

De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting



Auteur: P.M.J. de Jong
Opleiding: Master Fiscaal Recht
Universiteit: Universiteit van Tilburg
Administratienummer: 838253
Afstudeerdatum: 14 december 2011

Examencommissie

mr. S.M.H. Dusarduijn
prof. dr. P.H.J. Essers

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie over de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting. Deze scriptie is tot stand gekomen in het kader van mijn Master opleiding Fiscaal Recht aan de Universiteit van Tilburg. Voordat ik aan de Master Fiscaal Recht begon, heb ik gedurende 4 jaar mijn bachelor diploma Fiscaal Recht en Economie behaald aan de Fontys Hogeschool te Eindhoven. Na deze hbo-opleiding heb ik eerst de pre-masterfase Fiscaal Recht met goed succes doorlopen, aansluitend ben ik doorgestroomd in de masterfase.

Naast mijn studie ben ik onder andere actief als bestuurslid van een politieke partij in mijn woonplaats Best. Binnen dit bestuur heeft ook de heer Beenker zitting. Hij is voormalig partner bij BDO accountants en belastingadviseurs in Eindhoven. Tijdens een informeel gesprek met hem gaf ik aan dat ik opzoek was naar een geschikt onderwerp voor mijn scriptie. Hij nodigde mij uit om onder het genot van een kopje koffie te gaan brainstormen over een geschikt onderwerp. Dit gesprek heeft in januari van dit jaar plaatsgevonden. Enkele weken voor dit gesprek heeft de heer P.J.J.M. Peeters in het Weekblad Fiscaal Recht een drieluik gepubliceerd over de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting. De heer Beenker heeft mij op deze artikelen in het Weekblad gewezen. Peeters heeft in zijn drieluik duidelijk aangegeven wat de huidige stand van zaken is rondom het begrip onzakelijk lening wat is gecreëerd door de Hoge Raad in BNB 2008/191 en de problemen waar de praktijk op dit moment tegenaan loopt. Al snel kwam ik tot de conclusie dat het onderwerp rondom de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting een zeer interessant en dynamisch onderwerp is waarover in de praktijk veel wordt gesproken en geschreven. Ik vond het bijzonder verhelderend om de verschillende meningen en opinies betreffende de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting te analyseren en te verwerken in mijn scriptie. Hierdoor heb ik een breder blikveld gecreëerd.

Tijdens mijn opleiding en gedurende het schrijven van mijn scriptie heb ik enkele moeilijke momenten gekend. Op deze momenten, maar ook op overige momenten, heb ik erg veel steun gehad aan mijn omgeving. Graag wil ik van deze gelegenheid gebruik maken om iedereen te bedanken die een bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van deze scriptie en mij hebben gesteund en begeleid. Mijn dank gaat dan ook uit naar de heer Beenker die mij in aanraking heeft laten komen met het onderwerp de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting. Vanuit de Universiteit van Tilburg wil ik mevrouw S.M.H. Dusarduijn hartelijk danken voor haar goede en uitgebreide begeleiding gedurende het schrijven van mijn scriptie. Als afsluiting gaat mijn grote dank uit naar mijn ouders en vrienden, in het bijzonder mijn vriendin Mariska.

Volledigheidshalve wil ik graag opmerken dat ik deze scriptie heb afgerond naar de stand van zaken in de literatuur en jurisprudentie tot en met 2 november 2011.

Best, december 2011

Patrick de Jong

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
1.1	Algemeen	1
1.2	Probleemstelling	2
1.3	Verantwoording van de opzet	3
2.	Fiscale behandeling bij de verstrekking van vermogen	5
2.1	Inleiding	5
2.2	Definitie van een lening (civielrechtelijke vorm)	5
2.3	Fiscale behandeling van en verschillen tussen eigen en vreemd vermogen	7
2.4	Herkwalificatie van een lening	9
2.4.1	Inleiding	9
2.4.2	Schijnlening	9
2.4.3	Deelnemerschapslening	10
2.4.3.1	Inleiding	10
2.4.3.2	Winstafhankelijke vergoeding	11
2.4.3.3	Achtergesteldheid	11
2.4.3.4	Looptijd en opeisbaarheid	11
2.4.4	Bodemloze-putlening	12
2.4.5	Tussentijdse wijziging van leningsvoorwaarden	13
2.5	Samenvatting	13
3.	De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting	14
3.1	Inleiding	14
3.2	Onzakelijke lening (at arm's length-beginsel)	14
3.2.1	Inleiding	14
3.2.2	Onzakelijke elementen	15
3.2.2.1	Gelieerdheid	15
3.2.3	Onzakelijke lening	15
3.2.3.1	Onzakelijk debiteurenrisico	16
3.3	Het onzakelijke leningsarrest, Hoge Raad 9 mei 2008, BNB 2008/191	17
3.3.1	Beschrijving casus	17
3.3.2	Afwaarderingsverlies	18
3.3.3	Invloed van de hoogte van de rentevergoeding	19
3.4	Tijdstip ontstaan onzakelijke lening	22

3.4.1	Inleiding	22
3.4.2	Privaatrecht	22
3.5	Tussentijdse wijziging leningsvoorwaarden	23
3.5.1	Hof Arnhem	23
3.5.2	Reactie minister	23
3.5.3	Uitspraak Hof Arnhem in vergelijking met Hoge Raad BNB 2008/191	23
3.6	Samenvatting	25
4.	De plaats die een lening met een onzakelijk debiteurenrisico inneemt binnen de vennootschapsbelasting	26
4.1	Inleiding	26
4.2	Geldt BNB 2008/191 ook voor een lening ‘omlaag’?	26
4.3	Hoort een onzakelijke lening thuis in het rijtje van BNB 1988/217 (schijnlening, deelnemerschapslening of bodemloze-putlening)?	27
4.3.1	Onttrekkingen	27
4.3.2	Informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling	28
4.3.3	Direct bij aangaan van de lening is sprake van inbreng van informeel kapitaal	29
4.4	Arrest BNB 2008/191: herkwalficatie op grond van BNB 1988/217?	31
4.4.1	Is er sprake van een ‘vierde categorie’ lening binnen de opsomming van het arrest BNB 1988/217?	31
4.4.1.1	Is een onzakelijke lening gelijk te schakelen met een bodemloze-putlening?	34
4.5	Is er sprake van een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling bij het aangaan van de onzakelijke lening?	36
4.6	Plaats van de onzakelijke lening in de bestaande doctrine van de Wet VPB 1969	37
5.	Splitsing van een onzakelijke lening en de gevolgen bij de afwaardering	39
5.1	Inleiding	39
5.2	Dient een onzakelijke lening te worden gesplitst in een zakelijk en een onzakelijk deel?	39
5.2.1	Renpaardenarrest in combinatie met het Cessna-arrest	41
5.2.2	Overeenkomsten Cessna- en renpaardenarrest en de “indien en voor zover” bepaling	42

5.3	Informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling voor onzakelijk deel bij splitsing van de onzakelijke lening?	43
5.3.1	Aanstonds duidelijk dat deel van de lening niet zal worden terugbetaald	44
5.3.2	Is splitsing van een onzakelijke lening in de praktijk mogelijk?	44
5.4	Gevolgen bij de afwaardering van een onzakelijke lening	46
5.4.1	Inleiding	46
5.4.2	Vormt een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling of onttrekking?	46
5.4.3	Is het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking te nemen bij liquidatie?	48
5.5	Samenvatting	49
6.	Liquidatieverliesregeling/ophoging opgeofferd bedrag bij een onzakelijke lening	50
6.1	Inleiding	50
6.2	Liquidatieverliesregeling	51
6.2.1	Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling	51
6.2.2	Doel en strekking van de liquidatieverliesregeling	51
6.2.3	Jurisprudentie en opvattingen in de literatuur	52
6.3	Redelijke wetstoepassing	53
6.3.1	Definitie redelijke wetstoepassing	53
6.3.2	Mening in de literatuur	54
6.4	Afwezigheid van een kapitaalstorting, kan opgeofferd bedrag worden verhoogd?	56
6.4.1	Deelnemingssfeer/vrijgestelde-winstsfeer	56
6.4.2	Uitgangspunt van de Wet VPB 1969	57
6.5	Samenvatting	58
7.	Eindconclusie	60
	Jurisprudentie & Literatuurlijst	63

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad de dato 9 mei 2008¹ is de discussie rondom geldverstrekkingen tussen gelieerde partijen weer zeer actueel geworden binnen de fiscaliteit. In dit arrest van de Hoge Raad werd het begrip ‘onzakelijke lening’ geïntroduceerd. Volgens de Hoge Raad is een onzakelijke lening een geldverstrekking die onder dusdanige voorwaarden en omstandigheden is verstrekt dat daarbij een debiteurenrisico wordt gelopen wat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Behoudens bijzondere omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat de vennootschap het debiteurenrisico wat wordt genomen bij het verstrekken van de geldlening in zoverre heeft aanvaard om het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Gevolg is dat het verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht. Het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969 ligt ten grondslag aan het feit dat de Hoge Raad niet heeft toegestaan dat afwaarderingsverliezen op de fiscale winst in mindering worden gebracht. Op grond van de totaalwinstgedachte worden immers alle voor- en nadelen die het gevolg zijn van een handelen als aandeelhouder (de oorzaak ligt buiten de ondernemingssfeer) niet meegenomen bij het bepalen van de fiscale winst.

Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad zijn er in de literatuur veel artikelen en opinies verschenen. Naar aanleiding daarvan kan worden geconcludeerd dat het arrest van de Hoge Raad tot veel onduidelijkheid heeft geleid in de fiscale wereld. De vraag die bij ieder centraal staat is: hoe dient er binnen de Wet vennootschapsbelasting 1969 te worden omgegaan met een lening die is verstrekt onder dusdanige voorwaarden die door een onafhankelijke derden niet zouden zijn verstrekt. Ook Advocaat Generaal Wattel heeft verschillende uitgebreide conclusies geschreven over de onzakelijke lening. In 2010 komt hij tot de conclusie dat het bijzonder lastig is om de onzakelijke lening en de gevolgen daarvan te plaatsen binnen de fiscaliteit. Later, in 2011, komt hij toch gedeeltelijk terug op zijn conclusie van 2010 en komt hij, mede met verwijzingen naar publicaties in de literatuur, tot een – naar zijn mening – juiste oplossing omtrent de onzakelijke lening. Volledigheidshalve wil ik opmerken dat het bij het arrest van de Hoge Raad ging om een lening ‘omhoog’ (van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij). De conclusies van Wattel en de mening van andere auteurs is dat het arrest van de Hoge Raad ook van toepassing dient te zijn op een lening ‘omlaag’ (van de moedermaatschappij naar de dochtermaatschappij).

Centraal in de discussie staat hoe dient er binnen de fiscaliteit te worden omgesprongen met het door de Hoge Raad gecreëerde begrip ‘onzakelijke lening’? Is er bijvoorbeeld sprake van lening of wordt er kapitaal verstrekt? Geld verstrekken aan een gelieerd lichaam kan immers door middel van twee

¹ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191.

manieren. Er kan vreemd vermogen worden verstrekt of er kan eigen vermogen worden verstrekt. Dit onderscheid is van belang omdat fiscaal anders wordt omgegaan met beide verstrekkingen van vermogen. Zo valt het resultaat bij de verstrekking van eigen vermogen niet in de belaste winstsfeer met als gevolg dat er sprake is van een kapitaalstorting. Bij de verstrekking van vreemd vermogen is de rente die wordt betaald voor de lening in beginsel aftrekbaar en belast.

Als hoofdregel geldt dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking beslissend is om te beoordelen of er ook op grond van het fiscale recht sprake is van een lening. Wel dient bij deze hoofdregel een uitzondering te worden gemaakt. Als de lening wordt aangemerkt als een schijnlening, bodemloze-putlening of een deelnemerschapslening dan blijft er op grond van het civiele recht sprake van een lening, maar dient deze lening fiscaal te worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen.

Sinds de uitspraak van de Hoge Raad op 9 mei 2008 is er veel jurisprudentie verschenen en zijn er veel artikelen verschenen die diep (sommige zelfs zeer diep) ingaan op de problematiek van de onzakelijke lening. Uit deze artikelen valt te concluderen dat er verschil van inzicht is hoe fiscaalrechtelijk om te gaan met een onzakelijke lening en wat de gevolgen zijn van het niet in aftrek toelaten van het afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening binnen de Wet vennootschapsbelasting 1969.

1.2 Probleemstelling

Op 9 mei 2008 heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgesproken over de onzakelijke lening. Hierbij heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening niet aftrekbaar is van de fiscale winst. Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad zijn er enkele uitspraken gewezen die betrekking hebben op de gevolgen van het niet toelaten van het afwaarderen van een onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting en aanvullend hoe dient te worden omgegaan met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over de verdere fiscale behandeling van een onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting. Om deze reden heb ik de volgende probleemstelling geformuleerd:

“Wat zijn de fiscale gevolgen van een onzakelijke lening in de zin van het arrest BNB 2008/191 aan de zijde van de crediteur en hoe verhoudt het begrip onzakelijke lening zich tot het opgeofferd bedrag in de liquidatieverliesregeling?”

Door middel van het beantwoorden van onderstaande deelvragen probeer ik een antwoord te geven op mijn probleemstelling:

- Hoe geschiedt de fiscale behandeling bij de verstrekking van vermogen?
- Wat is op grond van BNB 2008/191 een onzakelijke lening?

- Hoe wordt een onzakelijke lening behandeld in de Wet vennootschapsbelasting 1969?
- Op welk tijdstip ontstaat een onzakelijke lening en wat is het gevolg van tussentijdse wijziging van de leningsvoorwaarden?
- Hoort een onzakelijke lening thuis in het ‘rijtje’ van BNB 1988/217?
- Is er direct bij het aangaan van de onzakelijke lening sprake van een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling?
- Welke plaats neemt een onzakelijke lening uiteindelijk in binnen de bestaande denkbeelden van de Wet vennootschapsbelasting 1969?
- Kan een onzakelijke lening gesplitst worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel?
- Wat zijn de gevolgen bij een eventuele afwaardering van een onzakelijke lening?
- Is het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking te nemen bij liquidatie van de gelieerde partij?

1.3 Verantwoording van de opzet

Voordat ik in hoofdstuk drie de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting ga bespreken zal ik eerst in hoofdstuk twee achtereenvolgens aandacht besteden aan de definitie van een lening, de fiscale behandeling van en verschillen tussen eigen en vreemd vermogen en de herkwalficatie van een lening. Dit heeft als doel om een duidelijk beeld te schetsen hoe de fiscale behandeling geschiedt bij het verstrekken van vermogen.

Hoofdstuk drie start ik met een uitleg rondom het totaalwinstbegrip in de vennootschapsbelasting. Op grond van het totaalwinstbegrip worden voor- en nadelen die niet voortvloeien uit de uitoefening van een onderneming geëlimineerd bij de berekening van de totaalwinst. Aansluitend zal ik de onzakelijke lening bespreken in de zin van het arrest BNB 2008/191. Hierbij zal ik aandacht besteden aan het debiteurenrisico en de gevolgen binnen de vennootschapsbelasting als een lening als onzakelijk wordt bestempeld. Om een volledig en juist beeld te creëren van een onzakelijke lening bespreek ik in hoofdstuk drie ook de invloed van de hoogte van de rentevergoeding op de onzakelijkheid.

Alvorens ik de opzet van hoofdstuk vier tot en met zes ga bespreken wil ik volledigheidshalve opmerkingen dat ik in deze hoofdstukken veel gebruik maak van jurisprudentie en meningen in de literatuur. Daarnaast gebruik ik ook de conclusies van Advocaat Generaal Wattel. Mijns inziens leidt dit tot een breder en scherper blikveld rondom de ‘problematiek’ van een onzakelijke lening.

In hoofdstuk vier bespreek ik de plaats die een onzakelijke lening inneemt binnen de vennootschapsbelasting. Hierbij belicht ik onder andere de begrippen onttrekkingen, informele kapitaalstorting en verkapte winstuitdelingen en stel ik aanvullend de vraag of er bij een onzakelijk

lening sprake kan zijn van één van deze begrippen. Als afsluiting van dit hoofdstuk bespreek ik welke plaatst een onzakelijke lening inneemt in de bestaande doctrine van de Wet vennootschapsbelasting 1969.

Door de conclusies die ik heb getrokken in hoofdstuk vier kan ik in hoofdstuk vijf gaan beoordelen of een onzakelijke lening gesplitst dient te worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel en wat aansluitend de gevolgen zijn van een splitsing. In het verloop van hoofdstuk vijf bespreek ik ook de gevolgen bij de afwaardering van een onzakelijke lening. Leidt het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies tot een onttrekking, informele kapitaalstorting, verkapte winstuitdeling of zijn er voor de fiscaliteit geen verdere gevolgen inzake de afwaardering? Dit onderscheid is van belang om te beoordelen of het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking kan worden genomen bij liquidatie van de dochtermaatschappij.

In het voorlaatste hoofdstuk zal ik de liquidatieverliesregeling bespreken. Hierbij wordt onder andere aandacht besteedt aan het begrip redelijke wetstoepassing. Aansluitend zal ik de gevolgen van de afwezigheid van een informele kapitaalstorting bespreken in combinatie met verhoging van het opgeofferde bedrag. De vraag die centraal staat is of het mogelijk is om het opgeofferde bedrag te verhogen met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies?

Uiteindelijk zal ik in hoofdstuk zeven mijn eindconclusie geven wat de fiscale gevolgen zijn van een onzakelijke lening in de zin van het arrest BNB 2008/191 aan de zijde van de crediteur en hoe zich het begrip onzakelijke lening verhoudt tot het opgeofferde bedrag in de liquidatieverliesregeling.

2. Fiscale behandeling bij de verstrekking van vermogen

2.1 Inleiding

Iedere ondernemer² heeft behoefte aan liquide middelen. Zonder liquiditeiten is het praktisch onmogelijk om een onderneming te drijven. Een ondernemer heeft twee keuzes om zijn onderneming van liquide middelen te voorzien, dit kan door bijvoorbeeld aandeelhouders eigen vermogen te laten verstrekken, dan wel door het aantrekken van vreemd vermogen (via een lening van aandeelhouder of kredietinstelling). Ook fiscaal is deze keuze relevant omdat de vergoeding voor het verstrekken van eigen vermogen (dividend) niet aftrekbaar is van de winst³ en een vergoeding voor het verstrekken van vreemd vermogen (rente) in beginsel wel aftrekbaar is van de winst.⁴

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 2.2 eerst de definitie van een lening behandeld waarin vooral wordt ingegaan op de civielrechtelijke vorm van een lening. Dit is van belang om in een later stadium de eventuele onzakelijkheid van een lening te bepalen. Vervolgens zal ik in paragraaf 2.3 de fiscale behandeling van en verschillen tussen het eigen en het vreemd vermogen bespreken. Van belang is om een goede afbakening te creëren en verschillen te onderscheiden tussen de twee mogelijkheden om een onderneming van liquide middelen te voorzien. In paragraaf 2.4 wordt de herkwalficatie van een lening (uitzonderingen) besproken, inclusief de fiscale aspecten. Hierbij zal ik als eerste ingaan op de schijnlening gevolgd door de deelnemerschapslening en als afsluiting zal ik de bodemloze-putlening behandelen. In paragraaf 2.6 zal ik afsluiten met een samenvatting.

2.2 Definitie van een lening (civielrechtelijke vorm)

Een lening – civielrechtelijk gezien – wordt als volgt omschreven:

‘De schuld, uit leening van geld voortspuitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt.’⁵

Als in civielrechtelijke zin sprake is van een lening, dan dient tussen partijen een contractuele rente overeengekomen te worden.⁶ Het arrest BNB 1988/217⁷, geldt als standaardarrest: in beginsel is de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking beslissend voor de fiscale gevolgen. Ook in latere arresten gaat de Hoge Raad uit van de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking zoals onder

² In dit hoofdstuk doel ik met ondernemer/onderneming uitsluitend op een via een rechtspersoon gedreven onderneming.

³ Artikel 10 lid 1 sub a Wet VPB 1969.

⁴ Artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 (totaalwinstbegrip).

⁵ Artikel 7A:1793 Burgerlijk Wetboek.

⁶ Artikel 7A:1804 Burgerlijk Wetboek.

⁷ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217.

andere in BNB 2001/364⁸ en in BNB 2007/104.⁹ In r.o. 3.3 van BNB 2007/104 heeft de Hoge Raad geoordeeld:

‘Bij de beoordeling van het tegen eerstvermeld oordeel gerichte middel moet worden vooropgesteld dat ter beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalvertrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium dient te worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen.’

In artikel 1800 van boek 7A Burgerlijk Wetboek wordt de terugbetalingsverplichting besproken. Wanneer iets ter leen wordt ontvangen dan dient het gehele geleende bedrag teruggegeven te worden. In rechtsoverweging 3.4 van BNB 2007/104 gaat de Hoge Raad in op de terugbetalingsverplichting van een lening:

‘Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening.’

Uit de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging van de Hoge Raad valt te concluderen dat de terugbetalingsverplichting van een lening als een belangrijke voorwaarde wordt gezien voor de civielrechtelijke kwalificatie als lening. Als er geen terugbetalingsverplichting is, kwalificeert de geldverstrekking fiscaal ook niet als lening maar kan ze worden gekwalificeerd als kapitaalverstrekking. In paragraaf 2.3 zal ik ingaan op de fiscale verschillen tussen een lening en een kapitaalverstrekking. Eerst bespreek ik de door de Hoge Raad gegeven uitzonderingen op de hoofdregel dat in de fiscaliteit de civielrechtelijke vorm van een geldlening beslissend is¹⁰:

1. Er is alleen maar naar de schijn sprake van een lening, in werkelijkheid hebben partijen de bedoeling gehad om een kapitaalverstrekking te bewerkstelligen. Dit wordt een schijnlening genoemd (§2.4.2).
2. Een lening die onder zodanige voorwaarde is verstrekt dat de crediteur (geldverstrekker) met het door hem uitgeleend bedrag in zekere mate deelneemt in de onderneming van de debiteur (geldnemer). Dit noemt men ook wel een deelnemerschapslening (§2.4.3).
3. Als een belastingplichtige als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 Wet VPB 1969 houdt, aan deze deelneming een geldlening verstrekt onder omstandigheden dat het voor de aandeelhouder van begin af aan

⁸ Hoge Raad 10 augustus 2001, nr. 36.662, BNB 2001/364.

⁹ Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42.015, BNB 2007/104.

¹⁰ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217, r.o. 4.3 en 4.4.

duidelijk is dat de deelneming niet kan voldoen aan de voorwaarden gesteld in de lening, waardoor de lening definitief het vermogen van de aandeelhouder heeft verlaten. Dit noemt men ook wel een bodemloze-putlening (§2.4.4).

2.3 Fiscale behandeling van en verschillen tussen eigen en vreemd vermogen

Eigen en vreemd vermogen wordt fiscaalrechtelijk anders behandeld. In de praktijk blijkt dat de keuze voor een van beide varianten mede afhankelijk is van de fiscale gevolgen voor de belastingplichtige. Het verschil in fiscale behandeling tussen het eigen en het vreemd vermogen komen we al direct tegen in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet VPB 1969). Uit het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna Wet IB 2001) en artikel 8 Wet VPB 1969 vloeit voort dat dividend niet aftrekbaar is. Een kapitaalstorting wordt niet gezien als onderdeel van de winst van de vennootschap omdat deze handeling voortvloeit uit het kapitaalverkeer tussen een vennootschap en haar aandeelhouder, om deze reden wordt dividend niet tot de winst gerekend. Daarnaast is deze aftrekbeperking ook opgenomen in artikel 10 lid 1 sub a Wet VPB 1969.

