

Tien jaar onzakelijke lening: waar staan we nu?

Het in 2008 gewezen arrest BNB 2008/191 bleek achteraf het begin te zijn van een uitgebreide jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het leerstuk van de onzakelijke lening. Na ruim tien jaar is het goed om deze jurisprudentie eens in kaart te brengen. In dit artikel is tevens een stroomschema opgenomen dat zich richt op de kernvraag wanneer sprake is van een onzakelijke lening. Vervolgens wordt de wetgevende arbeid van de Hoge Raad geëvalueerd en ten slotte getoetst op praktische toepasbaarheid.



Henk Scholman
Mr. H.J.M. Scholman
is eigenaar van
DGA Tax Center te
Almere en tevens
verbonden aan
Lentink De Jonge
Belastingadviseurs
te Harderwijk

Voordat we toekomen aan het leerstuk van de onzakelijke lening moet eerst worden bepaald of wellicht sprake is van een situatie als bedoeld in het zogeheten Paraplukrediet-arrest ((HR 1 maart 2013, BNB 2013/109). De Hoge Raad heeft namelijk voor die situatie een ‘bijzondere rechtsregel’ gegeven die afwijkt van de algemene leer inzake de onzakelijke lening ex BNB 2012/37. De reden hiervoor is dat bij een paraplukrediet de deelnemende concernvennootschappen risico’s lopen in functie van het groepsbelang en een aansprakelijkheid aanvaarden die groter is dan die bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen. Het debiteurenrisico ligt daardoor per definitie in de aandeelhouderssfeer. De ‘at arm’s length’ toets hoeft zelfs niet te worden uitgevoerd. Van een paraplukrediet is sprake wanneer:

- een vennootschap deelneemt aan een kredietarrangement met een derde financier waarin tevens wordt deelgenomen door andere concernvennootschappen;
- die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor vorderingen van de financier uit hoofde van het kredietarrangement op andere concernvennootschappen;
- en voorts de regresvordering ter zake van die hoofdelijke aansprakelijkheid is achtergesteld op de vorderingen van de financier van het kredietarrangement.

Ook wanneer het kredietarrangement is beperkt tot een rentecompensatie- en saldooverrekeningsovereenkomst (cashpooling) is de bijzondere rechtsregel van het

paraplukrediet van toepassing (HR 10 mei 2019, nr. 17/05713, V-N 2019/23.10). Het Paraplukredietarrest is daarentegen niet van toepassing in geval van alleen een hoofdelijke aansprakelijkstelling binnen concern (HR 10 mei 2019, nr. 17/04930, V-N 2019/23.9).

De onzakelijke lening

Wanneer de bijzondere rechtsregel van het Paraplukredietarrest kan worden uitgesloten, komen we vervolgens toe aan het algemene leerstuk van de onzakelijke lening. Hierna volgt het toetsingsschema of sprake is van een onzakelijke lening. Voor een handzaam overzicht verwijs ik voorts naar het stroomschema op pagina 15.

HR 13 januari 2012, BNB 2012/79: is sprake van een redelijke verwachting op terugbetaling?

Hoewel het hierna te behandelen arrest BNB 2012/37 vaak wordt gezien als het standaardarrest over de onzakelijke lening, is het in de praktijk van belang om het arrest van amper twee maanden later voorop te stellen: BNB 2012/79 is een correctie, c.q. aanvulling op BNB 2012/37.

In BNB 2012/79 bepaalde de Hoge Raad dat een lening geen onzakelijk debiteurenrisico bevat wanneer de geldverstrekker ten tijde van de geldverstrekking kennelijk van mening was en redelijkerwijs van mening kon zijn dat er voldoende zekerheid bestond dat de lening zou worden terugbetaald, ook zonder dat er zekerheden zijn

gesteld, de rente – die werd bijgeschreven – niet ‘at arm’s length’ is en er geen aflossingsschema is overeengekomen. Voorts was in deze zaak de desbetreffende rekening-courantovereenkomst pas later op schrift gesteld. De inspecteur meende dat deze kenmerken van de lening al voldoende waren voor de kwalificatie als een onzakelijke lening, ook wanneer de debiteur voldoende verhaal biedt.

