

Een vergelijking tussen het Cessna leerstuk en de onzakelijke lening



Auteur	D.M.A.W. van den Bouwhuijsen
Opleiding	Master Fiscale Economie
Universiteit	Universiteit van Tilburg
Administratienummer	109413
Afstudeerdatum	5 april 2012

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

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie waarin een vergelijking tussen het Cessna –en renpaardenarrest en de onzakelijke lening wordt gemaakt. Deze scriptie is mijn eindproduct van de Master Fiscale Economie aan de Universiteit van Tilburg. De Master Fiscale Economie volgt op de Bachelor Fiscale Economie welke ik tevens aan de Universiteit van Tilburg heb genoten.

Het schrijven van een scriptie is net als het leven, het kent zijn ups and downs. De kunst is, om als het even tegenzit, jezelf te motiveren en te focussen op een goede afronding. Mijn gehele studententijd heb ik actief en op hoog niveau geroeid. Af en toe was de aandacht wat meer bij het roeien dan het schrijven en daardoor was het motiveren niet altijd even gemakkelijk. Dit voorwoord is daarom bij uitstek de gelegenheid om iedereen te bedanken die mij, op wat voor manier dan ook, heeft geholpen. Vanuit de Universiteit van Tilburg wil ik mevrouw S.M.H. Dusarduijn vriendelijk danken voor haar fijne en professionele begeleiding tijdens het schrijven van mijn scriptie.

Speciale dank gaat uit naar mijn ouders die mij, gedurende meer dan een nominale studietijd, gesteund hebben. Tevens wil ik mijn huisgenoten van de Poststraat en vriendin Ingrid bedanken voor een enorme fijne studententijd.

Diederick van den Bouwhuijsen

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	Inleiding	4
1.1	Algemeen	4
1.2	Probleemstelling.....	5
1.3	Verantwoording van de opzet.....	5
Hoofdstuk 2	Cessna-criterium in de inkomstenbelasting.....	7
2.1	Inleiding.....	7
2.2	Aftrekbare kosten in de inkomstenbelasting.....	7
2.3	Onderscheidingsrecht	9
2.4	Zakelijk of niet?	10
2.5	Cessna	11
2.5.1	Bewijslast.....	12
Hoofdstuk 3	Cessna-criterium in de vennootschapsbelasting.....	14
3.1	Inleiding.....	14
3.2	Totaalwinst.....	14
3.3	Winstuitdelingen en onttrekkingen.....	16
3.3.1	Winstdekking.....	17
3.3.2	Bewustheid.....	18
3.3.3	Verrijking-verarming	18
3.4	Winstuitdeling en persoonlijke behoeften van de aandeelhouder.....	21
3.5	Cessna-2	22
3.5.1	Cessna criterium voor de vennootschapsbelasting?	24
3.6	Bewijslast	26
Hoofdstuk 4	Gevolgen aandeelhouder.....	28
4.1	Inleiding.....	28
4.2	Winstuitdeling	28
4.2.1	Vermogensverschuiving	28
4.2.2	Bevoordelingsbedoeling.....	30
4.2.2.1	Dubbele bewustheid	31
4.3	Cessna-criterium.....	32
Hoofdstuk 5	Onzakelijke lening.....	36
5.1	Inleiding.....	36
5.2	Lening	36
5.2.1	Schijnlening	37
5.2.2	Bodemlozeputlening	38

5.2.3	Deelnemerschapslening	38
5.2.4	Fraus legis	39
5.3	Onzakelijke lening	40
5.3.1	Onzakelijke vergoeding of onzakelijke voorwaarden	41
5.3.1.1	Literatuur	42
5.3.1.2	Onzakelijke lening na de arresten van 25 november 2011	44
5.3.2	Richting onzakelijke lening	46
5.3.3	Correcties van lening van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191	47
5.3.3.1	Inleiding	47
5.3.3.2	Lening omhoog (van dochter aan moeder)	47
5.3.3.3	Lening omlaag (van moeder aan dochter)	48
5.3.4	“Indien en voor zover”	50
Hoofdstuk 6	Gewezen arresten van 25 november en vergelijking met Cessna	51
6.1	Inleiding	51
6.2.1	Onzakelijke voorwaarden en onzakelijke vergoeding	51
6.2.2	Richting onzakelijke lening en Cessna	52
6.2.3	Correcties	53
6.2.3.1	Correctie bij aangaan lening	53
6.2.3.2	Correctie bij afwaardering	54
6.2.4	“Indien en voor zover”	56
Hoofdstuk 7	Conclusie	57
7.1	Samenvatting Cessna	57
7.1.1	Cessna in de inkomstenbelasting	57
7.1.2	Cessna in de vennootschapsbelasting	57
7.1.3	Gevolgen voor aandeelhouder op grond van het Cessna criterium	58
7.2	Samenvatting onzakelijke lening	58
7.2.1	Onzakelijke lening	58
7.2.2	Onzakelijke voorwaarden en onzakelijke vergoeding	59
7.2.3	Richting	59
7.2.4	Correcties	59
7.2.5	“indien en voor zover”	60
Jurisprudentie en literatuurlijst		62
Jurisprudentie		62
Boeken		63
Artikelen		64

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Algemeen

De vraag inzake zakelijkheid en onzakelijkheid van gedane uitgaven is in de praktijk tussen belastingplichtige en inspecteur als sinds jaar en dag onderwerp van geschil. De belastingplichtige als ondernemer in de inkomstenbelasting zal zich beroepen op zijn vrijheid om te ondernemen zoals hem dat goed dunkt. Dit kan betekenen dat de ondernemer op rekening van de onderneming zijn kantoor door een stylist naar zijn smaak laat inrichten, een zakelijk diner heeft in een sterrenrestaurant of bijvoorbeeld een luxe personenauto koopt voor het bezoeken van afspraken. Dit zijn enkele voorbeelden en zo zijn er nog meer te bedenken waarbij de ondernemer naast een zakelijk motief tevens een persoonlijke voorkeur heeft laten meespelen. De inspecteur daarentegen zal trachten de zakelijke overwegingen van de uitgaven te achterhalen, waarbij het hem niet is toegestaan de hoogte van de uitgaven te toetsen, omdat hij daarbij mogelijk de vrijheid van het ondernemersbeleid schaadt. Sinds het eerste Cessna-arrest is het mogelijk dat uitgaven die in beginsel zakelijk zijn, maar getoetst aan het Cessna-criterium, toch gedeeltelijk van aftrek worden uitgesloten. Hiervan is sprake als de gedane uitgaven in een wanverhouding staan tot het nut waartoe zij gedaan zijn. In het tweede Cessna-arrest leek de lijn te worden voortgezet voor vennootschappen vallend onder de vennootschapsbelasting, maar met het wijzen van het renpaardenarrest werd hier volgens sommige auteurs een einde aan gemaakt. Daarom was ik benieuwd of het Cessna-criterium nog een rol speelt in de vennootschapsbelasting, en wat daarbij de gevolgen zijn voor de aandeelhouder. Wat gebeurt er bijvoorbeeld met de meerkosten die ontstaan nadat de inspecteur een wanverhouding aannemelijk maakt? En is dit een winstuitdeling of onttrekking?

Een ander onderwerp binnen de fiscaliteit, waarbij ook een spanning bestaat tussen zakelijkheid en onzakelijkheid is de onzakelijke lening. Dit begrip is door de Hoge Raad in het leven geroepen in Hoge Raad 9 mei 2008, BNB 2008/191. Door de verschillende behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen is het voor gelieerde ondernemingen aantrekkelijk om eigen vermogen in de vorm van vreemd vermogen te verstrekken, vanwege de fiscale behandeling van de rente. De vraag die een inspecteur zich zal stellen is of het vreemd vermogen of kapitaal is. Een onzakelijke lening is fiscaalrechtelijk vreemd vermogen met onzakelijke voorwaarden die niet met een rentecorrectie te herstellen zijn. Volgens de Hoge Raad is een onzakelijke lening een geldverstrekking die onder dusdanige voorwaarden en omstandigheden is verstrekt, dat daarbij een debiteurenrisico wordt gelopen dat een

onafhankelijke derde niet zou accepteren. Dit debiteurenrisico wordt door de vennootschap toch genomen om de belangen van de aandeelhouder te dienen. Op grond van het totaalwinstbeginsel moeten invloeden van aandeelhouders uit de winst worden gefilterd en daarom is een mogelijk afwaarderingsverlies niet aftrekbaar van de winst. Naar aanleiding van BNB 2008/191 werd tevens door sommige auteurs aangenomen dat er een splitsing tussen een zakelijk- en onzakelijk deel moest worden gemaakt. Dit maakte men op uit de woorden: “indien en voorzover”, dezelfde bewoordingen die de Hoge Raad in de Cessna-arresten gebruikt. Dit was voor mij aanleiding om te onderzoeken of er mogelijk parallellen te trekken zijn tussen de behandeling van onzakelijke uitgaven en een onzakelijke lening, en wat de fiscale gevolgen hiervan zijn.

1.2 Probleemstelling

Tijdens het schrijven van dit onderzoek heeft de Hoge Raad op 25 november 2011 een viertal arresten gewezen inzake de onzakelijke lening, waarbij niet meer wordt gesproken over een splitsing tussen een zakelijk en onzakelijk deel bij het aangaan van de lening. De prangende vragen die ontstonden waren onder andere de rol van het Cessna-criterium, de visie van de Hoge Raad na 25 november 2011 op de onzakelijke lening, en de behandeling van het afwaarderingsverlies bij een lening omhoog (geldverstrekking van dochtermaatschappij in moedermaatschappij). Omdat ik de Cessna-leer als basis voor mijn onderzoek heb genomen, kom ik tot de volgende probleemstelling:

“Wat is de reikwijdte van het Cessna 2-arrest en wat zijn de gevolgen voor de aandeelhouder(s)? Zijn er daarnaast ook parallellen te vinden met de behandeling van de onzakelijke lening en de gevolgen daarvan voor de aandeelhouder en in het bijzonder de behandeling van het afwaarderingsverlies?”

1.3 Verantwoording van de opzet

Hoofdstuk twee is een algemeen hoofdstuk, waarbij het winstbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001 aan bod komt. Tevens worden de verschillen tussen zakelijke- en onzakelijke uitgaven aangetoond en laat ik zien wanneer kosten tot de ondernemingssfeer, danwel de privé sfeer behoren. Ook de rol van het onderscheidingsrecht en de vrijheid van het ondernemersbeleid komen aan bod. Aan het eind van het hoofdstuk wordt het eerste Cessna-arrest geïntroduceerd en laat ik zien hoe de inspecteur dit kan gebruiken om de motieven van de belastingplichtige te achterhalen.

In hoofdstuk drie wil ik aantonen dat het Cessna-criterium ook geldt voor kapitaalvennootschappen. Vanwege de andere rechtsvorm en artikel 2 lid 5 Wet Vpb 1969 zijn er verschillen tussen een

ondernemer en een onderneming die valt onder de vennootschapsbelasting. Ik stel mijzelf de vraag wat een onttrekking in de vennootschap inhoudt. Kunnen er onttrekkingen bestaan welke geen winstuitdelingen zijn? De persoonlijke behoeftebevrediging van de aandeelhouder en de bewijslast spelen hierbij een rol. Daarna bekijk ik wat de rol van het Cessna-criterium is, ook naar aanleiding van het renpaardenarrest.

In hoofdstuk vier bespreek ik de gevolgen van het Cessna-criterium voor de aandeelhouder en laat ik zien waarom er in het Cessna 2-arrest geen winstuitdeling geconstateerd wordt in tegenstelling tot in het renpaardenarrest. Alvorens hiertoe te komen bespreek ik de criteria van de winstuitdeling.

In hoofdstuk vijf komt de systematiek van de onzakelijke lening naar aanleiding van BNB 2008/191 aan bod. Wanneer is er sprake van een onzakelijke lening en wanneer van vreemd vermogen dat opnieuw moet worden geherkwalificeerd tot kapitaal. Daarnaast komen verschillende zienswijzen van auteurs aan bod en worden de overeenkomsten en verschillen tussen de Cessna-leer en onzakelijke lening-leer aangestipt.

In hoofdstuk zes worden de verschillen en overeenkomsten tussen Cessna en onzakelijke lening uitgewerkt welke in hoofdstuk vijf zijn geduid. Met behulp van hetgeen ik geconcludeerd heb naar aanleiding van de Cessna-leer, geef ik mijn mening over de huidige stand van zaken. Ook komt aan bod wat de gevolgen zijn voor de aandeelhouder-geldverstrekker en het te nemen afwaarderingsverlies.

Uiteindelijk zal ik in hoofdstuk zeven afsluiten met een conclusie waarin reikwijdte van het Cessna 2-arrest wordt besproken, alsook de gevolgen voor de aandeelhouder en de verschillen en overeenkomsten die er zijn met de fiscale behandeling van de onzakelijke lening.

Hoofdstuk 2 Cessna-criterium in de inkomstenbelasting

2.1 Inleiding

Ondernemen is een zeer persoonlijke activiteit. Elke ondernemer probeert op zijn/haar manier een zo hoog mogelijke winst te behalen. De ene ondernemer denkt een zeer luxe auto nodig te hebben en de andere ondernemer wil graag aan een exclusief bureau werken. In de ogen van de inspecteur kan dit soms vraagtekens opleveren. In beginsel mag de inspecteur het ondernemersbeleid niet toetsen.¹ De inspecteur mag onderzoeken of uitgaven zakelijk zijn of niet. Zijn de uitgaven zakelijk, dan mag de inspecteur niet meer toetsen of het gevoerde ondernemingsbeleid ook efficiënter had gekund. In bepaalde gevallen heeft de inspecteur echter een marginaal toetsingsrecht. De Hoge Raad heeft in het Cessna 1-arrest bepaald dat als uitgaven weliswaar binnen de ondernemings sfeer zijn gemaakt, maar in een zodanige wanverhouding staan tot het nut, deze uitgaven niet volledig van de winst mogen worden afgetrokken. In dit hoofdstuk komen de aftrekbare kosten aan bod en wordt er een onderscheid gemaakt tussen zakelijkheid en onzakelijkheid. In het bijzonder is hierbij de rol van de ondernemer van belang. Verder zal ook het Cessna 1-arrest worden besproken.

2.2 Aftrekbare kosten in de inkomstenbelasting

Het winstbegrip in de inkomstenbelasting is een ruim begrip. Dit volgt uit de tekst van artikel 3.8 Wet IB'01:

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

Dit artikel impliceert dat de vermogensaanwas van begin tot en met het eind van de onderneming tot de winst behoort. De kosten die met deze winst verband houden mogen worden afgetrokken. Een vermogenstoename en/of vermogensafname die door de ondernemer zelf is veroorzaakt, moet uit de winst worden gefilterd. Het betreft de zogenaamde stortingen en onttrekkingen. Een storting is een toename van het ondernemingsvermogen op onzakelijke gronden. Een onttrekking is een vermindering

¹ HR 5 oktober 1955, BNB 1955/348.

van het ondernemingsvermogen op onzakelijke gronden.² Men kan hierbij denken aan consumptieve bestedingen voor de ondernemer of een greep uit de kas voor privégebruik.

Het is voornamelijk voor de aandeelhouder van belang om te bepalen of gedane uitgaven ondernemingskosten zijn of niet. Alleen ondernemingskosten zijn aftrekbaar en geven een lagere fiscale winst.

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen of een voor- of nadeel tot de winst behoort. Uit jurisprudentie zijn een drietal criteria te filteren;

- a) Causaliteit, het voor- of nadeel moet zijn veroorzaakt door ondernemingsuitoefening.³
- b) Finaliteit, het doel van de handeling speelt een rol bij de bepaling of een voor- of nadeel tot de winst behoort.⁴
- c) Sfeercriterium, dit criterium bepaalt of een voor- of nadeel tot de persoonlijke sfeer of ondernemingssfeer hoort.⁵

Aan dit laatste criterium kent Stevens de meeste waarde toe, hij schrijft hierover het volgende:

“alle voordelen en nadelen, die, rekening houdende met maatschappelijke opvattingen dienaangaande, geacht kunnen worden zakelijk aan de inkomensverwervende activiteit te kunnen worden toegerekend, met uitschakeling derhalve van wat tot de persoonlijke sfeer van de belastingplichtige behoort”.⁶

Onzakelijk handelen op zichzelf is geen reden voor de inspecteur om te besluiten tot niet aftrekbaarheid van de uitgaven.⁷ Een voorbeeld uit de jurisprudentie zijn reiskosten, gemaakt door belastingplichtige, die volgens de inspecteur niet gemaakt hadden hoeven worden.⁸ Het alleen constateren van onzakelijk handelen is dus geen voldoende argument om uitgaven van aftrek uit te sluiten. Het onzakelijk handelen

² L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, CB Inkomstenbelasting 0.0.9 E, Deventer Kluwer 2010, blz 23.

³ HR 31 augustus 1998, BNB 1998/336 de winst behaald door de verkoop van grond behoorde tot de winst omdat alleen de architect met zijn kennis dit voordeel had kunnen behalen.

⁴ HR 4 februari 1959, BNB 1959/111 een prijs waarna niet gedongen kan worden is geen onderdeel van de winst uit onderneming.

⁵ HR 28 februari 1973, BNB 1973/123 kosten van promotiediner behoren tot de prive sfeer.

⁶ L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting 2001, Fiscale Hand- en Studietoeken, Kluwer Deventer, 2001, blz 91.

⁷ Prof. J.E.A.M. van Dijk, Bundel Fiscale Miniaturen, Fed, Deventer 1978, blz 51.

⁸ Hoge Raad 27 april 1960, BNB 1960/178 inzake reiskosten die belastingplichtige maakt en die volgens de inspecteur niet gemaakt hoefde te worden.

moet een bestedingsmogelijkheid creëren en gericht zijn op de privésfeer.⁹ Dit laatste betekent ook dat uitgaven gedaan in de ondernemingssfeer, maar met een motief in de privésfeer, tot niet aftrekbaarheid kunnen leiden.¹⁰ Het arrest van 2 december 1998, BNB 1999/20 verduidelijkt dit. In dit arrest werd de aftrek van een betaalde schadevergoeding geweigerd, omdat het motief van de aangebrachte schade in de privésfeer lag. Een ander arrest, dat nog uitgebreid aan bod komt, is het Cessna 1-arrest.¹¹ In dit arrest werden uitgaven gedaan die dusdanig hoog waren ten opzichte van het met deze kosten behaalde nut, dat een motief in de privésfeer werd verondersteld.

Ik concludeer dat als er door een ondernemer uitgaven zijn gedaan waarbij hij zich heeft laten leiden door privémotieven, de uitgaven niet aftrekbaar zijn.¹² Er is dan sprake van onzakelijke uitgaven. De volgende paragraaf illustreert hoe lastig het is om het onderscheid tussen zakelijk en onzakelijk te maken.

2.3 Onderscheidingsrecht

Wat precies tot de ondernemingssfeer behoort en wat tot de persoonlijke sfeer- met andere woorden: is er sprake van ondernemingskosten of onttrekkingen?- is lastig te bepalen. De inspecteur dient te onderzoeken tot welke sfeer een uitgave behoort; een ondernemings- of persoonlijke sfeer. In dit onderzoek vraagt de inspecteur zich af wat het motief van de uitgave is. Dit onderzoek noemt men ook wel het onderscheidingsrecht.¹³ Het is een lastig onderzoek, vanwege het feit dat de ondernemer een eigen visie heeft op het te voeren beleid en deze visie over het algemeen niet gelijk is aan die van de inspecteur. De inspecteur mag het ondernemersbeleid van de ondernemer niet toetsen, wat volgt uit het arrest van 5 oktober 1955, BNB 1955/348. De inspecteur mag zich bezig houden met de vraag of een uitgave berust is op zakelijke overwegingen, maar niet met de vraag betreffende de (toegestane) hoogte van de uitgave. Dit neemt niet weg dat de belastingplichtige moet bewijzen dat de uitgave op basis van zakelijke overwegingen is gedaan. Dit betekent ook dat de winst die deze ondernemer *had* kunnen verdienen door anders te handelen niet in de belaste grondslag betrokken mag worden.¹⁴ Van Soest

⁹ Prof. J.E.A.M. van Dijck, Invloed onzakelijk handelen op inkomen en winst, Fiscale miniaturen, Fed, Deventer 1978, blz 52.

¹⁰ L.W. Sillevs, M.L.M. van Kempen, CB 3.2.9.A, Deventer Kluwer 2010.

¹¹ HR 9 maart 1983, BNB 1983/202.

¹² HR 14 juli 2002, BNB 2002/290 r.o. 3.3 uitgaven ontberen slechts dan een zakelijk karakter en zijn niet aftrekbaar indien en voorzover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder.

¹³ Noot B 9101 M.J.H. Smeets.

¹⁴ Vakstudie Inkomstenbelasting 1964, commentaar op artikel 7 Wet IB 1964.

trekt dezelfde conclusie, hij is van mening dat een ondernemer zijn onderneming mag leiden zoals hij/zij, dat betaamt. De inkomsten en kosten die daaruit voortvloeien, neemt de belastingplichtige als gegeven in aanmerking.¹⁵ De inspecteur mag de hoogte van een zakelijke uitgave niet betwisten, maar ziet in de hoogte van een uitgave vaak wel aanleiding om zijn onderscheidingsrecht toe te passen.¹⁶ Dit hoeft naar mijn mening geen probleem te zijn, want de inspecteur doet dit alleen om zijn onderscheidingsrecht effectiever in te kunnen zetten. Het Cessna-arrest is een bevestiging van deze methode. In dit arrest werd de hoogte van de uitgaven getoetst aan het nut voor de onderneming om op die manier te achterhalen wat het motief voor de uitgave was.