Op grond van artikel 8 Wet VPB 1969 juncto artikel 3.8 Wet Inkomstenbelasting 2001 komen kosten inzake de financiering van een onderneming wel in aftrek. Een vergoeding voor vreemd vermogen (rente) is dus in beginsel fiscaal aftrekbaar bij de debiteur (tenzij een aftrekbeperking geldt). Er bestaat fiscaalrechtelijk dus een groot fiscaal verschil in behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Voor veel ondernemers is het een prikkel om hun ondernemingen te financieren met vreemd vermogen. Nadeel van een wellicht overmatig financieren met vreemd vermogen is dat er op de onderneming een zware rentelast drukt. Zolang het goed gaat met een onderneming kan de onderneming deze rentelasten gemakkelijk opbrengen, maar wanneer het slechter gaat dan vormen de hoge rentekosten een groot probleem. Dit kan tot gevolg hebben dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.¹¹

Van der Geld merkt, inzake het overmatig financieren met vreemd vermogen, het volgende op:

‘Het behoeft geen verwondering te wekken dat in de loop der jaren zeer vele belastingplichtigen – met het lonkende positieve financial leverage effect voor ogen – hebben geprobeerd de fiscale voordelen van vreemd vermogen te combineren met de bedrijfseconomische voordelen van eigen vermogen.’¹²

¹¹ J.A.G. van der Geld, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting’ Deventer, FED fiscale studieserie, 2009, Kluwer, pag. 75.

¹² J.A.G. van der Geld, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting’ Deventer, FED fiscale studieserie, 2009, Kluwer, pag. 75.

Belastingplichtigen proberen vermogen met duidelijke kenmerken van eigen vermogen, zo te ‘camoufleren’ dat er toch sprake is van vreemd vermogen zodat belastingplichten in aanmerking kunnen komen voor de gunstige fiscale behandeling daarvan ten aanzien van de vergoeding. Dit heeft als bijkomend voordeel dat in situaties waarin de debitrice niet in staat is om de lening terug te betalen, de creditrice deze vordering fiscaal kan afboeken. Dit vloeit voort uit het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969. De afboeking komt dan ten laste van de fiscale winst bij de creditrice. Zou de geldverstrekking door de creditrice aan de debitrice moeten worden gezien als een kapitaalverstrekking, dan is het voor de creditrice niet mogelijk om het verlies op die geldverstrekking ten laste van de fiscale winst te brengen. Er is sprake van een mutatie in de kapitaalsfeer. Voor de creditrice is het slechts in één geval mogelijk om een verlies te nemen op een kapitaalverstrekking aan de debitrice, dit kan namelijk in een geval van een liquidatieverlies. De bepaling omtrent het liquidatieverlies is opgenomen in artikel 13d Wet VPB 1969. Nadeel van de liquidatieverliesregeling is dat de debitrice moet worden geliquideerd. Daarnaast dient er ook aan veel antimisbruikbepalingen te worden voldaan om dit verlies fiscaal te kunnen nemen.

Gezien de gevolgen van (her)kwalificatie van een vermogensverstrekking is het van belang te beoordelen wat de kenmerkende verschillen zijn tussen het eigen en het vreemd vermogen. Eigen vermogen is aan te duiden met kapitaal (risicodragend), vreemd vermogen is aan te duiden als schuld (risicomijdend). Volgens Van der Geld¹³ onderscheidt eigen vermogen zich, in hoofdregel, van vreemd vermogen op de volgende punten:

- 1) De tijdsduur. Als eigen vermogen wordt verstrekt, dan heeft dit een permanent karakter. Als een lening een lange tijdsduur heeft, of als er in verband met de aflossing geen duidelijke afspraken zijn gemaakt of de debitrice zelf kan het aflossingsschema bepalen, dan is mogelijk sprake van een verstrekking van kapitaal. Voor vreemd vermogen geldt dat er een aflossingstermijn is, er is dus sprake van een looptijd.
- 2) De zeggenschap in de vennootschap. De verstrekker van eigen vermogen heeft normaliter als aandeelhouder zeggenschap, dit in tegenstelling tot de verstrekker van vreemd vermogen, deze heeft normaliter geen zeggenschap in de vennootschap waaraan hij zijn gelden uitleent.
- 3) De winstafhankelijke vergoeding. Het kenmerk van eigen vermogen is dat dit altijd een winstafhankelijke vergoeding kent, het standaardtype vreemd vermogen kent geen winstafhankelijke vergoeding. Om te beoordelen of er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding dient er te worden gekeken naar de feiten tussen partijen. In een contract kan worden overeengekomen dat er geen sprake is van een winstafhankelijke vergoeding, terwijl er in werkelijkheid wel sprake is van een winstafhankelijke vergoeding.

¹³ J.A.G. van der Geld, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting’ Deventer, FED fiscale studieserie, 2009, Kluwer, pag. 75-76.

- 4) De wijze waarop en de mate waarin een schuldeiser meedeelt in eventuele winsten en verliezen van de vennootschap. Volgens Van der Geld is dit criterium het meest cruciaal. In hoeverre wordt er megedeeld in mogelijke verliezen van de vennootschap? Het gaat om de hiërarchie waarin men meedeelt in verliezen. Voor iedere geldverstrekker bestaat immers de kans dat hij zijn geld niet meer terug krijgt. Als een aandeelhouder geld verstrekt dan krijgt deze aandeelhouder zijn verstrekte geld niet eerder terug dan een schuldeiser.

In de praktijk is het echter niet altijd mogelijk om op grond van deze vier kenmerken te concluderen of sprake is van eigen vermogen aangezien er veel mengvormen zijn. Er is dus meer vereist dan alleen bovenstaande vier punten. In de navolgende (deel)hoofdstukken zal de eventuele herkwalificatie van een lening worden besproken aan de hand van criteria die de Hoge Raad heeft gesteld.

2.4 Herkwalificatie van een lening

2.4.1. Inleiding

Zoals de Hoge Raad in BNB 1988/217 heeft geoordeeld is de civielrechtelijke vorm van een geldlening beslissend voor de fiscale behandeling. De drie uitzonderingen daarop komen hierna in beeld. Opgemerkt moet worden dat in al deze situaties naar het civiele recht wel gewoon sprake is van een lening.

2.4.2 Schijnlening

In feite bestaat de lening in schijn, partijen hebben in werkelijkheid beoogd om een kapitaalverstrekking tot stand te brengen. Partijen handelen feitelijk anders dan zij zijn overeengekomen. De Hoge Raad heeft in BNB 1954/357¹⁴ de schijnlening beschreven. Het ging in dit arrest om dochter A en B die samen deelnamen in NV X. A neemt voor f 3.000 en B neemt voor f 13.000 deel in NV X wat samen 100% van het geplaatste aandelenkapitaal vormt. A had een lening verstrekt aan NV X ter grote van f 12.000, zonder zekerheidstelling van NV X (wel stond B borg), zonder aflossingsverplichting en er werd geen rente vergoed. De Raad van Beroep oordeelde dat er geen sprake was van mijden van risico op de lening en dat de lening eigenlijk als kapitaal dient te worden beschouwd. Gevolg hiervan was dat de vergoeding op de lening niet als rente gezien kon worden maar gezien moest worden als dividend. Dit dividend was niet aftrekbaar voor de NV. De Hoge Raad was het niet eens met de Raad van Beroep. De Hoge Raad vond dat er wel sprake was van een geldlening. De Hoge Raad oordeelde:

‘Dat als regel geldt, dat niet beslissend is de schijn, dat is de naam, waarmede een transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij wordt gegoten, doch dat het aankomt op wat in

¹⁴ Hoge Raad 3 november 1954, nr. 11.928, BNB 1954/357.

werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op de verhoudingen, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan.’

Om te beoordelen of er sprake is van een kapitaalverstrekking of van een schuld, dient te worden gekeken naar de concrete feiten en omstandigheden tussen partijen. Van belang is wat partijen onderling hebben afgesproken. Het is dus niet zo dat de geldverstrekking op zichzelf ter discussie staat, maar wel onder welke vorm de geldverstrekking onderling is overeengekomen. Het vermoeden dat er sprake is van een schijnlening kan worden afgeleid aan het ontbreken van een aflossingsverplichting. In combinatie met het ontbreken van een aflossingsschema, kan er ook geen rente worden bedongen tussen partijen. Er is op basis van jurisprudentie geen eenduidig antwoord te geven wat de criteria voor een schijnlening zijn, van belang is om naar feiten en omstandigheden tussen partijen te kijken.

2.4.3 Deelnemerschapslening

2.4.3.1 Inleiding

De deelnemerschapslening is de tweede uitzondering die de Hoge Raad in BNB 1988/217 heeft besproken. Een deelnemerschapslening is een lening die onder zodanige voorwaarden is verstrekt dat de crediteur in feite deelneemt in de onderneming van de debiteur. De lening van de crediteur aan de debiteur wordt fiscaal gezien als eigen vermogen (kapitaal) waardoor er in feite een kapitaalstorting plaatsvindt.

De Hoge Raad heeft in de loop der jaren vele uitspraken gewezen inzake de deelnemerschapslening. Het eerste arrest dat de Hoge Raad heeft gewezen is Hoge Raad 11 maart 1998 nr. 32.240, BNB 1998/208. Uit dit arrest valt te concluderen dat de crediteur onder voorwaarden deelneemt in de onderneming van de debiteur als aan de volgende punten cumulatief wordt voldaan:

- 1) Er is sprake van een winstafhankelijke vergoeding van de rente (§2.4.3.2);
- 2) De lening is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers (§ 2.4.3.3) en
- 3) De lening heeft geen vaste looptijd maar is wel opeisbaar bij faillissement, surseance van betaling of bij liquidatie (§ 2.4.3.4).

Naar de voorwaarden uit het arrest van de Hoge Raad, inzake de deelnemerschapslening, wordt ook in artikel 10, lid 1, sub d en artikel 10b van de Wet VPB 1969 verwezen.

2.4.3.2 Winstafhankelijke vergoeding

De Hoge Raad heeft in BNB 1999/176¹⁵ geoordeeld dat er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding als de vergoeding voor de lening afhankelijk is van de totaalwinst van de debiteur. In het arrest BNB 1999/176 was echter wel sprake van een zakelijke vergoeding. De vergoeding die werd betaald aan de crediteur was niet afhankelijk van de winst die de debiteur maakte. Alleen was de betaling van de vergoeding gekoppeld aan het uit te betalen dividend. Als alleen de vergoeding voor de lening wordt opgeschort, omdat er bijvoorbeeld onvoldoende winsten worden behaald om de vergoeding voor de lening te betalen, dan betekent dit nog niet dat er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding. Voorwaarde hiervoor is wel dat de debiteur de vergoeding schuldig moet blijven aan de crediteur.

De Hoge Raad heeft in BNB 2006/82¹⁶ (het pret-participatif-arrest) een nuancering aangebracht in het door de Hoge Raad hierboven gestelde voorwaarde betreffende de winstafhankelijke vergoeding. In BNB 2006/82 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een vaste lage procentuele vergoeding naast een winstafhankelijke vergoeding er ook voor kan zorgen dat de lening vrijwel geheel winstafhankelijk is. Dit kan het geval zijn als de winstafhankelijke vergoeding meer dan 90% bedraagt.

2.4.3.3 Achtergesteldheid

Naast de eis van een winstafhankelijke vergoeding geldt ook de eis van achtergesteldheid, ten opzichte van andere concurrente schuldeisers, bij de deelnemerschapslening. De Hoge Raad heeft in BNB 1998/208 geoordeeld dat er sprake van een achterstelling moet zijn ten opzichte van alle concurrente schuldeisers. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met dit begrip heeft bedoeld: 'met achtergesteldheid in dit onderdeel is beoogd achterstelling bij één of meer niet-bevoorrechte andere schuldeisers'.¹⁷

2.4.3.4 Looptijd en opeisbaarheid

De derde cumulatieve voorwaarde voor een deelnemerschapslening is de afwezigheid van een vaste looptijd van de geldlening en daarnaast dat de vordering slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of bij liquidatie. In BNB 1998/208 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er niet werd voldaan aan het vereiste van een vaste looptijd van de lening, omdat de lening alleen opeisbaar was bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie. In het arrest ging het om een winstdelende obligatielening met een looptijd van 50 jaar.

¹⁵ Hoge Raad 17 februari 1999, nr. 34.151, BNB 1999/176.

¹⁶ Hoge Raad 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.

¹⁷ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 5, pag. 30.

In BNB 2006/82 (het pret-participatief-arrest) heeft de Hoge Raad het criterium betreffende de looptijd van een lening meer gespecificeerd. In het arrest BNB 2006/82 ging het om een lening die een vaste looptijd had van 95 jaar. Daarnaast was de rente op de lening deels winstafhankelijk. De Hoge Raad oordeelde met betrekking tot de looptijd:

'Voorts is de looptijd van de lening zodanig lang - meer dan 50 jaar - dat aan de omstandigheid dat de lening een vaste looptijd heeft van 95 jaar zelfstandige betekenis moet worden ontzegd. Deze opvatting strookt ook met die welke door de gemeenschapswetgever wordt gehuldigd (...) Het moet er derhalve voor worden gehouden dan aan de eis dat de lening geen vaste looptijd heeft, is voldaan.'¹⁸

Uit de bovenvermelde rechtsoverweging van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de grens van een vaste looptijd legt bij 50 jaar. Zodra een lening een langere looptijd heeft dan 50 jaar, in onderhavig arrest 95 jaar, dan is er geen sprake van een vaste looptijd. Looptijden van leningen korter dan 50 jaar worden beschouwd als voldoende vast.

2.4.4 Bodemloze-putlening

Als derde uitzondering die de Hoge Raad geeft in BNB 1988/217 wordt de bodemloze-putlening genoemd. BNB 1988/217 wordt ook wel het Unilever arrest genoemd. In het arrest ging het om de volgende situatie: een moedermaatschappij had aan haar in het buitenland gevestigde noodlijdende dochtermaatschappij t/m 1980 leningen verstrekt. Vanwege de ongunstige gang van zaken bij de dochter heeft de moedermaatschappij op 31 december 1980 een voorziening ten laste van haar winst gebracht. De inspecteur heeft deze voorziening bij de moedermaatschappij niet aanvaard omdat naar zijn oordeel de verstrekte gelden niet als geldleningen konden worden aangemerkt maar gezien dienen te worden als een informele kapitaalstorting van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij. Volgens de Hoge Raad is in beginsel de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking beslissend voor de fiscale gevolgen. Daarnaast geeft de Hoge Raad aan dat de civielrechtelijke vorm wordt losgelaten als een belastingplichtige in zijn positie van aandeelhouder in een vennootschap, waarin hij een deelneming heeft¹⁹, aan deze vennootschap een lening verstrekt onder zodanige voorwaarden/omstandigheden dat voorafgaand aan het verstrekken van de lening vaststaat dat de lening niet of niet voor het gehele bedrag terugbetaald kan/zal worden. De gelden verlaten hierdoor (geheel of gedeeltelijk) blijvend het vermogen van de belastingplichtige. Ook hier hadden partijen bij het aangaan van de lening in werkelijkheid andere bedoelingen dan zij in werkelijkheid doen voorkomen.

¹⁸ HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82, r.o. 3.2.

¹⁹ Artikel 13 Wet VPB 1969.

2.4.5 Tussentijdse wijziging van leningsvoorwaarden

Wat is het gevolg van het tussentijds wijzigingen van de leningsvoorwaarden voor de kwalificatie van de lening? J. van Strien²⁰ leidt uit het arrest BNB 1997/42²¹ af dat (ingrijpende) wijzigingen van de leningsvoorwaarden met zich kunnen brengen dat een lening moet worden geherkwalificeerd tot kapitaal. Dit betekent volgens van Strien dat de uitzonderingen ‘aanstonds duidelijk’ zich niet alleen bij de creatie van een lening kan voordoen, maar ook bij een dusdanige wijziging van de leningsvoorwaarden dat het karakter van de lening wezenlijk verandert.²² Naar de mening van Van Strien leidt de wijziging van leningswaarden eerder tot het ontstaan van een deelnemerschapslening, dan tot het ontstaan van een schijnlening.

2.5 Samenvatting

Voor ondernemers bestaat er een prikkel om hun onderneming te financieren met zoveel mogelijk vreemd vermogen. De rente die over een lening verschuldigd is, is immers aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting. Dit in tegenstelling tot de vergoeding die betaald wordt over het eigen vermogen. Dividend is voor de vennootschapsbelasting niet aftrekbaar. Uit rechtspraak van de Hoge Raad kan geconcludeerd worden dat de civielrechtelijke vorm van een lening doorslaggevend is. Wanneer er civielrechtelijk sprake is van een lening dan wordt de lening ook fiscaal, voor de heffing van de vennootschapsbelasting, zo aangemerkt.

Op de hoofdregel, dat de civielrechtelijke leningsvorm doorslaggevend is, zijn drie uitzonderingen te maken: partijen hebben in wezen bedoeld om eigen vermogen te verstrekken (schijn en wezen), er is sprake van een deelnemerschapslening of er is sprake van een bodemloze-putlening. Er is sprake van een deelnemerschapslening als cumulatief voldaan is aan de volgende eisen: er is sprake van een winstafhankelijke vergoeding, er is sprake van een achterstelling bij concurrente schuldeisers en de schuld heeft een looptijd van langer dan vijftig jaar met een opeisbaarheid bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie. Als sprake is van één van voorgenoemde uitzonderingen op de hoofdregel dan is geen sprake van een verstrekking van vreemd vermogen (schuld) maar dan is er sprake van een verstrekking van eigen vermogen (kapitaalverstrekking).

In hoofdstuk drie zal nader worden ingegaan op de onzakelijke lening binnen de vennootschapsbelasting, waarin verschillende elementen uit dit hoofdstuk terug zullen komen.

²⁰ J. van Strien, ‘Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting’ Deventer, 2007, Kluwer, pag. 119.

²¹ Hoge Raad 4 september 1996, nr. 31.067, BNB 1997/42.

²² In gelijke zin met de noot van Essers bij BNB 1997/42.

3. De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting

3.1 Inleiding

De Hoge Raad heeft op 9 mei 2008 een spraakmakend arrest gewezen betreffende de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting.²³ Wat is de invloed binnen de vennootschapsbelasting van dit arrest en hoe dient er binnen de vennootschapsbelasting te worden omgegaan met conclusies die de Hoge Raad heeft opgesomd?

In paragraaf 3.2 start ik met de definitie van een onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting. Eerst geef ik een korte inleiding gevolgd door een beschrijving van het totaalwinstbegrip. Bij de bespreking van de onzakelijke lening zal ik een onderscheid maken tussen onzakelijkheid die schuil kan gaan in de vergoeding voor de lening en onzakelijkheid die schuil kan gaan in leningsvoorwaarden die niet door een vergoeding kunnen worden gecompenseerd. In paragraaf 3.3 zal ik het onzakelijke leningsarrest van de Hoge Raad bespreken waarbij ook de invloed van de hoogte van de rentevergoeding op de eventuele onzakelijkheid van de lening aan bod komt. In paragraaf 3.4 zal ik de nadruk leggen op het tijdstip van ontstaan van een onzakelijke lening. Vervolgens zal ik in paragraaf 3.5 de gevolgen van de tussentijdse wijziging van de leningsvoorwaarden bespreken. Hierbij zal ik een recent arrest van Hof Arnhem bespreken en deze uitspraak vergelijken met de uitspraak van de Hoge Raad (BNB 2008/191). De afsluiting van dit hoofdstuk wordt gevormd door een samenvatting.

3.2 Onzakelijke lening (at arm's length-beginsel)

3.2.1 Inleiding

Als sprake is van een 'echte' lening, zowel civielrechtelijk als fiscaal, dan rijst de vraag naar de invloed van het motief bij de verstrekking daarvan. Hof Arnhem²⁴ blijkt van mening dat primair het motief van de geldverstrekking van de crediteur aan de debiteur onzakelijk was. Subsidiair ging Hof Arnhem in op de voorwaarden die waren verstrekt door de debiteur ten aanzien van de verstrekte geldlening.²⁵ De Hoge Raad gaat alleen in op het subsidiaire deel van Hof Arnhem, de Hoge Raad gaat niet in op het motief van de geldverstrekking:

'Het Hof heeft geoordeeld dat, voor het geval belanghebbende gevolgd zou kunnen worden in haar stelling dat de geldverstrekking aan Holding is aangegaan vanuit een zakelijk motief, de vormgeving van de geldverstrekking iedere zakelijkheid ontbeert.'²⁶

²³ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191.

²⁴ Hof Arnhem 22 december 2006, nr. 04/0988, NTFR 2007/290.

²⁵ Hof Arnhem 22 december 2006, nr. 04/0988, NTFR 2007/290, r.o. 4.2.

²⁶ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, r.o. 3.2.

Nu er fiscaalrechtelijk sprake is van een echte lening en er een zakelijk motief aanwezig is, dient binnen de vennootschapsbelasting nog toetsing op basis van het ‘at arm’s length-beginsel’ plaats te vinden (onzakelijke elementen dienen te worden geëlimineerd). De onzakelijkheid kan schuil gaan in de vergoeding die door partijen wordt ‘betaald’. Daarnaast kan de onzakelijkheid schuil gaan in het debiteurenrisico dat door de crediteur wordt gelopen.

3.2.2 Onzakelijke elementen

Om de totaalwinst²⁷ juist te berekenen dienen gelieerde partijen onderling te handelen onder dezelfde voorwaarden zoals tussen onafhankelijke derden gebruikelijk zou zijn, zie artikel 8b Wet VPB 1969. Partijen dienen ‘at arm’s length’ te handelen. Onzakelijke elementen dienen te worden gecorrigeerd. Onzakelijke elementen zijn onder andere:

- Het niet verstrekken van zekerheden;
- De rentevergoeding is te laag;
- Er is geen aflossingsschema opgesteld;
- Er wordt geen rente berekend;
- Tussen partijen is geen schriftelijke overeenkomst opgesteld inzake de geldlening.

3.2.2.1 Gelieerdheid

Er is alleen een winstcorrectie mogelijk (als niet ‘at arm’s length’ wordt gehandeld) op grond van artikel 8b Wet VPB 1969 als er sprake is van gelieerdheid tussen partijen. Wat is nu gelieerdheid? Lid 1 en lid 2 van artikel 8b Wet VPB geven aan wat onder gelieerdheid wordt verstaan. Er is sprake van verticale 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.²⁸ De verhouding tussen een moedervenootschap en een dochtervenootschap is een voorbeeld van verticale gelieerdheid. Van horizontale gelieerdheid is sprake 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.²⁹ Een verhouding tussen twee zustervenootschappen kan worden gezien als horizontale gelieerdheid. Als vennootschappen er niet zeker van zijn of er sprake is van gelieerdheid op grond van artikel 8b lid 1 en lid 2 Wet VPB 1969 dan is het mogelijk om vooraf zekerheid te verkrijgen bij de inspecteur.³⁰

3.2.3 Onzakelijke lening

Het begrip ‘onzakelijke lening’ is erg ruim. Allereerst kan de ‘onzakelijkheid’ schuil gaan in de vergoeding die wordt betaald voor de lening, overigens wordt dan niet gesproken van een lening die

²⁷ Artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969.

²⁸ Artikel 8b lid 1 Wet VPB 1969.

²⁹ Artikel 8b lid 2 Wet VPB 1969.

