

VOORWOORD

Op 21, 24 en 28 maart 2017 heb ik een studiedag verzorgd voor de belastingadviseurs van Baker Tilly Berk NV over de onzakelijke lening. De voorliggende tekst is daarbij als studiemateriaal gebruikt. Een deel van de tekst is ontleend aan mijn bijdrage aan *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht* 134 van september 2014. De tekst is afgesloten op 30 maart 2017. Met jurisprudentie en literatuur die na die datum is verschenen, is dientengevolge geen rekening gehouden.

Philippe Albert

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

HOOFDSTUK 2

Eigen vermogen versus vreemd vermogen (kapitaal versus geldlening) / 3

HOOFDSTUK 3

Chronologisch overzicht van de jurisprudentie over de onzakelijke lening / 11

HOOFDSTUK 4

Definitie onzakelijke lening; is gelieerdheid van debiteur en crediteur vereist? / 15

HOOFDSTUK 5

Theoretische fundering van het leerstuk van de onzakelijke lening / 19

- 5.1 Waaron is het verlies op een onzakelijke lening omhoog van aftrek uitgesloten? / 20
- 5.2 Waaron is het verlies op een onzakelijke lening omlaag van aftrek uitgesloten? / 21
- 5.3 Combinatie van onzakelijke lening omhoog en omlaag / 21

HOOFDSTUK 6

Onder welke voorwaarden, feiten en omstandigheden vormt een lening een onzakelijke lening? / 23

- 6.1 Winstdelende rente / 23
- 6.2 Beoordelingsmoment / 25
- 6.3 Verdeling bewijslast / 26
- 6.4 Beoordelingsfactoren / 26
- 6.5 De lening als geheel vormt (g)een onzakelijke lening: dus geen splitsing van de lening in een zakelijk en onzakelijk deel / 30
- 6.6 Behoudens bijzondere omstandigheden / 30

HOOFDSTUK 7

De simultaanuitzondering (BNB 2013/170 en BNB 2014/98) / 35

HOOFDSTUK 8

De rente die op een onzakelijke lening in aanmerking moet worden genomen / 39

- 8.1 Borgstellingsanaloge rente (ODR-rente) / 39
- 8.2 Geldt de ODR-rente zowel voor de debiteur als de crediteur? / 39
- 8.3 Fiscale gevolgen als de debiteur niet tot betaling van de ODR-rente in staat is / 40
- 8.4 Beperking aftrek ODR-rente bij excessieve financiering met vreemd vermogen? / 41
- 8.5 Art. 13, lid 17, Wet VPB 1969 (belastbaarheid van het rentebestanddeel dat als verkapt dividend wordt beschouwd?) / 41
- 8.6 Beperking aftrek ODR-rente door art. 10b Wet VPB 1969 / 43
- 8.7 Art. 15 Successiewet 1956 (vormt rente lager dan 6% een schenking?) / 44

HOOFDSTUK 9

Tenietgaan van een onzakelijke lening / 45

- 9.1 Tenietgaan van een onzakelijke lening omlaag: informele kapitaalstorting / 45
- 9.2 Kwijtschelding van een onzakelijke lening omhoog: winstuitdeling? / 47
- 9.3 Tenietgaan van een onzakelijke lening opzij / 48
- 9.3.1 Winstuitdeling aan vader? / 50
- 9.3.2 Schenking van vader aan zoon? / 50
- 9.3.3 (Kwijtscheldings)winst voor debiteur Y? / 52
- 9.3.4 Verhoging van de verkrijgingsprijs van de aandelen Y (debiteur) voor zoon? / 53
- 9.3.5 Faillissement van de debiteur van een onzakelijke lening opzij / 54

HOOFDSTUK 10

Overdracht van een onzakelijke lening en overdracht van aandelen in de debiteur of crediteur van een onzakelijke lening / 57

- 10.1 Overdracht van een onzakelijke lening aan een onafhankelijke derde / 58
- 10.2 Overdracht van een onzakelijke lening aan een gelieerde partij / 59
- 10.3 De aandelen in de crediteur van de onzakelijke lening worden verkocht aan een onafhankelijke derde / 61
- 10.4 De aandelen in de crediteur van de onzakelijke lening worden verkocht aan een gelieerde vennootschap / 64
- 10.5 De aandelen in de debiteur van de onzakelijke lening worden verkocht aan een onafhankelijke derde / 64
- 10.6 De aandelen in de debiteur van de onzakelijke lening worden verkocht aan een gelieerde partij / 67