De Hoge Raad maakt met dit arrest echter duidelijk dat niet de kenmerken van de lening bepalend zijn, maar de financiële kwaliteit van de debiteur. De bewijslast voor de onzakelijkheid ligt bij de inspecteur. Daarbij kan de inspecteur dus niet volstaan met enkel te wijzen op de kenmerken van de overeenkomst, zoals het ontbreken van zekerheden.

HR 25 november 2011, BNB 2012/37: maakt een at arm’s length rente de lening ‘in wezen winstdelend’?

In dit standaardarrest van de Hoge Raad wordt de basis gelegd voor het leerstuk van de onzakelijke lening. De Hoge Raad bepaalt het volgende:

1. Of sprake is van een geldlening of een kapitaalvertrekking wordt bepaald door de civielrechtelijke vorm, tenzij de inspecteur bewijst dat eigenlijk sprake is van:
 - een schijnlening;
 - een deelnemerschapslening (waarvan de criteria niet materieel worden uitgelegd (BNB 2018/60)); of
 - een bodemlozeputlening.
2. Wanneer de rente gelet op het debiteurenrisico niet at arm’s length is, dient ze te worden gecorrigeerd naar een zakelijke rente. Wanneer de lening daardoor ‘in wezen winstdelend’ wordt:
 - ligt, behoudens bijzondere omstandigheden (zie hierna), het debiteurenrisico in de kapitaalsfeer, waardoor een afwaardering niet ten laste van de winst komt, maar blijft ze overigens een lening die in beginsel moet worden terugbetaald;
 - wel moet de rente worden aangepast met de zogenoemde borgstellingsanalogie of –indien lager – conform de waarde economisch verkeer op het moment dat de rente vervalt (BNB 2013/149).
3. De onzakelijkheid moet worden beoordeeld op het moment van aangaan van de lening, maar door nadien onzakelijk handelen van de geldverstrekker kan de lening alsnog onzakelijk worden.
4. De onzakelijkheid betreft de hele lening, inclusief de bijgeschreven rente.
5. De bewijslast voor de onzakelijkheid ligt bij de inspecteur.

Wanneer op basis van het vorenstaande door de inspecteur is aangetoond dat sprake is van een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou willen lopen – een onzakelijk debiteurenrisico – is daarnaast nog vereist dat dit debiteurenrisico is aanvaard met de bedoeling het belang van de geldverstrekker als aandeelhouder of als anderszins verbonden partij te dienen. Hier is geen sprake van wanneer:

- bijzondere omstandigheden van voldoende gewicht aanwezig zijn, of;
- sprake is van de zogenoemde simultaanuitzondering.

HR 14 oktober 2016, BNB 2017/6 en verwijzingsuitspraak Hof Den Bosch 12 oktober 2017, V-N 2018/8.13: is er sprake van een ‘bijzondere omstandigheid’ die het onzakelijke debiteurenrisico kan compenseren?

Een bijzondere omstandigheid als bedoeld in BNB 2012/37 doet zich voor als tussen de schuldeiser en de schuldenaar naast de geldverstrekking sprake is van een andere zakelijke relatie die bij afwezigheid van de concernrelatie – of verbondenheid anderszins – voor die schuldeiser van voldoende gewicht zou zijn geweest om een lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken en het daardoor belopen debiteurenrisico te aanvaarden. De geldverstrekking vindt in dat geval dus niet om (alleen) aandeelhoudersredenen plaats. Voorbeelden van een dergelijke zakelijke relatie zijn:

- leveranciers- of afnemersrelatie;
- huur/verhuur;
- managementdiensten;
- uit- of inlenen van personeel;
- uitvoeren van opdrachten of (onder)aanneming van werk.

De bijzondere omstandigheid moet van voldoende gewicht zijn om het in beginsel onzakelijke debiteurenrisico toch aan te gaan

De bijzondere omstandigheid moet wel van voldoende gewicht zijn om het in beginsel onzakelijke debiteurenrisico toch aan te gaan. Zie hieromtrent Hof Den Bosch, 12 oktober 2017, V-N 2018/8.13. Beide aspecten moeten op het moment van geldverstrekking in evenwicht zijn, maar mathematische precisie bij de inschatting hiervan is niet vereist. De bewijslast ligt wel bij de belanghebbende.

