Terugkeer naar Ithaka? De 'onzakelijke lening' bij de crediteur – deel 4[1]

Mr. D.E. van Sprundel en dr. J. van Strien[2]

Met naschrift van drs. P.J.J.M. Peeters.

1 Inleiding

Met genoegen hebben wij geconstateerd dat de redactie van het Weekblad een drieluik heeft gewijd aan het belangrijke onderwerp 'onzakelijke leningen'. Dit drieluik is geschreven door de heer Peeters.[3] Hoewel Peeters en wij op veel punten tot – vrijwel – dezelfde conclusies komen, hebben wij toch een aantal in onze optiek belangrijke opmerkingen bij zijn drieluik en bij het vraagstuk inzake de kwalificatie en gevolgen van onzakelijke leningen. We hebben ernaar gestreefd zo weinig mogelijk in herhaling te vallen. Omdat wij de bijdrage als een zelfstandig leesbaar document wensen te presenteren, ontkomen wij er echter niet aan bepaalde stukken kernachtig samen te vatten.

In deze bijdrage zullen we ons beperken tot de ons inziens meest essentiële punten. We hebben hiertoe ons eigen – in onze optiek eenvoudiger – toetsingskader ontwikkeld. Allereerst geven we een antwoord op de belangrijkste rechtsvraag, namelijk die van de kwalificatie van de geldverstrekking (onderdeel 2). In onderdeel 3 bespreken we de belangrijke aandachtspunten van een geldlening met onzakelijke voorwaarden en in onderdeel 4 besteden wij aandacht aan de ophoging van het opgeofferd bedrag door kwijtschelding, verjaring en inbreng van de vordering. Alvorens af te sluiten met onze slotconclusies en aanbevelingen (onderdeel 6) gaan we nog kort in op de conclusie van A-G Wattel van 14 juli 2010 (onderdeel 5). In deze bijdrage staan centraal de gevolgen voor de vennootschapsbelasting van onzakelijke leningen op het niveau van de crediteur.[4]

'Bij de kwalificatie van een geldverstrekking gaat het om de vraag of deze als kapitaalstorting moet worden beschouwd dan wel als lening'

1 *Het vierde deel van 'De Odyssee' is getiteld 'Terugkeer naar Ithaka' en omdat de heer Peeters reeds drie delen heeft gepubliceerd over de onzakelijke lening vanuit het perspectief van de crediteur, zijn we zo vrij geweest dit deel als deel 4 aan te duiden. Verder is de titel gekozen omdat Odysseus koning van Ithaka was en terugkeerde en ook wij keren deels terug – zij het wat minder rigoureus dan ten tijde van Odysseus – naar de basisjurisprudentie zoals hieronder zal worden toegelicht.*

2 *D.E. van Sprundel is werkzaam als Senior Manager Tax bij Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en daarnaast verbonden als wetenschappelijk medewerker/promovendus aan het Fiscaal Economisch Instituut van de Faculteit der Economische Wetenschappen, Erasmus Universiteit Rotterdam. J. van Strien is als Senior Manager Tax werkzaam bij het Bureau Vaktechniek van Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.*

3 *P.J.J.M. Peeters, 'De 'onzakelijke lening' bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?!, Deel 1 – Openstaande rechtsvragen', WFR 2010/1510, 'Deel 2 – Beoordelingskader', WFR 2010/1544, en 'Deel 3 – At arm's length', WFR 2010/1580.*

4 *We laten in deze bijdrage eventuele valutaproblematiek, inclusief waardemutaties door valutaschommelingen, buiten beschouwing.*

2 Kwalificatie geldverstrekking

2.1 Kwalificatie geldverstrekking: totaalwinstvraagstuk

Bij de kwalificatie van geldverstrekkingen tussen gelieerde partijen en bij de correctie van onzakelijke voorwaarden van geldleningen tussen deze partijen gaat het om de vaststelling van de omvang van de totaalwinst.[5] Bij de kwalificatie van een geldverstrekking gaat het om de vraag of deze als kapitaalstorting[6] moet worden beschouwd en daardoor de totaalwinst niet kan beïnvloeden, dan wel als lening waardoor de totaalwinst wel kan worden beïnvloed. Wij zijn van mening dat deze vraag eerst moet worden beantwoord, alvorens de (on)zakelijkheid van de voorwaarden van een geldverstrekking aan de orde kan komen. Wellicht ten overvloede merken wij op dat ook indien een geldverstrekking de vorm heeft van een lening als gevolg van onzakelijke voorwaarden van deze lening, sprake kan zijn van (eenmalige of jaarlijkse) kapitaalstortingen of onttrekkingen.[7]

2.2 Kwalificatie geldverstrekking: kapitaal of geldlening

Peeters hanteert voor de beoordeling van een geldverstrekking een tienstappenplan. Hoewel wij ons in veel stappen kunnen vinden, zullen wij – om het overzicht niet te verliezen in het veelvoud van stappen – zijn stappenplan simplificeren en ons op de volgende twee toetsen concentreren. Toets 1: dient de geldverstrekking te worden aangemerkt als geldlening of als kapitaal?; en toets 2: als sprake is van een geldlening, in hoeverre kunnen de overeengekomen voorwaarden dan als onzakelijk worden aangemerkt en wat zijn hiervan de gevolgen?

Bij het uitvoeren van toets 1 fungeert *BNB* 1988/217[8] als basisarrest. Dit arrest bevat de hoofdregel dat bij de beoordeling van een geldverstrekking 'als regel een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen'. Voor het beantwoorden van de vraag wanneer in civielrechtelijke zin sprake is van een geldlening is van belang hetgeen in Titel 14, Boek 7A BW is bepaald inzake de overeenkomst van verbruiklening, in het bijzonder in art. 7A:1791-1800 BW.[9] Hieruit kan worden afgeleid dat voor de aanwezigheid van een geldlening in civielrechtelijke zin van beslissende betekenis is of sprake is van een terugbetalingsverplichting.[10]

Indien is vastgesteld dat een geldverstrekking de civielrechtelijke vorm van een geldlening heeft, geldt dus als hoofdregel dat deze geldverstrekking ook fiscaalrechtelijk als geldlening moet worden aangemerkt. In *BNB* 1988/217 besliste de Hoge Raad echter dat deze hoofdregel drie uitzonderingen kent waarbij een geldverstrekking met de civielrechtelijke vorm van een geldlening voor de belastingheffing wordt geherkwalificeerd tot kapitaal, te weten:
- de schijnlening;
- de deelnemerschapslening; en
- de bodemloze-putlening.

Uit *BNB* 2001/364[11] volgt ons inziens dat deze uitzonderingen limitatief zijn.[12]

5 *Dit betekent dat hierbij het bepaalde in art. 8 Wet VPB 1969, jo. art. 3.8 Wet IB 2001 en art. 8b Wet VPB 1969 relevant is en niet het bepaalde in art. 8 Wet VPB 1969, jo. art. 3.25 Wet IB 2001. De totaalwinst van een onderneming kan kort worden omschreven als: eindvermogen minus beginvermogen plus onttrekkingen minus kapitaalstortingen. Als wij het goed begrijpen toetst Peeters eerst de zakelijkheid van de voorwaarden van de geldverstrekking en daarna (opnieuw) de aard van de geldverstrekking. Zoals we hieronder nader zullen toelichten, achten wij deze volgorde niet geheel zuiver. Overigens ziet stap negen van het tienstappenplan van Peeters op goed koopmansgebruik, zie deel 2, onderdeel 2 van Peeters' bijdrage.*

6 *Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen als een dochtermaatschappij een bedrag 'ter leen verstrekt' aan haar moedermaatschappij ('lening omhoog') en het 'geleende' bedrag het vermogen van de dochtermaatschappij definitief verlaat omdat geen sprake is van enige verplichting tot terugbetaling. De geldverstrekking heeft dan de kwaliteit van een onttrekking.*

7 *Een belangrijke eigenschap van kapitaalstortingen en onttrekkingen is immers dat het gaat om vermogensverschuivingen met een blijvend karakter. Met andere woorden: het betreffende vermogen moet definitief het vermogen van de crediteur of de debiteur hebben verlaten.*

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

9 *Zie in dit verband mede A.C. van Schaick, Bijzondere overeenkomsten, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en wedden (Asser-serie deel 5-IV), par. 6 (Verbruikleen van geld (geldlening), blz. 24, Deventer: Kluwer 2004 (zesde druk). In min of meer gelijke zin: R. Snoeij en G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ('perpetual')', WFR 2010/644.*

10 *Zie HR 29 november 2003, nr. C01/011HR, r.o. 3.4.5, NJ 2003, 50: '(...) voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW (is) voldoende (...) dat een verplichting tot teruggave bestaat. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan.' In dezelfde zin voor de heffing van kapitaalsbelasting: HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104. In gelijke zin Peeters in deel 3, onderdeel 3.*

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

12 *Vergelijk J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (FM nr. 119), blz. 71, Deventer: Kluwer 2007.*

Indien een van deze drie uitzonderingen zich voordoet, is fiscaal bezien de facto sprake van verstrekking van kapitaal met als gevolg dat de rentestroom wordt geherkwalificeerd tot een dividendstroom. Voorts kunnen eventuele waardeverminderingen van de geldverstrekking niet door de crediteur in aftrek worden gebracht (indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is) en (indien van toepassing) wordt het voor de desbetreffende deelneming opgeofferde bedrag verhoogd met het bedrag van de geldverstrekking. Op het moment dat geen van deze drie uitzonderingen zich voordoet, dan is sprake van een 'echte' geldlening vanuit fiscaal perspectief. Hierdoor worden (behoudens voor zover correcties wegens onzakelijkheid noodzakelijk zijn) rentebaten belast en zijn rentelasten aftrekbaar – behoudens specifieke aftrekbeperkingen – en kunnen eventuele waardeverminderingen van de geldverstrekking in beginsel door de crediteur in aftrek worden gebracht.[13]

2.3 Geldlening met onzakelijke voorwaarden: zakelijk of onzakelijk

Indien uit toets 1 volgt dat een geldverstrekking kan worden aangemerkt als een 'echte' geldlening, dan wordt vervolgens toets 2 toegepast en bezien of aan deze geldlening een of meer onzakelijke voorwaarden zijn verbonden die niet tussen onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen. Eventuele onzakelijke elementen dienen vervolgens te worden gecorrigeerd. Overigens kan de constatering van een of meer onzakelijke voorwaarden in onze optiek niet alsnog tot herkwalificatie van een geldverstrekking in de civielrechtelijke vorm van een geldlening tot kapitaal leiden. Peeters ziet dit echter anders zoals we in onderdeel 3.3 nader zullen toelichten.
In de jurisprudentie veel voorkomende onzakelijke condities van leningen zijn:
- een te hoge of een te lage rentevergoeding; en
- het ontbreken van (voldoende) zekerheid ten behoeve van de crediteur.

Aangezien een geldlening zich niet in de kapitaalsfeer maar in de winstsfeer bevindt, hebben dergelijke onzakelijke voorwaarden gevolgen voor de winstbepaling van crediteur en debiteur. Is sprake van een onzakelijke rente, dan dient ingevolge art. 8 Wet VPB 1969, jo. art. 3.8 Wet IB 2001 en art. 8b Wet VPB 1969 zowel bij de crediteur als bij de debiteur voor de winstbepaling te worden uitgegaan van een zakelijke rente en dient het verschil met de feitelijk overeengekomen rente te worden aangemerkt als winstuitdeling of informeel kapitaal; zie bijvoorbeeld *BNB* 1978/252.[14] Is sprake van onvoldoende zekerheid ten behoeve van de crediteur, dan kan deze een hieruit voortvloeiende afwaardering van de geldverstrekking niet ten laste van zijn winst brengen; vergelijk *BNB* 2008/191.[15] Hierna gaan wij nog nader in op deze correctiemechanismen.