2.4 Zakelijk of niet?

Zoals al is aangegeven in paragraaf 2.2 zijn uitgaven slechts dan niet aftrekbaar en onzakelijk als de winstgenieter daardoor in de privésfeer een bestedingsmogelijkheid krijgt. Het louter onzakelijk handelen, en als gevolg daarvan minder winst ontvangen, is geen reden om een uitgave van aftrekbaarheid uit te sluiten. Dit ziet met name op de vrijheid van de ondernemer om te bepalen hoe hij zijn onderneming wil leiden. In paragraaf 2.3 is beschreven dat er gevallen zijn waarbij de uitgaven zo hoog zijn, dat er sprake zou kunnen zijn van onzakelijke uitgaven. In deze gevallen mag de inspecteur hier nader onderzoek naar doen.

De inspecteur heeft hier soms wat moeite mee, zoals blijkt uit de Jaguaruitspraak.¹⁷ De inspecteur wilde een deel van de uitgaven van aftrek uitsluiten, omdat de aanschaf van een Jaguar door de ondernemer te zeer in de persoonlijke sfeer zou liggen. De redenering van de inspecteur toont aan dat hij in deze zaak heeft plaatsgenomen op de stoel van de ondernemer. Hij wil namelijk het verschil tussen een “normale”, goedkopere auto en de duurdere Jaguar niet in aftrek toestaan. In feite zegt de inspecteur dat de ondernemer het beter had kunnen doen. Naar het oordeel van het Hof gaat de aanschaf van de Jaguar de perken niet te buiten van hetgeen zakelijk zou zijn.¹⁸ Volgens het Hof wordt het alleen anders als de belastingplichtige bijvoorbeeld een paard met wagen had aangeschaft om zijn klanten te bezoeken. In dat geval is de aanschaf op zulke onzakelijke motieven gebaseerd dat de uitgaven onmogelijk tot zijn zakelijke vermogen zou mogen worden gerekend.¹⁹ Naar mijn idee begaat het Hof

¹⁵ Adv. Gen. Van Soest bij HR 9 maart 1983, BNB 1983/202.

¹⁶ N.H. de Vries, R.J. de Vries, CB, VPB 2.2.0.A.b1 Gouda Quint 2003.

¹⁷ Hof 's Gravenhage 15 oktober 1968, BNB 1968/206.

¹⁸ Conclusie nr. 36 292, Mr Van Kalmthout 29 juni 2001, onderdeel 6.

¹⁹ Hof 's Gravenhage 15 oktober 1968, BNB 1968/206, onder punt 2.

met deze laatste redenatie een fout. Het aanschaffen van een paard met wagen zou onzakelijk kunnen zijn vanuit commercieel oogpunt bezien, maar dit is uiteindelijk het recht van de ondernemer om deze keuze te maken. Hierbij ga ik er vanuit dat de aanschaf van paard en wagen over het algemeen niet hoger zal zijn dan de aanschaf van een auto. Het Hof verstaat onder de zakelijke motieven in dit geval niet de hoogte van uitgaven, maar het feit dat door de aanschaf van een paard en wagen de onderneming inefficiënt wordt gevoerd. Alleen de hoogte van de uitgaven mogen betwist worden en dat blijkt ook uit het Cessna 1-arrest.²⁰ Dit arrest wordt in de volgende paragraaf uitvoerig besproken.

2.5 Cessna

De beslissing van het Hof in de Jaguarzaak blijkt een inspiratiebron voor het Cessna 1-arrest. Het Hof heeft in deze zaak weliswaar gelijk door te stellen dat het persoonlijke karakter uit de zakelijke uitgaven moet worden geëlimineerd, maar maakt de fout door te toetsen aan het ondernemersbeleid. In het Cessna 1-arrest neemt de Hoge Raad dezelfde stelling in, maar past dit vervolgens anders toe.

Dit arrest betrof een medisch specialist en eigenaar van een vliegtuig. Dit vliegtuig gebruikte hij voor zakelijke reizen. Het Hof bewandelt in dit arrest dezelfde weg als in de Jaguarzaak, maar met een andere uitkomst. Het oordeelt dat: “de keuze van het vervoermiddel zo evident door persoonlijke motieven bepaald ware geweest, dat de daarnevens aanwezige zakelijke motieven in het niet verzinken”.²¹ Het gevolg van dit oordeel is dat het verschil tussen een goedkoper vervoersmiddel en het gebruik van een vliegtuig niet aftrekbaar is. Van Soest is van mening dat als: “kosten gemaakt binnen de sfeer van de onderneming, dan zijn de beweegredenen van de ondernemer niet meer aan de orde”.²² De Hoge Raad bekijkt het genuanceerder. Zij vindt dat het Hof niet heeft vastgesteld dat er sprake is van een wanverhouding tussen de hoogte van de uitgaven en het nut voor de onderneming. Deze wanverhouding wordt geconstateerd op het moment dat de hoogte van de uitgaven dusdanig hoog zijn, dat geen enkele redelijk denkend ondernemer kan volhouden dat diezelfde uitgaven het belang van de onderneming dienen. Het beleid van een redelijk denkend ondernemer wordt als maatstaf gebruik. Een ondernemer bepaalt de winst op basis van goedkoopmansgebruik. Het geeft de ondernemer ruimte om zelf een systeem te kiezen om zijn winst te bepalen. Als de belastingplichtige stelt dat het Cessna

²⁰ HR 9 maart 1983, BNB 1983/202.

²¹ Hof 's Gravenhage 15 oktober 1968, BNB 1968/206, onder punt 2.

²² Adv. Gen. Van Soest bij HR 9 maart 1983, BNB 1983/202.

vliegtuig tot zijn ondernemingsvermogen behoort, dan is dat het beleid van de ondernemer.²³ Tenzij de belastingplichtige hierbij buiten de “grenzen der redelijkheid” treedt.²⁴ Een redelijk denkend ondernemer is in mijn optiek een ondernemer die binnen deze grenzen blijft. Als blijkt dat er sprake is van een wanverhouding, dan is het verschil tussen de hoogte van de uitgaven en de uitgaven die een redelijk denkend ondernemer zou maken niet aftrekbaar. Op deze manier wil de Hoge Raad het persoonlijke element uit de -in principe zakelijke- uitgaven elimineren. Het marginaal toetsingsrecht, ook wel het Cessna-criterium, is geboren. Zoals paragraaf 2.3 betoogt is dit marginale toetsingsrecht een instrument voor de inspecteur om het motief van de uitgave te achterhalen. In het Cessna-arrest zijn in beginsel de uitgaven zakelijk, het marginale toetsingsrecht is ondanks deze zakelijkheid een middel om alsnog het persoonlijke motief eruit te filteren en aftrek van de daaraan toerekenbare kosten niet toe te staan.

2.5.1 Bewijslast

De bewijslastverdeling is belangrijk, zowel in inkomstenbelasting als in de vennootschapsbelasting. Hoofregel is dat winstverlagende uitgaven door de belastingplichtige moeten worden bewezen, en winstverhogende opbrengsten door de inspecteur moeten worden bewezen.²⁵ De ondernemer moet dus bewijzen of de gedane uitgaven om zakelijke redenen zijn gedaan. In zaken omtrent het zakelijk motief kan de inspecteur zich op het standpunt stellen dat de uitgaven om persoonlijke motieven zijn gedaan. De ondernemer zal voldoende feiten moeten leveren waaruit de inspecteur kan concluderen dat persoonlijke motieven geen doorslaggevende rol spelen. Simpelweg betekent dit dat de inspecteur ervan overtuigd moet zijn dat de uitgaven gedaan zijn om bij te dragen aan de uitoefening van de onderneming. Als de inspecteur hier niet van overtuigd is, is het aan hem om het tegendeel te bewijzen.²⁶ Als de inspecteur niet voldoende aannemelijk kan maken dat er sprake is van persoonlijke behoeftebevrediging dan heeft de inspecteur met het Cessna-criterium de mogelijkheid om voor een

²³ HR 7 oktober 1953, BNB 1953/272.

²⁴ HR 9 maart 1983, BNB 1983/202 ad b.

²⁵ E. Aardema, bewijslastverdeling in de fiscale procedure, MBB 1996/7/8.

²⁶ LJN BM 1083, Gerechtshof Amsterdam, 07/00841, 4.1.11.

gedeelte een persoonlijke behoeftebevrediging vast te stellen.²⁷ Dit doet de inspecteur door een wanverhouding vast te stellen.²⁸ De belastingplichtige kan vervolgens tegen dit bewijs weer ageren.

Spieker geeft aan dat toepassing van het Cessna-criterium in de praktijk niet vaak tot een aftrekbeperking leidt. Het zal vaak voorkomen dat er: 1) helemaal geen sprake is van uitgaven in de ondernemingssfeer of 2) er kan geen wanverhouding aannemelijk worden gemaakt.²⁹ Dit laatste betekent, ondanks het Cessna-criterium, mijns inziens dat er aan de vrijheid van het ondernemersbeleid en dus de persoonlijke overwegingen bij het doen van uitgaven nog steeds veel waarde wordt gehecht.

In een zaak van Hof 's-Gravenhage komt dit ook naar voren.³⁰ Ondanks het gegeven dat persoonlijke motieven een rol speelden bij het gebruiken van een paard voor reclame, kon geen wanverhouding ten opzichte van het nut worden geconstateerd. De uitgaven aan het paard werden om zakelijke redenen gedaan, vanwege het feit dat iemand anders dan de belastingplichtige het paard bereed. Als men de casus van het later gewezen renpaardenarrest hierop los laat is dat geen verrassing. Er is namelijk geen persoonlijke behoeftebevrediging vastgesteld en dat betekent dat de uitgaven in beginsel zakelijk zijn.³¹

Samenvattend; vanwege het Cessna-criterium kan er, ondanks de vrijheid van het ondernemersbeleid, getoetst worden of in beginsel zakelijke uitgaven niet ook de persoonlijke belangen van een ondernemer dienen. Dit is het geval als de uitgaven in een wanverhouding staan tot het nut voor de onderneming. Deze wanverhouding is aanwezig als blijkt dat de hoogte van de uitgaven dusdanig hoog zijn, dat geen redelijk denkend ondernemer deze uitgaven zou maken. Het Cessna-criterium is een instrument om een splitsing aan te brengen tussen ondernemingssfeer en persoonlijke sfeer. Waarbij het deel dat in de persoonlijke sfeer niet aftrekbaar is en een onttrekking vormt.

In het volgende hoofdstuk zal blijken dat het Cessna-criterium ondanks het renpaardenarrest ook van toepassing is in de vennootschapsbelasting. Daarvoor moet eerst onderbouwd worden dat er naast winstuitdelingen en terugbetalingen van kapitaal ook andere onttrekkingen bestaan. In hoofdstuk vier wil ik ingaan op de gevolgen van het Cessna 2-arrest voor de aandeelhouder.

²⁷ HR 18 maart 1998, BNB 1998/159, werkzaamheden die bedoeld zijn om te voorzien in particulieren behoeften dienen buiten aanmerking te blijven.

²⁸ D. Spieker, WFR 2008/1103.

²⁹ D. Spieker, WFR 2008/1103.

³⁰ Hof 's Gravenhage, 2 juni 1998, VN 1998/54.13.

³¹ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290.

Hoofdstuk 3 Cessna-criterium in de vennootschapsbelasting

3.1 Inleiding

Het winstbegrip voor kapitaalvennootschappen is ontleend aan de inkomstenbelasting. Dit volgt uit artikel 8 Wet Vpb 1969, waarin verwezen wordt naar artikel 3.8 Wet IB '01. Dit betekent dat ook in de vennootschapsbelasting een verschil bestaat tussen de winstsfeer en de kapitaalsfeer. Betekent dit gegeven dat het onderscheidingsrecht, zoals dat in de inkomstenbelasting geldt, ook voor de vennootschapsbelasting van toepassing is? Die vraag kan opkomen nu bij vennootschappen geen sprake is van een persoonlijke sfeer. Het Cessna-criterium in de inkomstenbelasting is een door de rechterlijke macht ontwikkeld instrument om een splitsing tussen de ondernemingssfeer en de persoonlijke sfeer te kunnen maken. Daarom is het ook interessant om te onderzoeken of het Cessna-criterium ook geldt voor vennootschappen. De bewijslast is in dit hoofdstuk ook van belang, omdat men bij vennootschappen ook te maken heeft met aandeelhouders. In de inkomstenbelasting is een uitgave onzakelijk als de ondernemer via zijn eigen onderneming een bestedingsmogelijkheid heeft gecreëerd in de persoonlijke sfeer. De vraag is of dit ook kan gelden indien de onderneming een rechtspersoon is en geen natuurlijk persoon. Is het noodzakelijk dat er een uitdeling aan de aandeelhouder bewezen moet worden?

3.2 Totaalwinst

Via de verwijzing van artikel 8 lid 1 Wet Vpb 1969, komt men bij de totaalwinst bepaling van artikel 3.8 IB 2001. De totaalwinst bestaat uit de voordelen die gedurende de levensloop van een onderneming zijn behaald. Net als onder de Wet IB 2001 bepaalt men de winst door het verschil tussen begin- en eindvermogen te vermeerderen met onttrekkingen, en te verminderen met kapitaalstortingen. Naast de onttrekkingen bestaan er in de Wet Vpb 1969 ook bepalingen die winstafhankelijke uitkeringen van aftrek uitsluiten.³² Dit valt op te maken uit artikel 10 Wet Vpb 1969. Dit artikel somt op welke uitdelingen niet van de winst aftrekbaar zijn, omdat de vennootschapsbelasting alleen de winst wil belasten, die behaald is door de onderneming. Dit artikel is een aanvulling op artikel 9 Wet Vpb 1969, waarin winstafhankelijke uitkeringen zijn opgesomd, welke juist wel aftrekbaar zijn.

³² J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken VPB, Deventer Kluwer 2010, blz 84.

In het vorige hoofdstuk heb ik een afbakening gemaakt tussen ondernemingskosten en onttrekkingen in de inkomstenbelasting. De conclusies uit dat verhaal zijn niet geheel toepasbaar op de afbakening in de vennootschapsbelasting. Dit is het gevolg van een verschil in rechtsvorm: een vennootschap is immers een aparte entiteit. Daarnaast is het bepaalde in artikel 2 lid 5 Wet Vpb 1969 van belang. Dit artikel veronderstelt dat alle positieve en negatieve voordelen, niet zijnde kapitaalstortingen en onttrekkingen door de onderneming behaald, tot de totaalwinst behoren.³³ Deze fictie bepaalt dat de onderneming wordt gedreven met behulp van het gehele vermogen. De onderneming kent als gevolg van deze fictie geen privésfeer. Daarom is het begrip “bedrijfsvreemde uitgave” alleen relevant als daarmee uitsluitend het belang van de belanghebbenden achter de vennootschap is gediend. Met belanghebbenden worden bedoeld de verschaffers van eigen vermogen zijnde aandeelhouders, deelnemers en leden. De opzet van de vennootschapsbelasting is dusdanig dat uitkeringen aan belanghebbenden niet aftrekbaar zijn van de winst, en als “bedrijfsvreemd” worden geduid.³⁴ Uitkeringen aan belanghebbenden, oftewel onttrekkingen, kunnen bestaan uit (verkapte) winstuitdelingen of terugbetalingen van (informeel) kapitaal.

Het verband met ondernemers in de inkomstenbelasting is dat een uitgave niet aftrekbaar is als het zakelijk belang van de onderneming niet gediend wordt. In de inkomstenbelasting is dat geval als de uitgaven bedoeld zijn om de persoonlijke behoefte van de ondernemer te bevredigen.³⁵ In de vennootschapsbelasting is dit aan de orde als de uitgave met het oog op de bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder is gedaan.³⁶

In de rest van dit hoofdstuk wil ik onderzoeken of er in de vennootschapsbelasting ook uitgaven bestaan die als onzakelijk aangemerkt kunnen worden indien onzakelijke uitgaven bestaan waarvan onduidelijk is of er ook een uitdeling richting de aandeelhouder heeft plaatsgevonden. Nog specifieker; kan er een onttrekking bestaan zonder dat een uitdeling wordt geconstateerd?

³³ S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting 2.0.6.Ab, Deventer Kluwer 2009, blz 107.

³⁴ S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting 2.0.5.Ab, Deventer Kluwer 2009, blz 76.

³⁵ HR 18 maart 1998, BNB 1998/159.

³⁶ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290.

3.3 Winstuitdelingen en onttrekkingen

Een winstuitdeling is een onttrekking uit het vermogen van de vennootschap.³⁷ Waarbij met een onttrekking wordt bedoeld, een uitkering uit het vermogen van de vennootschap die niet het belang van de onderneming dient, maar de belanghebbenden achter de vennootschap.³⁸ Deze “bedrijfsvreemde uitgave” vloeit naar de rechthebbenden van de winst, bijvoorbeeld de aandeelhouder. Een winstuitdeling is als volgt te definiëren:

”een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van de aandeelhouder wordt onttrokken”.³⁹

De Wet Vpb 1969 kende voor 1 januari 1997 een klassiek systeem. Dit houdt in dat vennootschapsbelasting wordt geheven zonder rekening te houden met de inkomstenbelasting.⁴⁰ Na 1 januari 1997 geldt dit systeem alleen nog maar voor niet-aanmerkelijkbelanghouders, maar kenmerken van dit systeem zitten nog altijd verankerd in de Wet Vpb 1969. Op grond van artikel 10 lid 1 sub a Wet Vpb 1969 zijn namelijk alle onmiddellijke of middellijke uitdelingen niet aftrekbaar van de winst.⁴¹ De vorm waarin de uitdeling is gedaan maakt niet uit, want geen enkele beloning jegens de eigen vermogen verschaffers is aftrekbaar.

Uit het arrest BNB 1959/124 blijkt dat het bij een winstuitdeling moet gaan om een verschuiving van vermogen van vennootschap naar aandeelhouder, gedekt door in de vennootschap aanwezige winst. Dit houdt in dat de vennootschap moet verarmen en de aandeelhouder moet verrijken.⁴² Deze verrijking kan een openlijke uitdeling zijn, bijvoorbeeld dividend op aandelen of een vermomde uitdeling, bijvoorbeeld het verschaffen van een renteloze lening aan de aandeelhouder. Hieruit blijkt dat het moet gaan om een bevoordeling. Over de bewustheid van die bevoordeling wordt in dit arrest niet gerept. In BNB 1954/61 wordt hier wel over gesproken; de handeling moet de aandeelhouder als zodanig

³⁷ Naast de winstuitdeling vormt een terugbetaling van kapitaal ook een onttrekking.

³⁸ S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting 2.0.6.Ab, Deventer Kluwer 2009, blz 76.

³⁹ HR 18 februari 1959, BNB 1959/124.

⁴⁰ J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken VPB, Deventer Kluwer 2010, blz 14.

⁴¹ S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting 2.0.6.Ab, Deventer Kluwer 2009, blz 84.

⁴² HR 18 februari 1959, BNB 1959/124.

bevoordelen. Dit betekent dat de vennootschap en de aandeelhouder zich hiervan bewust moeten zijn.⁴³

De winstuitdeling is door bovenstaande jurisprudentie te splitsen in een aantal elementen:

- a) de vermogensverschuiving moet gedekt worden door de winst;
- b) en bewustheid van zowel de vennootschap als de aandeelhouder inzake de uitdeling;
- c) een verrijking van de aandeelhouder en daarmee ook een verarming van de vennootschap

3.3.1 Winstdekking

Een winstuitdeling moet worden gedaan uit de winst of de winstreserves.⁴⁴ Het is zelfs mogelijk dat er een winstuitdeling wordt geconstateerd zonder dat er winst aanwezig is. Dit noemt men winstanticipatie.⁴⁵ Volgens de Hoge Raad is dit alleen mogelijk als er op korte termijn winst valt te verwachten.⁴⁶ Wattel en Marres onderstrepen dit, omdat er zonder winst of winstverwachting op korte termijn geen belaste winstuitdeling kan zijn.⁴⁷ In HR 1 november 1989, BNB 1990/63 en 64 waren er gelden naar de aandeelhouders gevloeid, terwijl de vennootschap in liquidatie was. De aandeelhouders waren ook niet voornemens om deze gelden terug te betalen. Er was dus wel sprake is van een voordeel voor de aandeelhouder, maar door de ontbrekende winstdekking zou dit niet belastbaar zijn. De Hoge Raad heeft dit opgelost door het deel dat niet werd terugbetaald door de aandeelhouders als winst te bestempelen, aangezien voor dit deel de crediteuren niet terugbetaald kunnen worden. Dit is niet in lijn is met het later gewezen Fokker 2-arrest⁴⁸, omdat pas van winst kan worden gesproken als vaststaat dat de crediteuren definitief niet meer hoeven worden terugbetaald. In de zaak die speelde bij BNB 1990/63 bestaat er nog steeds een terugbetalingsverplichting, omdat niet is vastgesteld door het Hof dat het verhaal op de vorderingen onmogelijk is geworden.⁴⁹ Desondanks constateerde de Hoge Raad winst. Het bedrag dat als winst bestempeld werd viel echter in het niet bij de andere schulden, zodat er per saldo geen winst was. Geen winst betekende in deze casus dus ook geen winstuitdeling. Een onttrekking voor

⁴³ HR 30 december 1953, BNB 1954/61.

⁴⁴ HR 18 februari 1959, BNB 1959/124.

⁴⁵ S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting 2.0.6.Ab, Deventer Kluwer 2009, blz 104.

⁴⁶ HR 1 november 1989, BNB 1990/63 en 64.

⁴⁷ P.J. Wattel, O.C.R. Marres, Dividendbelasting, Deventer Kluwer 2006, blz 29.

⁴⁸ HR 18 oktober 2002, BNB 2003/44

⁴⁹ HR 1 november 1989, BNB 1990/63, rechtsoverweging 4.3

de vennootschapsbelasting was evenwel goed mogelijk, omdat bewezen was dat de aandeelhouder bevoordeeld was.

