

# Verlag 42<sup>e</sup> Fiscale Conferentie van de NOB ‘Onzakelijke leningen’

Mevr. mr. L.S. Rijff en mevr. mr. A. Matser<sup>1</sup>

Verlag van de 42<sup>e</sup> NOB Fiscale Conferentie ‘Onzakelijke leningen’, gehouden op 17 en 18 november 2016 te Zeist.

## 1 Inleiding

Op 25 november 2016 vierde het leerstuk van de onzakelijke lening<sup>2</sup> zijn 5<sup>e</sup> verjaardag. Op 17 en 18 november, een week voor dit (al dan niet) heuglijke moment, vond de 42<sup>e</sup> editie van de Fiscale Conferentie plaats met als onderwerp ‘Onzakelijke leningen’. Gedurende twee dagen zijn negen leden van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) en twaalf medewerkers van de Belastingdienst en het Ministerie van Financiën met elkaar in discussie gegaan over dit leerstuk.

Dit gebeurde onder leiding van oud-raadsheer mr. C.B. Bavinck<sup>3</sup> en aan de hand vijf deelonderwerpen. Noemenswaardig is dat de conferentieleider als raadslid van de Hoge Raad mede betrokken was bij de besluitvorming van de onzakelijkeleningarresten.

Na een warm welkom opende Bavinck zijn inleiding met de historie van het leerstuk van de onzakelijke lening. Bavinck gaf aan dat destijds bij hem twee arresten een belangrijke rol hebben gespeeld in de besluitvorming: het Peseta-arrest<sup>4</sup> (valutacomponent in rente werd fiscaal apart behandeld) en het Kaspische zeebodem-arrest<sup>5</sup> (geen rente vast te stellen op intercompany-lening). Ook ging Bavinck in op het karakter en de hoofdlijnen van de onzakelijke lening en besprak hij enkele vraagpunten aan de hand van recente jurisprudentie.

Na deze introductie was het woord aan de inleiders en de deelnemers.

## 2 Het raamwerk van de onzakelijke lening (in het bijzonder valuta- en renteproblematiek)

Mr. W.F.E.M. Egelie<sup>6</sup> startte zijn inleiding met het arrest BNB 2012/37<sup>7</sup>. Kernvraag van dit arrest is of een rente te vinden is waartegen een onafhankelijke derde, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, de lening zou verstrekken. De rente mag niet zodanig worden aangepast dat de lening in wezen winstdelend wordt.<sup>8</sup> Kan een dergelijke rente niet worden gevonden, dan is - behoudens bijzondere omstandigheden - sprake van een onzakelijke lening.

Egelie ging vervolgens in op de fiscaal in aanmerking te nemen rente op een onzakelijke lening. Volgens de Hoge Raad is deze rente de vuistregelrente<sup>9</sup>. Indien de rente bij de hoofdsom wordt bijgeschreven geldt als belaste bate de waarde in het economische verkeer van de rentevordering op dat moment (hierna: de WEV-regelrente)<sup>10</sup>. De feitelijk overeengekomen rente is fiscaal irrelevant. De deelnemers bespreken een casus waarin een onzakelijke lening in jaar t wordt afgewaardeerd. De vraag is of - in geval van bijschrijving - de vuistregelrente of de WEV-regelrente in jaar t+1 toepassing vindt. De deelnemers menen dat de crediteur de WEV-regelrente dient te hanteren, als die lager is dan de vuistregelrente, maar zij verschillen van mening over de rente die de debiteur in dat geval fiscaal in aanmerking dient te nemen.

De Hoge Raad heeft de vraag naar de fiscale gevolgen van (ongerealiseerde) valutaresultaten op de hoofdsom van een onzakelijke lening nog niet beantwoord. Daarom bespraken de deelnemers drie

<sup>1</sup> Mevr. mr. L.S. Rijff is werkzaam op Bureau Vaktechniek van BDO Accountants & Belastingadviseurs en is als docent Belastingrecht verbonden aan Tilburg University. Mevr. mr. A. Matser is werkzaam bij de Belastingdienst, kantoor Eindhoven.

<sup>2</sup> Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>3</sup> Oud-raadsheer Hoge Raad.

<sup>4</sup> Hoge Raad 28 april 1999, nr. 33 122, BNB 1999/313.

<sup>5</sup> Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

<sup>6</sup> Werkzaam bij de Belastingdienst, kantoor Arnhem.

<sup>7</sup> Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>8</sup> Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2.

<sup>9</sup> Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.4.

<sup>10</sup> Hoge Raad 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149, r.o. 3.5.2.

alternatieven voor de behandeling van valutaresultaten.<sup>11</sup> De deelnemers komen niet tot een unaniem oordeel over welke zienswijze de juiste is.