Een onzakelijke lening ex *BNB* 2008/191[16] is ons inziens een 'gewone' lening, ondanks het feit dat een eventuele waardevermindering niet ten laste van de winst van de crediteur kan komen. Een herkwalificatie van een geldverstrekking met de civielrechtelijke vorm van een lening tot kapitaal kan immers alleen plaatsvinden bij toets 1 en niet bij toets 2. Uit onderdeel 6 van de conclusie[17] van A-G Wattel van 14 juli 2010[18] volgt dat deze5 benadering niet nieuw is. Dit blijkt bijvoorbeeld uit *BNB* 2001/256.[19] Hoewel *BNB* 2008/191 vele pennen in beweging heeft gebracht,[20] brengt dit arrest – behoudens (wellicht) wat duidelijker bewoordingen

13 *De gevolgen van toepassing van de renteaftrekbeperkingen van art. 10a e.v. Wet VPB 1969 blijven hier onbesproken.*

14 *HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.*

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

16 *Het zou overigens beter zijn om een dergelijke lening niet aan te duiden als 'een onzakelijke lening', maar als 'een lening met onzakelijke voorwaarden'. Dat kan mogelijk veel misverstanden voorkomen.*

17 *'Het jurisprudentie-overzicht hieronder laat echter zien dat het mogelijk is dat het er bij gelegenheid van een onzakelijke geldverstrekking of garantie nog naar uitziet dat de debiteur in staat zal zijn rente en aflossing op te brengen. Wellicht om die reden volgt uw jurisprudentie al sinds het interbellum de lijn dat de te corrigeren onttrekking c.q. storting zich pas voordoet (of pas voltooid wordt) in het belastingjaar waarin het onzakelijk genomen risico zich realiseert.'*

18 *Concl. A-G Wattel 14 juli 2010, nr. CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.*

19 *HR 14 maart 2001, nr. 35 652, BNB 2001/256. We onderschrijven het commentaar van Essers zoals opgenomen in zijn noot bij dit arrest.*

20 *Zie onder andere: F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, 'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', WFR 2008/705; J.H.M. Arts, 'Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting', WFR 2009/921; P.G.M. Albert, 'Is verlies op onzakelijke lening 'omlaag' aftrekbaar?', WFR 2008/1226; W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', NTFR 2008/2375; N.M. Ligthart, 'De zakelijkheid van een onzakelijke lening', NTFR Beschouwingen 2008/37; M.L. Molenaars en R.A. de Boer, 'Het onzakelijkeleningenarrest van 9 mei 2008; een exegese', MBB 2008, blz. 10; A.C.P. Bobeldijk, Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting, 2009, par. 4.3.2.3; J. Vleggeert, Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht, 2009, par. 5.2.2.5, en laatstelijk dus P.J.J.M. Peeters, 'De 'onzakelijke lening' bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?!, Deel 1 – Openstaande rechtsvragen', WFR 2010/1510, 'Deel 2 – Beoordelingskader', WFR 2010/1544, en 'Deel 3 – At arm's length', WFR 2010/1580.*

dan voorheen – in onze optiek niets nieuws onder de zon. Wij achten *BNB* 2008/191 dus geenszins baanbrekend: evenmin zien wij bijvoorbeeld een nieuwe 'vierde' categorie. Wat dat betreft zijn wij het dus eens met Peeters.[21]

3 Belangrijke aandachtspunten bij een geldlening met onzakelijke voorwaarden

3.1 Correctiemechanismen lening met onzakelijke voorwaarden

Indien sprake is van een geldlening met onzakelijke voorwaarden die toets 1 heeft 'overleefd', waarbij de onzakelijkheid bestaat in een niet-marktconforme rentevergoeding, zijn met betrekking tot de winstbepaling van crediteur en debiteur twee punten van belang.
In de eerste plaats wordt de marktconforme rentevergoeding bij de crediteur als opbrengst belast, terwijl deze marktconforme rentevergoeding bij de debiteur als kostenpost in aftrek komt (behoudens voor zover een renteaftrekbeperking van toepassing is). In de tweede plaats wordt het verschil tussen de marktconforme rente en de feitelijk overeengekomen rente bij crediteur en debiteur aangemerkt als winstuitdeling of inbreng van informeel kapitaal, hetgeen de fiscale winst van beiden niet (verder) beïnvloedt (ervan uitgaande dat de deelnemingsvrijstelling geldt voor een eventuele winstuitdeling).[22]
Met betrekking tot het tijdstip waarop de niet-marktconforme rentevergoeding wordt gecorrigeerd zijn twee mogelijkheden denkbaar:
- de rente-imputatiemethode: jaarlijkse correctie van het verschil tussen het feitelijke en het zakelijke rentepercentage berekend over de nominale waarde van de lening, vergelijk *BNB* 1978/252. Deze methode kan worden gebruikt als van jaar tot jaar wordt beslist over de (onzakelijke) hoogte van de rente; en
- de contantewaardemethode: eenmalige correctie aan het begin van de looptijd van het verschil tussen de nominale waarde en de contante waarde van de lening, waarna de contante waarde van de lening jaarlijks wordt opgerent met het zakelijke rentepercentage. Deze methode kan worden gebruikt bij een lening met een vaste (onzakelijke) rente en een vaste looptijd.[23]

Indien een onzakelijke lening ex *BNB* 2008/191 – waarbij de onzakelijkheid bestaat uit het ontbreken van (voldoende) zekerheid – toets 1 heeft 'overleefd' en wordt afgewaardeerd komt deze afwaardering niet ten laste van de winst van de crediteur (vergelijk *BNB* 2008/191). De waardedaling van de vordering van de crediteur heeft evenmin gevolgen voor de fiscale winst van de debiteur. De lening blijft immers op haar balans gepassiveerd voor het gehele nog verschuldigde bedrag, omdat de verplichting van de debiteur tot terugbetaling van (het nog niet afgeloste deel van) de hoofdsom – ondanks de waardedaling van de vordering van de crediteur – geheel in stand blijft.[24] Dit betekent eveneens dat de waardedaling van de vordering van de crediteur op zichzelf bezien geen inbreng van informeel kapitaal in de debiteur vormt (als de crediteur de moedermaatschappij van de debiteur is; 'lening omlaag') of geen winstuitdeling aan de debiteur (als de crediteur de dochtermaatschappij van de debiteur is; 'lening omhoog'). Er is immers geen sprake van een definitieve vermogensverschuiving.

'De debiteur was in staat om voldoende zekerheid te verstrekken, maar heeft dit om onzakelijke redenen achterwege gelaten'

Bij het ontbreken van (voldoende) zekerheid maken wij overigens nog een onderscheid tussen de volgende drie situaties:
- De debiteur was in staat om voldoende zekerheid te verstrekken, maar heeft dit (met instemming van de crediteur) om *onzakelijke* redenen achterwege gelaten. In deze situatie is het ontbreken van zekerheid een onzakelijke voorwaarde en om die reden kan de crediteur een eventuele waardedaling van zijn vordering op grond van *BNB* 2008/191 niet in aftrek brengen.
- De debiteur was in staat om voldoende zekerheid te

21 *In gelijke zin bijvoorbeeld ook P.G.H. Albert in zijn noot bij BNB 2008/191.*

22 *Opgemerkt zij nog dat een eventuele inbreng van informeel kapitaal leidt tot verhoging van het voor de deelneming opgeofferde bedrag en daarmee op termijn mogelijk tot een totaalwinsteffect.*

23 *In HR 9 mei 2008, nr. 43 220, BNB 2008/198, was (onder andere) in geschil of deze methode aanvaardbaar is, maar hoewel de Hoge Raad deze methode niet heeft afgewezen is evenmin duidelijk geworden of, en onder welke omstandigheden, deze kan worden gehanteerd om de gevolgen van een onzakelijke rentevergoeding te corrigeren. Waarschijnlijk kan (of moet?) de contantewaardemethode worden gehanteerd als het rentevoordeel op het tijdstip van het verstrekken van de geldlening te berekenen is. Dit veronderstelt in het algemeen het aanwezig zijn van een vaste looptijd en een vaste rente.*

24 *Vergelijk HR 18 oktober 2002, nr. 37 413, BNB 2003/44.*

verstrekken, maar heeft dit (met instemming van de crediteur) om *zakelijke* redenen achterwege gelaten.[25] Als zakelijke redenen zouden bijvoorbeeld kunnen gelden:
1. het (theoretische) risico dat de fiscale eenheid wordt verbroken. In onze optiek kan er namelijk door de meer materiële benadering van de Hoge Raad in *BNB* 2010/266[26] theoretisch gezien een risico bestaan dat bij bepaalde leningen (een vergelijkbare discussie zou kunnen ontstaan als bij certificering en verpanding binnen fiscale eenheid waardoor) de fiscale eenheid verbroken zou kunnen worden;[27]
2. De zekerheden worden (tijdelijk) 'bewaard' om de mogelijkheid open te houden een (externe) financiering aan te trekken, bijvoorbeeld ten behoeve van een overname;
3. De lening maakt onderdeel uit van een complex van rechtsverhoudingen en er wordt voldaan aan het autoimporteursarrest, *BNB* 2002/343);[28]
4. De aandeelhouder/crediteur heeft door de sterke relatie met debiteur een zodanig zicht op de toekomstige kasstromen dat deze instemt met een lening zonder zekerheden, waar een derde (zonder deze goede informatiepositie) wel zekerheiden zou hebben geëist.[29]
– De debiteur was niet in staat om voldoende zekerheid te verstrekken, maar desondanks zou ook een derde bereid zijn geweest om de lening (tegen een hogere rentevergoeding dan met zekerheid) te verstrekken. In deze situatie kan het ontbreken van zekerheid niet als onzakelijke voorwaarde worden aangemerkt, omdat ook derden een dergelijk risico op zich zouden nemen. Indien de tussen crediteur en debiteur overeengekomen rentevergoeding lager is dan een derde in deze omstandigheden zou hebben geëist, is dat de onzakelijke voorwaarde. Dit betekent enerzijds dat bij crediteur en debiteur correctie van de in aanmerking genomen rente dient plaats te vinden, maar anderzijds dat de crediteur een eventuele waardedaling van zijn vordering op zijn winst in aftrek kan brengen.

3.2 Niet-aftrekbare afwaardering te voorkomen door rentecorrectie?

3.2.1 Corrigeren rentevergoeding

De vraag of het ontbreken van (voldoende) zekerheid kan worden gecompenseerd door een hogere rentevergoeding in aanmerking te nemen is niet eenvoudig te beantwoorden. Hierbij dient namelijk een onderscheid te worden gemaakt tussen twee deelvragen: vraag 1, is het mogelijk om de onzakelijkheid van het niet-bedingen van zekerheid te corrigeren door bij het vaststellen van de winst een hogere dan de feitelijk overeengekomen rente in aanmerking te nemen?; en vraag 2, is het mogelijk om de onzakelijkheid van het niet-bedingen van zekerheid alsnog te herstellen door de feitelijk overeengekomen rente achteraf te verhogen tot een passend niveau?
Gelet op r.o. 4.14 van Hof Arnhem 26 oktober 2010, *NTFR* 2010/2754, lijkt het dat een correctie van het ontbreken van zakelijkheid niet mogelijk is: 'Aangezien Q (DvS en JvS: de debiteur) niet kan aflossen, de rentebetalingen schuldig blijft en geen zekerheden voor de aflossing van de lening heeft geboden, leidt het (*achteraf*) verhogen (cursivering: DvS en JvS) van de overeengekomen rente voor belanghebbende tot het aanvaarden van een nog hoger debiteurenrisico. Naar het oordeel van het hof heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat onder deze omstandigheden[30] toepassing van het 'at-arm's-length-beginsel' met zich meebrengt dat en in welke mate de rente dient te worden verhoogd.' Alsdan zou de opvallende situatie ontstaan waarin een feitelijk aanwezige onzakelijkheid (het ontbreken van de gebruikelijke zekerheid) wordt gecompenseerd door het fingeren van een niet-aanwezige onzakelijkheid (een hogere dan de gebruikelijke rentevergoeding).

