geding in cassatie*

De casus kan in het kort als volgt worden samengevat. De belanghebbende is een BV, die een uitzendbureau exploiteert. Belanghebbende heeft onder verkoopkosten een bedrag begrepen dat betrekking heeft op het houden van renpaarden en het deelnemen van deze paarden aan drafwedstrijden. Het Hof heeft, met toepassing van het Cessna-criterium, geoordeeld dat slechts een deel van deze kosten als zakelijke kosten zijn aan te merken. De Hoge Raad heeft geoordeeld, dat een door de vennootschap gedane uitgaven slechts een zakelijk karakter ontbeert indien en voor zover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder. De HR oordeelt dat dit geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting van het Hof. Het Hof heeft het niet-zakelijke deel van de kosten bepaald door te vergelijken met een vennootschap waarvan het beleid niet wordt ingegeven door de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder. Ook dit geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting van het Hof.<sup>42</sup>

### *3.2.2 Het geschil*

Er volgt nu een beschrijving van de feiten in de zaak. Sinds 1 oktober 1994 exploiteert belanghebbende een uitzendbureau gericht op de metaalbranche. Voor genoemde datum was de onderneming een eenmanszaak in bezit van A, die directeur en enig aandeelhouder is. In 1996 bedroeg de omzet f 1.754.000,- de belastbare winst bedroeg -/ f 14.033,-. Ten laste van deze winst was f 60.770,- aan verkoopkosten gebracht. Hiervan had f 26.632,- aan kosten betrekking op het houden van twee renpaarden en het laten deelnemen van deze paarden aan drafwedstrijden. Op de deken van het paard staat de naam van belanghebbende. Als er met de paarden prijzengeld werd gewonnen, rekende belanghebbende deze tot het resultaat.<sup>43</sup>

### *3.2.3 Overwegingen HR*

Het Hof vond het aannemelijk dat de kosten m.b.t. het houden van renpaarden en het deelnemen aan wedstrijden met deze paarden berusten op zakelijke gronden. De Inspecteur stelde echter dat de uitgaven uitsluitend zijn gemaakt met het oog op de persoonlijke behoeften van de directeur en enig aandeelhouder. Het Hof heeft dit niet aannemelijk geacht. Het Hof constateert wel dat met de deelname aan de drafwedstrijden op zichzelf slechts voor een beperkte mate zorgt voor een vergroting van naamsbekendheid van belanghebbende. Bovendien constateert het Hof dat A, directeur en enig aandeelhouder van belanghebbende, een bijzondere interesse heeft in de paardensport. Het Hof oordeelde dat tussen de kosten van het houden van paarden en deze laten deelnemen aan wedstrijden enerzijds en het nut van de kosten voor de onderneming anderzijds een wanverhouding bestaat. Zodanig dat geen redelijk denkend ondernemer kan volhouden dat de uitgaven volledig t.b.v. de onderneming zijn gedaan. Het Hof oordeelde dat een redelijk denkend ondernemer, voor deze mate van naamsbekendheid, een bedrag van f 6.658,- ervoor over zou moeten hebben.<sup>44</sup> Het is duidelijk dat het Hof hier het Cessna-criterium van de HR heeft toegepast.

---

<sup>42</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865

<sup>43</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, r.o. 3.1

<sup>44</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, r.o. 3.1

De vraag is hoeveel een redelijk denkend ondernemer over heeft om een bepaalde mate van naamsbekendheid te creëren. Ik vind dat het Hof in goede justitie een bedrag heeft bepaald. Het Hof gaat hier mijns inziens niet te veel op de stoel van de ondernemer zitten.

De HR oordeelt, dat het Hof m.b.t. de wanverhouding tussen de door belanghebbende gemaakte kosten voor het houden van paarden en het laten deelnemen van deze paarden aan wedstrijden en het bedrag dat een redelijk handelende ondernemer zou hebben besteed voor het bereiken van een vergelijkbaar resultaat, een juiste afweging heeft gemaakt. De HR oordeelt ook dat de gevolgtrekking die is gekomen, namelijk dat de bedoelde kosten niet alleen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming zijn gemaakt, maar ook ter bevrediging van persoonlijke behoeften van de directeur en enig aandeelhouder, juist is.<sup>45</sup>

Het Hof had het gedeelte van de kosten, dat niet gemaakt is o.g.v. de zakelijke belangen van de onderneming, gesteld op het gedeelte van de uitgaven dat uitgaat boven hetgeen een redelijk handelende ondernemer, zou uitgeven voor een vergelijkbaar resultaat. Bovendien had het Hof bij deze overweging geabstraheerd van een beleid dat mede wordt ingegeven door de persoonlijke behoeften van haar aandeelhouder. De HR oordeelt dat dit geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>46</sup>

Ook het middel dat klaagt dat het Hof heeft miskend, dat belanghebbende door haar paarden te laten deelnemen aan wedstrijden zorgde voor extra vergroting van haar naamsbekendheid, faalt volgens de HR. Het Hof heeft deze stelling onderzocht en te vaag en onbewezen bevonden.<sup>47</sup>

Als er een geschil is over de vraag of een ondernemer een bepaalde uitgave o.g.v. zakelijke overwegingen heeft gedaan of dat er toch met een oogmerk van bevrediging van persoonlijke behoeften van aandeelhouders is geweest. Dan overschrijdt de rechter de grenzen van zijn taak niet door de werkelijke aard van de uitgaven te beoordelen. Zo oordeelt de HR.<sup>48</sup>

### **3.3 Kernarrest 1 - HR 9 mei 2008 - onzakelijke lening omhoog**

#### *Onzakelijke lening omhoog-arrest*

##### *3.3.1 Samenvatting van het geding in cassatie*

De casus kan in het kort als volgt worden samengevat. Belanghebbende is X Beheer BV, die onderdeel is van A-groep. Er kwam een reorganisatie en bepaalde mensen wilden hun aandeel verkopen. Echter hadden de overige aandeelhouders niet de liquide middelen om ze uit te kopen. Er werd een nieuwe holding opgericht waaraan een lening werd verstrekt door belanghebbende. De belanghebbende was de dochter en de holding was de moeder. De holding behaalde slechte resultaten en kon nauwelijks de rente vergoeden. Als gevolg hiervan waardeerde belanghebbende de vordering af ten laste van de winst. Het hof oordeelde dat de vormgeving van de geldverstrekking iedere zakelijkheid ontbeert. Bovendien zou een onafhankelijke derde onder dezelfde omstandigheden de geldlening niet zijn aangegaan, volgens het Hof. Als gevolg oordeelde het Hof dat de afwaardering niet ten laste van het resultaat van belanghebbende mag komen. De HR oordeelt dat het Hof in het gelijk staat m.b.t. de weigering van de afwaardering. De overige klachten die zijn

---

<sup>45</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, r.o. 3.4

<sup>46</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, r.o. 3.5

<sup>47</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, r.o. 3.6

<sup>48</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, r.o. 3.7

gericht tegen het oordeel van het Hof behoeven volgens de HR geen verdere motivering. De geldverstrekking wordt aangemerkt als een onzakelijke lening.