In dit verband is overigens ook HR 16 november 2018, nr. 18/00051, V-N 2018/60.7 vermeldenswaard, waaruit volgt dat de onderlinge rechtsbetrekkingen tussen vennoten in een vof per definitie berusten op zakelijke gronden. Een vordering op een uittredende vennoot tot aanzuivering van zijn negatieve kapitaal vloeit rechtstreeks voort uit de (zakelijke) vennootschappelijke verhoudingen, waardoor een bij uittreden opkomend verlies aftrekbaar is. Een verder verlies na uittreden kan wel onzakelijk zijn als aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan.

HR 3 mei 2013, BNB 2013 / 170 en 171: werd ten tijde van de geldverstrekking het belang van aandeelhouder gediend?

In deze arresten introduceert de Hoge Raad de zogeheten simultaanuitzondering. Hiermee wordt bedoeld dat

Dat men in het kader van de geldverstrekking aandeelhouder wordt, betekent niet dat de geldverstrekking om aandeelhoudersredenen plaatsvindt

het aandeelhouderschap en de geldverstrekking min of meer gelijktijdig en in samenhang met elkaar ontstaan. Daardoor kan niet worden gezegd dat met de geldverstrekking het belang als aandeelhouder wordt gediend; voorafgaande aan de geldverstrekking was men immers nog geen aandeelhouder. Dat men in het kader van de geldverstrekking aandeelhouder wordt, betekent dus niet dat de geldverstrekking om aandeelhoudersredenen plaatsvindt. Het is overigens geen probleem wanneer de aandeelhoudersrelatie in de tijd eerder ontstaat dan de geldverstrekking. Belangrijk is dat het besluit om geld te vertrekken samenhangt met het besluit om toe te treden als aandeelhouder.

De simultaanuitzondering geldt weer niet wanneer alle aandeelhouders min of meer in verhouding tot hun aandelenbelang onzakelijke geldleningen aan de vennootschap verstrekken (HR 28 februari 2014, BNB 2014/89). Hiervan is geen sprake wanneer een nieuwe aandeelhouder toetreedt en deze gelden verstrekt, en de bestaande aandeelhouder een reeds aanwezige vordering omzet in een lening (HR 5 januari 2018, BNB 2018/60).

HR 1 maart 2013, BNB 2013/148: was de lening van het begin af aan onzakelijk?

Wanneer een lening in oorsprong zakelijk was, maar later door onzakelijk handelen van de crediteur alsnog onzakelijk wordt, rust op de inspecteur een verzwaarde bewijslast. Hij zal namelijk feiten en omstandigheden aannemelijk moeten maken waaruit volgt:

- op welk moment een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden – waaronder de kennis die de geldverstrekker heeft van de debiteur – welke maatregelen zou hebben genomen om zijn rechten veilig te stellen;
- en in hoeverre deze dan daarin zou zijn geslaagd.

Als deze analyse ertoe leidt dat ook een derde verlies zou hebben geleden, is het debiteurenrisico in zoverre zakelijk en aftrekbaar. Bij een later onzakelijk worden is het dus wel mogelijk dat de lening slechts voor een deel onzakelijk is.

Praktische toepasbaarheid jurisprudentie Hoge Raad

Bij de vraag of sprake is van een onzakelijke lening introduceert de Hoge Raad een drietal normen waaraan moet worden getoetst, te weten:

- is sprake van een ‘redelijke verwachting’ op terugbetaling ten tijde van de geldverstrekking?
- is de rente ‘at arm’s length’?
- zo nee, kan deze alsnog worden vastgesteld zonder dat de lening ‘in wezen winstdelend’ wordt?

