

VOORWOORD BIJ DE TWEEDE DRUK

Dit boek gaat over onzakelijke leningen. De onzakelijke lening is een fiscaal leerstuk dat geheel in de rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen. Het heeft zich tot een apart leerstuk ontwikkeld na het arrest HR 9 mei 2008, 43.849, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191. Dat wil zeggen als het dat is, want wat de onzakelijke lening betreft, bestaat over bijna alles verschil van mening, zelfs of het wel een apart fenomeen is. Specifieke regelgeving ontbreekt. Er is enkel rechtspraak. De belangrijkste rechtspraak wordt gevormd door de arresten HR 25 november 2011, 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37; 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BN4807, *BNB* 2012/38, en 10/04588, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB* 2012/78. Hierin geeft de Hoge Raad richtlijnen voor de behandeling van een onzakelijke lening van een aandeelhouder aan diens vennootschap.

Sinds de eerste druk van dit boek zijn er veel nieuwe arresten verschenen. Daarin heeft de Hoge Raad veel vragen beantwoord die bij het schrijven van de eerste editie van dit boek nog open stonden. Ook heeft de Hoge Raad in de sinds de eerste druk van dit boek verschenen arresten de contouren van het leerstuk van de onzakelijke leningen verhelderd. Zo heeft de Hoge Raad onder meer beslist wanneer bij een onzakelijke lening een kapitaalstorting plaatsvindt. Ook is nu duidelijk dat een onzakelijke lening opzij mogelijk is en dat het leerstuk van de onzakelijke lening ook geldt voor de terbeschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting in andere gevallen dan die van de verstrekking van een onzakelijke lening door een aandeelhouder aan een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Dat alles maakte een nieuwe druk van dit boek wenselijk.

Mijn opzet in dit boek is om door middel van een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad over onzakelijke leningen te komen tot een beschrijving van het leerstuk zoals het nu is, en van de toepassing ervan in diverse situaties. Ik ga daarbij uit van de uitleg zoals ik meen dat die aan de rechtspraak van de Hoge Raad gegeven moet worden. Dat is geen vaststaande uitleg. Ik ga echter niet steeds in op alle mogelijke andere interpretaties en standpunten die in de literatuur te vinden zijn. Ook de lagere rechtspraak op het gebied van onzakelijke leningen komt maar beperkt aan bod. De bedoeling van dit boek is niet om een uitputtend overzicht van de tot nu toe verschenen rechtspraak en literatuur over onzakelijke leningen te geven. Een bespreking van alle rechtspraak en literatuur die tot nu toe verschenen is, zou slechts tot een boek leiden van ongewenste omvang. Het zou ook niet beantwoorden aan mijn bedoeling met dit boek om de rode draad in de rechtspraak van de Hoge Raad weer te geven en zo bij te dragen aan heldere discussies over onzakelijke leningen in literatuur, rechtspraak en praktijk.

Ik beperk me in dit boek tot de fiscale behandeling van onzakelijke leningen in Nederland. Een rechtsvergelijkend hoofdstuk is niet opgenomen. Wie hierin geïnteresseerd is, verwijs ik naar de conclusie van A-G Wattel voor het arrest HR 25 november 2011, 10/05394, ECLI:NL:HR:2011:BR4813, *BNB* 2012/39.

In dit boek komen wel zo veel mogelijk aspecten van de fiscale behandeling van onzakelijke leningen in Nederland aan bod. Ik begin met de afbakening van het onderwerp: wat is de plaats van de onzakelijke lening in het systeem van de wet en hoe stel je vast dat een lening onzakelijk is? Om deze vragen te beantwoorden begin ik met een overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad die vanaf het arrest *BNB* 2008/191 tot aan het afsluiten van dit manuscript over de onzakelijke lening geweest is. Vervolgens probeer ik die rechtspraak te duiden. Daarbij komt de vraag aan de orde hoe de onzakelijke lening in het systeem van de wet moet worden geplaatst. Daarna ga ik in op de vraag hoe moet worden vastgesteld of een lening onzakelijk is: wat zijn de criteria voor de vaststelling dat een lening onzakelijk is en op wie rust daarbij de bewijslast? Als dan duidelijk is wanneer een lening onzakelijk is, behandel ik de afbakening van de onzakelijke lening ten opzichte van de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening.

Nadat ik de contouren van de onzakelijke lening afgebakend heb, ga ik in op de fiscale gevolgen ervan. Ik begin met te bespreken in hoeverre rente op een onzakelijke lening belastbaar en aftrekbaar is. Vervolgens ga ik in op de gevolgen van een onzakelijke lening voor de crediteur. Eerst behandel ik de fiscale gevolgen voor een aandeelhouder die ondernemer voor de inkomstenbelasting is. Daarna bespreek ik afzonderlijk de gevolgen voor crediteuren die aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, en voor crediteuren die voor de inkomstenbelasting aanmerkelijkbelanghouder zijn. Ik ga na welke gevolgen de niet-aftrekbaarheid van een verlies op een onzakelijke lening in diverse situaties heeft voor de crediteur. Ik behandel afzonderlijk de onzakelijke lening door een vennootschap aan haar aandeelhouder (de onzakelijke lening omhoog), de onzakelijke lening door een aandeelhouder aan zijn vennootschap (de onzakelijke lening omlaag) en de onzakelijke lening tussen zustermaatschappijen (de onzakelijke lening opzij).

Als vaststaat dat een lening onzakelijk is, heeft dit niet alleen fiscale gevolgen voor de crediteur; het kan ook fiscale gevolgen hebben voor de debiteur. De vraag is welke gevolgen dat dan zijn. Ik besteed daarom ook aandacht aan de gevolgen van een onzakelijke lening voor de heffing van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting van de debiteur.

Afzonderlijke aandacht behoeft de regresvordering uit hoofde van een door een aandeelhouder ten behoeve van zijn vennootschap aangegane borgtocht. Wordt de aandeelhouder door de hoofdschuldeiser aangesproken, dan is de vordering die hij op de vennootschap krijgt, veelal geheel of vrijwel geheel waardeloos. De vraag is dan of de aandeelhouder op die vordering voor de belastingheffing een aftrekbaar verlies mag nemen. Ik besteed aan de vraag zowel voor de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting aandacht. Voor de inkomstenbelasting speelt deze vraag in het bijzonder ingeval de aandeelhouder een aanmerkelijk belang heeft.

De inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting kennen diverse bijzondere regelingen bij omzetting van een vordering in aandelenkapitaal en bij kwijtschelding, overbrenging naar het buitenland en vervreemding van een vordering aan een met de cedent verbonden cessionaris. De vraag is hoe deze bepalingen moeten worden toegepast in geval van een onzakelijke lening. Ik behandel deze vraag zowel voor de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting.

Ik ga verder in op de vraag welke gevolgen een onzakelijke lening heeft in geval van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Het betreft de gevolgen bij een voeging of ontvoeging indien de te voegen of te ontvoegen dochtermaatschappij een onzakelijke lening heeft verstrekt aan of ontvangen van een andere maatschappij in de fiscale eenheid, en de gevolgen tijdens het bestaan van een fiscale eenheid.

Ook besteed ik aandacht aan de fiscale gevolgen van een onzakelijke lening indien een van beide partijen, debiteur of crediteur, niet in Nederland gevestigd is. In dit geval rijzen er vragen op het gebied van het internationaal belastingrecht. Een van de vragen is welke gevolgen een onzakelijke lening voor de toepassing van een belastingverdrag heeft.

Ten slotte besteed ik aandacht aan de mogelijkheden om onzakelijke leningen te vermijden en bestaande onzakelijke leningen te beëindigen.

In de tekst van dit boek heb ik rechtspraak, wetgeving en literatuur verwerkt tot 11 maart 2018. Met rechtspraak, wetgeving en literatuur van na die datum heb ik geen rekening meer gehouden.

dr. J.H.M. Arts

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord bij de tweede druk / V

Lijst met gebruikte afkortingen / XV

HOOFDSTUK 1

De ontwikkeling van het leerstuk van de onzakelijke lening / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Het certificaathoudersuitkooparrest, BNB 2008/191 / 2
- 1.3 De arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011 over de onzakelijke lening omlaag / 5
 - 1.3.1 De arresten van 25 november 2011 / 5
 - 1.3.2 HR 25 november 2011, 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, BNB 2012/37 / 6
 - 1.3.3 HR 25 november 2011, 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, BNB 2012/38 / 9
 - 1.3.4 HR 25 november 2011, 10/04588, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, BNB 2012/78 / 10
- 1.4 HR 13 januari 2012, 10/03654, ECLI:NL:HR:2012:BP8068, BNB 2012/79 / 14
- 1.5 De arresten van de Hoge Raad van 9 maart 2012 over onzakelijke leningen / 15
 - 1.5.1 De arresten van de Hoge Raad van 9 maart 2012 / 15
 - 1.5.2 HR 9 maart 2012, 10/04488, ECLI:NL:HR:2012:BV8175, BNB 2012/132 / 16
 - 1.5.3 HR 9 maart 2012, 11/01963, ECLI:NL:HR:2012:BV8199, BNB 2012/133 / 17
- 1.6 De arresten van de Hoge Raad van 1 maart 2013 over onzakelijke leningen / 19
 - 1.6.1 De arresten van de Hoge Raad van 1 maart 2013 / 19
 - 1.6.2 HR 1 maart 2013, 12/03088, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735, BNB 2013/148 / 20
- 1.7 HR 15 maart 2013, 11/02248, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, BNB 2013/149 / 21
- 1.8 De arresten van de Hoge Raad van 3 mei 2013 over onzakelijke leningen / 23
 - 1.8.1 De arresten van de Hoge Raad van 3 mei 2013 / 23
 - 1.8.2 HR 3 mei 2013, 11/03249, ECLI:NL:HR:2013:BW1971, BNB 2013/170 / 24
 - 1.8.3 HR 3 mei 2013, 12/04193, ECLI:NL:HR:2013:BZ9156, BNB 2013/171 / 25
- 1.9 HR 28 februari 2014, 12/03526, ECLI:NL:HR:2014:417, BNB 2014/98 / 27
- 1.10 HR 26 september 2014, 13/02261, ECLI:NL:HR:2014:2781, BNB 2015/12 / 30
- 1.11 HR 17 oktober 2014, 14/00955, ECLI:NL:HR:2014:2984, BNB 2015/13 / 31
- 1.12 HR 20 maart 2015, 13/05470, ECLI:NL:HR:2015:645, BNB 2015/141 / 31
- 1.13 HR 18 december 2015, 15/00942, ECLI:NL:HR:2015:3599, BNB 2016/38 / 34
- 1.14 HR 22 april 2016, 15/03701, ECLI:NL:HR:2016:703, BNB 2016/133 / 35
- 1.15 HR 16 september 2016, 15/03909, ECLI:NL:HR:2016:2079, BNB 2017/21 / 37
- 1.16 HR 14 oktober 2016, 16/01370, ECLI:NL:HR:2016:2340, BNB 2017/6 / 39
- 1.17 HR 6 oktober 2017, 16/04326, ECLI:NL:HR:2017:2549, BNB 2017/216 / 41

- 1.18 HR 8 december 2017, 17/02993, ECLI:NL:HR:2017:3076, BNB 2018/42 / 43
- 1.19 HR 5 januari 2018, 16/01047, ECLI:NL:HR:2018:2, BNB 2018/60 / 44
- 1.20 Samenvatting en conclusies / 48

HOOFDSTUK 2

De kwalificatie van de onzakelijke lening binnen het kader van de totale winst / 55

- 2.1 Inleiding / 55
- 2.2 De kwalificatie van de onzakelijke lening volgens de Hoge Raad / 55
 - 2.2.1 De kwalificatie van de onzakelijke lening voor de vennootschapsbelasting / 55
 - 2.2.2 De kwalificatie van de onzakelijke lening voor de inkomstenbelasting / 59
- 2.3 Een kritische beschouwing van de rechtspraak van de Hoge Raad over onzakelijke leningen / 63
- 2.4 Samenvatting en conclusie / 70

HOOFDSTUK 3

De vaststelling of een lening onzakelijk is / 75

- 3.1 Inleiding / 75
- 3.2 Het belang van de voorwaarden bij de beoordeling of een lening onzakelijk is / 76
 - 3.2.1 Algemeen / 76
 - 3.2.2 Voorwaarden en omstandigheden van een onzakelijke lening volgens de rechtspraak / 77
 - 3.2.3 Criteria bij de beoordeling of sprake is van een onzakelijke lening / 81
- 3.3 De verdeling van de bewijslast / 84
 - 3.3.1 Algemeen / 84
 - 3.3.2 De verdeling van de bewijslast met betrekking tot de vaststelling of een lening onzakelijk is / 85
- 3.4 De simultaanuitzondering / 87
- 3.5 Bijzondere omstandigheden / 88
- 3.6 De invloed van art. 8b Wet VPB 1969 op de bewijslastverdeling / 90
- 3.7 Conclusie / 92