### **3 Onzakelijke lening in concernverband**

Prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk<sup>12</sup> besprak met de deelnemers, mede aan de hand van diverse casusposities, een heel aantal resterende vraagpunten ten aanzien van de onzakelijke lening in concernverband.

Allereerst plaatste Bobeldijk het leerstuk van de onzakelijke lening in het kader van het naar zijn mening omvattender leerstuk van de onzakelijke financiële risico's binnen concernverband. Als mogelijke onzakelijke financiële risico's noemde hij onder meer borgstellingen, garanties, 403-verklaringen en bepaalde valutatransacties. Tevens besprak hij aan de hand van een casus de vraag of ook het houden van een aandelenbelang als een dergelijk risico kan worden aangemerkt. De casus was als volgt: M houdt D1 en D2. D1 heeft een onzakelijke lening verstrekt aan D2. D1 waardeert de vordering op D2 af. Als D2 failliet gaat is sprake van (a) een onttrekking door D1 aan aan M en (b) een informele kapitaalstorting door M in D2. Maar wat is het gevolg als D1 in plaats van een onzakelijke lening cumulatief preferente aandelen (cumprefs) heeft verkregen in D2? Omdat ook in die situatie het financiële risico gelopen wordt vanwege de aandeelhoudersrelatie, zouden naar de mening van Bobeldijk de gevolgen niet anders moeten zijn dan ingeval van een onzakelijke lening. De deelnemers waren geneigd hem hierin te volgen.

Vervolgens besprak Bobeldijk de gevolgen van een overdracht van een onzakelijke lening, zowel binnen als buiten concernverband. Hij ging aan de hand van een casus zowel in op de positie van de crediteur als de debiteur. De casus ging over verkoop van een onzakelijke lening aan een derde: M heeft een onzakelijke lening verstrekt aan D van 1000. De onzakelijke lening is op enig moment nog maar 600 waard en wordt aan een derde voor dit bedrag verkocht. De derde verkrijgt geen aandelen in D. Het gaat vervolgens slecht met D en de derde wil de lening van 600 afwaarderen. De deelnemers bespreken diverse aspecten op het niveau van M alsook de gevolgen van de afwaardering bij de derde. Is bij de derde ook sprake van een onzakelijke lening? Bij de debiteur zal de overdracht geen gevolgen hebben en zal sprake blijven van een onzakelijke lening. Vervolgens werden nog enkele varianten op de casus besproken.

Ook ging Bobeldijk in op het renteaspect bij onzakelijke leningen in (internationaal) concernverband. M verstrekt aan D (gevestigd in het buitenland) een onzakelijke lening. D trekt fiscaal 8% rente af. M houdt fiscaal rekening met een borgstellingsanaloge rente van 2%. Het verschil van 6% bevindt zich in de kapitaalsfeer en valt niet onder artikel 13 lid 17 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). Ook bespreekt Bobeldijk de situatie andersom en de afwaardering van de hoofdsom in combinatie met de Anti-Tax Avoidance Directive (hierna: ATAD).

Al met al wist Bobeldijk in zijn inleiding een groot aantal vragen op te werpen die tot een geanimeerde discussie leidde en verder stof tot nadenken vormt.

### **4 Internationale aspecten en TP**

Tijdens de afsluitende inleiding van de eerste dag keek L.J.J.C. van Wijnen RA<sup>13</sup> met een transfer pricing bril naar de onzakelijke lening. Op grond van artikel 8b lid 1 Wet Vpb moet bij een financieringstransactie naar het geheel van voorwaarden (inclusief de hoogte van de rente) worden gekeken om vast te kunnen stellen of de transactie at arm's length is. Indien de overeengekomen voorwaarden afwijken van de voorwaarden die tussen onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen dient de winst aangepast te worden.

Van Wijnen gaf aan op welke wijze de OESO Transfer Pricing Guidelines (hierna: TPG) de onzakelijke lening anders behandelen dan de Hoge Raad. Een belangrijk verschil is dat de TPG

---

<sup>11</sup> Zie voor de verschillende alternatieven het artikel van mr. W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening en valutaresultaten: een kwestie van geduld?', *NTFR* 2016/1662.

<sup>12</sup> Werkzaam bij Loyens & Loeff NV en als hoogleraar Vennootschapsbelasting verbonden aan Nijenrode Business Universiteit.

<sup>13</sup> Werkzaam bij Belastingdienst, kantoor Rotterdam.

gedeeltelijke herkwalficatie van een onzakelijke lening tot eigen vermogen mogelijk achten. De Hoge Raad sluit hier echter (nog) niet bij aan.

