

Fiscale consequenties onzakelijke leningsvoorwaarden

Masterthesis Fiscale Economie

Universiteit van Tilburg

Faculteit Economie en Bedrijfswetenschappen

Naam: R.S. Kool
Adres: Hogeschoollaan 146, 5037 GD, Tilburg
Telefoonnummer: 06 45310537
Studierichting: Master Fiscale Economie
Administratienummer: 803646
Datum en locatie: 27 mei 2011
Examencommissie: prof. dr. S.A. Stevens
prof. dr. J.A.G. van der Geld

Voorwoord

Zo rond deze tijd in 2004 begon ik aan een periode waarvan nu het einde in zicht is gekomen. In de zes jaren ervoor ben ik op de middelbare school (Augustinianum te Eindhoven) klaargestoomd om een leven als student te beginnen. Tijdens die jaren kwam al snel mijn interesse in economie naar boven en een logische vervolgstap leek dan ook om een studie economie te gaan doen. Zo gezegd, zo gedaan en ik begon vol goede moed aan de opleiding International Business aan de Universiteit van Maastricht.

Helaas bleek al vrij snel dat dit niet de juiste keus was en het hoofdstuk Maastricht was al snel afgelopen. Ik trok naar Tilburg, de stad waar ik op 7 juli 1986 voor het eerst het levenslicht zag, om de draad weer op te pakken. In 2005 begon ik aan de Universiteit van Tilburg met de opleiding Bedrijfseconomie. Na in het eerste jaar in aanraking te zijn gekomen met de fiscaliteit door het vak Inleiding in de Fiscale Economie en mijn bijbaantje bij de belastingdienst, besloot ik om Bedrijfseconomie in te ruilen voor Fiscale Economie.

Dit bleek een schot in de roos en gedurende de navolgende periode, enkele uitzonderingen daargelaten uiteraard, met veel plezier mijn vakken gevolgd. Natuurlijk bleef het niet alleen bij studeren. Zo kwamen onder andere studievereniging T.F.V. “De Smeetskring” en studenten hockeyvereniging SHOT op mijn pad. Bij de Smeetskring ben ik bovendien een jaar bestuurder geweest en heb ik, terugkijkend op ruim 6 jaar studententijd, mijn mooiste, leerzaamste en meest borrelende/feestende jaar mogen meemaken. Dieuwertje, Laurens en Emily, we waren een geweldig team en hiervoor wil ik jullie op deze plek graag ontzettend bedanken.

Natuurlijk zijn er ook andere mensen die ik graag een woord van dank wil overbrengen. Allereerst mijn ouders die al die jaren hebben gezorgd dat ik heb mogen studeren, die mij altijd gesteund hebben, die soms mijn ellenlange betogen over fiscaliteit aan de eettafel hebben moeten aanhoren en die voor een groot deel hebben gezorgd dat ik ben wie ik ben en dat ik ben gekomen waar ik graag wilde komen. Pap en mam, bedankt! Ook mijn broer en zus, Jeroen en Eveline, wil ik natuurlijk ontzettend bedanken voor de steun en het vertrouwen al die jaren.

Een speciaal dankwoord gaat uit naar mijn vriendin Veerle. Jij hebt mij dingen laten inzien die niet uit boeken zijn te halen en je hebt ervoor gezorgd dat ik op fronten buiten de fiscaliteit wijzer ben geworden. Jouw onvoorwaardelijk steun is geweldig fijn en belangrijk voor me geweest en ik hoop dat we nog heel lang samen mogen zijn.

De afgelopen jaren hebben ook vele vriendschappen opgeleverd en het zijn er helaas teveel om op te noemen. In de angst niet volledig te zijn wil ik alle vrienden van de Smeetskring, maar ook daarbuiten bedanken voor de mooie tijden die we samen hebben beleefd. Daarnaast zijn er natuurlijk ook

vriendschappen die al langer standhouden. Danja, Elke, Ellen, Nina, Giel en Richard bedankt voor onze bijzondere vriendschap en hopelijk kunnen we deze in stand houden.

Natuurlijk wil ik ook graag prof. dr. S.A. Stevens bedanken voor zijn begeleiding bij het schrijven van mijn scriptie en prof. dr. J.A.G. van der Geld voor het zitting nemen in mijn examencommissie.

Robert Kool

Tilburg, mei 2011.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	5
1.1	Algemeen	5
1.2	Problematiek	6
1.3	Probleemstelling	7
1.4	Hoofdstukindeling	8
2	Eigen vermogen of vreemd vermogen	10
2.1	Algemeen	10
2.2	Civiel recht	10
2.2.1	Eigen vermogen/Kapitaal	10
2.2.2	Vreemd vermogen/Lening	13
2.3	Jaarrekeningenrecht	14
2.3.1	Eigen vermogen/Kapitaal	14
2.3.2	Vreemd vermogen/Lening	15
2.4	Fiscaal recht	16
2.4.1	Eigen vermogen/Kapitaal	16
2.4.2	Vreemd vermogen/Lening	19
2.5	Samenvatting en conclusies	20
3	Zakelijkheid in de Vennootschapsbelasting	23
3.1	De totaalwinst	23
3.1.1	Het totaalwinstbegrip	23
3.1.2	Informeel kapitaalstortingen	25
3.1.3	Verkapte dividenduitkeringen	26
3.2	Het ‘arm’s length’-beginsel	28
3.2.1	Artikel 9 OESO Modelverdrag	28
3.2.2	Artikel 8b Wet Vpb	29
3.2.3	Gelieerdheid	32
3.3	Samenvatting en conclusies	33
4	Fiscale kwalificatie geldverstrekkingen - crediteur	35
4.1	Algemeen	35
4.2	Lening met een onzakelijk rentepercentage	37
4.3	Lening met een onzakelijk debiteurenrisico	37
4.3.1	Afwaarderingsverlies wel/geen storting of onttrekking	42
4.3.2	Bijzondere omstandigheden	47
4.4	Lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven	49
4.5	Onzakelijke leningsvoorwaarden “omhoog”, “omlaag” en “opzij”	52
4.6	Samenvatting en conclusies	53
5	Fiscale kwalificatie geldverstrekkingen - debiteur	55
5.1	Algemeen	55
5.2	Lening met een onzakelijk rentepercentage	55
5.3	Lening met een onzakelijk debiteurenrisico	55
5.4	Lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven	56
5.5	Samenvatting en conclusies	56

6	Alternatieve behandeling van geldverstrekkingen	57
6.1	Verzekeren van het debiteurenrisico	57
7	Conclusies en aanbevelingen	60
8	Jurisprudentie & Literatuurlijst	64

1 Inleiding

1.1 Algemeen

De fiscale behandeling van geldverstrekkingen tussen gelieerde partijen is momenteel (weer) onderwerp van discussie in de fiscale wereld. Deze discussie is het gevolg van het arrest van de Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191 inzake een afwaardering van een “onzakelijke” geldlening van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij en de op 14 juli 2010 verschenen conclusie van A-G Wattel¹ met betrekking tot een zaak die thans voorligt bij de Hoge Raad waarin deze problematiek ook speelt. Dit arrest heeft geleid tot onduidelijkheden over de fiscale behandeling van leningen die zijn aangegaan onder onzakelijke voorwaarden². Zoals de A-G overigens zelf ook al aangeeft in zijn conclusie komt hij in zijn conclusie niet echt tot een systematische en praktische benadering van dergelijke leningen.

De discussie vindt haar oorsprong in de vraag op welke wijze onzakelijk handelen bij leningverstrekkingen moet worden geëlimineerd bij de fiscale winstbepaling teneinde de totaalwinst correct te kunnen vaststellen. Op grond van artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) is de definitie van de totaalwinst namelijk: *“winst uit onderneming is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”*. Artikel 3.8 Wet IB 2001 is tevens van toepassing op lichamen die onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting. Tot de totaalwinst behoren alle voor- en nadelen, die lichamen hebben behaald gedurende het tijdvak dat zij als belastingplichtige hun onderneming hebben gedreven, met uitzondering van kapitaalstorting en -onttrekkingen. Dit impliceert dat voor- en nadelen die hun oorsprong vinden buiten de onderneming, bijvoorbeeld in de relatie met de aandeelhouder, geen invloed mogen hebben op de winstbepaling.

Om de totaalwinst zuiver vast te stellen is tevens van belang dat bij transacties tussen gelieerde partijen een zakelijke prijs wordt gehanteerd. Dit staat ook wel bekend als het ‘at arm’s length’ beginsel of zakelijkheids criterium. Dit betekent dat bij de fiscale winstbepaling verrekenprijzen in aanmerking worden genomen die ook tussen onafhankelijke derde partijen zouden zijn overeengekomen.

Bij geldverstrekkingen tussen gelieerde partijen kan sprake zijn van verstrekking van vreemd vermogen of eigen vermogen. Voor zowel de geldverstrekker als de ontvanger is het van belang dit onderscheid te maken, omdat de fiscale behandeling verschilt. Alle resultaten op eigen vermogen, zowel positief als negatief, vallen buiten de fiscale winstsfeer en vormen kapitaalstorting of onttrekkingen. In geval van vreemd vermogen

¹ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.
² HR 9 mei 2008, nr. 43 849, V-N 2008/23.14.

daarentegen, is de vergoeding voor de schuldenaar in beginsel aftrekbaar en de ontvangen rente bij de schuldeiser belast.

In het Unileverarrest³ is door de Hoge Raad voor het eerst duidelijk de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekkingen in gelieerde verhoudingen besproken. In beginsel is de civielrechtelijke vorm bepalend om vast te stellen of een geldverstrekking fiscaal een geldlening vormt. Op deze hoofdregel bestaan drie uitzonderingen. Er kan sprake zijn van een schijnlening (de vorm van de verstrekking is een lening, terwijl in feite beoogd is eigen vermogen te verstrekken), een bodemlozeputlening (bij voorbaat staat vast dat het uitgeleende geld niet of niet geheel zal worden terugbetaald) of een deelnemerschapslening (een lening die onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen). In deze gevallen vormt de geldverstrekking voor fiscale doeleinden eigen vermogen.

1.2 Problematiek

Indien een geldverstrekking niet wordt aangemerkt als een schijnlening, bodemlozeputlening of een deelnemerschapslening, dan wordt deze fiscaal als een “echte” geldlening behandeld. Ook al is sprake van een “echte” geldlening tussen gelieerde partijen, dan kan de leningsovereenkomst nog steeds onzakelijke voorwaarden bevatten die de fiscale winstbepaling niet zouden mogen beïnvloeden. In de literatuur wordt veelal de term ‘onzakelijke lening’ gehanteerd in dit soort situaties. Mijns inziens is dit een onjuiste definitie die onnodig verwarring veroorzaakt en derhalve zal ik in het vervolg spreken over een ‘lening onder onzakelijke voorwaarden’.⁴

Uit recente lagere jurisprudentie (rechtbanken en gerechtshoven) blijkt niet eenduidig hoe een lening die is verstrekt onder voorwaarden die een onafhankelijke derde niet zou zijn overeengekomen fiscaal gecorrigeerd dient te worden. Ook in de literatuur is inmiddels een verscheidenheid aan standpunten ingenomen of dergelijke leningen in de winstsfeer dan wel in de kapitaalsfeer dienen te worden afgewikkeld en hoe met de rente moet worden omgegaan.

In HR 8 mei 2008 (BNB 2008/191) heeft de Hoge Raad getoetst of het debiteurenrisico dat werd gelopen ook door een onafhankelijke derde zou worden aanvaard. In deze casus ging het om een dochtermaatschappij die een geldlening aan haar moedermaatschappij had verstrekt. Bij deze geldlening ontbrak een geldleningsovereenkomst, een aflossingsschema en er waren geen zekerheden gevraagd noch gesteld. Ter

³ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

⁴ In mijn ogen is het begrip onzakelijke lening breder dan enkel de situatie zoals behandeld in BNB 2008/191. Ik versta onder de onzakelijke leningen een lening die niet op dezelfde wijze tussen onafhankelijke derden tot stand zou zijn gekomen. Hier valt dus mijns inziens ook de bodemloze put-lening onder.

zake van deze geldlening wilde de dochtermaatschappij een afwaarderingsverlies in aanmerking nemen bij de fiscale winstbepaling. De Hoge Raad oordeelde als volgt (rechtsoverweging 3.4.): “*Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet -behoudens bijzondere omstandigheden- ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen.*”

De Hoge Raad stelde dat op grond van de feiten en omstandigheden waaronder de geldlening was verstrekt, kan worden geconcludeerd dat een onafhankelijke derde de geldlening niet zou hebben verstrekt. Het oordeel van Hoge Raad was in zoverre duidelijk dat het afwaarderingsverlies niet ten laste van de winst kon worden gebracht, omdat sprake was van een onzakelijk debiteurenrisico.

Dit arrest heeft echter ook vragen opgeroepen in de literatuur. Zo stelde de redactie van de Vakstudie Nieuws zich aan de hand van bovenstaande zaak de vraag of de desbetreffende geldlening fiscaal nog steeds als geldlening kwalificeert. De Hoge Raad heeft zich hierover immers niet expliciet uitgesproken. Tevens vraagt de redactie van de Vakstudie Nieuws zich af of dit arrest ook van toepassing is wanneer een moedermaatschappij een geldlening verstrekt aan een dochtermaatschappij.⁵

Arts vraagt zich of uit het arrest van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat bij geldverstrekkingen waarvan een zakelijk motief ontbreekt (en er waarschijnlijk sprake is van een onzakelijke geldlening), een afwaardering *altijd* wordt geweigerd⁶? Engelen en Van Scharrenburg vragen zich af of dergelijke “onzakelijke” geldleningen *volledig* in de kapitaalsfeer moeten worden afgewikkeld, waardoor renteaftrek ook niet mogelijk is?⁷ Dit is echter slechts een kleine greep uit de in de literatuur opgeworpen vragen.

1.3 Probleemstelling

Uit het voorgaande blijkt dat uit de fiscale wetgeving en de jurisprudentie niet eenduidig valt op te maken wat de fiscale kwalificatie van leningen aangegaan onder onzakelijke voorwaarden is en hoe in bepaalde gevallen de verdere fiscale behandeling van dergelijke leningen plaatsvindt. Dit heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2008/23.14. Vergelijk ook R.P.C. Cornelisse en G.J.W.M. Derckx 14 april 2011, *De onzakelijke (geldlening (door moeder aan dochter) bestaat niet; wel de onzakelijke investering*, WFR 2011/488.

⁶ J.H.M. Arts, *Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting*, WFR 2009/921.

⁷ Zie F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, *Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting*, WFR 2008/705 en P.G.H. Albert, noot bij HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191. Engelen en Van Scharrenburg menen dat dergelijke onzakelijke geldleningen zich volledig in de kapitaalsfeer bevinden en Albert aan de andere kant meent van niet.

“Hoe wordt een lening aangegaan onder onzakelijke voorwaarden bij zowel de crediteur als de debiteur fiscaal behandeld? Is deze behandeling in overeenstemming met de totaalwinst-gedachte of moet een dergelijke lening op een andere wijze behandeld worden? Zo ja, op welke manier?”

Aan de hand van de volgende deelvragen zal ik trachten antwoord te geven op de probleemstelling:

- Wat is op basis van het civiele recht, het fiscale recht en het jaarrekeningenrecht de kwalificatie van eigen en vreemd vermogen?
- Is de kwalificatie van eigen en vreemd vermogen van het jaarrekeningenrecht te gebruiken in het fiscale recht?
- Wanneer vindt fiscale herkwalificatie van lening naar kapitaal plaats? Wat maakt een lening onzakelijk?
- Kunnen op basis van het “arm’s length”-beginsel correcties zelfstandig plaatsvinden?
- Vormt een lening met onzakelijke voorwaarden een afzonderlijke categorie naast informeel kapitaal en verkapt dividend?
- Hoe wordt een lening met onzakelijke voorwaarden bij de crediteur fiscaal behandeld?
- Is de behandeling van een lening met onzakelijke voorwaarden bij de crediteur in overeenstemming met de totaalwinst-gedachte?
- Hoe wordt een lening met onzakelijke voorwaarden bij de debiteur fiscaal behandeld?
- Is de behandeling van een lening met onzakelijke voorwaarden bij de debiteur in overeenstemming met de totaalwinst-gedachte?
- Is de rechtszekerheid voor zowel crediteur als debiteur gewaarborgd bij de behandeling van een lening met onzakelijke voorwaarden?
- Maakt het verschil of een lening met onzakelijke voorwaarden “omhoog”, “omlaag” of “opzij” wordt verstrekt?

1.4 Hoofdstukindeling

Voordat ik in ga op de vraag wanneer sprake is van een lening met onzakelijke voorwaarden zal ik eerst in hoofdstuk 2 het verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen behandelen. Achtereenvolgens zullen de begrippen eigen vermogen en vreemd vermogen op basis van het civiele recht, het jaarrekeningenrecht, alsmede het fiscale recht worden toegelicht. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 uiteengezet wat het zakelijkheids criterium inhoudt en hoe onzakelijk handelen wordt geëlimineerd bij de fiscale winstbepaling. In dit hoofdstuk zullen de informele kapitaalstorting, verkapte winstuitdeling en het onderscheid tussen het

zakelijkheids criterium op grond van het totaalwinstbegrip en het zakelijkheids criterium op grond van het ‘at arms length’ beginsel worden besproken.

In hoofdstuk 4 en 5 wordt vervolgens ingegaan op de vraag hoe geldverstrekkingen fiscaal worden behandeld bij zowel de crediteur als de debiteur. Ik zal hierbij aandacht besteden aan verschillende elementen die ervoor kunnen zorgen dat sprake is van een lening onder onzakelijke voorwaarden. Tevens zal ik uiteenzetten hoe de Hoge Raad tot op heden dergelijke onzakelijke voorwaarden behandelt.

Hoofdstuk 6 zal in het teken staan van een alternatieve fiscale behandeling van leningen onder onzakelijke voorwaarden die recht doet aan het totaalwinstbeginsel en tevens een praktische invulling beoogd te zijn.

Tot slot zal ik in hoofdstuk 7 mijn conclusies en aanbevelingen uiteenzetten.

2 Eigen vermogen of vreemd vermogen

2.1 Algemeen

In dit hoofdstuk zal de classificatie van vermogen op basis van het civiele recht, het jaarrekeningenrecht en het fiscale recht aan bod komen. In dit hoofdstuk zal blijken dat het fiscale recht in beginsel aansluiting zoekt bij het civiele recht om te bepalen of sprake is van eigen dan wel vreemd vermogen. Naast deze hoofdregel zijn echter ook uitzonderingen mogelijk waardoor onder omstandigheden vermogen civielrechtelijk als vreemd vermogen wordt beschouwd en fiscaalrechtelijk als eigen vermogen. In dit kader komt de vraag op of wellicht een meer economische benadering bij het bepalen van eigen en vreemd vermogen een geschikter uitgangspunt zou kunnen zijn voor het fiscale recht. Om dit te onderzoeken bespreek ik in dit hoofdstuk eveneens de classificatie van vermogen op basis van het jaarrekeningenrecht, dat een economische benadering kent. Vervolgens zal ik beoordelen of dit wellicht geschikter is als uitgangspunt voor de fiscale kwalificatie. De fiscaalrechtelijke kwalificatie is van belang aangezien de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen verschillend is. Om deze reden dient ten behoeve van de rechtszekerheid ten tijde van het verstrekken van vermogen reeds duidelijk te zijn wat de fiscaalrechtelijke kwalificatie is van de vermogenverstrekking.

Om een goed beeld te geven van de fiscaalrechtelijke kwalificatie zal ik eerst de civielrechtelijke begrippen eigen en vreemd vermogen nader beschouwen om vervolgens de fiscaalrechtelijke kwalificatie uiteen te zetten. Daarnaast zal ik de begrippen eigen en vreemd vermogen uit het jaarrekeningenrecht bespreken om te toetsen of deze economische benadering wellicht van betekenis is of zou kunnen zijn voor de fiscale kwalificatie. Tot slot zal ik kort een samenvatting en conclusies weergeven.

2.2 Civiel recht

2.2.1 Eigen vermogen/Kapitaal

In het civiele recht vinden we geen definitie van eigen vermogen. Ondanks dat een civielrechtelijke definitie van eigen vermogen ontbreekt, is in artikel 2:373 BW wel vermeld wat onder de post eigen vermogen op de balans dient te worden opgenomen; namelijk

- Het geplaatste kapitaal;
- Agio;
- Herwaarderingsreserves;
- Andere wettelijke reserves, onderscheiden naar hun aard;

- Statutaire reserves;
- Overige reserves;
- Niet verdeelde winsten, met afzonderlijke vermelding van het resultaat na belastingen van het boekjaar, voor zover de bestemming daarvan niet in de balans is verwerkt.

Het eigen vermogen kan verdeeld worden in vermogen dat binnen de vennootschap is ontstaan en vermogen dat ter beschikking is gesteld aan de onderneming. Binnen de vennootschap ontstaat vermogen uit niet uitgekeerde winsten en waardeveranderingen van activa en passiva. Eigen vermogen dat aan de vennootschap ter beschikking is gesteld, is door aandeelhouders ingebracht en bestaat uit het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal en agio. Wanneer gesproken wordt over kapitaal, wordt bedoeld het vermogen van een vennootschap dat door de aandeelhouders is bijeengebracht. Inbreng van kapitaal in een vennootschap kan in geld geschieden, maar ook op andere wijze.⁸ Mocht inbreng op andere wijze dan geld geschieden dan is een accountantsverklaring noodzakelijk en dient vastgesteld te worden wat de waarde economisch verkeer is.⁹

Civielrechtelijk kan voor een uitleg van eigen vermogen aansluiting worden gezocht bij het begrip kapitaal. Een uniform begrip van kapitaal is echter niet opgenomen in het civiele recht. Art. 2:57 BW en art. 2:178 BW onderscheiden de volgende vier kapitaalbegrippen:

- maatschappelijk kapitaal;
- geplaatst kapitaal;
- gestort kapitaal; en
- minimum kapitaal.