HOOFDSTUK 4

De verhouding tussen onzakelijke leningen en verkapte kapitaalverstrekkingen / 95

- 4.1 Inleiding / 95
- 4.2 Verkapte kapitaalverstrekkingen / 96
 - 4.2.1 Hoofdregeel en uitzonderingen met betrekking tot de fiscale behandeling van geldleningen / 96
 - 4.2.2 Schijnleningen / 97
 - 4.2.3 Bodemlozeputleningen / 98
 - 4.2.4 Deelnemerschapsleningen / 98
- 4.3 Verkapte kapitaalverstrekkingen voor de vennootschapsbelasting / 100
- 4.4 Verkapte kapitaalverstrekkingen voor de inkomstenbelasting / 101
- 4.5 Conclusie / 104

HOOFDSTUK 5

De op een onzakelijke lening in aanmerking te nemen rente / 107

- 5.1 inleiding / 107
- 5.2 De bepaling van de op een onzakelijk lening in aanmerking te nemen rente / 108
- 5.3 De bij de debiteur van een onzakelijke lening aftrekbare rente / 111
- 5.4 Conclusie / 112

HOOFDSTUK 6

De gevolgen van een onzakelijke lening voor de crediteur / 113

- 6.1 Inleiding / 113
- 6.2 De gevolgen van een onzakelijke lening door een ondernemer voor de inkomstenbelasting / 114
- 6.3 De gevolgen van een verlies op een onzakelijke lening omlaag voor de vennootschapsbelasting / 116
 - 6.3.1 De gevolgen van de afwaardering / 116
 - 6.3.2 De gevolgen van een vervreemding, kwijtschelding of omzetting in kapitaal van de lening / 118
- 6.4 De gevolgen van een verlies op een onzakelijke lening omlaag voor de inkomstenbelasting / 125
 - 6.4.1 De gevolgen van de afwaardering / 125
 - 6.4.2 De gevolgen van een vervreemding, kwijtschelding of omzetting in kapitaal van de lening / 127
- 6.5 De gevolgen van de niet-aftrekbaarheid van het verlies op een onzakelijke lening omhoog / 128
- 6.6 Samenvatting en conclusies / 131

HOOFDSTUK 7

De gevolgen van een onzakelijke lening voor de debiteur / 133

- 7.1 Inleiding / 133
- 7.2 De gevolgen van een onzakelijke lening omlaag / 133
 - 7.2.1 De aftrek van rente op een onzakelijke lening omlaag / 133
 - 7.2.2 Kwijtschelding / 137
 - 7.2.3 Liquidatie van de vennootschap-debiteur / 138
- 7.3 De onzakelijke lening omhoog / 138
 - 7.3.1 De onzakelijke lening omhoog aan een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder / 138
 - 7.3.2 De onzakelijke lening omhoog aan een aanmerkelijkbelanghouder / 138
- 7.4 Samenvatting en conclusies / 139

HOOFDSTUK 8

De onzakelijke lening opzij / 141

- 8.1 Inleiding / 141

- 8.2 Wanneer is sprake van een onzakelijke lening opzij? / 141
- 8.3 De gevolgen van een onzakelijke lening opzij / 142
- 8.4 Samenvatting en conclusies / 144

HOOFDSTUK 9

De terbeschikkingstelling van een onzakelijke lening door een verbonden persoon / 147

- 9.1 Inleiding / 147
- 9.2 De terbeschikkingstelling van een onzakelijke lening door een met een aanmerkelijkbelanghouder verbonden persoon / 148
 - 9.2.1 Onzakelijke leningen aan een vennootschap door een met een aanmerkelijkbelanghouder verbonden persoon / 148
 - 9.2.2 De gevolgen van onzakelijke leningen aan een vennootschap door een met een aanmerkelijkbelanghouder verbonden persoon / 149
- 9.3 De ongebruikelijke terbeschikkingstelling van een onzakelijke lening aan een vennootschap / 154
 - 9.3.1 De ongebruikelijke terbeschikkingstelling van een lening aan een vennootschap / 154
 - 9.3.2 De gevolgen van een kwijtschelding of omzetting in kapitaal van een onzakelijke lening / 156
 - 9.3.3 De correctie van de rente op een onzakelijke lening / 158
- 9.4 De terbeschikkingstelling van een onzakelijke lening tussen natuurlijke personen / 159
- 9.5 Samenvatting en conclusies / 160

HOOFDSTUK 10

De onzakelijke borgstelling / 163

- 10.1 Inleiding / 163
- 10.2 De onzakelijke borgstelling voor de vennootschapsbelasting / 164
- 10.3 De onzakelijke borgstelling voor de inkomstenbelasting / 167
 - 10.3.1 De toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling bij een onzakelijke borgstelling / 167
 - 10.3.2 De ongebruikelijke terbeschikkingstelling door een onzakelijke borgstelling / 170
- 10.4 De gevolgen van een onzakelijke borgstelling / 172
 - 10.4.1 De in aanmerking te nemen vergoeding voor een onzakelijke borgstelling / 172
 - 10.4.2 Het verlies op een regresvordering uit hoofde van een onzakelijke borgstelling / 173
- 10.5 Samenvatting en conclusies / 174

HOOFDSTUK 11

Onzakelijke leningen en de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting / 177

- 11.1 Inleiding / 177
- 11.2 Waardering onderlinge vorderingen en schulden bij het aangaan van een fiscale eenheid / 177
- 11.3 Winstsplitsing tijdens het bestaan van een fiscale eenheid / 179

- 11.4 Waardering vorderingen en schulden bij beëindiging van een fiscale eenheid / 180
- 11.5 Onzakelijke leningen binnen een fiscale eenheid en de per-elementbenadering / 183
- 11.6 Samenvatting en conclusie / 185

HOOFDSTUK 12

De onzakelijke lening in internationale situaties / 187

- 12.1 Inleiding / 187
- 12.2 De verstrekking van een onzakelijke lening vanuit een vaste inrichting in het buitenland / 187
- 12.3 De onzakelijke lening van een buitenlandse aanmerkelijkbelanghouder aan een Nederlandse vennootschap / 190
- 12.4 Samenvatting en conclusies / 191

HOOFDSTUK 13

Het vermijden van een onzakelijke lening / 193

HOOFDSTUK 14

Samenvatting / 197

Schema om te bepalen of een lening aan een vennootschap onzakelijk is / 203

Jurisprudentieregister / 207

Trefwoordenregister / 213

HOOFDSTUK 1

De ontwikkeling van het leerstuk van de onzakelijke lening

1.1 Inleiding

De onzakelijke lening is als apart fiscaal leerstuk tot ontwikkeling gekomen na het arrest HR 9 mei 2008, 43.849, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191. Onzakelijke leningen bestonden uiteraard ook al voor dit arrest maar zij werden tot dan niet als een apart fenomeen beschouwd. Als basisarrest van de rechtspraak over onzakelijke leningen wordt beschouwd het arrest HR 8 december 1954, 11.999, *BNB* 1955/46, dat gewezen is voor de inkomstenbelasting.