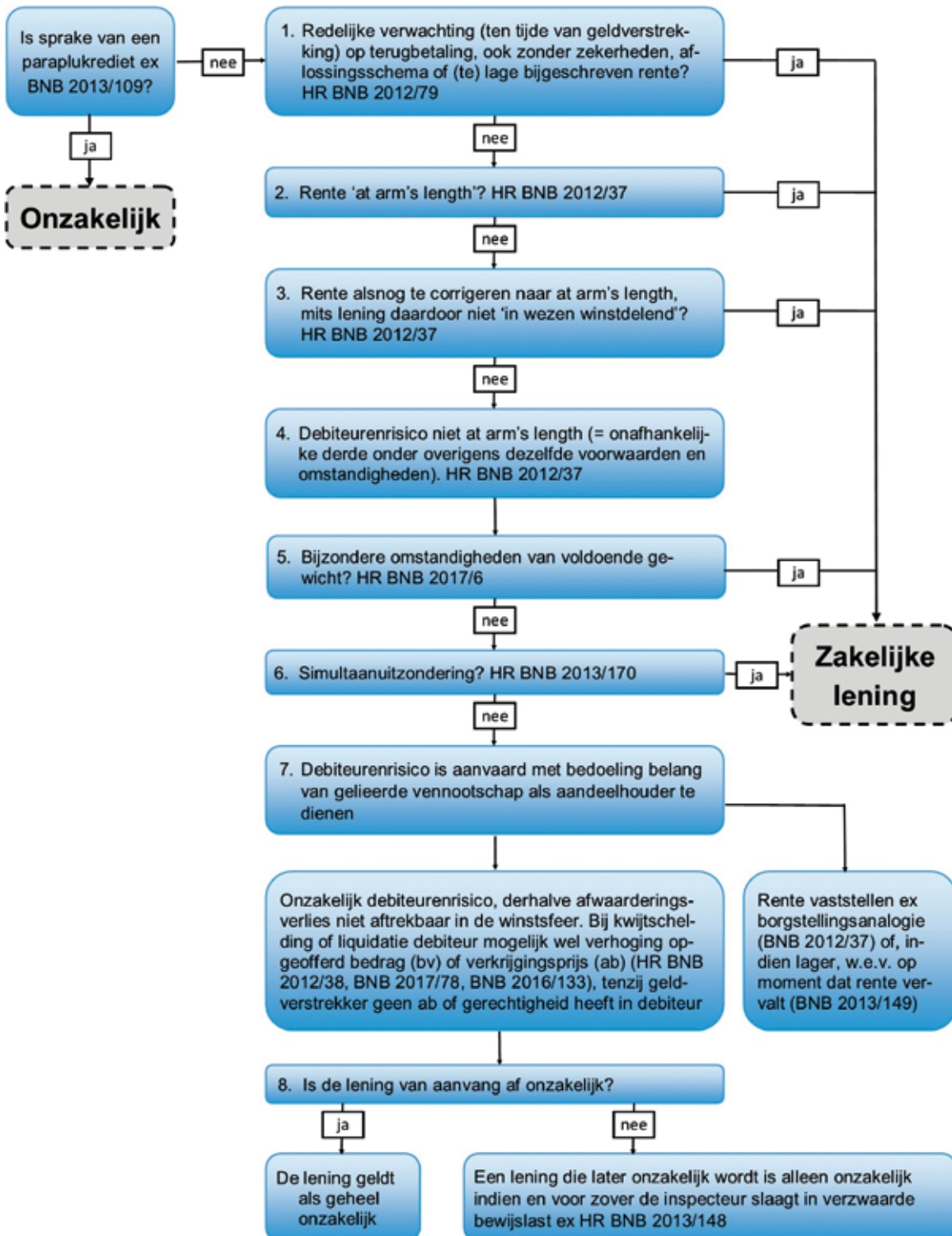
Deze begrippen zijn in de praktijk moeilijk concreet te maken, hetgeen tot veel rechtsonzekerheid leidt. De Hoge Raad vermoedde waarschijnlijk dat het vaststellen van een at arm’s length rente relatief eenvoudig zou moeten zijn. In de transfer pricing praktijk komt deze vraag toch geregeld aan de orde. In die corporate praktijk wordt gewerkt met credit ratings, gebaseerd op uitvoerige onderzoeken van credit-ratingburo’s. De mkb-praktijk werkt hier echter niet mee.

Daarenboven geldt dat de Hoge Raad in BNB 1997/217 heeft bepaald dat de particuliere belegger – en niet de transfer pricing praktijk – de benchmark is voor de vaststelling van een zakelijke rente. In die zaak was een rente 2% lager dan de standaardhypotheekrente nog zakelijk.¹ Uit dit arrest volgt ook dat de bank evenmin het juiste toetsingskader is, ook al een misvatting die we in de praktijk vaak tegenkomen. Kortom, het vaststellen van een at arm’s length rente is in de mkb-praktijk nog niet zo eenvoudig als de Hoge Raad zal hebben gedacht. Maar zelfs als dit wel mogelijk zou zijn, wanneer veroorzaakt een dergelijke rente dan dat de lening ‘in wezen



winstdelend' is? Een onzakelijke lening blijft een lening en die kan nooit winstdelend zijn, ook niet 'in wezen'. De Hoge Raad bedoelt waarschijnlijk te zeggen dat het debiteurenrisico van de lening in feite fungeert als informeel kapitaal, hetgeen een mooie studeerkamergedachte is, maar voor de praktijk te abstract blijft. De Hoge Raad verliest zich hier in orakeltaal, door een norm te introduceren waarvan niemand weet hoe deze met feiten is op te vullen.