De conclusie van het hof is dus dat het niet-aftrekbaar zijn van de waardedaling van een lening als gevolg van het ontbreken van de gebruikelijke zekerheid niet kan worden voorkomen door bij de fiscale winstbepaling van crediteur en debiteur een hogere dan de feitelijk overeengekomen, gebruikelijke, rentevergoeding *achteraf* in aanmerking te nemen. Hierbij past wel een kanttekening.

25 *Het ontbreken van de zekerheid dient dan veelal wel te worden gecompenseerd in de rentesfeer.*

26 *HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, V-N 2010/28.21 (BNB 2010/266).*

27 *D.E. van Sprundel en J. van Strien, 'Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de doos van Pandora gesloten?', WFR 2010/1323, onderdeel 6. Zie ook het besluit Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M, Stcrt. 2010, 20684 (V-N 2011/3.20, onderdeel 3.2).*

28 *HR 28 juni 2002, nr. 36 446, BNB 2002/343. Dit arrest ziet overigens niet op leningen of zekerheden, maar op de verdeling van bewijslast bij verrekenprijzen. Opgemerkt zij dat in deze laatste situatie er geen uitruil plaatsvindt van vergoeding voor risico. In de voorgaande drie voorbeelden zal daarentegen door de crediteur een hogere (at arm's length) rente bedongen moeten worden.*

29 *Ons lijkt dit niet in strijd met de zogenoemde 'separate entity approach', daar de vergelijking moet worden gemaakt met een onafhankelijke derde die – afgezien van de aandeelhoudersrelatie – in dezelfde positie verkeerd.*

30 *Tot deze omstandigheden behoort het schuldig blijven van de rentevergoeding; met andere woorden het verhogen van de rente zou in deze casus slechts een loos gebaar zijn. Het valt niet uit te sluiten dat het hof anders zou hebben geoordeeld als de (hogere) rente werkelijk zou zijn betaald.*

Tot de door het hof bedoelde 'omstandigheden' behoort het schuldig blijven van de rentevergoeding. In casu zou het verhogen van de rente voor een belangrijk deel daarom een loos gebaar zijn. Wij sluiten niet uit dat het hof anders zou hebben geoordeeld als de (hogere) rente werkelijk zou zijn betaald. Het staat dus niet op voorhand vast hoe breed de conclusie van het hof moet worden uitgelegd.

'Wij achten risico en rendement tot op zekere hoogte "uitwisselbaar", maar niet onbeperkt'

Ondanks dat we ons – uitzonderingen daargelaten[31] – op zich wel kunnen vinden in de benadering van het hof, hebben wij nog wel enkele belangrijke kanttekeningen van transfer-pricingtechnische aard.

3.2.2 Risicoverdeling en vergoeding

Ten eerste is het in onze optiek in de praktijk niet altijd zonneklaar of er sprake is van een onzakelijkheid op het gebied van de rentevergoeding dan wel op het gebied van de zekerheden. Wij zijn namelijk van mening dat zekerheid en rentevergoeding voor een belangrijk deel 'communicerende vaten' zijn. Naarmate het risico stijgt, zal de geëiste rente stijgen en vice versa. Hoewel Hof Arnhem zich bezig lijkt te houden met vraag 1 (zie r.o. 4.14, eerste zin, en hierboven), creëert het hof enige onduidelijkheid op dit punt door gebruik van het woord achteraf. In de hierboven geciteerde r.o. 4.14 staat 'achteraf' namelijk tussen haakjes. Hiermee lijkt het hof – in ieder geval op het eerste gezicht – van mening dat risico en vergoeding geen uitwisselbare grootheden zijn. Mogelijk beperkt het hof zich echter slechts tot vraag 1. In r.o. 4.14 gaat het hof namelijk in op de stelling van belanghebbende dat uit het 'at-arm's-lengthbeginsel' voortvloeit dat de in rekening gebrachte rente dient te worden gecorrigeerd naar een hoger rentebedrag.

Wij achten risico en rendement *tot op zekere hoogte* 'uitwisselbaar', maar niet onbeperkt. Waar de grens exact ligt zal afhangen van de feiten en omstandigheden. Wel is duidelijk dat een transactie of een lening 'economic sense' moet hebben. Indien een transactie tussen niet-gelieerde partijen van 'economic sens' ontbloot is, komt een transactie niet tot stand. Van den Brekel stelt zich bijvoorbeeld de vraag tegen welke premie een redelijk denkend ondernemer het brandende Armando-museum zou willen verzekeren. In zijn optiek – welke wij overigens delen – zal de premie de herbouwwaarde zijn plus een winstopslag; het ligt dan niet voor de hand dat de transactie plaatsvindt.[32,33]

Tegenover onze benadering dat risico en rendement binnen bepaalde grenzen uitwisselbaar zijn (economische benadering) staat de meer 'juridische benadering'[34] dat partijen contractueel alles met elkaar overeen kunnen komen en dat hierbij (door een transfer-pricingspecialist) een juiste prijs moet worden gezocht. Volgens ons zijn – vide onze communicerendevatenleer – risico en rendement wel binnen bepaalde grenzen uitwisselbaar.[35] Peeters is echter een andere mening toegedaan. Hij merkt immers bijvoorbeeld op dat rente en zekerheden in beginsel geen onderling inwisselbare grootheden zijn.[36]

31 *Vergelijk bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 april 2010, V-N 2010/34.1.1.*

32 *Zie R.P.J. van den Brekel in een voordracht gehouden op het symposium van de Universiteit van Maastricht van 2 november 2007: 'Over functies en risico's – een economische benadering?'. Voor een verslag van dit symposium verwijzen wij naar J.A. Hagen, 'Focus op verrekenprijzen; Verslag van het 17e Maastrichts Fiscaal Symposium', WFR 2008/326, en R.C.M. Brouwers e.a., Focus op verrekenprijzen en Europa: verslagen van Maastricht Fiscaal Symposium van het Samenwerkingsverband, gehouden in Maastricht op 2 november 2007 alsmede het First Symposium, gehouden op 7 mei 2008, Deventer: Kluwer 2008.*

33 *Van den Brekel verwijst in zijn voordracht nog naar W. Bruins Slot, 'De dubbele zakelijkheidstoets bij transacties tussen gelieerde partijen', WFR 2001/1243. Bruins Slot besteedt in zijn bijdrage aandacht aan het reclamespotje van AGO (thans AEGON) met daarin de frase: 'De AGO verzekert alles' waaraan Bruins Slot toevoegt: 'Maar alles heeft zijn prijs'. Dienaangaande merkt hij op: 'En dan zouden we er achter komen dat die prijs in sommige gevallen zo hoog zou zijn dat het verzekeren van bepaalde risico's in de praktijk toch echt niet voorkomt, gewoon omdat de premie te hoog is.'*

34 *Van den Brekel heeft het in eerdergenoemde voordracht over de aanhangers van de 'juridische school'.*

35 *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations van 22 juli 2010, zie bijvoorbeeld par. 9.38, blz. 248, waar samengevat het volgende wordt weergegeven. Indien partijen een risicoallocatie overeenkomen die een redelijk handelende derde niet zou zijn overeengekomen, dan dient de belastingplichtige allereerst een redelijke oplossing via prijzen te zoeken. Slechts in exceptionele gevallen kunnen de gevolgen van de risicoallocatie zelf worden aangepast.*

36 *Deel 3 van zijn bijdrage, onderdeel 5.2.*

Gelet op het voorgaande willen wij dan ook een nuancering plaatsen bij de volgende opmerking van Peeters: 'Vandaar acht ik het uitgangspunt gewettigd dat een gebrek aan zekerheden *normaal gesproken niet* (cursivering: DvS en JvS) (meer) kan worden gecompenseerd door een hogere rente.' In onze optiek volgt dit niet uit *BNB* 2008/191 en evenmin uit de OECD Transfer Pricing guidelines.[37] Evenmin lijkt deze benadering steun te vinden bij de staatssecretaris.[38] Wat de omstandigheden exact behelzen waardoor een gebrek aan zekerheden kan worden gecompenseerd door een hogere rente, kan (en wil) de staatssecretaris niet aangeven. Wel merkt de staatssecretaris op dat inspecteurs de *redelijkheid en billijkheid* niet uit het oog dienen te verliezen bij de fiscale behandeling van geldverstrekkingen. Hoewel de brief specifiek ziet op het midden- en kleinbedrijf, hebben de standpunten van de staatssecretaris ons inziens bredere werking.[39]

Ook in de lagere jurisprudentie[40] vinden wij aanknopingspunten voor de stelling dat risico en rendement – binnen grenzen – uitwisselbare grootheden zijn. Vergelijk de volgende passage[41] van Hof Amsterdam 29 april 2010, *V-N* 2010/34.1.1: 'Het hof acht het aannemelijk dat een onafhankelijke derde in verband met het aan de geldverstrekking verbonden debiteurenrisico een ten opzichte van het overeengekomen rentepercentage – welk volgens de inspecteur, niet weersproken door belanghebbende, gelijk is aan het destijds door een spaarbank geboden rentepercentage – hoger rentepercentage zou hebben bedongen, teneinde daarin compensatie te vinden voor het aan de lening verbonden risico. Het hof verwerpt de stelling van de inspecteur dat het in het onderhavige geval niet mogelijk zou zijn om met een hoger rentepercentage tevens compensatie te bereiken voor het niet stellen van zekerheden, waardoor volgens de inspecteur reeds op die grond sprake zou zijn van een overeenkomst op onzakelijke gronden.'

3.3 BNB 2008/191 in relatie tot de OECD guidelines

Peeters hanteert in zijn tienstappenplan een soort 'drietrapsbenadering' bij de beoordeling van een geldverstrekking (stappen 5a-b en 6), te weten:
1. een prijsonzakelijke lening;
2. een hoofdsomonzakelijke lening; en
3. een transactioneel onzakelijke lening.

