



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### HR 13 januari 2023, bodemlozeputleningen enonzakelijke geldleningen [samen met C.B. Bavinck] WFR 2023/126

Cornelisse, R.P.C.

**Publication date**

2023

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Weekblad voor Fiscaal Recht

**License**

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Cornelisse, R. P. C. (2023). HR 13 januari 2023, bodemlozeputleningen enonzakelijke geldleningen [samen met C.B. Bavinck] WFR 2023/126. *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2023. [https://www.inview.nl/document/id96d62cb389464d58b729976b94fbf4e5?ctx=WKNL\\_CSL\\_183](https://www.inview.nl/document/id96d62cb389464d58b729976b94fbf4e5?ctx=WKNL_CSL_183)

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

*UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)*

# HR 13 januari 2023, bodemlozeputleningen en onzakelijke geldleningen

WFR 2023/126

**Op 13 januari 2023 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen (BNB 2023/40) waarin wordt bepaald wanneer een door een vennootschap aan haar dga verstrekte lening als een onttrekking en wanneer als een winstuitdeling moet worden aangemerkt. Met het arrest worden vragen beantwoord, maar het leidt ook tot nieuwe vragen. In de onderstaande beschouwing gaan de auteurs in op enkele van die vragen. Zij behandelen de verhouding van het arrest met die van de onzakelijke lening. Verder gaan de auteurs – kort – in op de vraag of het arrest ook van belang is voor de intercompany-pricing.**

## 1. Inleiding

In deze bijdrage zullen wij het door de Hoge Raad op 13 januari 2023 gewezen arrest (ECLI:NL:HR:2023:26,<sup>2</sup> BNB 2023/40, m.nt. P.G.H. Albert, hierna: het januari-arrest) bespreken. Wij zullen ons daarbij vooral richten op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen met betrekking tot de vraag onder welke omstandigheden het opnemen van gelden door een dga van zijn vennootschap als een onttrekking c.q. winstuitdeling moet worden aangemerkt. Wij zullen ingaan op de volgende punten: het door de Hoge Raad gebruikte criterium “vaststaat of zo goed als zeker is” (onderdeel 2); de verhouding tot het leerstuk van de onzakelijke geldlening (onderdeel 3); leidt slechts een uitdrukkelijke formele kwijtschelding tot een onttrekking (winstuitdeling) (onderdeel 4); en verkoop van een onvolwaardige vordering door de vennootschap aan een derde voor een zakelijke prijs (onderdeel 5). Ten slotte zullen wij kort ingaan op de verhouding tussen het begrip ‘onttrekking’ en het begrip ‘winstuitdeling in concernverhoudingen’ (onderdeel 6). Wij sluiten af met een conclusie. Voor een goed begrip van de onderhavige problematiek is het van belang vast te stellen dat binnen gelieerde verhoudingen er – naast de schijnlening en de deelnemerschapslening<sup>3</sup> – drie soorten leningen bestaan: de volwaardige lening, de bodemlozeputlening (hierna BPL) en de onzakelijke lening (hierna: OZL). De OZL zit tussen de volwaardige lening en de BPL in: het is een volwaardige le-

ning, maar het debiteurenrisico zit in de kapitaalsfeer. Een hybride vorm: enerzijds wat betreft de rente, gelijk aan een volwaardige lening, anderzijds wat betreft het debiteurenrisico gelijk aan een BPL. De Hoge Raad spreekt in de leerstellige overwegingen in r.o. 3.4 van het januari-arrest niet over de OZL. Het is daarom de vraag of die overwegingen, en dan met name r.o. 3.4.3 en 3.4.4, ook betrekking hebben op de OZL. Daarop zullen wij in onderdeel 3 verder ingaan.

## 2. Zo goed als zeker dat deze niet kan of zal worden afgelost

In dit onderdeel gaan wij verder in op de kernformulering van r.o. 3.4.2 dat zo goed als zeker is dat de lening niet kan of zal worden afgelost. Eerst gaan wij in op het “zo goed als zeker”. Daarna op de vraag wat de betekenis is dat niet alleen sprake kan zijn van een BPL wanneer de lening niet kan worden afgelost, maar ook wanneer zo goed als zeker is dat niet zal worden afgelost. Ten slotte zullen wij in dit onderdeel ingaan op het verschil tussen een BPL omlaag en een BPL omhoog (deze laatste variant zullen wij aanduiden als een quasi-BPL).