3.3.2 Bewustheid

Voor de vaststelling van een winstuitdeling moeten de vennootschap en de aandeelhouder hiervan bewust zijn. Albert beaamt deze dubbele bewustheid, maar tegelijkertijd is het wel mogelijk dat er een uitgave ten behoeve van de aandeelhouder is gedaan, zonder dat er een winstuitdeling heeft plaatsgevonden.⁵⁰ Met andere woorden: ondanks dat de aandeelhouder niet bewust is van een bevoordeling, kan voor de vennootschapsbelasting wel een onttrekking jegens de aandeelhouder zijn gedaan. Dit is de conclusie die Albert trekt uit het arrest BNB 1969/164.⁵¹ Aardema komt tot de conclusie dat voor een winstuitdeling een dubbele bewustheid geen harde eis is. Zolang de vennootschap de bedoeling heeft om een aandeelhouder te bevoordelen is dat afdoende.⁵² Er zijn ook situaties te bedenken waarin de directeur tevens de aandeelhouder is. Het lijkt dan onmogelijk dat de aandeelhouder zich niet bewust is van de bevoordeling.

Ik ben van mening dat de bewustheid van de aandeelhouder er alleen toe doet als hij niet tevens de directeur is. De vraag die dan gesteld moet worden is; in welke hoedanigheid wordt een natuurlijk persoon bevoordeeld? Deze vraag kan alleen beantwoord worden als de aandeelhouder of directeur zich van de bevoordeling bewust is. In de gevallen waarin de aandeelhouder geen andere rol speelt in de vennootschap is een dubbele bewustheid mijns inziens niet nodig. Tot deze conclusie kom ik na een uitspraak van het Hof Den Bosch.⁵³ Ondanks dat een werknemer zich niet bewust is van een bevoordeling wil dit niet zeggen dat er geen loon genoten is. De dienstbetrekking maakt het mogelijk dat er een voordeel wordt genoten, bewust dan wel onbewust.

3.3.3 Verrijking-verarming

Wil er sprake zijn van een winstuitdeling, moet vermogen ten laste van de vennootschap worden onttrokken en ten goede komen aan de aandeelhouder. Met name het ten goede komen aan de aandeelhouder is een harde eis en daar wordt lang niet altijd aan voldaan. Uit het arrest BNB 1959/67

⁵⁰ P.G.H. Albert, Winstgemis, Lelystad, Koninklijke Vermande 1995, blz 280.

⁵¹ HR 28 mei 1969, BNB 1969/164

⁵² E. Aardema, de directeur-groootaandeelhouder zijn BV en de fiscus, 1989, blz 28.

⁵³ Hof Den Bosch 21 januari 2004, VN 2004/23.1.3.

blijkt dat de uitgaven voor een feest geen winstuitdeling vormen.⁵⁴ De Hoge Raad oordeelt dat er niet van een ten goede aan de aandeelhouder kan worden gesproken, omdat het een tijdelijke bevrediging van behoeften betreft. Het belang van het feest is echter niet zakelijk en daarom zijn de uitgaven niet aftrekbaar. In dit arrest is niet voldaan aan het criterium van de vermogensverschuiving, maar de uitgaven zijn wel gedaan ten gunste van de aandeelhouders. Er is in dit geval een onttrekking, maar geen winstuitdeling.

Een ander arrest waarin evenmin van een ten goede aan de aandeelhouder kan worden gesproken, is BNB 1995/15.⁵⁵ Een betaalde vergoeding van de vennootschap aan de aandeelhouder voor reis- en verblijfkosten was volgens de inspecteur niet zakelijk, of althans niet aannemelijk gemaakt. Ondanks het ontbreken van de zakelijkheid was volgens het Hof geen sprake van een niet aftrekbare uitgave. Het Hof kwam tot deze conclusie, omdat de inspecteur niet kon bewijzen dat de aandeelhouder bevoordeeld was. De Hoge Raad was een andere mening toegedaan en casseerde de uitspraak van het Hof. De Hoge Raad is van mening dat uitgaven die niet zakelijk zijn niet in aftrek kunnen komen, los van het feit of deze uitgaven wel ten goede van de aandeelhouder zijn gekomen. Met deze uitspraak zegt de Hoge Raad in feite ook dat er sprake kan zijn van een onttrekking ten behoeve van de aandeelhouder, als er geen winstuitdeling kan worden bewezen. Verburg trekt dezelfde conclusie.⁵⁶ Meussen is van mening dat er naast winstuitdelingen en terugbetalingen van kapitaal geen andere onttrekkingen bestaan.⁵⁷ Het gebrek aan bewijs betekent volgens hem niet dat er geen bevoordeling is geweest.

Het feit dat er in deze casus geen ten goede aan de aandeelhouder kan worden bewezen, betekent volgens de noot van Hoogendoorn bij BNB 1995/15 dat er geen aandeelhoudersrelatie hoeft te zijn bij een niet aftrekbare uitgave, waarbij geen ten goede aan de aandeelhouder is bewezen. Dat er geen ten goede kan worden bewezen betekent naar mijn mening echter niet dat er geen aandeelhoudersrelatie hoeft te zijn. De uitgave wordt door de Hoge Raad als niet zakelijk gezien, wat mijns inziens juist impliceert dat er een aandeelhoudersrelatie aanwezig moet zijn. Zonder een aandeelhoudersrelatie zou de winstomvang overeenkomen met de winst van onafhankelijke derden in dezelfde situatie. In de casus van 2 november 2004⁵⁸ was er geen sprake meer van een winstuitdeling en daarom werd de zakelijkheid

⁵⁴ HR 31 december 1958, BNB 1959/67.

⁵⁵ HR 21 september 1994, BNB 1995/15.

⁵⁶ J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Deventer Kluwer 2000, blz 213.

⁵⁷ G.T.K. Meussen, *Onttrekkingen in de vennootschapsbelasting*, TFO 1995 blz 144.

⁵⁸ Hof 's Gravenhage 2 november 2004, FED 2004/703.

van de vergoeding niet meer betwist en was deze ook aftrekbaar van de winst. In een zaak van het Hof van Amsterdam werden enkele uitgaven als onzakelijk aangemerkt door de inspecteur, zoals een halsketting geschonken aan de schoonzuster van de aandeelhouder.⁵⁹ De belastingplichtige moest aannemelijk maken dat de uitgaven om zakelijke redenen gedaan waren en slaagde hierin. Het gevolg hiervan is dat de aandeelhoudersrelatie geen rol van betekenis speelde bij het doen van de uitgave, en daardoor aftrekbaar was van de winst.

BNB 1995/16 betrof het een vennootschap die een overeenkomst sloot met een Antilliaanse NV.⁶⁰ De vennootschap betaalde grote bedragen aan deze NV, die daarvoor diensten zou verrichten. Het bleef echter alleen bij betalingen aan de NV, waar geen prestatie tegenover stond. In deze zaak werd niet duidelijk wie de belanghebbenden van de Antilliaanse NV waren. Het Hof stelde wel vast dat de gedane betalingen niet ten laste van de winsten mochten worden gebracht, omdat er geen zakelijk belang werd geconstateerd. Het was nu aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de betalingen in het belang van de onderneming werden gemaakt. De Hoge Raad onderstreepte deze uitspraak van het Hof. Het is in eerste instantie de inspecteur die aannemelijk moet maken dat de uitgave niet is gedaan in het belang van de onderneming of in een wanverhouding staat tot het nut. Meussen ziet dit arrest dan ook als een instrument voor de inspecteur als hij het onzakelijk belang heeft aangetoond, maar niet het ten goede aan de aandeelhouder heeft kunnen aantonen.⁶¹ Hij kent daarom een niet al te grote betekenis aan dit arrest.

Ik vind dat de arresten BNB 1995/15 en BNB 1995/16 duidelijk maken hoe de bewijslast verdeling is. De inspecteur moet naast het aannemelijk maken van de onzakelijkheid van de uitgave ook een aandeelhoudersrelatie aantonen. Daarmee veronderstelt de inspecteur dat de aandeelhouder als zodanig bevoordeeld is. Als dit is gelukt dan is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat met de uitgave een zakelijk belang is gediend, of te bewijzen dat de uitgave niet ten goede van de aandeelhouder is gekomen. Gezien de uitspraak van de Hoge Raad in BNB 1954/22, kan de inspecteur maar één conclusie trekken.⁶² Namelijk als de belastingplichtige het tegendeel niet kan bewijzen dan

⁵⁹ Hof Amsterdam 19 december 1995, VN 1996/1013.8.

⁶⁰ HR 21 september 1994, BNB 1995/16.

⁶¹ G.T.K. Meussen, Onttrekkingen in de vennootschapsbelasting, TFO 1995 blz 140.

⁶² HR 2 december 1953, BNB 1954/22, de Hoge Raad onderscheidt drie mogelijkheden 1. uitgaven gedaan met een zakelijk motief (aftrekbaar), 2. uitgaven gedaan ten behoeve van de directeur (aftrekbaar) en 3. Uitgaven gedaan ten behoeve van persoonlijke wensen van de aandeelhouder (niet aftrekbaar).

betekent dit dat de uitgaven dus gedaan zijn ten behoeve van de aandeelhouder. Dit sterkt mij in de gedachte dat er zonder de constatering van een winstuitdeling toch sprake kan zijn van een niet aftrekbare onttrekking.

3.4 Winstuitdeling en persoonlijke behoeften van de aandeelhouder

Zoals in paragraaf 3.3.3 beschreven, veronderstelt het bestaan van een aandeelhoudersrelatie dat met de onzakelijke uitgaven de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder worden bevredigd. In rechtsoverweging 3.3 van het renpaardenarrest stelt de Hoge Raad dat uitgaven slechts dan een zakelijk karakter ontberen en niet aftrekbaar zijn, indien en voor zover de uitgaven zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder.⁶³ Ondanks dat er niet wordt gesproken over een winstuitdeling denkt Bouwman dat de Hoge Raad dat wel heeft bedoeld.⁶⁴ Bouwman denkt dat de persoonlijke behoeftebevrediging van de aandeelhouder gelijk kan worden gesteld met een winstuitdeling. Kemmeren en Nuijten vinden dat de Hoge Raad met het wijzen van het renpaardenarrest een andere lijn heeft ingezet. Als er geen winstuitdeling is vastgesteld dan zijn de uitgaven waarvan de inspecteur zegt dat ze niet zakelijk zijn, toch aftrekbaar.⁶⁵ Een onttrekking kan in hun ogen alleen geconstateerd worden als er ook een winstuitdeling wordt geconstateerd. Dit ligt in lijn met wat Meussen in zijn noot bij het renpaardenarrest schrijft. Volgens Meussen bestaan er namelijk geen andere onttrekkingen dan winstuitdelingen en terugbetalingen van kapitaal. Hetgeen Kemmeren en Nuijten bepleiten, lijkt bevestigd in de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage.⁶⁶ In deze casus was geen sprake meer van een winstuitdeling en daarom moest de zakelijkheid van de vergoeding worden aangenomen. Hiermee stelt het Hof de persoonlijke behoeftebevrediging gelijk aan een winstuitdeling.

Ik ben van mening dat de winstuitdeling een onderdeel is van de bevrediging van de persoonlijke behoeften. De inspecteur moet aannemelijk maken dat de uitgaven niet om zakelijke redenen zijn gedaan, oftewel de aandeelhoudersrelatie moet een rol gespeeld hebben bij de gedane uitgaven. De belastingplichtige moet vervolgens aantonen dat de uitgaven wel zakelijk zijn en niet ten behoeve van de aandeelhouder zijn gedaan. Dit betekent overigens niet dat als er geen winstuitdeling geconstateerd kan worden, de uitgaven aftrekbaar zijn. Net als de redactie van Vakstudie Nieuws ben ik van mening

⁶³ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 r.o. 3.3.

⁶⁴ J.N. Bouwman, Cessna-kosten of niet voor lichamen onderworpen aan art 2 lid 5 Vpb '69. WFR 2002/6508

⁶⁵ E.C.C.M. van Kemmeren en O.L.J. Nuijten, Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739.

⁶⁶ Hof 's Gravenhage 2 november 2004, FED 2004/703.

dat het voor de vennootschapsbelasting alleen van belang is dat de uitgaven zijn gedaan ter bevrediging van de behoeften van de aandeelhouder.⁶⁷ Ik ben het daarom ook niet eens met Kemmeren en Nuijten die zeggen dat BNB 1995/15 overruled is door het renpaardenarrest. De Ferrari-uitspraak onderbouwt mijn zienswijze.⁶⁸ De belastingplichtige in deze casus vond dat het verlies van de gestolen Ferrari als een aftrekpost mocht worden opgevoerd, omdat er geen winstuitdeling werd geconstateerd. Het Hof sprak dit tegen, omdat eerst de zakelijkheid van de aftrekpost moest worden beoordeeld. Het Hof stelde dat de inspecteur de persoonlijke behoeftebevrediging voldoende aannemelijk had gemaakt, en daarmee ook de onzakelijkheid. Dat er geen ten goede aan de aandeelhouder kon worden bewezen betekent niet dat de uitgaven aftrekbaar zijn.

Samenvattend vind ik dat indien er geen ten goede aan de aandeelhouder bewezen kan worden er toch onttrekkingen in de vennootschapsbelasting kunnen bestaan zonder dat er een winstuitdeling is geconstateerd. Voor de vennootschapsbelasting is het alleen nodig om de onzakelijkheid van een uitgave vast te stellen. Dit doet de inspecteur door een persoonlijke behoeftebevrediging te veronderstellen. Een persoonlijke behoeftebevrediging hoeft niet gelijk te zijn aan een winstuitdeling, dit bewijst onder andere de Ferrari-uitspraak. Om de persoonlijke behoeftebevrediging te veronderstellen is het wel noodzakelijk dat er een aandeelhoudersrelatie bestaat. Zonder deze relatie heeft de aandeelhouder geen rol gehad in de winst van de onderneming en hoeven deze aandeelhoudersmotieven ook niet geëlimineerd te worden. Nadat is bewezen dat de uitgaven onzakelijk zijn en niet aftrekbaar, moet worden gekeken of er in de inkomstenbelasting een winstuitdeling kan worden bewezen.

3.5 Cessna-2

In het Cessna 2-arrest⁶⁹ werd door de inspecteur geen winstuitdeling bewezen, maar een deel van uitgaven werd wel van aftrek uitgesloten. In het vorige hoofdstuk is beschreven dat de inspecteur zijn onderscheidingsrecht gebruikt om te achterhalen wat het motief van de uitgaven is. In beginsel moet de inspecteur aannemelijk maken dat de uitgaven geen zakelijk motief hebben en daarmee veronderstelt hij een persoonlijke behoeftebevrediging. Als de belastingplichtige hier met succes tegen ageert dan is de zakelijkheid bewezen. Uit het Cessna 1-arrest blijkt dat de inspecteur nog een deel van de uitgaven

⁶⁷ VN 2003/2.34 vraag en antwoord.

⁶⁸ Hof Amsterdam 6 mei 2003, VN 2003/61.6.

⁶⁹ HR 8 maart 2002, BNB 2002/210

kan uitsluiten van aftrek, namelijk als er een wanverhouding ten opzichte van het nut van de uitgaven bestaat. In het Cessna 2-arrest komt de Hoge Raad tot eenzelfde uitkomst.

Het Cessna 2-arrest betreft een maatschap die zich als doel heeft gesteld om tandheelkundige centra in West-Europese landen te vestigen. De maatschap heeft daarvoor een Cessna vliegtuig aangeschaft die de directeuren - die tevens aandeelhouders zijn- kunnen gebruiken. De inspecteur stelt dat de uitgaven niet geheel of gedeeltelijk in het belang zijn van de onderneming. Een winstuitdeling is niet aan de orde, omdat een bewuste bevoordeling van de aandeelhouder niet voldoende aangetoond kan worden. Het Hof oordeelde dat vanwege de hoge aanschafprijs en hoge onderhoudskosten, het geringe gebruik van het vliegtuig, de frequentie waarmee alternatief vervoer werd gebruikt en de onmogelijkheid van de directeuren om te landen in Italië, er wanverhouding bestaat tussen de uitgaven en het nut voor de onderneming.⁷⁰ De Hoge Raad gaat mee in de redenering van het Hof, maar is het niet eens met het Hof dat alle kosten als niet aftrekbaar worden aangemerkt. De Hoge Raad verwijst de zaak naar een ander Hof om verder onderzoek te doen naar de hoogte van de wanverhouding.⁷¹ Essers schrijft in zijn noot bij het Cessna 2-arrest dat het Cessna-criterium ook geldt voor lichamen die vallen onder de fictie van artikel 2 lid 5 Vpb 1969. Essers beschouwt het gedeelte van de uitgaven die in een wanverhouding staan ten opzichte van hun nut als een onttrekking. Een winstuitdeling hoeft hierbij niet bewezen te worden. Dit was al bevestigd in het hierboven besproken arrest BNB 1995/15.

In het renpaardenarrest arrest past het Hof het Cessna-criterium toe.⁷² Een vennootschap houdt om reclamadoeleinden renpaarden en laat deze deelnemen aan wedstrijden. De uitgaven worden van de winst afgetrokken. Vanwege het feit dat het racen met paarden een hobby is van de aandeelhouder merkt de inspecteur de uitgaven primair aan als winstuitdeling. Het Hof merkt de uitgaven aan als zakelijk. Omdat evenwel het bedrijfslogo slechts zeer kort te zien is voor de wedstrijd en het bovendien aannemelijk is dat de aandeelhouder een liefhebber is van de paardensport, vindt het Hof dat men kan spreken van een wanverhouding tussen uitgaven en nut die geen redelijk denkend ondernemer kan verdedigen. De conclusie die van Kalmthout trekt bij dit arrest komt overeen met de conclusie die van Soest trekt naar aanleiding van het Cessna 1-arrest. Namelijk kosten die eenmaal als zakelijk worden aangemerkt zijn aftrekbaar. De Hoge Raad is het eens met het Hof dat de uitgaven niet alleen zijn

⁷⁰ Hof Amsterdam 6 juni 2000, 99/1444, rechtsoverweging 5.2.3.

⁷¹ Hof 's-Gravenhage 19 december 2002, V-N 2003/20.1.3. niet alle kosten zijn in het geheel niet ten behoeve van de onderneming gedaan, het Hof staat een bedrag van € 4538 in aftrek toe.

⁷² HR 14 juni 2002, BNB 2002/290

gedaan met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming, maar ook ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder.⁷³ Verder ziet de Hoge Raad een overeenkomst tussen een vennootschap waarvan het beleid niet wordt ingegeven door de persoonlijke behoeften van haar aandeelhouder en een redelijk denkend ondernemer.⁷⁴ Veruit de belangrijkste rechtsoverweging in dit arrest is rechtsoverweging 3.3:

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

Deze rechtsoverweging heeft veel schrijvers ertoe gebracht om hun mening bij te stellen over toepassing van het Cessna-criterium voor de vennootschapsbelasting. Hemels bijvoorbeeld concludeert uit het renpaardenarrest dat er volgens de Hoge Raad geen sprake kan zijn van zakelijke, maar niet-aftrekbare Cessna kosten en sluit het bestaan van onttrekkingen die geen winstuitdelingen zijn uit.⁷⁵ De volgende paragraaf onderzoekt wat de functie is van het Cessna-criterium na het gewezen renpaardenarrest.

3.5.1 Cessna criterium voor de vennootschapsbelasting?

Ik ben van mening dat het renpaardenarrest het Cessna 2-arrest niet uitsluit. In het Cessna 2-arrest is door de inspecteur geoordeeld dat de uitgaven niet alleen maar ten behoeve van de aandeelhouder zijn gedaan, en in het renpaardenarrest werd door het Hof hetzelfde geoordeeld. Daarnaast gaat het in het beiden arresten om uitgaven die een zakelijk deel en een niet zakelijk deel bevatten. Albert vind ook dat in het Cessna-arrest de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder zijn bevredigd door het vliegen met een Cessna. Alleen de Hoge Raad rept hier volgens Albert niet over, omdat de interesse in het vliegen niet voldoende door het Hof bewezen is.⁷⁶ In het Cessna 2-arrest wordt niet over een persoonlijke behoeftebevrediging gesproken door de Hoge Raad en in het renpaardenarrest wel. Dit is voor Kemmeren en Nuijten ook reden om aan te nemen dat de twee arresten elkaar niet tegen werken.

⁷³ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 r.o 3.4.

⁷⁴ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 r.o 3.5.

⁷⁵ S.J.C. Hemels, Giftenaftrek; het fantoom van de vennootschapsbelasting, WFR 2003/60, andere schrijvers concluderen hetzelfde; J.N. Bouwman, Cessna-kosten of niet voor lichamen onderworpen aan art 2 lid 5 Vpb, WFR 2002/6508, J. Strien, Geen Cessnakosten bij kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting, Over reizen, veevoer, renpaarden en cessna's WFR 2003/1720

⁷⁶ P.G.H. Albert, het renpaardenarrest en de heffing van inkomstenbelasting, WFR 2003/1044.