### 3.3.2 *Het geschil*

Er volgt nu een beschrijving van de feiten in de zaak. In 1992 is X Beheer B.V., hierna belanghebbende, opgericht en maakt sindsdien deel uit van de A-groep. De aandelen van belanghebbende zijn tegen uitgifte certificaten van aandelen geleverd aan een stichting administratiekantoor. De certificaathouders van belanghebbende waren ook houder van de certificaten van aandelen van F B.V., voorheen de holdingvennootschap van de A-groep.<sup>49</sup> Er vond in 1995 een reorganisatie plaats om aan de wens van een aantal certificaathouders te voldoen. Ze wilden hun belangen in F B.V. en belanghebbende af stoten. De overige groep certificaathouders beschikte niet over de financiële middelen die nodig waren om deze certificaathouders uit te kopen. Hierdoor werd besloten om de holdingvennootschap, G Holding B.V. (hierna Holding), op te richten. Daarbij was het de bedoeling dat de Holding in fases pakketten certificaten zou opkopen van certificaathouders die de wens hadden te verkopen. Na een aantal transacties beschikte de Holding aan het einde van 1997 over 278 certificaten van aandelen in belanghebbende, dit vertegenwoordigde een belang van 23,16 %. Bovendien had de holding 38 certificaten van aandelen in F B.V., dit was een belang van 7,3 %. De aankoop van deze certificaten had een waarde van f 10.235.760. De aankoop werd volledig gefinancierd met een lening van belanghebbende aan Holding. Het gaat hier om een lening van de moeder aan de dochter, oftewel een lening omlaag. Het was de bedoeling dat de Holding, die over geen andere activa beschikte, de lening van belanghebbende zou aflossen uit een te genereren dividendstroom uit belanghebbende en F B.V.<sup>50</sup>

De lening werd door belanghebbende aangemerkt als een rekening-courant, hierop werd de verschuldigde rente jaarlijks bijgeboekt. De rente bedroeg 4,7 % in 1996, 4,96 % in 1997, 5,25 % in 1998 en 5,63 % in 2000. Het saldo van deze lening liep op van f 4.526.692 eind 1995, tot f 13.213.837 eind 2000. Gedurende de gehele looptijd van de lening werd in totaal voor f 115.030 afgelost, dit volledige bedrag was afkomstig van een door F B.V. uitgekeerd dividend. Er is nooit een schriftelijke leningsovereenkomst opgemaakt. En er is nooit een aflossingsschema voor de lening vastgesteld. Bovendien zijn er voor de lening nooit zekerheden gevraagd of verstrekt.<sup>51</sup>

De resultaten van de A-groep stonden sinds het aangaan van de lening onder druk. Dit kwam onder andere door gewijzigde marktomstandigheden. Dit had tot gevolg dat de concurrentie toenam, bovendien kwamen er andere productietechnieken. Er werd verlies geleden in alle boekjaren van 1996 tot en met 2000. In totaal bedroeg het commerciële verlies in deze vijf jaren f 24.619.216. Sinds 1997 was het eigen vermogen van belanghebbende negatief. Deze verliezen en vermogenspositie waren mede oorzaak van het feit, dat er nooit dividend werd uitgekeerd vanuit de A-groep aan de Holding.<sup>52</sup>

De belanghebbende heeft in februari 2001 haar vordering op Holding met een nominale waarde van f 13.198.000 voor de WEV (waarde economisch verkeer) van f 6.205.400 aan F B.V. overgedragen. Bovendien werden de aandelen Holding voor f 1 verkocht.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.1.1

<sup>50</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.1.2

<sup>51</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.1.3

<sup>52</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.1.4

<sup>53</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.1.5

In de aangifte vennootschapsbelasting van het jaar 2000 van belanghebbende is m.b.t. de lening aan Holding een aanvullende voorziening getroffen van f 2.000.000. De Inspecteur heeft deze dotatie aan de voorziening niet geaccepteerd.<sup>54</sup>

### 3.3.3 Overwegingen HR

Voor zover belanghebbende gevolgd zou kunnen worden in haar stelling dat de geldverstrekking is aangegaan met de Holding o.g.v. een zakelijk motief, is het echter zo dat door de vormgeving van de geldverstrekking deze iedere zakelijkheid ontbeert. Zo heeft het Hof geoordeeld. De HR oordeelt dat de klachten die tegen dit oordeel betogen niet met vrucht bestreden kunnen worden in cassatie, omdat er nooit een leningsovereenkomst is opgemaakt, bovendien nooit een aflossingschema is vastgesteld en er is nooit enige vorm van zekerheid gevraagd of verstrekt. De HR oordeelt dat de klachten tegen dit oordeel falen.<sup>55</sup>

Vervolgens heeft het Hof geoordeeld, dat een onafhankelijke derde onder dezelfde omstandigheden de geldlening niet zou zijn aangegaan. Volgens oordeelt het Hof dat de lening van belanghebbende aan Holding in de jaren 1995 tot en met 2001 niet valt aan te merken als een zakelijke lening. Dit had tot gevolg dat de afwaardering van belanghebbende, betreffende f 2.000.000 op de lening aan Holding, niet ten laste van het resultaat mag brengen.<sup>56</sup>

De klachten die zich richten tegen dit oordeel van het Hof worden door de HR als volgt beoordeeld. Als een vennootschap een lening voor een bepaald gedeelte aan haar aandeelhouder verstrekt en onder zodanige voorwaarden en omstandigheden plaatsvindt dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Dan moet, behoudens bijzondere omstandigheden, ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen. Dit heeft tot gevolg dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet ten laste van het resultaat van die vennootschap kan worden gebracht.<sup>57</sup>

Vervolgens oordeelt de HR dat het oordeel van het Hof, m.b.t. het feit dat een onafhankelijke derde onder deze omstandigheden de lening niet zou zijn aangegaan van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk is. De HR let daarmee in het bijzonder op de omstandigheden van de Holding, die over geen andere activa of een andere financiering beschikte. Hierdoor zou Holding de lening van belanghebbende moeten aflossen uit een te genereren dividendstroom die onder meer uit belanghebbende voortvloeit. Het feit dat Holding geen meerderheidsbelang in belanghebbende heeft, doet niet af aan het feit dat belanghebbende het volle debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van Holding in haar hoedanigheid van aandeelhouder te dienen.<sup>58</sup>

De HR oordeelt dus dat het Hof terecht de afwaardering in het onderhavige jaar van f 2.000.000 op haar lening aan Holding niet ten laste van haar resultaat mag brengen.<sup>59</sup>