In het januari-arrest hanteert de Hoge Raad het criterium “vaststaat of zo goed als zeker is”. In Hoge Raad BNB 2005/64<sup>4</sup> (herhaald in BNB 2015/141)<sup>5</sup> overweegt de Hoge Raad:

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

Wat opvalt in het januari-arrest is het gebruik van de woorden “vaststaat of zo goed als zeker is”, dat strenger lijkt dan “aannemelijk is”. Het “zo goed als zeker” komt als criterium op verschillende plaatsen in de jurisprudentie voor. In de eerste plaats in het *Keurlonen*-arrest, BNB 1997/78,<sup>6</sup> dat over de vraag ging of een verschuldigd bedrag ten laste van de winst mocht worden gebracht. De Hoge Raad oordeelde dat dit niet mocht omdat zo goed als zeker was dat het verschuldigde bedrag nimmer zal worden voldaan. In het *Fokker II*-arrest, BNB 2003/44<sup>7</sup> werd deze formulering herhaald, maar dan met betrekking tot

1 Bernard Bavinck was tot 1 oktober 2016 raadsheer in de Hoge Raad, Rob Cornelisse is verbonden aan de UvA, het Amsterdam Centre for Tax Law en als of counsel aan Loyens & Loeff N.V.  
2 Herstel arrest ECLI:NL:HR:2023:186. Wij zullen dit arrest in het artikel verder aanduiden met: het januari-arrest.  
3 Zij het dat een deelnemerschapslening omhoog in de relatie tussen de vennootschap en de dga zich moeilijk laat voorstellen.

4 HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761.  
5 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645.  
6 HR 27 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1768.  
7 HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3269.

schulden die door de ondernemer niet *behoeven* te worden voldaan.<sup>8</sup> Verder komt de passage voor in het arrest *BNB 2010/273*,<sup>9</sup> dat handelde over de vraag of een voorziening kon worden opgevoerd en ten laste van de winst kon worden gebracht. De Hoge Raad overwoog:

“Het is niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik om door middel van het opvoeren van een passiefpost kosten tot uitdrukking te brengen waarvan vaststaat of zo goed als zeker is dat deze nooit zullen worden betaald.”

Ten slotte moet vermeld worden de passage in het arrest *BNB 2022/112*.<sup>10</sup> Het criterium werd gehanteerd voor de vraag of bij de waardering van een bij de debiteur van een onzakelijke lening ontstane renteschuld moet worden afgeweken van de nominale waarde van die schuld. De Hoge Raad overwoog:

“Waardering op een lager bedrag dan nominaal of op nihil vindt wel plaats in het geval dat al bij het vervallen van de rente vaststaat of zo goed als zeker is dat deze rente gedeeltelijk respectievelijk geheel niet hoeft te worden betaald.”

Wat is de reden dat de Hoge Raad het in *BNB 2005/64*<sup>11</sup> en *BNB 2015/141*<sup>12</sup> gehanteerde criterium (“*aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost*”) heeft verlaten en heeft gekozen voor het criterium “*vaststaat of zo goed als zeker is*”?<sup>13</sup> Het lijkt erop dat de lat voor “*aannemelijk maken dat niet kan of zal worden afgelost*” iets lager ligt dan voor “*vaststaat of zo goed als zeker is dat de aandeelhouder deze geleende gelden niet kan of zal aflossen*”. Die verhoging van de lat kan als achtergrond hebben dat er met *BNB 2012/37* de rechtsfiguur van de onzakelijke lening (OZL) is geïntroduceerd en dat daardoor de mogelijkheid om laten-