HOOFDSTUK 11

Capita selecta / 71

- 11.1 Valutare resultaten op een onzakelijke lening / 71

- 11.2 ‘Wegstrepren’ rekening-courantschuld / 72
- 11.3 Onzakelijke leningen en de Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen / 74
- 11.4 Onzakelijke lening en (ont)voeging (art. 15ab-6 en 15aj-2 Wet VPB 1969) / 77
- 11.5 Toepassing liquidatieverliesregeling (art. 13d Wet VPB 1969) / 79

HOOFDSTUK 12

Evaluatie van de onzakelijke lening / 83

- 12.1 Onzakelijke lening omhoog / 83
- 12.2 Onzakelijke lening omlaag / 85
- 12.3 Het verzet en de weerstand in de literatuur tegen de onzakelijkeleningjurisprudentie / 87
- 12.4 Waarom heeft het leerstuk van de onzakelijke lening zo lang op zich laten wachten? / 89

HOOFDSTUK 13

De onzakelijke TBS-vordering / 91

- 13.1 Leningen die onder art. 3.91 Wet IB 2001 vallen / 91
- 13.1.1 Leningen die onder art. 3.91-1a Wet IB 2001 vallen / 92
- 13.1.2 Leningen die onder art. 3.91-1b Wet IB 2001 vallen / 93
- 13.1.3 Leningen die onder art. 3.91-3 Wet IB 2001 vallen / 93
- 13.2 Leningen die onder art. 3.92 Wet IB 2001 vallen / 94
- 13.2.1 Leningen die onder art. 3.92-1a Wet IB 2001 vallen / 94
- 13.2.2 Leningen die onder art. 3.92-1b Wet IB 2001 vallen / 98
- 13.2.3 Leningen die onder art. 3.92-3 Wet IB 2001 vallen / 98

HOOFDSTUK 14

Een onzakelijke lening die tot het IB-ondernemingsvermogen behoort / 101

HOOFDSTUK 15

Garantstellingen / 105

- 15.1 Aandeelhouder (natuurlijke persoon) stelt zich borg voor een banklening van zijn ab-vennootschap / 105
- 15.2 Moedervenootschap stelt zich borg voor een banklening van dochtervennootschap / 109
- 15.3 403-verklaring / 110
- 15.4 Vennootschap stelt zich borg voor een banklening van haar aandeelhouder / 111
- 15.5 Hoofdelijke aansprakelijkheid voor concernkredietfaciliteit (BNB 2013/109) / 111

Over de auteur / 113

HOOFDSTUK 1

Inleiding

In dit boek staat het leerstuk van de onzakelijke lening centraal. Eerst zal ik in hoofdstuk 2 enkele opmerkingen maken over het verschil tussen eigen en vreemd vermogen, of preciezer geformuleerd, tussen kapitaal en geldlening.¹ Daarna volgt in hoofdstuk 3 een historisch overzicht van de jurisprudentie over de onzakelijke lening. Ik noem alle arresten van de Hoge Raad die betrekking hebben op een onzakelijke lening, waarbij ik in enkele regels de kern van elk arrest vermeld. In hoofdstuk 4 is de definitie van onzakelijke lening opgenomen. In hoofdstuk 5 bespreek ik de theoretische fundering van het leerstuk van de onzakelijke lening. In hoofdstuk 6 komt de vraag aan de orde hoe moet worden bepaald of een lening onzakelijk is: aan welke eisen moet een lening voldoen om het predicaat 'onzakelijk' te krijgen? Een onzakelijke lening is veelal een lening tussen gelieerde partijen. Maar hoe zit het als de aandeelhoudersrelatie en de crediteur/debiteur-relatie op (bijna) hetzelfde moment in samenhang ontstaan? Die vraag komt in hoofdstuk 7 aan de orde (de simultaanuitzondering). Nadat is vastgesteld dat een lening onzakelijk is, rijst de vraag wat de gevolgen van die onzakelijkheid zijn voor de rente. In hoofdstuk 8 wordt ingegaan op de rente die de debiteur en crediteur van een onzakelijke lening in aanmerking moeten nemen. Hoofdstuk 9 is gewijd aan de fiscale gevolgen van het tenietgaan van een onzakelijke lening. Het is denkbaar dat er een einde komt aan de gelieerdheid tussen de debiteur en crediteur, vóórdat de onzakelijke lening door aflossing of kwijtschelding tenietgaat. Of de onzakelijke lening daardoor het predicaat 'onzakelijk' verliest, daar gaat hoofdstuk 10 over. In hoofdstuk 11 ('Capita selecta') ga ik in op de samenloop tussen een onzakelijke lening en enkele andere thema's (zoals toepassing van de liquidatieverliesregeling, (ont)voeging en valutaresultaten). In hoofdstuk 12 evalueer ik de onzakelijkeleningjurisprudentie. Alle hiervoor genoemde paragrafen hebben betrekking op de vennootschapsbelasting. In hoofdstuk 13 en 14 ga ik in op de onzakelijke lening in de inkomstenbelasting, dat wil zeggen in de sfeer van de terbeschikkingstellingsregeling en winst uit onderneming. In hoofdstuk 15 komt een enigszins verwant aspect van de onzakelijke lening aan de orde: borgstellingen en garanties (zowel voor de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting).