De overige klachten die zijn gericht tegen het oordeel van Hof behoeven volgens de HR geen verdere motivering. De geldverstrekking wordt aangemerkt als een onzakelijke lening.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.1.6

<sup>55</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.2

<sup>56</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.3

<sup>57</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.4

<sup>58</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.5

<sup>59</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.6

<sup>60</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.7

### 3.4 Kernarrest 2 - HR 25 november 2011 – onzakelijke lening omlaag

#### *onzakelijke lening omlaag-arrest*

##### *3.4.1 Samenvatting van het geding in cassatie*

De casus kan in het kort als volgt worden samengevat. Belanghebbende is een BV gevestigd op Curaçao. Belanghebbende was een fiscale eenheid aangegaan met haar dochter. Vervolgens verkoopt belanghebbende een effectenportefeuille aan dochter die de koopsom schuldig blijft en daar 5 % rente op moet vergoeden. Echter de dochter betaalt nooit rente en heeft ook verder geen activiteiten van bedrijfseconomische waarde. Belanghebbende heeft haar vordering op dochter afgewaardeerd. De HR heeft geoordeeld dat deze afwaardering geweigerd moet worden, omdat de geldverstrekking niet valt aan te merken als een zakelijke lening. Deze gedachte komt voort uit het feit, dat er een debiteurenrisico wordt genomen door belanghebbende die enkel wordt veroorzaakt door haar positie als aandeelhouder van A BV. Bovendien zou een onafhankelijke derde dit risico niet hebben aanvaard. De HR oordeelt dat het oordeel van het Hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De oordelen van het Hof zijn ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd volgens de HR.<sup>61</sup>

##### *3.4.2 Het geschil*

Er volgt nu een beschrijving van de feiten in de zaak. X B.V. te Z, Curaçao (hierna: belanghebbende) heeft op 30 december 1999 A B.V. opgericht en op de daarbij uitgegeven aandelen een bedrag van € 18.151 gestort. A BV is vanaf de oprichting gevoegd in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met belanghebbende als moedermaatschappij.<sup>62</sup> Dit houdt in dat er belasting wordt geheven alsof er één belastingplichtige is. De belasting wordt dan geheven bij de moedermaatschappij. De moedermaatschappij moet daarvoor minimaal 95% van de aandelen van dochter in bezit hebben, zowel economisch als juridisch eigendom. De fiscale eenheid kan alleen ontstaan op verzoek van beide belastingplichtigen.<sup>63</sup>

Vervolgens heeft belanghebbende op 30 december 1999 haar effectenportefeuille aan A BV verkocht en geleverd. Vanwege de verkoop heeft er een boeking plaatsgevonden in de rekening-courantverhouding tussen belanghebbende en A BV, betreffende € 5.295.506. De verschuldigde rente bedroeg 5%.<sup>64</sup>

Daarna is op 31 december 1999 de fiscale eenheid beëindigd.<sup>65</sup>

Belanghebbende en A BV hebben in februari 2001 de rekening-courantschuld omgezet in een geldlening. De geldlening moest binnen een termijn van tien jaar worden afgelost met een jaarlijkse rente van 5%.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442

<sup>62</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.1.1

<sup>63</sup> Art. 15 Wet VPB

<sup>64</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.1.2

<sup>65</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.1.3

<sup>66</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.1.4

A BV is de rente van de jaren 2000 en 2001 schuldig gebleven.<sup>67</sup>

Belanghebbende en A BV verplaatsen op 20 december 2001 de feitelijke leiding naar de Nederlandse Antillen. A BV had toen een negatief eigen vermogen van € 1.201.856.<sup>68</sup>

Belanghebbende waardeerde haar vordering op A BV altijd op nominale waarde, maar heeft in het jaar 2001 deze vordering met € 1.201.856 afgewaardeerd, omdat A BV een negatief eigen vermogen had.<sup>69</sup>

### 3.4.3 Overwegingen HR

In het geschil bij het Hof was of de inspecteur terecht de aftrek heeft geweigerd m.b.t. de afwaardering van de vordering van belanghebbende op A BV. Het Hof heeft geoordeeld dat belanghebbende onder zodanige voorwaarden en omstandigheden geld aan A BV heeft verstrekt dat zij daarmee een debiteurenrisico neemt die enkel wordt veroorzaakt door haar positie van aandeelhouder van A BV. Bovendien zou een onafhankelijke derde dit risico niet hebben aanvaard. De geldverstrekking is volgens het Hof niet aan te merken als een zakelijke lening, met als gevolg dat de afwaardering van deze lening niet ten laste van het resultaat van belanghebbende mag komen.<sup>70</sup> Belanghebbende is tegen deze oordelen van het Hof in cassatie bij de HR gegaan. Het middel richt zich tegen deze oordelen. De HR heeft het volgende voorop gesteld.

Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking omlaag, namelijk van een moedervenootschap aan haar dochtervenootschap, als een geldlening of een kapitaalverstrekking valt aan te merken, is in principe de civielrechtelijke vorm doorslaggevend. Volgens de HR heeft deze regel drie uitzonderingen. Ten eerste de schijnlening, van deze vorm is sprake als alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl de partijen in werkelijkheid hebben een kapitaalverstrekking tot stand wensen te brengen. Ten tweede de deelnemerschapslening, van deze vorm is sprake als de lening is verstrekt onder de voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere zin een deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. Ten derde de bodemloze put lening, van deze vorm is sprake als de geldlening wordt verstrekt onder zodanige omstandigheden dat de schuldeiser vanaf het begin duidelijk moet zijn geweest, dat het uitgeleende bedrag niet of niet volledig zal kunnen worden terugbetaald door de schuldenaar.<sup>71</sup>

Als de rente bij een lening tussen gelieerde partijen niet in overeenstemming met het at-arm's-length-beginsel is vastgesteld, dan moet voor de fiscale resultaatbepaling gecorrigeerd worden en uitgegaan worden van een rente die wel aan dit beginsel voldoet. Echter mag deze rente niet winstdelend worden. Deze rente mag dus niet een zodanig effect hebben op de winst van de partij die leent, dat het een te groot gedeelte van de winst beslaat.<sup>72</sup> De HR gebruikt hier art. 8b VPB om te bepalen of de rente op een zakelijk manier is vastgesteld. Vervolgens wordt de rente o.g.v. het goedkoopmansgebruik van art. 3.25 IB gecorrigeerd.