Van oudsher geschiedde de fiscale behandeling van een onzakelijke lening volgens de leerstukken van de verkapte winstuitdeling en de informele kapitaalstorting zoals die in de loop der jaren in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Het is daarbij zaak scherp onderscheid te maken tussen enerzijds de verstrekking van de hoofdsom en anderzijds de voor de verstrekking van de hoofdsom te ontvangen vergoeding. Met betrekking tot de hoofdsom speelt de vraag hoe het verstrekte bedrag fiscaal moet worden gekwalificeerd: moet het voor de belastingheffing worden aangemerkt als kapitaal (verstrekking van eigen vermogen) of als een lening (verstrekking van vreemd vermogen)? Van de fiscale kwalificatie van het verstrekte bedrag hangt af hoe de voor de verstrekking ervan ontvangen of te ontvangen vergoeding fiscaal moet worden behandeld. Als de geldverstrekking fiscaal moet worden aangemerkt als een storting van kapitaal, moet de vergoeding daarvoor fiscaal worden behandeld als dividend. Moet zij worden aangemerkt als een lening, dan moet de vergoeding daarvoor fiscaal worden behandeld als rente. In dit geval moet de vergoeding zakelijk zijn, dat wil zeggen dat het percentage van op de lening verschuldigde rente in overeenstemming moet zijn met dat wat voor een lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden door onafhankelijke derden overeengekomen zou zijn. Het bepalen van een zakelijke rente op leningen tussen gelieerde lichamen of natuurlijke personen of tussen natuurlijke personen met een persoonlijke band is een vraagstuk op het gebied van transfer pricing oftewel verrekenprijzen. Is de feitelijk verschuldigde rente ten opzichte van een zakelijke rente te hoog of te laag, dan is het verschil een verkapte winstuitdeling of een informele kapitaalstorting. Wat het is, hangt af van de relatie tussen de debiteur en de crediteur. Het bijzondere van het leerstuk van de onzakelijke lening is dat voor de fiscale behandeling van de hoofdsom de vergoeding die voor de verstrekking ervan wordt betaald of zou moeten worden betaald, beslissend is. De regels voor transfer pricing bepalen of de verstrekte hoofdsom voor de belastingheffing als een onzakelijke lening

moet worden aangemerkt. Aldus vormen de drie leerstukken transfer pricing, verkapte winstuitdelingen en informele kapitaalstortingen het kader waarbinnen de onzakelijke lening moet worden geplaast. Binnen dit kader is de onzakelijke lening als afzonderlijk leerstuk tot ontwikkeling gekomen.

In dit hoofdstuk schets ik de ontwikkeling van het leerstuk van de onzakelijke lening aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad sinds het arrest *BNB 2008/191*. De arresten van de Hoge Raad vormen de enige basis voor het leerstuk. Specifieke wetsbepalingen en beleidsbesluiten over onzakelijke leningen zijn er niet. Het leerstuk is daardoor zeer casuïstisch. Aan de hand van de gewezen arresten moet de inhoud ervan worden bepaald. Ik bespreek daarom in dit hoofdstuk de belangrijkste arresten tot nu toe waarin de Hoge Raad het leerstuk van de onzakelijke lening vorm heeft gegeven. Om een goed inzicht te krijgen in de gedachtegang van de Hoge Raad heb ik bij elk arrest de feiten uitvoerig weergegeven. Ik begin mijn bespreking met het arrest *BNB 2008/191*.

1.2 Het certificaathoudersuitkooparrest, BNB 2008/191

Het arrest HR 9 mei 2008, 43.849, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB 2008/191*, is in de fiscale literatuur bekend geworden als het certificaathoudersuitkooparrest. Het ging in dit arrest om een onzakelijke lening omhoog (lening van een vennootschap aan haar aandeelhouder).

De omstreden leningen waren door de belanghebbende in het arrest, Beheer BV, aan de ontvanger ervan, Holding BV, verstrekt om de houders van certificaten van aandelen in twee vennootschappen uit te kopen. Deze vennootschappen waren Beheer BV en een andere vennootschap. Deze laatste vennootschap was de voormalige houdstermaatschappij van een groep. Beheer BV was de nieuwe houdstermaatschappij van de groep. Alle certificaathouders hadden certificaten van aandelen in beide vennootschappen. De certificaten werden gehouden door leden van twee families.

In 1995 werd besloten tot een reorganisatie van de groep. Een deel van de certificaathouders van beide vennootschappen wilde de participatie in de groep beëindigen; een deel wilde doorgaan. Om dit mogelijk te maken werd door leden van beide families Holding BV opgericht. Holding BV had als doel om certificaten op te kopen van certificaathouders die hun participatie in de groep wilden beëindigen.

Om de aankoop van de certificaten te financieren ontving Holding BV van Beheer BV leningen die werden geboekt in rekening-courant. Van de leningen werden geen schriftelijke overeenkomsten opgemaakt. Zekerheden werden niet verstrekt en waren ook niet gevraagd. De verschuldigde rente werd in de rekening-courant bijgeboekt. Aflossing van de leningen zou geschieden uit dividenden die Beheer BV zou ontvangen als houdstermaatschappij van de groep en die zij aan Holding BV zou doorgeven als houdster van certificaten van haar aandelen (de certificaten van aandelen Beheer BV die Holding BV inmiddels had opgekocht).

De schuld van Holding BV aan Beheer BV beliep eind 1999 f 12.509.550 en eind 2000 f 13.213.837. Gedurende de looptijd van de lening had Holding BV op haar schuld aan Beheer BV f 115.030 afgelost uit ontvangen dividenden.

In 2001 droeg Beheer BV haar vordering op Holding BV over aan de oorspronkelijke houdstermaatschappij van de groep voor f 6.205.400. Die vordering bedroeg toen nominaal f 13.198.000. Tegelijkertijd werden de aandelen Holding BV voor f 1,- verkocht.