1 Vergelijk J.W. Rompen, 'Geldverstrekkingen: drie arresten, een brief en een verzoek', *NTFR artikel* 2014/13, voetnoot 16.

HOOFDSTUK 2

Eigen vermogen versus vreemd vermogen (kapitaal versus geldlening)

Voor de heffing van vennootschapsbelasting is van groot belang of een geldverstrekking het karakter van eigen vermogen (kapitaal) heeft of dat van vreemd vermogen (geldlening). Zowel voor de verstrekker van het geld als voor de ontvanger. Wanneer sprake is van eigen vermogen (kapitaal) is de vergoeding die de ontvanger aan de vermogensverstrekker betaalt, niet aftrekbaar. Voor de vermogensverstrekker zal de vergoeding in het algemeen onder de deelnemingsvrijstelling vallen en dus onbelast blijven. Wanneer daarentegen sprake is van vreemd vermogen (geldlening) is de vergoeding die de ontvanger aan de vermogensverstrekker betaalt, aftrekbaar (afgezien van eventuele renteaftrekbeperkingen) en voor de vermogensverstrekker belastbaar.

Civilrechtelijke vorm

Het verschil in fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen betekent dat moet worden vastgesteld of een geldverstrekking als eigen vermogen (kapitaal) wordt aangemerkt dan wel als vreemd vermogen (geldlening). In het standaardarrest over de onzakelijke lening – HR 25 november 2011, *BNB* 2012/37 – overweegt de Hoge Raad (in r.o. 3.3.1):

“Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civilrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt in drie gevallen uitzondering, te weten:

1. indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen,
2. indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar, en
3. ingeval – kort gezegd – de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar de uitlener reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald (onder meer HR 24 mei 2002, nr. 37071, *LJN* AE3171, *BNB* 2002/231).

Het past niet in het wettelijk systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt.”

Geldlening

De hoofdregel is dat de civilrechtelijke vorm van de geldverstrekking beslissend is. Maar wanneer vormt een geldverstrekking civilrechtelijk een geldlening? En wanneer civilrechtelijk een kapitaalstorting? In HR 8 september 2006, nr. 42 015, *BNB* 2007/104, overwoog de Hoge Raad:

“Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervenootschap zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening. (...)’s Hofs uitspraak en de stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat aan de onderhavige geldverstrekking voor de ontvanger een terugbetalingsverplichting is verbonden, en dat het ten tijde van de geldverstrekking niet was te voorzien dat het nimmer tot terugbetaling zou komen. Dit brengt mee dat deze geldverstrekking moet worden beschouwd als een lening, en bijgevolg niet kan worden aangemerkt als een bijeenbrengen van kapitaal in de zin van de Wet op belastingen van rechtsverkeer.”

Het arrest werd gewezen voor de kapitaalsbelasting, maar met Daniëls (*BNB 2007/104*) meen ik dat het arrest evenzeer geldt voor de vennootschapsbelasting. In punt 2 van zijn noot wijst Daniëls op een arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad, te weten HR 29 november 2002, *NJ 2003*, 50. In dit arrest overwoog de Hoge Raad (r.o. 3.4.5):

“Onderdeel 2.1 klaagt dat het Hof art. 7A:1791 BW heeft geschonden omdat een overeenkomst waarin een verplichting tot terugbetaling afhankelijk wordt gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis, rehtens niet als een overeenkomst van geldlening kan worden aangemerkt. (...) Onderdeel 2.1 faalt reeds omdat voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW voldoende is dat een verplichting tot teruggave bestaat. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan.”