Maatschappelijk kapitaal is het maximum kapitaal waarvoor de vennootschap aandelen uit kan geven en is opgenomen in de statuten. Behoudens een statutenwijziging kan dit bedrag niet worden overschreden. De totale waarde van alle uitstaande aandelen is het geplaatst kapitaal. Minimaal 20% van het maatschappelijk kapitaal dient geplaatst te zijn. Het gestorte kapitaal geeft aan voor welk deel van het geplaatste kapitaal de aandeelhouders voldaan hebben aan de stortingsverplichting. Wettelijk zijn aandeelhouders verplicht minimaal 25% van de nominale waarde te storten. Ook wanneer het geplaatst aandelenkapitaal niet volledig is volgestort wordt dit toch volledig tot het eigen vermogen gerekend. De vennootschap kan namelijk het niet-gestorte deel opvragen van de aandeelhouders. Tot slot kent het

⁸ Artikel 2:191(b) BW.

⁹ Artikel 2:204(a) BW.

civiele recht het kapitaalbegrip minimum kapitaal. Het minimum kapitaal is de minimale omvang van het maatschappelijke, geplaatste en gestorte kapitaal en wordt bij koninklijk besluit vastgesteld.¹⁰

Zoals hierboven beschreven vinden we geen definitie van eigen vermogen in het civiele recht. Het is wel van belang om een onderscheid te maken tussen eigen en vreemd vermogen, aangezien aan een vordering andere rechten zijn verbonden dan aan een aandeel in een vennootschap. In dit verband valt onder andere te denken aan de sterkere positie als schuldeiser bij faillissement ten opzichte van de verstrekker van eigen vermogen.

IJsselmuiden geeft in zijn commentaar bij artikel 2:373 BW een algemene definitie van eigen vermogen en stelt dat onder eigen vermogen moet worden verstaan het vermogen dat voor onbepaalde tijd ter beschikking is gesteld aan de onderneming.¹¹

Van Strien beschrijft op welke punten eigen vermogen zich civielrechtelijk onderscheidt van vreemd vermogen.¹² Allereerst vertegenwoordigt een aandeel in een vennootschap de eigendom van een stuk van de onderneming en/of bezittingen van de vennootschap en zijn in principe zeggenschapsrechten verbonden aan het aandeel. Veelal heeft de vermogensoverdracht een permanent karakter en is geen sprake van een terugbetalingsverplichting van het ter beschikking gestelde vermogen. Het eigen vermogen wordt ook wel aangeduid als risicodragend/ondernemend vermogen. De vergoeding voor het ter beschikking stellen van eigen vermogen is in de vorm van dividend dat afhankelijk is van het behaalde resultaat van de vennootschap in een bepaalde periode. Dividend kan worden uitgekeerd in de vorm van contanten (cashdividend) en in de vorm van aandelen (stockdividend). Daarnaast komen de verschaffers van eigen vermogen in geval van faillissement, op grond van wettelijke preferentie, pas in aanmerking voor een uitkering nadat de schuldeisers volledig zijn voldaan. Wanneer bij liquidatie van de vennootschap een overschot aanwezig komt dit alleen toe aan de (daartoe gerechtigde) eigen vermogen verschaffers.

Naar mijn mening weet IJsselmuiden in zijn beknopte definitie het begrip van eigen vermogen tot het essentiële kenmerk terug te brengen, namelijk het niet bestaan van een verplichting voor de vennootschap om na enig tijdsverloop het vermogen terug te moeten betalen. Met andere woorden voor onbepaalde tijd kan de vennootschap over het vermogen beschikken. De overige kenmerken van Van Strien, zoals door

¹⁰ In geval van een NV bedraagt dit € 45.000 (art. 2:67, lid 2, BW) en bij een BV € 18.000 (art. 2:178, lid 2, BW).

¹¹ S. IJsselmuiden, Groene Serie Rechtspersonen, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 2:373 BW aantekening 1, Kluwer 2010.

¹² J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, blz. 71.

mij hierboven beschreven, zijn kenmerken die veelal wijzen op de verschijningsvorm van eigen vermogen. Het leidende criterium blijft echter het wel of niet aanwezig zijn van een terugbetalingsverplichting.

2.2.2 Vreemd vermogen/Lening

Het civiele recht kent evenals voor eigen vermogen geen definitie van vreemd vermogen. Het begrip lening, als bekendste vorm van vreemd vermogen, is wel omschreven in het civiele recht. In artikel 7a:1791 BW is een lening gedefinieerd als:

“Verbruikleening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.”

Degene die iets ter leen ontvangt is bovendien wettelijk verplicht om hetzelfde, in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, op een bepaalde tijd terug te geven.¹³ Er rust dus een terugbetalingsverplichting op de schuldenaar. Een dergelijke wettelijke terugbetalingsverplichting ontbreekt bij het ter beschikking stellen van kapitaal.

Over het algemeen zal uit een overeenkomst duidelijk blijken of wel of geen sprake is van een terugbetalingsverplichting bij de schuldenaar. Op basis hiervan kan de civielrechtelijke kwalificatie als lening of kapitaal gemaakt worden. Een overeenkomst van lening kan ook inhouden dat de lener aan de uitlener een vergoeding (rente is verschuldigd), maar dit is niet noodzakelijk voor de kwalificatie lening als zodanig. Desalniettemin zijn er ook situaties denkbaar waar dit niet vanzelfsprekend is en het moeilijk is vast te stellen of sprake is van een terugbetalingsverplichting. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat een schriftelijke overeenkomst van geldlening ontbreekt, maar wel vermogen is verschaft aan een ander.

In onder andere HR 29 november 2002, nr. C01/011HR heeft de Hoge Raad beslist dat de terugbetalingsverplichting aan de geldverstrekking het kenmerk van een lening verleent, ook als deze voorwaardelijk is.¹⁴

¹³ Artikel 7A:1800 BW.

¹⁴ HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJN AE7005, na conclusie Bakels; r.o. 3.4.5 Onderdeel 2.1 [...] klaagt dat het Hof art. 7A:1791 BW heeft geschonden omdat een overeenkomst waarin een verplichting tot terugbetaling afhankelijk wordt gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis, rechtens niet als een

2.3 Jaarrekeningenrecht

2.3.1 Eigen vermogen/Kapitaal

In het jaarrekeningenrecht is het eigen vermogen opgenomen en om een meer economische blik op het begrip eigen vermogen te werpen beoordeelt het jaarrekeningenrecht. Het doel van een jaarrekening is inzicht te verstrekken in de omvang en samenstelling van het vermogen en het resultaat zodanig dat de solvabiliteit en de liquiditeit van een rechtspersoon kan worden bepaald.¹⁵ Om dit doel te bereiken is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen van belang. De Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving stellen dat dit wordt bepaald door de economische realiteit en niet door de juridische vorm.¹⁶ In de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving wordt dus duidelijk geen aansluiting gezocht bij het civiele recht. In de bijlage bij de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving is eigen vermogen omschreven als

“het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al haar vreemd vermogen”¹⁷

Een specifieke omschrijving wanneer een financieel instrument kwalificeert als eigen vermogen is eveneens terug te vinden in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving zelf. Een financieel instrument kwalificeert als eigen vermogen indien:

het instrument geen verplichting bevat

- a. *om liquide middelen of een ander financieel actief aan een andere partij te leveren; of*
- b. *een verplichting om financiële instrumenten met een andere partij te ruilen onder potentieel nadelige voorwaarden¹⁸*

overeenkomst van geldlening kan worden aangemerkt. Onderdeel 2.2 klaagt daarenboven dat het Hof niet heeft beslist op het verweer van [eiseres] dat de overeenkomsten van geldlening in de gegeven omstandigheden schijnhandelingen zijn. Onderdeel 2.1 faalt reeds omdat *voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW voldoende is dat een verplichting tot teruggave bestaat [cursief RK]*. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan. Anders dan onderdeel 2.2 betoogt, maakt zulks de overeenkomst nog niet tot een schijnhandeling. Onderdeel 2.2 faalt evenzeer.

¹⁵ Zie art. 2:362, lid 1 BW; Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 100, onderdeel 203 en Hoofdstuk 110, onderdeel 102.

¹⁶ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 290, onderdeel 804 en Hoofdstuk 930, onderdeel 51.

¹⁷ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 930, onderdeel 49.

¹⁸ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 290, onderdeel 802.

Met andere woorden is sprake van eigen vermogen indien:

- er geen verplichting bestaat tot aflossing en het daarnaast onwaarschijnlijk is dat een dergelijke verplichting in de toekomst zal ontstaan; en
- er geen verplichting bestaat tot het betalen van een vergoeding over het ter beschikking gestelde vermogen.¹⁹

Een financiële verplichting (zoals een lening) wordt onderscheiden van een eigen-vermogensinstrument (zoals kapitaal) door een contractuele verplichting die kan leiden tot het betalen van liquide middelen of het leveren van andere activa of tot gevolgen die nadelig zijn voor de rechtspersoon die het financiële instrument uitgeeft. Als een dergelijke verplichting bestaat, is het instrument een financiële verplichting en niet een eigen-vermogensinstrument.²⁰

2.3.2 Vreemd vermogen/Lening

In de bijlage bij de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving is vreemd vermogen omschreven als:

“bestaande verplichtingen van een onderneming die zijn ontstaan uit gebeurtenissen in het verleden, waarvan de afwikkeling naar verwachting resulteert in een uitstroom uit de onderneming van middelen die economische voordelen in zich bergen”²¹

Tevens is opgenomen dat het belangrijkste kenmerk van vreemd vermogen is dat voor de onderneming, ofwel schuldenaar, een verplichting bestaat. Onder een verplichting wordt verstaan een plicht of verantwoordelijkheid om op een bepaalde wijze te handelen of te presteren. Verplichtingen kunnen rechtens afdwingbaar zijn, maar ook voortvloeien uit normale bedrijfsuitoefening, uit de gewoonte en uit de wens om goede zakelijke verhoudingen te handhaven of op een billijke wijze te handelen.²²

Net als bij eigen vermogen is een specifieke en doorslaggevende definitie van een financieel instrument dat kwalificeert als vreemd vermogen terug te vinden in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving zelf. Een financieel instrument kwalificeert als vreemd vermogen indien:

¹⁹ J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, blz. 28.

²⁰ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 290, onderdeel 803.

²¹ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 930, onderdeel 49.

²² Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 930, onderdeel 60.

het instrument een verplichting bevat

- a. *om liquide middelen of een ander financieel actief aan een andere partij te leveren; of*
- b. *een verplichting om financiële instrumenten met een andere partij te ruilen onder potentieel nadelige voorwaarden*²³

2.4 Fiscaal recht

2.4.1 Eigen vermogen/Kapitaal

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad²⁴ blijkt dat als hoofdregel bij de fiscaalrechtelijke kwalificatie van vermogen een formeel criterium wordt aangelegd. Dit betekent dat in beginsel de civielrechtelijke verschijningsvorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie. Het ontbreken van een civielrechtelijk essentiële terugbetalingsverplichting heeft tot gevolg dat voor fiscale doeleinden sprake is van eigen vermogen. In dit verband is met name HR 8 september 2006, BNB 2007/104 van belang waarin de Hoge Raad oordeelde dat:

*“In 's Hof's(...) oordelen ligt besloten het oordeel dat de geldverstrekking zoals die krachtens de loan agreement is verricht, hoewel betiteld als een lening, niet de wezenlijke karaktertrekken heeft van een lening. Die conclusie volgt echter niet uit de door het Hof vermelde omstandigheden. Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijk derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervenootschap zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan de geldverstrekking het kenmerk van een lening.”*²⁵

De civielrechtelijke kwalificatie, dat wil zeggen het wel of niet aanwezig zijn van een terugbetalingsverplichting, is het uitgangspunt. Fiscaalrechtelijk zijn echter ook uitzonderingen mogelijk op deze hoofdregel. Onder bepaalde voorwaarden wordt civielrechtelijk vreemd vermogen namelijk fiscaal gekwalificeerd als eigen vermogen.

²³ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2010, Hoofdstuk 290, onderdeel 802.

²⁴ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 (Unilever-arrest), BNB 1988/217.

²⁵ HR 8 september 2006, nr. 42 015 (Kaspische zeeboringen), BNB 2007/104. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam 25 februari 2010, nr. 08/00090, VN 2010/24.12, r.o.5.4.3.

Van der Geld onderscheidt in zijn boek Hoofdzaken in de Vennootschapsbelasting een viertal aspecten die volgens hem essentieel zijn voor de kwalificatie als eigen of vreemd vermogen.²⁶

- De mate waarin en de wijze waarop de ‘schuldeisers’ meedelen in eventuele winsten en verliezen van de vennootschap. De rangorde waarin men meedeelt in de verliezen is cruciaal. Een aandeelhouder zal namelijk zijn geld namelijk niet eerder terugkrijgen dan een schuldeiser. Daarnaast zal normaal gesproken gerechtigdheid tot een eventueel liquidatieoverschot aandeelhouderschap impliceren. Men kan echter ook aandeelhouder zijn zonder gerechtigd te zijn tot een liquidatieoverschot.
- De looptijd van de geldverstrekking. Eigen vermogen is in principe een qua tijd onbeperkte ter beschikking stelling van vermogen aan de vennootschap.
- De vergoeding is afhankelijk van de winst. Eigen vermogen kent een winstafhankelijke vergoeding, het ontbreken van een dergelijke vergoeding duidt op vreemd vermogen.
- De zeggenschap in de vennootschap. In tegenstelling tot vreemd vermogen is aan eigen vermogen normaliter zeggenschap als aandeelhouder verbonden.²⁷

Ondanks bovenstaande kenmerken van eigen dan wel vreemd vermogen blijft het soms moeilijk om een duidelijk onderscheid te maken. Vermogensverstrekingen kunnen namelijk elementen bevatten van zowel eigen als vreemd vermogen en derhalve is het onmogelijk om op basis van één element conclusies te trekken ten aanzien van de fiscale kwalificatie. In de jurisprudentie is in een aantal arresten duidelijk gemaakt hoe deze elementen gewogen dienen te worden genomen.

1 Schijnlening

Allereerst is er de schijnlening. De Hoge Raad bevestigde in BNB 1988/217 het oordeel van het Hof dat civielrechtelijk vreemd vermogen voor fiscale doeleinden wordt gekwalificeerd als eigen vermogen als alleen naar de uiterlijke schijn sprake is van een lening terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen.²⁸ Dergelijke civielrechtelijke leningen worden fiscaal dan ook behandeld als kapitaal.

2 Deelnemerschapslening

²⁶ J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken in de Vennootschapsbelasting, paragraaf 5.2.1.

²⁷ HR 7 februari 1951, B 8939, BNB 1957/239 met noot A.J. van Soest.

²⁸ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 (Unilever-arrest), BNB 1988/217, r.o. 4.3.

In BNB 1988/217 bevestigde de Hoge Raad tevens dat het Hof juist had vastgesteld dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie, maar dat een uitzondering moet worden gemaakt wanneer sprake is van een civielrechtelijke lening en de schuldeiser ‘in zekere mate deel heeft’ in de schuldenaar. Bij ‘in zekere mate deelhebben’ is sprake van een beoordeling van elementen die eigen en vreemd vermogen van elkaar scheiden. De Hoge Raad heeft ‘in zekere mate deelhebben’ later nader ingevuld.²⁹ Hiervoor moet volgens de Hoge Raad cumulatief sprake zijn van:

- een winstafhankelijke vergoeding³⁰;
- achterstelling bij alle concurrente schuldeisers;
- geen vaste looptijd (looptijd van 50 jaar of langer)³¹, maar slechts opeisbaar bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.

Als cumulatief voldaan is aan bovenstaande voorwaarden dan is sprake van eigen vermogen voor fiscale doeleinden.

3 ‘Bodemloze put’-lening

Naast de schijnlening en de deelnemerschapslening heeft de Hoge Raad in BNB 1988/217 een derde categorie onderkend die leidt tot herkwalificatie van de civielrechtelijke verschijningsvorm vreemd vermogen naar fiscaal eigen vermogen, namelijk de ‘bodemloze put’-lening. Hiervan is sprake in het geval van een belastingplichtige die in zijn hoedanigheid als aandeelhouder een geldlening verstrekt aan een vennootschap waarin hij een deelneming houdt en hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat het verstrekte bedrag niet of niet ten volle kan worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen blijvend heeft verlaten.

Uit BNB 2001/364³² leid ik af dat de Hoge Raad buiten bovengenoemde drie gevallen geen ruimte ziet voor andere uitzonderingen die tot herkwalificatie leiden. De Hoge Raad overwoog in dit arrest namelijk:

‘Deze regel (formeel criterium als uitgangspunt, RK) lijdt in drie gevallen uitzondering, te weten (...)(schijnlening, deelnemerschapslening en bodemloze-put lening, RK)’.

²⁹ HR 11 maart 1998, nr. 32 204, BNB 1998/208.

³⁰ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176. De Hoge Raad oordeelde dat wanneer de vergoeding niet afhankelijk is van de winst dit met zich mee brengt dat geen sprake kan zijn van in zekere mate deelhebben in de onderneming. Dat de betaling mede afhankelijk is van de betaling van dividend doet daaraan niet af.

³¹ HR 25 november 2005, nr. 40 989 (Prêt participatif), BNB 2006/82. De Hoge Raad oordeelde dat in geval de looptijd van de lening zodanig lang is - meer dan 50 jaar - zelfstandige betekenis moet worden ontzegd aan de omstandigheid dat de lening een vaste looptijd heeft. Vergelijk in dit verband HR 25 november 2005, nr. 40 991, BNB 2006/83.

³² HR 10 augustus 2001, nr. 36 662, BNB 2001/364.

De Hoge Raad overweegt expliciet dat slechts drie situaties bestaan waarin wordt afgeweken van de hoofdregel om de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking te volgen. Mijns inziens is hiermee duidelijk dat tot dat moment andere uitzonderingen niet bestaan naar het oordeel van de Hoge Raad. Er is bovendien tot op heden geen aanleiding te veronderstellen dat de Hoge Raad op dit oordeel zou zijn teruggekomen.

De Hoge Raad heeft met zijn jurisprudentie gezorgd voor een duidelijker onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor fiscale doeleinden. In principe wordt de civielrechtelijke verschijningsvorm gevolgd, maar daarnaast is sprake van fiscaal eigen vermogen bij een schijnlening, deelnemerschapslening of ‘bodemloze put’-lening. Het raamwerk dat door de Hoge Raad is gecreëerd, is duidelijk wat betreft de karakteristieken van eigen en vreemd vermogen, maar de weging van de feiten zal van geval tot geval bekeken moeten worden. De lijn door de Hoge Raad ingezet in het Unilever-arrest van 27 januari 1988 is wel consistent en dit arrest vormt nog steeds het fundament van de fiscale kwalificatie van vermogen. Het feitelijke oordeel, de weging van verschillende kenmerken, zorgt enerzijds voor (te) veel ruimte waar de praktijk gebruik van kan maken door middel van hybride financieringsvormen³³, maar zorgt anderzijds voor rechtsonzekerheid over de fiscale behandeling van vermogensverstrekkingen³⁴. Deze gevolgen ontstaan door de ruimte die de Hoge Raad laat in zijn jurisprudentie, zijn echter onontkoombaar bij het creëren van een praktisch toepassingskader. De fiscale voordelen die behaald kunnen worden als gevolg van verschil in kwalificatie van grensoverschrijdende geldverstrekkingen zijn echter eerder toe te rekenen aan het onterechte verschil in behandeling van eigen en vreemd vermogen. Als gevolg van dit verschil in behandeling stond en staat de Hoge Raad voor de uitdaging om een hanteerbaar rechtskader te schetsen om vermogensverstrekkingen fiscaal te kunnen duiden, terwijl dit een onmogelijke taak lijkt te zijn gegeven de vele hybride vermogensverstrekkingen.

2.4.2 Vreemd vermogen/Lening

Op basis van de reeds eerder aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad³⁵ is vast te stellen dat fiscaalrechtelijk als regel een formeel criterium wordt aangelegd. Dit betekent dat in het algemeen de civielrechtelijke vorm, dat wil zeggen de terugbetalingsverplichting, beslissend is voor de fiscale kwalificatie. Als de civielrechtelijke verschijningsvorm vreemd vermogen is dan wordt dit

³³ Ik denk hierbij met name aan de deelnemerschapslening die in het buitenland als lening wordt behandeld.

³⁴ In dit verband ben ik van mening dat de schijnlening bijdraagt aan rechtsonzekerheid. Met betrekking tot de deelnemerschapslening en bodemloze-put lening zijn de criteria reeds voldoende uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.

³⁵ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 (Unilever-arrest), BNB 1988/217..

fiscaalrechtelijk gevolgd, tenzij sprake is van een schijnlening, deelnemerschapslening of ‘bodemloze put’-lening.