Beheer BV had al in 1999 ten laste van haar winst voor de vennootschapsbelasting op de lening een voorziening getroffen van f 5.000.000. Deze was door de inspecteur bij de vaststelling van de aanslag aanvaard. In 2000 trof Beheer BV ten laste van haar winst voor de vennootschapsbelasting op de lening opnieuw een voorziening, nu van f 2.000.000. Deze werd door de inspecteur niet aanvaard en daarover ging de procedure.

Hof Amsterdam stelde de inspecteur in het gelijk. De Hoge Raad handhaafde de beslissing van het hof. Omdat de dragende overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest de basis vormen voor het hele leerstuk van de onzakelijke lening, geef ik deze hier letterlijk weer:

“3.4. Bij de beoordeling van de tegen dit oordeel (van het hof, HA) en de daaraan verbonden slotsom gerichte klachten moet het volgende worden vooropgesteld. Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht.

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

Het criterium voor een onzakelijke lening is te vinden in de tweede zin van rechtsoverweging 3.4: *“Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen.”* Het bijzondere fiscale gevolg van een onzakelijke lening is te vinden in de derde zin van rechtsoverweging 3.4: *“Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht.”* In rechtsoverweging 3.5 geeft de Hoge Raad aan waarom naar zijn oordeel in dit geval aan het criterium voor een onzakelijke lening is voldaan.

Maar hoe moeten we de tweede zin van rechtsoverweging 3.4 nu lezen? Is daarvan de kern: het aanvaarden van een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet op zich zou hebben genomen? Of is de kern: de bedoeling het belang van de aandeelhouder als zodanig te dienen en leidt de Hoge Raad uit het aanvaarden van een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet op zich zou hebben genomen, slechts die bedoeling af? In de eerste uitleg is het arrest baanbrekend; in de tweede uitleg is het weinig bijzonder. In deze laatste uitleg past het in een lange reeks arresten waarin de Hoge Raad heeft beslist dat een verlies dat een vennootschap lijdt enkel omwille van haar aandeelhouders, niet aftrekbaar is. Het verlies wordt dan niet geleden omwille van het winstdoel maar omwille van het winstverdelingsdoel van de vennootschap. Het betreft dan niet een verlies dat de vennootschap lijdt in haar streven naar winst maar enkel een verlies in het kader van de verdeling van haar winst onder de aandeelhouders. Ik noem hier onder meer de arresten: HR 2 december 1953, 11.414, *BNB* 1954/22, HR 21 september 1994, 29.199, *BNB* 1995/15, HR 21 september 1994, 29.356, *BNB* 1995/16, HR 8 maart 2002, 36.292, ECLI:NL:HR:2002:AB2852, *BNB* 2002/210 (het Cessna-arrest), HR 14 juni 2002, 36.453, ECLI:NL:HR:2002:AB2865, *BNB* 2002/290 (het renpaardenarrest), en HR 18 april 2008, 07/10035, ECLI:NL:HR:2008:BC9548, *BNB* 2008/139 (het Bentley's-arrest). Ikzelf heb het arrest *BNB* 2008/191 in de lijn van deze arresten gelezen. Ik heb er dan ook niet een opmerkelijk arrest in gezien.

Vakstudie Nieuws, *V-N* 2008/23.14, kiest in zijn commentaar voor de eerste uitleg en wijst daarbij op een eerder arrest, HR 14 maart 2001, 35.652, ECLI:NL:HR:2001:AB0518, *BNB* 2001/256, waarmee het arrest *BNB* 2008/191 in lijn zou liggen.

In het arrest *BNB* 2001/256 ging het om een stichting die optrad als verzekeraar van de pensioenen van de bestuurders van een BV, die ook 60% van de aandelen daarvan bezaten. De bestuurders waren tevens bestuurders van de stichting. In geschil was de afwaardering van een lening die de stichting aan de BV had verstrekt en waardeloos bleek, en de aftrek van de last als gevolg van een verbetering van de pensioenrechten van de bestuurders. Naar het oordeel van het hof was zowel de verstrekking van de lening als de verbetering van de pensioenrechten onzakelijk; noch het verlies op de lening noch de last was daarom voor de stichting aftrekbaar. De Hoge Raad liet dit oordeel van het hof in stand.

Hoewel het in dit geval ging om een stichting en niet om een BV, is ook het arrest *BNB* 2001/256 goed te plaatsen in de lijn van de niet-aftrekbare onttrekkingen. Zie in het bijzonder de arresten HR 21 september 1994, 29.199, *BNB* 1995/15, HR 21 september 1994, 29.356, *BNB* 1995/16. Ook bij stichtingen moet een onderscheid worden gemaakt tussen uitgaven ten behoeve van het winstdoel van de door de stichting gedreven onderneming en andere uitgaven. Uitgaven ten behoeve van de belanghebbenden bij de stichting, zoals in het arrest *BNB* 2001/256 de bestuurders, zijn niet aftrekbaar. Zij dienen het winstdoel van de onderneming van de stichting niet.

De meeste auteurs die het arrest *BNB* 2008/191 hebben becommentarieerd, gingen in dezelfde richting als het commentaar van Vakstudie Nieuws.¹ Ook zij zagen in het aanvaarden

1 Zie het overzicht in mijn artikel 'Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting', *WFR* 2009/921.

van een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet op zich zou hebben genomen, de kern van het arrest. Op grond van deze uitleg is in de fiscale literatuur een discussie ontstaan over de vraag wat de gevolgen waren van het arrest *BNB 2008/191*.² De vraag was met name of het arrest ook gold voor onzakelijke leningen van een aandeelhouder aan zijn vennootschap (onzakelijke lening omlaag). De lagere rechtspraak heeft dit voetstoots aangenomen. Voor- en tegenstanders keken met spanning uit naar de uiteindelijke beslissing van de Hoge Raad.

1.3 De arresten van de Hoge Raad van 25 november 2011 over de onzakelijke lening omlaag

1.3.1 De arresten van 25 november 2011

In drie arresten van 25 november 2011 heeft de Hoge Raad uiteindelijk zijn langverwachte oordeel over de onzakelijke lening omlaag gegeven. In die arresten heeft hij de lagere rechtspraak bekrachtigd.

Het belangrijkste van de drie arresten is HR 25 november 2011, 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*. Het arrest is gewezen voor de vennootschapsbelasting. In dit arrest zet de Hoge Raad uiteen welke fiscale gevolgen een onzakelijke lening omlaag voor de crediteur heeft. Verder geeft hij erin nadere richtlijnen voor de belastingheffing.