³⁰ Kamerstukken II, 2001/2002, 28 034, nr. 5, pag. 47.

onzakelijk is in de zin van arrest Hoge Raad 9 mei 2008. Via de vaststelling van een informele kapitaalstorting of via een verkapte winstuitkering wordt deze onzakelijkheid van de vergoeding hersteld indien en voor zover de onzakelijkheid ziet op de aandeelhoudersrelatie. Daarnaast kan de onzakelijkheid schuil gaan in andere voorwaarden die niet door een vergoeding worden gecompenseerd.

3.2.3.1 Onzakelijk debiteurenrisico

Naast dat de onzakelijkheid schuil kan gaan in de vergoeding die wordt betaald voor de lening, kan de onzakelijkheid ook schuil gaan in voorwaarden die niet door een hogere of lagere vergoeding worden gecompenseerd. Mijn scriptie zal deze variant bespreken. Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad 9 mei 2008 is het begrip ‘onzakelijke lening’ geïntroduceerd:

‘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.’³¹

Het begrip onzakelijke lening ziet op de situatie van een geldverstrekking door een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij die onder zodanige voorwaarden en omstandigheden heeft plaatsgevonden dat daarbij door de dochtermaatschappij een debiteurenrisico wordt genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Het debiteurenrisico wordt aanvaard met de bedoeling het belang van de aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Het gaat dus vooral om het ongeoorloofd debiteurenrisico wat een onafhankelijke derde nooit zou hebben aanvaard. De onzakelijkheid gaat dus schuil in het debiteurenrisico en niet in de vergoeding die door de partijen wordt ‘betaald’ zoals hierboven werd besproken. In paragraaf 3.3 zal het arrest van de Hoge Raad 9 mei 2008, BNB 2008/191, verder worden uitgewerkt en besproken.

Kan een als onzakelijk gekwalificeerde lening, vanwege een onzakelijk debiteurenrisico, worden gelijkgesteld met een bodemloze-putlening zoals omschreven in paragraaf 2.5? Bij een bodemloze-putlening is al bij de verstrekking van de lening duidelijk dat het verstrekte geld niet kan worden terugbetaald door de debiteur. Deze gelden hebben, direct bij de verstrekking, het vermogen van de

³¹ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

crediteur verlaten. Deze ‘lening’ dient fiscaalrechtelijk te worden geherkwalificeerd als kapitaalverstrekking door de crediteur aan de debiteur. In hoofdstuk vier zal ik dieper ingaan op de vraag of een lening met een onzakelijk debiteurenrisico onder de criteria van de bodemloze-putlening valt.

3.3 Het onzakelijke leningsarrest, Hoge Raad 9 mei 2008, BNB 2008/191

3.3.1 Beschrijving van de casus

Belanghebbende is opgericht in 1992 en maakt als holdingvennootschap deel uit van de A-groep. De aandelen van belanghebbende zijn (tegen uitgifte van certificaten van aandelen) overgedragen aan een stichting administratiekantoor. Haar (certificaten van) aandelen zijn in handen van leden van familie C en familie D. Familie D wil haar certificaten verkopen. In verband met de reorganisatie wordt in 1995 F bv (hierna F) opgericht. F is een overnamevennootschap. Er was namelijk een gebrek aan financiële middelen bij de andere certificaathouders. De wens van een aantal certificaathouders was om belangen in F en belanghebbende af te stoten. De overnamevennootschap heeft de certificaten gekocht voor ruim 10 miljoen gulden. Deze 10 miljoen is door belanghebbende geleend aan de overnamevennootschap F. Omdat F niet beschikte over andere activa of financiering, zou de lening worden afgelost uit een te genereren dividendstroom uit belanghebbende. De lening werd door belanghebbende aangemerkt als rekening-courant (het saldo liep op tot 13 miljoen gulden). Er is nooit een schriftelijke leningsovereenkomst opgemaakt tussen belanghebbende en F, daarnaast is er geen aflossingsschema opgesteld en zijn er ook geen zekerheden gevraagd of verstrekt. Rente werd er wel betaald. Het resultaat van de A-groep is in de periode 1996-2000 in totaal 24 miljoen gulden negatief. Ook het eigen vermogen van belanghebbende is vanaf het jaar 1997 negatief. Vanuit de A-groep is nooit dividend uitgekeerd aan de overnameholding. Belanghebbende heeft in 2002 de vordering afgewaardeerd met een bedrag van 2 miljoen gulden. De inspecteur is van mening dat deze afwaardering niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Hof Arnhem oordeelde dat een onafhankelijke derde onder deze omstandigheden een geldlening niet zou zijn aangegaan. De lening kan dus niet als zakelijk worden bestempeld om deze reden kan het afwaarderingsverlies op de vordering niet ten laste van het resultaat gebracht worden door belanghebbende. De Hoge Raad volgde het oordeel van het Hof. De Hoge Raad achtte van belang dat er geen schriftelijke leningsovereenkomst en aflossingsschema was opgesteld en dat er daarnaast geen zekerheden waren gevraagd of verstrekt. 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.³²

3.3.2 Afwaarderingsverlies

Geconcludeerd wordt dat een afwaarderingsverlies op een vordering niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht bij de crediteur omdat deze crediteur een zodanig debiteurenrisico heeft genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. De Hoge Raad oordeelt dat belanghebbende haar aandeelhouder heeft willen dienen. Alleen om deze reden heeft belanghebbende dit debiteurenrisico aanvaard:

‘’s Hofs oordeel dat een onafhankelijke derde onder de door het Hof geschetste omstandigheden de geldlening niet zou zijn aangegaan, is van feitelijke aard, en niet onbegrijpelijk in het licht van de door het Hof daarbij in aanmerking genomen omstandigheden – in het bijzonder het niet gevraagd en verstrekt zijn van zekerheid –, en gelet op de omstandigheid dat Holding, die over geen andere activa of een andere financiering beschikte, de lening van belanghebbende zou moeten aflossen uit een te genereren dividendstroom uit onder meer belanghebbende. Uit ’s Hofs oordeel vloeit voort dat – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan moet worden uitgegaan dat belanghebbende het volle debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van Holding in haar hoedanigheid van aandeelhouder te dienen. Het enkele feit dat Holding geen meerderheidsaandeelhouder van belanghebbende was, doet hieraan niet af. Uit ’s Hofs uitspraak of de stukken van het geding blijkt niet dat feiten of omstandigheden zijn vastgesteld of aangevoerd, waaraan de conclusie kan worden verbonden dat hier sprake is van bijzondere omstandigheden als hiervoor bedoeld.³³

De Hoge Raad somt in de hierboven vermelde rechtsoverweging drie omstandigheden op waaruit blijkt dat belanghebbende zich heeft blootgesteld aan een debiteurenrisico op grond van aandeelhoudersmotieven:

- Niet vragen en niet verstrekken van zekerheden;
- De lening zou afgelost moeten worden uit een te genereren dividendstroom uit onder meer belanghebbende; en
- De debiteur beschikte alleen over aandelen in belanghebbende en niet over andere activa.

³² Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

³³ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, r.o. 3.5.

3.3.3 Invloed van de hoogte van de rentevergoeding

In het arrest BNB 2008/191 wordt niet ingegaan op de invloed van de hoogte van de rentevergoeding op de eventuele onzakelijkheid van de lening.

Als aan een lening verstrekt door de crediteur nauwelijks debiteurenrisico kleeft, dit kan zich voordoen als de debiteur over voldoende activa of zekerheden beschikt, zal er een zakelijke rente/marktconforme rente worden berekend. Ook is het mogelijk dat een crediteur bij het verstrekken van een lening aan de debiteur een debiteurenrisico loopt. Dit kan zich voordoen als de debiteur onvoldoende zekerheden kan verstrekken. Is het mogelijk om dit debiteurenrisico te corrigeren door een hogere rentevergoeding in aanmerking te nemen? De auteurs van de Cursus Belastingrecht stellen eveneens deze vraag:

‘Naar aanleiding van BNB 2008/191 is daarom ook de vraag opgekomen of bij het ontbreken van reële zekerheden kan worden gecompenseerd door (fiscaal) een hogere rente in aanmerking te nemen.’³⁴

De auteurs van Cursus Belastingrecht zijn van mening dat het bedingen van een hogere rente mogelijk is binnen een bepaalde bandbreedte waarbij de hoogte van de rentevergoeding een juiste weerspiegeling geeft van het risico wat is verbonden aan de lening. Als het risico toeneemt dan kan, volgens hen een (nog) hoger rentepercentage niet meer de taak van zekerheden overnemen.

Albert beschrijft in zijn noot bij arrest BNB 2008/191 het volgende:

‘Wanneer de onzakelijkheid bestaat uit een gebrek aan zekerheden voor de crediteur, zou men de opvatting kunnen huldigen dat de onzakelijkheid opgeheven moet worden door met een hogere rente dan de overeengekomen rente te rekenen (anders gezegd: gegeven het debiteurenrisico is de overeengekomen rente niet ‘at arm’s length’). Voorgaande opvatting is naar zijn mening onjuist. Uit de totaalwinstconceptie (het onttrekkingenbegrip) vloeit niet noodzakelijkerwijs voort dat onzakelijkheid door een rentecorrectie wordt opgeheven. Opheffing kan geschieden door het verlies te elimineren dat het gevolg is van het op onzakelijke gronden gelopen debiteurenrisico zie hiervoor r.o. 3.4 van het arrest BNB 2008/191.’

Egelie meent dat een lening zonder reële zekerheden niet at arm’s length gemaakt kan worden door de rente te verhogen.³⁵ Rente en zekerheden moeten los van elkaar worden gezien. Volgens Egelie draagt

³⁴ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., ‘Cursus Belastingrecht Studenteneditie 2009-2010’, Deventer, 2009, Kluwer, pag. 94.

rente een ‘risico-element’ in zich. Toch kan een hogere rente naar zijn mening niet de aan zekerheden verbonden functie ‘overnemen’, tenzij bijvoorbeeld als (min of meer verkapte) zekerheid een rente van 50% wordt overeengekomen met de garantieg dat de debiteur die kan en zal betalen. Volgens Egelie dienen zekerheden als garantie voor de terugbetaling van de hoofdsom, rente vervult in dat licht slechts een ondergeschikte functie. Egelie haalt het volgende voorbeeld aan: als een debiteur geen adequate zekerheden kan bieden, neemt het risico voor de crediteur onevenredig toe wanneer de crediteur ter compensatie van het geleden risico een extra hoge rente bedingt, immers als de debiteur in financiële problemen komt dan kan hij ook de rente niet meer betalen. Ook in dat geval krijgt de crediteur zijn geld niet en vormt het gebrek aan zekerheden toch een probleem. Egelie concludeert dat een crediteur die zakelijk handelt normaal bij een gebrek aan zekerheden geen geld zal verstrekken, ongeacht welke rentevergoeding de debiteur aan de crediteur toezegt.

In tegenstelling tot Egelie zijn Molenaars en De Boer van mening dat een lening zonder reële zekerheden wel at arm’s length te maken is door de rente te verhogen op een lening:

‘Een correctie van onzakelijke voorwaarden van leningen in gelieerde verhoudingen op grond van het totaalwinstbegrip of het at arm’s length-beginsel is mogelijk door bijstelling van overeengekomen of daadwerkelijk gehanteerde rentevergoedingen.’³⁶

Deze auteurs vinden dat er aan een rentecorrectie een ‘natuurlijke grens’ zit. Volgens Molenaars en De Boer zal op een bepaald moment een zakelijk handelende crediteur vanaf een bepaald bedrag niet meer bereid zijn enige financiering te verstrekken als hij niet over voldoende zekerheden beschikt.

Molenaars en De Boer concluderen dat als er geen zekerheden worden verstrekt, er sprake zal zijn van een onzakelijke aanvaarding van debiteurenrisico’s. Een eventueel afwaarderingsverlies (die ziet op het gelopen risico) kan niet ten laste van het resultaat worden gebracht.

Ook Engelen en Van Scharenburg concluderen dat een lening waarbij geen reële zekerheden zijn verstrekt door de debiteur at arm’s length gemaakt kan worden door de rente te verhogen op de lening.³⁷ Volgens hen is het voor de fiscale winstbepaling van essentieel belang onderscheid te maken tussen een onzakelijke lening enerzijds en een zakelijke lening met een onzakelijke rente anderzijds. Op grond van het arrest BNB 2008/191 valt te concluderen dat het verstrekken van een lening onzakelijk is als onder dezelfde omstandigheden een onafhankelijke derde de lening niet zou hebben verstrekt. Engelen en Van Scharenburg stellen dat dit zou betekenen dat als een onafhankelijke derde

³⁵ W.F.E.M. Egelie, ‘De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting’, NTFR 2008/2375.

³⁶ M.L. Molenaars en R.A. de Boer, ‘Het onzakelijke leningsarrest van 9 mei 2008; een exegese’, MBB 2008/10.

³⁷ F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, ‘Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting’, WFR 2008/705.

tegen een hogere of lagere rentevergoeding, onder dezelfde omstandigheden, bereid zou zijn geweest een lening te verstrekken, het verstrekken van de lening op zichzelf niet onzakelijk is.

Over de vraag of een lening zonder reële zekerheden arm's length gemaakt kan worden door de rente te verhogen zijn de meningen in de literatuur dus sterk verdeeld. Persoonlijk kan ik mij volledig vinden in het standpunt van Molenaars en de Boer. Naar mijn mening zit er tussen het risico dat een crediteur loopt bij het verstrekken van een lening aan de debiteur en de in aanmerking genomen rentevergoeding een bepaalde grens. Tot op een bepaalde hoogte zal een crediteur bereid zijn om een lening te verstrekken aan de debiteur met inachtneming van een hogere rentevergoeding voor het te lopen risico. Waar deze grens van compenserende rentevergoedingen precies ligt, is afhankelijk van verschillende factoren bij de debiteur, onder andere in welke branche hij zich bevindt en wat zijn solvabiliteitspositie is. Van belang is dat er enige zekerheden worden verstrekt aan de crediteur. Als er helemaal geen zekerheden worden verstrekt dan ben ik van mening dat er sprake is van een onzakelijke lening waarbij het afwaarderingsverlies niet in aanmerking kan worden genomen bij de berekening van de fiscale winst, zie het arrest BNB 2008/191. Voor de belastingdienst/gerechtelijke macht zal het lastig zijn om te beoordelen tot op welke hoogte een gebrek aan zekerheden gecompenseerd kan worden door een hogere rentevergoeding in aanmerking te nemen, er is immers geen onafhankelijke derde te vinden die een dergelijke lening zal verstrekken. Een comparable uncontrolled price (CUP) is niet voorhanden.³⁸ De rechter zal mijns inziens dan ook een beoordelingskader dienen te maken alvorens zich uit te spreken waar deze grens exact ligt.

Op 12 december 2008 heeft Rechtbank Haarlem³⁹ toegestaan dat een crediteur wordt gecompenseerd met een hoger rentepercentage omdat er zekerheden ontbraken bij de debiteur. Rechtbank Haarlem geeft aan dat het niet ongebruikelijk is dat een hogere rente wordt overeengekomen als aan de crediteur geen zekerheden zijn verstrekt. Het ontbreken van zekerheden vond de rechtbank in dit geval onvoldoende om de lening als niet zakelijk te bestempelen. Volledigheidshalve merk ik op dat er een aflossingsschema aanwezig was en dat er geen sprake was van een achterstelling ten opzichte van andere bankleningen.

Uit de uitspraak van Rechtbank Haarlem blijkt dus dat de crediteur, bij het ontbreken van zekerheden, gecompenseerd kan worden door een hogere rente te bedingen bij de debiteur. De staatssecretaris heeft dit bevestigd (Nexia-brief).⁴⁰ De staatssecretaris geeft in deze brief zijn visie op fiscale knelpunten bij verstrekken van leningen in het MKB. De staatssecretaris geeft aan dat als binnen de familiesfeer overeengekomen voorwaarden niet (exact) overeenkomen met de voorwaarden die banken (in niet-

³⁸ Een CUP is een 'verrekenprijs' die berekend wordt alsof tenminste 1 partij niet gelieerd is.

³⁹ Rechtbank Haarlem 12 december 2008, nr. 08/1017, NTFR 2009/714.

⁴⁰ Ministerie van Financiën 22 februari 2010, nr. DGB2010/86U, V-N 2010/12.18.

gelieerde verhoudingen) stellen bij het verstrekken van een lening, dan hoeft dit volgens de staatssecretaris niet te betekenen dat de lening per definitie onzakelijk is. Volgens de staatssecretaris is het mogelijk dat als er onvoldoende zekerheden zijn verstrekt door de debiteur, dit onder bepaalde omstandigheden gecompenseerd kan worden met een hoger rentepercentage. Bij het verstrekken van leningen hanteren banken soms ook een opslagpercentage. De staatssecretaris vindt het lastig om aan te geven waar precies de grenzen loopt, dit dient volgens hem overgelaten te worden aan “de praktijk”. Doordat de staatssecretaris geen grenzen aangeeft, wordt er in de praktijk veel onzekerheid gecreëerd. De praktijk moet zichzelf de vraag stellen waar nu de grens ligt. Dit levert op een bepaald moment zeker meningsverschillen op met de inspecteur met als gevolg dat er een gerechtelijke procedure kan volgen. Ik ben van mening dat je dit soort onzekerheden zoveel mogelijk moet zien te vermijden door een duidelijke ‘grens’ te stellen.

3.4 Tijdstip ontstaan van een onzakelijke lening

3.4.1 Inleiding

Leidt de onzakelijkheid bij het aangaan van lening fiscaalrechtelijk tot problemen, of komen de gevolgen van een onzakelijke lening later aan het licht, bijvoorbeeld bij de afwaardering van de vordering?

3.4.2 Privaatrecht

Het tijdstip waarop de looptijd van de lening aanvangt is het moment waarop de lening wordt aangegaan. Voor dit tijdstip dient gekeken te worden naar het privaatrecht. Bouwman omschrijft een geldlening als een reëel contract.⁴¹ Om deze reden zal volgens Bouwman het tijdstip van het aangaan van de lening het moment zijn waarop de debiteur de beschikking krijgt over de geleende geldsom, dit is het moment waarop de lening in civielrechtelijke zin ontstaat. Ik veronderstel dan ook dat bij het aangaan van de lening, in civielrechtelijke zin, tussen partijen de ‘onzakelijkheid’ aanvangt. Echter zoals in paragraaf 2.4.5 en 3.5 beschreven kan een dusdanig wijziging van de leningsvoorwaarden gedurende de looptijd van de lening tot gevolg hebben dat het karakter van de lening verandert, met als gevolg dat er sprake kan zijn van herkwalificatie van de lening. Bij het aangaan van de lening hoeft de onzakelijkheid nog niet direct voor problemen te zorgen. In civielrechtelijke zin is er immers sprake van een lening. De gevolgen van de onzakelijkheid van de lening kunnen zich later, bijvoorbeeld bij de afwaardering van de vordering voordoen. Volgens Albert in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad 9 mei 2008, BNB 2008/191 is het vaste jurisprudentie dat op het moment dat een onzakelijke lening wordt verstrekt, getoetst moet worden of de lening informeel kapitaal vormt of een winst-/dividenduitdeling. Volgens Albert kan alleen een apert (onmiskenbaar) onzakelijke lening informeel

⁴¹ J.N. Bouwman, ‘Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting’, Den Haag, 2002, SDU, hoofdstuk 2.

kapitaal of winst-/dividenduitdeling vormen, daarom wordt volgens hem een onzakelijke lening bijna altijd fiscaalrechtelijk als lening erkend. In deze scriptie versta ik onder een onzakelijke lening een lening die fiscaalrechtelijk vreemd vermogen vormt en die als onzakelijk geldt in de zin van het arrest BNB 2008/191.

3.5 Tussentijdse wijziging leningsvoorwaarden

3.5.1 Hof Arnhem

Wat is het gevolg van het tussentijds wijzigen van de leningsvoorwaarden? Hof Arnhem heeft zich uitgesproken over een latere verslechtering van de leningsvoorwaarden.⁴² Het betrof de volgende casus: belanghebbende X bv (hierna X) verricht managementwerkzaamheden voor Y Holding bv (hierna Y). De enig aandeelhouder van X bezit een minderheidsbelang in Y. In 1997 heeft X een lening van € 120.000 verstrekt aan Y, rentepercentage 10% en een aflossingsverplichting. Daarnaast heeft een bank in 1997 en 1999 ook een lening verstrekt aan Y. In 2002 zijn de voorwaarden van de lening uit 1997 die X heeft verstrekt aan Y gewijzigd. Het rentepercentage is gewijzigd naar 6%, Y heeft geen aflossingsverplichting meer en de lening wordt achtergesteld bij de leningen die door de bank zijn verstrekt. Eind 2002 bedroeg de waarde van de lening volgens X nihil en daarom wenst X € 113.445 ten laste van haar resultaat te brengen. De inspecteur heeft deze afwaardering geweigerd omdat naar zijn mening de geldverstrekking onder onzakelijke voorwaarden heeft plaatsgevonden. Het Hof is het niet eens met de inspecteur. Het Hof is van mening dat de lening onder zakelijke voorwaarden is aangegaan en dat de wijziging van de voorwaarden in 2002 ook onder zakelijke voorwaarden zijn geschied. Het is, naar het oordeel van het Hof, voor X toegestaan om de lening ten laste van haar resultaat af te waarderen.

3.5.2 Reactie minister

Naar aanleiding van de uitspraak van Hof Arnhem ziet de Minister van Financiën af van een beroep in cassatie.⁴³ De minister kan zich vinden in de gedachtegang van het Hof, maar de minister heeft ook zijn vraagtekens bij de uitspraak van het Hof.

3.5.3 Uitspraak Hof Arnhem in vergelijking met Hoge Raad BNB 2008/191

In onderstaand schema heb ik de overeenkomsten en verschillen tussen de uitspraak van Hof Arnhem en de uitspraak van de Hoge Raad BNB 2008/191 weergegeven. De inspecteur beroept zich in het arrest van Hof Arnhem namelijk op het arrest van de Hoge Raad BNB 2008/191.

⁴² Hof Arnhem 27 april 2010, nr. 09/00092, NTFR 2010/1376.

⁴³ Minister van Financiën 20 juli 2010, nr. DGB2010/3935, NTFR 2010/1908.

Arrest Hof Arnhem	Arrest Hoge Raad BNB 2008/191
Aandelenbezit Belanghebbende is in het bezit van 32.5% van de aandelen in de debiteur. Er was geen sprake van een financiële of familiale band. Kok geeft in zijn commentaar bij NTFR 2010/1376 aan dat het niet gebruikelijk is dat belanghebbende onzakelijk zou handelen omdat hij dan de overige 67.5% van de aandeelhouders zou bevoordelen.	Aandelenbezit Er was sprake van een overnameholding die een lening is aangegaan bij haar belanghebbende. Aandelenbezit van de overnameholding in belanghebbende is 23.1%.
At arm's length-beginsel Hof Arnhem beroept zich op het at arm's length-beginsel en op het niet verstrekken van zekerheden door de debiteur.	At arm's length-beginsel De Hoge Raad beroept zich op het at arm's length-beginsel en op het niet verstrekken van zekerheden door de debiteur.
Invloed rentevergoeding Er ontbraken zekerheden aan de zijde van de debiteur. Hof Arnhem is van mening dat het ontbreken van zekerheden gecompenseerd kan worden door een hogere rentevergoeding in aanmerking te nemen. ⁴⁴	Invloed rentevergoeding Er ontbraken zekerheden aan de zijde van de debiteur. De Hoge Raad gaat niet in op de invloed van de hoogte van de rentevergoeding op de eventuele onzakelijkheid van de lening.
Motiefvereiste Hof Arnhem legt sterk de nadruk op de motieven die belanghebbende kan hebben bij de verslechterende voorwaarden. Belanghebbende verrichtte managementdiensten bij de debiteur daarom is Hof Arnhem van mening dat belanghebbende zich soepel op kan stellen met betrekking tot aflossingen, achterstellingen en rentebetalingen als het voortbestaan van de debiteur in gevaar komt.	Motiefvereiste De Hoge Raad gaat niet in op het motiefvereiste dat belanghebbende kan hebben bij het verstrekken van een geldlening.