Kort en goed dient volgens hem bij een prijsonzakelijke lening een correctie plaats te vinden door een prijsaanpassing (de rente). Bij een hoofdsomonzakelijke lening vindt zijns inziens een correctie plaats door een latere afwaardering niet in aftrek op de winst toe te staan; vergelijk *BNB* 2008/191.[42] Bij de hoofdsomonzakelijke lening verwijst Peeters naar *BNB* 1955/46.[43] We vragen ons af of dit inkomstenbelastingarrest uit de jaren 50 wel één-op-één kan worden doorgetrokken naar de vennootschapsbelasting. Ten slotte onderkent Peeters de trans-

37 *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations van 22 juli 2010.*

38 *In antwoord op de Nexia-brief (brief Staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2010, nr. DGB/2010/86 U, V-N 2010/12.18, merkt de staatssecretaris namelijk op: 'Als de binnen de 'familiesfeer' overeengekomen voorwaarden niet (exact) overeenstemmen met de voorwaarden die banken stellen bij het aangaan van een dergelijke overeenkomst van geldlening, dan betekent dat niet zonder meer dat de geldlening per definitie onzakelijk is. Onder omstandigheden kan een gebrek aan zekerheden worden gecompenseerd door een hogere rente.'*

39 *In gelijke zin Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2010/12.18, die ons inziens terecht opmerkt dat een algemeen werkend beleidsbesluit staatsrechtelijk fraaier zou zijn geweest.*

40 *De lagere jurisprudentie is helaas niet volledig richtinggevend. Zo missen we bijvoorbeeld aandacht voor de ons inziens relevante vraag of de debiteur geen zekerheid kon of wilde verstrekken.*

41 *Andere voorbeelden zijn Rb. Haarlem 12 december 2008, nr. FIDA 20091383: 'Het vorenstaande in aanmerking nemende, is de rechtbank van oordeel dat verweerder (DvS en JvS: de inspecteur) (...) niet aannemelijk heeft gemaakt dat de voorwaarden waaronder deze lening is gesloten niet zakelijk zijn. Het enkele ontbreken van zekerheden is daartoe in gegeven omstandigheden onvoldoende. (...) Verweerder heeft daartegen aangevoerd dat het bedingen van een hogere rente niet het ontbreken van zekerheden kan compenseren. (...) Anders dan verweerder kennelijk meent is het bedingen van een hogere rente ingeval geen zekerheden worden gegeven in het zakelijk verkeer tussen onafhankelijke derden niet ongebruikelijk (onderstreping: DvS en JvS)', en Hof Arnhem 27 april 2010, MK II, V-N 2010/35.11: 'Gelet op de voorwaarden waaronder belanghebbende de geldlening aan B Holding bv heeft verstrekt en de motieven waarom zij dit gedaan heeft, is naar het oordeel van het hof de geldlening onder zakelijke voorwaarden aangegaan. Het ontbreken van zekerheden kan, mede gelet op de korte looptijd van de geldlening en de compensatie van het debiteurenrisico door de hoge rentevergoeding, niet als onzakelijk worden aangemerkt.'*

42 *In deel 1 van zijn bijdrage, aan het einde van onderdeel 2, merkt Peeters op dat een hoofdsomonzakelijke lening doorgaans een of meer kenmerken dient te bezitten. In r.o. 3.5 van zijn arrest gebruikt de Hoge Raad namelijk het woordje 'en' hetgeen duidt op een cumulatieve eis. We kunnen echter niet met zekerheid stellen of de Hoge Raad deze kenmerken in het algemeen cumulatief neemt of dat dit een specifiek geval betrof.*

43 *HR 8 december 1954, nr. 11 999, BNB 1955/46.*

actioneel onzakelijke lening. Als wij het goed begrijpen toetst Peeters eerst de zakelijkheid van de voorwaarden van de geldverstrekking en daarna (opnieuw, bij stap 7) de aard van de geldverstrekking.[44] Wij kunnen deze cirkelredenering[45] niet volgen en vragen ons af hoe dit zich verhoudt tot de totaalwinstgedachte. Hij baseert zijn stap 6 op de OECD guidelines, met name par. 1.64 en 1.65.[46] Wij onderschrijven dat in uitzonderlijke situaties herkwalificatie kan plaatsvinden. Wel benadrukken wij – zeker ook in grensoverschrijdende situaties – dat hier zeer behoedzaam mee moet worden omgegaan.

Wij hebben echter ook twijfels bij de volgorde van Peeters' hierboven beschreven drietrapsbenadering. Peeters geeft als voorbeeld van stap 6a een bodemlozeputlening. Deze wordt dan geherkwalificeerd tot kapitaal op grond van stap 6 in plaats van op grond van stap 4; een herkwalificatie in plaats van een rekwalificatie. In dit verband vraagt Peeters zich af of aan de 'aandeelhouderseis' van een bodemlozeputlening wel zelfstandige betekenis moet worden toegekend. Deze laatste vraag is op zichzelf niet nieuw. Verschillende auteurs (zoals Michielse, Haberham en Van den Bos) kennen aan deze eis niet of nauwelijks zelfstandige betekenis toe.[47] Deze opvatting delen wij – samen met andere auteurs – evenwel niet.[48]

'Wij kunnen deze cirkelredenering niet volgen'

Er zijn namelijk situaties denkbaar waarin wordt voldaan aan de 'reeds aanstonds duidelijke eis' en aan de eis dat de vordering geen waarde toekomt, maar er geen sprake is van een bodemlozeputlening. Zo valt te denken aan een moedermaatschappij die een dochtermaatschappij niet failliet wil laten gaan met het oog op het beschermen van de goede naam. Vergelijk in dit verband *BNB* 1988/248[49] en *V-N* 1995/2520.[50] In zo'n situatie vindt de verstrekking van een lening niet plaats in de hoedanigheid van

44 *Zie deel 3 van zijn bijdrage, de aanvang van onderdeel 5.4. Hiermee beoogt hij tot uitdrukking te brengen het feit dat de transactie sec (in casu de lening) ook kan worden getoetst aan het at-arm's-lengthbeginsel en niet alleen maar de voorwaarden van de transactie (in casu de leningsvoorwaarden). De zogenoemde dubbele zakelijkheidstoets betreft een at-arm's-lengthtoets of toetsing aan het totaalwinstbeginsel op zowel de transactie sec (stap 6) als op de voorwaarden (stap 5). Bij stap 6 kan a, een herkwalificatie van de feiten plaatsvinden of b, de leningstransactie kan worden genegeerd.*

45 *Dit lijkt ons namelijk de omgekeerde wereld, zoiets als eerst de jaarwinst uitrekenen en dan de totaalwinst bepalen.*

46 *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, blz. 51:'1.64 A tax administration's examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them, using the methods applied by the taxpayer insofar as these are consistent with the methods described in Chapter II. In other than exceptional cases, the tax administration should not disregard the actual transactions or substitute other transactions for them. (...)1.65 However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer in entering into a controlled transaction The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. (...) An example of this circumstance would be an investment in an associated enterprise in the form of interest-bearing debt when, at arm's length, having regard to the economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way. In this case it might be appropriate for a tax administration to characterise the investment in accordance with its economic substance with the result that the loan may be treated as a subscription of capital. The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price. (...).'*

47 *G.M.M. Michielse, Thin capitalization in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen (FM nr. 67), blz. 62, Deventer: Kluwer 1994; A.M. Haberham, Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders (FM nr. 65), blz. 234, Deventer: Kluwer 1993, en A.J. van den Bos; 'Stamkapitaal, verliesfinanciering en duurzame financieringsvordering', WFR 1988/583. Voor een nadere toelichting en commentaar verwijzen we naar J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (FM nr. 119), blz. 109, Deventer: Kluwer 2007.*

48 *Zie D. Juch in zijn aantekening bij HR 27 januari 1988, FED 1988/401, en N.H. de Vries en R.J. de Vries (red.), Cursus belastingrecht (deel Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.4.8.C, I (oud), Deventer: Gouda Quint (losbl.).*

49 *HR 18 februari 1987, nr. 23 807, BNB 1988/248.*

50 *Het failliet laten gaan van de dochtermaatschappij kan immers het vertrouwen in de moedermaatschappij van onder meer toeleveranciers, afnemers en banken aanzienlijk schaden. Zie ook A-G Verburg in zijn conclusie bij BNB 1988/217.*

aandeelhouder en komt aan de aandeelhouderseis ons inziens zelfstandige betekenis toe. Hierbij dient de frase 'op grond van zijn positie als aandeelhouder' – mede gelet op *BNB* 1993/32[51] en *BNB* 2005/64[52] – uitgelegd te worden in de zin dat een herkwalificatie slechts kan als er aandeelhoudersmotieven in het spel zijn.[53]
De benadering van Peeters dat in de toekomst de kwalificatietoets – de beoordeling van de aard van de geldverstrekking – alleen nog maar kan zien op de schijnlening en de deelnemerschapslening delen wij derhalve niet. Wij achten het waarschijnlijk noch gewenst, dat de Hoge Raad 'afstapt' van het inmiddels decennia door hem gehanteerde systeem. Wij zijn van mening dat dit ook niet door de OECD(-benadering) wordt 'geëist'.

'Het staat zeker niet zonder meer vast dat de OECD guidelines direct toepasbaar zijn in Nederland'

Kort samengevat kan worden gesteld dat via art. 8b Wet VPB 1969 het at-arm's-lengthbeginsel in onze wetgeving is vastgelegd. Strikt genomen achten wij art. 8b op dit punt een overbodige bepaling, omdat het at-arm's-lengthbeginsel ons inziens reeds voortvloeit uit art. 3.8 Wet IB 2001. Met de 'codificatie' van het at-arm's-lenghtbeginsel is voorts beoogd dat de invulling die wordt gegeven in de OECD guidelines doorwerkt in de Nederlandse rechtspraktijk.[54] In de parlementaire geschiedenis is dit oogmerk later genuanceerd in de zin dat de vastleggingen in OECD verband kunnen worden vergeleken met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal.[55] In zoverre lijkt de in het verrekenprijsbesluit gekozen benadering niet geheel in lijn met de in de parlementaire geschiedenis geschetste benadering. Met Van Kalmthout[56] zijn wij daarom van mening dat het zeker niet zonder meer vast staat dat de OECD guidelines direct toepasbaar zijn in Nederland.

Dit betekent ons inziens dat wij voor het Nederlandse fiscale recht niet vast zitten aan de door Peeters gehanteerde drietrapsraket. We kunnen de in ons fiscale recht gebruikelijke benadering blijven volgen; te weten toets 1, kwalificatie van de aard van de geldverstrekking (in combinatie met *BNB* 1988/217); en toets 2, aanpassing van de prijs (rente) of voorwaarden (in combinatie met *BNB* 2008/191). Deze benadering achten wij niet strijdig met de door de OECD gehanteerde uitgangspunten; slechts de volgorde wijzigt. Dit zou ons inziens uiteindelijk niet tot andere uitkomsten moeten leiden. Daarnaast hebben we – met betrekking tot Peeters' tienstappenplan – nog een opmerking over zijn zevende stap:[57] 'In hoeverre wordt afwaardering op de geldverstrekking belemmerd door het Cessna-criterium?' Uitgaven dienen, willen zij kwalificeren als kosten, een zakelijk karakter te hebben. Indien het zakelijke karakter ontbreekt, kunnen de uitgaven niet in mindering komen op de belastbare winst. Volgens ons kan, op het moment dat de zakelijkheid van de kosten vaststaan, de Belastingdienst – zeker na het renpaardenarrest[58] – de hoogte, de onvermijdelijkheid en de doelmatigheid van deze kosten dan niet marginaal meer toetsen.[59]

Wij hopen en verwachten dat de Hoge Raad kiest voor de door ons geschetste benadering en dat hij niet afstapt van de in ons fiscale stelsel gebruikelijke volgorde. De Hoge Raad zou belastingplichtigen (alsmede de Belastingdienst) verder een grote dienst bewijzen door zijn visie op dit vlak te geven. Voorts hopen wij dat de Hoge Raad expliciet aangeeft dat risico en vergoeding (binnen grenzen) communicerende vaten zijn. Belanghebbende heeft in deze benadering – binnen grenzen – de keuze tussen het al dan niet verstrekken van zekerheid, maar het ontbreken van zekerheden gaat gepaard met een hogere (at-arm's-length)vergoeding.