Als de rente onzakelijk is dan moet er dus gecorrigeerd worden naar een zakelijke rente. Maar als er geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest een soortgelijke lening te verstrekken, onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden

---

<sup>67</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.1.5

<sup>68</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.1.6

<sup>69</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.1.7

<sup>70</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.2

<sup>71</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1

<sup>72</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.2

verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een derde niet zou hebben genomen. Wanneer deze situatie zich voordoet dan kan er worden uitgegaan, op bijzondere omstandigheden na, van het feit dat de betrokken vennootschap dit risico bewust heeft aanvaard om het belang van de gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder of dochtervennootschap te dienen. Zo een lening zal worden aangemerkt als een onzakelijke lening. Het gevolg is dat een verlies op zo een geldlening niet ten laste van het resultaat van de vennootschap kan worden gebracht.<sup>73</sup>

Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aanvaardt, is te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld als wanneer zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden. De HR heeft een vuistregel ontwikkeld om rente van een onzakelijke lening te kunnen bepalen, dit wordt de borgstellingsanalogie genoemd. De rente dient volgens de HR gesteld te worden op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden, als zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder dezelfde voorwaarden van een derde zou lenen. De gedachte hierachter is dat het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening accepteert, te vergelijken is met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder dezelfde voorwaarden direct bij een derde is opgenomen door een gelieerde vennootschap.<sup>74</sup> Bij borgstellingen wordt op het moment van het ontstaan van de regresvordering de vergoedingen op deze verstandshouding gerekend tot resultaat. Dit betekent dat een eventueel verlies op de borgstelling in aftrek kan worden gebracht, mits deze zakelijk is.<sup>75</sup>

De vraag over of het een onzakelijke lening betreft dient te worden beantwoord op het moment van het aangaan van de lening. Echter kan een zakelijke lening gedurende de looptijd nog steeds onzakelijk worden ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur en vervolgens alsnog een onzakelijke lening worden. De lening is in zijn geheel zakelijk of onzakelijk, het is dus niet mogelijk om een gedeelte van de lening te kwalificeren als zakelijk dan wel onzakelijk.<sup>76</sup>

Bij een onzakelijke lening ligt het debiteurenrisico in de kapitaalsfeer, vanwege het risico dat de rente over die lening niet betaald wordt. Hetzelfde geldt voor het debiteurenrisico met betrekking tot verschuldigd gebleven rente op een onzakelijke lening.<sup>77</sup>

Volgens de HR faalt het middel tegen het oordeel van Hof, omdat de lening die is aangegaan in 1999 alle zakelijkheid ontbeert. Het oordeel van het Hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De oordelen van het Hof zijn ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, aldus de HR.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.3

<sup>74</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.4

<sup>75</sup> WFR 2013/776, Drs. N.M. Ligthart en mr. H.K. Nijkamp MSRE, 18-06-2013

<sup>76</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.5

<sup>77</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.6

<sup>78</sup> HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.4

### 3.5 Kernarrest 3 – HR 20 maart 2015 - onzakelijke lening opzij

#### *onzakelijke lening opzij-arrest*

##### *3.5.1 Samenvatting van het geding in cassatie*

De casus kan in het kort als volgt worden samengevat. Belanghebbende is X BV, met A als aandeelhouder. X BV leent een bepaald bedrag aan D BV, een gelieerde partij (zustermaatschappij). Belanghebbende wou een voorziening opnemen voor deze leningen, maar dit werd geweigerd door de Inspecteur. De Inspecteur heeft bij deze geldleningen niet gesteld dat zich de situatie voordoet waarin vanaf het begin aannemelijk was dat deze leningen niet kunnen worden afgelost, daarom wordt de verstrekking van die leningen aangemerkt als een uitdeling van winst aan aandeelhouder A, aldus de HR. Als gevolg hiervan kan het verlies op de geldleningen niet ten laste van het resultaat van belanghebbende worden gebracht, als de Inspecteur aannemelijk maakt dat belanghebbende op het moment van verstrekking van de leningen of daarna, een debiteurenrisico heeft gelopen dat een derde niet zou nemen onder dezelfde omstandigheden.<sup>79</sup>

##### *3.5.2 Het geschil*

Er volgt nu een beschrijving van de feiten in de zaak. Belanghebbende is X BV, sinds 1992 worden de aandelen in belanghebbende gehouden door A, die ook bestuurder is van belanghebbende.<sup>80</sup>

In 2006 is A ook voor 47,5 % aandeelhouder in C BV, waar hij ook bestuurder is.<sup>81</sup>

Op 2 mei 2006 heeft C BV 1/3 deel van de aandelen in D BV verworven. Op 28 augustus 2006 heeft belanghebbende, met als omschrijving “tijdelijke financiering”, € 100.000 naar D B.V. overgemaakt.

Op 19 oktober 2006 heeft belanghebbende, met als omschrijving “tijdelijke lening, direct terugbetalen met ob.”, € 50.000 naar D B.V. overgemaakt.<sup>82</sup>

Vervolgens is D BV op 13 november 2007 failliet verklaard.<sup>83</sup>

Belanghebbende had voor het jaar 2006 vanwege de hiervoor genoemde geldverstrekkingen een voorziening opgenomen ten bedrage van € 150.000. De inspecteur was het hier niet mee eens en heeft deze dotering geweigerd en gecorrigeerd.<sup>84</sup>

##### *3.5.3 Overwegingen HR*

Het Hof vond het aannemelijk dat de geldleningen tussen belanghebbende en D BV tot stand zijn gekomen. Echter heeft het Hof ook vastgesteld dat er ten tijde van deze geldleningen tussen A en D BV banden bestonden, die als persoonlijke aard gezien kunnen worden. Belanghebbende was hier volgens het Hof niet bij betrokken. Het kan zo zijn dat deze banden een motief hebben gevormd voor het verstrekken van de geldleningen. Bovendien heeft belanghebbende bij het uitlenen van deze gelden geen zekerheden bedongen, terwijl de geschiedenis van deze onderneming daar wel aanleiding toe zou moeten geven, volgen het Hof. Vanwege de hiervoor genoemde feiten en

---

<sup>79</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645

<sup>80</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.1.1

<sup>81</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.1.2

<sup>82</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.1.3

<sup>83</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.1.4

<sup>84</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.1.5



omstandigheden heeft het Hof geoordeeld, dat de motieven die aan deze geldlening ten grondslag liggen van persoonlijke aard zijn. In zo een situatie is het aan de belanghebbende bewijs te leveren, dat zijn handelen o.b.v. zakelijke motieven is geschied. Dit bewijs heeft belanghebbende volgens het Hof niet geleverd.<sup>85</sup>

Als een vennootschap aan een derde een geldlening verstrekt en het niet aannemelijk is dat dit o.g.v. zakelijke motieven t.b.v. de onderneming is gedaan, dan is de geldverstrekking gedaan ter bevrediging van persoonlijke behoefte van de aandeelhouder. Als zo een situatie zich voordoet, dan kan de afwaardering van zo een geldlening niet ten laste van het resultaat komen, ook al is de civielrechtelijke vorm een lening. Dit komt doordat de directeur en enig aandeelhouder geacht wordt het bedrag van de geldleningen als winstuitdeling aan de vennootschap te hebben onttrokken en vanuit zijn eigen vermogen een geldverstrekking aan die derde heeft gedaan. Het hof oordeelt dat van deze situatie in dit geval sprake is.<sup>86</sup>