Na het vergelijken van de uitspraak van Hof Arnhem en die van de Hoge Raad is naar mijn mening het eindoordeel dat zowel het Hof als de Hoge Raad veel waarde hechten aan het niet verstrekken van zekerheden door de debiteur. Hof Arnhem gaat in tegenstelling tot de Hoge Raad duidelijk in op de invloed van de rentevergoeding en het motiefvereiste wat belanghebbende kan hebben. Ik ben van mening dat de uitspraak van Hof Arnhem dieper ingaat op de problemen waar ook de praktijk mee

⁴⁴ Hof Arnhem 27 april 2010, nr. 09/00092, NTFR 2010/1376, r.o. 4.5.

worstelt, voornamelijk rondom de invloed van de rentevergoeding en het motiefvereiste wat belanghebbende kan hebben. Concluderend ben ik van mening dat de uitspraak van Hof Arnhem vollediger is.

3.6 Samenvatting

Om de totaalwinst juist te berekenen dienen gelieerde partijen onderling te handelen zoals tussen onafhankelijke derde gebruikelijk zou zijn. Partijen dienen at arm's length te handelen. Onzakelijke elementen dienen geëlimineerd te worden en behoren niet tot de totaalwinst, hierbij gaat het om handelingen die op aandeelhoudersmotieven berusten. Het begrip onzakelijke lening is erg ruim. De onzakelijkheid kan schuil gaan in de vergoeding die wordt betaald, daarnaast kan de onzakelijkheid ook schuil gaan in andere voorwaarden die niet door een vergoeding worden gecompenseerd. Er is dan sprake van een onzakelijk debiteurenrisico wat door de crediteur wordt genomen. Er wordt een debiteurenrisico genomen, bij de verstrekking van een lening dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen/aanvaard.

De Hoge Raad heeft in BNB 2008/191 het begrip 'onzakelijke lening' geïntroduceerd. De Hoge Raad oordeelde dat een lening onder zodanige voorwaarden en omstandigheden is verstrekt dat daarbij, door die vennootschap, een debiteurenrisico wordt genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen/aanvaard. Het debiteurenrisico is aanvaard met de bedoeling om het belang van haar aandeelhouder te dienen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een verlies op een geldlening onder deze omstandigheden niet in mindering op de winst kan worden gebracht. In het arrest BNB 2008/191 gaat de Hoge Raad niet in op de invloed van de hoogte van de rentevergoeding op de onzakelijke lening. Verschillende auteurs hebben hun mening over de invloed van de hoogte van de rentevergoeding op een eventuele onzakelijke lening.

Het tijdstip van ontstaan van een onzakelijke lening is naar mijn mening het moment waarop de lening in civielrechtelijke zin wordt aangegaan. Bij het aangaan van de lening hoeft de onzakelijkheid nog niet direct voor problemen te zorgen. De gevolgen van de onzakelijkheid van de lening kunnen zich later, bijvoorbeeld bij de afwaardering van de vordering voordoen. Hof Arnhem is van mening dat het tussentijds wijzigen van de leningsvoorwaarden in specifieke gevallen niet leidt tot een onzakelijk handelen. Het Hof is van mening dat het ontbreken van zekerheden gecompenseerd kan worden door een hogere rentevergoeding in aanmerking te nemen. Daarnaast is Hof Arnhem, in tegenstelling tot de Hoge Raad, van mening dat belanghebbende een duidelijk motief heeft om akkoord te gaan met de verslechterende leningsvoorwaarden omdat belanghebbende managementdiensten verricht bij de debiteur.

4. De plaats die een lening met een onzakelijk debiteurenrisico inneemt binnen de vennootschapsbelasting

4.1 Inleiding

In hoofdstuk drie heb ik de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting besproken. Centraal stond het arrest BNB 2008/191, ook bekend als het certificaathouders-uitkoop arrest. Menig auteur heeft zijn mening gegeven over deze uitspraak van de Hoge Raad. Ook Advocaat Generaal Wattel heeft uitvoerige conclusies geschreven over de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting naar aanleiding van arresten die zijn gewezen door verschillende hoven.⁴⁵ Hij probeert in zijn conclusies de lening met een zodanig debiteurenrisico te plaatsen in de fiscale wereld.

In dit hoofdstuk onderzoek ik de plaats van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191 in de vennootschapsbelasting, hierbij zal ik gebruik maken van meningen uit de literatuur. Eerst ga ik bespreken of er sprake kan zijn van een onzakelijke lening ‘omlaag’, BNB 2008/191 ziet immers op een lening ‘omhoog’. Vervolgens zal ik bespreken of een lening met een onzakelijk debiteurenrisico thuishoort in het herkwalficatie rijtje leningen van het arrest BNB 1988/217. Aansluitend zal ik beoordelen of er sprake is van een kapitaalstorting/winstuitdeling bij het aangaan van de lening.

4.2 Geldt BNB 2008/191 ook voor een lening ‘omlaag’?

Het certificaathouders-uitkoop arrest ziet op een lening ‘omhoog’ (van een dochtermaatschappij aan een moedermaatschappij). Geldt BNB 2008/191 ook voor de lening ‘omlaag’? Hof Arnhem is van mening dat een onzakelijke lening ook in de situatie ‘omlaag’ kan plaatsvinden:⁴⁶

‘(.....) heeft belanghebbende naar het oordeel van het Hof onder zodanige voorwaarden en omstandigheden een lening verstrekt aan Y bv, dat zij daarmee een debiteurenrisico op zich heeft genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd. Dit debiteurenrisico heeft belanghebbende enkel in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Y bv willen aanvaarden.’⁴⁷

Tegen de uitspraak van Hof Arnhem is beroep in cassatie ingesteld. Op dit moment is het afwachten of de Hoge Raad haar arrest BNB 2008/191 ook van toepassing acht op een lening ‘omlaag’. Naast deze

⁴⁵ A-G Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, A-G Wattel, 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14 en A-G Wattel, 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05394, V-N 2011/41.15.

⁴⁶ Hof Arnhem 19 november 2008, nr. 08/00035, NTFR 2008/2437.

⁴⁷ Hof Arnhem 19 november 2008, nr. 08/00035, NTFR 2008/2437, r.o. 4.5.

uitspraak heeft Hof Arnhem op 26 oktober 2010⁴⁸ en Hof Amsterdam op 31 maart 2011⁴⁹ een arrest gewezen waarbij het ging om een lening ‘omlaag’.

Wattel heeft naar aanleiding van de hierboven genoemde uitspraken van Hof Arnhem uitgebreide conclusies geschreven.⁵⁰ Wattel concludeert dat BNB 2008/191 van toepassing is op een lening omlaag met als argument dat bij dergelijke leningen de moeder het debiteurenrisico heeft aanvaard uit haar eigen belang als aandeelhoudster in de dochter.⁵¹ Egelie⁵² en Peeters⁵³ delen dezelfde mening. Niet iedereen kan zich vinden in dit oordeel. Albert⁵⁴, Arts⁵⁵ en Cornelisse en Derkx⁵⁶ zijn van mening dat het arrest BNB 2008/191 niet ziet op een lening omlaag. Hun argumentatie daarbij is dat het arrest BNB 2008/191 is gewezen voor een geval van een verkapte winstuitdeling bij een lening ‘omhoog’. Het onttrekkingenconcept dat verklaart waarom de afwaardering van een onzakelijke lening ‘omhoog’ niet aftrekbaar is, zou niet bruikbaar zijn om een afwaardering bij een lening omlaag tegen te houden.

Ik ben echter van mening dat in de situatie waarin een moedermaatschappij bewust een onzakelijk debiteurenrisico aanvaard bij het verstrekken van een lening aan een dochtermaatschappij, deze keuze vooral wordt gemaakt op grond van haar belang als aandeelhouderster en niet op grond van crediteurenbelang. Ik sluit mij daarom aan bij Wattel, Egelie en Peeters en acht het arrest BNB 2008/191 van toepassing op een lening ‘omlaag’. Vervolgens dient te worden beoordeeld wat de gevolgen zijn bij de crediteur op het moment dat er een onzakelijke lening omlaag wordt verstrekt. De eerste vraag die opduikt is de kwestie van een eventuele herkwalficatie van deze onzakelijke lening.

4.3 Hoort een onzakelijke lening thuis in rijtje van BNB 1988/217 (schijnlening, deelnemerschapslening of bodemloze-putlening)?

4.3.1 Onttrekkingen

Kan een onzakelijke lening worden geherkwalficeerd, waardoor deze lening thuishoort in het rijtje van BNB 1988/217 en er sprake is van een onttrekking. Volledigheidshalve merk ik op dat een onttrekking een ruimer begrip is dan een winstuitdeling. Een onttrekking kan niet worden

⁴⁸ Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00075 en 09/00077.

⁴⁹ Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01224, 08/01226 en 08/01227.

⁵⁰ A-G Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05394 V-N 2011/41.15, A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14.

⁵¹ A-G Wattel, 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 7.2.

⁵² W.F.E.M. Egelie, ‘De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting’, NTFR 2008/2375.

⁵³ P.J.J.M. Peeters, ‘De “onzakelijke lening” bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 – Openstaande rechtsvragen’, WFR 2010/1510, punt 3.1.

⁵⁴ P.G.H. Albert, ‘Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar?’, WFR 2008/1226, punt 5.

⁵⁵ J.H.M. Arts, ‘Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting’, WFR 2009/921, punt 7.

⁵⁶ R.P.C. Cornelisse en G.J.W.M. Derkx, ‘De onzakelijke geldlening (door moeder aan dochter) bestaat niet; wel de onzakelijke investering’, WFR 2011/488.

gelijkgeschakeld met een winstuitdeling, andersom kan dit naar mijn mening wel. Een onttrekking kan worden omschreven als een wijziging van het ondernemingsvermogen zonder dat hiervoor redenen ten grondslag liggen in de bedrijfsvoering. Persoonlijke behoeften spelen hier sterk een rol. Onttrekkingen zijn terug te vinden in artikel 10 Wet VPB 1969, waar de kosten opgesomd staan die bij het bepalen van de winst niet in aftrek komen, de kosten bevinden zich in de niet-winstsfeer. De niet-winstsfeer wordt ook aangeduid als de kapitaalsfeer.

4.3.2 Informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling

In hoofdstuk twee heb ik de herkwalificatie van bepaalde leningen besproken, hierbij stond het arrest BNB 1988/217 van de Hoge Raad centraal. Bij herkwalificatie wordt de verstrekte lening fiscaal beschouwd als een verstrekking van kapitaal waardoor er een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling plaatsvindt waardoor de lening zich in de kapitaalsfeer bevindt.

Kapitaalstorting en winstuitdelingen zijn het gevolg van bepaalde handelingen van de aandeelhouder als zodanig. Het vereiste van een dubbele bewustheid tussen aandeelhouder en lichaam speelt voornamelijk bij de winstuitdeling een rol.⁵⁷ Deze invloed van de aandeelhouder leidt niet tot fiscale winst of verlies want aandeelhoudersmotieven/aandeelhoudershandelingen zijn gericht op persoonlijke motieven en niet op een bepaald ondernemersmotief. Deze aandeelhoudershandelingen bevinden zich niet in de winstsfeer maar in de kapitaalsfeer. Om deze reden worden kapitaalstorting (informele kapitaalstorting) en winstuitdelingen (verkapte winstuitdelingen) geweerd bij de bepaling van de fiscale winst. Eveneens dient er in beginsel sprake te zijn van een definitieve vermogensverschuiving tussen lichamen. Echter, civielrechtelijk is niet altijd sprake van een definitieve vermogensverschuiving bij een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling. Wattel geeft aan dat het ontbreken van een definitieve vermogensverschuiving fiscaalrechtelijk geen bezwaar is voor de constatering van een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling. Als voorbeeld noemt Wattel het arrest BNB 1988/217. Met dat arrest wordt de bodemloze-putlening en de deelnemerschapslening als kapitaal aangemerkt, terwijl civielrechtelijk de terugbetalingsverplichting blijft bestaan. Bij de deelnemerschapslening is de terugbetalingsverplichting zelfs economisch reëel.⁵⁸ Wattel is van mening dat een niet-definitieve vermogensverschuiving zich afspeelt in de kapitaalsfeer, zij het met een voorwaardelijk karakter. Wattel geeft aan dat als niet valt te zeggen of het geld definitief het vermogen van de crediteur heeft verlaten, er wel fiscaalrechtelijk de mogelijkheid bestaat om een potentiële of voorwaardelijke vermogensverschuiving in aanmerking te nemen. Deze potentiële of voorwaardelijke vermogensverschuiving heeft dan tot gevolg dat de mogelijkheid bestaat om de afwaardering op een onzakelijke lening omlaag als een definitieve vermogensverschuiving (althans herkwalificatie) aan te merken op het moment waarop het debiteurenrisico zich realiseert.

⁵⁷ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18.230, BNB 1978/252.

⁵⁸ A-G Wattel, 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14, punt 1.7.

Essentieel is dat moet blijken dat het afgewaardeerde deel van de lening niet zal worden terugbetaald door de crediteur. Op het moment dat blijkt dat de crediteur het bedrag niet meer terug kan betalen gaat de onzakelijke lening (tot op dat moment gewoon vreemd vermogen), al dan niet gedeeltelijk, over in een bodemloze-putlening op grond van BNB 1988/217. Op dat moment is er sprake van een kapitaalstorting (bij een lening omlaag) of een verkapte winstuitdeling (bij een lening omhoog).⁵⁹ In hoofdstuk zes van deze scriptie zal echter blijken dat deze lastige beredenering niet nodig is om het opgeofferde bedrag in de deelneming te verhogen.

Nu duidelijk is wanneer sprake is van een onttrekking, informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling dient de vraag zich aan of er al direct bij aangaan van de onzakelijke lening sprake kan zijn van een herkwalificatie van de lening.

4.3.3 Direct bij aangaan van de lening is sprake van inbreng van informeel kapitaal

Het is mogelijk dat een lening zo onzakelijk is (op het gebied van de vergoeding en de voorwaarden) dat direct bij aanvang al een kapitaalstorting of winstuitdeling in aanmerking moet worden genomen, een herkwalificatie op grond van BNB 1988/217 vindt dan niet plaats. Door de Hoge Raad zijn in het verleden arresten gewezen over situaties waarin de moedermaatschappij haar dochtermaatschappij heeft bevoordeeld vanuit haar positie als aandeelhoudster zodat er sprake is van inbreng van kapitaal, ook al vond er feitelijk geen storting plaats op aandelen. Bij de verstrekking van leningen zal deze aandeelhoudersbevoordeling zich vooral afspelen in de kostensfeer. Het met de lening verstrekte voordeel kan direct bij aanvang al zo onzakelijk zijn dat er feitelijk herkwalificatie van de lening plaatsvindt, door een kapitaalstorting te veronderstellen. Een van de arresten waarin dit speelt is een arrest van de Hoge Raad BNB 1957/165.⁶⁰ Het gehele volgestorte aandelenkapitaal van de dochtermaatschappij was in het bezit van de moedermaatschappij. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het voordeel dat door de dochteronderneming wordt genoten, zijn oorzaak uitsluitend vindt in de verhouding tussen de dochtermaatschappij en de moedermaatschappij, waardoor er in fiscaalrechtelijke zin kapitaal wordt ingebracht. Tussen onafhankelijke derden zou een dergelijke transactie immers niet hebben plaatsgevonden.

De Hoge Raad heeft een soortgelijk arrest gewezen, namelijk het Zweedse-grootmoeder arrest.⁶¹ In dit arrest was eveneens sprake van een lening van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de lening is verstrekt op grond van aandeelhoudersmotieven, dus niet op grond van zakelijke motieven, waardoor de verstrekte lening gezien moet worden als een kapitaalstorting van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij. De Hoge Raad omschrijft in

⁵⁹ A-G Wattel, 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14, punt 5.13 en 6.15.

⁶⁰ Hoge Raad 3 april 1957, nr. 13.084, BNB 1957/165.

⁶¹ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18.230, BNB 1978/252.

dit arrest duidelijk het bewustheidsvereiste wat tussen lichamen aanwezig dient te zijn wil er sprake zijn van een winstuitdeling:

‘Dat het Hof aan het door hem vastgestelde feit dat A om redenen van concernbelang geen rente heeft bedongen de betekenis heeft toegekend, dat A in haar kwaliteit van grootmoedermaatschappij de dochtermaatschappij van belanghebbende - waarmee belanghebbende blijkens 's Hofs uitspraak een fiscale eenheid vormde - met de rente, die zij had kunnen bedingen en buiten die kwaliteit ook zou hebben bedongen, bewust heeft willen bevoordelen.’

Is het mogelijk dat een onzakelijke lening direct bij het verstrekken dient te worden aangemerkt als een informele kapitaalstorting? Van der Geld is van mening dat een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191 inderdaad zo gekwalificeerd dient te worden.⁶² Hij is van mening dat er een aansluitende (zonder tussencategorie) grens loopt tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen zonder niemandsland. Deze grens is volgens hem duidelijk geworden in de door de Hoge Raad gewezen arresten BNB 1998/208⁶³ en 1999/176⁶⁴. Van der Geld merkt het volgende op:

‘Een wat vreemde eend in de bijt is het arrest van de Hoge Raad 9 mei 2008, V-N 2008/23-14 (PdJ: BNB 2008/191). In dit arrest werd een lening door de Hoge Raad als onzakelijk behandeld zonder expliciete kwalificatie als eigen vermogen. Het is mij vooralsnog niet goed duidelijk wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld en heeft willen bereiken met het niet kwalificeren van een onzakelijke lening als eigen vermogen.’⁶⁵

Vervolgens geeft Van der Geld, in zijn noot bij arrest BNB 2004/265⁶⁶, aan dat hoe onzakelijker de transactie is tussen lichamen hoe eerder er sprake is van handelen in de kapitaalsfeer. In BNB 1960/3⁶⁷ en BNB 1963/293⁶⁸ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat niet iedere transactie die op grond van zakelijke voorwaarden is afgesloten automatisch tot de winstsfeer behoort. Van der Geld vindt dat een onzakelijke lening direct gekwalificeerd moet worden als vreemd vermogen of direct als eigen vermogen. Hij vindt dat er maar weinig ruimte is voor het überhaupt duiden van rechtshandelingen, thuishorend in de kapitaalsfeer:

⁶² J. van der Geld, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED, fiscale studieresie’, Deventer, 2008, Kluwer, pag. 79.

⁶³ Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32.240, BNB 1998/208.

⁶⁴ Hoge Raad 17 februari 1999, nr. 34.151, BNB 1999/176.

⁶⁵ J. van der Geld, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED, fiscale studieresie’, Deventer, 2008, Kluwer, pag. 79.

⁶⁶ Hoge Raad 12 december 2003, nr. 38.124, BNB 2004/265.

⁶⁷ Hoge Raad 11 november 1959, nr. 14.052, BNB 1960/3.

⁶⁸ Hoge Raad 26 juni 1963, nr. 15.055, BNB 1963/293.

‘Mijns inziens kan men slechts kapitaalmutaties (stortingen en terugbetaling van eigen vermogen) alsmede het verschuldigd worden van dividend beschouwen als zo hecht verbonden aan het aandeelhouderschap als zodanig dat het in de kapitaalsfeer gesitueerd moet worden.’

Met de term informele kapitaalstorting wordt duidelijk gemaakt dat er geen sprake is van fiscale winst: kapitaalmutaties blijven voor de bepaling van het fiscale resultaat immers buiten beschouwing. Gevolg van deze informele kapitaalstorting is dat de fiscale boekwaarde van de dochtermaatschappij wordt verhoogd met het bedrag van de informele kapitaalstorting. Voor de moedermaatschappij betekent dit dat zij het opgeofferd bedrag in de dochtermaatschappij zal verhogen met het bedrag van de informele kapitaalstorting.

De Hoge Raad heeft in BNB 2008/191 niet toegestaan dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening ten laste van de fiscale winst kan worden gebracht. De vervolgvraag die ik in het verdere verloop van mijn scriptie ga behandelen, is of er bij de dochtermaatschappij (bij een onzakelijke lening omlaag) op een bepaald moment een informele kapitaalstorting in aanmerking genomen moet worden omdat de dochtermaatschappij een ‘voordeel’ heeft ontvangen. Door een onafhankelijke derde zou een dergelijke lening immers niet zijn verstrekt. Het gevolg hiervan is dat de hoogte van het opgeofferde bedrag van de dochtermaatschappij wijzigt, dit is van belang voor de liquidatieverliesregeling (artikel 13d Wet VPB 1969).

4.4 Arrest BNB 2008/191; herkwalificatie op grond van BNB 1988/217?

Hoort arrest BNB 2008/191 thuis in het ‘rijtje’ van de fiscaal te herkwalficeren leningen uit BNB 1988/217 (schijnlening, bodemloze-putlening en deelnemerschapslening), of moet een onzakelijke lening aangemerkt worden als een ‘tussen categorie lening’ naast de gewone civiel- en fiscaalrechtelijke lening waarbij fiscaalrechtelijk geen correcties plaatsvinden? In de literatuur zijn de meningen nogal verdeeld over de precieze kwalificatie van de lening met een onzakelijk debiteurenrisico.

4.4.1 Is er sprake van een ‘vierde categorie’ lening binnen de opsomming van het arrest BNB 1988/217?

Wattel heeft zich uitgesproken of een lening met onzakelijke leningsvoorwaarden dient te worden toegevoegd aan het rijtje van BNB 1988/217. Hij schrijft in zijn conclusie van 14 juli 2010 dat hij van mening is dat een lening op grond van BNB 1988/217 en een lening met onzakelijk debiteurenrisico elkaar niet overlappen, er vindt geen gelijkschakeling plaats.⁶⁹ Wattel concludeert:

⁶⁹ A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 5.15.

‘Wat daarvan zij: het Certificaathouders-uitkooparrest dat zoveel commentaar in de literatuur uitlokte, past in de weergegeven jurisprudentie en brengt dus in zoverre niet veel nieuws. Omgaan (overstappen op herkwalificatie ten tijde van de geldverstrekking met onzakelijk debiteurenrisico) zou dus een breuk met het verleden zijn.’⁷⁰

Wattel heeft naast zijn conclusie van 14 juli 2010 op 14 juli 2011 nog een tweetal conclusies gepubliceerd over de onzakelijke leningen.⁷¹ In een van deze laatste conclusies concludeert Wattel dat het begrijpelijk is dat de Hoge Raad in BNB 2008/191 ervoor heeft gekozen om een onzakelijke lening niet onder de bestaande categorieën van BNB 1988/217 te plaatsen omdat de huidige wetgeving en rechtspraak daar geen ruimte toe biedt. Hoe dient dan te worden omgegaan met een onzakelijke lening? Wattel geeft aan dat hij in plaats van toevoeging van een vierde categorie aan de opsomming in BNB 1988/217 liever ziet dat de bestaande drie categorieën worden opgerekt/uitgebreid, waardoor ook de lening met onzakelijke leningsvoorwaarden binnen de ruimte van dit arrest geherkwalificeerd kan worden in een deelnemerschapslening.⁷² Volgens Wattel heeft de wetgever wel mogelijkheden om de onzakelijke lening te scharen onder de deelnemerschapslening, maar de feitelijke uitwerking zal volgens hem lastig worden. De eigenschappen van een onzakelijke lening zijn lastig te plaatsen binnen de criteria van de deelnemerschapslening.