51 *HR 21 oktober 1992, nr. 27 476, BNB 1993/32.*
52 *HR 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64.*
53 *Zie uitgebreid J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (FM nr. 119), blz. 109-115, Deventer: Kluwer 2007.*
54 *Vergelijk MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 8. Zie tevens besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/295M, V-N 2001/21.3 (verrekenprijsbesluit), waarin de staatssecretaris aangeeft dat de OECD guidelines (in beginsel) direct toepasbaar zijn in Nederland op grond van art. 3.8 Wet IB 2001.*
55 *NV, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, blz. 47-48.*
56 *Concl. A-G Van Kalmthout inzake HR 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265.*
57 *Deel 2 van zijn bijdrage, onderdeel 2.*
58 *HR 14 juni 2002, nr. 36.453, BNB 2002/290.*
59 *Zie uitgebreid J. van Strien, Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (FM nr. 119), blz. 37-42, Deventer: Kluwer 2007; J. van Strien, 'Geen Cessna-kosten voor kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting', WFR 2003/1720, en S.J.C.Hemels, 'Giftenaftrek: het fantoom van de vennootschapsbelasting', WFR 2003/60.*

4 Ophoging opgeofferd bedrag door kwijtschelding, verjaring en inbreng van de vordering

Indien een crediteur overgaat tot kwijtschelding van (een deel van) zijn vordering (op zijn 100%-deelneming), kunnen in principe drie situaties worden onderscheiden:
1. er is sprake van kwijtschelding van een volwaardige vordering;[60]
2. er is sprake van kwijtschelding van een onvolwaardige vordering, waarbij de oorzaak van de onvolwaardigheid is gelegen in het ontbreken van de tussen derden gebruikelijke zekerheid;
3. er is sprake van kwijtschelding van een onvolwaardige vordering, waarbij de oorzaak van de onvolwaardigheid niet is gelegen in het ontbreken van de tussen derden gebruikelijke zekerheid.[61]

Ad 1 en 2
In de twee eerstgenoemde situaties beïnvloedt de kwijtschelding zelf de omvang van de fiscale winst van crediteur en debiteur niet. Er is in die situaties sprake van inbreng van informeel kapitaal in de debiteur, hetzij omdat de kwijtscheldingshandeling op zichzelf beschouwd onzakelijk is (geval 1), hetzij omdat de kwijtscheldingshandeling het gevolg is van een onzakelijke handeling in het verleden (geval 2). De inbreng van informeel kapitaal in de debiteur leidt ertoe dat het voor de debiteur/deelneming opgeofferde bedrag wordt verhoogd en op termijn mogelijk de winst van de crediteur gaat beïnvloeden.
Een belangrijk aandachtspunt betreft de vraag met welk bedrag het opgeofferde bedrag in situaties ex geval 2 dient te worden verhoogd. Het lijkt erop dat het opgeofferde bedrag dient te worden verhoogd met de *waarde in het economische verkeer* van de kwijtgescholden vordering ten tijde van de kwijtschelding. Dat is immers de waarde die wordt prijsgegeven om de deelneming een betere financiële positie te verschaffen. Deze benadering komt overeen met het voor de heffing van kapitaalsbelasting gewezen arrest *BNB* 1999/32.[62] Dit betekent dat in beginsel een bedrag ter grootte van het verschil tussen de nominale waarde en de waarde in het economische verkeer niet kwalificeert als opgeofferd bedrag voor de aandeelhouder/crediteur, hetgeen een eventueel liquidatieverlies verkleint. *BNB* 1993/237[63] biedt in onze optiek geen soelaas. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad weliswaar dat bij de waarde van een kwijtgescholden vordering dient te worden uitgegaan van de nominale waarde, maar in dit arrest ging het om de positie van de schuldenaar en deze wordt uiteraard bevrijd van een schuld ter grootte van de nominale waarde.
De verhoging van het opgeofferde bedrag met de werkelijke – lage – waarde van de kwijtgescholden vordering leidt tot een onevenwichtige uitkomst. Naar onze mening kan deze niet in stand kan blijven.

Ad 3
In situatie 3 kan worden verdedigd dat de waardedaling en de daarop volgende kwijtschelding van de vordering zich ook zouden hebben voorgedaan als wel voldoende zekerheid was bedongen en dat om die reden geen sprake is van inbreng van informeel kapitaal in de debiteur, maar dat de waardedaling en kwijtschelding bij de crediteur leiden tot verlies en bij de debiteur tot winst (waarop – na verrekening van de openstaande verliezen – de kwijtscheldingsvrijstelling van art. 3.13, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 kan worden toegepast).
Het voorgaande houdt in dat de mogelijkheid bestaat dat de verstrekker van een onzakelijke, in waarde gedaalde lening fiscaal minder gunstig wordt behandeld dan de aandeelhouder die eenzelfde bedrag aan kapitaal inbrengt en de aandeelhouder die eenzelfde bedrag als lening verstrekt tegen volstrekt zakelijke voorwaarden. Dit is het geval als:
a. de in waarde gedaalde lening niet wordt afgelost, maar ook niet verjaart of wordt kwijtgescholden of ingebracht, in welk geval niets aan het voor de deelneming/debiteur opgeofferde bedrag wordt toegevoegd;
b. de in waarde gedaalde lening verjaart en slechts de (lage) waarde in het economische verkeer van de lening op dat moment aan het voor de deelneming/debiteur opgeofferde bedrag wordt toegevoegd;
c. de in waarde gedaalde lening wordt kwijtgescholden en slechts de (lage) waarde in het economische verkeer van de lening op dat moment aan het voor de deelneming/debiteur opgeofferde bedrag wordt toegevoegd;
d. de in waarde gedaalde lening wordt ingebracht in de debiteur, al dan niet tegen uitreiking van aandelen, en slechts de (lage) waarde in het economische verkeer van de lening op dat moment aan het voor de deelneming/debiteur opgeofferde bedrag wordt toegevoegd.

Het komt ons voor dat hetzij door toepassing van het systeem van de wet, hetzij door redelijke wetstoepassing

60 *De kwijtschelding van een volwaardige vordering zal in de regel op onzakelijke gronden plaatsvinden. Theoretisch kan zo'n kwijtschelding evenwel ook zakelijk zijn, bijvoorbeeld in uitzonderlijke situaties zoals balansverbetering, zekerheden stellen voor leveranties en een dochtermaatschappij gereed maken voor de verkoop. Voor de debiteur geldt art. 3.13, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 in zo'n situatie niet, omdat deze bepaling ziet op niet voor verwezenlijking vatbare rechten. Voor de crediteur is zo'n zakelijke kwijtschelding in onze optiek aftrekbaar.*

61 *Een voorbeeld zou een calamiteit kunnen zijn als gevolg waarvan ook derdencrediteuren hun rechten moeten prijsgeven.*

62 *HR 7 oktober 1998, nr. 33 573, BNB 1999/32.*

63 *HR 10 maart 1993, nr. 28 508, BNB 1993/237.*

in deze gevallen dient te worden bereikt dat de crediteur van een onzakelijke lening niet slechter wordt behandeld dan enerzijds de aandeelhouder die eenzelfde bedrag aan kapitaal in zijn vennootschap inbrengt en anderzijds de aandeelhouder/crediteur die eenzelfde bedrag als geldlening verstrekt tegen volstrekt zakelijke voorwaarden. Bij genoemde aandeelhouder wordt het voor de deelneming opgeofferde bedrag verhoogd met het bedrag van het ingebrachte kapitaal en bij genoemde aandeelhouder/crediteur kan de vordering aftrekbaar worden afgewaardeerd. Bij de crediteur van de onzakelijke in waarde gedaalde lening zou het voor de deelneming/debiteur opgeofferde bedrag in onze optiek dan ook dienen te worden verhoogd:
- in geval a: met het bedrag van de waardedaling van de lening indien deze niet wordt gevolgd door een verjaring, kwijtschelding of inbreng;
- in geval b, c en d: met het verschil tussen de nominale en de werkelijke waarde van de verjaarde, respectievelijk kwijtgescholden, respectievelijk ingebrachte onzakelijke lening ten tijde van de verjaring, respectievelijk kwijtschelding, respectievelijk inbreng (naast – uiteraard – de werkelijke waarde van de verjaarde, respectievelijk kwijtgescholden, respectievelijk ingebrachte onzakelijke lening ten tijde van de verjaring, respectievelijk kwijtschelding, respectievelijk inbreng).

Inmiddels heeft Rechtbank Arnhem in een casus waarin het ging om de (niet-aftrekbare) afwaardering van een onzakelijke lening die werd gevolgd door de liquidatie van de deelneming/debiteur, in deze zin beslist.[64] In hoger beroep oordeelde Hof Arnhem echter dat geen sprake kon zijn van genoemde verhoging van het opgeofferde bedrag omdat geen kapitaalstorting in de deelneming/debiteur had plaatsgevonden.[65] Hoewel wij het oordeel van het hof delen dat geen kapitaalstorting heeft plaatsgevonden, menen wij dat het hof – anders dan de rechtbank – ten onrechte voorbijgaat aan het beroep van belanghebbende op een redelijke wetstoepassing en daarmee – onnodig – een ongunstiger behandeling van belanghebbende aanvaardde dan wanneer deze zijn geldverstrekking de vorm van kapitaal of van lening tegen volstrekt zakelijke voorwaarden had gegeven.

Peeters plaatst in zijn drieluik[66] een viertal kanttekeningen waarbij de mogelijkheid wordt genoemd dat op grond van een redelijke wetstoepassing het opgeofferde bedrag wordt verhoogd met het niet-aftrekbare afwaarderingsverlies op een hoofdsomonzakelijke lening 'omlaag'. In dit kader merken we op dat we het toejuichen dat inspecteurs 'coulant' zijn, maar dat een duidelijk, helder en voor iedereen gelijk systeem vanuit rechtvaardigheid de voorkeur verdient.

5 Enkele opmerkingen bij de conclusie van A-G Wattel van 14 juli 2010

Op 14 juli 2010 heeft A-G Wattel geconcludeerd[67] in een procedure waarvan de casus sterk overeenkomt met de casus van *BNB* 2008/191. Daar onze ruimte voor deze bijdrage beperkt is, vatten we hieronder slechts onze belangrijkste opmerkingen samen.

Wattel maakt – net als wij eigenlijk doen – een onderscheid tussen twee soorten leningen:
- leningen met een onzakelijk debiteurenrisico, waarbij het onzakelijke debiteurenrisico kan worden weggenomen door correctie van de vaste rente (de advocaat-generaal noemt dit OR-leningen); en
- leningen waarbij het ontbreken van (voldoende) zekerheid zó essentieel is dat de lening niet met aanpassing van de (vaste) rente verzakelijkt kan worden tot at arm's length, dat wil zeggen dat er geen derde is te vinden die het risico tegen een vaste rente aanvaardt (de advocaat-generaal noemt dit ODR-leningen).

Echter, het komt ons voor dat het onderscheid tussen OR-leningen en ODR-leningen in de praktijk mogelijk wel praktische problemen en discussies tussen belastingplichtigen en inspecteurs meebrengt. We zijn ons er overigens van bewust dat dit ook voor onze 'communicerendevatenleer' geldt. Heldere en eenduidige criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een lening moet worden gekwalificeerd als OR-lening of als ODR-lening zijn immers lastig te geven. Dit betekent dat in iedere situatie een geldverstrekking op zijn merites moet worden beoordeeld. Bovendien leidt het volgen van het tienstappenplan van Peeters ons inziens niet tot een vereenvoudiging omdat je ook daar wordt geconfronteerd met de vraag wanneer een lening prijs-, hoofdsom-, dan wel transactioneel onzakelijk is.