2.5 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat voor de fiscale kwalificatie eigen of vreemd vermogen in beginsel wordt aangesloten bij de civielrechtelijke kwalificatie. Civielrechtelijk is het bestaan van een terugbetalingsverplichting kenmerkend voor een lening. Omgekeerd, het ontbreken van een dergelijke terugbetalingsverplichting leidt tot een civielrechtelijke kwalificatie als kapitaal.

In het fiscale recht worden echter uitzonderingen gemaakt op deze hoofdregel. Op basis van de jurisprudentie kunnen we concluderen dat de civielrechtelijke kwalificatie als lening fiscaal wordt gevolgd, tenzij:

- 1 partijen in wezen hebben bedoeld eigen vermogen te verstrekken (schijnlening)³⁶; of
- 2 reeds aanstonds duidelijk was dat het bedrag (deels) niet terugbetaald kon worden (‘bodemloze put’-lening); of
- 3 cumulatief is voldaan aan de volgende voorwaarden (deelnemerschapslening):
 - o een winstafhankelijke vergoeding;
 - o achterstelling bij alle concurrente schuldeisers;
 - o looptijd van de overeenkomst is 50 jaar of langer.

Ondanks dat de Hoge Raad in het - in de inleiding genoemde - onzakelijk lening-arrest expliciet heeft geoordeeld dat sprake is van een lening, is in de literatuur veel discussie ontstaan over de vraag of de geldverstrekking in casu had te gelden als eigen vermogen of vreemd vermogen. Op basis van de in dit hoofdstuk behandelde jurisprudentie is duidelijk dat een lening fiscaalrechtelijk enkel kan worden geherkwalificeerd als sprake is van een van bovenstaande uitzonderingen, een deelnemerschapslening, schijnlening of bodemloze put lening. De criteria voor een deelnemerschapslening en bodemloze put lening zijn mijns inziens duidelijk geformuleerd door de Hoge Raad en de onzakelijke lening voldoet hier niet aan. Mogelijk past de onzakelijke lening nog binnen het leerstuk omtrent schijnleningen. In hoofdstuk 4 zal uitgebreid worden ingegaan op de vraag of onzakelijke leningen fiscaal als eigen vermogen of vreemd vermogen hebben te gelden.

³⁶ In eerdere arresten liet de Hoge Raad zich expliciet uit over dat men voor de toepassing van het (fiscale) recht moet kijken naar het wezen in plaats van naar de schijn. Vergelijk in dit verband HR 3 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357 en HR 27 juni 1973, nr. 17 146, BNB 1974/187.

Naast het fiscaal- en civielrechtelijke begrip is ook nog een classificatie op basis van het jaarrekeningenrecht mogelijk. Op basis van het jaarrekeningenrecht is sprake van eigen vermogen als geen verplichting bestaat tot aflossing (en het onwaarschijnlijk is dat een dergelijke verplichting in de toekomst zal ontstaan) en geen verplichting bestaat tot het betalen van een vergoeding over het ter beschikking gestelde vermogen. Bestaan dergelijke verplichtingen wel dan is sprake van vreemd vermogen. Bovendien, dit is meteen het belangrijkste onderscheid, de economische realiteit is in het jaarrekeningenrecht doorslaggevend in tegenstelling tot het civiele recht waar de juridische vorm leidend is.

De Hoge Raad heeft voor het fiscale recht gekozen om in beginsel bij de juridische vorm aan te sluiten bij de fiscaalrechtelijke kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen. Terecht wordt door Van Strien echter opgemerkt dat ook in het fiscale recht meer aandacht lijkt te komen voor een benadering in lijn met het jaarrekeningenrecht.³⁷ In de zaak die thans voor de Hoge Raad ligt omtrent de onzakelijke lening zal wellicht blijken of de Hoge Raad in de toekomst (nog) meer gewicht zal toekennen aan de economische werkelijkheid dan aan de juridische vorm.³⁸ De kans dat de Hoge Raad niet langer een formeel criterium als uitgangspunt zal nemen acht ik echter zeer klein. De juridische vorm is het makkelijkste vast te stellen en dit komt de rechtszekerheid ten goede. Bovendien komen de juridische vorm en de economische werkelijkheid meestal overeen waardoor men zich af moet vragen of het doorbreken van het huidige kader wenselijk is.

Tot slot moet niet uit het oog verloren worden dat het jaarrekeningenrecht en het fiscale recht een ander doel voor ogen hebben. Het jaarrekeningenrecht poogt inzicht te bieden in de financiële positie van een onderneming en de mogelijkheid te creëren om ondernemingen onderling te kunnen vergelijken. Derhalve zal het jaarrekeningenrecht zich met name richten op het vermogen van de onderneming³⁹. De fiscale winstbepaling heeft het doel tot een grondslag voor de belastingheffing te komen en is dus gericht op het

³⁷ Vergelijk in dit verband Nota navv RK, 2005-2006, 30 572, blz. 91: 'Fiscaal mag thans winstneming in beginsel worden uitgesteld tot de oplevering van het werk. Volgens de Nederlandse wet- en regelgeving op het vlak van dan de commerciële jaarrekening is dat slechts beperkt toegestaan. Onder IFRS is een dergelijke waardering zelfs verboden. De voorgestelde maatregel houdt in dat onderhanden werk moet worden gewaardeerd op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk. Een dergelijke fiscale waardering zal doorgaans meer aansluiten bij de commerciële waardering dan thans het geval is'.

³⁸ Bij de bestaande drie uitzonderingen op basis van BNB 1988/217, schijnlening, 'bodemloze put'-lening en deelnemerschapslening, heeft de Hoge Raad reeds de economische realiteit laten prevaleren boven de juridische vorm. Wellicht dat deze drie uitzondering die leiden tot herkwalificatie verder uitgebreid worden als de Hoge Raad arrest heeft gewezen over de onzakelijk lening.

³⁹ Uiteraard is ook het vaststellen van de winst van belang om te kunnen bepalen hoeveel uitgekeerd kan worden aan de aandeelhouders. Het hoofddoel is echter het verschaffen van inzicht in het vermogen van de onderneming.

vaststellen van de belastbare winst.⁴⁰ Het essentiële verschil tussen de winstbepaling op basis van het jaarrekeningenrecht en het fiscale is dat de fiscale winst van rechtswege leidt tot een vermogens uitstroom, de te betalen vennootschapsbelasting, terwijl bij de commerciële jaarrekening enkel vaststaat wat de uitkeerbare reserves zijn en niet leidt tot een liquiditeitsuitstroom. Een fiscale behandeling op basis van het jaarrekeningrecht lijkt mij daarom ook onwaarschijnlijk.

⁴⁰ Nota navv TK, 2005-2006, 30 572, blz. 68-69.

3 Zakelijkheid in de Vennootschapsbelasting

3.1 De totaalwinst

3.1.1 Het totaalwinstbegrip

Artikel 8 lid 1 Wet VpB bepaalt dat als uitgangspunt voor de fiscale winstbepaling in de vennootschapsbelasting de totaalwinstbepaling van artikel 3.8 Wet IB 2001 heeft te gelden. Derhalve wordt onder winst verstaan:

“het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”

Cruciaal is dus om vast te stellen welke voordelen opkomen in de ondernemingsfeer en welke hun oorsprong elders vinden. Voordelen die opkomen buiten de ondernemingsfeer, met andere woorden de privésfeer, worden namelijk niet tot de fiscale winst gerekend. Onder voordelen wordt verstaan het saldo van opbrengsten en kosten, dit kan dus ook negatief zijn. Uitgaven die een zakelijk belang ontberen kunnen door de inspecteur worden geweigerd en kunnen derhalve niet ten laste van de winst komen.⁴¹ Het gaat hier slechts om uitgaven die (deels) zijn gedaan om de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder te bevredigen zo oordeelt de Hoge Raad later.⁴² Volledigheidshalve merk ik op dat in de literatuur ook wordt verdedigd dat als gevolg van een verschil tussen de begrippen uitgaven en kosten het (nog steeds) mogelijk is dat kosten eveneens door de inspecteur worden geweigerd indien een zodanige wanverhouding bestaat tussen het nut en de hiermee gemoeide kosten dat een redelijk denkend ondernemer deze niet zou maken.⁴³ Net als van Strien meen ik dat voor de winstbepaling geen betekenis is toe te kennen aan het verschil tussen uitgaven en kosten.⁴⁴ De Hoge Raad oordeelt in het Renpaarden-arrest expliciet dat slechts kosten die ten faveure van de aandeelhouder zijn gemaakt, niet ten laste van de winst kunnen komen.

⁴¹ Bijvoorbeeld HR 21 september 1994, nr.29 199, BNB 1995/15 *“’s Hofs oordeel dat de onderhavige uitgaven niet een zakelijk karakter dragen, dwingt tot de slotsom dat zij niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, ook al is niet vastgesteld dat die uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen.”*

⁴² HR 14 juni 2002, nr. 36 453 (Renpaarden-arrest), BNB 2002/290.

⁴³ E.C.C.M. Kemmeren en O.L.J. Nuijten, Renpaarden rijden Cessna’s niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739.

⁴⁴ Vergelijk van J. van Strien, Geen Cessna-kosten voor kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting: Over reizen, veevoer Cessna’s en renpaarden, WFR 2003/1720;
“Volgens Kemmeren en Nuijten is het kenmerkende verschil tussen het renpaardenarrest en Cessna II dat het in het renpaardenarrest ging om uitgaven ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder, terwijl dit in Cessna II niet aan de orde was. Hieruit volgt volgens hen dan ook dat het renpaardenarrest en Cessna II niet in strijd zijn met elkaar,

De totaalwinst ziet op gehele periode waarin een onderneming wordt gedreven en kan pas definitief vastgesteld worden bij het staken van de onderneming. De onderneming wordt op basis van artikel 2 lid 5 Wet VpB geacht met haar gehele vermogen de onderneming te drijven en om tussentijdse, jaarlijkse belastingheffing mogelijk te maken, wordt op basis van goedkoopmansgebruik de totaalwinst toegerekend aan jaren.⁴⁵

Het vaststellen van de totaalwinst gebeurt op basis van een vermogensvergelijking. Het saldo van eindvermogen minus beginvermogen levert in beginsel het bedrag aan belastbare winst op. Het vermogenssaldo kan echter nog invloeden van de aandeelhouder ‘als zodanig’ bevatten. Een voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld de hiervoor kort besproken kosten die slechts ten faveure van de aandeelhouder zijn gemaakt. Deze invloeden dienen geëlimineerd te worden bij het bepalen van de winst en worden afgewikkeld in de kapitaalsfeer. Onder invloed door de aandeelhouder ‘als zodanig’ wordt verstaan de aandeelhouder in zijn hoedanigheid van aandeelhouder en niet als leverancier, afnemer, werknemer of elke andere hoedanigheid die bestaat naast het aandeelhouderschap. In hoofdstuk 4 ga ik in op de situatie dat bij geldverstrekkingen door de aandeelhouder ‘als zodanig’ wordt gehandeld.

De invloed van de aandeelhouder ‘als zodanig’ wordt dus afgewikkeld in de kapitaalsfeer. In de kapitaalsfeer kennen we kapitaalstorting, positieve vennootschappelijke vermogensmutaties, en dividenduitkeringen, negatieve vennootschappelijke vermogensmutaties. Om een storting of onttrekking vast te kunnen stellen moet de aandeelhouder en/of vennootschap zich bewust zijn van een voordeel dat ontstaat door de invloed van het aandeelhouderschap. Deze bewustheidseis wordt verder uitgewerkt in de volgende twee paragrafen over informele kapitaalstorting en verkapte dividenduitkeringen. Bij ‘gewone’ kapitaalstorting en onttrekkingen is het duidelijk dat zowel aandeelhouder als vennootschap

aangezien in het renpaardenarrest de Cessna-toets niet hoeft te worden aangelegd. De kosten zijn in het renpaardenarrest immers reeds niet aftrekbaar, voor zover zij zijn gemaakt ten behoeve van aandeelhouders. De Cessna-toets komt volgens hen slechts aan de orde ná de aandeelhouderstoets. Het bestaan van de Cessna-toets naast de aandeelhouderstoets wordt door Kemmeren en Nuijten verdedigd door te wijzen op het gebruik van de term "uitgaven" in r.o. 3.3 in BNB 2002/290. Zoals opgemerkt, gebruikt de Hoge Raad de termen "uitgaven" en "kosten" in het verdere arrest door elkaar, vergelijk bijvoorbeeld r.o. 3.4 alwaar de Hoge Raad opmerkt "dat de bedoelde kosten (cursivering: JvS) niet alleen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming zijn gemaakt, maar ook ter bevrediging van persoonlijke behoeften van de directeur/enig aandeelhouder". De Hoge Raad spreekt hier dus niet over uitgaven ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de dga, maar over kosten ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de dga. De opvatting van Kemmeren en Nuijten valt hiermee mijns inziens niet te rijmen. Voor een zelfstandige toepassing van het Cessna-criterium zie ik dan ook geen plaats."

⁴⁵ Art. 8 lid 1 Vpb jo 3.25 IB.

bewust handelen. Bij de informele kapitaalstorting en verkapte dividenduitkering, die in de volgende paragrafen behandeld worden, laat de invloed van de aandeelhouder ‘als zodanig’ moeilijker meten.

Indien de vermogensvergelijking gecorrigeerd is met onttrekkingen en stortingen is in principe de ‘zuivere’ winst van de vennootschap voor de vennootschapsbelasting vastgesteld. Er zijn echter nog een beperkt aantal vrijstellingen waardoor een aantal voordelen niet tot winst dienen te worden gerekend. Gezien het feit deze vrijstellingen niet van belang zijn voor deze scriptie ga ik hier niet verder op in.

3.1.2 Informele kapitaalstortingen

Zoals in de vorige paragraaf beschreven moeten bij het bepalen van de winst invloeden van de aandeelhouder ‘als zodanig’, geëlimineerd worden bij de fiscale winstberekening. Dit vormen stortingen en onttrekkingen die worden afgewikkeld in de kapitaalsfeer. In deze paragraaf wordt de behandeling van voordelen die de aandeelhouder de vennootschap doet toekomen besproken die niet formeel zijn overeengekomen ofwel de informele kapitaalstortingen.

De invloed van een aandeelhouder ‘als zodanig’ is niet altijd even eenvoudig te constateren. Op 3 april 1957 werd voor het eerst door de Hoge Raad geoordeeld dat sprake was van een kapitaalstorting die niet formeel was vastgelegd, de zogenoemde informele kapitaalstorting.⁴⁶ Het betrof in deze zaak de invloed van de aandeelhouder ‘als zodanig’ in de vermogenssfeer ten aanzien van machines die door de moedermaatschappij werden ingebracht bij haar dochtermaatschappij zonder een tegenprestatie. De grootmoeder als aandeelhouder zorgde dat de kleindochtermaatschappij hierdoor een voordeel verkreeg. De Hoge Raad oordeelde dat deze machines konden worden geactiveerd bij de dochtermaatschappij.

Dat informeel kapitaal ook mogelijk is in de kostensfeer was enige tijd discutabel, maar staat vast sinds het Zweedse grootmoederarrest.⁴⁷ In dit arrest besliste de Hoge Raad dat bij een lening verstrekt door een Zweedse grootmoeder aan haar kleindochter tegen een te lage rente, de kleindochter bij het bepalen van de winst de feitelijk niet-betaalde rente die zij bij derden verschuldigd zou zijn geweest in aftrek kon brengen. De winstbepaling werd hierdoor ontdaan van invloeden van het aandeelhouderschap. Ook al is het niet met zoveel woorden gezegd door de Hoge Raad stond tegenover het in aftrek toelaten van de niet-betaalde rentekosten het aanmerken van een informele kapitaalstorting ter grootte van hetzelfde bedrag. Later werd in de ‘nieuwe kosten arresten’ door de Hoge Raad duidelijker geformuleerd dat de

⁴⁶ HR 3 april 1957, nr. 13 084, BNB 1957/165.

⁴⁷ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, (Zweedse grootmoederarrest), BNB 1978/252.

vennootschap alleen haar winst mag corrigeren voor informeel kapitaal in de kostensfeer indien de aandeelhouder een ondernemer is en deze dus zijn fiscale winst verhoogt met hetzelfde bedrag.⁴⁸ Dit was een logisch oordeel van de Hoge Raad om de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting te waarborgen. Op 17 december 2004 nuanceerde de Hoge Raad echter zijn eerdere oordeel dat enkel aftrek mogelijk is wanneer de fiscale winst met hetzelfde bedrag verhoogt. Expliciet oordeelde de Hoge Raad dat kosten die een vennootschap feitelijk niet behoefde te maken als gevolg van een ‘voordeel’ verstrekt door de aandeelhouder, ongeacht of de winst van de buitenlandse vennootschap verhoogd werd, toch ten laste van het resultaat mocht brengen.⁴⁹ Voor de vraag of sprake is van een ‘voordeel’ – in deze zaak het niet bedingen van rente - gelegen is in de aandeelhoudersrelatie beslissend is of het ‘voordeel’ ook door een onafhankelijke derde zou zijn verstrekt. Dit dient beoordeeld te worden in het kader van de ondernemingsuitoefening van degene die zich het ‘voordeel’ laat ontgaan en dus niet de ondernemingsuitoefening van het gehele concern, aldus de Hoge Raad in hetzelfde arrest. Daarnaast is een belangrijke eigenschap van kapitaalstortingen is dat het hierbij gaat om vermogensverschuivingen met een blijvend karakter; met andere woorden, het betreffende vermogen moet definitief het vermogen van de aandeelhouder hebben verlaten.⁵⁰ Uit de jurisprudentie omtrent informele kapitaalstortingen blijkt tevens dat voordelen in de vermogens- en kostensfeer enkel worden aangemerkt als informele kapitaalstortingen indien de aandeelhouder zich hiervan bewust is.⁵¹

Samenvattend betekent bovenstaande dat in geval van een informele kapitaalstorting sprake moet zijn van:

1. een definitieve vermogensverschuiving van de aandeelhouder naar de vennootschap;
2. om redenen gelegen in de aandeelhoudersrelatie; en
3. de aandeelhouder zich hiervan bewust is.

3.1.3 Verkapte dividenduitkeringen

In de vorige paragraaf is de situatie beschreven dat de aandeelhouder aan de vennootschap een voordeel doet toekomen in zijn hoedanigheid als aandeelhouder. De tegenhanger van de informele kapitaalstorting is de verkapte dividenduitkering. De verkapte dividenduitkering is een winstuitdeling die min of meer vermomd wordt gedaan.

⁴⁸ HR 8 juli 1986, nr. 23 315, BNB 1986/293; HR 8 juli 1986, nr. 23 426, BNB 1986/294 en HR 8 juli 1986, nr. 23 442, BNB 1986/297, (gezamenlijk bekend als de nieuwe kosten arresten).

⁴⁹ HR 17 december 2004, nr. 40 238, BNB 2005/107.

⁵⁰ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 (bodemloze-put arrest), BNB 1988/217; de Hoge Raad gebruikte in r.o. 4.4 expliciet de bewoordingen “*zijn vermogen [...] blijvend heeft verlaten*”.

⁵¹ HR 7 februari 1990, nr. 26 041, BNB 1990/233; HR 23 december 1998, nr. 33 813, BNB 1999/167; HR 28 februari 2001, nr. 35 653, BNB 2001/199.

In HR 18 februari 1959, nr. 13763, BNB 1959/124 beschrijft de Hoge Raad een winstuitdeling als volgt:

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

Bovendien moet deze vermogensverschuiving definitief zijn zo preciseert de Hoge Raad in zijn latere jurisprudentie:

“Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, moet de lening worden aangemerkt als een onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten. Dit wordt niet anders als het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering.”⁵²

Het eerste criterium betreft dus een definitieve vermogensverschuiving ten gunste van de aandeelhouder. De jurisprudentie leert ons echter ook dat wil sprake zijn van een winstuitdeling zowel de vennootschap als de aandeelhouder zich hiervan bewust moeten zijn. Dit wordt ook wel het dubbele bewustheidsvereiste genoemd en door de Hoge Raad omschreven in HR 30 december 1953:

[Voor een uitdeling is nodig, dat het lichaam, RK]“haar aandeelhouder als zodanig heeft willen bevoordelen en tevens dat de aandeelhouder het hem aldus verstrekte voordeel ook heeft willen aanvaarden”⁵³

Het bewustheidsvereiste werd later door de Hoge Raad geobjectiveerd:

“Een winstuitdeling is aanwezig indien en voor zover aannemelijk is dat de vennootschap [...] de betrokkene als aandeelhouder heeft willen bevoordelen en tevens deze zich daarvan bewust is geweest of redelijkerwijs bewust had moeten zijn”⁵⁴

⁵² HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64 met noot Essers.

⁵³ HR 30 december 1954, nr. 11 555, BNB 1954/61 met noot Hofstra.

⁵⁴ HR 15 mei 1985, nr. 22 154, BNB 1985/271 met noot G. Slot.

Samenvattend betekent bovenstaande dat in geval van een verkapte winstuitdeling sprake moet zijn van:

1. een definitieve vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder;
2. om redenen gelegen in de aandeelhoudersrelatie; en
3. zowel de vennootschap als de aandeelhouder is zich hiervan bewust.⁵⁵

Als sprake is van een verkapte winstuitdeling dan vindt deze plaats in de kapitaalsfeer en dient dit buiten beschouwing te blijven bij het bepalen van de winst.