Aanvullend komt Wattel dan ook met een aanbeveling aan de Hoge Raad om BNB 1988/217 te verbreden.⁷³ Daarnaast ziet Wattel mogelijkheden om BNB 1988/217 te herroepen en een strikt en feitelijk arm's length criterium te stellen zoals ook in het Verenigd Koninkrijk plaatsvindt.⁷⁴ Om BNB 1988/217 te verbreden, zodat ook de onzakelijke lening onder de opsomming geschaard kan worden, dient volgens Wattel de regel van BNB 1988/217 vervangen te worden door één criterium:

‘van de regel dat in beginsel de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking beslissend is voor de fiscale gevolgen ervan is uitgezonderd het geval waarin de lening is aangegaan onder voorwaarden en omstandigheden waaronder het niet-gelieerde derde die lening niet zou zijn aangegaan en ook niet tegen een andere niet-winstafhankelijke vergoeding aangegaan zou zijn.’

Door het verbreden van BNB 1988/217 wordt het volgens Wattel voor hybridiseerders en internationale mismatchers steeds gemakkelijker gemaakt. De vraag is of dit gewenst is. Ik denk dat

⁷⁰ A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 6.5.

⁷¹ A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05394 V-N 2011/41.15, A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14.

⁷² A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05394, V-N 2011/41.15, punt 8.10, punt 8.11.

⁷³ A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05394, V-N 2011/41.15, punt 8.18.

⁷⁴ A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05394, V-N 2011/41.15, punt 8.18 juncto punt 10.3.

dit niet gewenst is. Mismatches moeten binnen ons fiscale systeem zoveel mogelijk beperkt worden, hierdoor ontstaat een zuiver systeem. Tevens vindt Wattel dat je ongelijksoortige verschijnselen zoals besproken in BNB 1988/217 eigenlijk niet op een hoop mag gooien. Zowel de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemloze-putlening hebben ieder hun eigen karakteristieken, vindt Wattel.

Ligthart ziet echter niet in waarom een lening met een onzakelijk debiteurenrisico getoetst zou moeten worden aan de criteria van BNB 1988/217.⁷⁵ Naar zijn mening vormt de onzakelijke lening geen ‘vierde categorie’ binnen BNB 1988/217 omdat geen sprake is van een kapitaalverstrekking. Ligthart baseert zijn mening mede op het arrest BNB 2007/104.⁷⁶ De lening met een onzakelijk debiteurenrisico blijft zowel civiel- als fiscaalrechtelijk een lening. Het gaat namelijk niet om de lening zelf, maar om de voorwaarden waaronder de lening is verstrekt. Ook Van Sprundel en Van Strien menen dat een of meer onzakelijke voorwaarden er niet toe kunnen leiden dat een civielrechtelijke lening, fiscaal wordt geherkwalificeerd tot kapitaal.⁷⁷ Egelie schrijft eveneens in zijn commentaar bij NTFR 2008/902⁷⁸ dat de onzakelijke lening in het licht van BNB 1988/217 volgens hem geen ‘vierde categorie’ vormt. De onzakelijke lening staat los van de leningen zoals omschreven in arrest BNB 1988/217. Volgens Egelie dient eerst beoordeeld te worden of sprake is van een van de drie uitzonderingen die zijn opgesomd in BNB 1988/217. Als niet is voldaan aan de criteria van BNB 1988/217, dan dient te worden beoordeeld of de voorwaarden waaronder de lening is aangegaan wel at arm’s length zijn. Hierdoor kan volgens Egelie de onzakelijke lening niet worden aangemerkt als een kapitaalsverstrekking.

Ook ik ben van mening dat een onzakelijke lening geen ‘vierde categorie’ vormt binnen de opsomming van het arrest BNB 1988/217 waardoor een onzakelijke lening niet kan worden geherkwalificeerd op grond van BNB 1988/217 tot een kapitaalverstrekking. Alleen de onzakelijke voorwaarden (debiteurenrisico), voornamelijk gebaseerd op aandeelhoudersmotieven, hebben tot gevolg dat er sprake is van een lening die onzakelijk is. Ook fiscaalrechtelijk blijft sprake van een lening. Daarom is er geen plaats voor een ‘vierde categorie’ binnen BNB 1988/217. Daarnaast kan ik mij niet vinden in de gedachten van Wattel om de criteria die de Hoge Raad stelt in BNB 1988/217 op te rekken. De drie categorieën die de Hoge Raad in BNB 1988/217 heeft gesteld zijn op zichzelf staand en dienen mijns inziens niet te worden verruimd. Nu ik heb geconcludeerd dat er geen sprake is van een ‘vierde categorie’ binnen de opsomming van BNB 1988/217, kan het wel zo zijn dat de onzakelijke lening wordt gelijkgeschakeld met een bodemloze-putlening?

⁷⁵ N.M. Ligthart, ‘De zakelijkheid van een onzakelijke lening’, NTFR 2008/37.

⁷⁶ Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42.015, BNB 2007/104.

⁷⁷ D.E. van Sprundel en J. van Strien, ‘Terugkeer naar Ithaka? De “onzakelijke lening” bij de crediteur – deel 4, WFR 2011/490, par. 2.3.

⁷⁸ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, NTFR 2008/902.

4.4.1.1 Is een onzakelijke lening gelijk te schakelen met een bodemloze-putlening?

Wil er sprake zijn van een bodemloze-putlening dan blijkt uit de huidige jurisprudentie, zie BNB 1988/217, dat bij het verstrekken van een lening aanstonds duidelijk dient te zijn dat de lening niet of niet voor het volle bedrag zal worden terugbetaald. Het vermogen dient de crediteur dus blijvend te hebben verlaten. De moedermaatschappij zou immers aan een derde een dergelijk vergelijkbare lening niet hebben verstrekt, waardoor er sprake is van een (informele) kapitaalstorting.

In paragraaf 3.2.3.1 heb ik al de vraag gesteld of het mogelijk is om een lening met een onzakelijk debiteurenrisico te kwalificeren als een bodemloze-putlening. Engelen en Van Scharrenburg⁷⁹ komen tot de conclusie dat een onzakelijke lening een afgeleide vorm is van een bodemloze-putlening. Zowel bij een lening met een onzakelijk debiteurenrisico als bij een bodemloze-putlening, zou een onafhankelijke derde immers niet bereid zijn geweest een dergelijke lening te verstrekken. De lening is dan ook verstrekt in de hoedanigheid van aandeelhouder, gevolg is dat de lening beschouwd dient te worden als een kapitaalstorting. Engelen en van Scharrenburg zijn van mening dat de criteria die worden gesteld om sprake te kunnen zijn van een bodemloze-putlening dienen te worden uitgebreid/opgerekt:

‘(.....) zou dan worden uitgebreid tot alle gevallen waarin een onafhankelijke derde de lening niet dan wel niet tot hetzelfde bedrag zou hebben verstrekt en de schuldeiser de lening in zoverre heeft verstrekt in zijn kwaliteit van aandeelhouder, dan wel ten behoeve van zijn aandeelhouder.’

Zoals in paragraaf 4.4.1 beschreven stelt Wattel voor de huidige criteria van BNB 1988/217 te vervangen door een criterium waardoor ook een onzakelijke lening kan worden geherkwalificeerd tot kapitaal. Als dit niet gebeurt dan kan volgens Wattel een onzakelijke lening alleen gelijkgeschakeld worden met een bodemloze-putlening indien het begrip ‘aanstonds duidelijk’ te vervangen door andere termen bijvoorbeeld ‘grote kans dat niet terugbetaald zal worden’ of ‘terugbetaling afhankelijk van clear and present onvoldoende gedekt debiteurenrisico’. De Hoge Raad heeft daarvoor in BNB 2008/191 niet gekozen, omdat de lening met een onzakelijk debiteurenrisico niet alle noodzakelijke kenmerken heeft van eigen vermogen. Om deze reden kan volgens Wattel de onzakelijke lening op dit moment niet worden gelijkgeschakeld met een bodemloze-putlening.

⁷⁹ F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, ‘onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting’, WFR 2008/705 par. 2.6.

Egelie is van mening dat de vraag of een geldverstrekking conform BNB 1988/217 als kapitaal heeft te gelden geen eenmalige toets is.⁸⁰ Hij stelt dat een bepaald handelen of nalaten na het verstrekken van de lening ervoor kan zorgen dat er een hernieuwde toets aan de criteria van BNB 1988/217 dient plaats te vinden. Op het moment van het verstrekken van de lening is er immers nog geen reden tot herkwalificatie omdat de debiteur er op het moment van verstrekken ‘goed’ kan voorstaan: dan is nog geen sprake van een bodemloze-putlening. Bij afwaardering wordt uiteindelijk duidelijk dat de debiteur niet aan zijn verplichtingen kan voldoen. Op dat moment vindt er volgens Egelie een omslagpunt plaats. Egelie haalt ook een praktijkvoorbeeld aan waarin hij aangeeft dat het gros van de afgewaardeerde vorderingen, die hij heeft gezien, zich kenmerken doordat de crediteur op geen enkel moment na die verstrekking ingrijpt. De debiteur kan eigenlijk gewoon doorgaan met zijn ondernemingsactiviteiten. De vraag die Egelie zichzelf stelt is of dit nalaten van de crediteur ervoor kan zorgen dat er op een bepaald moment na het verstrekken van de lening voldaan is aan de criteria van een bodemloze-putlening. Hij komt tot de conclusie dat het zeker niet is uitgesloten, hierbij baseert hij zich ook op BNB 1997/42.⁸¹ Egelie legt sterk de nadruk op het ‘stilzitten’. Volgens hem creëert het stilzitten een toestand die weinig verschil maakt met de situatie zoals deze van toepassing is bij een lening die direct bij de verstrekking wordt aangemerkt als een bodemloze-putlening. Om deze redenen ziet hij mogelijkheden om een onzakelijke lening aan te merken als een bodemloze-putlening in de zin van BNB 1988/217.

Ik ben van mening dat onder de huidige bepalingen van BNB 1988/217 een onzakelijke lening niet gelijkgeschakeld kan worden met een bodemloze-putlening: de huidige criteria zouden daarvoor eerst vervangen moeten worden. Nu de Hoge Raad in BNB 2008/191 niet heeft gekozen om de term ‘aanstonds duidelijk’ te vervangen door bijvoorbeeld ‘grote kans dat niet terugbetaald zal worden’, wordt er mijns inziens op dit moment niet voldaan aan de eisen om een kapitaalstorting in aanmerking te nemen. Daarnaast kan ik mij niet vinden in de conclusie van Egelie dat er geen sprake is van een eenmalige toets bij BNB 1988/217. Naar mijn mening dient direct bij het verstrekken van de lening te worden beoordeeld of er sprake is van een geldverstrekking die conform BNB 1988/217 als kapitaal in aanmerking genomen dient te worden (zie ook paragraaf 3.4), hierbij moet duidelijk worden gekeken naar het criterium ‘aanstonds duidelijk’. Volgens Albert kan alleen een apert (onmiskenbaar) onzakelijke lening een kapitaalstorting vormen, daarom wordt volgens hem een onzakelijke lening bijna altijd fiscaalrechtelijk als lening erkend.

⁸⁰ W.F.E.M. Egelie, ‘Over lening met onzakelijk debiteurenrisico dient zowel bij debiteur als crediteur forfaitaire rente te worden berekend’, NTFR 2010/2168, punt 10.

⁸¹ Hoge Raad 4 september 1996, nr. 31.067, BNB 1997/42.

4.5 Is er sprake van een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling bij het aangaan van de onzakelijke lening?

Wat zijn de gevolgen op het moment dat een onzakelijke lening wordt verstrekt nu ik heb geconcludeerd dat er fiscaalrechtelijk sprake is van een lening? Wattel heeft in zijn conclusie van 14 juli 2010 geoordeeld dat er zich bij de verstrekking van een lening met een onzakelijk debiteurenrisico een vermogensverschuiving lijkt voor te doen. Volgens Wattel wordt door de gelieerde geldverstrekker teveel betaald omdat er een vordering wordt verkregen die een lagere nominale waarde heeft. Volgens de zuivere leer van de winstbepaling (artikel 3.8 Wet IB 2001 en artikel 8 Wet VPB 1969) dient de werkelijke lagere waarde van de vordering te worden geschat. Het gevolg is dat het verschil tussen de werkelijke waarde van de lening en de nominale waarde van de lening aangemerkt moet worden als een informele kapitaalstorting (bij een lening ‘omlaag’).⁸²

Ook Engelen en Van Scharrenburg⁸³ zijn, net als Wattel, van mening dat er een kapitaalstorting door de moedermaatschappij in het vermogen van de dochtermaatschappij plaatsvindt voor het bedrag wat naar verwachting in de toekomst wegens oninbaarheid van de vordering niet door de moedermaatschappij wordt ontvangen. Op het moment van het verstrekken van de lening dient dit bedrag te worden geschat. De verdere waardeontwikkeling van de schuld en de vordering speelt zich volgens Engelen en Van Scharrenburg in de winstsfeer af, waardoor de eventuele toekomstige waardeontwikkeling van invloed is op de fiscale winst van de onderneming.

In tegenstelling tot Wattel en Engelen en Van Scharrenburg zijn de Cursus Belastingrecht⁸⁴ en Van Sprundel en Van Strien⁸⁵ van mening dat er geen informele kapitaalstorting plaatsvindt bij het aangaan van een onzakelijke lening. Zij beroepen zich op het feit dat er zich geen definitieve vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden van de crediteur naar de debiteur, zie hiervoor onder andere BNB 2007/104.⁸⁶

Ook ik vind dat er direct bij het aangaan van de onzakelijke lening geen sprake is van een informele kapitaalstorting van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij omdat er geen sprake is van een vermogensverschuiving met een blijvend karakter. Het vermogen heeft de crediteur bij het verstrekken van de lening aan de dochtermaatschappij niet blijvend verlaten. De terugbetalingsverplichting blijft immers bij de debiteur geheel in stand. De schatting die Engelen en

⁸² A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 5.6.

⁸³ F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, ‘onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting’, WFR 2008/705, par. 2.2.

⁸⁴ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., ‘Cursus Belastingrecht Studenteneditie 2009-2010’, Deventer, 2009, pag. 121.

⁸⁵ D.E. van Sprundel en J. van Strien, ‘Terugkeer naar Ithaka? De “onzakelijke lening” bij de crediteur – deel 4, WFR 2011/490, par. 5.

⁸⁶ Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42.015, BNB 2007/104.

Van Scharrenburg in gedachten hebben voor het bedrag wat naar verwachting niet zal worden terugbetaald is naar mijn mening onuitvoerbaar. Het is bij het aangaan van de lening niet te schatten welk bedrag in de toekomst als oninbaar dient te worden aangemerkt, hiervoor zijn teveel (externe) factoren van belang. Zoals besproken ziet Wattel een mogelijkheid om direct bij verstrekken van een onzakelijke lening een potentiële of voorwaardelijke vermogensverschuiving in aanmerking te nemen. Op het moment van het verstrekken van de lening verandert er feitelijk niets: civiel- en fiscaalrechtelijk blijft er sprake van een lening. Er is geen sprake van een definitieve vermogensverschuiving waardoor dus geen sprake kan zijn van een (onvoorwaardelijke) informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling direct bij het verstrekken. Op papier wordt er feitelijk alleen een voorwaardelijke of potentiële kapitaalstorting in aanmerking genomen voor het geval in de toekomst blijkt dat de crediteur het bedrag definitief niet terug kan betalen. Volledigheidshalve merk ik op dat het lastig is om te schatten hoe groot deze potentiële of voorwaardelijke vermogensverschuiving dan zou zijn. Er zijn teveel onzekere factoren aanwezig die de hoogte van het eventueel niet terug te betalen bedrag bepalen. Zodra werkelijk blijkt dat het bedrag definitief niet terugbetaald zal worden, vindt er een vermogensverschuiving definitief plaats.

4.6 Plaats van de onzakelijke lening in de bestaande doctrine van de Wet VPB 1969

Naar aanleiding van de bovenstaande paragrafen kan het volgende worden geconcludeerd:

- In de casus van BNB 2008/191 gaat het om een lening die ‘omhoog’ wordt verstrekt, een onzakelijke lening kan ook ‘omlaag’ worden verstrekt.
- De onzakelijke lening vormt geen vierde categorie lening binnen de opsomming van arrest BNB 1988/217. Het gaat bij een onzakelijke lening om de voorwaarden die worden gesteld bij het verstrekken van de lening, niet om de lening zelf zoals wel het geval is bij BNB 1988/217-leningen.
- Aanpassing/oprekking van de criteria die de Hoge Raad stelt in BNB 1988/217 is eveneens geen reële optie, dit zal leiden tot meer hybridiseerders en internationale mismatches tot gevolg hebben. Daarnaast hebben zowel de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemloze-putlening ieder hun eigen karakteristieken, er is geen plaats voor de onzakelijke lening binnen deze karakteristieken.
- Een onzakelijke lening gelijkschakelen met een bodemloze-putlening is onder de huidige criteria van de bodemloze-putlening niet mogelijk. De Hoge Raad heeft in BNB 2008/191 gekozen om de criteria van de bodemloze-putlening niet aan te passen.
- Direct bij het aangaan van de onzakelijke lening is er geen sprake van een vermogensverschuiving waardoor er geen kapitaalstorting plaatsvindt. Voor de dochtermaatschappij geldt immers een terugbetalingsverplichting aan de moedermaatschappij.

Naar aanleiding van bovenstaande punten kan afsluitend geconcludeerd worden dat de onzakelijke lening binnen de huidige Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en binnen de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk aangemerkt dient te worden als lening.

5 Splitsing van een onzakelijke lening en de gevolgen bij de afwaardering

5.1 Inleiding

In voorgaand hoofdstuk heb ik geconcludeerd dat mijns inziens een onzakelijke lening zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk een lening is en blijft binnen de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en de huidige jurisprudentie. Dit heeft tot gevolg dat de onzakelijke lening niet wordt geherkwalificeerd in informeel kapitaal. Ook vindt er geen informele kapitaalstorting plaats direct bij het aangaan van de lening.

Bij bovengenoemde conclusies wil ik het niet laten. Mijns inziens, en ook naar de mening van verschillende auteurs, is de onzakelijke lening complexer dan de Hoge Raad in BNB 2008/191 doet blijken. In dit hoofdstuk zal ik de vraag beantwoorden of een onzakelijke lening gesplitst dient te worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel gezien de bewoordingen van de Hoge Raad in BNB 2008/191. Achterliggende gedachte om te beoordelen of de onzakelijke lening gesplitst dient te worden is of er een informele kapitaalstorting plaatsvindt van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij (bij een lening omlaag) voor dat deel van de lening dat onzakelijk is. Als afsluiting van dit hoofdstuk zal ik de gevolgen bij de afwaardering van een onzakelijke lening bespreken. Ook hier ligt de vraag ten grondslag of het niet in aftrek toegestane afwaarderingsverlies een informele kapitaalstorting tot gevolg heeft.

5.2 Dient een onzakelijke lening te worden gesplitst in een zakelijk en een onzakelijk deel?

Albert⁸⁷ maakt uit de woorden van de Hoge Raad op dat een lening gesplitst moet worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel gezien de woorden “indien en voor zover” en “in zoverre” die de Hoge Raad gebruikt:

‘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.’⁸⁸

⁸⁷ Noot Albert bij Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, punt 7.

⁸⁸ Hoge Raad, 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, r.o. 3.4.

Naar zijn mening dient er eerst een afwaardering op het onzakelijke deel van de lening plaats te vinden en pas daarna afwaardering op het zakelijke deel. Volgens Albert vormt de afwaardering van het onzakelijke deel een onttrekking, waardoor deze afwaardering op grond van artikel 10 lid 1 Wet VPB 1969 niet aftrekbaar is van de fiscale winst. Deze niet-aftrekbaarheid is in overeenstemming met het arrest BNB 2008/191. In tegenstelling tot het onzakelijke deel van de lening, zou een afwaardering van het zakelijk deel daarvan wel aftrekbaar zijn van de fiscale winst. Albert geeft aan dat het in de praktijk lastig zal worden om de onzakelijke lening te splitsen in een zakelijk deel en in een onzakelijk deel. De rechtspraak heeft zich hierover nog niet uitgelaten. Het recht dient zich op dit gebied nog te ontwikkelen.

Ook Wattel geeft, evenals de Cursus Belastingrecht⁸⁹, in zijn conclusie van 14 juli 2010⁹⁰ aan dat de woorden “indien en voor zover” en “in zoverre” duidelijk maken dat een onzakelijke lening gesplitst dient te worden in een deel waarvan het debiteurenrisico zakelijk is en een deel waarvan het debiteurenrisico onzakelijk is. Volgens Wattel is het risico onzakelijk indien en voor zover een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Ook Wattel is, evenals Albert, van mening dat eerst afwaardering dient plaats te vinden op het onzakelijke deel en daarna op het zakelijke deel van de lening.

Egelie⁹¹ ziet in tegenstelling tot Albert, Wattel en de Cursus Belastingrecht geen ruimte voor een splitsing van een onzakelijke lening in een zakelijk en een onzakelijk deel. Als voorbeeld geeft Egelie aan dat een eventuele afwaardering nooit verder zal gaan dan tot dat deel dat onzakelijk is. Egelie ziet niet goed in wat de toegevoegde waarde is van een splitsing van een onzakelijke lening. Egelie kijkt hiervoor duidelijk naar Wattels’ uitgangspunt dat bij een onzakelijke lening (in elk geval zolang het goed gaat) fiscaal bij crediteur en debiteur gewoon rente in aanmerking moet worden genomen.

Albert, Wattel en de Cursus Belastingrecht beroepen zich dus op het taalgebruik in BNB 2008/191. De woorden “indien en voor zover” en “in zoverre” hebben betrekking op de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder. In het verleden zijn deze woorden regelmatig gebruikt in jurisprudentie, onder andere in het Cessna- en het renpaardenarrest. Voor een duidelijke omschrijving van de woorden “indien en voor zover” en “in zoverre” ga ik het renpaardenarrest in combinatie met het Cessna-arrest bespreken. De kern van de discussie bij zowel de onzakelijke lening als bij het Cessna- en renpaardenarrest speelt zich op twee (afzonderlijke) grensvlakken af waarbij de onzakelijke lening en ‘Cessna- en renpaardenkosten’ zorgen voor ‘verwarring/onduidelijkheid’ binnen de Wet VPB 1969 en de Wet IB

⁸⁹ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., ‘Cursus Belastingrecht Studenteneditie 2009-2010’, Deventer, 2009, Kluwer, pag. 94.

⁹⁰ A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 4.5.

⁹¹ W.F.E.M. Egelie, ‘Over leningen met onzakelijk debiteurenrisico dient zowel bij debiteur als crediteur forfaitaire rente te worden berekend’, NTFR 2010/2168, punt 12.

2001. Binnen de Wet VPB 1969 was het onderscheid tussen de verstrekking van eigen/vreemd vermogen duidelijk totdat het arrest BNB 2008/191 om de hoek kwam kijken. Dit geldt ook binnen de Wet IB 2001, het onderscheid tussen zakelijke en niet zakelijke kosten was duidelijk totdat de Cessna- en renpaardenarresten om de hoek kwamen kijken. De woorden “indien en voor zover” zorgen voor een raakvlak tussen de twee uiteenlopende zaken.