Zij vinden dat -net als in de inkomstenbelasting- de inspecteur in de vennootschapsbelasting een marginaal toetsingsrecht heeft.⁷⁷ Deze twee schrijvers zijn van mening dat het Cessna criterium pas wordt toegepast als duidelijk is dat de uitgaven niet ten behoeve van de aandeelhouder zijn gedaan. Daarom wordt volgens hen in het renpaardenarrest het Cessna-criterium niet toegepast, omdat in het renpaardenarrest een persoonlijke behoeftebevrediging werd vastgesteld.⁷⁸ Het feit dat uitgaven tot de zakelijke sfeer worden gerekend neemt niet weg dat de inspecteur toch een persoonlijke behoeftebevrediging kan veronderstellen. In het renpaardenarrest waren de uitgaven niet volledig ten behoeve van de aandeelhouder gedaan, maar met het Cessna-criterium kan de inspecteur aannemelijk maken dat een deel van de uitgaven wel ten behoeve van de aandeelhouders zijn gedaan, hij veronderstelt dan een behoeftebevrediging. In een meer recent arrest werd door het Hof bij de aanschaf van luxe auto's het Cessna-criterium toegepast.⁷⁹ In dit arrest had het Hof de auto's die gekocht waren- en niet door de inspecteur in aftrek werden toegelaten – tot de gemengde uitgaven gerekend. Na toepassing van het Cessna-criterium werd echter geen enkele auto in aftrek toegelaten.⁸⁰ De Hoge Raad neemt de toepassing van dit criterium in dit arrest niet over, omdat de gekwalificeerde gemengde uitgaven van het Hof uitsluitend waren ingegeven door de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder. Indien het Hof alle uitgaven aan de auto's tot de gemengde uitgaven had gerekend en daarbij een zakelijk deel en niet-zakelijk deel middels het Cessna-criterium had vastgesteld, dan had de Hoge Raad het criterium hoogstwaarschijnlijk wel overgenomen.⁸¹ Naar mijn mening is het Cessna criterium slechts bedoeld om vast te stellen of de uitgaven zakelijk zijn of niet, het is een instrument van de inspecteur bij uitoefening van zijn onderscheidingsrecht net als in de inkomstenbelasting. Je kan niet eerder vaststellen dan na toepassing van het Cessna-criterium en zakelijkheidstoets of uitgaven ten behoeve van de aandeelhouder zijn gedaan of niet.⁸²

⁷⁷ E.C.C.M. van Kemmeren, O.L.J. Nuijten, Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739.

⁷⁸ E.C.C.M. van Kemmeren, O.L.J. Nuijten, Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739 zij delen dezelfde mening als A-G van Kalmthout, zodra de zakelijkheid is aangetoond doen de persoonlijke overwegingen er niet meer toe.

⁷⁹ HR 18 april 2008, BNB 2008/139.

⁸⁰ HR 18 april 2008, BNB 2008/139, r.o. 5.2.5.

⁸¹ D.Spieker, Rondje van of voor de zaak?, WFR 2008/1103.

⁸² E.C.C.M. van Kemmeren, O.L.J. Nuijten, Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739 zijn het hier niet mee eens want zij passen het Cessna criterium pas toe nadat niet aangetoond kan worden of uitgaven ten behoeve van de aandeelhouder zijn gedaan.

3.6 Bewijslast

De fictie van artikel 2 lid 5 Wet Vpb 1969 brengt met zich mee dat de inspecteur moet bewijzen dat uitgaven niet om zakelijke redenen zijn gedaan.⁸³ Dit is een verschil met de bewijslastverdeling bij een ondernemer in de inkomstenbelasting: daar moet de ondernemer de zakelijkheid aantonen van de uitgaven. Met behulp van artikel 47 AWR kan de inspecteur informatie vergaren om het zakelijk motief te achterhalen. De inspecteur zal aannemelijk moeten maken dat een uitgave geen enkel zakelijk doel dient en als zodanig aan de aandeelhouder ten goede komt.⁸⁴ Een winstuitdeling hoeft hierbij nog niet bewezen te worden. Een persoonlijke behoeftebevrediging is van belang om een uitgave van aftrekbaarheid uit te sluiten, dit volgt uit het renpaardenarrest. Persoonlijke behoeftebevrediging wordt door de inspecteur verondersteld als er geen zakelijke motieven aanwezig zijn en er ook een aandeelhoudersrelatie bestaat. Op grond van BNB 1995/15 hoeft er overigens geen winstuitdeling te worden bewezen. De belastingplichtige moet deze veronderstelling van de inspecteur ontkrachten door tegenbewijs te leveren waaruit blijkt dat de uitgaven wel een zakelijk motief hebben. De bewijslast komt weer bij de inspecteur te liggen als blijkt dat de uitgaven zijn gedaan ten behoeve van een derde, niet zijnde gelieerde persoon. In het geval van BNB 1995/16 waarin de uitgaven dermate onzakelijk waren, maar er geen aandeelhoudersrelatie bewezen kon worden, verschoof de bewijslast toch naar de belastingplichtige. In deze casus kon het bewijs worden geleverd dat de uitgaven niet ten behoeve van de aandeelhouders waren en dus waren de uitgaven niet aftrekbaar. BNB 1995/16 maakt het de inspecteur in dit soort troebele situaties wat makkelijker omdat de bewijslast alsnog bij de belastingplichtige komt te liggen.⁸⁵

Als de inspecteur niet kan aantonen dat de uitgaven in het geheel niet zijn gedaan in het belang van de onderneming, kan de inspecteur een wanverhouding tussen omvang en nut van de kosten bewijzen, waardoor alsnog een deel van de uitgaven niet aftrekbaar is. De bewijslast verschuift dan weer naar de belastingplichtige om het tegendeel aan te tonen. Van Strien heeft hier een passend voorbeeld bij.⁸⁶ Hij

⁸³ LJN BM 1083, Gerechtshof Amsterdam, 07/00841, 4.1.11, omdat de wetsfictie bepaalt dat lichamen met hun gehele vermogen een onderneming drijven hoeft de belastingplichtige niet aan te tonen dat zijn uitgaven zakelijk zijn. Indien de inspecteur het er niet mee eens is zal hij het tegendeel moeten bewijzen, zie hoofdstuk 2.

⁸⁴ HR 25 januari 1995, BNB 1995/76.

⁸⁵ E.C.C.M. van Kemmeren, O.L.J. Nuijten, Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739.

⁸⁶ J. Strien, Geen Cessnakosten bij kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting, Over reizen, veevoer, renpaarden en cessna's WFR 2003/1720.

noemt een ondernemer die in lijn van de ondernemer uit het renpaardenarrest ook paarden aanschaft voor reclamedoeleinden, maar zelfs niks met paarden heeft. Van Strien zegt dat de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder in dit voorbeeld niet worden bevredigd zodat de uitgaven aftrekbaar zijn. De inspecteur veronderstelt echter door een wanverhouding aannemelijk te maken dat er toch (deels) een persoonlijke behoeftebevrediging aanwezig is. Dit hoeft in werkelijkheid misschien niet zo te zijn, maar het is aan de belastingplichtige om dat te bewijzen.

In dit hoofdstuk is de reikwijdte van het Cessna 2-arrest uitvoerig besproken. Naar mijn mening is het een instrument om de zakelijkheid van de uitgave vast te stellen en daarmee of de uitgave ten behoeve van de aandeelhouder is gedaan. De stelling van Kemmeren/Hemels e.a: “geen onttrekking zonder winstuitdeling” acht ik niet juist. Hoofdstuk vier sluit hier op aan door te onderzoeken wat de gevolgen zijn voor de aandeelhouder in de inkomstenbelasting nadat het Cessna-criterium is toegepast.

Hoofdstuk 4 Gevolgen aandeelhouder

4.1 Inleiding

De constatering van een winstuitdeling betekent voor een aanmerkelijkbelanghouder dat er sprake is van een regulier voordeel op grond van artikel 4.12 IB 2001. In het vorige hoofdstuk heb ik een definitie gegeven van een winstuitdeling: er moet sprake zijn van een vermogensverschuiving naar de aandeelhouder als zodanig, die gedekt wordt door de aanwezige winstreserves en waarbij beide partijen zich bewust van zijn. Deze definitie heb ik in dat hoofdstuk uitgewerkt om aan te kunnen tonen dat er niet altijd een winstuitdeling hoeft te worden geconstateerd om toch uitgaven van aftrek uit te sluiten. In de inkomstenbelasting ligt dit gevoeliger, omdat er met vaststelling van een winstuitdeling tegelijkertijd de hoogte van het belastbaar bedrag wordt vastgesteld. Ik wil daarom in dit hoofdstuk onderzoeken wat de gevolgen zijn voor de aandeelhouder die onder de reikwijdte van de inkomstenbelasting valt. Mogelijk vormen kosten die in de vennootschapsbelasting als niet aftrekbaar worden verklaard, voor de aanmerkelijk belanghouder automatisch een regulier voordeel in de inkomstenbelasting en dienen als zodanig belast te worden. Daarnaast wil ik weten of de meerkosten, die niet aftrekbaar zijn door toepassing van het Cessna-criterium, tot een winstuitdeling leiden in de inkomstenbelasting. Om een antwoord te kunnen geven op bovenstaande vragen zal ik nogmaals de winstuitdeling ontleden, maar nu bezien vanuit de systematiek van de inkomstenbelasting.

4.2 Winstuitdeling

4.2.1 Vermogensverschuiving

Een winstuitdeling houdt in dat er een vermogensverschuiving moet zijn waarbij de vennootschap verarmt en de aandeelhouder verrijkt. De verschuiving begint bij de vennootschap, daar wordt vermogen onttrokken uit de vennootschap en dit komt vervolgens ten goede aan de aandeelhouder. Deze vermogensverschuiving kan een directe zijn, waarbij de vennootschap een onzakelijke uitgave doet die de aandeelhouder bevoordeelt of een indirecte vermogensverschuiving. Daarvan is sprake als de vennootschap een voordeel gunt aan de aandeelhouder dat de vennootschap zelf had kunnen genieten.⁸⁷ Als bijvoorbeeld de schade opgelopen tijdens een privérit wordt vergoed door de

⁸⁷ R.P.F.M. Hafkenscheid, A.T.G.M. Hoskam, Transfer pricing in het Nederlandse belastingrecht, Deventer, FED 1998, 2.2.1.1. blz 16.

vennootschap, dan heeft de aandeelhouder zichzelf een verlies bespaard. De vennootschap is dan verarmd ten behoeve van de aandeelhouder.⁸⁸ Het belang om de uitgave als onzakelijk te kwalificeren blijkt maar weer eens, want zonder een onzakelijke uitgave is er geen verarming van de vennootschap en dus ook geen verrijking van de aandeelhouder. Er bestaat een verschil tussen het genieten van een voordeel en een verrijking. Dit blijkt uit de noot van Vijfeijken bij het arrest BNB 1997/217. In deze casus werd een lening verstrekt aan de aandeelhouder tegen een lager rentepercentage dan welke hij bij een onafhankelijke hypotheekverstrekker zou moeten betalen. Het feit dat de vennootschap niet opereert op de hypotheekmarkt, maakt dat het gevraagde rentepercentage niet onredelijk is. “Vanuit de vennootschap bezien is er geen sprake van winstgemis en kan er derhalve geen sprake zijn van een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder”.⁸⁹ Zolang er geen onzakelijke redenen bestaan voor het handelen van de vennootschap dan is deze ook niet verarmd en kan er dus ook geen winstuitdeling worden vastgesteld.⁹⁰ Dit illustreert de samenhang tussen de verrijking en de verarming: er kan nooit een verrijking zijn zonder een net zo grote verarming. Bij een indirecte verschuiving van vermogen kan er dan ook alleen een winstuitdeling bestaan als de vennootschap bewust een voordeel aan de aandeelhouder heeft gelaten. Alleen dan verarmt de vennootschap. Uit de noot van Essers bij BNB 1998/64 blijkt dat de vennootschap pas een voordeel heeft overgelaten aan de aandeelhouder als de winstmogelijkheid wordt benut door iemand die zich in de persoonlijke interessesfeer van de ondernemer bevindt en/of er fiscale motieven zijn om belastingbesparing te bewerkstelligen.⁹¹ In de zaak van dit arrest werd door twee aandeelhouders een vordering van een crediteur op de BV overgenomen tegen een prijs die weliswaar zakelijk was maar lager dan de nominale waarde. Omdat de aandeelhouder in deze casus met een onafhankelijke partij een prijs bepaalt die tot stand is gekomen door onderhandelingen in het economisch verkeer, kan men spreken van een niet-fiscaal motief om de vordering over te nemen. Men kan daarom in deze casus niet spreken van een fiscaal motief en daarom is er ook geen sprake van een winstuitdeling.

Het startpunt om een winstuitdeling vast te stellen is om te beginnen met de vaststelling van de verarming omdat er zonder verarming nooit een verrijking kan zijn. Daarmee bedoel ik dat er een

⁸⁸ Hof 's-Gravenhage, 4 mei 2004, NTFR 2004/1139.

⁸⁹ Noot I.J.F.A van Vijfeijken bij het arrest HR 5 februari 1997, BNB 1997/217.

⁹⁰ Uitspraak van de Hoge Raad van 23 december 1998, behandelt in het fiscaal weekblad, FED 1999/120, “de afkoop van pensioenrechten is geen uitdeling aan de directeuren/middelrijk aandeelhouders”.

⁹¹ Noot P.H.J. Essers bij het arrest HR 22 oktober 1997, BNB 1998/64.

vermogensvermindering moet bestaan bij de vennootschap welke gebaseerd is op onzakelijke motieven, ook wel een onttrekking genoemd. Daarmee wordt bewezen dat het vermogen uit de onderneming is verdwenen, nog zonder antwoord te geven op de vraag wat er daarna mee gebeurt.⁹² Dit uitgangspunt ligt in de lijn met bijvoorbeeld het in hoofdstuk drie behandelde arrest BNB 1995/15. In dit arrest was de verarming vastgesteld, maar geen verrijking in de vorm van een winstuitdeling. In een recent arrest werd geen verarming vastgesteld.⁹³ De vennootschap in deze casus hoeft zijn winst niet te corrigeren voor het gebruik van de aandeelhouder van een huis en jacht, omdat de beschikkingsmacht over de betreffende zaken niet over is gegaan naar de aandeelhouder en er daarom ook niet van een vermogensverschuiving kan worden gesproken. Nadat er een verarming is bij de vennootschap is het zaak om een ten goede aan de aandeelhouder vast te stellen, welke overeenkomt met de verarming van de vennootschap.

4.2.2 Bevoordelingsbedoeling

Naast de vermogensverschuiving moet er ook de intentie zijn om de aandeelhouder te bevoordelen. Alleen het onzakelijk handelen van de vennootschap is niet genoeg om een winstcorrectie toe te passen. Deze intentie of bewustheid is lastig om te bewijzen voor een inspecteur. Een verkapte dividenduitdeling is namelijk gemaskeerd om de ware bedoeling te verdoezelen en zodoende belasting te besparen. De eis van de bewustheid is daarom geobjectiveerd: indien een belastingplichtige redelijkerwijs had moeten weten bevoordeeld te zijn, is daarmee voldaan aan het bewustheidvereiste.⁹⁴ Redelijkerwijs houdt in dat de inspecteur hetgeen overeengekomen vergelijkt met wat onafhankelijke derden in het maatschappelijk verkeer overeen zouden komen. Hoe groter het verschil met een maatschappelijk aanvaardbare prijs des te eerder de inspecteur ervan uit gaat dat er een bewuste bevoordeling heeft plaatsgevonden. In BNB 1997/42 overwoog de Hoge Raad dat het aannemelijk maken van een vermogensverschuiving tevens een bewuste bevoordeling aannemelijk maakt.⁹⁵ Aan belastingplichtige de taak om de inspecteur hiervan te weerspreken.⁹⁶ In het arrest BNB 1997/295 gaat de Hoge Raad nog een stap verder.⁹⁷ De Hoge Raad oordeelt dat het bewustheidvereiste niet meer

⁹² J.Ch.Caanen, Enige verkenningen rond de artikelen 8, 9 en 10 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, TFO 1997/120.

⁹³ HR 11 november 2011, nr. 10/01366

⁹⁴ HR 4 mei 1983, BNB 1983/233.

⁹⁵ HR 4 september 1996, BNB 1997/42.

⁹⁶ HR 24 oktober 2003, BNB 2004/112.

⁹⁷ HR 8 juli 1997, BNB 1997/295.

betekent dan dat de aandeelhouders bewust moeten zijn geweest van het verschil tussen de waarde van het pand in economisch verkeer en de overeengekomen prijs. Hiermee wordt dus met het aannemelijk maken van de bewustheid tegelijkertijd de hoogte van de bevoordeling bepaald. In zijn noot bij dit arrest vindt Juch dat een te algemene stelling, want er zijn ook andere fiscale redeneringen te bedenken welke per geval anders kunnen zijn. Juch bedoelt hiermee dat de inspecteur het ondernemersbeleid toetst en het hele onzakelijk handelen corrigeert met een winstcorrectie terwijl dit een wat grove manier is. Ik ben ook van mening dat dit wat te kort door de bocht is, maar de belastingplichtige kan de inspecteur wel het tegendeel bewijzen. Omdat de subjectieve opvattingen van de belastingplichtige door de geobjectiveerde bewustheid er niet toe doen is het erg lastig om dit bewijs te leveren. Ik denk daarom dat feiten en omstandigheden per geval moeten uitwijzen of een aandeelhouder niet bewust is.

4.2.2.1 Dubbele bewustheid

In beginsel is er een dubbele bewustheid vereist; naast de vennootschap moet in beginsel ook de aandeelhouder zich bewust zijn van de bevoordeling. Als de aandeelhouder het idee heeft zakelijk te handelen met de vennootschap, dan geeft de band die de aandeelhouder heeft met de vennootschap niet de doorslag. De gevolgen van desbetreffende transactie zou dan ook tot de winst moeten worden gerekend. De dubbele bewustheid heeft geen betekenis, volgens Aardema, in de situatie dat een directeur tevens de enig aandeelhouder is.⁹⁸ Het is namelijk onwaarschijnlijk dat indien een persoon de pet van directeur op heeft zich bewust is van een bevoordeling, terwijl hij in de rol van aandeelhouder niet meer bewust zou zijn van de bevoordeling. In die situatie valt de bewustheid van de directeur samen met de bewustheid van de aandeelhouder. Ik heb in hoofdstuk drie reeds betoogd dat een dubbele bewustheid wel degelijk waarde heeft in de situatie dat een natuurlijk persoon de rol van aandeelhouder en directeur bekleedt. Deze dubbele rol kan een rol spelen bij de bewijslast.

De inspecteur zal trachten de onzakelijkheid van de uitgave aannemelijk te maken. Wanneer de inspecteur hierin slaagt en de aandeelhouder tevens de directeur van de vennootschap is, dan is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de uitgave is gedaan om de aandeelhouder in de rol van directeur te bevoordelen.⁹⁹ Ook een fraudeleuze onttrekking kan een belaste uitdeling zijn zoals in

⁹⁸ E. Aardema, de directeur-grootaandeelhouder zijn BV en de fiscus, 1989, blz 28.

⁹⁹ P.G.H. Albert, Winstgemis, Lelystad, Koninklijke Vermande 1995, blz 312.

BNB 1963/99¹⁰⁰ het geval was. Een 50% aandeelhouder had buiten medeweten van de andere aandeelhouder geld onttrokken aan de vennootschap. In beginsel is er dan nog geen sprake van een onttrekking, want er rust namelijk een terugbetalingsverplichting op de aandeelhouder op grond van BNB 1953/55.¹⁰¹ Nu echter de vennootschap het frauduleus onttrokken vermogen niet meer terugvordert, heeft volgens het Hof een verkapte winstuitdeling plaatsgevonden. De belastingplichtige wenst het onttrokken vermogen als loon aan te merken, maar slaagt er niet in om dit aannemelijk te maken. Het onttrokken vermogen werd volgens de belastingplichtige op grond van zakelijke beweegredenen gebruikt om zijn huis representatief op te knappen zodat er zakenrelaties ontvangen konden worden. Daarmee stelt de belastingplichtige dat het loon is. Het Hof ziet dit anders, omdat de uitgaven hoofdzakelijk gezien worden om het huis van de belastingplichtige te verbouwen naar zijn privéwensen. Het fraudeleus onttrekken van vermogen is ook geen reden om aan te nemen dat er zakelijke beweegredenen hebben meegespeeld. Er moet een bewustheid zijn bij zowel de vennootschap als de directeur-grootaandeelhouder dat de toegekende voordelen een winstuitdeling vormen voor de vennootschap.¹⁰² Op de belastingplichtige ligt een zware bewijslast om aannemelijk te maken dat er sprake is van loon.¹⁰³

De verschillende elementen van de winstuitdeling heb ik toegelicht om te kunnen bepalen of de meerkosten, die als gevolg van het Cessna-criterium niet in aftrek wordt toegestaan, tot een winstuitdeling in de inkomstenbelasting kunnen leiden.

4.3 Cessna-criterium

Door toepassing van het Cessna-criterium wordt een deel van de uitgaven als onzakelijk bestempeld, omdat de omvang van de uitgaven in een wanverhouding staat ten opzichte van het nut waartoe zij zijn gedaan. Deze wanverhouding kan de inspecteur bewijzen, omdat hij deze vergelijkt met het beleid van een vennootschap waar persoonlijke behoeften van de aandeelhouder geen rol spelen.¹⁰⁴ Hoe groter dit verschil, des te meer de onzakelijkheid van de uitgaven redelijkerwijs bij de aandeelhouder bekend had moeten zijn.¹⁰⁵ Er kan nu worden verondersteld dat er een persoonlijke behoeftebevrediging heeft

¹⁰⁰ HR 6 februari 1963, BNB 1963/99.

¹⁰¹ HR 14 januari 1953, BNB 1953/55.

¹⁰² Hof 's Gravenhage 27 mei 2003, VN 2003/42.1.11.

¹⁰³ P.G.H. Albert, Winstgemis, Lelystad, Koninklijke Vermande 1995, blz 312.

¹⁰⁴ HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 r.o 3.5.