Het belang van het arrest HR 25 november 2011, 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, *BNB 2012/38*, schuilt in de beslissing dat een niet-aftrekbaar afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag voor de vennootschapsbelasting mag worden toegevoegd aan het opgeofferde bedrag voor de deelneming die de aandeelhouder-crediteur in de vennootschap-debiteur heeft.

In HR 25 november 2011, 10/04588, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB 2012/78*, wordt de beslissing in het arrest *BNB 2012/37* doorgetrokken naar de inkomstenbelasting. Ook een aanmerkelijkbelanghouder heeft geen recht op aftrek van een verlies dat hij lijdt op een onzakelijke lening aan zijn vennootschap. De onzakelijke lening valt wel onder de terbeschikkingstellingsregeling maar een verlies erop komt niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden. Wel mag het verlies worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang.

De Hoge Raad heeft op 25 november 2011 nog een vierde arrest gewezen dat betrekking had op een onzakelijke lening: HR 25 november 2011, 10/05394, ECLI:NL:HR:2011:BR4813, *BNB 2012/39*. In dit arrest ging het om een onzakelijke lening omhoog. De Hoge Raad heeft in deze procedure geen inhoudelijke beslissing gegeven maar het beroep in cassatie niet ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding. A-G Wattel heeft echter voor het arrest een conclusie genomen waarin hij naar aanleiding van de zaak uitgebreid ingaat op de bepaling van de rente op een onzakelijke lening en de behandeling van onzakelijke leningen in andere landen.

² Zie onder meer P.J.J.M. Peeters, 'De onzakelijke lening bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?!' (drie delen), *WFR* 2012/1510, 1544 en 1580 en D.E. van Sprundel en J. van Strien, 'Terugkeer naar Ithaka? De 'onzakelijke lening' bij de crediteur - deel 4', *WFR* 2011/490.

1.3.2 HR 25 november 2011, 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, BNB 2012/37

In het arrest *BNB 2012/37* waren de feiten als volgt. De belanghebbende was een BV die op 30 december 1999 een dochtermaatschappij oprichtte waarmee zij vanaf de oprichting een fiscale eenheid vormde. De BV verkocht en leverde aan haar dochtermaatschappij nog op dezelfde dag een effectenportefeuille voor een prijs van € 5.295.506. De koopprijs boekte zij als schuld in rekening-courant. De dochtermaatschappij was over die schuld een rente van 5% verschuldigd. De fiscale eenheid werd al na één dag, op 31 december 1999, weer beëindigd. Over 2000 en 2001 bleef de dochtermaatschappij de rente schuldig.

Op 20 februari 2001 zetten de BV en haar dochtermaatschappij de schuld in rekening-courant om in een geldlening. In de leningsovereenkomst maakten zij afspraken over aflossing, betaling van rente en het verstrekken van zekerheden. De lening moest in tien jaar worden afgelost. De rente bedroeg 5% en moest aan het einde van elk jaar worden betaald. Verder moest de dochtermaatschappij op eerste vordering van de BV een pandrecht vestigen op alle door haar gehouden effecten. Op 20 december 2001 werd zowel de feitelijke leiding van de BV als van haar dochtermaatschappij naar de Nederlandse Antillen verplaatst.

Tot en met 2000 waardeerde de BV de vordering op haar dochtermaatschappij op het nominale bedrag. In 2001 bracht zij een verlies van € 1.201.856 ten laste van haar winst voor de vennootschapsbelasting. Dit bedrag was gelijk aan het negatieve eigen vermogen van de dochtermaatschappij op het moment van de verplaatsing van de feitelijke leiding.

De inspecteur aanvaardde de aftrek van het verlies niet. Hij stelde dat de lening van de BV aan haar dochtermaatschappij een onzakelijke lening was en dat het verlies erop daarom niet aftrekbaar was. Hof Arnhem volgde de inspecteur in zijn standpunt.

De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof met betrekking tot de onzakelijkheid van de lening voldoende gemotiveerd.³ Vervolgens gaat hij in op de gevolgen van een onzakelijke lening voor de crediteur. De Hoge Raad onderscheidt daarbij twee aspecten:

1. de rente die voor de belastingheffing in aanmerking moet worden genomen;
2. de aftrekbaarheid van een afwaarderingsverlies.

Ad 1: de rente die voor de belastingheffing in aanmerking moet worden genomen

De Hoge Raad stelt voorop dat de onzakelijke lening niet een vierde uitzondering is op de in het arrest HR 27 januari 1988, 23.919, *BNB 1988/217*, geformuleerde hoofdregel dat een geldverstrekking die civielrechtelijk de vorm van een lening heeft, ook fiscaal als een lening, dat wil zeggen als een verstrekking van vreemd vermogen, wordt beschouwd.⁴ De onzakelijke lening heeft derhalve voor de belastingheffing de gevolgen van een verstrekking van vreemd vermogen.

Dit is met name van belang voor de belastbaarheid van de rente. De rente die op een onzakelijke lening in aanmerking moet worden genomen, vormt voor een crediteur die aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, winst. Die rente moet 'at arm's length'

³ De voorwaarden van de lening en het oordeel van het hof daarover worden besproken in § 3.2.2.1.

⁴ De Hoge Raad verwijst zelf in het arrest naar HR 24 mei 2002, 37.071, ECLI:NL:HR:2002:AE3171, *BNB 2002/231*. In dit arrest herhaalt de Hoge Raad de in het arrest HR 27 januari 1988, 23.919, *BNB 1988/217*, geformuleerde hoofdregel en de daarop in dat arrest gegeven uitzonderingen.

worden bepaald. Dit houdt in dat de voor de belastingheffing in aanmerking te nemen rente gelijk moet zijn aan de rente die voor een vergelijkbare lening tussen niet-gelieerde partijen overeengekomen zou zijn. Als de feitelijk verschuldigde rente hiervan afwijkt, moet die rente voor de belastingheffing op dat zakelijke niveau worden gesteld.

De bepaling van een zakelijke rente is om twee redenen van belang:

1. om vast te stellen of de lening onzakelijk is;
2. om vast te stellen welk bedrag als rente bij de crediteur belast is en bij de debiteur aftrekbaar.

Dit laatste geldt zowel voor een lening onder onzakelijke voorwaarden als voor een onzakelijke lening.