5.2.1 Renpaardenarrest in combinatie met het Cessna-arrest

Bij het renpaardenarrest⁹² ging het om een bv die een landelijk opererend uitzendbureau exploiteerde. Op de balans van de bv staan twee renpaarden, met deze paarden wordt aan wedstrijden deelgenomen. De kosten (26.632 gulden) die gemaakt worden voor het deelnemen aan deze wedstrijden worden ten laste van de winst van de bv gebracht. De bv vindt immers dat er sprake is van reclamekosten. Belangrijk element in deze zaak is dat de aandeelhouder van de bv (een natuurlijk persoon) persoonlijk grote interesse heeft in de paardensport. De Hoge Raad oordeelde in r.o. 3.4:

‘De in 3.2 vermelde oordelen moeten aldus worden verstaan dat het Hof op grond van de in zijn uitspraak omschreven wanverhouding die het heeft bevonden tussen de door belanghebbende gemaakte kosten voor het houden van paarden en het laten deelnemen van deze paarden aan drafwedstrijden en het bedrag dat een redelijk handelende ondernemer zou hebben besteed voor het bereiken van een resultaat dat vergelijkbaar is met hetgeen door belanghebbende is gerealiseerd en beoogd, alsmede op grond van de persoonlijke bijzondere interesse van de directeur/enig aandeelhouder van belanghebbende in de paardensport, tot de gevolgtrekking is gekomen dat de bedoelde kosten niet alleen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming zijn gemaakt, maar ook ter bevrediging van persoonlijke behoeften van de directeur/enig aandeelhouder.’

De Hoge Raad beroept zich dus op het Cessna-criterium,⁹³ dat als volgt luidt:

‘Dat dan de kosten daarvan ten laste van de winst dienden te komen, behoudens indien en voor zover het beloop van de meerdere kosten, verbonden aan het reizen per eigen vliegtuig in een zodanige wanverhouding staat tot het nut dat deze snelle en kostbare wijze van reizen voor de onderneming kon afwerpen, dat geen redelijk denkende ondernemer kan volhouden die wijze van reizen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming te hebben verkozen.’

⁹² Hoge Raad 14 juni 2002, nr. 36.453, BNB 2002/290.

⁹³ Hoge Raad 9 maart 1983, nr. 21.163, BNB 1983/202.

De Hoge Raad is in het renpaardenarrest van oordeel dat Hof Amsterdam het Cessna-criterium juist heeft toegepast. Kosten mogen in aftrek worden gebracht behoudens indien en voor zover zij zijn gedaan ter persoonlijke bevrediging van de aandeelhouder. Een redelijk denkende ondernemer zou de kosten niet ten volle ten laste van de onderneming hebben laten komen. Gevolg is dat de kosten niet geheel in aftrek kunnen worden gebracht bij de bv.

5.2.2 Overeenkomsten Cessna- en renpaardenarrest en de “indien en voor zover” bepaling

Uit het Cessna- en renpaardenarrest volgt dat uitgaven die zijn gemaakt door een zogenoemd artikel 2 lid 5 lichaam in de zin van de Wet VPB 1969 niet in aftrek worden toegelaten als zij onzakelijk zijn. Oorzaak van deze uitsluiting van aftrek is dat de uitgaven geen of onvoldoende causaal verband houden met de bedrijfsuitoefening van de betreffende ondernemer. Belangrijk criterium hierbij is dat de uitgaven zijn verricht met het oog op de persoonlijke behoefte/bevrediging van de aandeelhouder. Een redelijk denkende ondernemer zou dergelijke kosten/uitgaven niet hebben gemaakt.

In het arrest BNB 2008/191 is de lening niet aangegaan om aandeelhoudersmotieven, maar het debiteurenrisico wordt genomen om aandeelhoudersmotieven. Dit debiteurenrisico zou een onafhankelijke derde niet hebben genomen. De overeenkomst tussen de onzakelijke lening en het Cessna- en het renpaardenarrest is mijns inziens vooral het feit dat een onafhankelijke derde een dergelijke transactie niet zou zijn aangegaan. De aandeelhoudersmotieven spelen hier een cruciale rol.

De kern van de discussie over het begrip onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191 speelt zich af op het grensvlak tussen het ‘gewone’ vreemd vermogen en vreemd vermogen dat geherkwalificeerd kan worden tot eigen vermogen. De vraag is welke positie de onzakelijke lening precies inneemt. De kern van de discussie bij het Cessna- en renpaardenarrest is dat de kwestie zich afspeelt op het grensvlak tussen zakelijke kosten en niet-zakelijke kosten voor ondernemers. De vraag hierbij is welke positie deze kosten innemen in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969. De afbakening/de positie van vreemd vermogen (wat al dan niet geherkwalificeerd dient te worden) en de positie van de zakelijke en niet-zakelijke kosten binnen de Wet VPB 1969 en de Wet IB 2001 zijn duidelijk totdat de onzakelijke lening en de ‘Cessna- en renpaardenkosten’ in beeld komen. Met de woorden “indien en voor zover” komt het raakvlak van twee uiteenlopende zaken in beeld. Dit element ziet vooral de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder. Een redelijk denkende ondernemer zou een dergelijke lening niet hebben versterkt of bepaalde uitgaven hebben verricht en de kosten ten laste van de vennootschap hebben gebracht.

Afsluitend speelt de kwestie, bij zowel het arrest betreffende de onzakelijke lening als bij het Cessna- en renpaardenarrest, inzake de positie van de verstrekker van de lening en de onderneming die de kosten laat maken bij haar gelieerde vennootschap. Dient het niet in aanmerking te nemen verlies op

een onzakelijke lening aangemerkt te worden als een informele kapitaalstorting, waardoor er een verhoging van de kostprijs deelneming/aanmerkelijk belang plaatsvindt? Of vormen de niet-aftrekbare kosten een verkapte winstuitkering aan de aandeelhouder?

In navolging van het renpaardenarrest heeft Rechtbank Haarlem⁹⁴ een arrest gewezen betreffende de vraag of de gemaakte kosten voor de renpaarden kunnen worden aangemerkt als een verkapte winstuitdeling. Rechtbank Haarlem oordeelt dat er sprake is van een verkapte winstuitdeling van de vennootschap aan de directeur-groootaandeelhouder. Aan het bewustheidsvereiste is volgens Rechtbank Haarlem voldaan omdat de directeur-groootaandeelhouder in zijn hoedanigheid van aandeelhouder en in zijn hoedanigheid van directeur op de hoogte had moeten zijn dat hij door middel van het in aftrek brengen van de kosten werd bevoordeeld.

Albert is van mening dat de afwaardering van het onzakelijke deel een onttrekking vormt, waardoor deze afwaardering niet aftrekbaar is van de fiscale winst. In de navolgende paragraaf zal ik ingaan op de vraag of sprake is van een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling voor het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies wat ziet op dat deel van de lening wat als onzakelijk aangemerkt dient te worden.

Raakvlak tussen het Cessna-arrest en de onzakelijke lening op grond van BNB 2008/191 is mijns inziens voornamelijk dat kosten die zijn gemaakt met het oog op de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder niet ten laste van de fiscale winst mogen worden gebracht omdat een redelijk denkende ondernemer dit in de praktijk niet zou doen. Ik ben om deze reden van mening dat het Cessna-criterium als goed 'kader' kan dienen om te beoordelen of een afwaardering op een onzakelijke lening ten laste van het fiscale resultaat kan worden gebracht.

5.3 Informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling voor onzakelijk deel bij splitsing van de onzakelijke lening?

Engelen en Van Scharrenbrug⁹⁵ menen dat een onzakelijke lening moet worden gesplitst in een zakelijk en een onzakelijk deel. Zij geven in hun artikel een uitgebreid rekenvoorbeeld hoe een eventueel debiteurenverlies op een gedeeltelijk onzakelijke lening dient te worden toegerekend aan het zakelijk deel (aftrekbaar van de fiscale winst) en het onzakelijke deel (niet aftrekbaar van de fiscale winst). Deze toerekening is gebaseerd op het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969. Conclusie volgens Engelen en Van Scharrenbrug is:

⁹⁴ Rechtbank Haarlem 13 september 2007, nr. AWB 06/6201 t/m AWB 06/6206.

⁹⁵ F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, 'onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', WFR 2008/705, par. 2.4.

‘Wanneer een lening moet worden gesplitst in een zakelijk en een onzakelijk deel, brengt een juiste wetstoepassing met zich dat een eventueel optredend debiteurenverlies eerst ten laste van het onzakelijke deel van de lening moet worden gebracht (en in zoverre dus niet tot een aftrekbaar verlies leidt) en, indien er dan nog een verlies resteert, pas ten taste van de winst strekt aangezien het verlies in zoverre aan het zakelijk deel van de lening moet worden toegerekend.’

De auteurs stellen dat de Hoge Raad vooral vanwege praktische argumenten niet vereist dat bij het verstrekken van een onzakelijke lening het risico op een eventueel toekomstig verlies zal worden geschat. Het is immers, met uitzondering van een bodemloze-putlening (in de zin van BNB 1988/217), nauwelijks uitvoerbaar om bij het verstrekken van de lening in te schatten welk deel niet zal worden terugbetaald waarvoor dan een informele kapitaalstorting in aanmerking dient te worden genomen. Ook zou het grote gevolgen hebben als achteraf blijkt dat de schatting niet juist heeft plaatsgevonden.

5.3.1 Aanstands duidelijk dat deel van de lening niet zal worden terugbetaald

Engelen en Van Scharrenburg gaan uit van de situatie dat bij het verstrekken geen duidelijk signaal/aanwijzing aanwezig is waaruit aanstands duidelijk is dat een deel van de lening met zekerheid niet terugbetaald zal worden. Volledigheidshalve merk ik op dat Engelen en Van Scharrenburg een onzakelijke lening wel zien als een afgeleide vorm van een bodemloze-putlening. Echter, de huidige jurisprudentie biedt niet de mogelijkheid om de onzakelijke lening te scharen onder de bodemloze-putlening. Om deze reden willen ze dat de criteria van BNB 1988/217 worden uitgebreid/opgerekt.

In tegenstelling tot Engelen en Van Scharrenburg, gaat Egelie uit van de situatie dat bij het verstrekken van de lening al aanstands duidelijk is dat een deel van de lening niet terugbetaald zal worden. Gevolg is dat er een splitsing van de lening plaats dient te vinden in een zakelijk en een onzakelijk deel. Egelie gebruikt als basis het arrest van Rechtbank Breda. Hij gaat in zijn noot bij arrest Rechtbank Breda van 3 juli 2006⁹⁶ in op een situatie waarbij sprake is van een onzakelijke lening waarbij, bij aangaan van deze lening, al blijkt dat 30% van deze lening niet zal worden terugbetaald. In dat geval dient naar zijn mening 30% van de lening te worden aangemerkt als bodemloze-putlening (met als gevolg een informele kapitaalstorting). Wel merkt hij op dat jurisprudentie over deze handelswijze nog ontbreekt.

5.3.2 Is splitsing van een onzakelijke lening in de praktijk mogelijk?

Ik kan mij vinden in de theorie van Albert dat de woorden “indien en voor zover” vereisen dat een onzakelijke lening gesplitst moet worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel, waardoor het afwaarderingsverlies op het onzakelijke deel niet aftrekbaar is (onttrekking op grond van artikel 10 lid

⁹⁶ W.F.E.M. Egelie, ‘Onzakelijke rekening-courantvordering op zustersvennootschap: afwaardering niet ten laste van winst’, NTFR 2006/1167.

1 Wet VPB 1969) en het afwaarderingsverlies op het zakelijke deel wel aftrekbaar is.

Aandeelhoudersmotieven dienen immers bij de berekening van de fiscale winst te worden geëlimineerd. In het begin van de paragraaf gaf ik al aan dat het in de praktijk lastig lijkt om een lening te splitsen in een zakelijk deel en een onzakelijk deel. Albert vindt dat het recht zich over dit onderwerp nog dient te ontwikkelen. Naar mijn mening is het splitsen van een lening in een zakelijk deel en een onzakelijk deel echter in de praktijk niet mogelijk. Dan zou bij iedere verstrekking van een lening door de verbonden lichamen om een oordeel over deze splitsing van de inspecteur gevraagd kunnen worden. Aan de inspecteur dan de taak om te beoordelen welk deel van een lening door een onafhankelijke derde zou zijn verstrekt en welk deel van een lening niet door een onafhankelijke derde zou zijn verstrekt. Om dit juist te kunnen beoordelen dienen legio omstandigheden te worden meegenomen/te worden afgewogen om tot een juiste beoordeling te komen. Hierbij moet onder andere worden gedacht aan de solvabiliteitspositie van de debiteur. De inspecteur heeft echter geen actuele informatie over deze positie. Uiteindelijk dient de inspecteur dan tot de conclusie te komen welk deel van de lening is verstrekt op grond van aandeelhoudersmotieven en welk deel van de lening is verstrekt op grond van zakelijke motieven. Deze conclusie is mijns inziens bijzonder onbetrouwbaar omdat er sprake is van veel onzekere factoren.

Het is ook mogelijk dat niet direct bij het verstrekken van de lening om het oordeel van de inspecteur wordt gevraagd. Zolang er geen geschil is met de inspecteur is er geen probleem. Zodra deze er wel is, kan de situatie zich voordoen dat het tot een gerechtelijke procedure komt. Kan van een rechter worden verwacht dat hij een oordeel geeft over het zakelijke en het onzakelijke deel van een lening? Naar mijn mening is het niet aan de rechter om dit te beoordelen en daarom kan het niet van hem worden verwacht dat hij een juist inzicht kan maken. Voor betrokken partijen is dit veel gemakkelijker, zij beschikken namelijk over relevante (markt)gegevens.

In mijn opvatting dat het splitsen van een onzakelijke lening in de praktijk bijzonder lastig is sta ik niet alleen. Ook Wattel deelt deze mening. Kijkend naar de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad en ook kijkend naar de literatuur is Wattel in eerste aanzet van mening dat een onzakelijke lening gesplitst moet worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel. Maar Wattel realiseert zich dat er praktische problemen/bezwaren kleven aan de splitsing van een onzakelijke lening. Wattel gaat nog verder, hij oppert zelfs dat men tot de conclusie kan komen dat splitsing conceptueel onoplosbaar is en daarmee praktisch niet uitvoerbaar. Wattel geeft het volgende voorbeeld:

‘Levert op dat een ODR-lening in omstandigheden zoals bij de litigieuze (debiteur met verwaarloosbaar EV) niet gesplitst worden in een deel met een onzakelijk debiteurenrisico en een deel met een rentecorrigeerbaar of zakelijk risico; als er wel voldoende verhaalsmogelijkheden zijn, is de lening immers hoofdsomonzakelijk (misschien wel

prijsonzakelijk); als er geen ander (verhaals)vermogen is dan het door de derde zonder zekerheid te financieren vermogen, is er mimers geen derde te vinden die zou willen financieren.⁹⁷

Ik kom tot de conclusie dat er bij het verstekken van de lening om praktische redenen geen splitsing dient plaats te vinden met als gevolg dat er geen sprake kan zijn van een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling.

5.4 Gevolgen bij de afwaardering van een onzakelijke lening

5.4.1 Inleiding

Zoals in paragraaf 3.3.2 besproken mag op grond BNB 2008/191 een afwaarderingsverlies op een lening met een onzakelijk debiteurenrisico niet ten laste van het resultaat van de de crediteur worden gebracht. In de literatuur is aansluitend de vraag gesteld wat de verdere gevolgen zijn van het niet toestaan van afwaarderingen op een onzakelijke lening. Vormen de niet-aftrekbare afwaarderingsverliezen:

- een informele kapitaalstorting (bij een lening ‘omlaag’)?
- een verkapte winstuitdeling (bij een lening ‘omhoog’)?
- een onttrekking?
- of zijn er voor de fiscaliteit geen verdere gevolgen inzake afwaardering?

5.4.2 Vormt een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling of onttrekking?⁹⁸

Peeters beschrijft in deel 1 van zijn drieluik⁹⁹ dat het twijfelachtig is of niet-aftrekbare afwaarderingsverliezen een informele kapitaalstorting vormen. Naar zijn mening ontbreekt de vermogensverschuiving die essentieel is om te kunnen spreken van een informele kapitaalstorting: de debiteur is immers niet verrijkt. Tevens blijft de terugbetalingsverplichting bij de debiteur in stand (ook al is de debiteur insolvelabel geworden), het vermogen heeft de crediteur niet definitief/blijvend verlaten. Peeters vindt dat er zowel civiel- als fiscaalrechtelijk sprake is van een lening, wat automatisch leidt tot een terugbetalingsverplichting bij de debiteur. De Hoge Raad heeft in BNB

⁹⁷ A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 9.15.

⁹⁸ Volledigheidshalve merk ik op dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen een afwaardering op een lening met een onzakelijk debiteurenrisico en een verlies wat het gevolg is van een kwijtschelding. De kwijtscheldingswinstvrijstelling van artikel 3.13 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 is niet van toepassing op kwijtscheldingen die het gevolg zijn van aandeelhoudersrelaties/aandeelhoudersmotieven. Als een crediteur een onzakelijk deel van een lening kwijtscheldt, vindt er een informele kapitaalstorting plaats in de debiteur. In het verdere verloop van deze paragraaf besteed ik geen aandacht aan de kwijtschelding.

⁹⁹ P.J.J.M. Peeters, ‘De “onzakelijke lening” bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 – Openstaande rechtsvragen’, WFR 2010/1510 par. 3.3.

1969/202¹⁰⁰ bevestigt dat de schuldvordering, die bij de crediteur is afgewaardeerd, geen verrijking oplevert bij de debiteur. Ook bij liquidatie van de debiteur is er volgens Peeters geen sprake van een vermogensverschuiving omdat de debiteur er niet vanuit kan gaan dat hij de schulden niet meer behoeft terug te betalen, er blijft een terugbetalingsverplichting. Peeters beroept zich op het arrest BNB 2003/44 (Fokker II-arrest).¹⁰¹ De Hoge Raad is in het Fokker II-arrest van oordeel dat er pas sprake is van fiscale winst op het moment dat blijkt dat de debiteur het bedrag definitief niet meer kan terugbetalen.

Peeters staat in zijn opvatting niet alleen. Ook Albert, in zijn noot bij BNB 2008/191¹⁰², vindt dat er geen sprake is van een verkapte winstuitdeling: er zou sprake zijn van een onttrekking omdat de debiteur geen voordeel geniet als gevolg van de afboeking door de crediteur. Dit betekent volgens hem niet dat die afboeking voor de debiteur een verkapte winstuitdeling vormt aan de crediteur. Dit is mijns inziens juist omdat een onttrekking een ruimer toepassingsveld kent dan een winstuitdeling. Een onttrekking kan niet worden gelijkgeschakeld met een winstuitdeling. In NTFR 2011/931 geeft Albert wederom aan dat hij van mening is dat er geen sprake is van een verkapte winstuitdeling. Om volgens Albert een verkapte winstuitdeling in aanmerking te kunnen nemen dient direct bij de verstrekking al duidelijk te zijn dat de debiteur het bedrag niet zal (kunnen) aflossen, gezien het arrest BNB 2005/64.¹⁰³ Belanghebbende heeft daarbij aan haar moedermaatschappij een lening verstrekt zonder zekerheden. Op een bepaald moment komt de moedermaatschappij in financiële problemen, belanghebbende wenst de lening ten laste van haar resultaat af te waarderen. De Hoge Raad oordeelde dat op het moment van het verstrekken van de lening al duidelijk moet zijn geweest voor de crediteur dat de debiteur in een dusdanige financiële positie verkeerde dat deze niet in staat zou zijn om de lening terug te betalen. Om deze reden dient volgens de Hoge Raad een onttrekking (onttrekking in de zin van winstuitdeling) in aanmerking te worden genomen.

Ook Van Sprundel en Van Strien¹⁰⁴ en de Cursus Belastingrecht¹⁰⁵ beroepen zich op de afwezigheid van een definitieve vermogensverschuiving. Op grond van het civiele recht blijft de terugbetalingsverplichting bestaan. Volledigheidshalve merk ik op dat recentelijk Hof Amsterdam geen uitsluitel heeft gegeven wanneer een bepaald gedeelte van een onzakelijke lening tot het informele kapitaal moet worden gerekend.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Hoge Raad 25 juni 1969, nr. 16.104, BNB 1969/202.

¹⁰¹ Hoge Raad 18 oktober 2002, nr. 37.413, BNB 2003/44, r.o. 3.2.2.

¹⁰² In zijn noot bij Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, punt 11.

¹⁰³ Hoge Raad 29 oktober 2004, nr. 40.296, BNB 2005/64.

¹⁰⁴ D.E. van Sprundel en J. van Strien, 'Terugkeer naar Ithaka? De "onzakelijke lening" bij de crediteur – deel 4, WFR 2011/490, par. 3.1.

¹⁰⁵ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., 'Cursus Belastingrecht Studenteneditie 2009-2010', Deventer, 2009, pag. 94.

¹⁰⁶ Hof Amsterdam, 31 maart 2011, 08/01224, 08/01226 en 08/01227, NTFR 2011/943, r.o. 5.4.2.

Verschillende auteurs beroepen zich dus op het vereiste van een definitieve vermogensverschuiving alvorens er sprake kan zijn van een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling, gezien de aanwezigheid van een civielrechtelijke terugbetalingsverplichting. Wattel geeft de bovengenoemde auteurs gelijk dat er in de praktijk weinig mogelijkheden aanwezig zijn om een onzakelijke lening fiscaalrechtelijk tot een kapitaalverstrekking of onttrekking of uitdeling te kwalificeren indien men als criterium voor de constatering van de fiscaalrechtelijk vereiste vermogensverschuiving het al dan niet voortbestaan van de civielrechtelijke terugbetalingsverplichting aanwijst.¹⁰⁷ Toch geeft Wattel een belangrijke nuancering op het bovenstaande. Volgens hem is de civielrechtelijke terugbetalingsverplichting niet beslissend om te constateren of er wel of niet sprake is van een informele kapitaalstorting. Hiervoor verwijst Wattel naar de deelnemerschapslening en bodemloze-putlening uit BNB 1988/217, waar fiscaalrechtelijk sprake is van een informele kapitaalstorting terwijl er op grond van het civiele recht gewoon sprake blijft van een terugbetalingsverplichting.

Egelie¹⁰⁸ is van mening dat het afwaarderen van een onzakelijke lening nog niet betekent dat die lening formeel ook is prijsgegeven. Toch spreekt de visie van Engelen en Van Scharrenburg Egelie aan: zodra het afwaarderingsverlies niet ten laste van de fiscale winst kan worden gebracht, is er sprake van een verkapte winstuitdeling/informele kapitaalstorting. Egelie beroept zich ook op het arrest BNB 1978/252. Egelie gaat nog verder dan Engelen en Van Scharrenburg en beschrijft de situatie waarin een afgewaardeerde vordering later toch nog wordt afgelost. Hij vindt dat er dan sprake is van een negatieve uitdeling bij een lening ‘omhoog’.

Meussen koppelt het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies aan het totaalwinstbegrip (artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969).¹⁰⁹ Volgens hem dient op basis van het totaalwinstbegrip de afwaardering op een onzakelijke lening op een bepaald moment in aftrek op de fiscale winst te worden toegelaten. Hij vindt dat er uiterlijk bij liquidatie rekening moet worden gehouden met de niet-aftrekbare afwaarderingsverliezen op een onzakelijke lening.