In het verlengde hiervan zal ook de benadering dat de weigering van de aftrek van een eventuele waardevermindering van de lening gepaard dient te gaan met het hanteren van een forfaitaire rente op praktische problemen stuiten. Hoe moet deze rente worden bepaald? Verschilt deze per branche en per periode? Dient deze rente ook te worden gehanteerd zolang nog geen sprake is van waardevermindering van de lening (in veel gevallen zal deze waardevermindering zich wellicht nooit voordoen)? Als de 'indien-en-voor-zoverbenadering' wordt toegepast, geldt deze rente dan alleen voor het deel van de lening dat niet door een onafhankelijke derde zou zijn verstrekt of voor de gehele lening? Kortom, ook het hanteren van een forfaitaire rente zal in de praktijk tot tal van problemen leiden. Ook op dit punt geven wij direct toe dat onze communicerendevatenbenadering – die gelijkenis vertoont met de door Wattel gekozen benadering – niet altijd

64 *Rb. Arnhem 22 januari 2009, nr. AWB 07/3274, V-N 2009/28.8.*

65 *Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00075, V-N 2011/4.2.3 (LJN BO3713; belanghebbende in cassatie).*

66 *Deel 1 van zijn bijdrage, onderdeel 3, slot.*

67 *Conclusie van 14 juli 2010, nr. CPG 08/05323, V-N 2010/40.26.*

even eenvoudig is in de uitvoering. Onmogelijk is onze benadering evenwel niet en hij zou voor belastingplichtigen tot een gunstiger en meer realistisch beeld kunnen leiden.
Hiernaast is Wattel van mening dat een dogmatisch juiste benadering met zich brengt dat op het tijdstip van verstrekking van de geldlening een schatting moet worden gemaakt van het bedrag dat als verloren moet worden beschouwd. Op dat tijdstip zou tot dat bedrag al een informele kapitaalstorting in aanmerking moeten worden genomen. De Hoge Raad zou alleen op grond van praktische overwegingen in het verleden niet voor deze benadering hebben gekozen. Dit standpunt is naar onze mening discutabel en wel om de eenvoudige reden dat op dat tijdstip geen kapitaalstorting plaatsvindt, ook niet een gedeeltelijke, aangezien op dat tijdstip geen sprake is van een vermogensverschuiving van crediteur naar debiteur. De onzakelijkheid wordt bovendien op een andere wijze gecorrigeerd. Daarnaast zou zo'n volgens Wattel dogmatisch juiste methode leiden tot grote uitvoeringstechnische problemen en tot voer tot discussie tussen belastingplichtigen en fiscus.

Ten slotte is de advocaat-generaal van mening dat dan maar bij afwaardering van de vordering een kapitaalstorting in aanmerking moet worden genomen. Ook bij dat standpunt plaatsen we een opmerking. In het voorgaande hebben wij namelijk geconstateerd dat ook op dat tijdstip geen (definitieve) vermogensverschuiving van crediteur naar debiteur plaatsvindt, omdat de terugbetalingsverplichting van de debiteur ongewijzigd blijft.[68]

6 Conclusie

Naar onze mening komt de huidige stand van wetgeving en jurisprudentie erop neer dat een geldverstrekking met de civielrechtelijke vorm van een lening, die niet valt in een van de drie uitzonderingscategorieën van *BNB* 1988/217, ook voor fiscale doeleinden dient te worden aangemerkt als een 'echte' lening. Dit geldt onverkort als het gaat om een geldverstrekking met de civielrechtelijke vorm van een lening waarbij de tussen derden gebruikelijke zekerheid ten behoeve van de crediteur ontbreekt. Echter, het voorgaande neemt niet weg dat een of meer van de aan de lening verbonden voorwaarden onzakelijk kan/kunnen zijn, in welk geval (de gevolgen van) deze voorwaarde(n) bij de bepaling van de fiscale winst van crediteur en debiteur moet(en) worden gecorrigeerd. In onze optiek zijn zekerheid en rentevergoeding namelijk voor een belangrijk deel communicerende vaten; dat wil zeggen dat risico en rendement tot op zekere hoogte uitwisselbaar zijn. Dit houdt onder andere in dat het eventueel ontbreken van de tussen derden gebruikelijke zekerheid in beginsel wordt gecorrigeerd door een eventuele waardevermindering van de lening bij de crediteur van aftrek uit te sluiten. Verder leidt het ontbreken van deze zekerheid in beginsel niet tot correcties in de rentesfeer. Tot slot lijkt het ons dat in de praktijk onzekerheid en discussie zal blijven bestaan, tenzij de Hoge Raad in zijn arrest volgend op de conclusie van A-G Wattel van 14 juli 2010 duidelijkheid schept. Zo zou de Hoge Raad de vraag kunnen beantwoorden of het ontbreken van (voldoende) zekerheid kan worden gecompenseerd door een hogere rentevergoeding in aanmerking te nemen en derhalve de communicerendevatenleer te onderschrijven. Ook kan hij bijvoorbeeld bevestigen dat de gebruikelijke benadering, waarbij allereerst de aard van de geldverstrekking en vervolgens de aanpassing van de prijs of voorwaarden worden getoetst, gehandhaafd blijft. Het blijft dus afwachten of de Hoge Raad terugkeert naar Ithaka!

68 *In dezelfde zin: Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00075, LJN BO3713.*

Naschrift

Drs. P.J.J.M. Peeters

Met genoegen heb ik geconstateerd dat mede dankzij bovengenoemde auteurs van deel 4 en de redactie van het Weekblad is gereageerd op een onderwerp dat de gemoederen bezighoudt. In dit naschrift geef ik een reactie op de in deel 4 gemaakte opmerkingen over mijn drieluik waarin ik tevens een (mogelijk) verschil van inzicht laat zien.

Wellicht goed om vooraf te benadrukken is het feit dat ons (mogelijk) wezenlijke verschil van inzicht zich vooral richt op de meest vergaande vorm van de zakelijkheidstoets (stap 6, de *transactioneel* onzakelijke lening) die mijns inziens terecht tot op heden niet zozeer de aandacht trekt in het veelvoud aan jurisprudentie inzake de *hoofdsom*onzakelijke lening.

Onderstaand plaatje geeft de kern van mijn tienstappenplan (toetsingskader) aan, waarbij de vraag vooral is hoe de verhouding tussen de drie sterren onderling en ten opzichte van de rest is.

Eerst geef ik (vereenvoudigd) het belangrijkste deel van mijn toetsingskader weer betreffende het *karakter* van het *object* (een geldverstrekking u/g) omdat dit gedeelte ook centraal staat in deel 4. Vereenvoudigd gaat het om twee toetsen, te weten toets A de (re-)kwalificatietoets en toets B de (drievoudige) zakelijkheidstoets (totaalwinsttoets of arm's-lengthtoets). Toets B wordt hierna kortweg ook wel drietrapsraket genoemd.

Toets A bestaat uit de stappen 3 en 4 van mijn tienstappenplan.

Stap 3
Is naar het (toepasselijke) civiele recht sprake van een (geld)lening? Of is de geldverstrekking te *kwalificeren* als (een onttrekking van) eigen vermogen (bij gelieerdheid via de aandeelhoudersrelatie veelal uitmondend in informeel kapitaal of winstuitdeling)?[69]

Stap 4
Is (ook) naar het (Nederlandse) fiscale recht sprake van een (geld)lening? Of is de (civiele) lening fiscaal te rekwalificeren in (een onttrekking van) eigen vermogen (bij gelieerdheid via de aandeelhoudersrelatie veelal uitmondend in informeel kapitaal of winstuitdeling)?[70]
Toets B bestaat uit stap 5a, 5b en 6 van mijn tienstappenplan (hierna ook wel aangeduid met trap 1, 2 en 3).
Bij de beoordeling of een transactie zoals die is vormgegeven[71] ook tussen onafhankelijke derden tot stand zou kunnen zijn gekomen, kan de volgende drietrapsraket[72] worden gehanteerd:
1. Is de prijs van de transactie sec (bij lening: de rente) at arm's-length (lees: zakelijk) dan wel is deze met een prijs(lees: rente)aanpassing arm's-length te maken? (Vergelijk stap 5a: de zogenoemde *prijs*onzakelijke lening.)[73]
2. Zijn de (overige) voorwaarden (waarvan de risicoallocatie de belangrijkste is) waartegen de transactie plaatsvindt at arm's-length dan wel is de transactie met een aanpassing van die voorwaarden at arm's-length te maken? (Vergelijk stap 5b: de zogenoemde *hoofdsom*onzakelijke lening.)[74]
3. Als de transactie met een aanpassing van de prijs en/of voorwaarden niet at arm's-length te maken is, dan leidt dit tot het negeren/herkwalificeren van (een deel) van de transactie; tussen onafhankelijke derden zou nimmer een lening (tot die omvang) tot stand komen.[75] (Vergelijk stap 6: de zogenoemde *transactioneel* onzakelijke 'lening'.)[76]
Bij de beoordeling van een lening in een gelieerde sfeer (belangengemeenschap) heb ik het bij trap 1 over een

69 *Vergelijk, onder meer, HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, r.o. 3.4.5, NJ 2003/50, en HR 8 september 2006, nr. 42 015, r.o. 3.4, BNB 2007/104.*

70 *Vergelijk, onder meer, HR BNB 1988/217; HR BNB 2001/364 en HR BNB 2002/231, voor de drie (limitatief opgesomde) categorieën schijnlening, deelnemerschapslening en bodemlozeputlening, die niet meer als een geldlening in fiscaalrechtelijke zin (kunnen) worden beschouwd.*

71 *In casu een civielrechtelijke en in beginsel ook fiscaalrechtelijke geldlening, na het doorlopen van toets A en daarmee van de stappen 3 en 4.*

72 *Drietrapsraket in de zin van drievoudige zakelijkheidstoets (of totaalwinsttoets of arm's-lengthtoets).*

73 *Met de term 'prijsonzakelijke lening' (= 'zakelijke lening met een onzakelijke rente') doel ik op de onzakelijke renteloze lening (in de zin van HR 9 mei 2008 nr. 43 220, BNB 2008/198) en op de onzakelijke laag- of hoogrentende lening. De prijsonzakelijke lening ziet op een lening waarbij sprake is van adequate zekerheden maar alleen de prijs (rente) onzakelijk is.*

74 *Ik doel met de term hoofdsomonzakelijke lening (= 'lening met onzakelijk genomen debiteurenrisico') op een lening met een onzakelijke vormgeving (voorwaarden en omstandigheden) in de zin van HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.*

75 *Met andere woorden: is de (civielrechtelijke en in beginsel ook fiscaalrechtelijke) lening sec (op zichzelf) (geheel of ten dele) niet at arm's-length (lees: onzakelijk)? Is (daarbij) een herkwalificatie of negeren van de transactie als zodanig mogelijk?*

76 *Met deze laatstgenoemde term hoop en verwacht ik tot uitdrukking te brengen het feit dat de transactie sec (in casu de lening) ook kan worden getoetst aan het arm's-lengthbeginsel en niet alleen maar de voorwaarden van de transactie (in casu de leningsvoorwaarden). De zakelijkheidstoets via de drietrapsraket betreft een at-arm's-lengthtoets of toetsing aan het totaalwinstbeginsel op zowel de transactie sec (stap 6) als op de voorwaarden (stappen 5a en 5b). Een dergelijke herkwalificatie (stap 6) op grond van het arm's-lengthbeginsel is mijns inziens in Nederland ook mogelijk. In dezelfde zin A-G Wattel in zijn conclusie van 4 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 4.4. en 8.9 voor de totaalwinsttoets los van art. 8b Wet VPB 1969 jo. art. 9 OESO-modelverdrag en de OESO-verrekenprijsrichtlijnen 2010. Deze mogelijkheid (stap 6) bestaat mijns inziens ondanks de – voor de verhouding hoofdhuis versus vaste inrichting gewezen – arresten HR BNB 1997/263, en HR BNB 2007/117. Anders bijvoorbeeld, E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2), WFR 2003/2013. Zie uitgebreider over herkwalificatie enkel en alleen in de verhouding tot art. 8b Wet VPB 1969 jo. art. 9 OESO-modelverdrag (en de OESO-richtlijnen 2010) de conclusie van A-G Wattel van 4 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 5.19-5.21.*

renteaanpassing. Als de rente onzakelijk te hoog of te laag is, wordt deze aangepast tot een arm's-lengthniveau (zie bijvoorbeeld Hoge Raad, *BNB* 1978/252, *BNB* 2005/107, en *BNB* 2008/198). Het onderscheid tussen renteimputatiemethode versus contantewaardemethode als correctiemechanismen van onzakelijke rente hangt af van de al dan niet (materiële) directe opeisbaarheid.[77] Bij de tweede trap gaat het vooral over risicoallocatie (met name onvoldoende zekerheden). Zou bijvoorbeeld tussen onafhankelijke derden het debiteurenrisico bij deze partij komen? Zou een aanpassing in de voorwaarden de transactie dan weer at arm's-length kunnen maken? (zie bijvoorbeeld HR, *BNB* 2008/191 en de analyse van de jurisprudentie door Van Kalmthout in zijn conclusie (onderdeel 4) bij HR, *BNB* 2004/265).