Tot slot ging Van Wijnen in op de belangrijkste aspecten die van belang zijn bij het bepalen van een passende rente. Dit zijn de kredietwaardigheid, de overeengekomen voorwaarden en de omvang van de lening. De belangrijkste boodschap van deze inleiding was dat een tussen ongelieerde partijen tot stand gekomen prijs niet per definitie maatgevend is voor de onderbouwing van een gelieerde transactie. Er moet namelijk sprake zijn van een vergelijkbare transactie in vergelijkbare omstandigheden. Vanuit ieders perspectief moet de transactie ook economisch rationeel zijn. Het zogenaamde “tweezijdig perspectief” speelt bij deze beoordeling een belangrijke rol.

### **5 Onzakelijke lening in familieverband (deel I)**

Op dag 2 van de conferentie werd in een tweeluik ingegaan op de onzakelijke lening in familieverband. Prof. mr. dr. P.H.G. Albert<sup>14</sup> gaf de aftrap van dit tweeluik. Hij besprak allereerst aan de hand van jurisprudentie het moment van onttrekking, kapitaalstorting en (eventuele) schenking bij het tenietgaan van de onzakelijke lening.<sup>15</sup>

Albert vervolgde zijn inleiding met het schetsen van een casus. In 2011 heeft X (de vennootschap van vader) een onzakelijke lening verstrekt aan Y (de vennootschap van zoon). De lening is bedoeld en wordt aangewend voor de financiering van nieuwe activiteiten van Y. Na verloop van tijd blijken deze nieuwe activiteiten onvoldoende rendabel, waarna in 2016 de activiteiten worden gestaakt. Omdat Y de lening niet kan terugbetalen, scheldt X de lening begin 2017 kwijt.

Aan de hand van de casus stelde Albert de deelnemers vervolgens op de proef met een aantal vragen. Zo menen de deelnemers dat de kwijtschelding in 2017 niet leidt tot een belaste winst bij Y. De deelnemers denken echter verschillend over het moment van de winstuitdeling bij X. Vanuit een economische benadering zou dit het moment kunnen zijn dat duidelijk is dat vordering onvolwaardig is geworden. Vanuit de juridische benadering is dit het moment van formele kwijtschelding. Deze momenten hoeven niet samen te vallen.

Na constatering van een uitdeling komt de vraag op of dan sprake is van een schenking van vader aan zoon in privé vanwege de kwijtschelding van de onzakelijke lening. De deelnemers verschillen van mening over de vraag of aan alle voorwaarden voor een schenking is voldaan.<sup>16</sup> Aangezien de schenkbelasting een tijdstipbelasting is, komt bovendien de vraag op wanneer het belaste moment voor de schenkbelasting optreedt. De deelnemers komen ook op dit punt niet tot een eenduidig antwoord.

### **6 Onzakelijke lening in familieverband (deel II)**

Prof. mr. dr. E.J.W. Heithuis<sup>17</sup> begon zijn inleiding met het arrest BNB 2012/78<sup>18</sup>. De Hoge Raad oordeelt hierin dat kwijtschelding van een onzakelijke lening leidt tot een (voorwaardelijke) informele kapitaalstorting. De vraag die dit arrest niet beantwoordt, is wie het informele kapitaal stort indien sprake is van meerdere aandeelhouders. Tijdens de geanimeerde discussie kwamen diverse invalshoeken naar voren. Uit een stemming bleek een meerderheid voor een pro rata toerekening van de informele kapitaalstorting te zijn.

Heithuis besteedde in zijn inleiding ook aandacht aan het arrest van 16 september 2016<sup>19</sup>. Dit arrest gaat over een maatschap tussen ouders en zoon waarbij de ouders de kapitaalrekening van zoon financieren. De Hoge Raad besliste dat sprake is van een onzakelijke lening van de ouders aan de zoon. De afwaardering en/of kwijtschelding vormt geen aftrekbaar ondernemingsverlies voor de

---

<sup>14</sup> Werkzaam bij Baker Tilly Berk en als hoogleraar internationaal belastingrecht verbonden aan Nijenrode Business Universiteit.

<sup>15</sup> Hoge Raad 28 februari 2014, nr. 12/03526, BNB 2014/98, r.o. 3.3.4.3.

<sup>16</sup> De drie voorwaarden zijn: verarming van de schenker, verrijking van de begiftigde en de bevoordeling vindt plaats uit vrijgevigheid.

<sup>17</sup> Hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en Open Universiteit en verbonden aan BDO Belastingadviseurs.