3.2 *Het 'arm's length'-beginsel*

3.2.1 Artikel 9 OESO Modelverdrag

Indien gelieerde ondernemingen op niet-zakelijke voorwaarden transacties met elkaar afsluiten, kan dit ertoe leiden dat de voordelen die worden behaald met de transactie, op een andere wijze tussen hen worden verdeeld dan in het geval er tussen de gelieerde ondernemingen zakelijk wordt gehandeld. Indien de gelieerde ondernemingen in verschillende staten zijn gevestigd, en er dus sprake is van een grensoverschrijdende transactie tussen twee onderdelen van dezelfde multinationalaal opererende onderneming, zal het niet of in beperkte mate hanteren van niet-zakelijke voorwaarden leiden tot een andere verdeling van (belastbare) winsten dan het geval zou zijn geweest indien wel zakelijke voorwaarden zouden zijn gehanteerd.

In art. 9 OESO-modelverdrag is het arm's length-beginsel opgenomen en wordt geregeld dat transacties die tussen lichamen die met elkaar (direct of indirect) door kapitaal of leiding zijn verbonden plaatsvinden en die niet zouden worden overeengekomen door onafhankelijke partijen, gecorrigeerd kunnen worden naar zakelijke voorwaarden. Ook kunnen soms transacties genegeerd of geherkwalificeerd worden op basis van het arm's lengthbeginsel. In principe is het uitgangspunt om de feitelijke vorm van de transacties te erkennen⁵⁶, maar in uitzonderlijke gevallen kan in bijzondere omstandigheden gecorrigeerd worden door de transactie(s) te negeren of te herkwalificeren.⁵⁷ Dit is echter slechts mogelijk in twee situaties:

⁵⁵ Zie voor het dubbele bewustheidsvereiste eveneens HR 24 oktober 2003, nr. 37 856, BNB 2004/112; HR 6 februari 1963, nr. 14 890, BNB 1963/99; HR 31 januari 1968, nr. 15 831, BNB 1968/63; HR 1 mei 1968, nr. 15 770, BNB 1968/140.

⁵⁶ Zie OESO-richtlijnen versie 2010, paragraaf 1.64; *"In other than exceptional cases, the tax administration should not disregard the actual transactions or substitute other transactions for them."*

⁵⁷ Zie OESO-richtlijnen versie 2010, paragraaf 1.65; *"However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer in entering to a controlled transaction."*

- wanneer de economische werkelijkheid van de transactie niet overeenkomt met de vorm van de transactie;⁵⁸ of
- voorwaarden waaronder de transactie is aangegaan verschillen van de voorwaarden die zouden zijn overeengekomen door onafhankelijke partijen en de vorm van de transactie de Belastingdienst belet een juiste verrekenprijs vast te stellen.⁵⁹

Daarnaast regelt het artikel verder dat indien het andere land met die correctie instemt, dit land dienovereenkomstig de winst behaald in zijn land zal herzien.

Op basis van de OESO-richtlijnen moet iedere transactie in beginsel afzonderlijk getoetst worden aan het arm's length beginsel. Daarnaast is in de OESO-richtlijnen opgenomen dat in sommige situaties de transacties gezamenlijk beoordeeld mogen worden.⁶⁰ Een voorbeeld van een situatie waarbij het arm's length beginsel op de gezamenlijke transacties werd beoordeeld is het auto-importeurarrest.⁶¹

Met ingang van 1 januari 2002 heeft Nederland het arm's length-beginsel gecodificeerd in art. 8b Wet VPB 1969. De tekst van art. 8b Wet VPB 1969 sluit zeer nauw aan bij art. 9 OESO-modelverdrag 1992-2000: Slechts waar art. 9 OESO-modelverdrag de term 'ondernemingen' gebruikt, wordt in art. 8b Wet VPB 1969 de term lichamen gebruikt. Als gevolg van dit verschil is het arm's length beginsel zoals neergelegd in artikel 8b VPB 1969 niet van toepassing op handelen met natuurlijke personen. Een verdere uitwerking van deze Nederlandse pendant van artikel 9 OESO-modelverdrag is opgenomen in de volgende paragraaf.

3.2.2 Artikel 8b Wet Vpb

Tot 1 januari 2002 kon de fiscus onzakelijk handelen reeds corrigeren op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969. Zoals hiervoor al vermeld, behoren uitsluitend tot de totaalwinst van een onderneming, alle voor- en nadelen die worden verkregen uit de onderneming. De fiscus kon toentertijd op grond van het totaalwinstbeginsel de winst corrigeren door aan te tonen dat er een

⁵⁸ Zie OESO-richtlijnen versie 2010, paragraaf 1.65; *“The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form.”*

⁵⁹ Zie OESO-richtlijnen versie 2010, paragraaf 1.65; *“The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent Enterprises behaving in commercially rational manner and the structure and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price.”*

⁶⁰ Zie OESO-richtlijnen, paragraaf 1.42-1.44 en 1.60-1.64 (versie 2010: par. 3.9 – 3.17).

⁶¹ HR 28 juni 2002, nr. 36 446 (auto-importeur arrest), BNB 2002/343.

beoordeling heeft plaatsgevonden van of door de aandeelhouder aan de vennootschap. Het lastige hierbij was dat het aan de fiscus was om aan te tonen dat partijen zich ervan bewust waren dat de ander werd beoordeeld.

Op grond van jurisprudentie kan worden vastgesteld dat het eenvoudiger wordt om de bewuste beoordeling aan te tonen wanneer de onderlinge verrekenprijzen meer afwijken van wat gebruikelijk is.⁶² Met andere woorden, hoe meer de verrekenprijzen bij transacties tussen vennootschappen afwijken van de zakelijk vastgestelde prijzen, hoe eerder een bewuste beoordeling aanwezig werd geacht door de Hoge Raad.

In 2002 werd het in de praktijk al gehanteerde ‘at arm’s length’ beginsel in artikel 8b Wet VPB 1969 gecodificeerd. Door de codificatie van de bestaande praktijk bracht waren geen materiële verschillen beoogd aldus de Staatssecretaris. Echter doordat het arm’s length beginsel nu in de wet was opgenomen werd het bewustheidsvereiste als het ware geobjectiveerd. Wanneer partijen namelijk afwijken van wat onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen bij een bepaalde transactie ontstaat van rechtswege in beginsel het vermoeden dat sprake is van onzakelijk handelen en is het voor de fiscus makkelijker geworden om de transactie te corrigeren naar arm’s length condities. Dit leidt echter niet automatisch tot het vaststellen van informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling. Indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat wel degelijk sprake is van zakelijke handelen wordt enkel de fiscale winst gecorrigeerd als de inspecteur slaagt in zijn bewijs dat sprake is van onzakelijk handelen. De belastingplichtige heeft een goede administratie nodig om te slagen in haar bewijslast en aan te tonen dat aannemelijk is dat de verrekenprijzen zakelijk zijn.

Artikel 8b, lid 3, Wet VPB 1969 bepaalt dat de lichamen betrokken bij de transacties in hun administratie gegevens moeten opnemen waaruit blijkt op welke manier de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen. Tevens moet uit hun administratie blijken dat bij de tot stand gekomen verrekenprijzen sprake is van voorwaarden die in het economisch verkeer ook door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. De documentatieplicht leidt ertoe dat de bewijslast van de fiscus enigszins is verlicht. Het is namelijk in eerste instantie aan de betrokken vennootschappen om aannemelijk te maken op welke wijze hun verrekenprijzen tot stand zijn gekomen. De transacties tussen onafhankelijke ondernemingen vormen hierbij een referentiekader.

⁶² Zie onder meer HR 21 september 1994, nr. 29 199, BNB 1995/15 en HR 21 september 1994, nr. 29 356, BNB 1995/16.

Aangezien met de invoering van artikel 8b Wet VPB 1969 voor de Nederlandse wet en regelgeving (meer) aansluiting is gezocht bij het arm's length beginsel zoals neergelegd in artikel 9 OESO-modelverdrag komt de vraag op of het OESO-commentaar en de OESO-richtlijnen behorende bij dit artikel rechtstreeks deel zijn gaan uitmaken van het Nederlandse recht. Als we op het besluit verrekenprijzen van 30 maart 2001 af gaan zijn door de invoering van artikel 8b Wet VPB inderdaad de OESO-richtlijnen rechtstreeks van toepassing. Daarin wordt namelijk opgemerkt dat *“Het uitgangspunt van het Nederlands beleid op het terrein van internationaal fiscaal recht ten aanzien van het arm's-lengthbeginsel is dat dit beginsel deel uitmaakt van de Nederlandse fiscale rechtsorde via het ruime inkomensbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001. In beginsel zijn de OESO-richtlijnen daarmee direct toepasbaar in Nederland op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001.”*⁶³

In de parlementaire behandeling is deze vraag tevens aan de orde gekomen. In reactie op het verzoek van leden van de VVD fractie of verduidelijkt kon worden wat precies bedoeld was met de passage in de Memorie van Toelichting bij de invoering van artikel 8b Wet VPB 1969 dat de OESO-richtlijnen op het gebied van het arm's lengthbeginsel zullen doorwerken in het Nederlandse recht werd geantwoord dat *“Voor de uitleg van het nieuwe artikel 8b zal naar verwachting de rechter dan ook mede acht slaan op hetgeen in OESO-verband rond deze problematiek is overeen gekomen. De vastlegging in OESO-verband zijn in deze vergelijkbaar met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusie van advocaten-generaal bij de Hoge Raad. Op dit soort doorwerkingen is bedoeld in de Memorie van Toelichting.”*⁶⁴

Hiermee staat mijns inziens vast dat het OESO-commentaar en de OESO-richtlijnen niet rechtstreeks deel uitmaken van de Nederlandse wet en regelgeving. Expliciet is niet gesteld dat de vastlegging in OESO-verband rechtstreeks doorwerkt naar het Nederlandse recht. Desalniettemin geven zij een goed beeld van wat onder (on)zakelijk handelen dient te worden verstaan en zal het dan ook niet vreemd zijn wanneer de vastleggingen in OESO-verband in de toekomst een belangrijkere rol gaan spelen in het Nederlandse recht, of zelfs alsnog rechtstreeks deel uitgaan maken van de Nederlandse wet- en regelgeving. Het zou mijns inziens echter in strijd met de rechtszekerheid zijn wanneer de Belastingdienst thans enkel op basis van opmerkingen in OESO-verband arm's lengthcorrecties doorvoert. Eerst zal immers een grondslag in

⁶³ Besluit Verrekenprijzen, 30 maart 2001, BNB 2001/286.

⁶⁴ Kamerstukken II, 28034, nr. 5, blz. 48.

de Nederlandse wet en regelgeving dienen te zijn voordat het OESO-commentaar en OESO-richtlijnen rechtsreeks van toepassing kunnen zijn.⁶⁵

3.2.3 Gelieerdheid

Alleen indien sprake is van transacties tussen gelieerde partijen kan een winstcorrectie plaatsvinden op grond van artikel 8b Wet VPB 1969 in geval van niet gehanteerde at arm's length verrekenprijzen. Wat onder gelieerde partijen moet worden verstaan is beschreven in artikel 8b, lid 1 en 2 Wet VPB 1969. In het eerste lid van dit artikel wordt gesproken over 'verticale' gelieerdheid en in lid 2 over 'horizontale' gelieerdheid.

Volgens artikel 8b, lid 1, Wet VPB 1969 is sprake van gelieerdheid "*Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam ...*". Uit deze wettekst volgt dat niet alleen bij een kwalificerend aandelenbelang sprake is van gelieerdheid, maar ook in verhoudingen waarvan de lichamen niet in aandelenkapitaal zijn verdeeld, zoals stichtingen. Van gelieerdheid via aandeelhoudersrelaties, toezicht en leiding is sprake indien er voldoende zeggenschap aanwezig is om invloed te kunnen uitoefenen⁶⁶. Het gaat dan met name om de invloed die kan worden uitgeoefend op de prijsstelling, die per geval materieel zal moeten worden beoordeeld.

In de wettekst wordt gesproken over onmiddellijke of middellijke invloed. Van middellijke invloed is bijvoorbeeld sprake indien het bestuur van een dochtervennootschap gezag uitoefent over een kleindochtervennootschap.

Een voorbeeld van verticale gelieerdheid is de verhouding tussen moedervennootschap en dochtervennootschap.

Volgens artikel 8b, lid 2, Wet VPB 1969 is tevens sprake van gelieerdheid "*indien een zelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam*". Van horizontale gelieerdheid is sprake indien twee partijen onder zeggenschap van eenzelfde persoon staan. Die persoon kan een natuurlijk persoon of een rechtspersoon zijn. Een voorbeeld van horizontale gelieerdheid is de verhouding tussen twee zustervennootschappen.

⁶⁵ In dezelfde zin E.A. Visser, Algemene aspecten van verrekenprijzen, TFO 2006/2 en C.J.E.A. Sporken en P.C. den Besten, Weg met de wet, transfer pricing is alles? Debt-to-equity ratio's, WFR 2010/928.

⁶⁶ Kamerstukken II, 28 034, nr. 5, NV, blz. 47.

Bestaat onzekerheid over gelieerdheid tussen vennootschappen, dan kan vooraf zekerheid worden gevraagd bij de Belastingdienst.⁶⁷

Het at arm's length beginsel vindt geen toepassing indien een transactie plaatsvindt tussen de directeur-groootaandeelhouder en zijn bv. Artikel 8b Wet VPB 1969 ziet slechts op verhoudingen tussen twee lichamen als bedoeld in artikel 2, lid 1, onder b, AWR. Onzakelijke transacties tussen directeur-groootaandeelhouder en diens bv worden gecorrigeerd op grond van het totaalwinstbeginsel.

3.3 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is allereerst beschreven wat onder totaalwinst dient te worden verstaan. Dit is *“het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”*. Voordelen die opkomen buiten de onderneming worden niet tot de fiscale winst gerekend.

De invloed van de aandeelhouder ‘als zodanig’ in de vorm van kapitaalstortingen en winstuidelingen wordt afgewikkeld in de kapitaalsfeer en raakt de fiscale winstbepaling niet. De invloed van de aandeelhouder ‘als zodanig’ kan ook verkapt plaatsvinden. In die situaties spreken we van een informele kapitaalstorting of een verkapte dividenduitkering.

In geval van een informele kapitaalstorting moet sprake zijn van:

1. een definitieve vermogensverschuiving van de aandeelhouder naar de vennootschap;
2. om redenen gelegen in de aandeelhoudersrelatie;
3. waarvan de aandeelhouder zich bewust is.

In geval van een verkapte winstuitdeling moet sprake zijn van:

1. een definitieve vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder;
2. om redenen gelegen in de aandeelhoudersrelatie;
3. waarvan zowel de vennootschap als de aandeelhouder zich bewust is.

De fiscale winstbepaling kan ook beïnvloed worden door gelieerde partijen wanneer zij bij onderlinge transacties afwijken van zakelijke prijzen. Om deze ongewenste invloed op de winstbepaling te

⁶⁷ Kamerstukken II, 2000/01, 28 034, nr. 5, NV, blz. 47.

voorkomen dienen voor de fiscale winstbepaling alle onderlinge transacties ‘at arm’s length’ te zijn. Dit staat ook wel bekend als het zakelijkheidscriterium.

Volgens de OESO kunnen transacties op basis van het arm’s lengthbeginsel soms zelfs genegeerd of geherkwalificeerd worden. In principe is het uitgangspunt om de feitelijke vorm van de transacties te erkennen, maar in uitzonderlijke gevallen kan in bijzondere omstandigheden gecorrigeerd worden door de transactie(s) te negeren of te herkwalificeren.

In het licht van het totaalwinstbeginsel heeft het zakelijkheidscriterium in de Nederlandse jurisprudentie altijd al een rol gespeeld. Met de invoering van artikel 8b Wet VPB 1969 is (meer) aansluiting gezocht bij het ‘arm’s length’ beginsel zoals neergelegd in het OESO Modelverdrag. Het OESO commentaar en de OESO richtlijnen maken echter geen rechtstreeks deel uit van de Nederlandse wet- en regelgeving. Dit is met name van belang ten aanzien van de mogelijkheden die de OESO biedt bij het herkwalificeren en negeren van transacties.

Het lijkt mij bovendien onwenselijk dat een verschil zou kunnen ontstaan in behandeling tussen verschillende aandeelhouders als gevolg van een verschil in correcties op basis van het totaalwinstbeginsel en directe werking van artikel 9 OESO via artikel 8 Wet VPB 1969. Dit is mijns inziens mogelijk door het arm’s lengthbeginsel zoals neergelegd in OESO verband geen zelfstandige betekenis toe te kennen. Hiermee wordt voorkomen dat het zakelijkheidscriterium op basis van het arm’s length beginsel zoals neergelegd in OESO verband, en een ruimere werking lijkt te bieden dan het totaalwinstbeginsel, rechtstreeks toegepast kan worden in de vennootschapsbelasting. Teneinde een verschil in behandeling en inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel te voorkomen dienen correcties op basis van artikel 8b Wet VPB 1969 enkel plaats te vinden binnen het totaalwinstbeginsel zoals ontwikkeld in de jurisprudentie. Het komt mij dan ook voor dat de wetgever bewust heeft gekozen om de vastlegging in OESO-verband niet rechtstreeks van toepassing te verklaren op het Nederlandse recht, zodat hiermee het zakelijkheidscriterium zoals ontwikkeld in de rechtspraak leidend blijft. Artikel 8b Wet VPB is hiermee een vorm van het totaalwinstbeginsel zoals ontwikkeld binnen het Nederlandse recht en zal derhalve geen verdere reikwijdte kunnen en mogen hebben dan het totaalwinstbeginsel. Naast het feit dat de rechtszekerheid hierbij is gebaat, is mijns inziens het niet direct tot recht verklaren van vastleggingen in OESO-verband bovendien noodzakelijk in het kader van de trias politica. Het zijn immers ambtenaren die de OESO rapporten opstellen en derhalve moet mijns inziens eerst een rechterlijke dan wel parlementaire toets plaatsvinden voordat dergelijke vastleggingen deel uit gaan maken van wet- en regelgeving.

4 Fiscale kwalificatie geldverstrekkingen - crediteur

4.1 Algemeen

Bij de kwalificatie van geldverstrekkingen tussen gelieerde partijen en bij de correctie van onzakelijke voorwaarden van geldleningen tussen deze partijen gaat het om de vaststelling van de omvang van de totaalwinst. Het gaat hierbij om de vraag of de invloed van de aandeelhouder als zodanig zich laat voelen met als gevolg dat zijn handelen in de kapitaalsfeer moet worden beschouwd en de totaalwinst niet mag beïnvloeden.

Het zal duidelijk zijn dat de vraag hoe een geldverstrekking gekwalificeerd dient te worden eerst moet worden beantwoord alvorens de (on)zakelijkheid van de voorwaarden van een geldverstrekking aan de orde kan komen. Is immers sprake van een geldverstrekking in de vorm van een kapitaalstorting, dan heeft de vraag naar de zakelijkheid van de voorwaarden van de geldverstrekking elke betekenis verloren omdat de geldverstrekking zich geheel afspeelt in de kapitaalsfeer. Is daarentegen sprake van een geldverstrekking in de vorm van een lening, dan heeft de vraag naar de zakelijkheid van de voorwaarden van de geldverstrekking wel betekenis omdat deze voorwaarden de fiscale winst van crediteur en debiteur beïnvloeden.

Naar aanleiding van het arrest Hoge Raad 9 mei 2008 BNB 2008/191⁶⁸, het zogenoemde ‘onzakelijke lening-arrest’, is veel onrust ontstaan over de fiscale behandeling van geldverstrekkingen tussen gelieerde partijen onder (eventuele) onzakelijke voorwaarden. In deze zaak ging het om een lening die een vennootschap aan haar aandeelhouder had verstrekt zonder hiervoor zekerheid te vragen. Daarbij was de enige bezitting van de aandeelhouder het belang in deze vennootschap/crediteur wat in feite betekende dat de aflossing enkel kon plaatsvinden uit een te genereren dividendstroom. Volgens de Hoge Raad was sprake van een onzakelijk debiteurenrisico dat ten gunste van de aandeelhouder was aanvaard en kan als gevolg daarvan kon een afwaarderingsverlies niet in mindering komen op de winst. Hoe de Hoge Raad precies tot dit oordeel is gekomen en wat zijn overwegingen waren zal worden besproken in de navolgende paragrafen.

In dit hoofdstuk zal ik achtereenvolgens drie verschillende geldverstrekkingen behandelen:

- a) lening met een onzakelijk rentepercentage;
- b) lening met een onzakelijk debiteurenrisico;

⁶⁸ HR 9 mei 2008, nr. 43 849 (Onzakelijke lening), BNB 2008/191.

c) lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven.

Wanneer ik in dit hoofdstuk spreek over een lening (met een onzakelijk rentepercentage en/of een onzakelijk debiteurenrisico) dan betekent dit dat de fiscale duiding aan de hand van het door de Hoge Raad geschetste kader in BNB 1988/217 vaststaat en dus zowel fiscaalrechtelijk als civielrechtelijk sprake is van lening. Er zal dus sprake zijn van een materiële terugbetalingsverplichting.⁶⁹ In geval van een lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven, staat niet zonder meer vast dat sprake is van een lening. Het is belangrijk om de begrippen geldverstrekking, lening en kapitaal strikt te scheiden. Wanneer ik spreek over lening of kapitaal dan is de geldverstrekking immers getoetst aan het kader zoals neergelegd in BNB 1988/217.