Kan de lening met een aanpassing van de prijs en/of de voorwaarden niet at arm's-length gemaakt worden, met andere woorden: tussen onafhankelijke derden zou nimmer een lening (tot die omvang) tot stand komen, dan komen we bij trap 3 terecht (zie voor geldverstrekking eventueel als voorbeeld HR, *BNB* 1998/276 (art. 101a Wet RO (oud)) en bijvoorbeeld HvJ EG (Thin Cap GLO);[78] en zie voor garanties bijvoorbeeld HR, *BNB* 1998/3, en met name HR, *BNB* 2004/265).

Van der Geld gaat ook uit van twee toetsen. Indien volgens de criteria van de Hoge Raad materieel sprake is van vreemd vermogen (toets 1) blijft het overigens geboden de voorwaarden waaronder dat vreemd vermogen is verstrekt zakelijk te houden, dat wil zeggen desnoods te corrigeren naar arm's-lengthcondities (toets 2). Een voorbeeld van zo'n situatie treft men aan in HR, *BNB* 2008/191.[79] Hierbij valt mijns inziens (basis)toets 1 uiteen in de (kern)stappen 3, 4 en 6 en valt (basis)toets 2 samen met stap 5a en 5b.

De vraag is of de auteurs van deel 4 hun vereenvoudiging van het toetsingskader op dezelfde wijze toepassen als hiervoor aangegeven. We lijken het eens te zijn, al is het mij niet geheel duidelijk (geworden) of en in hoeverre stap 6 (of trap 3) in hun visie daarbij nog van betekenis is.[80]

77 *Zie onderdeel 5.2 van deel 3 van mijn drieluik en WFR 2005/666. Dit onderscheid tussen de rentecorrectiemethoden hangt, mijns inziens, niet zozeer af van een vaste (onzakelijke) rente en een vaste looptijd, zoals door de auteurs van deel 4 in onderdeel 3.1 wordt verdedigd.*

78 *Zie HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (Thin Cap GLO), par. 47, 49, 80-83 en 85-86, in onderlinge samenhang beschouwd. In het bijzonder par. 81 acht ik hier van belang.*

79 *J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting (Fed Fiscale Studieserie nr. 31), blz. 82, Deventer: Kluwer 2009 (zesde herziene druk).*

80 *Deze vraag is gebaseerd op enkele passages uit deel 4 die hierna zijn opgenomen gevolgd door een reactie van mijn kant:*
– De constatering van een of meer onzakelijke voorwaarden kan in de optiek van de auteurs van deel 4 niet alsnog tot herkwalificatie van een geldverstrekking in de civielrechtelijke vorm van een geldlening in kapitaal leiden. Ik zou dit volgens de auteurs anders zien (zie onderdeel 2.3 van deel 4). Dit berust mijns inziens op een verkeerde lezing door de auteurs van deel 4 van het door mij betoogde in mijn drieluik. Zie ook hiervoor de drietrapsraket inclusief de onderlinge rangorde.
– Eerst de zakelijkheid van de voorwaarden van de geldverstrekking toetsen en daarna (opnieuw bij stap 7 (PP: bedoeld zal zijn stap 6)) de aard van de geldverstrekking, vormt volgens de auteurs een cirkelredenering (lijkt immers de omgekeerde wereld zoiets als eerst jaarwinst uitrekenen en dan de totaalwinst bepalen) die zij niet kunnen volgen en zij vragen zich af hoe dit zich verhoudt tot de totaalwinstgedachte (zie onderdeel 3.3 van deel 4). In mijn visie maakt stap 6 (trap 3) gewoon onderdeel uit van de drietrapsraket, zijnde een zakelijkheidstoets of totaalwinsttoets of arm's-lengthtoets (ook los van art. 8b Wet VPB 1969 jo. art. 9 OESO-modelverdrag en OESO-richtlijnen 2010).
– Het staat niet zonder meer vast dat de OESO-richtlijnen direct toepasbaar zijn in Nederland en deze zijn te vergelijken met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal zodat de auteurs menen dat het Nederlandse fiscale recht niet vastzit aan de door mij gehanteerde drietrapsraket (zie onderdeel 3.3 van deel 4). De OESO-richtlijnen zijn door mij aangevoerd als ondersteunende argumentatie. Hetzelfde heeft te gelden voor bijvoorbeeld het Thin Cap GLO-arrest van het HvJ EG.
– Wattel maakt – net als de auteurs zelf eigenlijk doen – een onderscheid tussen twee soorten leningen (OR- en ODR-leningen) (zie onderdeel 5 van deel 4). Ik wil graag erop wijzen dat A-G Wattel in zijn conclusie van 4 juli 2010, nr. 08/05323, V-N 2010/40.26, punt 4.4. en 8.9, ook melding maakt van de herkwalificatiemogelijkheid (stap 6 of trap 3) bij totaalwinst los van art. 8b Wet VPB 1969 jo. art. 9 OESO-modelverdrag en de OESO-verrekenprijsrichtlijnen 2010.
– Het gesloten systeem HR, BNB 1988/217 (zie onderdeel 6 van deel 4). Mijns inziens heeft te gelden dat voor de hier bedoelde rekwalificatie op grond van HR, BNB 1988/217, het arm's--lengthbeginsel een aparte uitzondering noch een toepassingsvereiste vormt. Bovendien speelt bij de zakelijkheidstoets in mijn ogen nog het tweezijdig perspectief.

In dit kader wil ik in het bijzonder wijzen op de volgende twee passages die juist wijzen op erkenning van stap 6 (trap 3).[81]

1. Het verzekeren van het brandende Armando-museum zal niet tot stand komen (onderdeel 3.2.2 van deel 4);[82]
2. De auteurs onderschrijven dat in uitzonderlijke situaties herkwalificatie (via de OESO-richtlijnen met name par. 1.64-1.65) kan plaatsvinden. Wel benadrukken zij – zeker ook in grensoverschrijdende situaties – dat hier zeer behoedzaam mee moet worden omgegaan (zie onderdeel 3.3 van deel 4).

Ik lees dit als een expliciete bevestiging van stap 6 (trap 3).

In het geval deze zeer uitzonderlijke stap 6 (trap 3) – die mogelijk nu onevenredig veel aandacht krijgt mede gelet op het geringe toepassingsbelang in de huidige praktijk voor wat betreft de crediteur – door de auteurs wordt onderkend en wellicht impliciet onderdeel uitmaakt van toets 1 verschillen we niet wezenlijk van inzicht. Mocht stap 6 (trap 3) toch naar de bedoeling van de auteurs dienen te worden 'genegeerd' dan wil ik graag tot behoud van deze stap (trap) refereren aan mijn nadere argumentatie opgenomen in deel 3 van mijn drieluik.[83]

In deel 3 van mijn drieluik beschreef ik al dat de drievoudige zakelijkheidstoets (stap 5a, 5b en 6) en het daarbij te hanteren tweezijdig perspectief nog te weinig aandacht in de praktijk en in de literatuur kreeg. Helaas, naar het lijkt, ook in deel 4 van de auteurs wordt mijns inziens niet of althans onvoldoende (expliciet) ingegaan op de drievoudigheid van de zakelijkheidstoets, evenals op het daarmee samenhangende tweezijdige perspectief.[84] Tegelijkertijd heeft wel te gelden dat wanneer de transactie overigens al onzakelijk is vanuit het perspectief van de crediteur voor de afwaarderingsvraag bij de crediteur vervolgens het perspectief van de debiteur/inlener niet meer in beeld komt.

Het in het kader van de zakelijkheidstoets belangrijke arrest HR, *BNB* 2004/265 (als zodanig niet besproken door de auteurs van deel 4) vormt een aanrader voor alle lezers evenals de zeer lezenswaardige conclusie van Van Kalmthout, met name onderdeel 4 bij dit arrest, of zie voor een verkorte versie de conclusie van Wattel van 14 juli 2010, nr. 08/05323, met name onderdeel 6.[85]

Inzake de beschouwing over de drie situaties bij het ontbreken van (voldoende) zekerheid[86] zou ik de lezer van harte willen aanbevelen terug te keren naar de door

81 *Overige aanwijzingen die wellicht juist ook wijzen op erkenning van stap 6 zijn:*
– De niet geheel zuivere volgorde van toetsing; eerst de zakelijkheid van de voorwaarden van de geldverstrekking en daarna (opnieuw) de aard van de geldverstrekking (zie onderdeel 2.1 in voetnoot van deel 4);
– De auteurs hebben ook twijfels bij de volgorde van de door mij beschreven drietrapsraket vanwege de door mij genoemde bodemlozeputlening als mogelijk toekomstig voorbeeld van stap 6 gesteld dat de aandeelhouderseis zelfstandige betekenis heeft (onderdeel 3.3 van deel 4);
– De auteurs menen dat de in ons fiscale recht gebruikelijke benadering kan blijven worden gevolgd: te weten toets 1, kwalificatie van de aard van de geldverstrekking (in combinatie met HR, BNB 1988/217) en toets 2, aanpassing van de prijs (rente) of voorwaarden (in combinatie met BNB 2008/191). Deze benadering achten zij niet strijdig met de door de OECD gehanteerde uitgangspunten; slechts de volgorde wijzigt. Dit zou naar hun mening uiteindelijk niet tot andere uitkomsten moeten leiden (zie onderdeel 3.3 van deel 4).

82 *In mijn visie valt dit voorbeeld ten minste goed te plaatsen in trap 3 (stap 6) omdat de eigenaar van het brandende Armando-museum de herbouwwaarde als verzekeringspremie zou willen betalen terwijl de verzekeraar als premie de herbouwwaarde plus winstopslag wenst te ontvangen zodat deze transactie tussen ongelieerden niet tot stand zou komen en daarmee dient te worden genegeerd tussen gelieerden conform stap 6 (trap 3).*

83 *Hierbij heb ik wellicht ten overvloede veelvuldig de OESO-richtlijnen 2010 aangevoerd. Tegelijkertijd valt ook zonder deze richtlijnen een lijn in de Nederlandse jurisprudentie te zien waaruit het bestaansrecht van stap 6 valt te destilleren. Zelfs in de Europese jurisprudentie is daarvoor steun te vinden, zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (Thin Cap GLO), par. 47, 49, 80-83 en 85-86, in onderlinge samenhang beschouwd. In het bijzonder pa. 81 acht ik hier van belang.*

84 *Zoals ik al memoreerde in deel 3 van mijn drieluik speelt mijns inziens dit tweezijdig perspectief vooral een rol van betekenis bij excessieve financieringen – uitzonderingen daargelaten onder meer in situaties van reële bedrijfsopvolgingen in het MKB – zowel voor wat betreft de afwaarderingsvraag en de belastbaarheid van de rente bij de crediteur als de renteaftrek bij de debiteur. Vanuit het perspectief van de geld(in)lener ('debiteur') zou veronderstellenderwijs een onafhankelijke derde met een al dan niet goed lopend bedrijf zich niet door middel van excessieve leningen o/g (opgenomen geld) in een potentieel faillissementsscenario laten 'duwen'. Een aanwijzing voor onzakelijkheid vanuit de debiteur zou oder andere (kunnen) zijn dat de rentelasten groter zijn dan de echte bedrijfsresultaten.*