Behalve de aanwezigheid van een terugbetalingsverplichting, worden aan vreemd vermogen wel de volgende kenmerken toegedicht:¹

- recht op een vaste (rente)opbrengst (die vóórgaat op een eventuele dividenduitkering);
- bevoorrechte positie ten opzichte van aandeelhouders bij faillissement;
- afwezigheid van zeggenschap.

Men kan zich afvragen of de drie laatstgenoemde kenmerken een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of een geldverstrekking (civiel- en fiscaalrechtelijk) vreemd vermogen (een geldlening) vormt. In de tot nu toe gewezen fiscale jurisprudentie blijft, als ik het goed zie, de beoordeling of een geldverstrekking die zich als geldlening aandient, beperkt tot de vraag of er een terugbetalingsverplichting bestaat. Ik kom hierop nog terug onder het kopje ‘kapitaal’.

Als de ontvanger van een geldverstrekking een terugbetalingsverplichting heeft, vormt de geldverstrekking, zoals opgemerkt, *civielrechtelijk* een lening (*BNB 2007/104*). De geldverstrekking vormt ook fiscaalrechtelijk een lening, tenzij sprake is van een deelnemerschaplening of een bodemlozeputlening (*BNB 2012/37*). Een *deelnemerschaplening*

¹ G.J. Hesselberth & J. Grabar, ‘Fiscale herkwalficatie van eigen in vreemd vermogen’, *WFR 2013/628* (par. 3).

en een bodemlozeputlening vormen informeel kapitaal.² Een deelnemerschapslening is een lening waarbij aan elk van de volgende drie voorwaarden is voldaan:

1. de vergoeding voor de lening is vrijwel geheel afhankelijk van de winst;
2. de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers;
3. de schuld heeft geen vaste looptijd (of een looptijd van meer dan 50 jaar) en is slechts opeisbaar bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie. Zie HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82.

Een geldverstrekking vormt een *bodemlozeputlening* indien en voor zover het de geldverstrekker/aandeelhouder op het moment van de geldverstrekking duidelijk moet zijn geweest dat aan de (uit die lening voortvloeiende) vordering (voor een gedeelte) geen waarde toekomt, omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet (ten volle) zal kunnen worden terugbetaald (HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217). Een bodemlozeputlening vormt voor de debiteur fiscaal eigen vermogen (informeel kapitaal). Een verlies op een bodemlozeputlening vormt voor de crediteur (aandeelhouder) een negatief deelnemingsvoordeel (niet aftrekbaar).

Kapitaal

Zoals uit *BNB* 2012/37 (hierboven geciteerd) blijkt, is voor de vraag of een geldverstrekking als (fiscaal) vreemd of (fiscaal) eigen vermogen geldt, in beginsel de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking beslissend. Er is civielrechtelijk sprake van een geldlening als er een terugbetalingsverplichting bestaat. Maar wanneer is er civielrechtelijk sprake van een kapitaalstorting? Bij afwezigheid van een terugbetalingsverplichting? In HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB* 2014/80, overwoog de Hoge Raad het volgende (de cursivering is van mij, P.A.):

“3.4.2. Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedervenootschap aan haar dochtervenootschap voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Voor het geval dat naar de civielrechtelijke vorm sprake is van een geldlening heeft de Hoge Raad in een aantal arresten (zie onder meer HR 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37) drie uitzonderingsgevallen op deze regel geformuleerd. In het onderhavige geval gaat het om de vraag of in het omgekeerde geval, waarin naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld niet sprake is van een geldlening, maar van verschaffing van kapitaal op aandelen in de zin van artikel 2:175 en artikel 2:178 BW, ook uitzonderingen op de hoofdregel gelden.