Een lening is volgens de Hoge Raad niet zonder meer onzakelijk als de overeengekomen rente onzakelijk is. Pas als voor de lening niet een zakelijke rentevoet kan worden bepaald, is deze onzakelijk. Een zakelijke rentevoet is de rentevoet waartegen de lening onder dezelfde voorwaarden, behoudens de overeengekomen rente, ook van een onafhankelijke derde had kunnen worden verkregen.

Kan voor de lening geen zakelijk rentepercentage worden vastgesteld zonder dat de lening feitelijk winstdelend wordt, dan loopt de crediteur daarmee een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet op zich genomen zou hebben. Er moet dan, behoudens bijzondere omstandigheden, van worden uitgegaan dat de lening onzakelijk is.

De Hoge Raad signaleert hier een probleem voor de ten behoeve van de belastingheffing in aanmerking te nemen rente. Wordt het zakelijke rentepercentage zo hoog vastgesteld dat de lening in feite winstdelend wordt, dan zou het karakter van hetgeen partijen overeengekomen zijn, worden aangetast.

De Hoge Raad komt vervolgens voor de bepaling van een zakelijke rente bij een onzakelijke lening met een vuistregel. De rente mag in dit geval worden bepaald alsof de lening die de concernvennootschap verstrekt, is opgenomen bij een derde met een borgstelling door die concernvennootschap. De Hoge Raad motiveert dit door erop te wijzen dat het debiteurenrisico dat de concernvennootschap met het verstrekken van de lening loopt, vergelijkbaar is met het risico dat zij zou lopen als zij zich voor een lening onder dezelfde voorwaarden jegens een derde borg had gesteld.

Ad 2: de aftrekbaarheid van een afwaarderingsverlies

Wat betreft de aftrekbaarheid van een afwaarderingsverlies, komt de Hoge Raad met een uitzondering op de regel dat een verlies op een vordering die voor de belastingheffing als een verstrekking van vreemd vermogen moet worden behandeld, van de winst aftrekbaar is. De Hoge Raad beslist dat in geval van een onzakelijke lening een verlies niet aftrekbaar is. Hij motiveert dit met een verwijzing naar het arrest *BNB 2008/191*. Het criterium voor een onzakelijke lening omlaag is of de aandeelhouder door de verstrekking van de lening een debiteurenrisico loopt dat een derde niet zou hebben genomen. Volgens de Hoge Raad moet alsdan *'behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap (de aandeelhouder-crediteur, HA) 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.'* Ik veronderstel dat de Hoge Raad met deze zin

bedoelt dat de aandeelhouder-crediteur dan zijn eigen belang als aandeelhouder of het belang van de (dochter)vennootschap dient.

Voor de grondslag van zijn beslissing dat het verlies op een onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar is, verwijst de Hoge Raad naar het arrest *BNB 2008/191*. Hieruit leid ik af dat de Hoge Raad een verlies op een onzakelijke lening omlaag als een onttrekking ziet. Een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag is daardoor dan op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 bij de aandeelhouder-crediteur niet aftrekbaar. In de visie van de Hoge Raad is het voor een aandeelhouder-crediteur die onderworpen is aan de vennootschapsbelasting, een verlies in de kapitaalsfeer. Ik wijs op de rechtsoverwegingen 3.3.5 en 3.3.6 waarin de Hoge Raad overweegt dat het debiteurenrisico met betrekking tot een onzakelijke lening in de kapitaalsfeer ligt.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad wordt niet duidelijk of een enkel als gevolg van afwaardering op een onzakelijke lening omlaag geleden verlies een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder-crediteur in de vennootschap-debiteur is. Uit de overweging dat het verlies op de lening een verlies is dat de crediteur in zijn hoedanigheid van aandeelhouder heeft aanvaard, zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad het afwaarderingsverlies als een informele kapitaalstorting in de vennootschap-debiteur ziet. In het arrest HR 15 maart 2013, 11/02248, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, *BNB 2013/149*, wordt aan de omstandigheid dat een aandeelhouder-crediteur een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag lijdt in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, de consequentie verbonden dat dat verlies voor de vennootschapsbelasting onder de deelnemingsvrijstelling valt. Dat geeft nog steeds geen antwoord op de vraag of het enkel door afwaardering op een onzakelijke lening omlaag geleden verlies een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder-crediteur in de vennootschap-debiteur is. Eerst in het arrest HR 28 februari 2014, 12/03526, ECLI:NL:HR:2014:417, *BNB 2014/98*, komt het antwoord. In dit arrest geeft de Hoge Raad een duidelijk antwoord op de vraag. Een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag is een informele kapitaalstorting door de aandeelhouder-crediteur in de vennootschap-debiteur maar pas op het moment waarop definitief komt vast te staan dat de lening niet meer terugbetaald zal worden. Tot dan is het op een onzakelijke lening omlaag door afwaardering geleden verlies voor de vennootschapsbelasting niet aftrekbaar omdat het onder de deelnemingsvrijstelling valt. Zie verder § 1.9 waarin het arrest *BNB 2014/98* besproken wordt.

Andere aspecten

De Hoge Raad gaat ten slotte nog in op de volgende drie vragen met betrekking tot onzakelijke leningen:

1. Op welk moment moet worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening?
2. Kan een lening gedeeltelijk zakelijk en gedeeltelijk onzakelijk zijn?
3. Moet de onzakelijkheid voor hoofdsom en schuldig gebleven rente afzonderlijk worden beoordeeld?

Met betrekking tot de eerste vraag beslist de Hoge Raad dat de onzakelijkheid moet worden beoordeeld naar het moment waarop de lening wordt verstrekt. Een lening die aanvankelijk zakelijk is, kan echter door onzakelijk handelen van de crediteur vanaf dat moment alsnog

onzakelijk worden. De Hoge Raad vult dit niet verder in. Ik veronderstel dat de Hoge Raad doelt op handelingen zoals het wijzigen van de voorwaarden of het achterstellen van de vordering ten opzichte van andere schuldeisers waardoor er geen derde meer te vinden is die de lening zou willen verstrekken. Een geval waarin een verstrekte lening gedurende haar looptijd mogelijk onzakelijk was geworden, was aan de orde in HR 1 maart 2013, 12/03088, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735, BNB 2013/148. Dit arrest wordt besproken in § 1.6.2.