85 *Een aanrader onder meer omdat uit het bedoelde jurisprudentieoverzicht blijkt dat sprake is van een vaste lijn in de jurisprudentie waarbij HR, BNB 1955/46 als voorbeeld en belangrijke landmarker zeker niet op zichzelf en alleen voor de inkomstenbelasting zou (kunnen) staan.*

86 *Zie onderdeel 3.1 van deel 4.*

mij voorgestane praktische invulling van 'in zoverre' of 'voor zover' versus 'bijzondere omstandigheden',[87] omdat dat mijns inziens meer pleitbaar, praktisch hanteerbaar, in overeenstemming met de lagere rechtspraak en conform systematiek is.[88]
Inzake de relatie tussen enerzijds het renpaardenarrest versus het Cessna-criterium en anderzijds onder meer de onzakelijke lening,[89] verwijs ik de lezer naar hetgeen ik daarover heb gemeld in mijn drieluik.[90] Als een belangrijke aanvulling op mijn drieluik wijs ik – mede ook in het kader van deze relatie – op Hof Arnhem 26 oktober 2010 (zelfs geen afwaarderingsverlies *hoofdsom*onzakelijke lening bij liquidatie debiteur/deelneming), waartegen inmiddels cassatie loopt.[91]

In de praktijk zien we heel vaak dat de rente slechts wordt bijgeschreven in plaats van betaald. Zou dat feit het onderdeel 3.2 van deel 4 sowieso niet – uitzonderingen daargelaten – in een ander daglicht (kunnen) plaatsen en ter bevestiging kunnen dienen van de juistheid van onder meer Hof Arnhem 26 oktober 2010, r.o. 4.14?[92]

Bij het – met het oog op de praktijk – interessante onderdeel 4 van deel 4 wil ik nog wel enkele aanvullingen plaatsen.[93]
De bewijslast rust op degene die de stelling inneemt dat – in afwijking van de civielrechtelijke vormgeving – hetzij de verstrekking van de lening (stap 4) door de moeder, hetzij de kwijtschelding (mijns inziens een voorbeeld van stap 6) als een informele kapitaalstorting moet worden aangemerkt (HR, *BNB* 1996/51). Het betreft ook twee toetsmomenten voor (*re-* of *her-*)kwalificatie. Het komt mij voor dat dit niet altijd in onderdeel 4 van deel 4 als zodanig wordt uitgewerkt.
Indien verder bijvoorbeeld sprake is van inbreng in de debiteur tegen aandelen, verjaring of (onzakelijke) kwijtschelding van de (in waarde gedaalde en al dan niet indachtig goed koopmansgebruik afgewaardeerde) *hoofdsom*onzakelijke lening u/g 'omlaag', is, mijns inziens, wel degelijk sprake van een ophoging van het opgeofferde bedrag in de debiteur voor de nominale waarde. Dit vanwege het feit dat totaalwinst ('het niet toestaan van afwaardering als zodanig') voorgaat op de jaarwinst ('de hoogte van de eventuele afwaardering volgens goed koopmansgebruik') en de afwaardering op de *hoofdsom*onzakelijke lening door middel van een balans- en winstcorrectie niet wordt geaccepteerd.[94]
Zie verder de daartoe op te stellen journaalposten waarbij gerefereerd kan worden aan:

1 HR, *BNB* 1978/140, voor de moeder/crediteur M[95]

kostprijs deelneming D	nominale waarde
aan) *hoofdsom*onzakelijke vordering	nominale waarde

en aan

2 onder meer HR, *BNB* 1969/202 voor de dochter/debiteur D

*hoofdsom*onzakelijke schuld	nominale waarde
aan) informeel kapitaal	nominale waarde

Naar aanleiding van deze publicatie door de auteurs van hun deel 4, de redactie van het Weekblad en mijn uiteenzetting bespreek ik tot slot nog vier kwesties die in de praktijk voor de nodige onduidelijkheid (blijven) zorgen, waarbij tegelijkertijd de onderlinge relaties tussen de drie sterren uit het beginplaatje aan de orde komen.
1. Gesteld dat geen sprake is van een bodemlozeputle-

87 *Zie de door mij voorgestane uitleg (inclusief voorbeelden) van de nuanceringen 'in zoverre' of 'voor zover' en de uitzondering 'bijzondere omstandigheden' uit onderdeel 2 van deel 1 uit mijn drieluik. Tegelijkertijd benutten belanghebbenden vooralsnog, mijns inziens, te weinig de door de Hoge Raad geformuleerde nuancering en uitzondering veronderstellenderwijs de juistheid van door mij voorgestane uitleg.*

88 *Het komt mij voor dat een verbreking (en mogelijk ook aangaan?) van een fiscale eenheid, als zijnde een fiscale reden, niet als een zakelijke reden in de zin van HR, BNB 2005/107, r.o. 3.3, kan c.q. moet worden bezien. Anders de auteurs van deel 4 in onderdeel 3.1.*

89 *Zie onderdeel 3.3 van deel 4.*

90 *Zie de onderdelen 2 en 3 van deel 2 van mijn drieluik. Het Cessna-criterium (stap 7 van mijn tienstappenplan) betreft een toets op in beginsel niet splitsbare uitgaven met een gemengd karakter, dus uitgaven met zowel een persoonlijk als een zakelijk belang. De relatie tussen enerzijds het renpaardenarrest (wellicht in mijn stap 1 van de 10 te vinden?) en het Cessna-criterium (stap 7) betreft, mijns inziens, vooral een bewijslastkwestie. Overigens is de vraag of en in hoeverre deze jurisprudentie inzake onzakelijke uitgaven versus kosten (zakelijke uitgaven) ook kan (of moet?) zien op een geldverstrekking.*

91 *Zie lopende procedure HR, nr. 10/05161, tegen de uitspraak Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00075 en nr. 09/00077.*

92 *Zie voor wat betreft rente versus zekerheden en naar aanleiding van onderdeel 5 van deel 4 over de conclusie van A-G Wattel van 14 juli 2010, nr. 08/05323, uitgebreider W.F.E.M. Egelie, NTFR 2010/2168.*

93 *Zie ook mijn onderdeel 3.3 van deel 1 van mijn drieluik en meer recent de conclusie van A-G Niessen van 24 februari 2011, nr. 10/04588, met name punt 5.15-5.18 en voetnoot 22.*

94 *Zie ook de vierde kanttekening in onderdeel 3.3 van deel 1 van mijn drieluik.*

95 *Wanneer in de casus HR, BNB 1978/140, niet zou zijn afgewaardeerd om welke reden dan ook was de journaalpost mijns inziens ook hetzelfde geweest zoals nu is opgenomen in de hoofdtekst.*

ning, doordat ten tijde van de geldverstrekking (of daarna, vergelijk HR, *BNB* 1997/42) niet wordt geacht te zijn voldaan aan de 'vordering-komt-geen-waarde-toe-eis'. Dit als gevolg van de goede winstverwachtingen los van het negatieve vermogen en de omvangrijke verliespositie uit het verleden van de debiteur/deelneming. In dat geval moet mijns inziens sowieso de beoordeling van de (drievoudige) zakelijkheidstoets (via de drietrapsraket van stap 5a, 5b en 6) (kunnen) volgen. Volgens mij gaat het bij het vaststellen of sprake is van de onzakelijke voorwaarde van het ontbreken van (voldoende) zekerheden (stap 5b) vooralsnog om formeel civielrechtelijk gevraagde en verstrekte zekerheden op de activa van de debiteur of garanties van de aandeelhouders van de debiteur en daarvoor is onvoldoende de goede winstvooruitzichten (waardoor geen sprake is van een bodemlozeputlening). De in de praktijk geregeld gehanteerde positieve of negatieve hypotheekverklaringen zijn volgens mij onvoldoende. Een eventuele verpanding van de aandelen in de debiteur lijkt mij in dit kader ook onvoldoende.

2. Gesteld een afwijzing van de bodemlozeputlening uitgaande van de veronderstelling dat de aandeelhouderseis een zelfstandige eis[96] is waaraan geacht wordt niet te zijn voldaan. Met andere woorden: de geldverstrekking dient (voldoende) zakelijke (lees: ondernemings)doeleinden voor de crediteur/aandeelhouder. In dat geval kan (moet?) mijns inziens sowieso de beoordeling van de zakelijkheidstoets (volgens de drietrapsraket met stap 5a, 5b, en 6) volgen. Stap 6 zou wellicht nu niet meer aan de orde kunnen komen,[97] indien voor deze stap vereist is of zou zijn dat de geldverstrekking slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouders als zodanig, zodat sprake is van een handelen in de kapitaalssfeer. Er kunnen dan nog steeds onzakelijke voorwaarden zijn overeengekomen. De geldverstrekking moet sowieso getoetst worden aan stap 5a en 5b (als overgebleven onderdelen van de zakelijkheidstoets).

3. Bestaat de *hoofdsom*onzakelijke lening u/g (stap 5b) *in de toekomst* nog wel als lening waarop geen afwaarderingsverlies mag worden genomen en de rentebaten wel belastbaar worden geacht?[98] Of zal de Hoge Raad (gaan) beslissen dat alles (alsnog) in de kapitaalsfeer wordt getrokken, waarbij de *hoofdsom*onzakelijke lening (stap 5b) opgaat in de *transactioneel* onzakelijke lening (stap 6) (kapitaalsfeer)?[99] Het zou het toekomstbeeld kunnen zijn na een glazige blik van mij in het fiscale spectrum. De vraag is of hetgeen in de OESO-verrekenprijsrichtlijnen 2010 (par. 1.64-1.65)[100] als zeer uitzonderlijk wordt bestempeld en tevens de meest vergaande vorm (stap 6), dan in ons nationaal recht niet te veel tot gemeengoed zal worden verklaard.[101]

4. Vormt de bodemlozeputlening in de toekomst nog wel een voorbeeld van zelfstandige fiscale (re)kwalificatie van de feiten (stap 4) waarbij de zakelijkheid geen rol speelt of zal deze bodemlozeputlening in de toekomst kunnen worden gezien als een voorbeeld van stap 6?[102]

'Ik bespreek tot slot vier kwesties die in de praktijk voor de nodige onduidelijkheid (blijven) zorgen'

Ik hoop en verwacht dat de Hoge Raad nadere duidelijkheid zal verschaffen ten minste over de hiervoor vermelde vier kwesties die in de praktijk tot op heden (en eventueel tot in de toekomst?) immers voor de nodige onduidelijkheid (blijven) zorgen.

96 *Ook ik vermoed dat dit zo is, maar is dat tevens de heersende leer? Het zal mijns inziens verder uitzonderlijk zijn wanneer alleen op deze aandeelhouderseis de bodemlozeputlening wordt afgewezen.*

97 *Daargelaten omwille van de eenvoud een beoordeling vanuit tweezijdig perspectief, hetgeen aanleiding zou kunnen geven voor een genuanceerder beeld.*

98 *Mijns inziens zouden de belastbare rentebaten nog kunnen worden verminderd met een deel van de rente voor zover het een risico-opslagvergoeding betreft voor het (onzakelijk) debiteurenrisico.*

99 *P.G.H. Albert noemt in zijn noot onder HR, BNB 2008/191 de bodemlozeputlening zelfs een apert onzakelijke lening.*

100 *De OESO-richtlijnen vormen slechts gezaghebbende opvattingen waaraan een rechter niet is gebonden.*

101 *Hetgeen naast de duidelijkheid omtrent vervolgcorrecties als winstuitdeling en/of informeel kapitaal ook een grote uitstraling zal hebben naar vraagstukken inzake de renteaftrek bij de debiteur (wellicht nog verdergaand dan het huidige tweezijdige perspectief bij de zakelijkheidstoets).*

102 *Ik sluit niet uit dat de bodemlozeputlening (nu nog stap 4) in de toekomst zal (mogen) worden beschouwd als één van de voorbeelden van de transactioneel onzakelijke 'lening' (stap 6).*