5.4.3 Is het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking te nemen bij liquidatie?

Als ik de meningen in de literatuur samenvat, valt te concluderen dat het merendeel van de auteurs van mening is dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies uiterlijk bij liquidatie van de debiteur in aanmerking genomen moet worden. Eveneens wordt door deze auteurs gesproken over het uitblijven van een definitieve vermogensverschuiving omdat civielrechtelijk sprake is van een terugbetalingsverplichting. Dit vormt volgens sommigen een belemmering voor de constatering van een informele kapitaalstorting. Door het ontbreken van de informele kapitaalstorting wordt het

¹⁰⁷ A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14, punt 5.12.

¹⁰⁸ W.F.E.M. Egelie, ‘De onzakelijke lening in de VPB’, NTFR 2008/2375

¹⁰⁹ G.T.K. Meussen, ‘Een onzakelijk debiteurenrisico, staatssecretaris doe iets!’, NTFR 2011/242.

opgeofferd bedrag in de debiteur/dochteronderneming niet verhoogd met als gevolg dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies niet bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking genomen kan worden. Wattel vraagt in zijn conclusie van 14 juli 2011 of dit een wenselijke situatie is. Hij deelt de mening van de auteurs dat uiterlijk bij liquidatie van de dochteronderneming het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking genomen moet worden, maar meent dat het constateren van een vermogensverschuiving niet noodzakelijk is om uiterlijk bij liquidatie tot aftrek van het afwaarderingsverlies te komen.

Voor de leesbaarheid van dit hoofdstuk sluit ik af met een conclusie van het voorstaande. In mijn afsluitende hoofdstuk zal ik dieper ingaan op de liquidatieverlies-optie.

5.5 Samenvatting

Op grond van de woorden “indien en voor zover” en “in zoverre” zijn auteurs van mening dat de onzakelijke lening gesplitst dient te worden in een zakelijk en een onzakelijk deel. In het Cessna-arrest en het renpaardenarrest komen deze woorden duidelijk terug. In deze arresten is geoordeeld dat uitgaven die zijn verricht met het oog op de persoonlijke behoefte/bevrediging van de aandeelhouder niet aftrekbaar zijn. Een redelijk denkende ondernemer zou dergelijke kosten/uitgaven niet hebben gemaakt. Dit vormt eveneens het raakvlak met het arrest van de Hoge Raad inzake de onzakelijke lening. Uit praktische overwegingen kom ik tot de conclusie dat het niet mogelijk is om een onzakelijke lening (mits bij verstrekking niet aanstond duidelijk is dat een deel niet terugbetaald zal worden) te splitsen in een zakelijk en een onzakelijk deel. Er zijn teveel onzekere factoren aanwezig waardoor geen juiste schatting kan worden gemaakt van het onzakelijke deel. Gevolg van het uitblijven van een splitsing is dat er geen informele kapitaalstoring/verkapte winstuitdeling plaatsvindt.

Vormt het niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies een informele kapitaalstorting, een verkapte winstuitdeling, een onttrekking of zijn er fiscaal geen gevolgen? Het merendeel van de auteurs beroepen zich op de afwezigheid van een definitieve vermogensverschuiving, waardoor er geen sprake kan zijn van een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling. Civielrechtelijk blijft de terugbetalingsverplichting immers bestaan. Wel geeft Wattel een nuancering op het bovenstaande. Hij kijkt hierbij vooral naar BNB 1988/217 waarbij civielrechtelijk sprake blijft van een terugbetalingsverplichting. Door het ontbreken van een informele kapitaalstoring kan het opgeofferd bedrag van de dochtermaatschappij niet worden verhoogd. Dit heeft gevolgen bij eventuele liquidatie van de dochtermaatschappij. Wattel ziet echter toch mogelijkheden om het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies uiterlijk bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking te nemen. Hierover in hoofdstuk zes meer.

6. Liquidatieverliesregeling/ophoging van het opgeofferde bedrag bij een onzakelijke lening

6.1 Inleiding

In voorgaand hoofdstuk heb ik de invloed van het uitblijven van een definitieve vermogensverschuiving besproken. Hierdoor zou het niet mogelijk zijn om een informele kapitaalstorting in aanmerking te nemen, zodat het opgeofferde bedrag van de dochteronderneming niet wordt verhoogd. Dat is van invloed bij liquidatie van de dochtermaatschappij. De verstrekker van een onzakelijke lening wordt dan nadeliger behandeld dan een verstrekker van eigen vermogen én de verstrekker van vreemd vermogen. Bij het verstrekken van eigen vermogen wordt wel een kapitaalstorting in aanmerking genomen, dit geldt ook voor de verstrekking van vreemd vermogen dat onder BNB 1988/217 valt. Wattel gaat in zijn conclusie van 14 juli 2011¹¹⁰ in op de vraag of het bovengenoemde onderscheid wel wenselijk is. Volgens Wattel dient het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking te worden genomen bij liquidatie van de dochteronderneming, een informele kapitaalstorting als gevolg van een vermogensverschuiving is hiervoor volgens Wattel niet noodzakelijk.

Wattel zoekt dus een weg om binnen de fiscaliteit het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies bij liquidatie in aanmerking te nemen, zonder te constateren dat er sprake is van een kapitaalstorting of een vermogensverschuiving. In dit hoofdstuk zal ik uitgebreid ingaan op de argumentatie van Wattel. Allereerst zal ik kort het theoretisch kader weergeven van de liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling, waarbij ik de nadruk leg op de berekening van het opgeofferde bedrag wat uiteindelijk van belang is bij liquidatie van de dochtermaatschappij. Vervolgens zal ik het begrip redelijke wetstoepassing bespreken. Hierbij ga ik in op de vraag of op grond van een redelijke wetstoepassing het opgeofferd bedrag van de dochtermaatschappij verhoogd moet worden met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies. Aansluitend bespreek ik de mogelijkheid om zonder toepassing van de redelijke wetstoepassing toch het opgeofferde bedrag te verhogen zonder dat er sprake is van een kapitaalstorting in de dochtermaatschappij. Hierbij zal ik ingaan op de deelnemingssfeer tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij en zal ik de uitgangspunten van de Wet VPB 1969 bespreken. Afsluitend bespreek ik of door middel van een praktische oplossing het opgeofferde bedrag verhoogd kan worden, zodat het bedrag wat niet terugbetaald zal worden uiteindelijk alsnog bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking genomen kan worden.

¹¹⁰ A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14.

6.2 Liquidatieverliesregeling

6.2.1 Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling

Op grond van de deelnemingsvrijstelling¹¹¹ worden alle voordelen uit hoofde van de deelneming bij het bepalen van de fiscale winst buiten beschouwing gelaten. Niet alleen voordelen, ook nadelen dienen hieronder te worden begrepen. Zo worden koerswinsten en koersverliezen niet in aanmerking genomen bij de berekening van de fiscale winst, hierop geldt wel een uitzondering namelijk de liquidatieverliesregeling.¹¹² Artikel 13d lid 1 Wet VPB omschrijft dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden (het liquidatieverlies). De omvang van het liquidatieverlies wordt, op grond van artikel 13d lid 2 Wet VPB 1969 berekend als het verschil tussen het opgeofferde bedrag¹¹³ voor de deelneming en de uitkering bij liquidatie die door de deelneming aan de moedermaatschappij wordt verricht. Als het opgeofferd bedrag hoger is dan het totaal van de liquidatie-uitkering, kan dit verlies door de moedermaatschappij ten laste van haar fiscale winst worden gebracht. Zodra vaststaat wat de hoogte is van het opgeofferd bedrag, dienen de liquidatie-uitkeringen daarop in mindering te worden gebracht.

6.2.2 Doel en strekking van de liquidatieverliesregeling

De liquidatieverliesregeling is gebaseerd op twee pijlers: 1. de dochtermaatschappij vormt een verlengstuk van de moedermaatschappij, 2. winsten mogen binnen het concern maar een keer worden meegenomen voor de heffing van vennootschapsbelasting en verliezen dienen uiterlijk bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking te worden genomen bij de moedermaatschappij.¹¹⁴

Hoe verhoudt doel en strekking van de liquidatieverliesregeling zich nu tot het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies bij een onzakelijke lening? Wattel concludeert dat een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies op een of andere manier gerekend moet kunnen worden tot het opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d Wet VPB 1969. De Staatssecretaris van Financiën is echter van mening dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies niet toegevoegd kan worden aan het opgeofferde bedrag van de dochtermaatschappij.¹¹⁵ Maar als gekeken wordt naar doel en strekking van de liquidatieverliesregeling dan dient mijns inziens het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies toch uiterlijk bij liquidatie in aanmerking te worden genomen bij de moedermaatschappij.

¹¹¹ Artikel 13 lid 1 Wet VPB 1969.

¹¹² Artikel 13d Wet VPB 1969.

¹¹³ Kamerstukken II 1986/1987, 19 968, nr. 3 (MvT), pag. 5.

¹¹⁴ E.J.W. Heithuis en R.P. van den Dool, 'Compendium vennootschapsbelasting', Deventer, 2010, Kluwer, pag. 212.

¹¹⁵ A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05161, V-N 2011/41.14, punt 4 e.v.

6.2.3 Jurisprudentie en opvattingen in de literatuur

Ook Rechtbank Arnhem en Hof Arnhem hebben een arrest gewezen betreffende de onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting.¹¹⁶ Zij oordeelden dat een afwaarderingsverlies niet ten laste van het resultaat gebracht kan worden als er een debiteurenrisico is genomen wat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. In casu wilde de moedermaatschappij het niet in aftrek toegestane afwaarderingsverlies toevoegen aan het opgeofferde bedrag van de deelneming. Rechtbank Arnhem oordeelde dat het verlies op een onzakelijke lening op basis van een redelijke wetstoepassing tot het opgeofferde bedrag van de deelneming moet worden gerekend. Hof Arnhem liet niet toe dat het opgeofferde bedrag werd verhoogd met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies omdat er geen sprake was van een kapitaalstorting of een deelnemerschapslening. Op grond van het civiele recht was sprake van een terugbetalingsverplichting waardoor er geen vermogensverschuiving plaats kan vinden aldus het Hof. Hof Arnhem ging verder dan de Hoge Raad in BNB 2008/191 en ging in op het begrip ‘redelijke wetstoepassing’. Hof Arnhem oordeelde dat er geen sprake was van een kwijtschelding waardoor een redelijke wetstoepassing niet aan de orde komt. Gevolg is dat het opgeofferde bedrag niet verhoogd wordt met het bedrag van het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies. Over de toepassing van het begrip ‘redelijke wetstoepassing’ zal ik later uitvoerig ingaan, zie daarvoor onder andere de uitspraak van Hof Amsterdam 31 maart 2011.¹¹⁷

Naar aanleiding van de uitspraak van Hof Arnhem heeft Lohuis in NTFR 2010/2754¹¹⁸ geconcludeerd dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies wel tot een ophoging van het opgeofferd bedrag dient te leiden. Lohuis onderschrijft de conclusie van Hof Arnhem dat er geen sprake is van kapitaalstorting in het vermogen van de dochter, maar stelt dat de moedermaatschappij door het lijden van een verlies een ‘offer’ heeft gebracht aan de dochtermaatschappij. Gevolg is dat er toch een bedrag tot het opgeofferd bedrag van de deelneming gerekend dient te worden. Lohuis beroept zich ook op artikel 13d van de Wet VPB 1969. In dit artikel wordt volgens hem nergens gesproken dat er een kapitaalstorting aanwezig dient te zijn, waardoor het opgeofferd bedrag ook zonder een kapitaalstorting, maar wel met het bedrag van de ‘offer’ aan de dochtermaatschappij, verhoogd kan worden. Lohuis geeft als alternatief, mocht voorgenoemde uitkomst niet in overeenstemming zijn het systeem van de wet, dat volgens hem moet worden teruggevallen op het begrip ‘redelijke wetstoepassing’. Lohuis geeft geen nadere toelichting op het begrip redelijke wetstoepassing. Ik zal in de navolgende paragraaf nader ingaan op de (eventuele) toepassing van het begrip redelijke wetstoepassing. Volledigheidshalve merk ik op dat er naast de toepassing van het begrip redelijke wetstoepassing ook nog andere mogelijkheden zijn om het opgeofferd bedrag van de dochtermaatschappij te verhogen. Hierbij dient onder andere te

¹¹⁶ Rechtbank Arnhem, 22 januari 2009, nr. 07/03274 en Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00075 en 09/00077.

¹¹⁷ Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01224, 08/01226, 08/01227.

¹¹⁸ H. Lohuis, ‘Niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies onzakelijke lening verhoogt opgeofferde bedrag deelneming niet’, NTFR 2010/2754.

worden gekeken naar de vrijgestelde-winstsfeer en de uitgangspunten van de Wet VPB 1969. Deze varianten zal ik eveneens in dit hoofdstuk nog bespreken.

6.3 Redelijke wetstoepassing

6.3.1 Definitie redelijke wetstoepassing

Het begrip redelijke wetstoepassing is een relatief ‘vaag’ begrip binnen het fiscale recht. In het verleden zijn er wel uitspraken gewezen door gerechtelijke instanties die zich beroepen op het begrip redelijke wetstoepassing, maar een uitgebreide omschrijving van het begrip ontbreekt vaak. Rechtbank 's-Gravenhage maakt op 21 september 2009 een uitzondering. In deze uitspraak omschrijft de rechtbank het begrip redelijke wetstoepassing als volgt:

‘Als de tekst van de wet geen of onvoldoende uitsluitel biedt over de juiste toepassing van de wet in een concreet geval, is een redelijke wetstoepassing die wetstoepassing waarbij zoveel mogelijk aan doel en strekking van de wet wordt recht gedaan. Een redelijke wetstoepassing kan er niet toe leiden dat, in gevallen waarvoor de tekst van de wet wel voldoende duidelijk is, van de wet wordt afgeweken, als toepassing naar de letter van de wet tot een mogelijk ongewenst resultaat leidt.’¹¹⁹

Den Boer¹²⁰ is van mening dat het begrip redelijke wetstoepassing betrekking heeft op wetsinterpretatie of op rechtsvinding aan de hand van de wet. Het begrip geniet volgens hem de voorkeur als het accent valt op toepassing van de norm op de feiten. Daarnaast gaat het volgens hem bij redelijke wetstoepassing om de interpretatie van scherpe normen. Den Boer is van mening dat de Hoge Raad dit soort ingrepen alleen toepast bij ernstige gevallen waarbij op grond van de wettekst een resultaat wordt bepaald wat niet in overeenstemming is met wat de wetgever heeft willen bereiken.

Den Boer omschrijft de toekomst van de redelijke wetstoepassing als volgt:

‘Naar heersende opvatting – waarin ik mij kan vinden – dient de rechter ernaar te streven, de wet zodanig uit te leggen dat naar actuele rechtsopvatting een bevredigend resultaat tot stand komt. In deze opvatting fungeert r.w.t. (PdJ: redelijke wetstoepassing) als een instrument ten behoeve van een dynamische rechtsvinding.’

Ikzelf zie het begrip redelijke wetstoepassing als rechtsvinding aan de hand van de wet, gebaseerd op streven om de wet zo uit te leggen dat naar de heersende opvattingen een resultaat wordt bereikt waar de praktijk zich op dat moment in kan vinden. In het verleden werd het begrip redelijke

¹¹⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 21 september 2009, nr. AWB 08/4852, r.o. 2.4.

¹²⁰ J. den Boer, ‘Redelijke wetstoepassing in de belastingrechtspraak van de Hoge Raad’, WPNR 1991/5989.

wetstoepassing niet veel toegepast. Tegenwoordig beroept de gerechtelijke macht zich regelmatig op dit begrip. Wiarda ziet een beweging naar steeds vrijere rechtspraak. Volgens Wiarda heeft dit te maken met:

‘De wens om voor de behoeften van een steeds sterker in beweging geraakte samenleving die door de wetgever niet in haar ontwikkeling kon worden bijgehouden, passende oplossingen te vinden.’¹²¹

Bijkomend gevolg is dat er rechtsonzekerheid voor de belastingplichtige ontstaat, er wordt immers door de rechter rekening gehouden met in de samenleving heersende opvattingen waardoor er sprake is van voortdurend veranderende inzichten. Ik ben van mening dat het voor belastingplichtigen te allen tijde helder dient te zijn waar hij aan toe is, rechtsonzekerheid past hier niet in. Rechtszekerheid is voor iedere belastingplichtige en adviseur een groot goed waar naar gestreefd moet worden. De vraag die aanvullend gesteld kan worden is of de rechter niet steeds meer op de stoel van de wetgever gaat zitten. Voor de rechter is het niet toegestaan om recht te vorm, deze bevoegdheid hoort thuis bij de wetgever. Mijns inziens dient de rechter te accepteren dat de wet op een bepaald gebied onvolledig is. De rechter dient niet zelf recht te vormen maar kan beter een oproep plaatsen bij de wetgever om het recht beter en vollediger te vormen zodat het geschil onder de wettelijke bepaling valt en het begrip redelijke wetstoepassing niet nodig is. Ook voor de rechtszekerheid zou dit een grote sprong voorwaarts zijn.

6.3.2 Mening in de literatuur

In de literatuur wordt ook uitgebreid gesproken over de ‘redelijkheid’ in relatie tot de onzakelijke lening. Meussen geeft in NTFR 2011/242 duidelijk zijn mening hoe de Hoge Raad om dient te gaan bij het niet in aftrek toelaten van afwaarderingsverliezen:

‘Maar ook de fiscus zal moeten erkennen dat een redelijke belastingheffing met zich meebrengt dat in een situatie waarbij een afwaarderingsverlies op een lening als gevolg van het leerstuk van het onzakelijke debiteurenrisico niet in aanmerking is genomen, dit in ieder geval uiteindelijk ten laatste op het moment van liquidatie van de vennootschap/crediteur dient plaats te vinden. Dat kan door het bedrag van de afwaardering aan het opgeofferd bedrag van de deelneming toe te voegen. De toepassing van de liquidatieverliesregeling binnen de deelnemingsvrijstelling doet dan de rest.’¹²²

¹²¹ G.J. Wiarda, ‘drie type van rechtsvinding’, Deventer, 2010, Kluwer, pag. 39.

¹²² G.T.K. Meussen, ‘Een onzakelijk debiteurenrisico, staatssecretaris doe iets’, NTFR 2011/242.

Meussen is van mening dat als toevoeging aan het opgeofferde bedrag niet wordt toegestaan, er een inbreuk ontstaat op het totaalwinstbegrip wat zeer grote waarde heeft binnen de vennootschapsbelasting. Op grond van het totaalwinstbegrip dient tijdens het bestaan van de onderneming de gehele winst bij de berekening van de vennootschapsbelasting te worden meegenomen.

Ook Albert betoogt in NTFR 2011/931¹²³ en WFR 2011/1122¹²⁴ dat het niet-aftrekbare deel van de afwaardering op een onzakelijke lening dient te worden toegevoegd aan het opgeofferde bedrag op grond van een redelijke wetstoepassing.

Wattel is ook van mening dat op grond van de redelijkheid een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies wat het gevolg is van een verstrekking van een onzakelijke lening bij liquidatie in aanmerking genomen kan worden. Bij onder andere zakelijke financieringsvarianten is het volgens hem ook toegestaan om een verlies wat wordt geleden op een lening bij liquidatie in aanmerking te nemen.¹²⁵

Uit deze reacties blijkt dat het overgrote deel van de auteurs het met elkaar eens is, ook de ‘lage’ gerechtelijke macht lijkt eenzelfde weg in te slaan. Uit de uitlatingen/uitspraken valt op te maken dat zij vinden dat op grond van een redelijke wetstoepassing het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies dient te worden toegevoegd aan het opgeofferd bedrag. De Hoge Raad heeft echter nog geen uitsluitel gegeven. Ik kan de mening van de auteurs en de Hoven volgen, maar vindt een beroep op het begrip redelijke wetstoepassing relatief gemakkelijk. Het is mijns inziens een redelijk ‘vaag’ begrip binnen de fiscaliteit en het speelt in op het gevoel van mensen/rechters. Verschillende meningen leveren ook weer verschillende oplossingen op, gevolg is dat er voor dezelfde problematiek verschillende oplossingen mogelijk zijn. Welke mening levert nu de juiste oplossing voor belastingplichtigen? Ook kunnen rechters ieder afzonderlijk antwoord geven op de invulling van de problematiek en wat zij voor de praktijk de juiste oplossing vinden. Een rechter spreekt bij toepassing van het begrip redelijke wetstoepassing vanuit zijn eigen gedachtegang/opinie. Een duidelijke invulling van deze open norm ontbreekt dan ook. Voor het begrip redelijke wetstoepassing kunnen we alleen terugvallen op oude literatuur en recentelijke uitspraken van lagere rechtbanken. Toepassing van het begrip heeft tot gevolg dat er rechtsonzekerheid ontstaat. In de praktijk zul je bij de behandeling van een onzakelijke lening de vraag moeten stellen in welke gevallen het begrip redelijke wetstoepassing kan worden toegepast en in welke gevallen een beroep hierop niet mogelijk. Dit zal afhankelijk zijn van het “in zoverre” deel van de onzakelijke lening. Dat deel van de lening is immers niet-aftrekbaar van de fiscale winst.

¹²³ P.G.H. Albert, ‘Onzakelijke lening: mag het minder gecompliceerd?’, NTFR 2011/931.

¹²⁴ P.G.H. Albert, ‘Afwaardering van een onzakelijke lening in de Wet VPB 1969’, WFR 2011/1122.

¹²⁵ A-G Wattel, 14 juli 2011, nr. 10/05161, V-N 41.46, punt 8.10.

Ik ben van mening dat er een duidelijk kader geschept moet worden door de wetgever/gerechtelijke macht waaruit in één oogslag is op te maken wat de gevolgen zijn van bijvoorbeeld het verstrekken van een onzakelijke lening. Op deze manier schep je rechtszekerheid voor de belastingplichtige. Uit de conclusie van Wattel blijkt dat meer dan alleen de redelijkheid is aan te voeren om een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking te nemen.¹²⁶ Dit heeft tot gevolg dat er meer rechtszekerheid voor de belastingplichtige is. In de volgende paragrafen zal ik deze mogelijkheden/oplossingen nader toelichten.

6.4 Afwezigheid van een kapitaalstorting, kan opgeofferd bedrag worden verhoogd?

Wattel is van mening dat op grond van doel en strekking van de liquidatieverliesregeling een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies alsnog bij liquidatie van de dochteronderneming in aanmerking genomen kan/moet worden.¹²⁷ Volgens Wattel biedt bestaande jurisprudentie en het uitgangspunt van de Wet VPB 1969 mogelijkheden om zonder de constatering van een kapitaalstorting het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening toch bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking te nemen. Deze stelling staat lijnrecht tegenover de opvattingen in de literatuur en de mening van de staatssecretaris dat er sprake moet zijn van vermogensverschuiving alvorens het opgeofferd bedrag te kunnen verhogen. Ook gaat deze denkwijze verder dan toepassing van het mijns inziens te ‘vage’ begrip redelijke wetstoepassing.

6.4.1 Deelnemingssfeer/vrijgestelde-winstsfeer

Wattel vindt dat als er niets gebeurt in de belaste-winstsfeer (het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening is immers niet aftrekbaar van de fiscale winst) er op grond van het Cessna- en het renpaardenarrest¹²⁸ wel iets gebeurt in de deelnemingssfeer/vrijgestelde-winstsfeer of de kapitaalsfeer.¹²⁹ De hoofdregel van artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 is immers dat kosten en verliezen tot de (vrijgestelde) winstsfeer van artikel 8 Wet VPB 1969 juncto artikel 3.8 Wet IB 2001 (belastbaar en aftrekbaar) behoren of tot de kapitaalsfeer (niet belastbaar of aftrekbaar) behoren. Volledigheidshalve merk ik nog op dat op grond van artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 een lichaam geacht wordt haar onderneming te drijven met behulp van haar gehele vermogen. Wattel kan zich geheel vinden in de opvatting die spreekt uit middelonderdelen vier en zes die door belanghebbende worden gesteld bij het cassatieverzoek:

‘Ieder verlies van een art. 2(5)-vennootschap op een financiering omlaag dat niet voortvloeit uit bevrediging van behoeften van dier aandeelhouders als zodanig moet op enig moment ten

¹²⁶ A-G Wattel, 14 juli 2011, nr. 10/05161, V-N 41.46, punt 8.13 t/m 8.17.