Met betrekking tot de tweede vraag beslist de Hoge Raad expliciet dat de lening als geheel op haar zakelijkheid moet worden beoordeeld. Een lening mag voor de beoordeling van haar fiscale consequenties niet in een zakelijk en een onzakelijk deel worden gesplitst. De Hoge Raad geeft hiermee een duidelijke beslissing over een vraagpunt dat naar aanleiding van het arrest BNB 2008/191 was ontstaan. Het laat overigens onverlet de mogelijkheid om een onzakelijke lening civielrechtelijk in twee leningen te splitsen die elk op hun zakelijkheid moeten worden beoordeeld.

Met betrekking tot de derde vraag beslist de Hoge Raad dat een vordering ter zake van op een onzakelijke lening schuldig gebleven rente in beginsel eveneens onzakelijk is. Een verlies op die rentevordering is derhalve evenmin aftrekbaar.

De Hoge Raad acht blijkbaar – vanwege het gebruik van de woorden ‘in beginsel’ – uitzonderingen op die regel mogelijk. Dit zou zich kunnen voordoen wanneer met betrekking tot de schuldig gebleven rente een aparte overeenkomst wordt aangegaan, waarvan de voorwaarden wel als zakelijk zijn aan te merken.

Een vraag die zich ten slotte nog laat stellen is, op welke vordering van rente de Hoge Raad doelt: gaat het om de feitelijk overeengekomen rente of om de rente die voor de belastingheffing in aanmerking wordt genomen als gevolg van een correctie naar een zakelijk niveau? Het antwoord op deze vraag is te vinden in het arrest HR 15 maart 2013, 11/02248, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, BNB 2013/149, dat wordt besproken in § 1.7.

1.3.3 HR 25 november 2011, 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, BNB 2012/38

In het arrest BNB 2012/38 was de belanghebbende een Nederlandse vennootschap waarvan alle aandelen in handen waren van een aandeelhouder die woonde in Duitsland. De Nederlandse vennootschap bezat een deelneming in een Duitse GmbH waarin een horecaonderneming werd uitgeoefend. De echtgenote van de enige aandeelhouder van de Nederlandse vennootschap was bedrijfsleider van de onderneming. Zij verhuurde aan de GmbH het pand waarin de horecaonderneming gevestigd was.

De Nederlandse vennootschap was hoofdfinancier van de Duitse GmbH. Zij had aan deze vennootschap in 1998 een krediet met een maximum van f 700.000 verstrekt onder de volgende voorwaarden:

1. Over het opgenomen bedrag was jaarlijks een rente verschuldigd van 4%.
2. De eerste vijf jaar behoefde op de lening niet te worden afgelost. Daarna diende de lening te worden afgelost in jaarlijkse termijnen van f 70.000, waarvan de eerste op 31 december 2003 verviel.
3. In bepaalde in de overeenkomst genoemde gevallen was de lening direct opeisbaar.

Voor de lening waren geen borgtochten of andere zekerheden gevraagd en ook niet gesteld.

De GmbH had gedurende haar bestaan enkel verliezen geleden en was uiteindelijk in 2000 geliquideerd. De liquidatie werd in 2001 voltooid. De Nederlandse moedermaatschappij bleef daarbij zitten met een oninbare vordering van € 187.162. Zij wilde dit bedrag in 2001 als liquidatieverlies op haar deelneming in de GmbH ten laste van haar winst brengen.

Hof Arnhem stond de aftrek van het verlies niet toe. Naar het oordeel van het hof vormde het krediet een onzakelijke lening. Het verlies op de lening was daarom op grond van het arrest *BNB 2008/191* niet aftrekbaar. Het was ook niet een aftrekbaar liquidatieverlies op de deelneming. Omdat de lening niet was kwijtgescholden of op een andere wijze als kapitaal in de GmbH was ingebracht, kon het voor de deelneming opgeofferde bedrag niet met het bedrag van de lening worden opgehoogd. Daardoor kon het ook niet als liquidatieverlies op de deelneming in aftrek komen.

In cassatie werd het oordeel van het hof dat de lening onzakelijk was, niet bestreden. De Nederlandse vennootschap kwam in cassatie enkel op tegen het oordeel van het hof dat het verlies op de lening ook niet als bestanddeel van het liquidatieverlies op haar deelneming in de GmbH aftrekbaar was. De Hoge Raad oordeelde dat er diensgevolge in cassatie van moest worden uitgegaan dat de lening onzakelijk was. De Nederlandse vennootschap had dan het debiteurenrisico op de lening uit aandeelhoudersmotieven aanvaard. Dit bracht mee dat het verlies dat zij op de lening leed, moest worden toegevoegd aan het door haar voor de deelneming in de GmbH opgeofferde bedrag. De Nederlandse vennootschap kon daarom het verlies op de lening in 2001 als liquidatieverlies op haar deelneming ten laste van haar winst brengen. Om deze reden vernietigde de Hoge Raad de uitspraak van het hof.

De beslissing van de Hoge Raad houdt in dat een bedrag ter grootte van het op een onzakelijke lening omlaag niet-aftrekbare afwaarderingsverlies mag worden toegevoegd aan het door de moedermaatschappij voor haar deelneming opgeofferde bedrag. Uit het arrest *BNB 2014/98* volgt dat dit is omdat het door de moedermaatschappij op de lening geleden verlies een informele kapitaalstorting in de dochtermaatschappij is. De toevoeging aan het opgeofferde bedrag vindt, blijkens dat arrest, pas plaats op het moment waarop definitief komt vast te staan dat de lening niet zal worden terugbetaald. Het bedrag van de toevoeging hoeft niet gelijk te zijn aan het nominale bedrag van de vordering. Slechts voor zover het bedrag van de vordering niet wordt terugbetaald, is er een verlies dat aan het voor de deelneming opgeofferde bedrag kan worden toegevoegd. Het is dan op de voet van art. 13d Wet VPB 1969 als liquidatieverlies aftrekbaar in het jaar waarin na ontbinding de vereffening van het vermogen van de dochtermaatschappij is voltooid, mits ook de overige voor aftrek gestelde voorwaarden zijn vervuld.

1.3.4 HR 25 november 2011, 10/04588, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, BNB 2012/78

In het geval van het arrest *BNB 2012/78* bezat de belanghebbende samen met zijn echtgenote alle aandelen in Beheer BV. De man bezat 50,05% van de aandelen rechtstreeks; de vrouw de overige aandelen via een houdstermaatschappij. Beheer BV bezat 75% van de aandelen in een werkmaatschappij.

De man verstrekke een lening van € 165.240 aan Beheer BV. Hiervoor was hij op 26 augustus 2003 een lening van € 174.420 aangegaan bij de houdstermaatschappij van zijn