Om de middelen te kunnen beoordelen, stelt de HR het volgende voorop. Als een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt, waarvan aannemelijk is dat deze niet zal worden afgelost, dan is er sprake van een onttrekking. De ratio hierachter ligt in het feit dat het bedrag van de lening het vermogen van de vennootschap heeft verlaten bij het aangaan van de lening. Als de inspecteur de onttrekking in aanmerking wil nemen, dan zal deze inspecteur de feiten en omstandigheden waaruit volgt dat deze lening niet kan of zal worden afgelost aannemelijk moeten maken. Bovendien hadden de vennootschap en aandeelhouder zich ervan bewust moeten zijn. De hiervoor genoemde situatie is niet hetzelfde als de situatie waarbij de vennootschap aan haar aandeelhouder een geldlening verstrekt, waarbij geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest dezelfde lening te verstrekken aan de aandeelhouder, onder identieke voorwaarden en omstandigheden. In zo een geval moet ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico bewust heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen. Dit heeft tot gevolg dat een verlies op deze geldlening niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Zo een lening is beter bekend als een onzakelijke lening. Hetzelfde geldt wanneer de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij, waarbij de vennootschap nog steeds een debiteurenrisico neemt die geen willekeurige derde zou nemen. Om te beoordelen of sprake is van een onzakelijke lening moet worden beoordeeld op het moment van aangaan van de lening. Echter een zakelijke lening kan tijdens haar looptijd als gevolg van onzakelijk handelen van de crediteur alsnog als onzakelijke lening gekwalificeerd worden. Als de inspecteur geen debiteurenverlies in aanmerking wil nemen bij een lening die op het moment van aangaan van de lening zakelijk was, dan moet deze inspecteur de feiten en omstandigheden aannemelijk maken waaruit volgt dat een zakelijk handelende derde in dezelfde omstandigheden als belanghebbende maatregelen zou hebben genomen. Deze maatregelen kunnen hebben geleid tot het feit dat deze derde erin geslaagd zou zijn de rechten veilig te stellen. Als deze analyse aantoont dat een derde geen verlies zou hebben geleden, is het door belanghebbende geleden verlies niet aftrekbaar.<sup>87</sup>

De HR oordeelt dat de oordelen van het Hof blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. Wat betreft de geldleningen tussen belanghebbende en D BV met een hoofdsom van € 150.000. De Inspecteur heeft bij deze geldleningen niet gesteld dat zich de situatie voordoet waarin vanaf het begin aannemelijk was dat deze leningen niet kunnen afgelost, daarom moet de verstrekking van die

---

<sup>85</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.2.2

<sup>86</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.2.3

<sup>87</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.3.1

leningen worden aangemerkt als een uitdeling van winst aan aandeelhouder A. Hieruit volgt dat het verlies op de geldleningen niet ten laste van de winst van belanghebbende kan worden gebracht, als de Inspecteur aannemelijk maakt dat belanghebbende op het moment van verstrekking van de leningen of daarna, een debiteurenrisico heeft gelopen dat een derde niet zou nemen onder dezelfde omstandigheden. Volgens de HR heeft het Hof met haar oordeel miskend, dat de directeur en enig aandeelhouder van belanghebbende het bedrag van de geldleningen als winstuitdeling aan de vennootschap zou hebben onttrokken. Verder oordeelt de HR dat een geringe mate van gelieerdheid niet betekent dat er geen onzakelijke lening kan bestaan.<sup>88</sup>

### 3.6 Conclusie

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is: Wat is de strekking van verschillende kernarresten omtrent de onzakelijke lening? Het is inmiddels duidelijk geworden, dat om een beter beeld te krijgen van de onzakelijke lening niet alleen naar de 3 kernarresten moet worden gekeken, maar ook naar de geschiedenis van de jurisprudentie die hieraan ten grondslag ligt. Het concept van de onzakelijke lening vindt zijn oorsprong in het Cessna II-arrest en het renpaarden-arrest. Het belangrijkste denkbeeld van de HR in dat arrest is dat in bepaalde gevallen een zodanige wanverhouding bestaat tussen het nut voor de onderneming en de daaraan verbonden meerkosten, dat geen redelijk denkend ondernemer kan volhouden deze keuze met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming te hebben verkozen. Bovendien is het zo dat wanneer de meerkosten geen ondernemingskosten zijn daaruit niet volgt dat de kosten in het geheel geen ondernemingskosten zijn. Het belangrijkste denkbeeld van de HR in het renpaarden-arrest is, dat een door de vennootschap gedane uitgaven slechts een zakelijk karakter ontbeert indien en voor zover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder. In deze twee denkbeelden zit eigenlijk de basisgedachte van de onzakelijke lening verankerd, omdat bij het Cessna-arrest de kosten die geen redelijk denkend ondernemer zou maken centraal staan en bij het renpaarden-arrest de uitgaven die niet zakelijk zijn centraal staan. In de drie kernarresten over de onzakelijke lening wordt deze basisgedachte verder uitgewerkt door de HR. De onzakelijke lening is een geldlening, meestal tussen gelieerde partijen, waarvan een onafhankelijke derde onder dezelfde feiten en omstandigheden die niet aan zou gaan. Er wordt dan vervolgens vanuit gegaan dat de vennootschap, die deze gelden heeft verstrekt, dit heeft gedaan met het oog op het dienen van het belang van de aandeelhouder. Het gevolg hiervan is dat een afwaardering van een onzakelijke lening niet ten laste van het resultaat van de betreffende vennootschap mag worden gebracht. Of sprake is van een onzakelijke lening wordt getoetst op het moment van aangaan van de lening, met dien verstande dat een zakelijke lening, door het handelen of nalaten van de crediteur, alsnog als onzakelijk kan worden gekwalificeerd. Verder heeft de HR een vuistregel ontwikkeld om de rente van een onzakelijke lening te kunnen bepalen, dit wordt de borgstellingsanalogie genoemd. De rente dient gesteld te worden op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden, als zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder dezelfde voorwaarden van een derde zou lenen. Overigens kan de onzakelijke lening zich tussen verschillende verhoudingen voor doen, namelijk een lening omhoog, een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder. Een onzakelijke lening omlaag, geldverstrekking van moeder aan dochter is ook mogelijk. Net zoals een onzakelijke lening opzij, tussen twee zustermaatschappijen mogelijk is.