3.4.3. Bij vereffening van een besloten vennootschap doet de vereffenaar krachtens artikel 2:23b BW pas uitkeringen aan de aandeelhouders nadat de schulden van de schuldeisers zijn afgelost. Verder hielden de in het onderhavige jaar van toepassing zijnde wettelijke bepalingen inzake de kapitaalbescherming (voor de besloten vennootschap met name de artikelen 2:207, 2:209 en 2:216 BW) – zakelijk weergegeven – in dat aan een aandeelhouder pas uitkeringen kunnen worden gedaan – zowel winstuitkeringen als terugbetalingen op het aandelenkapitaal – indien het beschikbare vermogen daartoe toereikend is. *Uit deze regelingen volgt dat (achtergestelde) schuldeisers in rangorde voorgaan op alle aandeelhouders, ook op de aandeelhouders*

2 In *BNB* 2012/37 (r.o. 3.3.1) noemt de Hoge Raad nog een derde uitzondering: de schijnlening “indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen”). Het komt mij voor dat de schijnlening geen uitzondering is, omdat een schijnlening volgens mij civielrechtelijk evenmin als lening zal worden erkend. Ik wijs op r.o. 3.2.2 van HR 19 december 2008, nr. 44 041, *NFR* 2008/2491: “Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel dient te worden vooropgesteld dat de juridische kwalificatie van een overeenkomst wordt bepaald door de inhoud van die overeenkomst en niet door de naam die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven.”

die preferent zijn. Na de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012 geldt voor de besloten vennootschap een andere kapitaalbescherming, met name artikel 2:216 BW. Ook deze regeling beoogt, zij het op een andere wijze, te voorkomen dat aan aandeelhouders uitkeringen worden gedaan die ten koste gaan van de crediteuren van de vennootschap. *Een en ander* – in verbinding met het bepaalde in artikel 2:23b, lid 1, BW – *houdt in dat het door aandeelhouders aan een vennootschap verschafte kapitaal als risicodragend is te beschouwen, dat wil zeggen aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap*. Dat karakter gaat niet verloren in gevallen waarin de aandeelhouder, zoals in het onderhavige geval, de mogelijkheid heeft na enkele jaren de kapitaalverschaffing aan de vennootschap te beëindigen en die kapitaalverschaffing in een aantal opzichten – zoals wat betreft de door de geldgever te ontvangen vergoeding – gelijkenis vertoont met een geldlening. Daarom zal in geval waarin naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld sprake is van het verstrekken van aandelenkapitaal daarvan ook voor de toepassing van de hiervoor in 3.4.1 bedoelde bepalingen van de Wet moeten worden uitgegaan. De Hoge Raad ziet geen reden tot een ander oordeel te komen indien in een zodanig geval ten tijde van de storting van het kapitaal het risico dat dit kapitaal daadwerkelijk zal worden aangesproken voor de betaling van schulden verwaarloosbaar lijkt en daardoor, in zoverre, nauwelijks verschil bestaat tussen die kapitaalstorting en het verstrekken van een geldlening. Het maken van een uitzondering op de hoofdregel afhankelijk van de mate van risico zou tot rechtsonzekerheid leiden over de vraag waar bij naamloze en besloten vennootschappen de grens moet worden getrokken tussen het verstrekken van risicodragend kapitaal en het verstrekken van een geldlening.”

Bij de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking die zich aandient als een *geldlening*, speelt de positie van de geldverstrekker ten opzichte van aandeelhouders bij ontbinding (faillissement) van de vennootschap (tot nu toe) geen rol (enkel de terugbetalingsverplichting is van belang; zie *BNB 2007/104*, hierboven geciteerd). Daarentegen speelt de positie van de geldverstrekker ten opzichte van aandeelhouders bij ontbinding (faillissement) van de vennootschap wel een rol bij de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking die zich aandient als *kapitaal* (zie de hierboven geciteerde r.o. 3.4.3).³ Omgekeerd lijkt de terugbetalingsverplichting geen rol te spelen bij de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking die zich aandient als *kapitaal* (zie de hierboven geciteerde r.o. 3.4.3). Rompen schrijft:⁴ “Er bestaan hybride instrumenten uitgegeven door vennootschappen waarbij is bepaald dat de houders van die hybride instrumenten in rangorde gelijk staan of zelfs zijn achtergesteld bij houders van preferente aandelen uitgegeven door die vennootschappen.” Hoe moet zo'n hybride instrument fiscaal worden gekwalificeerd: als geldlening of als kapitaal? Marres bespreekt de vraag of een verplicht converteerbare lening een geldlening vormt of kapitaal.⁵

Keuzevrijheid bij de financiering van een deelneming

In r.o. 3.6 van HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB 2014/80*, overweegt de Hoge Raad:⁶

“In het systeem van de Wet ligt besloten dat een belastingplichtige keuzevrijheid heeft bij de financiering van een vennootschap waarin zij deelneemt. Benutting van die keuzevrijheid vormt, mede in aanmerking genomen de strekking van de deelnemingsvrijstelling, geen handelen in strijd met doel en strekking van de Wet.”