(debiteuren)verliezen in de winstsfeer te brengen is verkleind.<sup>14</sup> Maar of dat de reden voor de wijziging is, vragen wij ons af. Het ligt meer voor de hand dat de Hoge Raad deze jurisprudentie in lijn heeft willen brengen met de overige hiervoor geciteerde jurisprudentie waarin dit nieuwe criterium is gehanteerd. Wat kunnen wij daaruit afleiden? Wij vermoeden dat de Hoge Raad het criterium “zo goed als zeker is dat een schuld niet zal worden voldaan” meer in het algemeen fiscaal heeft willen gelijkstellen met het niet bestaan van die schuld. Zoals de in *BNB 2010/273* genomen beslissing tot gevolg heeft dat voor een verplichting geen voorziening mag worden gevormd, is in de casus van het januari-arrest het gevolg van het zo goed als zeker zijn van het niet-aflossen dat het verstrekken van een lening wordt gelijkgesteld met een onttrekking omdat mag “*worden aangenomen dat die gelden op het moment van verstrekking daarvan het vermogen van de vennootschap definitief hebben verlaten*”. Dus een fiscale gelijkstelling van het “zo goed als zeker” met het niet bestaan van de verplichting, respectievelijk de aflossingsverplichting. Wanneer deze regel algemener wordt toegepast kan dat tot gevolg hebben dat die gelijkstelling in meer situaties wordt toegepast. Wij noemen een voorbeeld. Stel dat van een OZL op een bepaald moment vaststaat of zo goed als zeker is dat deze niet zal worden afgelost. Kan dit dan ook niet worden gelijkgesteld met de situatie waarin definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen in de zin van het arrest *BNB 2014/98*?<sup>15</sup> De OZL wordt dan van een OZL een (in ons jargon: quasi-) bodemlozeputlening,<sup>16</sup> waardoor ook de rente buiten de winstsfeer komt te liggen en wellicht ook dat sprake is van een winstuitdeling.<sup>17, 18</sup> In dit verband is nog van belang of hetgeen de Hoge Raad in r.o. 3.4.2, 3.4.3 en dus ook in r.o. 3.4.4 van dit arrest overweegt ook betrekking heeft op de OZL. Daarop gaan wij hierna in onderdeel 3 verder in.

Wanneer wij de lijn verder zouden doortrekken, zou dan een schuld in de winst moeten vrijvallen wanneer vast-

8 Zie nader Bavinck/Cornelisse, ‘Fokker II-arrest en het keurlo-nenarrest; aftrek van niet-betaalde kosten?’, *WFR* 2023/2.

9 HR 25 juni 2020, ECLI:NL:HR:2010:BJ8485.

10 HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:112.

11 Wanneer bij het wijzen van dit arrest de OZL-jurisprudentie reeds bestond, zou deze zaak vermoedelijk langs de lijnen van die arresten zijn beslist. Dat gebeurde ook in het hierna vermelde arrest *BNB 2015/141*.

12 Overigens was de formulering in het basisarrest van de BPL, het *Unilever*-arrest (HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB 1988/217*) weer anders: “*Van deze regel is ook uitgezonderd het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt, aan deze vennootschap een geldlening verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen – voor zover dat niet bestaat uit de aandelen in de dochtervennootschap – blijvend heeft verlaten.*” Dat verschil zal wel veroorzaakt zijn door het feit dat, anders dan *BNB 1988/217*, de arresten *BNB 2005/64* en *BNB 2015/141* een lening ‘omhoog’ betroffen.

13 Gemakshalve zullen wij hierna ons beperken tot “zo goed als zeker is”. Dat houdt uiteraard ook “vaststaat” in.

14 Zie bijvoorbeeld het hiervoor vermelde arrest *BNB 2015/141* waarin het Hof het verlies op zo’n lening buiten de winstsfeer bracht door een onttrekking aan te nemen en de Hoge Raad oordeelde dat wellicht sprake was van een OZL.

15 Wij verwijzen in dit verband naar de in de conclusie bij het januari-arrest in onderdeel 5.16 e.v. vermelde literatuur.

16 Bij het van kleur verschieten van een OZL in een quasi-BPL wordt dan – op gelijke wijze als ten tijde van het verstrekken van een lening – geen acht geslagen op de dekking die besloten ligt in de aandelen in de crediteur voor het nakomen van de aflossingsverplichting. Op deze wijze wordt met betrekking tot een quasi-BPL een consistente benadering toegepast.

17 Zie het januari-arrest, in het bijzonder overweging 3.4.4.

18 Dat roept de vraag op of een eventuele winstuitdeling alleen kan worden geconstateerd op het eerste moment waarop sprake is van een zo goed als zeker is dat niet zal worden afgelost. Dat zou bij een correctie inzake een winstuitdeling het verweer uitlokken dat reeds in een eerder jaar daarvan sprake was. Omdat het eerste moment waarop aan dat criterium wordt voldaan arbitrair is, kunnen wij ons voorstellen dat een winstuitdeling zonder meer geconstateerd kan worden, tenzij reeds in een eerder jaar voor het betreffende bedrag een winstuitdeling in aanmerking is genomen.

staat of zo goed als zeker is dat deze niet meer zal of kan worden afgelost? In het arrest *Fokker II* heeft de Hoge Raad echter beslist dat dit niet het geval is. Achtergrond van deze beslissing zal zijn dat het vreemde gevolg daarvan zou zijn dat winst wordt gemaakt ten gevolge van de eigen insolventie. Zie hierover ons artikel in *WFR* 2023/2 en de daarin bepleite nuancering van *Fokker II*.