¹⁰⁵ HR 4 september 1996, BNB 1997/42.

plaatsgevonden en dat de aandeelhouder zich hier ook bewust van is. Bij een persoonlijke behoeftebevrediging trekken een aantal auteurs de conclusie dat er automatisch een winstuitdeling in de inkomstenbelasting volgt.¹⁰⁶ Bij persoonlijke behoeftebevrediging van de aandeelhouder gaat het om een bevrediging van de behoeften in de kwaliteit van aandeelhouder. Dat betekent dat precies dezelfde uitgaven ook als loon kunnen worden gedefinieerd, omdat deze om zakelijke redenen worden gedaan. Net als Verseput vind ik dat niet elk voldoen aan de persoonlijke wensen van de aandeelhouder een persoonlijke behoeftebevrediging is.¹⁰⁷ Zij geeft als voorbeeld de aandeelhouder die zijn kantoor zeer luxueus inricht. Een persoonlijke behoeftebevrediging kan worden vastgesteld als blijkt dat de uitgaven zijn gedaan om te voldoen in een bijzondere persoonlijke interesse van de aandeelhouder.¹⁰⁸ In het vorige hoofdstuk heb ik uiteengezet dat een inspecteur een persoonlijke behoeftebevrediging kan veronderstellen. Deze assumptie is naar mijn mening voldoende om in de vennootschapsbelasting tot een niet aftrekbare uitgave te komen, maar in de inkomstenbelasting moet de bijzondere persoonlijke interesse blijken van de aandeelhouder om tot een winstuitdeling te komen.

In het Cessna2-arrest werd er geen winstuitdeling voor de aandeelhouder gesteld. Er werd wel een wanverhouding geconstateerd en daarmee werd tevens de bewustheid van de vennootschap en de aandeelhouder verondersteld. Wat echter niet duidelijk uit dit arrest naar voren komt is of er wel een ‘ten goede komen aan de aandeelhouder’ is. Daarmee bedoel ik of de aandeelhouder wel als zodanig is bevoordeeld. De aanschaf van het vliegtuig had namelijk wel degelijk een zakelijk motief en was niet aangeschaft louter om persoonlijke redenen van de aandeelhouder. Het vliegtuig werd gebruikt voor zakelijke vluchten, de wanverhouding zat hem in de hoge aanschafprijs. De aandeelhouder is naar mijn mening wel bevoordeeld en was zich daar ook van bewust, maar niet voldoende om te spreken van een verrijking. Van een verrijking is sprake als de vennootschap een voordeel gunt aan de aandeelhouder die dezelfde persoon zonder vennootschap zelf zou hebben bemachtigd. Dat veronderstelt dat er een bijzondere persoonlijke interesse moet zijn. In het Cessna 2-arrest wordt niet duidelijk dat er een bijzondere persoonlijke interesse van de aandeelhouder is, dat hij zelf een vliegtuig zou hebben aangeschaft als de vennootschap dat niet gedaan zou hebben.

¹⁰⁶ P.G.H. Albert, het renpaardenarrest en de heffing van inkomstenbelasting, WFR 2003/1044 vindt dat met een persoonlijke behoeftebevrediging er moet worden aangenomen dat de uitgaven ten goede van de aandeelhouder zijn gekomen.

¹⁰⁷ J.G. Verseput, Totale winst in de vennootschapsbelasting 2004, Kluwer, Deventer, paragraaf 4.8.3.

¹⁰⁸ P.G.H. Albert, het renpaardenarrest en de heffing van inkomstenbelasting, WFR 2003/1044.

In het renpaardenarrest is er een vermogensvermindering, welke is veroorzaakt door het onzakelijk handelen. Er is dus sprake van een verarming van de vennootschap. De vermogensvermindering is in het renpaardenarrest - in tegenstelling tot het Cessna 2-arrest - wel ten goede gekomen aan de aandeelhouder. De reclame op het paard impliceert een zakelijk motief. Echter het feit dat de aandeelhouder waarschijnlijk vanwege zijn persoonlijke interesse zelf in paarden zou hebben geïnvesteerd is naar mijn mening doorslaggevend. Het gevolg hiervan is dat de investering in de paarden hoofdzakelijk gedaan is vanuit het perspectief van de aandeelhouder. Daarnaast is er in het renpaardenarrest- net als in Cessna 2-arrest- sprake van een bewustheid, omdat de directeur tevens aandeelhouder is. Dit gegeven maakt dat de aandeelhouder en de vennootschap zich redelijkerwijs bewust moeten zijn geweest van de bevoordeling.

In de vorige paragraaf heb ik gesproken over hoe je het onttrokken vermogen moet kwalificeren. Het is namelijk bij de meerkosten, welke ontstaan door toepassing van het Cessna-criterium, goed mogelijk dat deze ook als verkapt loon kunnen worden aangemerkt. Om te bepalen of er loon is genoten moet er een dienstbetrekking zijn waaruit een beloning wordt ontvangen. Hiervoor is het nodig om arbeid te verrichten.¹⁰⁹ De inspecteur houdt zich bezig met de vraag of de beloning is gedaan om te voldoen aan de wens van de aandeelhouder. Het gaat om de zakelijke motieven van de uitgave. Als de inspecteur persoonlijke behoeftebevrediging veronderstelt dan betekent dit dat de uitgave ten behoeve van de aandeelhouder is gedaan. Als de inspecteur hierin slaagt is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de meerkosten gemaakt zijn om de aandeelhouder in de hoedanigheid van directeur te bevoordelen. Kijkend naar het tariefverschil van box 1 en box 2 kan het mogelijk voordeliger voor belastingplichtige zijn om een winstuitdeling in aanmerking te nemen. Bij het Cessna 2-arrest is een deel van de uitgaven als privé aangemerkt. Loon zou in dit geval het deel zijn wat de aandeelhouder zich bespaart. In beginsel zouden daarom de meerkosten als loon kunnen worden aangemerkt in zowel het Cessna-arrest als het renpaardenarrest. In het Cessna-arrest werd het vliegtuig gebruikt voor zakelijke bestemmingen en in het renpaardenarrest maakte de directeur-aandeelhouder gebruik van de paardenwedstrijd om zakelijke contacten op te doen. Dit zijn redenen die de aandeelhouder zou kunnen aanvoeren om de uitgaven volledig ten laste van de winst te brengen en de meerkosten in de vorm van verkapt loon in de inkomstenbelasting te laten belasten. Het feit dat de investering in bijvoorbeeld een vliegtuig en paarden meestal alleen wordt besloten door de directeur die tevens aandeelhouder is,

¹⁰⁹ Artikel 7:610 lid 1 BW.

maakt het aannemelijker dat er sprake is van een persoonlijke behoeftebevrediging in plaats van een arbeidsbeloning. Mijns inziens zullen de meerkosten in de praktijk niet snel als loon worden aangemerkt, omdat met de persoonlijke behoeftebevrediging de beloning ten behoeve van de aandeelhouder is gedaan.

Ik concludeer dat er sprake is van een winstuitdeling als een vennootschap een uitgave doet waarvan de omvang dusdanig is dat deze in een wanverhouding staan ten opzichte van het nut waartoe zij zijn gedaan, en deze beslissing is ingegeven door louter persoonlijke motieven van de aandeelhouder waardoor de vennootschap zijn hobby financiert en niet de aandeelhouder zelf. De meerkosten zijn in principe zakelijk en daarom is het van belang dat duidelijk blijkt dat de uitgaven louter om persoonlijke motieven zijn gedaan. Er is voldaan aan de bewustheid middels het aantonen van een wanverhouding. Een wanverhouding vermoedt dat er een bewuste bevoordeling is gedaan en de hoogte van de meerkosten bepaalt tevens de hoogte van de verrijking.¹¹⁰ Deze conclusie betekent tegelijkertijd dat er naast een wanverhouding niet altijd een winstuitdeling in de inkomstenbelasting bestaat.

¹¹⁰ Deze geobjectiverde bewustheid blijkt uit de arresten HR 4 september 1996, BNB 1997/42 en HR 8 juli 1997, BNB 1997/295.

Hoofdstuk 5 Onzakelijke lening

5.1 Inleiding

Bij de beoordeling van het vermogen van een onderneming is het van belang om een onderscheid te maken tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. De vergoeding voor eigen vermogen (dividend) is immers niet aftrekbaar en de vergoeding voor vreemd vermogen (rente) is wel aftrekbaar.¹¹¹ Dit onderscheid kan voor bedrijven een motief zijn om eigen vermogen op een dusdanige manier te maskeren, zodat het de vorm van vreemd vermogen heeft om zodoende een aftrekpost te creëren. Indien dit voorkomt en er voldaan wordt aan in de jurisprudentie opgesomde criteria dan kan dit zogenaamde vreemde vermogen fiscaal opnieuw worden gekwalificeerd tot eigen vermogen. Dit hoofdstuk ziet op vreemd vermogen dat fiscaalrechtelijk vreemd vermogen is, maar ten aanzien van de zekerheden onder onzakelijke voorwaarden is verstrekt. Men spreekt ook wel van een onzakelijke lening.¹¹² In de eerste drie hoofdstukken van deze scriptie heb ik voor een structuur gekozen waarbij ik het Cessna-criterium in de inkomstenbelasting en in de vennootschapsbelasting heb behandeld. Gedurende het schrijven van dit onderzoek zijn er op 25 november 2011 een aantal arresten gewezen die van invloed zijn op dit onderzoek. In het vervolg van mijn onderzoek wil ik daarom met name de leerstukken Cessna en de onzakelijke lening met elkaar vergelijken en niet zozeer de samenhang van de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

5.2 Lening

Om te bepalen of er fiscaalrechtelijk sprake is van een geldlening, wordt er gekeken naar de civielrechtelijke vorm van de lening. Dat de civielrechtelijke lening als uitgangspunt wordt genomen volgt uit BNB 1988/217, waarin de Hoge Raad besliste dat wanneer een moedermaatschappij een lening heeft verstrekt aan haar dochtermaatschappij, de civielrechtelijke vorm van de geldleningsovereenkomst beslissend is in het belastingrecht.¹¹³ Deze civielrechtelijke overeenkomst is gedefinieerd in artikel 7A:1791 BW. Dit artikel spreekt van een overeenkomst tussen een gevende partij (crediteur) en een ontvangende partij (debiteur) met de voorwaarde dat de debiteur uiteindelijk alles

¹¹¹ De aftrekbeperkingen van artikel 10a Wet Vpb 1969 vormen hierop een uitzondering.

¹¹² HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.

¹¹³ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o 4.2.

teruggeeft. Uit dit artikel komt duidelijk naar voren dat er sprake moet zijn van een terugbetalingsverplichting. Zonder deze terugbetalingsverplichting bestaat er geen geldleningsovereenkomst. Dit houdt overigens niet in dat de verplichting onvoorwaardelijk moet zijn. Uit BNB 2007/104 blijkt dat de terugbetalingsverplichting ook voorwaardelijk mag zijn.¹¹⁴ In artikel 7A:1791 BW wordt ook de mogelijkheid van een rentevergoeding vermeld. De rentebetaling is een vergoeding voor de crediteur vanwege het risico dat de lening niet wordt terugbetaald.

De civielrechtelijke vorm van de lening is in beginsel doorslaggevend, wat impliceert dat een herkwalficatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen niet mogelijk is.¹¹⁵ De Hoge Raad kent een drietal uitzonderingen op deze regel, welke in de volgende subparagrafen kort besproken zullen worden.

5.2.1 Schijnlening

De schijnlening is een geldverstrekking die slechts in schijn een lening is. De partijen zijn in feite een kapitaalverstrekking overeengekomen. Wattel merkt hierover op dat reeds bij de beoordeling van de civielrechtelijke vorm al duidelijk kan zijn dat sprake is van een schijnlening.¹¹⁶

In de volgende casus was dit aan de orde. Een NV A bezit 51% van de aandelen in een andere NV B. Op een zeker moment besluit belanghebbende om een bedrag ad f 500 000 renteloos aan de NV uit te lenen zodat deze NV B kan deelnemen in NV C. De inspecteur stelt met betrekking tot de aanslag over 1967 dat een deel van de door NV B aan NV A uitgekeerde dividenden als een redelijke interest op de renteloze lening moet worden aangemerkt. Het Hof aanvaardt de stelling van belanghebbende dat om deviezenteknische redenen NV C via de omweg van NV B is gefinancierd en dat om diezelfde redenen de financiering geschiedde met een renteloze lening in plaats van met aandelenkapitaal. De lening aan NV B moet in weze aangemerkt worden als een kapitaalstorting door NV A in NV B. Het is daarom ook niet mogelijk om een deel van de uitgekeerde dividenden als rente aan te merken.¹¹⁷

¹¹⁴ HR 8 september 2006, BNB 2007/104, r.o. 3.4, de voorwaardelijkheid van de terugbetaling ontnemt niet het karakter van de geldverstrekking.

¹¹⁵ HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364, de Hoge Raad is voorzichtig met het herkwalficeren van een lening naar kapitaal.

¹¹⁶ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, 5.1.

¹¹⁷ Hof Amsterdam 25 januari 1973, BNB 1974/64.

Uit bovenstaande wordt duidelijk dat met name over de vorm van de geldverstrekking wordt gediscussieerd. Er is door de Hoge Raad niet een vastomlijnd stappenplan ontwikkeld waarmee een schijnlening van een feitelijke lening kan worden onderscheiden. Het zijn veelal de feiten en omstandigheden per geval welke doorslaggevend zijn. Het niet hoeven te voldoen van een rente kan een aanwijzing zijn alsook het ontbreken van een aflossingsschema.

5.2.2 Bodemlozeputlening

Een bodemlozeputlening is een lening waarvan het de geldverstrekker bij het aangaan van de overeenkomst duidelijk is dat het door hem uitgeleende bedrag niet volledig zal worden terugbetaald.

De volgende casus illustreert dit. Een moederschappij had aan haar buitenlandse dochtermaatschappij een aantal jaren een lening verstrekt omdat deze dochter noodlijdend was. Deze noodlijdende situatie was voor de moeder reden om een voorziening ten laste van haar winst te brengen. De inspecteur keurt dit niet goed omdat hij van mening is dat de geldlening geen lening is, maar een informele kapitaalstorting. De Hoge Raad stelt dat in eerste instantie de civielrechtelijke vorm van een lening bepalend is. Dit is anders als de moederschappij, in haar hoedanigheid als aandeelhouder, een lening verstrekt aan haar deelneming waarvan bij voorbaat duidelijk is dat deze de lening niet terug kan betalen. Als deze situatie zich voordoet dan is in feite sprake van een informele kapitaalstorting.¹¹⁸

5.2.3 Deelnemerschapslening

Van een deelnemerschapslening is sprake indien de geldverstrekker deelneemt in de onderneming van de debiteur. Het begrip “deelnemen in” is gedefinieerd door de Hoge Raad. Aan dit criterium is voldaan, als de vergoeding voor de lening winstafhankelijk is, de schuld is achtergesteld bij de concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft en alleen opeisbaar is bij een faillissement, voldoet men aan de criteria van een deelnemerschapslening.¹¹⁹ Een winstafhankelijke vergoeding is een vergoeding die afhankelijk is van de winst van de debiteur. Een vergoeding die voor een groot deel bestaat uit een winstafhankelijke vergoeding is ook winstafhankelijk.¹²⁰ Achtergesteldheid houdt in dat de schuld is achtergesteld ten opzicht van alle andere schuldeisers.¹²¹ De afwezigheid van een vaste looptijd en het opeisbaar worden van de lening op moment van liquidatie, faillissement of surseance

¹¹⁸ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

¹¹⁹ HR 25 november 2005, BNB 2006/82.

¹²⁰ HR 25 november 2005, BNB 2006/82.

¹²¹ HR 11 maart 1988, BNB 1988/208.

van betaling is de derde cumulatieve eis. Een vaste looptijd ontbreekt als de lening pas opeisbaar is bij liquidatie, surseance van betaling of faillissement. Dit wordt verondersteld als de lening een looptijd heeft van vijftig of meer jaren.¹²²

Met ingang van 1 januari 2007 is in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, bepaald dat rente op een lening niet aftrekbaar is in de gevallen dat een lening fungeert als eigen vermogen. De wetgever past de criteria uit de jurisprudentie toe om te bepalen of een lening als fiscaal eigen vermogen fungeert. Dit artikel is volgens Engelen en Scharrenburg dan ook een bepaling ten overvloede, want als de jurisprudentie over de deelnemerschapslening van toepassing is, dan komt de rente op grond van het totaalwinstbeginsel reeds niet in aftrek.¹²³

5.2.4 Fraus legis

Belasting besparen kan middels het ontgaan van belasting of ontduiken van belasting. Waarbij met ontgaan van belasting wordt bedoeld de beïnvloeding van de materiële belastingschuld en met ontduiking van belasting het verhullen van de materiële belastingschuld. Dit verhullen kan door middel van het verzwijgen van de werkelijkheid of de indruk wekken dat met een rechtshandeling iets anders wordt beoogd dan zich in werkelijkheid voordoet. Dit laatste noemt men ook wel een schijnhandeling. Het fiscale recht kan deze handeling terzijde schuiven en de werkelijke gevolgen van de rechtshandeling in de grondslag betrekken.¹²⁴ Doorslaggevend hierbij is of de belastingplichtige het oogmerk van belastingontwijking had en of deze belastingbesparing in strijd is met doel en strekking van de wet.¹²⁵ Als uitgangspunt wordt de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking genomen en als uitzondering hierop wordt onder andere de schijnlening als zijnde een schijnhandeling genoemd. Men kan zich afvragen of deze schijnhandeling niet al bij de civielrechtelijke vorm getoetst moet worden. Als de schijnhandeling in het civiele –en fiscale recht hetzelfde gedefinieerd is maakt het per saldo geen verschil. Het is echter heel wel mogelijk dat de civielrechtelijke vorm juist is maar dat er een fiscale schijnhandeling heeft plaatsgevonden. Indien de schijnhandeling op hoogte van de civielrechtelijke vorm wordt getoetst kan het zijn dat er geen herkwalificatie hoeft te zijn terwijl er fiscaal wel degelijk sprake is van een schijnhandeling. Daarom denk ik dat het juist is dat als uitgangspunt de civielrechtelijke vorm wordt aangehouden met als uitzondering daarop de schijnlening/handeling.

¹²² HR 25 november 2005, BNB 2006/82, waarbij de Hoge Raad dit in r.o. 3.2. expliciet meldt.

¹²³ F.A. Engelen, R. van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705.

¹²⁴ L.A. de Blieck, Algemene wet inzake rijksbelasting, Kluwer Deventer 2009, blz.321.

¹²⁵ L.A. de Blieck, Algemene wet inzake rijksbelasting, Kluwer Deventer 2009, blz.330.

5.3 Onzakelijke lening

Hierboven is beschreven dat civielrechtelijk vreemd vermogen in een drietal gevallen fiscaal opnieuw kan worden gekwalificeerd tot eigen vermogen. Het wezenlijke verschil tussen kapitaal en een lening is mijn inziens de terugbetalingsverplichting, die alleen voor een lening geldt en niet voor kapitaal¹²⁶. Dit volgt, zoals in paragraaf 5.2 beschreven, uit artikel 7A:1791 BW. Een ander verschil wat in het verlengde ligt van de terugbetalingsverplichting is de opeisbaarheid van de schuld. De schuldenaar verplicht zich na verloop van een bepaalde vooraf afgesproken periode tot terugbetaling van het geleende, dit volgt uit artikel 7A:1800 BW. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt ook dat de terugbetalingsverplichting essentieel is om te bepalen of er fiscaal sprake is van kapitaal of een lening.^{127/128} Daarna moet men bepalen of de geldverstrekking voldoet aan de drie uitzonderingen (bodemlozeputlening, deelnemerschapslening en schijnlening). De aanwezigheid van een lening en vervolgens het uitsluiten dat die lening geen fiscaalrechtelijk (informeel)kapitaal is volgt uit de jurisprudentie tot en met het arrest van 9 mei 2008, BNB 2008/191. Deze systematiek wordt bevestigd door in Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3, HR 25 november 2011 nr. 08/05323. Een onzakelijke lening wordt gekwalificeerd als fiscaal vreemd vermogen, maar dit vermogen wordt onder onzakelijke voorwaarden verstrekt. Wanneer men rechtsoverweging 3.4, HR 9 mei 2008, BNB 2008/191 leest, wordt duidelijk wanneer van onzakelijke voorwaarden sprake is:

“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”

¹²⁶ P.J.J.M. Peeters, De onzakelijke lening bij de crediteur: een term met verschillende betekenissen?!-Deel 3 At arm's length, WFR 2010/1580.

¹²⁷ HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364, r.o. 3.4. in beginsel is de civielrechtelijke vorm beslissend voor de fiscale gevolgen.

¹²⁸ Uit HR 8 september 2006, BNB 2007/104, r.o. 3.4 blijkt dan vervolgens dat niet de onzakelijke voorwaarden, het hebben van geen zekerheden of een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting doorslaggevend zijn, maar de terugbetalingsverplichting het kenmerk van een lening is.