Overigens zal blijken dat als een geldverstrekking als lening is gekwalificeerd, dit niet betekent dat als gevolg van onzakelijke voorwaarden van deze lening geen sprake meer kan zijn van (eenmalige of jaarlijkse) kapitaalstortingen of onttrekkingen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een onzakelijk rentepercentage of een onzakelijk debiteurenrisico. In een onlangs verschenen conclusie van A-G Wattel is deze problematiek wederom onder het voetlicht gebracht.⁷⁰

Volledigheidshalve merk ik op dat ik het begrip onzakelijke lening veelvuldig gehanteerd na het onzakelijke lening-arrest⁷¹ niet zal gebruiken in deze scriptie, aangezien dit mijns inziens onnodig verwarring veroorzaakt.⁷² Ik zal in deze paragraaf steeds spreken over een lening met onzakelijke voorwaarden, waarbij ik aan zal geven of het betrekking heeft op het rentepercentage dan wel debiteurenrisico. Bovendien wil ik graag in herinnering brengen dat wanneer ik spreek over ‘lening’ de terugbetalingsverplichting materieel is en dus geen sprake meer kan zijn van herkwalificatie op basis van BNB 1988/217. Dit leidt geen uitzondering wanneer blijkt dat de lening blijkt te zijn aangegaan onder voorwaarden die tussen onafhankelijke derden niet zouden zijn overeengekomen.

⁶⁹ Zie in dit verband paragraaf 2.4.2.

⁷⁰ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.

⁷¹ HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.

⁷² In mijn ogen is het begrip onzakelijke lening breder dan enkel de situatie zoals behandeld in BNB 2008/191. Ik versta onder de onzakelijke leningen een lening die niet op dezelfde wijze tussen onafhankelijke derden tot stand zou zijn gekomen. Hier valt dus mijns inziens ook de bodemloze put-lening onder.

4.2 Lening met een onzakelijk rentepercentage

Is slechts sprake van lening met een onzakelijke rente, dan is de lening relatief eenvoudig te corrigeren naar zakelijke condities door zowel bij de crediteur als bij de debiteur voor de winstbepaling uit te gaan van een zakelijke rente *en* het verschil met de feitelijk overeengekomen rente aan te merken als een winstuitdeling of een storting van informeel kapitaal.⁷³

Een voorbeeld dat bovenstaande prijscorrectie leidt tot een kapitaalstorting is HR 31 mei 1978, BNB 1978/252, waarin onder andere werd overwogen: *‘dat het Hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht dat het aan belanghebbendes dochter opgekomen voordeel, bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente over de haar door de grootmoedermaatschappij verstrekte lening, zijn oorzaak niet vond in de bedrijfsuitoefening van belanghebbendes dochter doch uitsluitend in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen; dat het Hof terecht dit voordeel niet tot de winst heeft gerekend, aangezien ingevolge artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 daartoe alleen worden gerekend voordelen welke worden verkregen uit onderneming’.*

De vraag die opkomt is wat de zakelijke rente zou moeten zijn bij een dergelijke lening. De zakelijke rente kan wanneer vergelijkbare leningen met of tussen derden bestaan eenvoudig worden vastgesteld door de rente in aanmerking te nemen die onafhankelijke partijen vragen. Het wordt lastiger wanneer geen sprake is van een markt en dus geen vergelijkbare gevallen te vinden zijn om te bepalen wat de zakelijke rente zou moeten zijn. In zulke gevallen moet men beseffen dat het vaststellen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is. Ik wil hierbij opmerken dat dit een terugkerend probleem is wanneer men een zakelijke prijs probeert te benaderen (bij gebrek aan vergelijkbare gevallen) en het derhalve veelal een discussie is die zich zal afspelen aan de hand van transfer pricing studies waarbij het aan de belastingplichtige is om aannemelijk te maken dat de gehanteerde verrekenprijzen zakelijk zijn.

4.3 Lening met een onzakelijk debiteurenrisico

In deze tweede categorie is sprake van een lening waarbij door de debiteur *onvoldoende zekerheid* is verstrekt ten behoeve van de crediteur. Dit kan als gevolg hebben dat hierdoor een hoger rentepercentage als zakelijk heeft te gelden of dat een afwaarderingsverlies niet wordt geaccepteerd bij de winstbepaling.

⁷³ Correcties vinden plaats op grond van art. 8 Wet VPB, jo. art. 3.8 Wet IB, en art. 8b Wet VPB.

Twee situaties van een lening met “onvoldoende zekerheid” kunnen worden onderscheiden. Allereerst de situatie dat de debiteur wel zekerheid had kunnen verstrekken, maar de crediteur heeft nagelaten om dit te bedingen om redenen liggend in de aandeelhoudersrelatie. Daarnaast is er de situatie dat de debiteur geen zekerheid kon verstrekken aan de crediteur, maar de crediteur heeft desondanks de lening verstrekt en bewust een hoger debiteurenrisico aanvaard dan een onafhankelijke derde zou willen accepteren. In beide situaties heeft de crediteur een onzakelijk debiteurenrisico aanvaard vanwege aandeelhoudersmotieven en derhalve zullen beide situaties in beginsel dezelfde fiscale gevolgen hebben.

Dat een dergelijk onzakelijk debiteurenrisico, aanvaard om aandeelhoudersmotieven, de winstbepaling niet mag beïnvloeden blijkt onder meer uit HR 9 mei 2008, BNB 2008/191. Zoals gezegd ging het in deze zaak om een lening die een vennootschap aan haar aandeelhouder had verstrekt zonder hiervoor zekerheid te vragen. Daarbij was de enige bezitting van de aandeelhouder het belang in deze vennootschap/crediteur wat in feite betekende dat de aflossing enkel kon plaatsvinden uit een te genereren dividendstroom. De Hoge Raad oordeelde: *‘Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet - behoudens bijzondere omstandigheden - ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht.’*

Het om aandeelhoudersmotieven aanvaardde onzakelijk debiteurenrisico wordt door de Hoge Raad niet geaccepteerd en dient derhalve te worden gecorrigeerd bij het bepalen van de winst. De Hoge Raad heeft in BNB 2008/191 geoordeeld dat het om aandeelhoudersmotieven aanvaardde debiteurenrisico dat uiteindelijk wordt gerealiseerd, ofwel de afwaardering van de vordering door de crediteur wegens oninbaarheid, niet wordt toegestaan als aftrek op de winst. Dit betekent dat pas ten tijde van de afwaardering van vordering een correctie plaatsvindt en het afwaarderingsverlies niet ten laste van de winst kan worden gebracht.

Ik vraag mij af of in alle omstandigheden het in aftrek weigeren van een afwaarderingverlies dat ontstaat uit een om aandeelhoudersredenen aanvaard debiteurenrisico resulteert in een juiste bepaling van de omvang van de totaalwinst. Naar mijn mening kan, onder omstandigheden, een renteaanpassing namelijk een zakelijke vergoeding vormen voor het aanwezige debiteurenrisico waardoor in een later stadium het

afwaarderingsverlies gewoon ten laste van de winst kan worden gebracht. Na een adequate renteaanpassing zal immers geen sprake meer zijn van een lening onder onzakelijk voorwaarden.

Het is echter de vraag in welke situaties renteaanpassing een reële optie is en gesproken kan worden van een lening met leningsvoorwaarden waarvan een derde bereid zou zijn geweest om deze te verstrekken. In die gevallen kan immers niet langer gesproken worden van een lening onder onzakelijke leningsvoorwaarden en kan een eventueel afwaarderingsverlies ten laste van de winst worden gebracht.

Een renteaanpassing kan echter niet in alle gevallen tot een zakelijk resultaat leiden. Allereerst is het de vraag of een onafhankelijk crediteur genoeg zou willen nemen met een hogere rente als compensatie voor het gelopen debiteurenrisico. Ik ben van mening dat er altijd wel een onafhankelijke derde te vinden is, zolang niet vaststaat dat de hoofdsom en rente nooit betaald zal worden, die bereid is om het debiteurenrisico te aanvaarden tegen een (zeer) hoge vergoeding. Met betrekking tot de debiteur ligt dit echter anders.

Of een renteaanpassing voor fiscale doeleinden tot de gewenste correctie naar zakelijke maatstaven leidt hangt tevens af van de vraag of het reëel is dat de debiteur een dergelijke rentelast kan en zou willen dragen. Om dit te bepalen dienen alle feiten en omstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in ogenschouw genomen te worden. Belangrijke indicatoren zijn hierbij mijns inziens de vermogenspositie en winstprognoses van de debiteur. Als een debiteur zich een nog hogere rente niet kan of redelijkerwijs niet zou willen veroorloven behoort een renteaanpassing niet tot de mogelijkheden om het om aandeelhoudersmotieven aanvaardde debiteurenrisico te compenseren. Mocht zich later dan een afwaarderingsverlies op de vordering van de crediteur voordoen dan kan dit niet ten laste van de winst gebracht worden. Daarentegen zijn ook situaties denkbaar waarin renteaanpassing wel een zakelijke vergoeding kan vormen voor het gelopen debiteurenrisico. In die gevallen zal zowel bij de crediteur als de debiteur een hogere rente in aanmerking dienen te worden genomen bij de fiscale winstbepaling. Een eventuele toekomstige afwaardering van de vordering door de crediteur kan in die gevallen als afwaarderingsverlies ten laste van de winst worden gebracht. Let wel, zoals hiervoor reeds opgemerkt dient een mogelijke correctie naar zakelijke maatstaven voor fiscale doeleinden te worden bepaald aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst.

Engelen en Van Scharrenburg merken op dat uit BNB 2008/191 tevens lijkt te volgen dat het gedeelte van de rente, dat strekt tot vergoeding van het debiteurenrisico, moet worden aangemerkt als een informele

kapitaalstorting in belanghebbende.⁷⁴ Ondanks dat ik met beide auteurs van mening ben dat de rente kan worden gesplitst in een riscovrije rentevoet en een risicopremie is hun uitleg niet mijns inziens geen juiste uitleg van het arrest. Naar mijn mening is namelijk geen rente toe te rekenen aan het om aandeelhoudersmotieven aanvaardde debiteurenrisico. Juist het ontbreken van een (rente-)vergoeding leidt tot een ‘onzakelijk’ debiteurenrisico. Voor zover rente tussen partijen is overeengekomen is deze toe te rekenen aan enerzijds de riscovrije voet en anderzijds een vergoeding voor een deel van het gelopen debiteurenrisico. De Hoge Raad hanteerde in zijn oordeel niet voor niets de bewoordingen ‘indien en voor zover’ de voorwaarden door een onafhankelijke derde niet zouden zijn overeengekomen. Dit geeft geen aanleiding het gehele debiteurenrisico in de kapitaalsfeer te plaatsen. Dit is ook begrijpelijk aangezien een onafhankelijke derde in elk geval minimaal de tussen partijen overeengekomen rente had verlangd. Derhalve zie ik geen reden om een deel van de rente buiten beschouwing te laten bij de winstbepaling, simpelweg omdat mijns inziens geen rente is toe te rekenen aan het om onzakelijke redenen aanvaardde debiteurenrisico.

BNB 2008/191 is overigens geen afwijkend oordeel en in lijn met eerdere jurisprudentie. Reeds in HR 7 juni 1939, B 6921 besliste de Hoge Raad dat een om aandeelhoudersmotieven aanvaard debiteurenrisico niet in de winstsfeer, maar in de kapitaalsfeer wordt afgewikkeld. In casu ging het om de situatie dat belanghebbende geld had ingeleend bij een bank en doorleende aan een gelieerde vennootschap. Later bleek dat deze vennootschap niet in staat was het volledige bedrag terug te betalen. De Hoge Raad moest oordelen over de vraag of sprake was van een verkapte winstuitdeling. Hiervan was volgens de Hoge Raad sprake als het risico dat de debiteur de gelden niet of niet volledig zou kunnen terugbetalen door belanghebbende was aanvaard om aandeelhoudersmotieven.

Een ander voorbeeld van deze jurisprudentie is HR 14 maart 2001, BNB 2001/256. In deze procedure was de belanghebbende een pensioenlichaam dat de pensioenregelingen uitvoerde van de werknemers van X BV en haar dochtermaatschappijen. De bestuurders van X BV (die tevens 60% van de aandelen in X BV hielden) waren eveneens bestuurder van belanghebbende. Toen X BV begin 1992 in financiële moeilijkheden raakte, verstreekte belanghebbende haar een converteerbare, achtergestelde geldlening van fl. 1 miljoen. Eind 1992 bleek deze vordering waardeloos. Het Hof oordeelde dat het verstrekken van de lening op onzakelijke gronden had plaatsgevonden en dat het verlies uit het aldus op wens van de aandeelhouders van X BV/bestuurders van belanghebbende op onzakelijke wijze verstrekken van een

⁷⁴ Engelen en Van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705, onderdeel 2.4 en 2.5.

geldlening niet ten laste van de winst van belanghebbende kon worden gebracht. De Hoge Raad sloot zich bij dit oordeel van het Hof aan. In zijn noot bij HR 14 maart 2001, BNB 2001/256 merkte Essers op:

“Wel werd door het hof aannemelijk geacht dat de lening was verstrekt op grond van overwegingen gelegen buiten de sfeer van de onderneming van belanghebbende. In dat geval moet worden vastgesteld wat precies de onzakelijke elementen van de lening zijn geweest. Deze elementen mogen de fiscale winstberekening immers niet beïnvloeden. Voor het overige wordt de lening als een ‘gewone’ lening behandeld. In het onderhavige geval was kennelijk het feit dat belanghebbende de lening met onvoldoende waarborgen had omkleed, het onzakelijke element van de lening. Als zich het ontbreken van voldoende onderpand wreekt - op het moment dat de vordering oninbaar blijkt te zijn - mag fiscaal met het daaruit voortvloeiende verlies geen rekening worden gehouden”⁷⁵

In onderdeel 6 van zijn conclusie van 14 juli 2010 bij een thans aanhangige zaak neemt A-G Wattel⁷⁶ ook het standpunt in dat correctie pas plaatsvindt bij afwaardering van de vordering. Tevens kan hieruit worden afgeleid dat deze opvatting niet nieuw is: *‘Het jurisprudentie-overzicht hieronder laat echter zien dat het mogelijk is dat het er bij gelegenheid van een onzakelijke geldverstrekking of garantie nog naar uitziet dat de debiteur in staat zal zijn rente en aflossing op te brengen. Wellicht om die reden volgt uw jurisprudentie al sinds het interbellum de lijn dat de te corrigeren onttrekking c.q. storting zich pas voordoet (of pas voltooid wordt) in het belastingjaar waarin het onzakelijk genomen risico zich realiseert.’*

HR 9 mei 2008, BNB 2008/191 bevatte eigenlijk niets nieuws en paste in een door de Hoge Raad ingezette gedragslijn. De Hoge Raad heeft, mijns inziens om praktische redenen, gekozen om enkel het onzakelijke debiteurenrisico in aftrek te weigeren dat daadwerkelijk wordt gerealiseerd.⁷⁷ Systematisch lijkt mij dit een onjuiste benadering. Het onzakelijke debiteurenrisico dat zich uiteindelijk realiseert is niet per definitie, ik zou eerder zeggen bijna nooit, gelijk aan het debiteurenrisico dat is aanvaard om aandeelhoudersmotieven ten tijde van het aangaan van de leningsovereenkomst. Het zou naar mijn idee binnen het totaalwinst beginsel juist zijn om reeds bij het aangaan van de lening te bepalen hoe groot het onzakelijk debiteurenrisico is en vervolgens dat deel buiten de winstsfeer te houden en af te wikkelen. Dat wil zeggen vaststellen of, en zo ja tegen welke vergoeding, een derde bereid zou zijn geweest om onder

⁷⁵ HR 14 maart 2001, nr. 35 652, BNB 2001/256 met noot Essers.

⁷⁶ Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010 CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.

⁷⁷ In dezelfde zin: J.G. Verseput, De totale winst in de vennootschapsbelasting, blz. 216, Deventer: Kluwer 2004 (derde druk) en Engelen en Van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705.

dezelfde voorwaarden een lening te verstrekken. Dit is immers ook het moment waarop het handelen in de hoedanigheid van aandeelhouder zich manifesteert. Deze afbakening kan echter leiden tot lastige schattingen. Toch zijn er mijns inziens wel degelijk mogelijkheden om reeds bij het aangaan van de lening rekening te houden met een debiteurenrisico dat aanvaard wordt om aandeelhoudersredenen. Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan de mogelijkheid om het risico te verzekeren zodat in geval van oninbaarheid de verzekeraar uitkeert. De verschuldigd geworden verzekeringspremie zal als informele kapitaalstorting of verkapte winstuitkering aangemerkt dienen te worden aangemerkt aangezien onafhankelijke derden dit in de vergoeding op de lening zouden hebben opgenomen. Dit alternatief zal ik nader uitwerken in hoofdstuk 6.

4.3.1 Afwaarderingsverlies wel/geen storting of onttrekking

In de literatuur is door onder andere door Egelie⁷⁸ het standpunt ingenomen dat een afwaarderingcorrectie als het ware direct leidt tot een verkapte dividenduitkering of storting informeel kapitaal. Zoals beschreven in paragraaf 3.1.3 is pas sprake van een mutatie in de kapitaalsfeer als een definitieve vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder plaatsvindt. Zolang de terugbetalingsverplichting blijft bestaan is er dus geen sprake van een definitieve vermogensverschuiving en zodoende ook geen dividenduitkering of een storting van informeel kapitaal. De terugbetalingsverplichting kan tenietgaan door kwijtschelding of verjaring. Wanneer een crediteur zijn vordering afwaardeert, blijft de terugbetalingsverplichting echter bestaan, daardoor is de vermogensverschuiving is niet definitief en kan dus geen sprake zijn van een dividenduitkering of een storting van informeel kapitaal. Het feit dat de afwaardering wordt geweigerd bij de winstbepaling brengt niet met zich mee dat per definitie gelijktijdig sprake is van een dividenduitkering. Het standpunt van Egelie en Engelen & Van Scharrenburg is mijns inziens dan ook onjuist. Volledigheidshalve merk ik op dat ten tijde van het aangaan van de lening moet worden getoetst of de terugbetalingsverplichting reëel is. Alleen als dan al duidelijk blijkt dat de lening (deels) niet terugbetaald kan worden is sprake van een onttrekking.⁷⁹

Wanneer een niet toegestaan afwaarderingsverlies op een lening met een onzakelijk debiteurenrisico wel een kapitaalstorting zou vormen, zoals onder andere door Peeters, Engelen en Van Scharrenburg betoogd,

⁷⁸ W.F.E.M. Egelie, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, NTFR 2008/2375.

⁷⁹ HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64; “ [...] ten tijde van het verstrekken van de lening duidelijk moet zijn geweest dat de moedermaatschappij in een zodanige financiële positie verkeerde dat zij de van belanghebbende ontvangen lening niet zou kunnen terugbetalen en dat dientengevolge het bedrag van de lening, voorzover dit uitging boven de rekening-courantschuld van belanghebbende aan de moedermaatschappij, als een onttrekking moet worden aangemerkt.”

dan zou dit verlies uiteindelijk alsnog (door ophoging van het opgeofferd bedrag) via de liquidatieverliesregeling genomen kunnen worden door de crediteur. Dit lijkt mij inderdaad gewenst, de crediteur kan zijn verlies dan nemen via de liquidatieverliesregeling wanneer dit verlies geweigerd wordt bij de winstbepaling. Het is echter maar de vraag of naar huidige stand van het recht de mogelijkheid bestaat om het verlies te nemen in de liquidatieverliesregeling. Voor doorwerking van een afwaarderingsverlies naar de liquidatieverliesregeling moet namelijk wel sprake zijn van een definitieve vermogensverschuiving in de kapitaalsfeer. Als dit niet het geval is, kwalificeert de mutatie niet als een winstuitdeling of storting informeel kapitaal en beïnvloedt het ook de liquidatieverliesregeling niet. Beoordeeld dient dus te worden of het afwaarderen van een vordering wel of niet leidt tot een definitieve vermogensverschuiving. Hierna zal ik de meest voorkomende situaties waarin een vordering wordt afgewaardeerd bespreken en beoordelen of een storting of onttrekking plaatsvindt:

Liquidatie

Allereerst de situatie waarbij de crediteur een lening met een onzakelijk debiteurenrisico heeft verstrekt en de debiteur wordt geliquideerd. De vraag komt op wat de gevolgen zijn met betrekking tot de vordering in geval van liquidatie. Inmiddels is duidelijk dat een afwaarderingsverlies op de vordering ten laste van de winst niet toegestaan is. In het zogenoemde Fokker II arrest⁸⁰ oordeelde de Hoge Raad dat een debiteur niet door zijn faillissement wordt bevrijd van zijn schulden, ook niet na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. Met andere woorden de schulden blijven bestaan en derhalve vindt er geen definitieve vermogensverschuiving plaats van crediteur naar debiteur. Om met de woorden van de Hoge Raad te spreken:

“[Een, RK] vermogensvermeerdering doet zich echter niet voor indien, [...], de ondernemer is komen te verkeren in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en daarom in staat van faillissement is verklaard. Een debiteur wordt immers niet reeds door zijn faillissement bevrijd van zijn schulden, ook niet na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst.”⁸¹

In geval van liquidatie kan dus in beginsel niet gesproken worden van een (informele) kapitaalstorting die plaatsvindt ten tijde van de liquidatie. Het opgeofferd bedrag wordt dientengevolge niet verhoogd. Het verlies op de lening met onzakelijk debiteurenrisico kan dus ook niet via het liquidatieverlies worden genomen. Deze uitkomst is niet gewenst, maar wel het gevolg van systematische toepassing van de door de Hoge Raad gekozen behandeling van een lening met een onzakelijk debiteurenrisico. Had de Hoge

⁸⁰ HR 18 oktober 2002, nr. 37 413 (Fokker II), BNB 2003/44.