En dan de vraag wat de betekenis is van de toevoeging “niet zal worden afgelost”. Deze toevoeging kwam ook reeds voor in de desbetreffende overweging van *BNB* 2005/64 en *BNB* 2015/141. De toevoeging lijkt wat vreemd.

Waarom zouden partijen beogen niet af te lossen wanneer wel kan worden afgelost? Is dan niet sprake van een schijnlening? Het is echter van belang te realiseren dat de toevoeging stamt uit het arrest *BNB* 2005/64, in welke zaak bij het verstrekken van de lening de moedermaatschappij er financieel bijzonder slecht voorstond en ook enige tijd later failliede.

Het januari-arrest (en ook *BNB* 2005/64 en *BNB* 2015/141) heeft betrekking op een lening omhoog en niet op een lening omlaag. Dit onderscheid is van belang omdat bij een lening omlaag alle bezittingen van de debiteur worden meegenomen bij het antwoord op de vraag of bij het verstrekken van een lening sprake is van een BPL, terwijl bij het verstrekken van een lening omhoog in het kader van de beoordeling van de vraag of sprake is van een BPL geen acht wordt geslagen op de aandelen<sup>19</sup> in de crediteur die ter dekking kunnen dienen van het nakomen van de op de debiteur rustende aflossingsverplichting. Dit impliceert dat sprake kan zijn van een BPL, terwijl een onafhankelijke derde wellicht bereid zou zijn geweest dezelfde lening tegen dezelfde voorwaarden aan de dga te verstrekken. Bijvoorbeeld in het geval al het vermogen van de dga besloten ligt in de door hem gehouden aandelen in de BV en de lening qua omvang slechts een gering bedrag belooft in vergelijking met de waarde van die aandelen.<sup>20</sup> Dan is er dus wel degelijk een bodem in de put. In tegenstelling tot een lening omlaag die als BPL wordt aangemerkt zouden wij bij een lening omhoog, waarvan vaststaat of zo goed als zeker is dat de dga de lening – anders dan door middel van het uitkeren van dividend door de vennootschap – niet kan aflossen, willen spreken van een quasi-BPL. Van een echte onmacht tot aflossing is namelijk vaak geen sprake. Wij voegen hier nog aan toe dat wij begrip hebben voor het oordeel van de Hoge Raad om de mogelijkheid van het aflossen van een lening door middel van toekomstige

dividenduitkeringen buiten beschouwing te laten voor het antwoord op de vraag of het opnemen van een geldlening een onttrekking (en mogelijk een winstuitdeling)<sup>21</sup> vormt. Anders zou heffing over de winstreserves van de vennootschap tot sint-juttemis kunnen worden uitgesteld. Het verstrekken van de lening wordt in een dergelijke situatie fiscaal behandeld als een vooruitlopen op de dividenduitkering benodigd voor de aflossing. In feite wordt het middel van de BPL hier gebruikt voor een ander doel dan waarvoor de HR in *BNB* 1988/217 de BPL heeft geïntroduceerd. Bovendien roept deze oplossing ook weer vragen op, zoals: wat te doen als de vennootschap ook beschikt over fiscaal gestort kapitaal<sup>22</sup> en de lening ook (gedeeltelijk) daaruit kan worden afgelost?<sup>23</sup>

Daarom gaat onze voorkeur ernaar uit – zeker vanaf de invoering van de regeling voor excessief lenen per 1 januari 2023 – in een dergelijke situatie de in *BNB* 2015/141 gevolgde route te volgen en de lening eventueel aan te merken als een OZL. Zie ook hierna onderdeel 3.

### 3. Verhouding tot het leerstuk van de onzakelijke geldlening

Vooropgezet moet worden dat in het arrest, voor zover wij hebben kunnen nagaan, door partijen niet de stelling is betrokken dat met betrekking tot de door de dga geleende gelden sprake was van een (of meer) onzakelijke geldlening(en). Mocht daar evenwel sprake van zijn geweest dan kan met betrekking tot het verstrekken van die geldlening niet de slotsom worden getrokken dat een onttrekking (en bijgevolg mogelijk een winstuitdeling) aan de orde is, maar slechts dat door de BV een debiteurenrisico – op grond van de vennootschappelijke betrekkingen tussen dga en de BV – wordt aanvaard dat de fiscale winst van de vennootschap niet zal raken. Weliswaar heeft de Hoge Raad voor een onzakelijke lening omhoog nog geen uitsluitend gegeven over het antwoord op de vraag op welk moment sprake is van een onttrekking – en mogelijk dus

19 Dit vloeit voort uit de zin: “Dit wordt niet anders indien de mogelijkheid bestaat dat die gelden in de toekomst worden verrekend met een dividenduitkering van de vennootschap.” (r.o. 3.4.2 van het januari-arrest. In gelijke zin reeds HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2005/64.