Overigens kan het feit dat een onzakelijke lening wordt gekwalificeerd als fiscaal vreemd vermogen zijn invloed hebben op bijvoorbeeld de thin-cap bepaling van artikel 10d Wet Vpb 1969.¹²⁹

5.3.1 Onzakelijke vergoeding of onzakelijke voorwaarden

Indien bovenstaande rechtsoverweging van toepassing is dan kan er nog een verschil worden gemaakt tussen een prijsonzakelijke lening en een hoofdsomonzakelijke lening. De prijsonzakelijke lening is een lening met voldoende zekerheden, maar een onzakelijke prijs. Een hoofdsomonzakelijke lening is een lening waarvan de voorwaarden –als bedoelt in BNB 2008/191- elke zakelijkheid ontbeert.¹³⁰ In hoofdstuk twee heb ik een drietal criteria (causaliteit, finaliteit en sfeer) uitgewerkt om te bepalen of een voor- of nadeel tot de winst behoort. Met name de vraag of een voor- of nadeel tot de winst uit onderneming behoort (sfeercriterium) is naar mijn mening van belang. In de vennootschapsbelasting betekent dit dat er moet worden gekeken naar de belanghebbenden achter de vennootschap in casu de aandeelhouders. Deze vraag heeft de Hoge Raad zichzelf gesteld in rechtsoverweging 3.4 van BNB 2008/191. De vergoeding die een vennootschap verschuldigd is moet naar mijn mening ook los worden gezien van de onzakelijke voorwaarden¹³¹. De vergoeding behoort mijns inzien tot de winst van de onderneming. Dit verschil tussen de vergoeding en onzakelijke voorwaarden is van belang voor de eventuele arm's length correctie, waardoor het onzakelijke (debiteuren)risico weggenomen zou kunnen worden. Bij een prijsonzakelijke lening kan een correctie van de rente ertoe leiden dat het onzakelijk karakter van de lening wordt gecompenseerd. Deze winstcorrectie brengt een vermogensverschuiving bij de crediteur en debiteur teweeg, zodat er tegelijkertijd ook een winstuitdeling en/of informele kapitaalstorting kan worden geconstateerd.¹³² Het gevolg van deze correctie is dat de lening zakelijk wordt en dat een eventueel afwaarderingsverlies aftrekbaar is.¹³³ Deze rentecorrecties –ook wel secondary adjustments genoemd- laten tevens zien dat de Cessna problematiek niet van toepassing is op de vergoeding van een onzakelijke lening. De wanverhouding die ziet op de kosten gedaan door een onderneming is niet overeenkomstig van toepassing op de rentevergoeding. Deze vergoeding, mits

¹²⁹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323 r.o. 3.3.1. als er civielrechtelijk een lening bestaat en er niet aan de uitzonderingen wordt voldaan is het geen eigen vermogen.

¹³⁰ P.J.J.M Peeters, De "onzakelijke lening" bij de crediteur: een term met verschillende betekenissen?!-Deel 3 At arm's length

¹³¹ Hof Arnhem 2 november 2010, nr. 10/00093, de rente behoorde niet tot de onzakelijke voorwaarden om te bepalen of er sprake is van een hoofdsomonzakelijke lening.

¹³² P.J.J.M Peeters, De "onzakelijke lening" bij de crediteur: een term met verschillende betekenissen?!-Deel 3 At arm's length

¹³³ Conclusie van 14 juli 2010, nr. 08/0523, LJN BN3442.

onzakelijk, wordt namelijk gelijk gecorrigeerd zodat niet eerst een wanverhouding aangetoond hoeft te worden.

De hoofdsomonzakelijke lening is onzakelijk, omdat er onvoldoende zekerheden zijn geboden om een reële terugbetaling te verwachten. Een rentevergoeding die deze onzakelijkheid wegneemt is niet mogelijk volgens Wattel, want het ontbreken van zekerheden is te essentieel. Het is ook lastig om een rente te berekenen, want er is geen zakelijke prijs die een onafhankelijke derde zou betalen aanwezig, omdat deze onzakelijke lening zich alleen tussen gelieerde partijen afspeelt.¹³⁴ De voorwaarden van de geldverstrekking zijn zo onzakelijk omdat er een groot debiteurenrisico mee wordt gelopen. Dit impliceert dat de belangen van de aandeelhouder worden gediend. Het sfeercriterium bepaalt dan dat de geldverstrekking niet tot de winst uit de onderneming behoort. De lening kan alleen tot een at arm's length lening gemaakt worden door middel van het uitsluiten van de aftrek van het afwaarderingsverlies. Als ik in vervolg spreek over een onzakelijke lening dan bedoel ik daar de lening mee in de zin van BNB 2008/191, de hoofdsomonzakelijke lening.

5.3.1.1 Literatuur

Deze paragraaf bekijkt de standpunten die commentatoren in de literatuur uiteen hebben gezet. Volgens Albert is het onderscheid tussen prijsonzakelijk en hoofdsomonzakelijk niet nodig, want hij is van mening dat een hoog risico ondervangen kan worden door een hogere rente en dat de inspecteur vrij is om te kiezen tussen het uitsluiten van het afwaarderingsverlies of een verhoging van de rente.¹³⁵ De aanname van Albert dat rente en zekerheid communicerende vaten zijn, is tot op zekere hoogte waar. Echter aan de hoogte van de rentevergoeding zit ook een grens, een te hoge rentevergoeding is onzakelijk. Daarnaast is er geen vergelijking met derden waaruit kan blijken hoe hoog die rente dan moet zijn¹³⁶. De inspecteur kan ook niet vrij kiezen tussen uitsluiting van afwaarderingsverlies en verhoging van de rente, omdat bij het aangaan van de lening onder onzakelijke voorwaarden nog niet duidelijk is of er een afwaarderingsverlies moet worden genomen.¹³⁷ Ik vind dat een rentecorrectie ziet op een prijsonzakelijke lening, het niet toestaan van de afwaardering ziet op een hoofdsomonzakelijke lening. Bij een hoofdsomonzakelijke lening is een renteverhoging niet afdoende om het debiteurenrisico te ondervangen.

¹³⁴ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, 5.3.

¹³⁵ P.G.H. Albert, Onzakelijke lening: mag het minder gecompliceerd?, NTFR 2011/931.

¹³⁶ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, middels de borgstellinganalogie kan deze rente gevonden worden.

¹³⁷ HR 25 november 2011, nr. 10/05161, 5.6. Wattel en Albert zijn het niet met elkaar eens.

Heithuis betoogt in zijn artikel dat het weigeren van het afwaarderingsverlies een stap te ver gaat. Hij refereert hierbij aan het gecodificeerde at arm's length beginsel in artikel 8b Wet Vpb 1969 en het Zweedse grootmoederarrest HR 31 mei 1978, BNB 1978/252. In dit arrest werd een renteloze lening verschaft aan een kleindochter. Deze lening was vreemd aan de ondernemingsactiviteiten en vond zijn oorsprong in de aandeelhouderssfeer, waardoor er op grond van het at arm's length beginsel moest worden gecorrigeerd naar zakelijkheid, door middel van een fictieve rente bij de kleindochter waar tegenover een informele kapitaalstorting stond van de aandeelhouder in de kleindochter. Heithuis concludeert naar aanleiding van BNB 2008/191, dat niet alleen de onzakelijke elementen worden gecorrigeerd, maar dat feitelijk de gehele lening wordt ontkend. Omdat er geen lening is, kunnen er ook geen renteaftrek en een afwaarderingsverlies bestaan. Deze redenering ligt meer in de lijn van *fraus legis* en dat is een stap verder dan het arm's length beginsel. *Fraus legis* elimineert rechtshandelingen voor de belasting en dat is volgens Heithuis precies wat er gebeurt bij de onzakelijke lening. Het arm's length beginsel is ervoor bedoeld om gedane handelingen, zoals een lening verstrekt onder onzakelijke voorwaarden, te corrigeren naar zakelijkheid en daarbij de rechtshandelingen als gegeven te beschouwen. Omdat de lening wordt ontkend en er wel degelijk een geldverstrekking is geweest, concludeert Heithuis dat er sprake is van informeel kapitaal. Daarmee stelt hij de onzakelijke lening gelijk met informeel kapitaal en er is in zijn opinie geen plaats voor een onzakelijke lening als tussenvorm.¹³⁸ Ondanks de gelijkenissen tussen een onzakelijke lening en informeel kapitaal ben ik van mening dat deze twee vormen van geldverstrekking niet gelijk zijn. Bij een onzakelijke lening blijft er een terugbetalingsverplichting bij de dochtermaatschappij bestaan. Zolang niet duidelijk is dat niet zal kunnen worden terugbetaald kan men ook niet spreken van informeel kapitaal. Dit komt naar mijn mening pas aan de orde zodra duidelijk is dat er niet zal worden terugbetaald.

Molenaars vindt net als Heithuis dat er geen tussenvorm bestaat. Het afwaarderingsverlies is geen bewijs van deze tussenvorm, want hij ziet dit wel als een arm's length correctie. Aan een verhoging van de rente zit een limiet en al het overige debiteurenrisico's wat dan nog bestaat wordt weggenomen door het niet in aftrek laten van een afwaarderingsverlies.¹³⁹ Engelen en van Scharrenburg zou het net als Heithuis ook niet verbazen dat de bodemlozeputleningen en onzakelijke leningen uiteindelijk gelijkgeschakeld zullen worden. In beide gevallen zou immers een onafhankelijke derde de lening niet

¹³⁸ E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen. Een nieuw fenomeen of oude wijn in nieuwe zakken, MBB 2008/nr.4.

¹³⁹ M.L. Molenaars, Het onzakelijkeleningenarrest van 9 mei 2008; een exegese.

verstrekt hebben en daarom is de lening verstrekt ten behoeve van de aandeelhouder en kan er fiscaal alleen maar gesproken worden van kapitaal.¹⁴⁰ Aan het argument dat bij een onzakelijke lening niet aanstonds duidelijk is dat niet terugbetaald zal worden –waarmee deze daarom verschilt met de bodemlozeputlening- kennen zij dan ook geen doorslaggevende rol toe.

5.3.1.2 Onzakelijke lening na de arresten van 25 november 2011

In deze paragraaf wordt het begrip “onzakelijke lening” na de arresten van 25 november 2011 uiteengezet. Startpunt is ook na 25 november 2011, de vaststelling van een civielrechtelijke geldlening. Nadat een geldlening is vastgesteld moet worden bepaald of de rente tussen de gelieerde partijen at arm’s length is.¹⁴¹ Indien dit niet het geval is dan moet een rente worden bepaald welke wel aan het at arm’s length beginsel voldoet. Daarbij moeten de voorwaarden welke partijen overeengekomen zijn in acht worden genomen. Ik ben van mening dat met dezelfde voorwaarden wordt bedoeld een lening die verstrekt is zonder voldoende zekerheden in de zin van BNB 2008/191. Overigens vindt Vakstudienieuws dat het at arm’s length beginsel van artikel 8b Wet Vpb 1969 verkeerd uitgelegd wordt door de Hoge Raad.¹⁴² In rechtsoverweging 3.3.2. nr. 08/05323 wordt namelijk alleen een verhoging van de rente toegestaan onder dezelfde voorwaarden als tussen gelieerde partijen overeen is gekomen. Een winstdelende rente wordt hierbij niet geaccepteerd. Terwijl het at arm’s length beginsel een bepaling is om te bepalen wat onafhankelijke derden bereid zijn te vergoeden voor de betreffende geldverstrekking, is een winstdelende rente daarbij heel goed mogelijk. De Hoge Raad vindt dat indien een derde de lening niet wil verstrekken tegen dezelfde rente of voor een winstdelende rente dat er sprake is van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191.¹⁴³ Mijns inziens heeft de Hoge Raad deze afweging gemaakt, omdat met een winstdelende rente de lening zou kunnen vallen onder artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet Vpb 1969, de gecodificeerde deelnemerschapslening (één van de uitzonderingen die een her kwalificatie vereist van wat civielrechtelijke een lening vormt). Ik volg deze redenering echter niet omdat het zeer goed mogelijk is dat een derde een winstdelende zakelijke rente overeen kan komen, buiten het feit dat een deelnemerschapslening naast een winstafhankelijke vergoeding tevens achtergesteld moet zijn aan concurrente schuldeisers, en een looptijd moet hebben

¹⁴⁰ F.A. Engelen, R. van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705.

¹⁴¹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.2.

¹⁴² Vakstudienieuws, Lening, inclusief aangegroeide rente, is als geheel onzakelijk indien een derde alleen winstdelende rente zou hebben geaccepteerd, V-N 2011/63.10.

¹⁴³ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.3.

van minimaal 50 jaar.¹⁴⁴ Overigens als er een rente wordt gevonden welke at arm's length is, dan is op grond van het Zweedse grootmoederarrest die rente bij de dochtervennootschap aftrekbaar, gevolgd door een informele kapitaalstorting door de moedervennootschap in diezelfde dochter.¹⁴⁵ Zoals reeds beschreven betekent het niet vinden van een at arm's length rente dat er sprake is van een onzakelijke lening, waarbij een verlies op die onzakelijke lening niet aftrekbaar is.¹⁴⁶ Het moment waarop men kan spreken van een onzakelijke lening wordt bepaald op het moment van aangaan van de lening¹⁴⁷

Indien er kan worden gesproken van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191 dan moet er evenwel een rente worden bepaald om te voorkomen dat de moedervennootschap een structureel verlies lijdt op de financiering aan de dochtervennootschap. Oftewel er wordt een rente bepaald die een derde zou accepteren en waarbij het debiteurenrisico aanvaardbaar is. De Hoge Raad doet dit middels een borgstellingsanalogie:

“de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen”.¹⁴⁸

Bovenstaande rechtsoverweging is een manier om op een fictieve manier een rente bepalen. Dit betekent mijns inziens niet dat er vanwege een hogere rente ook een groter deel van het debiteurenrisico wordt ondervangen, zoals Vakstudienieuws betoogt.¹⁴⁹ Dit blijkt ook uit het feit dat de Hoge Raad de gevonden rente belast en er bij het opkomen van een debiteurenverlies ook niets in aftrek wordt toegelaten. De rente moet in aanmerking worden genomen tot en met het moment dat

¹⁴⁴ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

¹⁴⁵ HR 31 mei 1978, BNB 1978/252.

¹⁴⁶ HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, de Hoge Raad is erg stringent in de vaststelling van een onzakelijke lening. In onderhavige casus had het Hof een onzakelijke lening vastgesteld door naast de voorwaarden tevens de rente in haar beoordeling mee te nemen. De Hoge Raad stelt dat het Hof eerst een arm's length rente had moeten vast stellen en vervolgens een conclusie trekken over de vorm van de lening.

¹⁴⁷ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.5., dit betekent volgens de Hoge Raad ook dat als gedurende de looptijd door de crediteur onzakelijk wordt gehandeld er alsnog een onzakelijke lening kan worden geconstateerd. Naar mijn mening kan niet-handelen van een crediteur ook tot een onzakelijke lening leiden als er bijvoorbeeld geen zekerheden worden ingeroepen terwijl dit wel zou kunnen.

¹⁴⁸ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.4.

¹⁴⁹ Vakstudienieuws, Lening, inclusief aangegroeide rente, is als geheel onzakelijk indien een derde alleen winstdelende rente zou hebben geaccepteerd, V-N 2011/63.10, zij betogen dat er een zakelijk en onzakelijk deel wordt gecreëerd en vragen zich af waarom dan alsnog het gehele debiteurenrisico van aftrek wordt uitgesloten omdat een hogere rente een deel van het debiteurenrisico wegneemt.

duidelijk is dat de crediteur niet meer zal kunnen betalen.¹⁵⁰ Dit moment is mijns inziens gelijk aan wanneer het debiteurenrisico definitief is en dat is bij liquidatie of een formele kwijtschelding.

5.3.2 Richting onzakelijke lening

Een andere vraag die zich aandient is of de conclusie uit BNB 2008/191, naar analogie van toepassing is op een lening omlaag, dus een lening van moeder/aandeelhouder naar dochtermaatschappij? Oftewel de vraag of in omgekeerde richting de conclusie uit BNB 2008/191 houdbaar is. Het is interessant om te vergelijken met de Cessna leer waarbij het arrest alleen toepassing vindt in de richting omhoog. De Cessna leer ziet alleen op uitgaven gedaan door de onderneming, die mogelijk de aandeelhouder als zodanig bevoordeeld. In BNB 2008/191 spreekt de Hoge Raad over het accepteren van een debiteurenrisico in het belang van de gelieerde vennootschap als zijnde aandeelhouder. De richting was in dit arrest tevens omhoog. In de arresten van 25 november 2011 voegt de Hoge Raad aan zijn formulering het woord “dochtervennootschap” toe.¹⁵¹ Wattel heeft in zijn conclusie bij het arrest van 25 november 2011 nr. 08/05323 aangegeven dat een onzakelijke lening omlaag mogelijk is. Albert vindt een lening omlaag niet zo vanzelfsprekend want bij een lening omlaag is de crediteur tevens aandeelhouder in de debiteur. Een crediteur bij een lening omhoog is bij niet nakoming van de debiteur zijn vordering kwijt, terwijl bij een lening omlaag de crediteur eventueel in de hoedanigheid van aandeelhouder kan worden gecompenseerd. Volgens Egelie geeft Albert een te beperkte uitleg van het at arm's length beginsel. Dit beginsel is ervoor bedoeld om gelieerde transactie te ontdoen van de invloed van die gelieerdheid. Daarbij maakt het volgens Egelie niet uit welke richting de lening gaat.¹⁵² Ik ben het eens met de uitleg van het at arm's length beginsel, maar de feitelijke correctie op grond van dit beginsel kan wel verschillende gevolgen hebben voor de geldverstrekker. Dit zal ik in de volgende paragraaf bespreken.

¹⁵⁰ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.6. het debiteurenrisico met betrekking tot verschuldigd gebleven rente op een onzakelijke lening valt in beginsel in de kapitaalsfeer.

¹⁵¹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.3. “de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van *aandeelhouder* dan wel *dochtervennootschap* te dienen”

¹⁵² W.F.E.M. Egelie, Onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, NTFR 2008/2375.

5.3.3 Correcties van lening van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191

5.3.3.1 Inleiding

Als gevolg van het arrest BNB 2008/191 zijn afwaarderingsverliezen van een onzakelijke lening niet aftrekbaar. Ganzeveld en Hoeve gingen er voor dit arrest van uit dat het debiteurenrisico zou worden gecorrigeerd middels een rentevergoeding welke onafhankelijke derden overeen zouden komen. Dit kan betekenen dat de lening moet worden omgebouwd naar een winstdelende vordering. Het afwaarderingsverlies blijft dan aftrekbaar.¹⁵³ Inmiddels is gebleken dat de aftrek van een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening tevens is uitgesloten voor onzakelijke leningen omlaag. De zienswijze van Ganzeveld en Hoeve is hiermee door de Hoge Raad ontkracht.

5.3.3.2 Lening omhoog (van dochter aan moeder)¹⁵⁴

Zoals gezegd heeft de Hoge Raad naar aanleiding van BNB 2008/191, geoordeeld dat het verlies op een onzakelijke lening niet in aftrek mag worden genomen. Dit volgt uit rechtsoverweging 3.4 van BNB 2008/191. Vanwege de onzakelijke voorwaarden, die belastingplichtige was overeengekomen, oordeelde de Hoge Raad dat de belastingplichtige in zijn hoedanigheid als aandeelhouder het debiteurenrisico had gelopen. Het blijft echter wel een lening en daarmee tevens fiscaalrechtelijk vreemd vermogen. In paragraaf 3.2 heb ik het begrip “totaalwinst” van artikel 3.8 Wet IB '01 beschreven. De winst is het “bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook worden verkregen uit onderneming”. Onder voordelen moet tevens nadelen worden verstaan. Verminderingen van het vermogen welke niet met de ondernemingsuitoefening te maken hebben worden onttrekkingen genoemd, in paragraaf 3.2 heb ik dit als “bedrijfsvreemde uitgave” gedefinieerd. Dit zijn verminderingen van het ondernemingsvermogen die het belang van rechthebbenden van de winst dienen. Op de eerste plaats zal moeten worden beoordeeld of het afwaarderingsverlies een nadeel uit ondernemingsoefening is. Is dit niet het geval dan kan nog de vervolgvraag worden gesteld of sprake is van een winstuitdeling. Gezien de voorwaarden van de lening in BNB 2008/191 denk ik dat van een onttrekking sprake is. Mijns inziens zijn de belangen van de aandeelhouder gediend, dit leid ik af uit wat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4. schrijft. De vennootschap loopt op basis van de overeengekomen voorwaarden een zodanig debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde dit niet zou lopen. Dat is de reden waarom het afwaarderingsverlies geen gevolg van de ondernemingsuitoefening

¹⁵³ J.Ganzeveld H.Hoeve, Onzakelijke lening, de Hoge Raad als medewetgever. NTFR 2011/2910.

¹⁵⁴ Het debiteurenrisico wordt in zo'n geval gelopen door de dochter en niet de aandeelhouder.

is, maar veel meer het belang van de aandeelhouder dient.¹⁵⁵ Egélie stelt dat niet de onzakelijke voorwaarden bepalen of het afwaarderingsverlies op de fiscale winst mag drukken, maar het motief van de aandeelhouders. Hij vindt dat dit in BNB 2008/191 ook aan de orde was.¹⁵⁶ Een aantal schrijvers concluderen naar aanleiding van rechtsoverweging 3.4 dat de onttrekking tevens als winstuitdeling kan worden aangemerkt.¹⁵⁷ Ik heb eerder in dit onderzoek betoogd dat er niet-aftrekbare onttrekking kan bestaan die niet tegelijkertijd een winstuitdeling hoeft te zijn. Voor geldverstrekkende vennootschappen is de vraag of het zich voordoen van het debiteurenrisico een winstuitdeling op grond van artikel 10 lid 1 Wet Vpb 1969 kan zijn. Voor geldverstrekkende natuurlijke personen is artikel 4.12 Wet IB '01 van toepassing. De onzakelijke lening en Cessna kosten worden in beginsel niet geherkwalificeerd in respectievelijk kapitaal en onzakelijke uitgaven. Daarom denk ik dat er voor het aantonen van een winstuitdeling een extra toets moet zijn. De toets beschreven in hoofdstuk vier, om te bepalen of de meerkosten een winstuitdeling zijn, kan mijns inziens daarvoor gebruikt worden. In het volgende hoofdstuk zal ik hier uitgebreider op ingaan.

5.3.3.3 Lening omlaag (van moeder aan dochter)¹⁵⁸

Bij een lening omlaag ligt het corrigeren van een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191 volgens Albert anders. De crediteur in hoedanigheid van aandeelhouder heeft in beginsel namelijk bedrijfseconomische redenen om de geldverstrekking te doen. Er kan daarom niet gesproken worden van een onttrekking. Omdat de belangen van de aandeelhouder boven die van de crediteur worden gediend, zal een eventueel verlies moeten worden toegeschreven aan de aandeelhoudersrelatie. Dit heeft tot gevolg dat het verlies onder de deelnemingsvrijstelling valt en derhalve niet aftrekbaar is.