¹²⁷ A-G Wattel, 14 juli 2011, nr. 10/05161, V-N 41.46, punt 8.11.

¹²⁸ Hoge Raad 9 maart 1983, nr. 21.163, BNB 1983/202 en Hoge Raad 14 juni 2002, nr. 36.453, BNB 200/290.

¹²⁹ A-G Wattel, 14 juli 2011, nr. 10/05161, V-N 41.46, punt 8.12.

laste van het fiscale resultaat van die vennootschap komen, ten laatste bij liquidatie van de deelneming.’

Hieruit valt dus te concluderen dat een belastingplichtige op grond van het fiscaalrechtelijke onderscheid tussen kapitaalsfeer, belaste-winstsfeer en deelnemingssfeer en de Cessna- en renpaardenarresten een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies bij een onzakelijke lening alsnog bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking genomen kan nemen.¹³⁰ Het opgeofferd bedrag zal worden verhoogd met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies.

6.4.2 Uitgangspunt van de Wet VPB 1969

Volgens Wattel zijn er ook nog andere manieren/leerstukken dan BNB 1988/217 aanwezig die zorgen voor de ophoging van het opgeofferde bedrag zonder dat er civielrechtelijk sprake is van een vermogensverschuiving.¹³¹ Wattel belicht onder meer het uitgangspunt van de Wet VPB 1969. Op grond van de totaalwinstgedachte van artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969 dienen onder andere voordelen/nadelen die worden behaald uit aandelen en resultaten die worden behaald uit een vordering op de deelneming te worden gerekend tot de totaalwinst van de moedermaatschappij. Door de deelnemingsvrijstelling zijn verliezen op aandelen van de deelneming en verliezen op vorderingen niet aftrekbaar, ook afwaarderingsverliezen op vorderingen vallen hieronder.

Het gevolg van de aanwezigheid van de deelnemingsvrijstelling is dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening wordt verwijderd bij de berekening van de belastbare winst, dit resultaat behoort op dat moment tot de deelnemingssfeer/vrijgestelde-winstsfeer. Op dat moment is de waarde van de deelneming gedaald met de waarde van het niet in aanmerking te nemen afwaarderingsverlies. Volgens Wattel vindt er op het moment van afwaarderen een overgang plaats van de belaste-winstsfeer (vordering) naar de objectief vrijgestelde-winstsfeer (kostprijs deelneming). Het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies dient om die reden bij de kostprijs van de deelneming te worden opgeteld met als gevolg dat het opgeofferde bedrag wordt verhoogd.

Of het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies bij de deelneming al dan niet een informele kapitaalstorting oplevert, is volgens Wattel bij deze benadering niet van belang. Het uitgangspunt van de Wet VPB 1969 is voldoende. Op grond van het bovenstaande kan het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies op grond van artikel 13d Wet VPB 1969 bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking worden genomen omdat de kostprijs (opgeofferde bedrag) van de deelneming is verhoogd met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies. Nieuweboer omschrijft in NTFR 2011/1971 enigszins hetzelfde:

¹³⁰ Zie in gelijke zin A-G Wattel, 14 juli 2011, nr. 10/05161, V-N 41.46, punt 8.13.

¹³¹ A-G Wattel, 14 juli 2011, nr. 10/05161, V-N 41.46, punt 8.17.

‘Uitsluiting van aftrek van een afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening omlaag is alleen mogelijk ingeval deze lening zich in de deelnemingssfeer afspeelt. Nu de Hoge Raad heeft beslist dat een afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is (althans, voor de lening omhoog; Wattel veronderstelt dat dit voor de lening omlaag niet anders is), moet deze uiterlijk op het moment van afwaarderen van de normaal belaste winstsfeer naar de objectief vrijgestelde deelnemingssfeer verschuiven. Deze verschuiving was in potentie reeds aanwezig. De omvang van het verlies op het moment dat onvolwaardigheid zich aandient, is de prijs die hiervoor wordt betaald. Daarmee verschuift het niet-aftrekbaar bedrag naar de kostprijs van de deelneming.’¹³²

De redactie van Vakstudienieuws kan zich vinden in de argumentatie van Wattel.¹³³

Samenvattend concludeer ik dat een verlies dat zich niet in de kapitaalsfeer bevindt, zich dan in de winstsfeer bevindt. Bij de onzakelijke lening is de deelnemingsvrijstelling de enige sta in de weg voor aftrek waardoor het verlies op de onzakelijke lening uiteindelijk niet bij de berekening van de fiscale winst meegenomen kan worden (het verlies bevindt zich in de vrijgestelde-winstsfeer). De deelnemingsvrijstelling werkt in dit geval als een aftrekbeperking voor de moedermaatschappij. Net als Wattel ben ik van mening dat een dergelijke aftrekbeperking niet wenselijk is binnen het fiscale recht en dat daarom het niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies gerekend dient te worden tot de kostprijs van de deelneming. Gevolg van de denkwijze van Wattel is dat het opgeofferde bedrag van de deelneming wordt verhoogd met het bedrag van de niet-aftrekbaar afwaardering. Op deze manier wordt het niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies bij liquidatie van de deelneming toch nog in aanmerking genomen bij de moedermaatschappij waardoor - ondanks de aanwezigheid van de deelnemingsvrijstelling en het verbod om tussentijds de afwaardering ten laste van de fiscale winst te brengen - een sluitende wetstoepassing ontstaat, rekening houdend met de uitgangspunten van de Wet VPB 1969. Hierdoor wordt ook het onderscheid weggenomen tussen de aftrek van een verlies op een ‘gewone’ kapitaalstorting, de aftrek van verlies op een gewone lening en de aftrekbaarheid van een verlies op een onzakelijke lening. Ik kan mij om deze reden dan ook geheel vinden in de denkwijze van Wattel.

6.6 Samenvatting

Onderdeel van de deelnemingsvrijstelling is de liquidatieverliesregeling. Op grond van de liquidatieverliesregeling zijn liquidatieverliezen aftrekbaar van de fiscale winst. Tevens dient het niet-

¹³² M. Nieuweboer, ‘A-G geeft kaders voor fiscale verwerking van rente op een ODR-lening’, NTFR 2011/1971.

¹³³ Commentaar Vakstudienieuws bij A-G Wattel 14 juli 2011, 10/05161, V-N 41.46.

aftrekbare afwaarderingsverlies uiterlijk bij liquidatie in aanmerking te worden genomen bij de moedermaatschappij, aldus doel en strekking van de liquidatieverliesregeling. Veel auteurs zijn eveneens van mening dat uiterlijk bij liquidatie van de dochtermaatschappij het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies in aanmerking moet worden genomen. Onder andere Hof Amsterdam, Hof Arnhem en verschillende auteurs verwijzen naar het begrip redelijke wetstoepassing. Door een beroep te doen op het begrip redelijke wetstoepassing wil men bereiken dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies bij een onzakelijke lening uiteindelijk wel een aftrekbaar verlies oplevert indien de deelneming wordt geliquideerd. Ikzelf zie het begrip redelijke wetstoepassing als rechtsvinding aan de hand van de wet gebaseerd op het streven om de wet zo uit te leggen dat naar heersende opvattingen een resultaat wordt bereikt waar de praktijk zich op dat moment in kan vinden. Een duidelijke invulling van deze open norm ontbreekt nog. Gevolg is dat een beroep op een redelijke wetstoepassing leidt tot rechtsonzekerheid. Ook dient de rechter te waken voor het feit dat zij niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten.

Naast de redelijkheid blijkt dat er meer is aan te voeren om een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking te nemen. Hierbij kijk ik voornamelijk naar de deelnemingssfeer/vrijgestelde-winstsfeer/kapitaalsfeer en de uitgangspunten van de Wet VPB 1969. Allereerst is Wattel van mening dat een belastingplichtige op grond van het fiscaalrechtelijke onderscheid tussen kapitaalsfeer, belaste-winstsfeer en deelnemingssfeer en de Cessna- en renpaardenarresten een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies alsnog bij liquidatie van de dochtermaatschappij in aanmerking kan nemen.

Vervolgens kan volgens Wattel op grond van de uitgangspunten van de Wet VPB 1969 worden geconcludeerd dat op het moment van afwaarderen van de onzakelijke lening een overgang plaatsvindt van de belaste-winstsfeer naar de objectief vrijgestelde-winstsfeer (kostprijs deelneming). Gevolg is dat de kostprijs van de deelneming wordt verhoogd met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies. Op grond van artikel 13d Wet VPB 1969 kan het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies uiteindelijk bij liquidatie van de deelneming in aanmerking worden genomen omdat het opgeofferde bedrag is verhoogd met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies.

Naast de hierboven genoemde mogelijkheden is er volgens Peeters ook een praktische oplossing mogelijk: direct voorafgaande aan de liquidatie van de dochtermaatschappij de lening kwijtschelden waardoor er een informele kapitaalstorting plaatsvindt, met als gevolg ophoging van het opgeofferde bedrag.¹³⁴

¹³⁴ P.J.J.M. Peeters, 'De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 openstaande rechtsvragen', WFR 2010/1510, par. 3.3.

7 Eindconclusie

In ons fiscale systeem wordt er een onderscheid gemaakt tussen eigen en vreemd vermogen. Voor ondernemers bestaat er een duidelijke prikkel om hun onderneming te financieren met zoveel mogelijk vreemd vermogen. De rente die over een lening verschuldigd is, is immers aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting. Dit in tegenstelling tot de vergoeding die betaald wordt over het eigen vermogen. Dividend is voor de vennootschapsbelasting niet aftrekbaar. Tevens zijn de mogelijkheden om een verlies wat is geleden bij een verstrekking van vreemd vermogen te verrekenen een stuk gunstiger.

Op grond van de uitspraak van de Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217 kan worden geconcludeerd dat de civielrechtelijke vorm van een lening doorslaggevend is. Wanneer er civielrechtelijk sprake is van een lening dan wordt de lening ook fiscaal, voor de heffing van de vennootschapsbelasting, zo aangemerkt. Door de Hoge Raad zijn in dit arrest op deze hoofdregel wel drie uitzonderingen geformuleerd: de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. Als een van deze uitzonderingen zich voordoet wordt de lening fiscaalrechtelijk geherkwalificeerd tot eigen vermogen, met als gevolg dat er een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling plaatsvindt.

De Hoge Raad heeft op 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191 het begrip ‘onzakelijke lening’ geïntroduceerd. De gehele fiscale wereld heeft dit arrest als spraakmakend ervaren. De Hoge Raad oordeelde dat de lening onder zodanige voorwaarden was verstrekt dat een onafhankelijke derde een dergelijke lening niet zou hebben verstrekt. De Hoge Raad beroept zich vooral op het genomen debiteurenrisico wat de crediteur heeft genomen. Volgens de Hoge Raad is de lening op grond van aandeelhoudersmotieven verstrekt. Gevolg is dat de afwaardering op de lening niet ten laste van het fiscale resultaat van de crediteur gebracht mocht worden.

Het arrest van de Hoge Raad heeft in de praktijk veel stof doen opwaaien en eveneens veel pennen in beweging gebracht. Er bestaan binnen de fiscale wereld veel verschillende meningen/opinies hoe binnen de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet VPB 1969) om te gaan met een onzakelijke lening zoals deze is gedefinieerd door de Hoge Raad in BNB 2008/191. Om deze reden heb ik in deze scriptie de volgende vraag gesteld om tot een duidelijk antwoord te komen hoe fiscaalrechtelijk om te gaan met een onzakelijke lening:

“Wat zijn de fiscale gevolgen van een onzakelijke lening in de zin van het arrest BNB 2008/191 aan de zijde van de crediteur en hoe verhoudt het begrip onzakelijke lening zich tot het opgeofferd bedrag in de liquidatieverliesregeling?”

Voor de beantwoording van de hierboven genoemde probleemstelling heb ik allereerst gekeken welke plaats een lening met een onzakelijk debiteurenrisico inneemt binnen de Wet VPB 1969. Hierbij heb ik gekeken of het arrest van de Hoge Raad ook kan gelden voor een lening ‘omlaag’ (van een moedermaatschappij aan een dochtermaatschappij). Ik ben van mening dat het arrest BNB 2008/191 ook van toepassing is op een lening ‘omlaag’. Vervolgens heb ik mij de vraag gesteld of het arrest van de Hoge Raad thuishoort in het ‘rijtje’ van de fiscaal te herkwalficeren leningen uit BNB 1988/217 (schijnlening, bodemloze-putlening en deelnemerschapslening). Aansluitend ben ik gaan beoordelen of een onzakelijke lening gelijk geschakeld kan worden met een bodemloze-putlening en of er sprake is van een informele kapitaalstorting/verkapte winstuitdeling bij het aangaan van de onzakelijke lening.

Op grond van mijn onderzoek kom ik tot de conclusie dat de onzakelijke lening geen vierde categorie vormt binnen de opsomming van BNB 1988/217. Het gaat immers bij een onzakelijke lening om de voorwaarden die worden gesteld bij het verstrekken van de lening en niet om de lening zelf.

Aanpassing/oprekkng van de criteria van BNB 1988/217 is mijns inziens geen reële optie. De opgesomde leningen in BNB 1988/217 hebben ieder hun eigen karakteristieken. Mijns inziens is er geen plaats voor de onzakelijke lening binnen deze karakteristieken, bovendien heeft de Hoge Raad in BNB 2008/191 niet gekozen om de criteria van BNB 1988/217 aan te passen. Direct bij het aangaan van de onzakelijke lening vindt er geen vermogensverschuiving plaats, de terugbetalingsverplichting blijft reëel bij de debiteur. Afsluitend concludeer ik dat de onzakelijke lening binnen de huidige Wet VPB 1969 en binnen de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk aangemerkt dient te worden als een lening.

Omdat de onzakelijke lening een complex begrip is heb ik mij vervolgens de vraag gesteld of een onzakelijke lening gesplitst kan worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel. Hierbij heb ik duidelijk gekeken naar de “indien en voor zover” en “in zoverre” bepalingen die worden aangehaald door de Hoge Raad in BNB 2008/191 en in het Cessna-arrest en het renpaardenarrest. Door de woorden “indien en voor zover” en “in zoverre” komt er tussen de twee uiteenlopende zaken een duidelijk raakvlak in beeld. Dit ziet voornamelijk op de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder. Uitgaven met een persoonlijk karakter mogen niet ten laste van de fiscale winst worden gebracht. Ik ben van mening dat het splitsen van een onzakelijke lening in een zakelijk deel en een onzakelijk deel in de praktijk niet uitvoerbaar is. Er dient rekening te worden gehouden met legio omstandigheden om tot een juiste beoordeling/berekening te komen welk deel van de lening als onzakelijk aangemerkt dient te worden. Dit kan niet van een inspecteur/rechter worden verwacht. Ik deel deze opvatting niet alleen, ook Wattel deelt deze opvatting.

Vervolgens dient de vraag zich aan wat de gevolgen zijn van het niet toestaan van afwaarderingen op een onzakelijke lening? Is er op het moment van afwaarderen sprake van een informele kapitaalstorting, verkapte winstuitdeling, onttrekking of zijn er voor de fiscaliteit geen verdere gevolgen? Doordat er een civielrechtelijke terugbetalingsverplichting aanwezig is, zijn verschillende auteurs van mening dat er geen definitieve vermogensverschuiving plaatsvindt. Gevolg is dat er geen sprake kan zijn van een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling. Wattel geeft hierop wel een belangrijke nuancering. Volgens hem is de civielrechtelijke terugbetalingsverplichting niet beslissend om te constateren of er wel of niet sprake is van een informele kapitaalstorting, hierbij verwijst hij naar BNB 1988/217. Wattel is van mening dat een niet-definitieve vermogensverschuiving zich afspeelt in de kapitaalsfeer, wel is er sprake van een voorwaardelijk karakter. Albert is van mening dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening een onttrekking vormt (niet zijnde een winstuitdeling). Hier sluit ik mij geheel bij aan.

Betekent het bovengenoemde dat het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies niet in aanmerking is te nemen bij de moedermaatschappij uiterlijk bij liquidatie van haar deelneming? De literatuur en de gerechtelijke macht kijken vooral naar het begrip redelijke wetstoepassing, waardoor het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies bij liquidatie van de deelneming in aanmerking kan worden genomen bij de moedermaatschappij. Door de rechtsonzekerheid die dit begrip met zich meebrengt, ben ik geen voorstander om dit begrip toe te passen bij een onzakelijke lening. In gelijke zin met Wattel zie ik andere mogelijkheden om op grond van de uitgangspunten van de Wet VPB 1969 en het fiscaalrechtelijk onderscheid tussen kapitaalsfeer, belaste-winstsfeer en deelnemingssfeer en de Cessna en renpaardenarresten het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies te rekenen tot het opgeofferde bedrag van de deelneming. Ondanks de aanwezigheid van de deelnemingsvrijstelling kan het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies bij liquidatie van de deelneming toch bij de moedermaatschappij in aanmerking worden genomen. Hierdoor wordt een sluitende wetstoepassing gerealiseerd en eveneens wordt voldaan aan de vereiste van doel en strekking van de liquidatieverliesregeling.

Jurisprudentie & Literatuurlijst

Jurisprudentie

HR 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191.

HR 8 september 2006, nr. 42.015, BNB 2007/104.

HR 25 november 2005, nr. 40.989, BNB 2006/82.

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

HR 12 december 2003, nr. 38.214, BNB 2004/265.

HR 18 oktober 2002, nr. 37.413, BNB 2003/44.

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

HR 10 augustus 2001, nr. 36.662, BNB 2001/364.

HR 17 februari 1999, nr. 34.151, BNB 1999/176.

HR 11 maart 1998, nr. 32.240, BNB 1998/208.

HR 4 september 1996, nr. 31.067, BNB 1997/42.

HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217.

HR 9 maart 1983, nr. 21.163, BNB 1983/202.

HR 31 mei 1978, nr. 18.230, BNB 1978/252.

HR 25 juni 1969, nr. 16.104, BNB 1969/202.

HR 26 juni 1963, nr. 15.055, BNB 1963/293.

HR 11 november 1959, nr. 14.052, BNB 1960/3.

HR 3 april 1957, nr. 13.084, BNB 1957/165.

HR 3 november 1954, nr. 11.928, BNB 1954/357.

Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2011, bij HR nr. 10/05394, V-N 2011/41.15.

Conclusie A-G Wattel, 14 juli 2011, bij HR nr. 10/05161, V-N 2011/41.14.

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

Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 09/01227, NTFR 2011/943.

Hof Amsterdam 31 maart 2011, nr. 08/01226, NTFR 2011/943.

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

Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00077, NTFR 2010/2754.

Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00075, NTFR 2010/2754.

Hof Arnhem 27 april 2010, nr. 09/00092, NTFR 2010/1376.

Hof Arnhem 19 november 2008, nr. 08/00035, NTFR 2008/2437.

Hof Arnhem 22 december 2006, nr. 04/0988, NTFR 2007/290.

Rechtbank 's-Gravenhage 21 september 2009, nr. AWB 08/4852, NTFR 2010/946.

Rechtbank Arnhem 22 januari 2009, nr. AWB 07/03274, NTFR 2009/1472

Rechtbank Haarlem 12 december 2008, nr. AWB 08/1017, NTFR 2009/714.

Rechtbank Haarlem 13 september 2007, nr. AWB 06/6206.

Rechtbank Haarlem 13 september 2007, nr. AWB 06/6205.

Rechtbank Haarlem 13 september 2007, nr. AWB 06/6204.

Rechtbank Haarlem 13 september 2007, nr. AWB 06/6203.

Rechtbank Haarlem 13 september 2007, nr. AWB 06/6202.

Rechtbank Haarlem 13 september 2007, nr. AWB 06/6201, NTFR 2007/2034.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2001/2002, 28.034, nr. 5.

Kamerstukken II 1986/1987, 19.968, nr. 3.

Minister van Financiën 20 juli 2010, nr. DGB2010/3935, NTFR 2010/1908.

Minister van Financiën 22 februari 2010, nr. DGB2010/86U, V-N 2010/12.18.

Artikelen

- M. Nieuweboer, *A-G geeft kaders voor fiscale verwerking van rente op een ODR-lening*, NTFR 2011/1971.
- P.G.H. Albert, *Afwaardering van een onzakelijke lening in de Wet VPB 1969*, WFR 2011/1122.
- 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 2011/490.
- R.P.C. Cornelisse en G.J.W.M. Derckx, *De onzakelijke geldlening (door moeder aan dochter) bestaat niet; wel de onzakelijke investering*, WFR 2011/488.
- G.T.K. Meussen, *Een onzakelijk debiteurenrisico, staatssecretaris doe iets*, NTFR 2011/242.
- P.J.J.M. Peeters, *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 – beoordelingskader*, WFR 2010/1544.
- P.J.J.M. Peeters, 16 december 2010, *De “onzakelijke lening” bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 – Openstaande rechtsvragen*, WFR 2010/1510.
- W.F.E.M. Egelie, *Afwaardering onzakelijke lening omlaag niet ten laste van de winst*, NTFR 2008/2437.
- W.F.E.M. Egelie, *Over lening met onzakelijk debiteurenrisico dient zowel bij debiteur als crediteur forfaitaire rente te worden berekend*, NTFR 2010/2168.
- W.F.E.M. Egelie, *Aangaan en wijziging lening is zakelijk: cassatieberoep ingetrokken*, NTFR 2010/1908.
- O.C.R. Marres, *Aftrek van rente op onzakelijke leningen*, NTFR 2010/1672.
- H. Lohuis, *Geldlening aan deelneming niet onder zakelijke voorwaarden aangegaan*, NTFR 2009/2559.
- J.H.M. Arts, *Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting*, WFR 2009/921.
- N.M. Ligthart, *De onzakelijkheid van een onzakelijke lening*, NTFR 2008/37.
- F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, *Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting*, WFR 2008/705.
- W.F.E.N. Egelie, *De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting*, NTFR 2008/2375.
- P.G.H. Albert, *Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar?*, WFR 2008/1226.
- M.L. Molenaars en R.A. de Boer, *Het onzakelijke leningsarrest van 9 mei 2008; een exegetische analyse*, MBB 2008/10.
- W.F.E.M. Egelie, *Onzakelijke rekening-courantvordering op zustervennootschap: afwaardering niet ten laste van winst*, NTFR 2006/1167.

J. den Boer, *Redelijke wetstoepassing in de belastingrechtspraak van de Hoge Raad*, WPNR 1991/5989.

Boeken

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, FED fiscale studieresie, 2010, Kluwer.

E.J.W. Heithuis en R.O. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer, 2010, Kluwer.

S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., *Cursus belastingrecht studenteneditie 2009-2010*, Deventer, 2009, Kluwer.

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, FED fiscale studieresie, 2009, Kluwer.

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, FED fiscale studieresie, 2008, Kluwer.

J. van Strien, *Renteaftrekbepkeringen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, 2007, Kluwer

J.N. Bouwman, *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, 2002, SDU.

G.J. Wiarda, *Drie type van rechtsvinding*, Deventer, 1999, Kluwer.