⁸¹ HR 18 oktober 2002, nr. 37 413 (Fokker II), BNB 2003/44, r.o. 3.2.2.

Raad er voor gekozen bij het aangaan van de lening met een onzakelijk debiteurenrisico de kapitaalstorting vast te stellen dan had toepassing van de liquidatieverliesregeling tot het gewenste resultaat geleid.

In een recente zaak, die inmiddels voorligt bij de Hoge Raad, stelt belanghebbende zich op het standpunt dat op basis van een redelijke wetstoepassing het mogelijk moet zijn het opgeofferd bedrag te verhogen met het niet toegestane afwaarderingsverlies op een lening met een onzakelijk debiteurenrisico. Rechtbank Arnhem oordeelde in deze zaak dat een redelijke wetstoepassing met zich meebrengt dat het verlies op de lening tot het opgeofferde bedrag van de deelneming moet worden gerekend, omdat dat in overeenstemming is met doel en strekking van de liquidatieverliesregeling.⁸² In hoger beroep oordeelde Hof Arnhem echter dat dit een onjuist oordeel was.⁸³ De geldverstrekking dient aangemerkt te worden als geldlening en is nadien niet gebruikt als kapitaalstorting. Bovendien is het afwaarderen van de geldlening evenmin aan te merken als storting van kapitaal, omdat geen vermogensverschuiving optreedt, aldus het Hof. Aan de liquidatieverliesregeling wordt door het Hof niet toegekomen omdat geen sprake is van een kapitaalstorting.

Op het eerste oog heeft het Hof mijns inziens terecht het verlies als gevolg van een afwaardering op een lening met een onzakelijk debiteurenrisico buiten het bereik van de liquidatieverliesregeling gehouden. Er is immers geen sprake van een kapitaalstorting ten tijde van de afwaardering en derhalve dient het afwaarderingsverlies niet in aanmerking te worden genomen bij de liquidatieverliesregeling door ophoging van het opgeofferd bedrag. Wel ben ik van mening dat het resultaat van deze uitspraak onbevredigend is. De verstrekker van een lening met een onzakelijk debiteurenrisico wordt op deze manier namelijk slechter behandeld dan de eigen vermogensverschaffer en de vreemd vermogensverschaffer. Een eigen vermogensverschaffer kan zijn verlies nemen via de liquidatieverliesregeling, de vreemd vermogensverschaffer kan een afwaarderingsverlies ten laste van zijn winst nemen, maar de verstrekker van een lening met een onzakelijk debiteurenrisico kan zijn verlies nergens nemen. Dit probleem ligt echter mijns inziens niet in de liquidatieverliesregeling, maar moet worden gezocht in de op het eerste oog misschien praktische oplossing, maar mijns inziens onhandige oplossing van de Hoge Raad, om het om aandeelhoudersmotieven aanvaardde debiteurenrisico pas in aanmerking nemen bij een eventueel afwaarderingsverlies. De omvang van het debiteurenrisico dat wordt aanvaard om aandeelhoudersmotieven kan echter niet gelijkgesteld worden met een toekomstige

⁸² Rechtbank Arnhem, 22 januari 2009, nr. 07/3274, V-N 2009/28.8

⁸³ Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00075 en nr. 09/00077.

afwaardering. De vermogensverschuiving vindt namelijk feitelijk plaats op het moment dat de crediteur het onzakelijke debiteurenrisico op zich neemt, dat wil zeggen ten tijde van het aangaan van de lening. Op dat moment zou de omvang van de kapitaalstorting vastgesteld moeten worden en kan eveneens het opgeofferd bedrag worden verhoogd. Hof Arnhem is voorbij gegaan aan de informele kapitaalstorting die op dat moment mijns inziens wel degelijk plaatsvond.

De in eerdere jurisprudentie klaarblijkelijk doorslaggevende reden van de Hoge Raad dat het vanuit praktisch oogpunt beter is om aan te knopen bij de uiteindelijke afwaardering van de vordering is in geval van de liquidatieverliesregeling in ieder geval niet altijd praktisch en duidelijk gebleken zo toont bovenstaande zaak aan. In het huidige door de Hoge Raad geschapen systeem is ten tijde van de kapitaalstorting of winstuitdeling is de omvang onbekend (moment van leningverstrekking) en wanneer in een later stadium de omvang vaststaat (moment van afwaardering) is geen sprake van een kapitaalstorting of winstuitdeling. Op dit moment is het belastingplichtigen in ieder geval aan te raden om voor liquidatie een lening met een onzakelijk debiteurenrisico om te zetten in kapitaal teneinde binnen het bereik van de liquidatieverliesregeling te komen. Bovendien kan steun worden gezocht in een recente uitspraak van Hof Amsterdam waarin het Hof, overigens ten overvloede, tot het oordeel kwam dat het bedrag van de niet-aftekbare afwaardering (tijdelijk) het opgeofferde bedrag verhoogt.⁸⁴ Kortom, het is afwachten welke kant de Hoge Raad in deze zaken op zal gaan. In hoofdstuk 6 zal ik overigens ingaan op een alternatief waarbij de kapitaalstorting ten tijde van de aanvaarding van het onzakelijke debiteurenrisico bepaald wordt. Dit zal onder andere leiden tot een bevredigender uitkomst, de crediteur kan zijn verlies kwijt in de liquidatieverliesregeling, zonder dat hiervoor een beroep op redelijke wetstoepassing in de liquidatieverliesregeling noodzakelijk is.

Verkoop vordering

In geval van verkoop van een vordering met een onzakelijk debiteurenrisico dient zich hetzelfde probleem aan als bij liquidatie van de debiteur. Wanneer de debiteur een dergelijke vordering verkoopt zal de waarde economisch verkeer onder de nominale waarde liggen vanwege het debiteurenrisico. Bij de verkoop van de vordering zal dus een verlies ontstaan, de boekwaarde is immers hoger dan de waarde economisch verkeer, dat niet aftrekbaar is van de winst.⁸⁵ Van een kapitaalstorting kan geen sprake zijn aangezien er geen vermogensvermeerdering optreedt bij de debiteur, de terugbetalingsverplichting blijft bestaan voor de gehele hoofdsom. Ook hier ligt het probleem mijns inziens bij de kwalificatie van de

⁸⁴ Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01224, NTFR 2011/943.

⁸⁵ Doordat geen afwaardering ten laste van de winst heeft plaatsgevonden, vinden artikel 13b en 13ba Wet VPB geen toepassing.

lening met een onzakelijk debiteurenrisico zelf en in hoofdstuk 6 zal ik proberen tot een geschikter alternatieve behandeling te komen.

In bovenstaande situaties is geen sprake van een definitieve vermogensverschuiving. Hieronder behandel ik de (mij bekende) situaties waarbij mijns inziens de vermogensverschuiving wel definitief is.

Kwijtschelding en verjaring

Bij zowel kwijtschelding in de zin van 6:160 BW als verjaring in de zin van 3:307 BW blijft de terugbetalingsverplichting juridisch niet meer bestaan. Een geldvordering verjaart 5 jaar nadat de vordering opeisbaar is geworden. Hierdoor wordt de vermogensverschuiving van crediteur naar debiteur definitief. Als we er vanuit gaan dat dit om aandeelhoudersmotieven is gedaan en beide partijen zich hiervan bewust waren dan is sprake van een kapitaalstorting. Door een verhoging van het opgeofferd bedrag kan de aandeelhouder, ofwel crediteur, zijn verlies nemen via de liquidatieverliesregeling. Let wel, mocht eventueel een deel van de kwijtschelding wel als zakelijk zijn aan te merken dan zal geen sprake zijn een handelen in de kapitaalsfeer, maar zal mogelijk de kwijtscheldingswinstvrijstelling van toepassing kunnen zijn op de debiteur.

Inbreng in kapitaal

Zoals eerder aangegeven is het belastingplichtigen aan te raden om eventuele leningen met een onzakelijk debiteurenrisico voor liquidatie om te zetten in kapitaal teneinde van de liquidatieverliesregeling gebruik te kunnen maken. Vanzelfsprekend is in deze situatie sprake van een definitieve vermogensverschuiving. De vraag is wat bij een onvolwaardige vordering die als (informeel) kapitaal wordt ingebracht de waarde van de kapitaalstorting is. Volgens vaste jurisprudentie moet dit beoordeeld worden op het moment dat de vermogensverschuiving optreedt, of terwijl ten tijde van de omzetting van de vordering in kapitaal.

Enerzijds zou men kunnen betogen dat de omvang van de kapitaalstorting de nominale waarde van de vordering is. De terugbetalingsverplichting van het nominale bedrag is immers komen te vervallen en dit is de omvang van de bevoordeling van de debiteur. Anderzijds kan men betogen dat de omvang van de kapitaalstorting de actuele waarde van de vordering is. De verarming van de crediteur is immers ter grootte van de zakelijke prijs die de crediteur voor de onvolwaardige vordering had kunnen bedingen. In dergelijke gevallen dient de crediteur, alvorens de kapitaalstorting plaatsvindt, de vordering af te waarderen naar waarde economisch verkeer. Het zal duidelijk zijn dat het hieruit voortvloeiende afwaarderingsverlies niet ten laste van winst kan worden gebracht.

De Hoge Raad⁸⁶ heeft op 10 maart 1993 reeds beslist dat in geval van inbreng van een vordering de omvang van de kapitaalstorting bepaald dient te worden op de nominale waarde van de schuld. In deze zaak kocht een BV een deelneming die in staat van faillissement verkeerde en kocht tevens voor 1 gulden een waardeloze vordering op die deelneming. Vervolgens werd door BV de vordering ingebracht in de deelneming. Het Hof overwoog dat de inbreng van de vordering uitsluitend was verricht vanwege aandeelhoudersmotieven, te weten het versterken van de vermogenspositie van de debiteur. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat bij de beoordeling van de omvang van de informele kapitaalstorting dient te worden uitgegaan van de nominale waarde, zijnde het bedrag van de schuld waarvan belanghebbende als debiteur wordt bevrijd.⁸⁷

Normaliter zal een afwaarderingsverlies dat in aftrek is gebracht verlies op grond van artikel 13b VPB toegevoegd worden aan de winst in het jaar van omzetting. In bovenstaande zaak was hier echter geen sprake van omdat het afwaarderingsverlies in voorgaande jaren niet ten laste van de winst van de BV was gekomen. Dit leidde in deze casus naar mijn mening tot het ongewenste resultaat dat de BV feitelijk geen verlies heeft geleden op de vordering, met andere woorden (bijna) niks heeft opgeofferd, maar toch een informele kapitaalstorting ter grootte van het nominale bedrag van vordering in aanmerking mag nemen. Dientengevolge wordt het opgeofferd bedrag met eenzelfde bedrag opgehoogd en kan BV een verlies nemen via de liquidatieverliesregeling.

Op basis van bovenstaande kan in elk geval gesteld worden dat het omzetten van een lening onder onzakelijke voorwaarden in kapitaal leidt tot een verhoging van het opgeofferd bedrag in de liquidatieverliesregeling. Doordat het opgeofferd bedrag verhoogd wordt met de nominale waarde van de lening is het voor belastingplichtigen om het verlies op de vordering in elk geval eenmaal te nemen. Dit lijkt mij een gewenste behandeling van verliezen op leningen onder onzakelijke voorwaarden.

4.3.2 Bijzondere omstandigheden

Een lening met onzakelijke voorwaarden hoeft mogelijk niet altijd gecorrigeerd te worden naar arm's length condities. De Hoge Raad maakt in BNB 2008/191 een uitzondering voor bijzondere omstandigheden. Het is mij echter volkomen onduidelijk wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld met

⁸⁶ HR 10 maart 1993, nr. 25 508, BNB 1993/237.

⁸⁷ Zie in dit verband ook HR 26 april 1978, nr. 18 402, BNB 1978/140.

bijzondere omstandigheden waarbij kennelijk het debiteurenrisico toch voor rekening van belastingplichtige mag komen, als een derde dat debiteurenrisico niet zou aanvaarden.

Mijns inziens bestaat geen ruimte voor de hiervoor genoemde bijzondere omstandigheden. In BNB 2008/191 overweegt de Hoge Raad in eerste instantie immers dat *alle* omstandigheden moeten worden meegewogen bij de vraag of er sprake is van een debiteurenrisico dat een derde zou accepteren. Waarom maakt de Hoge Raad in hetzelfde arrest dan toch een voorbehoud ten aanzien van bijzondere omstandigheden? Engelen en Van Scharrenburg merken hierover op dat hen na vele overpeinzingen nog steeds niet duidelijk is onder welke bijzondere omstandigheden moet worden aangenomen dat het debiteurenrisico niet is aanvaard (door of) ten behoeve van de aandeelhouder, indien vaststaat dat een onafhankelijke derde de lening niet, dan wel niet tot hetzelfde bedrag zou hebben verstrekt.⁸⁸ In de literatuur wordt onder andere door Egelie als bijzondere omstandigheid gewezen op een andere relatie naast de aandeelhoudersrelatie, zoals leverancier/afnemer, waaruit zou kunnen voortvloeien dat het debiteurenverlies toch in de belaste sfeer valt.⁸⁹ Een onafhankelijke derde zou bijvoorbeeld als leverancier ook een lening zonder zekerheden willen verstrekken, omdat hij een zakelijk belang heeft bij het blijven voortbestaan van de debiteur, aldus Egelie. Ik betwijfel of dit juist is, aangezien de mogelijk andere relatie geen bijzondere omstandigheid is, maar ‘gewoon’ onderdeel uitmaakt van de omstandigheden waaronder de voorwaarden zijn overeengekomen. Een bijzondere omstandigheid wordt dus altijd meegenomen en de toevoeging ‘bijzondere omstandigheden’ komt geen zelfstandige betekenis toe in mijn ogen. De A-G verwijst in zijn conclusie van 14 juli 2010⁹⁰ alleen naar literatuur die ingaat op ‘bijzondere omstandigheden’, maar geeft zelf geen oordeel over de vraag wanneer er nu sprake kan zijn van dergelijke bijzondere omstandigheden.

Peeters⁹¹ schrijft in zijn artikel van 2 december 2010 dat rechtbank Breda in zijn uitspraak van 8 februari 2010 mogelijk op een bijzondere omstandigheid doelt. Het gaat om de situatie waarbij de crediteur (X) een lening verstrekt aan een dochtermaatschappij (Y) en de dochtermaatschappij vervolgens doorleent aan een onafhankelijke derde (A). De rechtbank oordeelt dat *“Niet valt in te zien waarom de leningen van (X) aan (Y) niet zakelijk zouden zijn en de doorleningen van (Y) aan (A) wel”*. Dit is in mijn ogen een onjuiste

⁸⁸ Engelen en Van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705. In dezelfde zin Egelie, 15 mei 2008, NTFR 2008/902 in onderdeel 5 van zijn commentaar op het arrest.

⁸⁹ W.F.E.M. Egelie, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, NTFR 2008/2375.

⁹⁰ Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, CPG 08/05323, V-N 2010/40.26, onderdeel 4.8.

⁹¹ P.J.J. M. Peeters, De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 - Openstaande rechtsvragen, WFR 2010/1510.

conclusie. Met betrekking tot de lening tussen X en Y kan nog steeds een onzakelijk debiteurenrisico aanwezig zijn. Zou een onafhankelijke derde geen pandrecht willen vestigen op de vordering ontstaan na doorlening? Bovendien maakt één volwaardige vordering als bezitting bij Y, Y nog niet meteen een kredietwaardige debiteur. Met andere woorden ook als A de schuld aan Y kan voldoen zijn er situaties denkbaar waarbij Y niet kan voldoen aan de terugbetalingsverplichting ten opzichte van X. Kortom de zekerheden bedongen tussen een doorlener en een onafhankelijke derde betekenen niet automatisch het niet aanwezig zijn van voldoende zekerheid (ofwel een aanvaardbaar debiteurenrisico) tussen de geldverstrekker en de gelieerde doorlener. De doorlening heeft uiteraard wel invloed op de winstprognoses en kan derhalve wel een positieve bijdrage leveren aan de kredietwaardigheid van de debiteur. Bovendien kan ik mij voorstellen dat in zuivere doorstroomsituaties geen (substantieel) risico ontstaat door tussenschakeling van een lichaam. Peeters betoogt in zijn artikel dat de transacties gezamenlijk beoordeeld mogen worden op grond van het auto-importeurarrest⁹². Ik deel deze opvatting niet als het gaat om de beoordeling van de (on)zakelijkheid van de leningsvoorwaarden. Dat de transacties gecombineerd beschouwd een zakelijk motief opleveren betekent mijns inziens niet dat automatisch de vormgeving van de afzonderlijke overeenkomsten ook zakelijk is. Zoals gezegd kan ik mij dit wel voorstellen bij zuivere doorstroomvennootschappen, maar ik zou dit zeker niet algemene regel willen zien. Mijns inziens zullen de voorwaarden per transactie afzonderlijk beoordeeld moeten worden, aangezien de overige activiteiten van het tussen geschakelde lichaam invloed kunnen hebben op de kredietwaardigheid. Het feit dat sprake is van doorlening is niet meer dan een omstandigheid die meegewogen dient te worden bij het toetsen op (on)zakelijkheid van de voorwaarden die van toepassing zijn op lening aan Y..

4.4 *Lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven*

Volgens Van der Breggen kan een lening op grond van het arm's length beginsel, in het bijzonder paragraaf 1.37 OESO-richtlijnen, als kapitaal worden aangemerkt.⁹³ Ook Peeters betoogt dat indien de voorwaarden van de transactie (in casu geldverstrekking) afwijken van wat ook tussen onafhankelijke derden zou zijn overeengekomen en het resultaat is daardoor niet at arm's length, eerst worden bezien of met een aanpassing van de voorwaarden de resultaten wel at arm's length te maken zijn. Als dat niet lukt, kan mogelijk (geheel of ten dele) herkwalficeren of negeren van de feitelijke transactie nodig zijn. Dit speelt - in extreme gevallen - als volstrekt duidelijk is dat tussen onafhankelijke derden in het onderhavige geval nimmer een lening (tot die omvang) tot stand zou (kunnen) komen én bovendien geen arm's-

⁹² HR 28 juni 2002, nr. 36 446 (auto-importeurarrest), BNB 2002/343.

⁹³ M.E.P. van der Breggen, Transfer-pricingaspecten van leningen verstrekt binnen de groep: een nadere beschouwing, WFR 2006/739.

lengthvoorwaarden gevonden c.q. toegepast kunnen worden. Peeters ontleent dit net als Van der Breggen aan de OESO-richtlijnen.⁹⁴

Terecht merken Van der Breggen en Peeters op dat op basis van de OESO-richtlijnen de mogelijkheid bestaat om onder omstandigheden een lening te herkwalficeren als kapitaal. Echter zoals in paragraaf 3.2.2. al is aangegeven, maken de OESO-richtlijnen niet rechtstreeks deel uit van de Nederlandse wet- en regelgeving, zij vormen een ‘gezaghebbende bron’, aldus de Staatssecretaris.⁹⁵ Derhalve kan herkwalficatie op basis van bepalingen opgenomen in OESO verband niet zelfstandig toegepast worden. Herkwalficatie zou in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Ik kan mij dan ook niet vinden in het standpunt van Van der Breggen en Peeters, al sluit ik niet uit dat in de toekomst wel de mogelijkheid bestaat om op basis van vastleggingen in OESO verband de mogelijkheid bestaat voor de fiscus om te kunnen herkwalficeren. De Hoge Raad of de wetgever zal zich echter eerst expliciet moeten uitlaten over het feit dat deze bepalingen rechtstreeks doorwerken naar het Nederlandse recht.

De benadering uit de OESO-richtlijnen is overigens zeker niet vreemd te noemen. Er zijn immers zeer goed situaties voor te stellen, waarbij enkel en alleen een aandeelhouder een lening zou willen verstrekken. In dit verband is het interessant dat Van der Geld, niet op basis van OESO-vastleggingen maar op basis van jurisprudentie, niet uitsluit dat, naast de in BNB 1988/217 geformuleerde uitzonderingen, ook sprake zou kunnen zijn van een informele kapitaalstorting indien de lening zodanig groot is dat die door een derde niet zou worden verstrekt. Een dergelijke rechtsontwikkeling zou volgens hem ook passen in de lijn van BNB 1960/3 en BNB 1963/293, waarin de Hoge Raad ook besliste dat een aandeelhouder qua prijs nog zo zakelijk kan handelen, maar dat sommige transacties zich blijkbaar niet goed met derden laten denken.⁹⁶

Wellicht dat zoals ook door Peeters is opgemerkt HR 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265, hiervoor aanknopingspunten biedt. In rechtsoverweging 3.2. overweegt de Hoge Raad namelijk dat:

"Als ter zake van het prijsgeven geen of een te lage prestatie is bedongen van de dochtermaatschappij, en zulks berust op onzakelijke overwegingen, moet de winst van de moedermaatschappij dienovereenkomstig worden gecorrigeerd. Indien echter het prijsgeven zelf van dat recht slechts kan worden aangemerkt als

⁹⁴ P.J.J. M. Peeters, 16 december 2010, De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 3 – At arm's length, WFR 2010/1580.