---

<sup>88</sup> HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.3.2

#### **4. In welke facetten komen de kernarresten overeen met doel en strekking van de wet, en wat zijn de verschillen?**

##### *Inleiding*

Het doel van dit hoofdstuk is om te onderzoeken in welke facetten de kernarresten overeenkomen met doel en strekking van de wet. Bovendien zullen de verschillen tussen deze kernarresten en de wet onderzocht worden. De kernarresten omtrent de onzakelijke lening zullen vergeleken worden met art. 8b VPB, art. 3.8 IB en art. 3.25 IB. Bovendien zullen de kernarresten vergeleken worden met het Cessna II-arrest en het renpaarden-arrest om te onderzoeken of de basisgedachte van de onzakelijke lening, een geldverstrekking met een zodanig onzakelijk karakter, dat het niet wenselijk is dat afwaardering van deze geldverstrekking ten laste van het resultaat mag worden gebracht, al eerder in deze arresten verwerkt is. Dit wordt gedaan om de oorsprong van de gedachte achter de onzakelijke lening duidelijk te krijgen.

##### **4.1 De oorsprong van de gedachte**

Om te onderzoeken waar de oorsprong van de basisgedachte van de onzakelijke lening vandaan komt, moet er gekeken worden naar het Cessna II-arrest en het renpaarden-arrest. Bij het Cessna II-arrest gaat het er in de kern om, dat er een zodanige wanverhouding bestond tussen het nut voor de onderneming van het reizen op een bepaalde manier enerzijds, en de daaraan verbonden kosten anderzijds, dat geen redelijk denkend ondernemer kan volhouden dat hij deze wijze van reizen heeft gekozen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming.<sup>89</sup> De kern van het renpaarden-arrest is dat een door de vennootschap gedane uitgaven slechts een zakelijk karakter ontbeert indien en voor zover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder.<sup>90</sup> De onzakelijke lening is in de kern een geldverstrekking tussen gelieerde partijen, onder dergelijke voorwaarden en omstandigheden waardoor een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Er wordt dan van uitgegaan dat dit risico is aanvaard om de belangen van de gelieerde partij te behartigen. Dit brengt met zich mee dat een eventueel verlies op deze lening niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. De renteopbrengst van een onzakelijke lening blijft belast bij de schuldeiser en de rentelasten blijven aftrekbaar bij de schuldenaar.<sup>91</sup>

Het is duidelijk geworden dat de basisgedachte van de onzakelijke lening zijn oorsprong vindt in het Cessna II-arrest en het renpaarden-arrest, omdat de HR in die arresten al omstandigheden heeft genoemd die bij toetsing in andere arresten leiden tot dezelfde uitkomst. Zoals, de gedachte dat geen redelijk denkend ondernemer een bepaalde keuze kan volhouden, waarbij het nut voor de onderneming enerzijds en de hogere kosten anderzijds, in een zodanige wanverhouding zijn dat het niet gunstig is het op die manier te doen. Dit gedeelte zit ook in de onzakelijke lening verwerkt in de vorm van het debiteurenrisico dat wordt genomen, die een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Bovendien wordt er dan van uitgegaan dat dit risico is aanvaard om de belangen van de gelieerde partij te behartigen. Deze kenmerkende eigenschap van de onzakelijke lening lijkt dus op de Cessna-doctrine. Bij het renpaarden-arrest werden bepaalde kosten niet in aanmerking genomen, omdat deze waren gedaan om de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder te bevredigen en

---

<sup>89</sup> HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871

<sup>90</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865

<sup>91</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108

het zakelijke element ontbrak. Doordat er bij een onzakelijke lening van uit wordt gegaan dat het risico is aanvaard om de belangen van de gelieerde partij te behartigen, brengt dit met zich mee dat een eventueel verlies op deze lening niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. Deze kenmerkende eigenschap van de onzakelijke lening lijkt dus op de kern van het renpaarden-arrest. Zo is het duidelijk geworden waar de oorsprong van de onzakelijke lening ligt en dat de onzakelijke lening zijn basis lijkt te vinden in deze twee arresten.

#### 4.2 De overeenkomsten

Het is nu zaak te onderzoeken wat de overeenkomsten van de onzakelijke lening zijn met de vigerende wetgeving. De onzakelijke lening is een begrip dat ontwikkeld is door de HR, waarvan de oorsprong van de gedachte al ligt in vroegere arresten van de HR. De onzakelijke lening is niet gecodificeerd in de Wet VPB of IB, daarom is het interessant om te onderzoeken wat de overeenkomsten met de wet zijn. In de literatuur wordt veelal beweerd dat de onzakelijke lening een uitwerking is van het at-arm's-length beginsel van artikel 8b wet VPB.<sup>92</sup> Als de wet VPB en IB meer grondig worden onderzocht, is het duidelijk dat de onzakelijke lening met meerdere wettelijke bepalingen overeenkomsten heeft. Zoals de totaalwinst gedachte van art 3.8 IB en het goedkoopmansgebruik van art. 3.25 IB. Deze artikelen van de wet IB hebben ook betrekking op de wet VPB door de schakelbepaling van art. 8, eerste lid, VPB. De kern van artikel 8b wet VPB, het at-arm's-length beginsel, is dat gelieerde partijen onderling hetzelfde dienen te handelen als onafhankelijke partijen onder vergelijkbare voorwaarden en omstandigheden zouden doen.<sup>93</sup> De kern van artikel 3.8 wet IB, de totaalwinstgedachte, is dat de totale winst die de ondernemer geniet gedurende het tijdvak, dat zijn onderneming actief is, aan belastingheffing is onderworpen.<sup>94</sup> De Wet IB 2001 bevat geen definitie van het begrip goed koopmansgebruik. Echter kan uit de parlementaire geschiedenis de kern van artikel 3.25 wet IB, het goedkoopmansgebruik, worden afgeleid. De wetgever heeft met dit begrip tot uitdrukking willen brengen, dat de norm voor de ondernemer bij het opmaken van zijn balans, gaat op de manier waarop een goede en nauwgezette koopman te werk zou gaan.<sup>95</sup>

Als er wordt onderzocht naar de overeenkomsten van deze 3 artikelen met het begrip onzakelijke lening, dan is de conclusie dat er een aantal overeenkomsten zijn. De onzakelijke lening is in de kern een geldverstrekking tussen gelieerde partijen, onder dergelijke voorwaarden en omstandigheden waardoor een debiteurenrisico wordt gelopen die een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Er wordt er dan van uitgegaan dat dit risico is aanvaard om de belangen van de gelieerde partij te behartigen. Dit brengt met zich mee dat een eventueel verlies op deze lening niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. De renteopbrengst van een onzakelijke lening blijft belast bij de schuldeiser, en de rentelasten blijven aftrekbaar bij de schuldenaar.<sup>96</sup> De onzakelijke lening is een geldverstrekking die tussen twee gelieerde partijen is afgesproken, echter is deze o.b.v. het risico en rente onzakelijk. Het is duidelijk dat dit overeenkomsten heeft met de gedachte, die achter art. 8b VPB zit, omdat dit artikel voorschrijft dat gelieerde partijen onderling o.g.v. zakelijkheid, zoals onafhankelijke partijen zouden doen, moeten handelen. Het is dan ook conform de wet om een

---

<sup>92</sup> Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt 2019

<sup>93</sup> Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt 2019

<sup>94</sup> A.O. Lubbers, G.T.K. Meussen, M.H.M. Smeets 2018

<sup>95</sup> A.O. Lubbers, G.T.K. Meussen, M.H.M. Smeets 2018

<sup>96</sup> HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108

eventuele afwaardering van een onzakelijke geldverstrekking niet en laste van het resultaat te brengen. Dit gedeelte van de onzakelijke lening heeft overeenkomsten met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 IB en het goedkoopmansgebruik van art. 3.25 IB. Tevens is het conform de wet dat de renteopbrengst wordt belast bij de schuldeiser. Deze gedachte heeft meer overeenkomsten met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 IB, omdat dit artikel voorschrijft dat de totale winst wordt belast, gedurende het tijdvak waarin de ondernemer actief is.