Als een geldverstrekking civielrechtelijk kapitaal resp. een geldlening vormt, is fiscale kwalificatie tot vreemd vermogen (geldlening) resp. tot eigen vermogen (kapitaal) niet

3 Zie punt 4 en 5 van de noot van Marres bij HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *FED 2014/38* (= *BNB 2014/80*).

4 J.W. Rompen, 'Geldverstrekkings: drie arresten, een brief en een verzoek', *NIFR artikel 2014/13*, par. 4.

5 Zie punt 6 van zijn noot bij HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *FED 2014/38* (= *BNB 2014/80*).

6 De Hoge Raad heeft de keuzevrijheid herbevestigd in zijn arrest van 8 juli 2016, nr. 15/00194, *NIFR 2016/1857*, *BNB 2016/197* (r.o. 2.6.3).

mogelijk op grond van *fraus legis*. Zoals hierboven aan de orde kwam, wordt een civielrechtelijke geldlening onder omstandigheden fiscaalrechtelijk wel als (informeel) kapitaal aangemerkt (deelnemerschapslening en bodemlozeputlening). Die fiscale kwalificatie vindt niet plaats op basis van *fraus legis*, maar op basis van wat ik gemakshalve aanduid als 'substance over form'. Omgekeerd kan (civielrechtelijk) kapitaal fiscaalrechtelijk nimmer als geldlening (vreemd vermogen) worden aangemerkt, niet op grond van *fraus legis* en evenmin op grond van 'substance over form'. Wat dit laatste aspect betreft (geen economische 'substance' boven civielrechtelijke 'form'), verwijs ik naar de tweede helft van r.o. 3.4.3 van *BNB* 2014/80 (hierboven geciteerd onder het kopje 'kapitaal'). Marres wijst erop dat de keuze van de Hoge Raad (inhoudende dat civielrechtelijk kapitaal fiscaalrechtelijk altijd als kapitaal wordt erkend) 'het ongerijmde gevolg [voorkomt] dat een kapitaalverstrekker fiscaal als crediteur zou worden aangemerkt, terwijl een geldverstrekker die hoger in rang is (namelijk de verstrekker van een deelnemerschapslening) als kapitaalverstrekker zou worden aangemerkt'.⁷

Doornebal heeft erop gewezen dat de consequentie van de (civielrechtelijke) benadering van de Hoge Raad is dat vermogensverstrekkingen die in economisch opzicht identiek zijn, een verschillende fiscale kwalificatie ten deel kan vallen.⁸ Doornebal geeft het volgende voorbeeld:

- Een moedermaatschappij verstrekt € 1 miljoen aan haar dochtermaatschappij tegen uitreiking (door de dochter) van € 1 miljoen nominaal cumulatief preferente aandelen met een dividend van 6% per jaar. Bij de emissie komen moeder en dochter overeen dat de aandelen na verloop van 10 jaar voor de nominale waarde door de dochter zullen worden ingekocht, waarbij de dochter dan tevens eventueel achterstallig dividend zal uitkeren.
- Een moedermaatschappij verstrekt € 1 miljoen aan haar dochtermaatschappij in de vorm van een achtergestelde lening met een looptijd van 10 jaar en een jaarlijkse rente van 6%. In de jaren waarin de dochter verlies lijdt, mag de rentebetaling worden uitgesteld tot een later winstjaar, met dien verstande dat de achterstallige rente uiteindelijk aan het einde van de looptijd moet worden voldaan.

In het eerste geval (cumulatief preferente aandelen) is sprake van eigen vermogen (kapitaal). In het tweede geval (achtergestelde lening) is sprake van vreemd vermogen, omdat niet is voldaan aan de criteria voor een deelnemerschapslening (HR 25 november 2005, nrs. 40 989 resp. 40 991, *BNB* 2006/82 resp. 83). Vanuit economisch oogpunt is er geen relevant verschil tussen beide vermogensverstrekkingen en zullen ze beide als vreemd vermogen worden geduid.