⁹⁵ Kamerstukken II, 28034, nr. 5, blz. 48.

⁹⁶ Vergelijk HR 15 november 1995, nr. 30 408, BNB 1996/51 (m.nt. Van der Geld).

een handelen van de aandeelhouder als zodanig, is sprake van een handelen in de kapitaalsfeer, hetgeen meebrengt dat het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed hebben op de fiscale winst."

De Hoge Raad oordeelde hier inderdaad dat als een handelen slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouder als zodanig, dit handelen de winstbepaling niet mag raken. De vraag is wanneer bij een geldverstrekking sprake is van een verstrekking die slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouder als zodanig. Bovendien moet dit ten tijde van het aangaan van de overeenkomst worden getoetst. Mij komt het voor dat dit het geval is wanneer een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn geweest een lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken *én* dit redelijkerwijs voor de fiscale winstbepaling niet te corrigeren is op basis van het at arm's length beginsel.⁹⁷ Een dergelijke situatie kan zich voordoen wanneer bijvoorbeeld een lening zonder zekerheidstelling is verstrekt aan de in nood verkerende aandeelhouder. In die situatie was de aandeelhouder/debiteur ten tijde van de verstrekking niet in staat om zekerheden af te geven. Bovendien kon de aandeelhouder/debiteur zich op basis van zijn vermogenspositie en winstprognoses redelijkerwijs geen hogere rentelast veroorloven dan de overeengekomen rente. In een dergelijke situatie zou een onafhankelijke derde nimmer een lening verstrekken met een gelijke hoofdsom, onder dezelfde voorwaarden en tegen dezelfde vergoeding, daarom ligt het mijns inziens in de rede dat dit de fiscale winstbepaling niet zou mogen raken.

Van belang is in dit verband dat in navolging van Ligthart, Egelie opmerkt dat het arrest HR 8 september 2006, BNB 2007/104 met zoveel woorden uitwijst dat een civielrechtelijke lening die niet onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden door of aan een derde zou zijn verstrekt, *niet alleen om die reden* fiscaal als kapitaal moet worden aangemerkt.⁹⁸

Dit lijkt mij een juiste benadering om te voorkomen dat leningen met onzakelijke voorwaarden die wellicht eenvoudig at arm's length te krijgen zijn, geherkwalificeerd zouden worden naar kapitaal. Het sluit echter ook niet uit dat een transactie waarbij slechts sprake kan zijn van aandeelhoudersmotieven niet kan leiden tot een handelen in de kapitaalsfeer.

Mogelijk is inderdaad op basis van BNB 2004/265 en de door Van der Geld aangehaalde jurisprudentie een benadering mogelijk, naast de drie situaties uit BNB 1988/217, die leidt tot het (gedeeltelijk) niet

⁹⁷ Ik denk hier bijvoorbeeld aan de situatie dat een onafhankelijke derde een absurd hoog rentepercentage verlangt van de debiteur en redelijkerwijs niet te verwachten is dat een debiteur dat zou willen betalen.

⁹⁸ W.F.E.M. Egelie, 11 december 2008, De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, NTFR 2008/2375; N.M. Ligthart, De zakelijkheid van een onzakelijk lening, NTFR-B 2008/37.

erkennen van een lening voor de fiscale winstbepaling. Zoals gezegd moet het mijns inziens dan gaan om een lening die onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet zou zijn verstrekt door een onafhankelijke derde *én* het niet mogelijk is om op basis van fiscale correcties de lening at arm's length te krijgen. Ondanks dat ik voorstander ben om de hiervoor genoemde leningen (gedeeltelijk) in de kapitaalsfeer af te wikkelen, is dit mijns inziens echter op basis van huidig recht niet mogelijk. Het door de Hoge Raag geschapen raamwerk staat enkel herkwalificatie van een civielrechtelijke lening naar fiscaalrechtelijk kapitaal toe indien voldaan is aan één van de drie situaties zoals genoemd in BNB 1988/217⁹⁹. In BNB 2001/364¹⁰⁰ vind ik steun voor het standpunt dat deze drie uitzonderingen limitatief zijn.¹⁰¹

4.5 Onzakelijke leningsvoorwaarden “omhoog”, “omlaag” en “opzij”

Dat een lening onder onzakelijke voorwaarden “omhoog”, van dochter aan moedermaatschappij, gecorrigeerd kan worden staat vast op basis van BNB 2008/191. De vraag is of dit arrest ook doorgetrokken kan worden naar leningen “omlaag”, van moeder aan dochtermaatschappij, en leningen “opzij” tussen zustervennootschappen.

In mijn ogen kan op dit punt geen discussie bestaan en dient het arm's length beginsel toegepast te worden op alle leningen tussen gelieerde partijen.¹⁰² Met andere woorden, BNB 2008/191 heeft ook te gelden voor leningen “omhoog” en “opzij”. In deze situaties zal eveneens geen sprake zijn van een onttrekking, in geval van een lening “omhoog”, of een onttrekking gevolgd door een storting via een gezamenlijke moeder in geval van een lening “opzij”, aangezien de terugbetalingsverplichting blijft bestaan ondanks de afwaardering.

Rechtbank Arnhem, Hof Arnhem en Hof Amsterdam bieden in ieder geval steun voor mijn opvatting aangezien het daar ging om een lening “omlaag”.¹⁰³ Tevens is A-G Niessen in een recent verschenen conclusie, in navolging van A-G Wattel, van mening dat een lening onder onzakelijke voorwaarden ook

99 Zoals beschreven in paragraaf 2.3.1 wordt hier bedoeld de schijnlening, ‘bodemloze put’-lening of deelnemerschapslening.

100 HR 10 augustus 2001, nr. 36 662, BNB 364.

101 Zie ook J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, blz. 71 en D.E. van Sprundel en J. van Strien, *Terugkeer naar de Ithaka? De ‘onzakelijke lening’ bij de crediteur – deel 4*, WFR 2011/6902.

102 In dezelfde zin O.C.R. Marres 22 juli 2010, *Aftrek van rente op onzakelijke leningen*, NTFR 2010/1672.

103 Rechtbank Arnhem 29 november 2007, Hof Arnhem 19 november 2008 en 26 oktober 2010, Hof Amsterdam 31 maart 2011, NTFR 2011/943.

“omlaag” kan voorkomen.¹⁰⁴ De Hoge Raad moet echter nog een definitief oordeel geven aangezien door belanghebbenden cassatie is ingesteld. In zijn conclusie bij de zaak van Hof Arnhem heeft A-G Wattel in zijn conclusie gesteld dat BNB 2008/191 ook bij leningen “omhoog” en “opzij” heeft te gelden.¹⁰⁵

Overigens is wel van belang dat de betekenis die kan worden toegekend aan leningsvoorwaarden in bepaalde leenverhoudingen kan verschillen. Wanneer bijvoorbeeld door de moedermaatschappij een lening wordt verstrekt aan de dochter (“omlaag”) dan komt aan de afwezigheid van zekerheden slechts een beperkte betekenis toe. De moedermaatschappij kan vanwege haar doorslaggevende zeggenschap in de dochtermaatschappij bepalen dat eventuele aanwezige activa moeten worden uitgewonnen. Dit betekent echter niet dat de lening met onzakelijke voorwaarden ‘omlaag’ niet bestaat zoals door sommige auteurs wordt beweerd.¹⁰⁶

4.6 *Samenvatting en conclusies*

In dit hoofdstuk is de fiscale behandeling van een lening met een onzakelijk rentepercentage, een lening met een onzakelijk debiteurenrisico en een geldverstrekking die slechts bestaat vanwege de aandeelhoudersrelatie besproken.

De lening met een onzakelijk rentepercentage is redelijk eenvoudig, op grond van het arm’s length beginsel, te corrigeren naar een rente die zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke partijen. De belastingplichtige dient hierbij zorg te dragen voor goede transfer pricing documentatie om aannemelijk te kunnen maken dat sprake is van een zakelijk overeengekomen rente. Als het rentepercentage onzakelijk blijkt te zijn dan wordt winst gecorrigeerd, een zakelijk rentepercentage wordt fiscaal in aanmerking genomen, en het verschil vormt een winstuitdeling of een storting van informeel kapitaal.

Daarnaast kunnen we concluderen dat een onzakelijke lening als bedoeld in BNB 2008/191, door mij een lening met een onzakelijk debiteurenrisico genoemd, ook fiscaalrechtelijk een lening is. Zoals eerder beschreven in hoofdstuk 2 van deze scriptie kan herkwalificatie van een geldverstrekking met de civielrechtelijke vorm van een lening tot kapitaal alleen plaatsvinden indien voldaan is aan één van de drie

¹⁰⁴ Conclusie A-G Niessen, 24 februari 2011, CPG 10/04588, VN-V 2011/72.3. In gelijke zin Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.

¹⁰⁵ Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.

¹⁰⁶ Zie voor lening onder onzakelijke voorwaarden ‘omlaag’ bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem, nr. AWB 09/5690 & AWB 10/4104, FIDA 20112257 en Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01224, NTFR 2011/943. Zie bijvoorbeeld R.P.C. Cornelisse en G.J.W.M. Derckx, De onzakelijke lening (door moeder aan dochter) bestaat niet; wel de onzakelijke investering, WFR 2011/488.

situaties zoals genoemd in BNB 1988/217¹⁰⁷. In gevallen waarin vormgeving van de lening niet leidt tot herkwalificatie van de lening in kapitaal op basis van BNB 1988/217, kan op grond van BNB 2008/191 dus niet worden geconcludeerd dat alsnog sprake is van kapitaal voor fiscale doeleinden. De leningen die tussen gelieerde partijen worden overeengekomen dienen echter wel te geschieden tegen zakelijke voorwaarden. Correcties kunnen daarom op basis van het arm's length beginsel doorgevoerd worden en kunnen met zich meebrengen dat het rentepercentage fiscaal gecorrigeerd dient te worden. Bij een lening met een onzakelijk debiteurenrisico zal renteaanpassing echter niet altijd leiden tot een zakelijke geldlening. De rente zal waarschijnlijk dusdanig hoog worden dat een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn geweest die rente te betalen. Als gevolg daarvan wordt, op basis van huidig recht, onder andere BNB 2008/191, een afwaarderingsverlies op de vordering niet meegenomen in fiscale winstbepaling.

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer de geldverstrekking in de vorm van een lening plaatsvindt en duidelijk is dat dit slechts mogelijk is vanwege aandeelhoudersmotieven. Het moet mijns inziens dan gaan om een lening die onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet zou zijn verstrekt door een onafhankelijke derde *én* het niet mogelijk is om op basis van fiscale correcties de lening at arm's length te krijgen. Het is afwachten of de Hoge Raad naast de drie situaties uit BNB 1988/217 open staat voor de mogelijkheid om ook deze leningen te plaatsen in de kapitaalssfeer. In het licht van het totaalwinstbeginsel lijkt het mij echter juist om wanneer slechts sprake kan zijn van een handelen door de aandeelhouder als zodanig, ook in situaties die niet gedekt worden door BNB 1988/217, te concluderen dat sprake is van een handelen in de kapitaalsfeer. Echter, om een dergelijke herkwalificatie mogelijk te maken zal de Hoge Raad 'om' moeten gaan aangezien de drie uitzondering uit BNB 1988/217 limitatief zijn.

Tot slot heeft het arm's length beginsel te gelden op leningen "omhoog", "omlaag" en "opzij" en derhalve kunnen leningen met onzakelijke voorwaarden zich in alle richtingen voordoen.

107 Zoals beschreven in paragraaf 2.3.1 wordt hier bedoeld de schijnlening, 'bodemloze put'-lening of deelnemerschapslening.

5 Fiscale kwalificatie geldverstrekkingen - debiteur

5.1 *Algemeen*

In dit hoofdstuk zullen twee vragen aan bod komen. Allereerst de vraag of de afwaardering van een vordering door de debiteur invloed heeft op de fiscale behandeling van de schuld bij de debiteur. Daarnaast zal ik bekijken wat de fiscale behandeling is van de rentevergoeding bij de debiteur. Evenals in het voorgaande hoofdstuk zal ik achtereenvolgens de volgende geldverstrekkingen bespreken; lening met een onzakelijk rentepercentage, lening met een onzakelijk debiteurenrisico en een lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven.

5.2 *Lening met een onzakelijk rentepercentage*

Als sprake is van een lening met een onzakelijk rentepercentage en de rentevergoeding wordt gecorrigeerd zoals besproken in paragraaf 4.2 dan zal deze correctie ook doorwerken naar de debiteur. Afhankelijk van de situatie zal eveneens sprake zijn van een informele kapitaalstorting of een verkapte winstuitdeling.

5.3 *Lening met een onzakelijk debiteurenrisico*

Ten aanzien van de debiteur is geen reden om op basis van de huidige jurisprudentie aan te nemen dat correcties doorgevoerd moeten worden wanneer de crediteur zijn vordering afwaardeert. De rente is volledig aftrekbaar, de terugbetalingsverplichting blijft immers bestaan voor de debiteur.¹⁰⁸

Engelen en Van Scharrenburg menen dat het deel van de verschuldigde rente dat betrekking heeft op een mogelijk voordeel dat bestaat uit het niet meer kunnen terugbetalen van de lening, welk voordeel opkomt in de kapitaalsfeer in zoverre moet worden aangemerkt als een verkapte winstuitdeling.¹⁰⁹ Ik kan mij niet vinden in dit standpunt aangezien wanneer een deel van de rente ziet op het debiteurenrisico dit een compensatie is voor het gelopen risico. Deze risicopremie is weliswaar onvoldoende om het volledige debiteurenrisico op zakelijke wijze te compenseren, maar hiermee wordt het onzakelijke debiteurenrisico kleiner. Een zuivere redenering lijkt mij dat in deze situatie het debiteurenrisico eveneens is te scheiden in een deel dat is toe te rekenen aan de kapitaalsfeer en een deel dat is toe te rekenen aan de winstsfeer. De (te kleine) risicopremie, in de vorm van de overeengekomen rente minus de risicovrij rentevoet, zou in dat geval toegerekend moeten worden aan het debiteurenrisico dat om zakelijke redenen is aanvaard, er is immers een compensatie in de vorm van een risicopremie bedongen, en zal dus gewoon aftrekbaar moeten

¹⁰⁸ In dezelfde zin Albert in zijn noot onder het arrest van 9 mei 2008 in BNB 2008/191.

¹⁰⁹ Engelen en Van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705, onderdeel 2.5.

zijn. Juist het feit dat geen vergoeding is overeengekomen voor het resterende deel van het gelopen debiteurenrisico maakt het tot een onzakelijk debiteurenrisico. Bovendien merkt Marres terecht op dat de omstandigheid dat het voor de geldverstrekker onzakelijk is om de risico's op zich te nemen, niet wegneemt dat (i) de geldverstrekking als een lening wordt gekwalificeerd, (ii) dat de schuld voor het geheel op de debiteur drukt, en (iii) dat de debiteur niet in staat is om een laagrentende schuld aan te trekken.¹¹⁰

5.4 *Lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven*

Wanneer de Hoge Raad alsnog besluit om leningen die slechts kunnen bestaan vanwege de aandeelhoudersrelatie te herkwalificeren naar kapitaal dan is het vanzelfsprekend dat de geldverstrekking ook bij de debiteur in de kapitaalsfeer wordt afgewikkeld. Dit betekent eveneens dat de rente het regime van de hoofdsom zal volgen en dus ook wordt afgewikkeld in de kapitaalsfeer. In dat geval kan de debiteur geen renteaftrek claimen bij de fiscale winstbepaling.

Zoals gezegd moet het mijns inziens dan gaan om een lening die onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet zou zijn verstrekt door een onafhankelijke derde *én* het niet mogelijk is om op basis van fiscale correcties de lening at arm's length te krijgen. Het is echter zeer de vraag of de Hoge Raad inderdaad dergelijke transacties buiten de winstfeer wil plaatsen gegeven de waarschijnlijk limitatief opgenomen drie uitzonderingen uit BNB 1988/217.

5.5 *Samenvatting en conclusies*

In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat de fiscale behandeling van rente aan de crediteurzijde wordt gevolgd bij de debiteur. Correcties op een lening met een onzakelijk rentepercentage worden aldus spiegelbeeldig toegepast bij de debiteur. Een afwaarderingsverlies op een lening met een onzakelijk debiteurenrisico dat wordt geweigerd bij de crediteur heeft echter geen gevolgen voor de behandeling van de schuld bij de debiteur. De terugbetalingsverplichting blijft immers bestaan.

Daarnaast ben ik van mening dat een splitsing van de rentevergoeding op een lening met een onzakelijk debiteurenrisico in een risicovrije voet en een risicopremie, zoals voorgesteld door Engelen en Van Scharrenburg, niet kan leiden tot (deels) niet aftrekbaar zijn van de rente. De (te lage) verdisconteerde risicopremie in de rentevergoeding die is bedoeld als compensatie voor het gelopen debiteurenrisico en beperkt hiermee het '*onzakelijke*' deel van het debiteurenrisico. De risicopremie als onderdeel van de

¹¹⁰ O.C.R. Marres 22 juli 2010, Aftrek van rente op onzakelijke leningen, NTFR 2010/1672.

verschuldigde rente is toe te rekenen aan een ‘zakelijk’ debiteurenrisico en blijft volledig aftrekbaar. Bovendien heeft de Hoge Raad enkel het “*debiteurenrisico in zoverre [de belastingplichtige dat; RK] heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen*”.¹¹¹

6 Alternatieve behandeling van geldverstrekkingen

6.1 Verzekeren van het debiteurenrisico

In zijn conclusie voorziet A-G Wattel veel praktische bezwaren bij de fiscale behandeling van de lening met een onzakelijk debiteurenrisico. Achtereenvolgens behandelt hij verschillende benaderingen om tot een praktische en dogmatische oplossing te komen, maar dit lukt hem eigenlijk niet, zo zegt hij zelf.¹¹²

In deze scriptie heb ik een aantal problemen gesignaleerd bij de huidige fiscale behandeling van een lening met een onzakelijk debiteurenrisico. Gegeven het totaalwinst beginsel, dat inhoudt dat alle opbrengsten die opkomen buiten de onderneming de fiscale winstbepaling niet mogen raken, zou het debiteurenrisico dat de aandeelhouder als zodanig aanvaardt in de kapitaalsfeer moeten worden afgewikkeld. De huidige benadering van de Hoge Raad plaatst het onzakelijke debiteurenrisico dat zich uiteindelijk realiseert buiten de winstsfeer. Het onzakelijke debiteurenrisico dat uiteindelijk wordt gerealiseerd is echter niet per definitie, ik zou eerder zeggen bijna nooit, gelijk aan het debiteurenrisico dat is aanvaard om aandeelhoudersmotieven ten tijde van het aangaan van de leningsovereenkomst. Het zou naar mijn idee juist zijn om reeds bij het aangaan van de lening te bepalen hoe groot het onzakelijk aanvaardde debiteurenrisico is en vervolgens dat deel buiten de winstsfeer te houden en af te wikkelen. Dat wil zeggen vaststellen tegen welke vergoeding een derde bereid zou zijn geweest onder dezelfde voorwaarden een lening te verstrekken. Mijns inziens is het wel degelijk mogelijk om het om aandeelhoudersmotieven aanvaardde debiteurenrisico te bepalen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst door een vergelijking te maken met een onafhankelijke derde die de lening zou verstrekken onder dezelfde voorwaarden, maar hierbij tevens een kredietverzekering zou afsluiten. De kredietverzekering zal uitkeren in geval blijkt dat de debiteur de schuld (deels) niet meer kan terugbetalen. Doordat een onafhankelijke derde het debiteurenrisico middels de verzekering heeft afgedekt is het zeer wel denkbaar dat hij bereid is onder dezelfde voorwaarden de lening te verstrekken. In beginsel is dan mijns inziens sprake van een zakelijke lening.

¹¹¹ HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.

¹¹² Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.

Het afsluiten van een kredietverzekering brengt natuurlijk kosten met zich mee. De verzekeringspremie die de crediteur verschuldigd zou zijn geworden aan de verzekeringsmaatschappij zal hij doorgaans proberen af te wentelen op de debiteur. Dit leidt tot een opslag op de risicovrije rentevoet, hierna door mij aangeduid als verzekeringsopslag ofwel risicopremie en resulteert in een hogere rente.

De redenering zou voor leningen met een onzakelijk debiteurenrisico als volgt kunnen zijn. In plaats van het afdekken van het debiteurenrisico bij een verzekeringsmaatschappij heeft de crediteur het debiteurenrisico aanvaard. De vergoeding op de lening zal, onder omstandigheden, vastgesteld dienen te worden op de risicovrije rentevoet plus de verzekeringsopslag, deze vergoeding moet in aanmerking worden genomen voor de fiscale winstbepaling bij zowel de crediteur als debiteur. De om aandeelhoudersmotieven niet berekende verzekeringsopslag vormt een informele kapitaalstorting in de vennootschap dan wel verkapte winstuitdeling aan de aandeelhouder vanwege het om aandeelhoudersmotieven aanvaardde debiteurenrisico. Een onafhankelijke derde zou immers de verzekeringspremie hebben doorberekend aan de debiteur, de debiteur is dus bevoordeeld door de crediteur. Op deze manier is het wel degelijk mogelijk om ten tijde van het aangaan te bepalen wat de omvang van het debiteurenrisico is, namelijk de in totaal verschuldigde verzekeringspremie. Door het debiteurenrisico te abstraheren van de overige omstandigheden waaronder de lening is aangegaan kan de zakelijke vergoeding, als rentecomponent, op relatief eenvoudige wijze aan het debiteurenrisico worden toegerekend. De crediteur waardeert de lening overigens in principe op het nominale bedrag, aangezien sprake is van een volwaardige lening. Mocht in de toekomst een afwaardering plaatsvinden dan kan deze gewoon ten laste van de winst plaatsvinden, de lening is immers at arm's length door het in aanmerking nemen van een verzekeringsopslag in de rentevergoeding voor fiscale doeleinden.