In rechtsoverweging 3.3.5 nr. 08/05323 stelt de Hoge Raad het volgende:

“Zoals een borgstelling voor een lening die door een derde aan een gelieerde vennootschap is verstrekt in zijn geheel al dan niet in de kapitaalsfeer ligt, heeft hetzelfde te gelden voor het debiteurenrisico van een onzakelijke lening”

¹⁵⁵ Conclusie Albert Hoge Raad 9 mei 2008, BNB 2008/191, ik ben het eens met Albert wat de systematiek is om een onttrekking vast te stellen.

¹⁵⁶ W.F.E.M. Egélie, Onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, NTFR 2008/2375, het onzakelijk motief is gelegen in het feit dat de lening onderdeel uitmaakte van een reorganisatie die met name vanwege aandeelhoudersmotieven was ingezet.

¹⁵⁷ F.A. Engelen, R. van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705 en W.F.E.M. Egélie, Onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, NTFR 2008/2375.

¹⁵⁸ In zo'n geval loopt de aandeelhouder een debiteurenrisico.

Arts vraagt zich, mijns inziens, terecht af of het verlies bij een lening omlaag zich wel in de kapitaalsfeer afspeelt. Een vordering van een moedermaatschappij op een dochtermaatschappij kan niet in de kapitaalsfeer liggen. Als gevolg van de fictie in artikel 2 lid 5 Wet Vpb 1969 behoren aandelen *in* en vorderingen *op* een dochtermaatschappij tot het ondernemingsvermogen. Gelet op deze fictie en het totaalwinstbegrip van artikel 8 Wet Vpb 1969 juncto artikel 3.8 Wet IB '01 behoren alle voordelen, negatief of positief, behaald met het ondernemingsvermogen van de moedermaatschappij tot de winst. De kapitaalsfeer van de moedermaatschappij bestaat uit degene die recht hebben op een deel van de winst. Uitgaven ten behoeve van diezelfde rechthebbende zijn onttrekkingen. De dochtermaatschappij is geen belanghebbende tot die winst en daarom behoort het verlies op een lening aan een dochtermaatschappij derhalve niet tot de kapitaalsfeer.¹⁵⁹ Het verlies op een door een natuurlijk persoon ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel kan tevens geen verlies zijn dat behoort tot de kapitaalsfeer. Deze bestaat namelijk alleen tussen vennootschap en aandeelhouder en niet andersom.¹⁶⁰ Met Arts ben ik van mening dat verliezen alleen dan niet in aftrek mogen worden toegestaan als het verlies onder de deelnemingsvrijstelling valt of als het verlies als informeel kapitaal moet worden gezien. Een lening valt onder de deelnemingsvrijstelling, artikel 13 lid 4 sub b Wet Vpb 1969, indien zich een van de drie uitzonderingen(bodemlozeputlening, schijnlening en deelnemerschapslening) voordoet. In de inkomstenbelasting is geen bepaling die een lening tot een aanmerkelijk belang kan rekenen. Overigens is het verschil tussen de drie uitzonderingen en informele kapitaalstorting, dat er bij een informele kapitaalstorting geen civielrechtelijke terugbetalingsverplichting bestaat.¹⁶¹ Een informele kapitaalstorting kan zich alsnog voordoen als een lening bijvoorbeeld wordt prijsgegeven. Als het verlies onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen, kan dit verlies bij liquidatie alsnog worden genomen op grond van artikel 13d Wet Vpb 1969. In het geval van een natuurlijk persoon kan de vermindering van zijn vordering worden bijgeschreven bij zijn verkrijgingsprijs. Of en wanneer hiervan sprake is in de nieuwe arresten, wordt in het volgende hoofdstuk besproken.

¹⁵⁹ J.H.M. Arts, de arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, MBB 2012 nr. 02.

¹⁶⁰ J.H.M. Arts, de arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, MBB 2012 nr. 02.

¹⁶¹ J.H.M. Arts, Verkapte kapitaalverstrekkingen vanaf 2007, WFR 2007/147 en Hoge Raad 3 april 1957, BNB 1957/165.

5.3.4 “Indien en voor zover”

In de Cessna-arresten wordt gesproken over “indien en voor zover”. Daarmee heeft de Hoge Raad willen aangeven dat er een splitsing moet worden gemaakt tussen zakelijk en onzakelijk als de uitgaven in beginsel zakelijk zijn. In BNB 2008/191 worden deze zelfde bewoordingen gebruikt en ook hier is het de bedoeling dat er een splitsing moet worden gemaakt tussen een zakelijke en onzakelijke lening van wat fiscaal als lening heeft te gelden. Uit het Cessna- en renpaardenarrest is te lezen dat zakelijke uitgaven die in een wanverhouding staan tot het nut voor de onderneming van aftrek worden uitgesloten. Er wordt er dan vanuit gegaan dat de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder is bevredigd. De Hoge Raad vergelijkt de uitgaven met de uitgaven die een redelijk denkend ondernemer zou maken. De woorden “indien en voor zover” geeft die vergelijking grammaticaal weer. Omdat deze woorden expliciet in rechtsoverweging 3.4. van BNB 2008/191 stonden was bijna iedereen het er over eens dat er een splitsing moest worden gemaakt tussen een zakelijk en onzakelijk deel.¹⁶² De redelijk denkende ondernemer wordt in dit arrest vervangen door de onafhankelijke derde. In beide gevallen impliceert het gebruik van “indien en voor zover” dat een aandeelhoudersmotief een rol heeft gespeeld.

Egelie stond lange tijd alleen in zijn opvatting dat er geen splitsing hoeft te worden gemaakt. Hij gaat er vanuit dat er van nature een splitsing is. Het afwaarderingsverlies ziet namelijk op het onzakelijke deel. In het geval er voor 60% een onzakelijke lening bestaat zou het afwaarderingsverlies niet verder strekken dan wat ziet op deze 60%. Daarnaast merkt hij op dat over de hele onzakelijke lening een rente in aanmerking moet worden genomen.¹⁶³ Ik ben het niet met Egelie eens, een afwaarderingsverlies kan door allerlei omstandigheden veel groter zijn dan alleen het onzakelijke deel. Het deel wat ziet op een normaal afgedekt risico zou naar het standpunt van Egelie niet genomen kunnen worden. Dat lijkt mij niet wenselijk. Sinds de arresten van 25 november 2011 is het standpunt van de Hoge Raad dat de lening als geheel moet worden beoordeeld. Met andere woorden er vindt volgens de Hoge Raad geen splitsing plaats. Net als Albert zal het mij niet verbazen dat de Hoge Raad dit vanuit praktisch oogpunt heeft gedaan, het is namelijk lastig te bepalen welk deel ziet op het onzakelijke en welk deel niet.¹⁶⁴ De functie van “indien en voor zover” is mijns inziens om het deel van een uitgave of lening dat een redelijk denkend ondernemer of onafhankelijke derde niet zou doen, niet op de fiscale winst te laten drukken.

¹⁶² Noot Albert bij Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, punt 7 en A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 4.5 zijn het hiermee eens.

¹⁶³ W.F.E.M. Egelie, over lening met onzakelijk debiteurenrisico dient zowel debiteur als crediteur forfaitaire rente te worden berekend, NTFR 2010/2168.

¹⁶⁴ P.G.H. Albert, Is verlies op onzakelijke lening “omlaag” aftrekbaar? WFR 2008/1226.

In dit hoofdstuk heb ik in de verschillende paragrafen de link gelegd met de Cessna-leer. Aan de hand van deze paragrafen zal in het volgende hoofdstuk een vergelijking maken tussen beide leerstukken. Met name wat de fiscale gevolgen van de onzakelijkheid van het debiteurenrisico voor de geldverstrekker zijn.

Hoofdstuk 6 Gewezen arresten van 25 november en vergelijking met Cessna

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen de eerder aangestipte openstaande rechtsvragen aan bod. In hoofdstuk vijf heb ik de richting van de onzakelijke lening besproken, de onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191, “indien en voor zover” en de correcties. Opvallend punt in de nieuwe jurisprudentie is dat volgens de Hoge Raad er nooit een splitsing tussen zakelijk en onzakelijk deel van een onzakelijke lening zou zijn geweest. Deze splitsing was in de literatuur gebaseerd op de “indien en voor zover” benadering binnen het zogenaamde Cessna criterium. Indien er een wanverhouding bestaat tussen gedane uitgaven en het nut voor de onderneming, wordt het meerdere van aftrek uitgesloten. Het is een splitsing tussen wat een redelijk denkend ondernemer zou doen en wat ziet op de behoefte van de aandeelhouder. Daarnaast vind ik het opvallend dat de nieuwe arresten en literatuur vooral zien op de behandeling van het afwaarderingsverlies bij een lening omlaag. Terwijl naar mijn mening bij een lening omhoog een reëel verlies noch bij de debiteur noch de crediteur in aftrek kan worden genomen. De vergelijking tussen onzakelijke lening en Cessna maak ik aan de hand van de vier genoemde punten.

6.2. Vergelijking

6.2.1 Onzakelijke voorwaarden en onzakelijke vergoeding

In hoofdstuk vijf heb ik het verschil beschreven tussen een prijsonzakelijke lening en hoofdsom onzakelijke lening. Daarnaast heb ik ook het sfeercriterium aan bod laten komen. Dit is de vraag of een voor- of nadeel tot de winst behoort. In hoofdstuk twee heb ik een drietal criteria (causaliteit, finaliteit en sfeer) uitgewerkt om te bepalen of een voor- of nadeel tot de winst behoort. Waarbij er mijns inziens een spanning met het sfeercriterium bestaat tussen de onzakelijke voorwaarden van de lening en de onzakelijke vergoeding van de lening. Ik ben van mening dat door toepassing van het sfeercriterium de onzakelijke vergoeding –welke at arm’s length gemaakt kan worden-behoort tot de winst van de onderneming en de onzakelijke voorwaarden niet. Bij een prijsonzakelijke lening is de lening in essentie

op grond van overeengekomen zekerheden zakelijk. In zoverre dat een onafhankelijke derde dezelfde zekerheden overeen zou zijn gekomen. Daar maak ik uit op dat de verstrekking van de lening opkomt in het kader van ondernemingsuitoefening. Bij een hoofdsom onzakelijke lening is dat niet het geval omdat de overeengekomen zekerheden, niet door een onafhankelijke derde geaccepteerd zouden worden. Dit verschil acht ik van belang voor de eventuele arm's length correctie, waardoor het onzakelijke (debiteuren)risico weggenomen zou kunnen worden. Bij een prijsonzakelijke lening kan een correctie van de rente ertoe leiden dat het onzakelijk karakter van de lening wordt gecompenseerd. Met als gevolg dat de lening zakelijk wordt en dat een eventueel afwaarderingsverlies aftrekbaar is.¹⁶⁵ Het wanverhoudingscriterium uit het Cessna arrest kan hier ook niet op van toepassing zijn. De rente is naar mijn mening zakelijk of onzakelijk, meer smaken zijn er niet. Er bestaat geen zakelijke rente met een onzakelijk deel. Derhalve kan gelijk een correctie worden toegepast en hoeft niet eerst een wanverhouding te worden aangetoond. De correctie van een hoofdsomonzakelijke lening is niet mogelijk middels een rentevergoeding. Het niet toestaan van een afwaarderingsverlies kan de lening at arm's length maken.

Het onderscheid tussen onzakelijke vergoeding en onzakelijke voorwaarden acht ik van belang omdat het Cessna criterium alleen maar kan zien op een onzakelijke lening in de zin van BNB 2008/191.

6.2.2 Richting onzakelijke lening en Cessna

Een eerste verschil met Cessna en de onzakelijke lening is de richting. De Cessna arresten zien alleen op de verhouding vennootschap en aandeelhouder. De richting is dan "omhoog". Cessna ziet op gemengde uitgaven die een zakelijk en onzakelijk deel bevatten. Opvallend aan deze arresten is dat als een vennootschap uitgaven doet of verliezen accepteert ten behoeve van haar aandeelhouder, die uitgaven en verliezen niet op de fiscale winst mogen drukken. Zij verminderen het vermogen zonder dat dit te maken heeft met de uitoefening van de onderneming. Het zijn in beide gevallen onttrekkingen. Het Cessna arrest en de onzakelijke lening omhoog zien beiden op het feit of aandeelhoudersmotieven een rol hebben gespeeld. Waarbij de redelijk denkende ondernemer als standaard wordt genomen om dit bepalen. Sinds de arresten van 25 november 2011 ziet de onzakelijke lening ook op situaties voor een onzakelijke omlaag. Dit is een verschil ten opzichte van het Cessna arrest. Ik ben van mening dat het Cessna criterium niet kan gelden in de situatie voor uitgaven gedaan omlaag. De uitgaven kunnen dan

¹⁶⁵ Conclusie van 14 juli 2010, nr. 08/05323, LJN BN3442.

niet gekwalificeerd worden als onttrekkingen omdat deze zien op de relatie tussen vennootschap en aandeelhouder en niet andersom. In de richting omlaag is mogelijk sprake van (informele) kapitaalstorting. De uitgaven worden weliswaar in het belang van de aandeelhouder gedaan, maar niet ten behoeve van de aandeelhouder. Daarom kan het in de richting omlaag niet kwalificeren als een onttrekking.

6.2.3 Correcties

6.2.3.1 Correctie bij aangaan lening

Bij de behandeling van de gevolgen voor de geldverstrekker maak ik de assumptie dat de onzakelijke lening fiscaal als lening dient te worden aangemerkt. Er zijn auteurs die de onzakelijke lening willen scharen onder de uitzonderingen van BNB 1988/217 en/of een gelijkschakeling met de bodemlozeputlening willen maken.¹⁶⁶ Bij het aangaan van de onzakelijke lening neemt de crediteur een bedrag ter hoogte van het verstrekte bedrag op als een vordering op zijn balans. Vanwege de toekomstige oninbaarheid van de lening is de werkelijke waarde in feite lager dan de opgenomen nominale waarde. Het verschil tussen deze twee waarden zou een verkapte winstuitdeling of informele kapitaalstorting kunnen zijn op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet Vpb 1969. De werkelijke waarde wordt echter pas zichtbaar als blijkt dat de debiteur niet zal kunnen voldoen en er een afwaardering moet plaatsvinden. Bij het aangaan van de lening is het verschil dus niet duidelijk, met andere woorden: om een informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling te kunnen aanmerken moet er een schatting van de werkelijke waarde worden gemaakt. Engelen en van Scharrenburg pleiten hiervoor, zodat bij het aangaan van de lening “omlaag” een informele kapitaalstorting kan worden aangenomen en het resterende deel van de lening in de winstsfeer kan worden opgenomen.¹⁶⁷

Voor een kapitaalstorting of winstuitdeling is een vermogensverschuiving nodig, die tevens definitief moet zijn. Bij het aangaan van de onzakelijke lening heeft de debiteur nog niet de beschikkingsmacht

¹⁶⁶ A-G Wattel 14 juli 2011, bij Hoge Raad nr. 10/05394, V-N 2011/41.15, punt 8.18 waarin wordt aanbevolen om de 3 criteria van BNB 1988/217 te vervangen door een allesomvattend criterium waardoor ook de onzakelijke lening geherkwalificeerd kan worden. F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, 'onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', WFR 2008/705, betogen dat een onzakelijke lening in feite een bodemlozeputlening is omdat bij beide vormen een onafhankelijke derde de lening niet zou verstrekken. Met deze benadering zou er bij het aangaan van de lening al sprake zijn van kapitaal en ook als zodanig behandeld worden. Mijn inziens is het verschil tussen de uitzonderingen van BNB 1988/217 en de onzakelijke lening de onzekerheid voorafgaand aan het verstrekken van de lening.

¹⁶⁷ F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, 'onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', WFR 2008/705.

over het bedrag wat hij in de toekomst niet zal kunnen terugbetalen (lees; het debiteurenrisico).¹⁶⁸ Met andere woorden omdat er nog steeds een terugbetalingsverplichting bestaat van de debiteur heeft het geld het vermogen van de crediteur niet definitief verlaten. Dit is ook wat Sprundel en van Strien opmerken.¹⁶⁹ Daarnaast denk ik ook dat het lastig is om bij het aangaan van de lening een schatting te maken van de hoogte van de (informele) kapitaalstorting of (verkapte) winstuitdeling en naar mijn mening is dit tevens de reden waarom er geen splitsing wordt gemaakt tussen een zakelijk –en onzakelijk deel van de lening.

6.2.3.2 Correctie bij afwaardering

In paragraaf 5.3.3.2 heb ik de correctie van een lening omhoog besproken. Daarin heb ik de systematiek besproken hoe de Hoge Raad komt tot de correctie. Allereerst is het van belang om een onttrekking vast te stellen. In BNB 2008/191 is er sprake van een vermogensvermindering die niet zijn grondslag vindt in de uitoefening van de onderneming. De onzakelijke voorwaarden die overeengekomen zijn mijns inziens het argument dat de belangen van de aandeelhouder worden gediend. Nadat een onttrekking is vastgesteld is er niet per definitie een winstuitdeling: mijn inziens bestaan er onttrekkingen die niet tevens een winstuitdeling zijn. Hiervoor is alleen een aandeelhoudersrelatie nodig, wat kan wijzen op een bevrediging van de behoeften van de aandeelhouder. Of er daadwerkelijk een ten goede van de aandeelhouder is geweest moet worden vastgesteld in een vervolgoets. Een verschil met het Cessna- en renpaardenarrest is dat met het doen van de uitgaven er tegelijkertijd een verarming ter hoogte van de vennootschap is. Bij een onzakelijke lening is dat mijns inziens niet het geval omdat er ondanks het verlies een terugbetalingsverplichting blijft bestaan. Op het moment dat de crediteur de lening formeel kwijtscheldt of bij liquidatie kan er pas een verarming zijn. Ondanks het Fokker 2 arrest¹⁷⁰ ben ik van mening dat bij liquidatie of kwijtschelding de lening definitief niet meer terugbetaald zal worden. De werkelijke situatie dient te prevaleren boven de civielrechtelijke terugbetalingsverplichting op dat moment. Naast het feit dat de vennootschap verarmt moet de aandeelhouder verrijken. Het verschil met Cessna is dat de meerkosten zien op bepaalde uitgaven die de persoonlijke behoefte van een aandeelhouder kunnen aantonen. Een onzakelijke lening ziet slechts op liquiditeiten die ten goede zijn gekomen aan de aandeelhouder. Daarom denk ik dat met het aantonen van de onzakelijke voorwaarden

¹⁶⁸ HR 11 november 2011, nr. 10/01366

¹⁶⁹ D.E. van Sprundel en J. van Strien, 'Terugkeer naar Ithaka? De "onzakelijke lening" bij de crediteur – deel 4, WFR 2011/490.

¹⁷⁰ Hoge Raad 18 oktober 2002, BNB 2003/44.

en een verarming ten tijde van liquidatie of formele kwijtschelding, er een winstuitdeling is. Een winstuitdeling kan alleen plaatsvinden bij een lening omhoog. Wat ik niet wenselijk vind is dat uiteindelijk het verlies noch bij de crediteur noch bij de debiteur in aanmerking kan worden genomen. Het is ondanks de onzakelijkheid een reëel geleden verlies. In de literatuur wordt met name gerept of het afwaarderingsverlies bij een lening omlaag wel of niet tot een ophoging van het voor de deelneming opgeofferde bedrag of de verkrijgingsprijs kan leiden. In deze situaties wordt er met het verlies uiteindelijk rekening gehouden.

In paragraaf 5.3.3.3 heb ik de beschreven dat een afwaarderingsverlies niet in de kapitaalsfeer thuis hoort zoals vanwege het totaalwinstbeginsel en de fictie van artikel 2 lid 5 Wet Vpb 1969. Met Arts ben ik van mening dat verliezen alleen dan niet in aftrek mogen komen als deze onder de deelnemingsvrijstelling vallen of als het informele kapitaalstortingen zijn. De drie uitzonderingen, de zogenaamde verkapte kapitaalverstrekkingen, vallen onder de deelnemingsvrijstelling, artikel 13 lid 4 onderdeel b Wet Vpb 1969. Voor aanmerkelijk belanghouders is niet een bepaling in de inkomstenbelasting opgenomen die dergelijke uitzonderingen toeschrijven aan het aanmerkelijk belang. De onzakelijke lening is expliciet uitgesloten van deze drie uitzonderingen en kan als zodanig ook niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Van een informele kapitaalstorting is alleen sprake als de gelden definitief het vermogen van de aandeelhouder hebben verlaten. Met andere woorden er mag geen civielrechtelijke terugbetalingsverplichting bestaan. Mijns inziens is dat het geval bij liquidatie of formele kwijtschelding van de onzakelijke lening. Alleen op dat moment mag voor een vennootschap het opgeofferde bedrag worden verhoogd en voor een aanmerkelijk belanghouder zijn verkrijgingsprijs.¹⁷¹ In het arrest HR 25 november, nr. 08/05323 rechtsoverweging 3.3.1, staat dat de geldlening niet als verkapte kapitaalverstrekking kan worden aangemerkt. Hieruit kan worden opgemaakt dat geen sprake is dat de lening formeel is kwijtgescholden en dus kan er ook geen informele kapitaalstorting zijn. Het is daarom naar mijn mening niet correct om het verlies niet in aftrek toe te staan. In het arrest HR 25 november 2011, nr. 10/04588 is wel de beslissing om het verlies niet in aftrek toe te staan wel correct.¹⁷² In dit geval had de aanmerkelijk belanghouder zijn vordering kwijtgescholden. Als het verlies niet

¹⁷¹ J.H.M. Arts, de arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, MBB 2012 nr. 02, artikel 8b Wet Vpb 1969 schrijft voor dat het niet in aftrek toestaan van het verlies middels een corresponderende heffing bij de aandeelhouder moet plaatsvinden.