#### **4.3 Conclusie**

Na het onderzoek is duidelijk geworden waar de oorsprong van de gedachte van de onzakelijke lening is, namelijk het gedeelte in de onzakelijke lening in de vorm van het debiteurenrisico dat wordt genomen, die een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Deze kenmerkende eigenschap van de onzakelijke lening lijkt op de Cessna-doctrine. Bovendien werd bij het renpaarden-arrest bepaalde kosten niet in aanmerking genomen, omdat deze waren gedaan om de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder te bevredigen en het zakelijke element ontbrak. Doordat er bij een onzakelijke lening van uit wordt gegaan dat het risico is aanvaard om de belangen van de gelieerde partij te behartigen, brengt dit met zich mee dat een eventueel verlies op deze lening niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. Deze kenmerkende eigenschap van de onzakelijke lening lijkt op de kern van het renpaarden-arrest.

Ook zijn de overeenkomsten helder geworden na het onderzoek, te weten de renteopbrengst die wordt belast bij de schuldeiser. Deze gedachte heeft overeenkomsten met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 IB, omdat dit artikel voorschrijft dat de totale winst wordt belast, gedurende het tijdvak waarin de ondernemer actief is. Met andere woorden, maakt het voor de wetgever niet uit dat deze renteopbrengst een voortvloeisel is van onzakelijk handelen tussen twee gelieerde partijen. Op basis hiervan is het logisch dat de rentekosten tevens ten laste van het resultaat van de schuldenaar mag worden gebracht. Dit lijkt het meest overeen te komen met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 IB.

## **5. In hoeverre strookt de jurisprudentie, de kernarresten, over onzakelijke leningen in zowel economisch als juridisch opzicht, met de strekking van art. 8b Wet VPB en met inachtneming van de intentie van de wetgever?**

### *Inleiding*

De fiscaliteit is een vakgebied dat constant in beweging is. De afgelopen jaren vormen daarop geen uitzondering. Een van die onderwerpen binnen de fiscaliteit, met name de Vennootschapsbelasting, is de onzakelijke lening. Dit onderwerp zorgde op het moment van verschijning al voor veel discussie binnen de fiscaliteit, met name in de jurisprudentie en vakliteratuur maar ook in de fiscale adviespraktijk is het een bekend discussiepunt. Bijvoorbeeld over de precieze interpretatie ervan en de gevolgen die een kwalificatie met zich mee brengt.

### *Conclusie*

De onzakelijke lening kwam voor het eerst tot uiting in het arrest van de Hoge Raad op 9 mei 2008. In dit arrest werd een onzakelijke lening als volgt omschreven door de HR, een geldverstrekking tussen gelieerde partijen, onder dergelijke voorwaarden en omstandigheden waardoor een debiteurenrisico wordt gelopen die een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Dit risico is aanvaard om de belangen van de gelieerde partij te behartigen. Een eventueel verlies op deze lening kan niet ten laste van het resultaat worden gebracht. De renteopbrengst van een onzakelijke lening blijft belast bij de schuldeiser en de rentelasten blijven aftrekbaar bij de schuldenaar. In het tweede arrest betreffende de onzakelijke lening op 25 november 2011 kwam de HR met een nieuwe toevoeging aan de bestaande definitie van de onzakelijke lening. In dit arrest wordt namelijk de borgstellingsanalogie ontwikkeld. Dit betekent dat wanneer het debiteurenrisico zo hoog is dat er geen rente kan worden bedacht, zonder dat de lening winstdelend wordt, de schuldeider dit risico in de hoedanigheid als gelieerde partij accepteert. Ik vind een afgesproken rentebedrag winstdelend, wanneer de rentelasten voor de schuldenaar meer dan 50 % van de winst behelst. Het gevolg is dat de afwaardering van de schuld niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. In het derde arrest, met betrekking tot de onzakelijke lening op 20 maart 2015, werd door de uitspraak van de HR duidelijk dat een onzakelijke lening zich ook voor kan doen in zusterrelaties. Bovendien is door dit arrest helder geworden, dat ook in deze situatie de afwaardering van de schuld niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht.

Uit dit onderzoek is gebleken dat de oorsprong van de gedachte van de onzakelijke lening ligt in twee arresten die reeds eerder door de HR zijn geweest, namelijk het Cessna II-arrest en het renpaarden-arrest. Bij het Cessna II-arrest gaat het om de gedachte dat geen redelijk denkend ondernemer een bepaalde keuze kan volhouden, waarbij het nut voor de onderneming enerzijds en de hogere kosten anderzijds, in een zodanige wanverhouding zijn dat het niet gunstig is voor de onderneming het op die manier te doen. Bij het renpaarden-arrest gaat het om het idee dat bepaalde kosten niet in aanmerking werden genomen, omdat deze waren gedaan om de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder te bevredigen en het zakelijke element ontbrak. De kern van deze twee arresten tonen wat de basisgedachte van de onzakelijke lening is en hoe deze zich heeft gevormd.

De onzakelijke lening vindt dus zijn oorsprong in deze twee arresten, echter heeft de onzakelijke lening ook overeenkomsten met bepaalde wettelijke artikelen, zoals artikel 8b VPB, artikel 3.8 IB en artikel 3.25 IB. De kern van artikel 8b wet VPB, het at-arm's-length beginsel, is dat gelieerde partijen onderling hetzelfde dienen te handelen als onafhankelijke partijen onder vergelijkbare voorwaarden en omstandigheden zouden doen. De kern van artikel 3.8 wet IB, de totaalwinstgedachte, is dat de totale winst die de ondernemer geniet gedurende het tijdvak, dat zijn onderneming actief is, aan

belastingheffing is onderworpen. De kern van artikel 3.25 IB, het goedkoopmansgebruik, is dat de wetgever met dit begrip tot uitdrukking heeft willen brengen, dat de norm voor de ondernemer bij het opmaken van zijn balans, op de manier gaat waarop een goede en nauwgezette koopman te werk zou gaan.