20 Verondersteld wordt dat de bestemming van de opgenomen gelden niet zal leiden tot een betekenisvolle dekking van die lening (bijvoorbeeld aanwending van de lening voor consumptieve doeleinden).

21 Terzijde zij nog opgemerkt dat de bevoordelingsbedoeling en het bewustheidsvereiste slechts kunnen worden geconstateerd door, in afwijking van de werkelijkheid, voorbij te gaan aan de mogelijkheid van het aflossen van de lening door middel van het uitkeren van dividend.

22 Indien de BV slechts over fiscaal gestort kapitaal beschikt en geen winstreserves heeft (en ook geen sprake is van winstanticipatie) is onzes inziens geen sprake is van een quasi-BPL. Gelet op HR 28 juni 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2923, *BNB* 1978/254, zou mogelijk de gedachte kunnen worden geopperd dat sprake is van een informele terugbetaling van kapitaal, die in het systeem van de Wet IB 2001 (zie artikel 4.13, lid 1, onderdeel b) een regulier voordeel (maar geen uitdeling van winst) zou vormen. Echter, omdat in zo'n geval de mogelijkheid van een oneindig uitstel van IB-heffing over winstreserves niet aan de orde is (mits er geen sprake is van een schijnlening), is er geen reden voorbij te gaan aan de mogelijkheid dat de aflossing van de lening op termijn kan geschieden uit een formele terugbetaling van kapitaal.

23 Daarnaast is, in het licht van de per 1 januari 2023 ingevoerde regeling inzake excessief lenen, langdurig uitstel van IB-heffing over winstreserves in veel gevallen niet meer mogelijk.

een winstuitdeling –, maar het ligt voor de hand dat dit moment op dezelfde wijze wordt bepaald als bij een onzakelijke lening omlaag. Voor de laatste situatie zie HR, *BNB* 2014/98:<sup>24</sup>

“Dat heeft niet tot gevolg dat op het moment waarop de vordering wordt afgewaardeerd reeds sprake is van een (informele) kapitaalstorting. De debiteur heeft immers nog steeds een verplichting tot rentebetaling en tot aflossing van het nominale bedrag van de lening. Pas als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap – zal dat verlies gelijkgesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting.”

Voor een onzakelijke lening omhoog zal dan in ieder geval het moment van het prijsgeven van de vordering door de crediteur het tijdstip zijn waarop de onttrekking (en mogelijk de winstuitdeling) moet worden geconstateerd. Tevens sluiten wij niet uit, zoals in onderdeel 2 nader is uiteengezet, dat de Hoge Raad ook aan het geval waarbij *zo goed als zeker is* dat de onzakelijke geldlening niet zal worden afgelost de gevolgtrekking zal verbinden dat op dat moment sprake is van een onttrekking (en mogelijk van een winstuitdeling).<sup>25</sup> Voor wat betreft de zakelijke geldlening moet worden geconstateerd dat de Hoge Raad in r.o. 3.4.3 van het arrest *BNB* 2023/40 andere bewoordingen – in vergelijking met HR, *BNB* 2014/98 – hanteert. Als gevolg hiervan mag worden aangenomen dat de enkele omstandigheid dat komt vast te staan, dan wel zo goed als zeker is dat de debiteur de zakelijke lening niet kan of zal aflossen, niet leidt tot het constateren (op dat moment) van een onttrekking (en mogelijk een winstuitdeling). Voor wat betreft de vraag of hetgeen de Hoge Raad in r.o. 3.4.4 overweegt met betrekking tot de winsteis, de bevoordelingsbedoeling en de bewustheidsseis ook van toepassing is op een OZL merken wij het volgende op. Uiteraard gelden deze voorwaarden ook voor het antwoord op de vraag of het voordeel gelegen in het prijsgeven van een OZL omhoog voor de debiteur een winstuitdeling vormt. Echter, aangezien bij een OZL (hetzij vanaf het moment van het verstrekken daarvan dan wel op een later moment bij het van kleur verschieten van een zakelijke lening in een OZL) het debiteurenrisico van meet af aan in de kapitaalsfeer ligt, achten wij het juist de hiervoor genoemde voorwaarden toe te passen op het moment dat het debiteurenrisico in de kapitaalsfeer komt te liggen. Het zou ook merkwaardig zijn indien een door de BV toegepaste afwaardering van de OZL, die tot gevolg heeft dat de winstreserves in rook opgaan, en die na enige jaren wordt gevolgd door het kwijtschelden van die OZL, met zich zou kunnen brengen dat ten tijde van de kwijtschelding geen winstuitdeling (hetzij omdat op dat moment