¹⁷² J.Ganzeveld H.Hoeve, Onzakelijke lening, de Hoge Raad als medewetgever. NTFR 2011/2910.

onder de deelnemingsvrijstelling valt en geen informele kapitaalstorting is dan ben ik van mening dat het verlies aftrekbaar moet zijn.

6.2.4 “Indien en voor zover”

In hoofdstuk vijf is beschreven dat naar aanleiding van BNB 2008/191 een splitsing moest worden gemaakt tussen een zakelijk deel en onzakelijk deel. Dit was de stellige overtuiging van de meeste commentators. Sinds de arresten van 25 november 2011 stelt de Hoge Raad dat er nooit een splitsing is geweest.

De overeenkomst tussen Cessna en onzakelijke lening is in mijn optiek dat beiden gelden als een tussenvorm. Enerzijds zijn het de gemengde uitgaven die noch volstrekt zakelijk zijn noch volstrekt onzakelijk anderzijds is een onzakelijke lening noch volstrekt vreemd vermogen noch geherkwalificeerd vermogen. Het is niet eenduidig te bepalen wanneer een lening behoort tot fiscaal vreemd vermogen of tot een van de drie uitzonderingen. Waarbij “indien en voor zover” als onderscheid dient. Bij zowel Cessna als de onzakelijke lening is het kenmerk van dat onderscheid de persoonlijke behoeftebevrediging van de aandeelhouder. Op grond van het Cessna- en renpaardenarrest worden uitgaven van aftrek uitgesloten als er geen causaal verband is met de ondernemingsuitoefening, de uitgaven zijn dan onzakelijk. De uitgaven zijn dan verricht ten behoeve van de aandeelhouder en een redelijk denkend ondernemer zou die uitgaven niet gemaakt hebben. Bij de onzakelijke lening is de redelijk denkende ondernemer te vergelijken met een onafhankelijke derde. Daarmee bedoel ik dat het deel van het debiteurenrisico wat een onafhankelijke derde niet zou nemen ligt in de aandeelhouderssfeer.

Praktische problemen liggen naar mijn mening ten grondslag aan het feit dat in de nieuwe arresten van 25 november 2011 geen splitsing meer wordt gemaakt. Ik vind dat een mogelijke persoonlijke behoeftebevrediging van een aandeelhouder uit de winst gehaald moet worden, teneinde een zo zuiver mogelijk winstbegrip te creëren. Er zijn auteurs die vanuit theoretisch oogpunt hetzelfde standpunt hebben, maar zij zien tevens praktische bezwaren bij het vooraf splitsen.¹⁷³ Net als Vakstudienieuws ben ik van mening dat er tussen gelieerde partijen altijd de vraag opkomt of er sprake is van een onzakelijke

¹⁷³ A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 9.15, geeft aan dat er een onoplosbaar conceptueel probleem is bij het splitsen van een lening.

lening. Er is daarbij ook geen onafhankelijke derde waarmee kan worden vergeleken.¹⁷⁴ Het zal daarom ook tijdens het daadwerkelijk geleden debiteurenrisico tot discussie kunnen leiden, want wat ziet toe op het onzakelijke deel en wat niet? De inspecteur moet deze vraag beantwoorden en zal daarbij per geval een hoop informatie moeten vergaren waaronder de vermogenspositie van de debiteur. Los van een juiste afweging van de feiten en omstandigheden denk ik dat de Belastingdienst gezien haar huidige capaciteit blij is met de overwegingen van de Hoge Raad.

Hoofdstuk 7 Conclusie

7.1 Samenvatting Cessna

7.1.1 Cessna in de inkomstenbelasting

In de inkomstenbelasting is het mogelijk om met behulp van het Cessna-criterium, ondanks de vrijheid van het ondernemersbeleid, te toetsen of in beginsel zakelijke uitgaven niet ook de persoonlijke belangen van een ondernemer dienen. Dit is het geval als de uitgaven in een wanverhouding staan tot het nut voor de onderneming. Deze wanverhouding is aanwezig als blijkt dat de hoogte van de uitgaven dusdanig hoog zijn dat geen redelijk denkend ondernemer deze uitgaven zou maken. Het Cessna-criterium is een instrument om een splitsing aan te brengen tussen ondernemingsfeer en persoonlijke sfeer. Waarbij het deel dat in de persoonlijke sfeer niet aftrekbaar is een onttrekking vormt.

7.1.2 Cessna in de vennootschapsbelasting

In de vennootschapsbelasting kunnen er onttrekkingen bestaan zonder dat deze tevens winstuitdelingen zijn. Dit is het geval indien er geen ten goede aan de aandeelhouder kan worden bewezen, maar de uitgaven wel onzakelijk zijn. Voor de vennootschapsbelasting is het alleen nodig om de onzakelijkheid van een uitgave vast te stellen. Dit doet de inspecteur door een persoonlijke behoeftebevrediging te veronderstellen. Om de persoonlijke behoeftebevrediging te veronderstellen is het wel noodzakelijk dat er een aandeelhoudersrelatie bestaat. Het renpaardenarrest sluit het Cessna 2-arrest niet uit. Naar mijn mening is het Cessna-criterium slechts bedoeld om vast te stellen of de uitgaven zakelijk zijn of niet. Het is een instrument van de inspecteur bij uitoefening van zijn onderscheidingsrecht, net als in de

¹⁷⁴ Vakstudienieuws, Lening, inclusief aangegroeide rente, is als geheel onzakelijk indien een derde alleen winstdelende rente zou hebben geaccepteerd, V-N 2011/63.10.

inkomstenbelasting. Je kan niet eerder vaststellen dan na toepassing van het Cessna-criterium en de zakelijkheidstoets of uitgaven ten behoeve van de aandeelhouder zijn gedaan of niet. In het renpaardenarrest is het Cessna-criterium ook toegepast door voor een deel een persoonlijke behoeftebevrediging te veronderstellen. Nu er een behoeftebevrediging wordt verondersteld is het aan de belastingplichtige om het tegendeel te bewijzen. Slaagt de belastingplichtige hier niet in dan is er voor de vennootschapsbelasting een niet aftrekbare onttrekking. Of die onttrekking ook een winstuitdeling is moet vervolgens worden getoetst, maar voor de vennootschapsbelasting is de onzakelijkheid uit het winstbegrip geëlimineerd.

7.1.3 Gevolgen voor aandeelhouder op grond van het Cessna criterium

Naar mijn mening is er sprake van een winstuitdeling als een vennootschap een uitgave doet waarvan de omvang dusdanig is dat deze in een wanverhouding staat ten opzichte van het nut waartoe zij zijn gedaan. Deze beslissing is ingegeven door louter persoonlijke motieven van de aandeelhouder, waardoor de vennootschap zijn hobby financiert die de aandeelhouder anders zelf zou financieren. Dan is er sprake van een winstuitdeling. De meerkosten zijn in principe zakelijk en daarom is het van belang dat duidelijk blijkt dat de uitgaven om louter persoonlijke motieven zijn gedaan. aan de bewustheid is voldaan middels het aantonen van een wanverhouding. Een wanverhouding vermoedt dat er een bewuste bevoordeling is gedaan en de hoogte van de meerkosten bepaalt tevens de hoogte van de verrijking.

7.2 Samenvatting onzakelijke lening

7.2.1 Onzakelijke lening

Om tot een onzakelijke lening te komen heeft de Hoge Raad een stappenplan gemaakt. Het is nodig om een onderscheid te maken tussen een geldlening en een kapitaalverstrekking. De hoofdregel die bij dit onderscheid wordt gehanteerd is de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking. Hierbij wordt met name gekeken naar de terugbetalingsverplichting van de debiteur om te bepalen of er sprake is van een lening in de zin van 7A:1791 BW. Op deze hoofdregel bestaan een drietal uitzonderingen, te weten: de bodemlozeputlening, schijnlening en deelnemerschapslening. In deze gevallen wordt de geldverstrekking opnieuw gekwalificeerd tot kapitaal. Nadat een geldlening is vastgesteld moet worden bepaald of de rente tussen de gelieerde partijen at arm's length is. Indien dit niet het geval is, moet een rente worden bepaald welke wel aan het arm's length beginsel voldoet. Daarbij moeten de voorwaarden welke partijen overeengekomen zijn in acht worden genomen. De Hoge Raad vindt dat indien een derde de lening niet wil verstrekken tegen dezelfde rente of voor een winstdelende rente dat

er sprake is van een onzakelijke lening op grond van BNB 2008/191. Dit wordt bepaald bij het aangaan van de lening. Middels een borgstellinganalogie wordt een rente bepaald die in aanmerking moet worden genomen.

7.2.2 Onzakelijke voorwaarden en onzakelijke vergoeding

Ik heb aangegeven dat er een verschil is tussen een lening met een onzakelijke vergoeding en een lening met onzakelijke voorwaarden. Er bestaat naar mijn mening spanning tussen deze twee met het sfeercriterium. Dit criterium bepaalt of het voor- of nadeel tot de winst behoort. Ik ben van mening dat door toepassing van het sfeercriterium de onzakelijke vergoeding behoort tot de winst van de onderneming en onzakelijke voorwaarden niet. Bij een prijsonzakelijke lening kan een correctie van de rente ertoe leiden dat het onzakelijk karakter van de lening wordt gecompenseerd. Bij de hoofdsomonzakelijke lening is het niet toestaan van het afwaarderingsverlies de at arm's length correctie. Het wanverhoudingscriterium uit het Cessna arrest kan niet op de rente correctie van toepassing zijn en daarom laat ik de prijsonzakelijke lening bij de verdere vergelijking buiten beschouwing.

7.2.3 Richting

Verschil met Cessna is dat de richting bij een onzakelijke lening ook omlaag kan zijn. Ik ben van mening dat het Cessna criterium niet kan gelden in de situatie voor uitgaven gedaan omlaag. De uitgaven kunnen dan niet kwalificeren als onttrekkingen omdat deze zien op de relatie tussen vennootschap en aandeelhouder en niet andersom.

7.2.4 Correcties

Bij een lening omhoog is het allereerst van belang om een onttrekking vast te stellen. De vervolgoets is nodig om te bepalen of er ook een winstuitdeling heeft plaatsgevonden. Een verschil met het Cessna – en renpaardenarrest is dat met het doen van de uitgaven er tegelijkertijd een verarming ter hoogte van de vennootschap is. Bij een onzakelijke lening is dat mijns inziens niet het geval omdat er ondanks het verlies een terugbetalingsverplichting blijft bestaan. Op het moment dat de crediteur de lening formeel kwijtscheldt of bij liquidatie kan er pas een verarming zijn. Naast het feit dat de vennootschap verarmt moet de aandeelhouder verrijken. Het verschil met Cessna is dat de meerkosten zien op bepaalde uitgaven die de persoonlijke behoefte van een aandeelhouder kunnen aantonen. Een onzakelijke lening ziet slechts op liquiditeiten die ten goede zijn gekomen aan de aandeelhouder. Daarom denk ik dat met het aantonen van de onzakelijke voorwaarden en een verarming ten tijde van liquidatie of formele

kwijtschelding, er al een winstuitdeling is. In de literatuur wordt met name gerept of het afwaarderingsverlies bij een lening omlaag wel of niet tot een ophoging van het voor de deelneming opgeofferde bedrag of de verkrijgingsprijs kan leiden. In deze situaties wordt er met het verlies uiteindelijk rekening gehouden.

Ik ben van mening dat verliezen bij een lening omlaag alleen dan niet in aftrek mogen komen als deze onder de deelnemingsvrijstelling vallen of als het informele kapitaalstorting zijn. De drie uitzonderingen, de zogenaamde verkapte kapitaalverstrekkingen, vallen onder de deelnemingsvrijstelling, artikel 13 lid 4 onderdeel b Wet Vpb 1969. Voor aanmerkelijk belanghouders is niet een bepaling in de inkomstenbelasting opgenomen die dergelijke uitzonderingen toeschrijven aan het aanmerkelijk belang. De onzakelijke lening is expliciet uitgesloten van deze drie uitzonderingen en kan als zodanig ook niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Van een informele kapitaalstorting is alleen sprake als de gelden definitief het vermogen van de aandeelhouder hebben verlaten. Met andere woorden er mag geen civielrechtelijke terugbetalingsverplichting bestaan. Mijns inziens is dat het geval bij liquidatie of formele kwijtschelding van de onzakelijke lening. Op dat moment mag voor een vennootschap het opgeofferde bedrag worden verhoogd en voor een aanmerkelijk belanghouder zijn verkrijgingsprijs.¹⁷⁵ Als het verlies niet onder de deelnemingsvrijstelling valt en geen informele kapitaalstorting is dan ben ik van mening dat het verlies aftrekbaar moet zijn.

Ook bij het aangaan een lening is een vermogensverschuiving nodig om tot een kapitaalstorting of winstuitdeling te komen. Deze moet tevens definitief zijn. Met andere woorden omdat er nog steeds een terugbetalingsverplichting bestaat van de debiteur heeft het geld het vermogen van de crediteur niet definitief verlaten. Daarnaast denk ik ook dat het lastig is om bij het aangaan van de lening een schatting te maken van de hoogte van de (informele) kapitaalstorting of (verkapte) winstuitdeling.

7.2.5 “indien en voor zover”

De overeenkomst tussen Cessna en onzakelijke lening is in mijn optiek dat beide zich in een grensgebied bevinden. Bij Cessna zijn het de gemengde uitgaven die noch volstrekt zakelijk noch volstrekt onzakelijk zijn, een onzakelijk lening betreft vermogen dat noch volstrekt vreemd vermogen is, noch

¹⁷⁵ J.H.M. Arts, de arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, MBB 2012 nr. 02, artikel 8b Wet Vpb 1969 schrijft voor dat het niet in aftrek toestaan van het verlies middels een corresponderende heffing bij de aandeelhouder moet plaatsvinden.

geherkwalificeerd vermogen. Het criterium “indien en voor zover” maakt (aanvankelijk) in beide leerstukken een onderscheid op basis van de persoonlijke behoeftebevrediging van de aandeelhouder. De uitgaven zijn verricht ten behoeve van de aandeelhouder en een redelijk denkend ondernemer zou die uitgaven niet gemaakt hebben. Bij de onzakelijke lening is de redelijk denkende ondernemer te vergelijken met een onafhankelijke derde. Daarmee bedoel ik dat het deel van het debiteurenrisico wat een onafhankelijke derde niet zou nemen ligt in de aandeelhouderssfeer. Praktische problemen liggen naar mijn mening ten grondslag aan het feit dat in de nieuwe arresten geen splitsing meer wordt gemaakt. Ik vind dat een mogelijke persoonlijke behoeftebevrediging van een aandeelhouder uit de winst gehaald moet worden, teneinde een zo zuiver mogelijk winstbegrip te creëren. Ondanks praktische bezwaren vind ik dat de Hoge Raad zich moet uitspreken over de gevolgen van een onzakelijke lening die zich op het raakvlak bevindt tussen vreemd -en geherkwalificeerd vermogen.

Jurisprudentie en literatuurlijst

Jurisprudentie

- HR 4 februari 1959, BNB 1959/111
- HR 31 augustus 1998, BNB 1998/336
- HR 5 oktober 1955, BNB 1955/348
- HR 28 februari 1973, BNB 1973/123
- HR 27 april 1960, BNB 1960/178
- HR 9 maart 1983, BNB 1983/202.
- HR 14 juli 2002, BNB 2002/290
- Hof 's Gravenhage 15 oktober 1968, BNB 1968/206.
- HR 7 oktober 1953, BNB 1953/272.
- LJN BM 1083, Gerechtshof Amsterdam, 07/00841
- HR 18 maart 1998, BNB 1998/159
- Hof 's Gravenhage, 2 juni 1998, VN 1998/54.13.
- HR 18 februari 1959, BNB 1959/124
- HR 30 december 1953, BNB 1954/61.
- HR 1 november 1989, BNB 1990/63 en 64.
- HR 18 oktober 2002, BNB 2003/44
- HR 28 mei 1969, BNB 1969/164
- Hof Den Bosch 21 januari 2004, VN 2004/23.1.3
- HR 31 december 1958, BNB 1959/67.
- HR 21 september 1994, BNB 1995/15.
- Hof 's Gravenhage 2 november 2004, FED 2004/703
- Hof Amsterdam 19 december 1995, VN 1996/1013.8.
- HR 21 september 1994, BNB 1995/16
- HR 2 december 1953, BNB 1954/22
- Hof Amsterdam 6 mei 2003, VN 2003/61.6.
- HR 8 maart 2002, BNB 2002/210
- Hof Amsterdam 6 juni 2000, 99/1444
- Hof 's-Gravenhage 19 december 2002, V-N 2003/20.1.3.
- HR 18 april 2008, BNB 2008/139.
- HR 25 januari 1995, BNB 1995/76
- Hof 's-Gravenhage, 4 mei 2004, NTFR 2004/1139.

- HR 5 februari 1997, BNB 1997/217.
- HR 22 oktober 1997, BNB 1998/64
- HR 11 november 2011, nr. 10/01366
- HR 4 mei 1983, BNB 1983/233.
- HR 4 september 1996, BNB 1997/42.
- HR 24 oktober 2003, BNB 2004/112.
- HR 8 juli 1997, BNB 1997/295
- HR 6 februari 1963, BNB 1963/99.
- HR 14 januari 1953, BNB 1953/55.
- Hof 's Gravenhage 27 mei 2003, VN 2003/42.1.11.
- HR 4 september 1996, BNB 1997/42
- HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.
- HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
- HR 8 september 2006, BNB 2007/104
- HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364
- HR 25 november 2011, nr. 10/05161
- Hof Amsterdam 25 januari 1973, BNB 1974/64.
- HR 25 november 2005, BNB 2006/82.
- HR 11 maart 1988, BNB 1988/208.
- HR 25 november 2011, nr. 08/05323
- Hof Arnhem 2 november 2010, nr. 10/00093
- HR 31 mei 1978, BNB 1978/252
- HR 9 maart 2012, nr. 10/04488
- Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26

Boeken

- L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, CB Inkomstenbelasting, Deventer Kluwer 2010.
- L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting 2001, Fiscale Hand- en Studietoeken, Kluwer Deventer, 2001, blz 91.
- Prof. J.E.A.M. van Dijck, Bundel Fiscale Miniaturen, Fed, Deventer 1978.
- S.A.W.J. Strik, N.H. de Vries, CB Vennootschapsbelasting, Deventer Kluwer 2009.
- P.J. Wattel, O.C.R. Marres, Dividendbelasting, Deventer Kluwer 2006
- J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken VPB, Deventer Kluwer 2010.
- J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Deventer Kluwer 2000
- P.G.H. Albert, Winstgemis, Lelystad, Koninklijke Vermande 1995
- J.G. Verseput, Totale winst in de vennootschapsbelasting 2004, Kluwer, Deventer

- N.H. de Vries, R.J. de Vries, CB, VPB, Gouda Quint 2003
- L.A. de Blieck, Algemene wet inzake rijksbelasting, Kluwer Deventer 2009

Artikelen

- Vakstudie Inkomstenbelasting 1964, commentaar op artikel 7 Wet IB 1964
- E. Aardema, bewijslastverdeling in de fiscale procedure, MBB 1996/7/8
- E. Aardema, de directeur-groootaandeelhouder zijn BV en de fiscus, 1989
- G.T.K. Meussen, Onttrekkingen in de vennootschapsbelasting, TFO 1995
- S.J.C. Hemels, Giftenaftrek; het fantoom van de vennootschapsbelasting, WFR 2003/60
- J.N. Bouwman, Cessna-kosten of niet voor lichamen onderworpen aan art 2 lid 5 Vpb, WFR 2002/6508
- J. Strien, Geen Cessnakosten bij kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting, Over reizen, veevoer, renpaarden en cessna's WFR 2003/1720
- P.G.H. Albert, het renpaardenarrest en de heffing van inkomstenbelasting, WFR 2003/1044.
- E.C.C.M. van Kemmeren, O.L.J. Nuijten, Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739
- D.Spieker, Rondje van of voor de zaak?, WFR 2008/1103
- R.P.F.M. Hafkenscheid, A.T.G.M. Hoskam, Transfer pricing in het Nederlandse belastingrecht, Deventer, FED 1998
- J.Ch.Caanan, Enige verkenningen rond de artikelen 8, 9 en 10 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, TFO 1997/120
- F.A. Engelen, R. van Scharrenburg, Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/705
- P.J.J.M. Peeters, De onzakelijke lening bij de crediteur: een term met verschillende betekenissen?!-Deel 3 At arm's length, WFR 2010/1580
- P.G.H. Albert, Onzakelijke lening: mag het minder gecompliceerd?, NTFR 2011/931
- E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen. Een nieuw fenomeen of oude wijn in nieuwe zakken, MBB 2008/nr.4.
- M.L. Molenaars, Het onzakelijkeleningenarrest van 9 mei 2008; een exegese
- W.F.E.M. Egelie, Onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, NTFR 2008/2375
- J.Ganzeveld H.Hoeve, Onzakelijke lening, de Hoge Raad als medewetgever, NTFR 2011/2910
- J.H.M. Arts, de arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, MBB 2012 nr. 02
- J.H.M. Arts, Verkapte kapitaalverstrekkingen vanaf 2007, WFR 2007/147 en Hoge Raad 3 april 1957, BNB 1957/165.
- W.F.E.M. Egelie, over lening met onzakelijk debiteurenrisico dient zowel debiteur als crediteur forfaitaire rente te worden berekend, NTFR 2010/2168.
- P.G.H. Albert, Is verlies op onzakelijke lening "omlaag" aftrekbaar? WFR 2008/1226.

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

-Vakstudienieuws, Lening, inclusief aangegroeide rente, is als geheel onzakelijk indien een derde alleen winstdelende rente zou hebben geaccepteerd, V-N 2011/63.10.