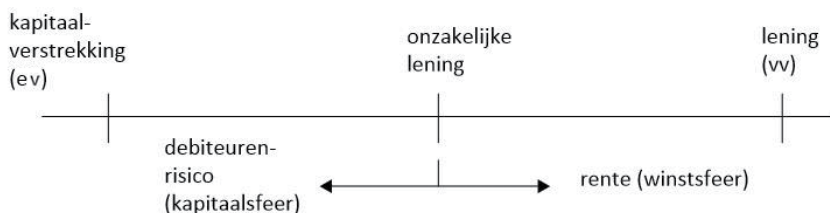
Onzakelijke lening: een hybride figuur

In hoofdstuk 4 zal de definitie van een onzakelijke lening aan de orde komen. Op deze plaats volstaat de opmerking dat een onzakelijke lening een hybride figuur is: de onzakelijke lening bevindt zich tussen de bodemlozeputlening (informeel kapitaal) en een lening die tussen onafhankelijke derden is afgesloten (vreemd vermogen). De rente op een onzakelijke lening

⁷ Zie punt 7 van zijn noot bij HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *FED* 2014/38 (= *BNB* 2014/80).

⁸ J. Doornebal, 'Eigen vermogen en vreemd vermogen: (geen zinvol onderscheid?', in: *Strik(t) fiscaal? Opstellen aangeboden aan mr.dr.s. S.A.W.J. Strik*, Deventer: Kluwer 2014, p. 67.

is belastbaar (voor de crediteur) en aftrekbaar (voor de debiteur). Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening is voor de crediteur niet aftrekbaar, omdat het debiteurenrisico dat de crediteur op zich heeft genomen, geheel verklaard moet worden uit de gelieerde verhoudingen (zich in de kapitaalsfeer bevindt). In schema:



In hoofdstuk 5 zal het verschil tussen een (onzakelijke) lening omhoog en omlaag aan de orde komen. Een lening 'omlaag' is een lening die een vennootschap verstrekt aan haar (klein)dochtermaatschappij. Een lening 'omhoog' is een lening die een vennootschap verstrekt aan haar aandeelhouder of aan een zustermaatschappij. De fiscale toets van een lening omlaag begint met de beoordeling of de lening een bodemlozeputlening vormt. De fiscale toets van een lening omhoog begint met de beoordeling of de lening een onttrekking (winstuitdeling) vormt. In zijn arrest van 29 oktober 2004, nr. 40 296, *BNB 2005/64*, overwoog de Hoge Raad:⁹

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

BNB 2005/64 (onttrekking) vormt dus de tegenhanger van de bodemlozeputlening (informeel kapitaal). In HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, *BNB 2015/141*, heeft de Hoge Raad het verschil bevestigd tussen een onzakelijke lening en een lening die op het moment van het verstrekken al als een onttrekking moet worden beschouwd:¹⁰

“Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, is sprake van een onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten (vgl. HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, *ECLI:NL:HR:2004:AR4761*, *BNB 2005/64*). Voor het in aanmerking nemen van een onttrekking, zal de inspecteur feiten (en omstandigheden) aannemelijk moeten maken waaruit volgt dat deze lening niet kan of zal worden afgelost en de vennootschap en aandeelhouder zich daarvan bewust waren of hadden moeten zijn.

Van de hiervoor genoemde situatie moet worden onderscheiden het geval waarin een vennootschap aan haar aandeelhouder een geldlening verstrekt (zonder dat op dat moment aannemelijk is dat de lening niet kan of zal worden afgelost) waarbij geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken aan de aandeelhouder, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. In een dergelijk geval moet worden verondersteld dat bij die

9 *NTRF 2004/1670*. Vergelijk eventueel ook HR 11 juli 2008, nr. 43 898, *NTRF 2008/1365*, *V-N 2008/40.16* (art. 81 RO).

10 *NTRF 2015/1083*.

leningverstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen (een zogeheten onzakelijke lening).”

HOOFDSTUK 3

Chronologisch overzicht van de jurisprudentie over de onzakelijke lening

Als is vastgesteld dat een geldverstrekking vreemd vermogen vormt (zie hoofdstuk 2), is de betaalde vergoeding (rente) aftrekbaar¹ en voor de ontvanger belastbaar. Een afwaardering van het verstrekte vreemd vermogen (omdat het slecht gaat met de debiteur) is voor de crediteur aftrekbaar, tenzij het gaat om een onzakelijke lening. In dat geval is de afwaardering niet aftrekbaar. De theoretische fundering van de niet-aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening komt in hoofdstuk 5 aan de orde. Eerst vermeld ik de tot nu toe gewezen jurisprudentie van de Hoge Raad over de onzakelijke lening, althans voor zover de arresten iets nieuws brengen.