De huidige benadering van de Hoge Raad om aan te knopen bij de uiteindelijke afwaardering van de vordering brengt ook problemen met zich mee in de liquidatieverliesregeling zo bleek in paragraaf 4.3.1. Door de verzekeringsopslag als rentecomponent te bepalen is ten tijde van het aangaan van de overeenkomst duidelijk wat de informele kapitaalstorting is ten aanzien van het om onzakelijke redenen aanvaardde debiteurenrisico. Op dat moment kan dus eveneens het opgeofferd bedrag verhoogd worden. Resultaat is dat crediteur door de ophoging van het opgeofferd bedrag een hoger liquidatieverlies heeft vanwege een debiteurenrisico waar geen adequate vergoeding, in de vorm van een rentecomponent voor is bedongen.

Op basis van de verzekeringsmethode kan mijns inziens praktisch, maar ook in lijn met het totaalwinst beginsel, invulling gegeven worden aan de fiscale behandeling van een onzakelijk debiteurenrisico. In beginsel zou mijns inziens een prijsaanpassing middels een risico opslag kunnen bewerkstelligen dat sprake is van een lening onder zakelijke voorwaarden. Het staat belastingplichtigen uiteraard vrij om op andere wijze aan te tonen dat een zakelijke tegenprestatie is bedongen voor het aanvaarde debiteurenrisico. Er komt mijn inziens echter wel een moment dat de verzekeringspremie om het debiteurenrisico te kunnen afdekken dusdanig hoog is dat het redelijkerwijs niet denkbaar is dat een dergelijke transactie zou kunnen plaatsvinden in derdeverhoudingen. Enerzijds loopt de crediteur een ontzettend hoog risico in die situatie (al kan worden betoogd dat als de rente hoog genoeg is altijd een derde te vinden is die de lening wil verstrekken), anderzijds zal de financieringslast bij de debiteur zo hoog zijn dat redelijkerwijs niet te verwachten is dat een debiteur een lening onder die voorwaarden zou aangaan. In die gevallen is sprake van een lening die onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet zou zijn verstrekt door een onafhankelijke derde *én* het niet mogelijk is om op basis van fiscale correcties de lening at arm's length te krijgen. Slechts de aandeelhouder als zodanig zou een dergelijke lening willen verstrekken en dus is mijns inziens sprake van een handelen in de kapitaalsfeer reeds ten tijde van de geldverstrekking.¹¹³ De Hoge Raad zou er goed aan doen om naast BNB 1988/217 ruimte te bieden voor een dergelijke herkwalificatie en de huidige drie uitzonderingen niet langer als limitatief te beschouwen. Op basis van huidig recht lijkt een dergelijke lening niet in de kapitaalsfeer te kunnen worden geplaatst.

¹¹³ HR 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265.

7 Conclusies en aanbevelingen

In deze scriptie is de problematiek rondom geldverstrekkingen tussen gelieerde partijen, in het bijzonder leningen aangegaan onder onzakelijke voorwaarden, uiteengezet.

De problematiek richt zich in feite op de correcte vaststelling van de totaalwinst van een onderneming, waarbij onzakelijk handelen geëlimineerd dient te worden.

Voor fiscale doeleinden kan een vermogensverstrekking gekwalificeerd worden als eigen vermogen of vreemd vermogen. Dit onderscheid is van belang, omdat de fiscale behandeling tussen beide vormen van vermogen verschilt. Het resultaat en de vergoeding betaald op ter beschikking gesteld vreemd vermogen beïnvloedt de winstbepaling. Dit in tegenstelling tot het resultaat en de vergoeding betaald op ter beschikking gesteld eigen vermogen dat afgewikkeld wordt in de kapitaalsfeer.

Vastgesteld is dat voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie in beginsel de civielrechtelijke vorm van de vermogensverstrekking gevolgd wordt. Ondanks dat de Hoge Raad in de toekomst mogelijk (nog) meer gewicht zal toekennen aan de economische werkelijkheid dan aan de juridische vorm acht ik de kans dat de Hoge Raad niet langer een formeel criterium als uitgangspunt zal nemen zeer klein. De juridische vorm is het makkelijkste vast te stellen en dit komt de rechtszekerheid ten goede. Bovendien komen de juridische vorm en de economische werkelijkheid meestal overeen waardoor men zich af moet vragen of het doorbreken van het huidige kader wenselijk is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid. De verwerking van vermogensverstrekkingen in het jaarrekeningenrecht kan wellicht een alternatieve benadering zijn, maar in zijn algemeenheid moet niet uit het oog verloren worden dat het jaarrekeningenrecht en het fiscale recht een ander doel voor ogen hebben. In dit verband verdient het nog steeds de voorkeur om in beginsel bij de civielrechtelijke kwalificatie aan te knopen in plaats van de kwalificatie op basis van het jaarrekeningenrecht.

Zoals gezegd wordt fiscaalrechtelijk in beginsel een geldverstrekking als vreemd vermogen aangemerkt, indien deze geldverstrekking civielrechtelijk de vorm van een geldlening heeft. Op deze hoofdregel bestaan drie uitzonderingen, namelijk wanneer sprake is van een schijnlening, een bodemlozeputlening of een deelnemerschapslening. Op basis van de jurisprudentie blijkt dat enkel in die drie gevallen sprake is van een geldlening (vreemd vermogen), die fiscaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als kapitaal (eigen vermogen). Is geen sprake van één van deze geldleningen en is een (voorwaardelijke) terugbetalingsverplichting aanwezig, dan is voor fiscale doeleinden sprake van een “echte” geldlening.

Een “echte” geldlening kan echter zijn aangegaan onder onzakelijke voorwaarden. Indien duidelijk is dat een onafhankelijke derde de geldlening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet zou hebben verstrekt dan is sprake van een lening onder onzakelijke voorwaarden¹¹⁴. In de literatuur is veel discussie ontstaan over de vraag welke factoren een geldlening onzakelijk maken en of dan sprake is van vreemd of eigen vermogen voor fiscale doeleinden. Deze discussie heb ik getracht af te bakenen en te verwoorden in mijn probleemstelling:

“Hoe wordt een lening aangegaan onder onzakelijke voorwaarden bij zowel de crediteur als de debiteur fiscaal behandeld? Is deze behandeling in overeenstemming met de totaalwinst-gedachte of moet een dergelijke lening op een andere wijze behandeld worden? Zo ja, op welke manier?”

De lening aangegaan onder onzakelijke voorwaarden is door mij opgedeeld in leningen met een onzakelijk rentepercentage, leningen met een onzakelijk debiteurenrisico en een lening die slechts bestaat vanwege aandeelhoudersmotieven.

De lening met een onzakelijk rentepercentage is redelijk eenvoudig, op grond van het arm's length beginsel, te corrigeren naar een rente die zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke partijen. Als het rentepercentage onzakelijk blijkt te zijn dan wordt winst gecorrigeerd, een zakelijk rentepercentage wordt fiscaal in aanmerking genomen, en het verschil vormt een winstuitdeling of een storting van informeel kapitaal.

Daarnaast kunnen we concluderen dat een onzakelijke lening als bedoeld in BNB 2008/191, door mij een lening met een onzakelijk debiteurenrisico genoemd, ook fiscaalrechtelijk een ‘echte’ lening is. Een lening met onzakelijke voorwaarden vormt dus geen afzonderlijke categorie naast informeel kapitaal en verkapt dividend. Zoals eerder beschreven in hoofdstuk 2 van deze scriptie kan herkwalificatie van een geldverstrekking met de civielrechtelijke vorm van een lening tot kapitaal alleen plaatsvinden indien voldaan is aan één van de drie situaties zoals genoemd in BNB 1988/217¹¹⁵. In gevallen waarin vormgeving van de lening niet leidt tot herkwalificatie van de lening in kapitaal op basis van BNB 1988/217, kan op grond van BNB 2008/191 dus niet worden geconcludeerd dat alsnog sprake is van kapitaal voor fiscale doeleinden. Leningen die tussen gelieerde partijen worden overeengekomen dienen echter wel te geschieden tegen zakelijke voorwaarden. Correcties kunnen daarom op basis van het arm's

¹¹⁴ In de literatuur ook vaak aangeduid als ‘onzakelijke lening’.

¹¹⁵ Zoals beschreven in paragraaf 2.3.1 wordt hier bedoeld de schijnlening, ‘bodemloze put’-lening of deelnemerschapslening.

length beginsel worden doorgevoerd en kunnen met zich meebrengen dat het rentepercentage fiscaal dient te worden gecorrigeerd bij een lening met een onzakelijk debiteurenrisico.

Bij een lening met een onzakelijk debiteurenrisico zal renteaanpassing echter niet altijd leiden tot een geldlening met zakelijke voorwaarden. De rente zal mogelijk dusdanig hoog worden dat een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn geweest die rente te betalen. Als gevolg van de het debiteurenrisico dat is aanvaard vanwege aandeelhoudersmotieven wordt naar huidig recht een afwaarderingsverlies op de vordering van de crediteur niet meegenomen in fiscale winstbepaling. Voorsnog heeft de rechter zich nog niet uitgelaten over de fiscale behandeling van rente op dergelijke leningen. Mijns inziens bevindt de rente zich gewoon in de winstsfeer en is deze dus voor de debiteur aftrekbaar ondanks dat sprake kan zijn van een lening met onzakelijke voorwaarden. De daadwerkelijk betaalde rente vormt immers een deel van de zakelijke vergoeding die zou zijn overeengekomen tussen derden.

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer de geldverstrekking in de vorm van een lening plaatsvindt en duidelijk is dat dit slechts mogelijk is vanwege aandeelhoudersmotieven. Het moet mijns inziens dan gaan om een lening die onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet zou zijn verstrekt door een onafhankelijke derde *én* het niet mogelijk is om op basis van fiscale correcties de lening at arm's length te krijgen. Het is afwachten of de Hoge Raad naast de drie situaties uit BNB 1988/217 open staat voor de mogelijkheid om ook deze leningen te plaatsen in de kapitaalssfeer. In het licht van het totaalwinstbeginsel lijkt het mij echter juist om wanneer slechts sprake kan zijn van een handelen door de aandeelhouder als zodanig, ook in situaties die niet gedekt worden door BNB 1988/217, te concluderen dat sprake is van een handelen in de kapitaalsfeer. Op basis van huidig recht lijkt dit echter niet mogelijk.

Het at arm's length beginsel moet gelden op alle leningen tussen gelieerde partijen. Leningen verstrekt onder onzakelijke voorwaarden "omhoog", "omlaag" en "opzij" dienen dus allen at arm's length te zijn en indien nodig voor de winstbepaling gecorrigeerd te worden. Het arm's length beginsel dient te worden uitgelegd als het zakelijkheids criterium zoals dat is ontwikkeld in de jurisprudentie omtrent totaalwinst. Het is weliswaar de Nederlandse pendant van het at arm's length beginsel zoals dat in OESO verband heeft gelden, maar de vastleggingen in OESO verband vormen geen rechtstreeks deel van de Nederlandse wet- en regelgeving. Door de Staatssecretaris zijn deze vastleggingen getypeerd als een gezaghebbende bron waar mede acht op zal worden geslagen. Dit is door mij wenselijk geacht in het licht van zowel de trias politica als op grond van het rechtszekerheidsbeginsel.

In deze scriptie is ook duidelijk geworden dat de huidige benadering van de Hoge Raad ten aanzien van leningen aangaan onder onzakelijke voorwaarden niet alleen onduidelijkheden, maar ook problemen met zich meebrengt. Zo dreigt de situatie te ontstaan dat een verstrekker van een lening met onzakelijke leningsvoorwaarden zijn eventuele verlies op een dergelijke vordering niet ten laste van de winst kan brengen, maar ook niet toe mag voegen aan zijn opgeofferd bedrag in de vorm van een informele kapitaalstorting. Bovendien knoopt de Hoge Raad bij het bepalen van de omvang van een informele kapitaalstorting, naar aanleiding van het verstrekken van lening met onzakelijke voorwaarden, aan bij de toekomstige afwaardering. Dit is mijns inziens onjuist en onpraktisch. Het voordeel dat ontstaat vanwege de aandeelhoudersrelatie dient te worden bepaald ten tijde van de vermogensverstrekking en zal meestal niet gelijk zijn aan de eventuele toekomstige afwaardering. Dit voordeel zal dus niet achteraf, zoals de huidige behandeling is, bepaald dienen te worden, maar meteen ten tijde van de vermogensverstrekking. Daarnaast is de huidige benadering van de Hoge Raad onpraktisch in het licht van de liquidatieverliesregeling waar het risico bestaat de verstrekker van een lening onder onzakelijke voorwaarden het opgeofferd bedrag niet mag verhogen met een bedrag gelijk aan het niet toegestane afwaarderingsverlies en zodoende zowel in de winstsfeer als in de kapitaalsfeer geen verlies kan claimen.

In hoofdstuk 6 heb ik uiteengezet op welke wijze het mijns inziens mogelijk is om de omvang van het voordeel – het aanvaarden van het debiteurenrisico - gelegen in de aandeelhoudersrelatie en dus de informele kapitaalstorting reeds ten tijde van de vermogensverstrekking te bepalen. Dit kan door een verzekeringsopslag te berekenen die nodig zou zijn om het debiteurenrisico af te dekken middels een kredietverzekering. In derdeverhoudingen zou de premie worden doorberekend aan de debiteur via een opslag in de rente. Indien de crediteur dit achterwege laat vanwege zijn aandeelhoudersrelatie met de debiteur, komt de debiteur een voordeel toe ter grootte van de verzekeringspremie. Dit vormt de informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling en is direct bij het afsluiten van de lening te berekenen. Op deze wijze is mijns inziens zowel het voordeel gelegen in de aandeelhoudersrelatie juist te berekenen en voorkomt men problemen bij de afwikkeling van de lening. Een dergelijke benadering past mijns inziens in het totaalwinst begrip in tegenstelling tot de door de Hoge Raad gekozen weg.

8 Jurisprudentie & Literatuurlijst

Jurisprudentie

HR 9 mei 2008, nr. 43 849 ('onzakelijk lening'-arrest), V-N 2008/23.14 en BNB 2008/191.

HR 8 september 2006, nr. 42 015 (Kaspische zeeboringen), BNB 2007/104.

HR 25 november 2005, nr. 40 991, BNB 2006/83.

HR 25 november 2005, nr. 40 989 (Prêt participatif), BNB 2006/82.

HR 17 december 2004, nr. 40 238, BNB 2005/107.

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

HR 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265.

HR 24 oktober 2003, nr. 37 856, BNB 2004/112.

HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJN AE7005.

HR 18 oktober 2002, nr. 37 413 (Fokker II), BNB 2003/44.

HR 28 juni 2002, nr. 36 446 (auto-importeur arrest), BNB 2002/343.

HR 14 juni 2002, nr. 36 453 (Renpaarden-arrest), BNB 2002/290.

HR 10 augustus 2001, nr. 36 662, BNB 2001/364.

HR 14 maart 2001, nr. 35 652, BNB 2001/256.

HR 28 februari 2001, nr. 35 653, BNB 2001/199.

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

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

HR 11 maart 1998, nr. 32 204, BNB 1998/208.

HR 15 november 1995, nr. 30 408, BNB 1996/51.

HR 21 september 1994, nr. 29 356, BNB 1995/16.

HR 21 september 1994, nr. 29 199, BNB 1995/15.

HR 10 maart 1993, nr. 25 508, BNB 1993/237.

HR 7 februari 1990, nr. 26 041, BNB 1990/233.

HR 27 januari 1988, nr. 23 919 (Unilever-arrest), BNB 1988/217.

HR 8 juli 1986, nr. 23 442 (nieuwe kosten arresten), BNB 1986/297.

HR 8 juli 1986, nr. 23 426 (nieuwe kosten arresten), BNB 1986/294.

HR 8 juli 1986, nr. 23 315 (nieuwe kosten arresten), BNB 1986/293.

HR 15 mei 1985, nr. 22 154, BNB 1985/271.

HR 31 mei 1978, nr. 18 230, (Zweedse grootmoederarrest), BNB 1978/252.

HR 26 april 1978, nr. 18 402, BNB 1978/140.

HR 27 juni 1973, nr. 17 146, BNB 1974/187.

HR 1 mei 1968, nr. 15 770, BNB 1968/140.
HR 31 januari 1968, nr. 15 831, BNB 1968/63.
HR 6 februari 1963, nr. 14 890, BNB 1963/99.
HR 3 april 1957, nr. 13 084, BNB 1957/165.
HR 30 december 1954, nr. 11 555, BNB 1954/61.
HR 3 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357.
HR 7 februari 1951, B 8939, BNB 1957/239.

Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2010, CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.
Conclusie A-G Niessen, 24 februari 2011, CPG 10/04588, VN-V 2011/72.3.

Hof Amsterdam, 31 maart 2011, nr. 08/01224, NTFR 2011/943.
Hof Amsterdam, 25 februari 2010, nr. 08/00090, VN 2010/24.12.
Hof Arnhem, 15 maart 2011, 10/00153 & 10/00154, VN-V 2011/83.4
Hof Arnhem, 26 oktober 2010, nr. 09/00075 en nr. 09/00077, VN 2011/4.2.3
Hof Arnhem, 19 november 2008, nr. 08/00035, NTFR 2008/2437.

Rechtbank Haarlem, 27 april 2011, nr. AWB 09/5690 & AWB 10/4104, VN-V 2011/112.6.
Rechtbank Arnhem, 22 januari 2009, nr. 07/3274, V-N 2009/28.8.
Rechtbank Arnhem, 29 november 2007.

Besluiten

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

Kamerstukken

Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3 en nr. 8.
Kamerstukken II, 2000/01, 28 034, nr. 3.

Artikelen

P.G.H. Albert, *Onzakelijke lening: mag het wat minder gecompliceerd?*, NTFR 2011/931.

D.E. van Sprundel en J. van Strien, *Terugkeer naar de Ithaka? De 'onzakelijke lening' bij de crediteur – deel 4*, WFR 2011/6902.

R.P.C. Cornelisse en G.J.W.M. Derckx 14 april 2011, *De onzakelijke (geld)lening (door moeder aan dochter) bestaat niet; wel de onzakelijke investering*, WFR 2011/488.

P.J.J. M. Peeters, 16 december 2010, *De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 3 – At arm's length*, WFR 2010/1580.

P.J.J. M. Peeters, 16 december 2010, *De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 2 – At arm's length*, WFR 2010/1544.

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

O.C.R. Marres 22 juli 2010, *Aftrek van rente op onzakelijke leningen*, NTFR 2010/1672.

C.J.E.A. Sporken en P.C. den Besten, *Weg met de wet, transfer pricing is alles? Debt-to-equity ratio's*, WFR 2010/928.

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

J.H.M. Arts, *Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting*, WFR 2009/921.

N.M. Ligthart, *De zakelijkheid van een onzakelijk lening*, NTFR-B 2008/37.

F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, *Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting*, WFR 2008/705.

W.F.E.M. Egelie, *De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting*, NTFR 2008/2375.

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

E.J.W. Heithuis, *Onzakelijke leningen. Een nieuw fenomeen of oude wijn in nieuwe zakken?*, MBB 2008/04/02.

P.G.H. Albert, *Is de afwaardering van een onzakelijke lening aftrekbaar?*, NTFR 2007/1160.

M.E.P. van der Breggen, *Transfer-pricingaspecten van leningen verstrekt binnen de groep: een nadere beschouwing*, WFR 2006/739.

E.A. Visser, *Algemene aspecten van verrekenprijzen*, TFO 2006/2.

J. van Strien, *Geen Cessna-kosten voor kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting: Over reizen, veevoer Cessna's en renpaarden*, WFR 2003/1720.

E.C.C.M. Kemmeren en O.L.J. Nuijten, *Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht*, WFR 2003/739.

Boeken

- J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studieserie nr. 31, Kluwer 2010.
Groene Serie Rechtspersonen, Kluwer 2010.
- A.C.P. Bobeldijk, *Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Wetenschappelijke Reeks nr. 14, Sdu Uitgevers 2009.
- J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting* (FM119), Kluwer 2006.
- E.A. Visser, *Verrekenprijzen; een drieluik* (FM115), Kluwer 2005.
- J.G. Verseput, *Totale winst in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochure Serie nr. 52, Kluwer 2004.
- O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek* (FM113), Kluwer 2008.
- R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen* (FM 111), Kluwer 2004.
- R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)* (FM106), Kluwer 2003.
- R.P.C.W.M. Brandsma, *'Besmet' kapitaal* (FM82), Kluwer 2002.
- A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders* (FM65), Kluwer 1993.