niet wordt voldaan aan de winsteis, de bevoordelingsbedoeling dan wel het bewustheidsvereiste) zou kunnen worden geconstateerd. Terzijde merken wij nog op dat in het geval een zakelijke lening van kleur verschiet en vanaf dat moment sprake wordt van een onzakelijke lening, het op dat moment bestaande verschil tussen de nominale waarde en de waarde in het economische verkeer van de vordering geen onttrekking vormt en bijgevolg – ook nadien – in zoverre geen winstuitdeling kan vormen. Een verdere waardedaling van de vordering bevindt zich in ieder geval in de kapitaalsfeer.

Op het punt van het prijsgeven van een (onzakelijke) geldlening door de BV komen wij hierna in onderdeel 4 terug.

#### 4. Leidt slechts een uitdrukkelijke formele kwijtschelding tot een onttrekking (winstuitdeling)?

Met het januari-arrest wordt de vraag opgeroepen of in een voorkomend geval (afgezien van de toepassing van de met ingang van 1 januari 2023 ingevoerde regeling met betrekking tot excessief lenen) heffing ter zake van de – geheel of gedeeltelijk – oninbaar geworden vordering<sup>26</sup> van de BV op de dga oneindig kan worden uitgesteld door het prijsgeven van de vordering achterwege te laten en de BV in een comateuze toestand te laten voortbestaan. Uit HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:189, *BNB* 2019/67 zou kunnen worden afgeleid dat het enkele stilzitten door een crediteur onvoldoende is om van prijsgeven te spreken. Echter indien sprake is van onzakelijk stilzitten door de crediteur is er meer aan de hand dan “*het enkele stilzitten*”.<sup>27</sup> Indien een onafhankelijke derde/crediteur allerlei pogingen zou hebben ondernomen om zijn rechten veilig te stellen, dan moet het stilzitten door de crediteur/BV worden geplaatst in de vennootschappelijke betrekkingen tussen BV en haar aandeelhouder. Daarvan kan sprake zijn indien, zodra het moment aanbreekt dat de dga de lening geheel of gedeeltelijk moet aflossen, de crediteur bij de dga – zulks in tegenstelling tot hetgeen een derde zou doen – niet aandringt op het uitkeren van dividend ter (gedeeltelijke) aflossing van de schuld. Vervolgens rijst de vraag welke fiscale gevolgen aan het onzakelijk stilzitten

<sup>24</sup> HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417.

<sup>25</sup> Wij verwijzen voor een nadere uiteenzetting tevens naar de bijdrage van Bavinck in *WFR* 2017/9.

<sup>26</sup> Er is dan sprake van een (onzakelijke) lening. Met betrekking tot een quasi-BPL is het heffingsmoment immers al gepasseerd. Voor de goede orde merken wij op dat zo'n vordering slechts (in zoverre) oninbaar geworden is en bijgevolg in waarde is gedaald indien en voor zover de BV/crediteur – na aftrek van een bedrag gelijk aan de nominale waarde van de vordering – onvoldoende winstreserves heeft (c.q. op termijn zal hebben) om een dividend aan de dga uit te keren ter aflossing van de lening. Immers, een derde zal bij de waardering van de vordering rekening houden met de al niet bestaande mogelijkheid tot het uitkeren van dividend aan de debiteur/aandeelhouder uit die winstreserves (en tevens met een verdien capaciteit uit anderen hoofde van de dga) ten behoeve van het nakomen van de op de debiteur rustende aflossingsverplichting.