<sup>18</sup> Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

<sup>19</sup> Hoge Raad 16 september 2016, nr. 15/03909, V-N 2016/46.14.

ouders. De vraag komt op wat er vervolgens met dit verlies gebeurt. De deelnemers menen dat het verlies niet in box 1 aftrekbaar is.

Een ander onderdeel dat Heithuis inleidde, is herstructurering en dan in het bijzonder de fiscale gevolgen van de overdracht van onzakelijke geldvorderingen tegen de waarde in het economische verkeer. Verandert hiermee het karakter van de lening? Zo ja, geldt dit voor de crediteur, de debiteur of allebei en hoe behandel je dan de rente? Maakt het uit of de overdracht van de vordering plaatsvindt aan een derde of aan een gelieerde partij? En wat zijn de fiscale gevolgen als een vordering alsnog volloopt en de debiteur de lening aflost voor de nominale waarde? De deelnemers merken op dat sprake is van lastige materie, waarin niet eenvoudig een definitief antwoord kan worden gevonden.

### **7 Beschouwing van alternatieven (nationaal)**

R.C. de Smit Msc<sup>20</sup> verzorgde de afsluitende beschouwing. Volgens De Smit zijn er goede argumenten voor het huidige behandeling van de onzakelijke lening. Daartegenover staat dat de huidige behandeling moeizaam past binnen het totaalwinstbeginsel en tot onduidelijkheden of zelfs tot onredelijke uitkomsten leidt. De Smit besteedt daarom aandacht aan vijf alternatieven:<sup>21</sup>

- 1) Oprekking van de criteria van een deelnemerschapslening;
- 2) Oprekking van de criteria van een bodemloze put-lening;
- 3) Geen correctie van de hoofdsom, maar een winstafnemende vergoeding;
- 4) Gedeeltelijke herkwalificatie bij verstrekking van de lening;
- 5) De junk-bondbenadering.

Vervolgens poneert De Smit de stelling dat het beste alternatief zou zijn om leningen vooraf (bij verstrekking) te beoordelen op zakelijkheid (variant 5). Op dat moment dienen ook eventuele correcties plaats te vinden. Bij deze benadering leidt het verschil tussen de nominale waarde en de waarde in het economische verkeer van de lening tot een informele kapitaalstorting ('omlaag') of een verkapte uitdeling ('omhoog'). Dit is vergelijkbaar met de jurisprudentie van de Hoge Raad over niet opeisbare renteloze leningen. De uiteindelijke afwikkeling van de vordering, zoals het volwaardig worden of juist het afboeken op de vordering, vindt plaats in de winstsfeer bij zowel de crediteur als de debiteur. Hij illustreert dit aan de hand van journaalposten. De Smit constateert dat verscheidene problemen met de huidige benadering die in de voorgaande sessies en in de gewezen jurisprudentie aan de orde zijn gekomen, niet opdoemen bij deze correctie op het moment van verstrekking. Verder wijst hij erop dat de Hoge Raad zelf wel voor deze benadering kiest bij de behandeling van de rentevordering op de onzakelijke lening. De deelnemers menen dat deze variant een logisch systeem vormt en tot een consequente behandeling leidt. De problemen die de deelnemers signaleren zijn vooral praktisch van aard (uitvoerbaarheid, discussies over de WEV). Maar, zo merken sommige deelnemers op, hier ligt wellicht een taak voor de wetgever.

### **8 Tot slot**

Bavinck sluit de conferentie af met een korte terugblik op alle inleidingen en de constatering dat het een zeer vruchtbare conferentie is geweest. Het onderwerp 'de onzakelijke lening' leidde tot vele discussies. Hieruit kwam naar voren dat veel van de besproken problematiek oplosbaar is binnen de door de Hoge Raad ingeslagen weg.

Maar er zijn ook fundamentele problemen gesignaleerd, bijvoorbeeld de vraag op welk moment sprake is van een onttrekking of een informele kapitaalstorting. Een ander fundamenteel probleem doet zich voor bij bedrijfsoverdrachten. Terecht dat op zulke momenten de vraag opkomt of de keuze voor het hybride karakter van de onzakelijke lening een juiste is geweest. Waarschijnlijk werd de 5<sup>e</sup> verjaardag van de onzakelijke lening om die reden niet uitbundig door eenieder gevierd.

De inleiding van De Smit over alternatieven vormde de apotheose van de Fiscale Conferentie, zij het dat zijn voorkeursalternatief eveneens tot praktische problemen leidt.

---

<sup>20</sup> Werkzaam bij het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>21</sup> Gebaseerd op de conclusie van A-G Wattel (BNB 2012/39).