*HR 8 december 1954, BNB 1955/46** (met noot van Smeets): een IB-ondernemer had een vordering op zijn zoon vanwege aan die zoon verrichte leveranties en diensten. De Hoge Raad overwoog “dat ingeval een bel.pl. binnen het raam van het door hem uitgeoefende bedrijf om redenen, welke zakelijken grondslag missen, ten behoeve van iemand leveranties doet of diensten verricht, wetende dat diens financiële toestand van dien aard is, dat de vordering tot de voor de leveranties of diensten bedongen betaling dubieus is, het den belastingpl. wel vrij staat die vordering in zijn bedrijfsvermogen op te nemen, doch niet om de afschrijvingen, welke op die vordering moeten worden toegepast, ten laste van de winst te brengen; dat toch, wijl de bel.pl. om redenen aan de bedrijfsdoeleinden vreemd het risico heeft aanvaard, dat de vordering niet zal worden voldaan, de waardevermindering en het uiteindelijk onvoldaan blijven van de vordering voor zijn persoonlijk risico behoren te komen, zodat in de op de vordering toegepaste afschrijvingen en de eventuele algehele afboeking daarvan tevens een onttrekking aan het bedrijfsvermogen tot uitdrukking komt”.

*HR 14 maart 2001, BNB 2001/256c** (met noot van Essers):² belanghebbende, een VPB-plichtige pensioenstichting, verstrekke een achtergestelde geldlening van f 1 miljoen aan een BV die in grote financiële problemen verkeerde. De drie bestuurders van de pensioenstichting (tevens enige pensioengerechtigden) hadden samen (middellijk) 60% van de aandelen in de BV (debiteur). De pensioenstichting mocht het afwaarderingsverlies op de geldlening niet ten laste van haar fiscale winst brengen.

1 Voorzover de rente niet onzakelijk hoog is en niet onder een renteaftrekbepanking valt (zoals art. 10a Wet VPB 1969).

2 *NTFR 2001/419*.

*HR 9 mei 2008, BNB 2008/191** (met noot van Albert):³ belanghebbende verstrekte een lening van ruim f 10 miljoen aan een overnameholding (de overnameholding had 23% van de aandelen in belanghebbende). De Hoge Raad verklaarde het afwaarderingsverlies (in navolging van Hof Arnhem) op de (onzakelijke) lening omhoog niet aftrekbaar. De Hoge Raad overwoog: “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.”

*HR 25 november 2011, BNB 2012/37c** (met noot van Albert):⁴ het basisarrest over de onzakelijke lening. De Hoge Raad verklaart het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag (een onzakelijke lening aan een dochtermaatschappij) niet aftrekbaar, hij preciseert wanneer er sprake is van een onzakelijke lening en hij geeft aan hoe de hoogte van de rente van een onzakelijke lening moet worden bepaald.

*HR 25 november 2011, BNB 2012/38c** (met noot van Albert):⁵ wanneer de debiteur van een onzakelijke lening omlaag wordt geliquideerd, verhoogt het afwaarderingsverlies het voor de deelneming (debiteur) opgeofferde bedrag.

*HR 25 november 2011, BNB 2012/78c** (met noot van Heithuis):⁶ de Hoge Raad verklaart het basisarrest over de onzakelijke lening (*BNB 2012/37*) van overeenkomstige toepassing op een TBS-vordering (art. 3.92 Wet IB 2001). De kwijtschelding van een onzakelijke lening (door een aandeelhouder/natuurlijke persoon aan zijn ab-vennootschap) vormt een informele kapitaalstorting. De informele kapitaalstorting verhoogt de verkrijgingsprijs van de ab-aandelen.

*HR 13 januari 2012, BNB 2012/79c** (met noot van Heithuis):⁷ de inspecteur moet bewijzen dat een lening een onzakelijke lening vormt; de feitenrechter komt veel vrijheid toe bij de beoordeling van de vraag of de inspecteur in zijn bewijs is geslaagd. (Het arrest heeft betrekking op een TBS-vordering.)

*HR 9 maart 2012, BNB 2012/132**⁸ de overeengekomen rente is niet van belang voor de beoordeling van de vraag of een lening een onzakelijke lening vormt.

3 NTFR 2008/902.

4 NTFR 2011/2722.

5 NTFR 2011/2723.

6 NTFR 2011/2834.

7 NTFR 2012/471.

8 NTFR 2012/682.