<sup>27</sup> Vergelijk ook de onderdelen 7 en 8 van de noot van G.T.K. Meussen bij HR, *BNB* 2019/67.

door de crediteur/BV moeten worden verbonden. Wij zullen een en ander behandelen aan de hand van het volgende voorbeeld. De BV heeft aan de dga op enig moment een zakelijke lening verstrekt voor een bedrag van 100. Na vijf jaar dient de dga de lening volledig terug te behalen. Daartoe kan hij – andere noemenswaardige middelen heeft hij niet – een dividend uitkeren van 40 (en niet meer dan dat bedrag). De BV blijft evenwel stilzitten, terwijl een derde zou hebben gehandeld door een aflossing voor een bedrag van 40 door middel van het uitkeren van dividend af te dwingen. Daarbij kunnen in dat verband twee mogelijkheden worden onderscheiden: (i) de (veronderstellenderwijs) zakelijke lening wordt vanaf het moment van onzakelijk stilzitten een onzakelijke geldlening<sup>28</sup> (vergelijk HR 1 maart 2013, *BNB* 2013/148); zodra de lening onzakelijk wordt, bevindt het debiteurenrisico zich in de kapitaal sfeer; of (ii) het onzakelijk stilzitten moet gelijkgesteld worden met het verstrekken van een quasi-BPL voor het bedrag dat een derde als aflossing op de oude lening zou hebben ontvangen (in het voorbeeld 40). In feite wordt door het stilzitten een nieuwe lening (voor een lager bedrag; in het voorbeeld 40) verstrekt door de BV die – als gevolg van het uitsluiten door de Hoge Raad van de mogelijkheid tot het kunnen aflossen van die nieuwe lening door het uitkeren van dividend – als een quasi-BPL moet worden aangemerkt. De rest van de lening (in het voorbeeld 60) blijft een zakelijke lening omdat voor dat gedeelte ook een derde geen aflossing had kunnen afdwingen. Dat roept nog de vraag op over een mogelijke voorrang betreffende optie i of optie ii. Wij kunnen ons voorstellen dat eerst de vraag moet worden gesteld of (een gedeelte van) de vordering een BPL is geworden en fiscaal niet meer als vermogen mag worden beschouwd omdat deze het vermogen van de vennootschap definitief heeft verlaten (zie r.o. 3.4.2). Wanneer dat een gedeelte van de vordering is, zal het restant een zakelijke vordering blijven, tenzij die vordering als een OZL kan worden aangemerkt. Het gedeelte van de vordering dat als een BPL moet worden aangemerkt (in het voorbeeld ad 40) bestaat fiscaal in feite niet meer en daardoor zou de vordering, civielrechtelijk ad 100 partieel een OZL kunnen zijn. Overigens is het de vraag of in het voorbeeld het resterende bedrag van 60 een OZL wordt. Het onzakelijk handelen van de crediteur/BV zit immers alleen in het niet aflossen van de 40. Indien een derde niet meer had kunnen doen, zal de lening, voor zover betrekking hebbende op een nominaal bedrag van 60, haar oorspronkelijke kwalificatie van een zakelijke lening behouden.

Zowel bij variant i als bij variant ii zal de waardedaling van de lening tot het moment van onzakelijk stilzitten bij de BV/crediteur aftrekbaar zijn en geen onttrekking vormen. In ons voorbeeld heeft dat tot gevolg dat de waardedaling

voor een bedrag van 60 op de winst in mindering kan worden gebracht<sup>29</sup> en dat, indien de BV/crediteur op enig moment haar rechten als crediteur gedeeltelijk (tot maximaal een bedrag van 60) prijsgeeft, in zoverre geen sprake behoeft te zijn van een onttrekking ten faveure van de dga. Aangezien (veronderstellenderwijs) sprake is van een zakelijke lening zou immers een derde tot dat bedrag onder omstandigheden “ook zonder die (vennootschappelijke: toevoeging auteurs) betrekkingen zulke rechten [zou] hebben kunnen prijsgegeven” (vergelijk r.o. 3.4.3 van het januari-arrest).