In de lagere rechtspraak zien we vaak dat rechters braaf de 'in wezen winstdelend-norm' van BNB 2012/37 opschrijven, maar vervolgens hun oordeel baseren op de 'redelijke verwachting-norm' van BNB 2012/79. Dit moet ook wel, omdat in nog geen enkele uitspraak de Belastingdienst – op wie de bewijslast rust – een serieuze poging heeft gedaan om een at arm's length rente vast te stellen die zou veroorzaken dat de lening in wezen winstdelend wordt.



Figuur 1. Stroomschema onzakelijke lening

In de lagere rechtspraak zien we een veelheid aan factoren waarom in redelijkheid mocht worden verwacht dat de debiteur de lening zou terugbetalen

De redelijkheid is natuurlijk een open norm en in de lagere rechtspraak zien we dan ook een veelheid aan factoren waarom in redelijkheid mocht worden verwacht dat de debiteur de lening zou terugbetalen. Niet alleen typische bedrijfseconomische normen (solvabiliteit, debt/ebitda ratio e.d.), maar ook prognoses en toekomstverwachtingen aangaande bijvoorbeeld een nieuw ontwikkeld product,² toegezegde veelbelovende orders uit Taiwan in combinatie met medefinanciering door een derde,³ of een 'booming' huizenmarkt in Spanje op het moment van investering,⁴ zijn al voldoende om de redelijke verwachting op terugbetaling aanwezig te achten, ook wanneer zekerheden en dergelijke ontbreken. In een door het DGA Tax Center uitgevoerd jurisprudentieonderzoek is een veertigtal van dergelijke recente uitspraken uit de lagere rechtspraak verzameld.⁵ De tendens daarin is dat steeds strengere eisen worden gesteld aan de bewijslast van de Belastingdienst en dat een zakelijke lening eerder aanwezig wordt geacht.

Ten slotte

De contouren van de onzakelijke lening zijn na tien jaar in hoofdlijnen wel duidelijk, maar juist bij de kernvraag wanneer sprake is van een onzakelijke lening bestaat nog veel rechtsonzekerheid. Ondertussen is het leerstuk van de onzakelijke lening haast niet meer uit te leggen aan de ondernemer. Die dacht een nagenoeg vrije keuze te hebben tussen een investering met vreemd vermogen of via kapitaal. Wanneer echter de investering verkeerd afloopt, kan de fiscus achteraf die keuze nog eens ter discussie stellen, waardoor een verlies fiscaal niet aftrekbaar is terwijl onmiskenbaar bedrijfseconomisch wel een verlies is geleden. Het zou goed zijn als de Hoge Raad wil bepalen dat het leerstuk van de onzakelijke lening echt voor uitzonderingssituaties is bedoeld, zoals de casus in BNB 2008/191 waar alle ellende mee is begonnen. <<<

Noten

- 1 De obligatiemarkt laat overigens zien dat particuliere beleggers bereid zijn grote risico's te aanvaarden bij zogeheten unsecured obligaties. Zie bijvoorbeeld de obligaties van Tesla INC (5,3% / creditrating B-) of van Hema Bondco II (rating CCC) of de onderhandse obligaties van Fastned. Het risicoprofiel van die obligaties is naar mijn mening belangrijk hoger dan het risicoprofiel van een gemiddelde investering in een nieuw project door een ondernemer.
- 2 Hof Amsterdam 29 april 2010, nr. 08/00468, V-N 2010/34.1.1 (bevestigd in cassatie ex art 81 RO).
- 3 Rechtbank Noord-Nederland, 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:3874.
- 4 Hof Den Bosch 29 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4151.
- 5 Zie hieromtrent: www.dgataxcenter.nl.