*In hoeverre strookt de jurisprudentie, de kernarresten, over onzakelijke leningen in zowel economisch als juridisch opzicht, met de strekking van art. 8b Wet VPB en met inachtneming van de intentie van de wetgever?*

Aan het einde van het onderzoek kan geconcludeerd worden dat er een aantal overeenkomsten zijn. Het is duidelijk dat de manier waarop is opgetreden tegen onzakelijke lening overeenkomsten heeft met de gedachte, die achter art. 8b VPB zit, omdat dit artikel voorschrijft dat gelieerde partijen onderling o.g.v. zakelijkheid, zoals onafhankelijke partijen zouden doen, moeten handelen. Het is dan ook conform de wet om een eventuele afwaardering van een onzakelijke geldverstrekking niet ten laste van het resultaat te brengen. Dit gedeelte van de onzakelijke lening heeft overeenkomsten met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 IB en het goedkoopmansgebruik van art. 3.25 IB. Tevens is het conform de wet dat de renteopbrengst wordt belast bij de schuldeiser. Deze gedachte heeft meer overeenkomsten met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 IB, omdat dit artikel voorschrijft dat de totale winst wordt belast, gedurende het tijdvak waarin de ondernemer actief is. Met andere woorden, maakt het voor de wetgever niet uit dat deze renteopbrengst een voortvloeisel is van onzakelijk handelen tussen twee gelieerde partijen. Op basis hiervan is het logisch dat de rentekosten tevens ten laste van het resultaat van de schuldenaar mag worden gebracht. Dit lijkt het meest overeen te komen met de totaalwinstgedachte van art. 3.8 IB.

Om de hoofdvraag te beantwoorden moet er gekeken worden in hoeverre de kernarresten van de onzakelijke leningen stroken met de strekking van art 8b Wet VPB. In het kort gaat art. 8b VPB erover dat wanneer gelieerde lichamen o.b.v. hun onderlinge rechtsverhoudingen prijzen of voorwaarden overeenkomen die afwijken van wat onafhankelijke partijen met elkaar zouden afspreken in het economisch verkeer, bij de resultaatbepaling van de laatstgenoemde voorwaarden wordt uitgegaan. In het kort gaat het in de 3 kernarresten om het volgende, namelijk een geldverstrekking met een zodanig onzakelijk karakter, dat het niet wenselijk is dat afwaardering van deze geldverstrekking ten laste van het resultaat mag worden gebracht. Het is duidelijk dat de kernarresten, in zowel juridisch als economisch opzicht, overeenkomen met de strekking van art. 8b VPB. Echter is al eerder in deze scriptie onderzocht dat art. 8b VPB is toegevoegd door de wetgever, omdat er internationaal politieke druk ontstond, omdat Nederland nog niet zo een bepaling expliciet in de wet had opgenomen. Toch was dit wel het geval, omdat art. 3.8 IB en art. 3.25 IB reeds in de wet opgenomen waren. Deze artikelen bepalen al dat een ondernemer ten alle tijden zakelijk moet handelen en als dit niet gebeurt de ondernemer dit moet corrigeren. Het is in die zin dus logischer om te concluderen dat de kernarresten stroken met art. 3.8 IB en art. 3.25 IB, omdat dit de oorspronkelijke artikelen zijn m.b.t. zakelijk handelen en niet art. 8b VPB.

Het feit dat de wetgever art. 8b VPB alleen heeft ingevoerd omwille van politieke druk van buiten Nederland, vind ik teleurstellend, omdat het niets toevoegt aan de Wet VPB. Dit komt doordat het onzakelijk handelen van een onderneming en het corrigeren daarvan reeds is neergelegd in art 3.8 IB en art. 3.25 IB, die d.m.v. de schakelbepaling art. 8 VPB ook van toepassing is op de VPB. Aan de andere kant is met de invoering van art. 8b VPB de positie van Nederland als handelspartner gewaarborgd gebleven, omdat het beeld van Nederland als belastingparadijs is ingeperkt. Van

daaruit geredeneerd, is het een goede beslissing geweest destijds van de wetgever om dit artikel in te voeren, omdat de internationale belangen van Nederland zo gewaarborgd bleven.

Bovendien moet nog opgemerkt worden dat de onzakelijke lening zijn oorsprong vindt in het Cessna II-arrest en het renpaardenarrest. In het kort gaat het bij het Cessna II-arrest om de gedachte dat geen redelijk denkend ondernemer een bepaalde keuze kan volhouden, waarbij het nut voor de onderneming enerzijds en de hogere kosten anderzijds, in een zodanige wanverhouding zijn dat het niet gunstig is voor de onderneming het op die manier te doen. Bij het renpaarden-arrest gaat het in het kort om het idee dat bepaalde kosten niet in aanmerking werden genomen, omdat deze waren gedaan om de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder te bevredigen en het zakelijke element ontbrak. Het is duidelijk dat de kern van deze twee arresten strookt met de onzakelijke lening. Het is dus noodzakelijk om te vermelden dat de onzakelijke lening ook strookt met het Cessna II-arrest en het renpaarden-arrest.

Concluderend kan worden gesteld dat de kernarresten van de onzakelijke leningen strookt met de strekking van art. 8b VPB. Het zou nauwkeuriger zijn te stellen dat de kernarresten van de onzakelijke leningen strookt met art. 3.8 IB en art. 3.25 IB. Daarbij vermeld dat de onzakelijke lening ook strookt met het Cessna II-arrest en het renpaarden-arrest.



## Literatuurlijst

### Arresten

HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871

HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865

HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442

HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645

### Artikelen

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

S. Eftimov 2019, *'Onzakelijke leningen in kwantitatieve termen'*, NTFR 2019/5

### Besluiten en kamerstukken

Memorie van Toelichting van 11 oktober 2001, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 p. 19-23

Gewijzigd voorstel van Wet van 18 juni 2014, *Kamerstukken I 2013/14*, 33 950, nr. A, p. 4.

Kamerstukken II van 9 november 2001, 2001/02 28 034, nr. 5, p. 33 en 47

Besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/295M, BNB 2001/286

### Literatuur

Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, Nieuweboer, De Smit & Vollebregt, *'Compendium vennootschapsbelasting'*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

P.G.H. Albert, *'De onzakelijke lening (Fiscaal Actueel nr. 23)'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

A.O. Lubbers, G.T.K. Meussen, M.H.M. Smeets, *'Hoofdzaken winst uit onderneming'*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

### Vakstudie

Vakstudie 02 - IB 2001 (incl. TBTBU)

mr. J. de Blicq; dr. R.J. Koopman; mr. D.J. Sinke; mr. E.A. Visser, Chris Gijsbers, *Vakstudie 05 Vennootschapsbelasting*

prof. dr. H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.B*

Drs. N.M. Ligthart; mr. H.K. Nijkamp MSRE, *Borgstelling en tbs, een paar apart!*, WFR 2013/776, 18-06-2013

Wetten

Wet VPB 1969

Wet IB 2001

Wet AWR 1959