Het onzakelijk stilzitten vormt zowel de trigger voor het constateren van een quasi-BPL als ook (in optie i) van het van kleur verschieten van de lening in een onzakelijke lening. Op dat moment bestaan er dus twee fiscale routes: een BPL constateren voor 40 (en een onttrekking voor een gelijk bedrag) dan wel het “omkatten” van de bestaande lening in een onzakelijke lening. Bij de OZL variant is sprake van een potentiële onttrekking (in het voorbeeld van maximaal 40)<sup>30</sup> terwijl bij de BPL-variant direct sprake is van een onttrekking, eveneens voor een bedrag van 40. In beide varianten kan uiteindelijk de onttrekking (en mogelijk winstuitdeling) aan elkaar gelijk zijn, maar in de uitvoeringspraktijk kan tussen beide varianten wel degelijk verschil bestaan. Bij de OZL variant maakt het – voor de uiteindelijke uitkomst – niet uit op welk moment de discussie wordt gestart (en beslecht) of sprake is van een OZL (zie ook noot 18), terwijl bij de BPL-variant een grotere alertheid van de individuele inspecteur wordt verlangd. Immers een belastingplichtige zou – jaren na een datum waarop aflossing (geheel of gedeeltelijk) had dienen plaats te vinden – de stelling kunnen betrekken dat sprake is van een onzakelijk stilzitten op dat eerdere moment door de BV/crediteur en dat de lening (geheel of gedeeltelijk) de facto is geherfinancierd door middel van het verstrekken van een quasi-BPL. In het bijzonder bij rekening-courantverhoudingen kan dat een lastig punt vormen. Overigens is een combinatie van beide routes (in het voorbeeld BPL ad 40 en OZL ad 60) denkbaar (zie hiervoor).

In dit kader is ten slotte nog van belang in te gaan op het geval dat de BV (nadien) op enig moment geen andere bezittingen (of schulden) heeft dan de vordering op de dga en de vordering op dat latere moment wordt kwijtgescholden. In zo'n geval is wel degelijk sprake – vanuit het perspectief van een derde – van een volledig onvolwaardige vordering (aannemende dat de dga geen andere middelen heeft of een toekomstige verdien capaciteit). Indien de vordering in ons voorbeeld bij de verlenging van de lening als een OZL wordt aangemerkt (optie i), zal de kwijtschelding tot een winstuitdeling van 40 leiden. Een derde zou

28 Het van kleur verschieten van een zakelijke naar een onzakelijke lening kan pas plaatsvinden op het moment dat ook een derde effectief zou hebben kunnen handelen.

29 Wellicht is de waarde in verband met toekomstige aflossingsmogelijkheden hoger.

30 Het is ook denkbaar dat de OZL ad 40 (gedeeltelijk) weer volloopt.

immers bij de verlenging van de lening voor dat bedrag een aflossing hebben afgedwongen (zie *BNB* 2013/148). Indien in optie ii bij de verlenging de lening voor een bedrag van 60 nog steeds als een zakelijke lening zou moeten worden aangemerkt, zal de kwijtschelding tot een winstuitdeling kunnen leiden indien en voor zover de vennootschap nog waarde heeft (mits aan de bevoordelingsbedoeling en het bewustheidsvereiste is voldaan). In ons voorbeeld hebben wij aangenomen dat dit niet het geval is.

### 5. Verkoop van een onvolwaardige vordering door de vennootschap aan een derde voor een zakelijke prijs

De Hoge Raad heeft zich met betrekking tot de fiscale gevolgen van de verkoop van een *onzakelijke* geldlening nog niet uitgelaten en de opvattingen in de literatuur zijn uiteenlopend.<sup>31</sup> Ongeacht de oplossing die de Hoge Raad voor dit vraagstuk zou kiezen staat onze inziens het wezenlijke verschil tussen een zakelijke en een onzakelijke geldlening in de weg aan het doortrekken van de door de Hoge Raad gekozen oplossing met betrekking tot de onzakelijke geldlening naar die van de zakelijke geldlening. Bij een onzakelijke geldlening bevindt het met die lening gepaard gaande debiteurenrisico zich vanaf het begin (dan wel bij het later van kleur verschieten van een zakelijke geldlening in een onzakelijke geldlening vanaf een later moment) in de kapitaalsfeer. Die omstandigheid zou voor de Hoge Raad van (groot) belang kunnen zijn om bij verkoop van een onzakelijke vordering de afwikkeling daarvan (in het bijzonder de waardedaling als gevolg van het onzakelijke debiteurenrisico van die vordering) in de kapitaalsfeer te doen plaatsvinden. Bij een zakelijke geldlening ligt dat wezenlijk anders, zodat onze inziens bij een verkoop van die vordering aan een onafhankelijke derde de afwikkeling – bij de BV en bij de dga – niet anders verloopt dan in het geval dat de BV een vordering op een derde verkoopt c.q. een onafhankelijke derde de vordering op de dga verkoopt aan een andere onafhankelijke derde. Gelet op de eerste peildatum van 31 december 2023 betreffende de toepassing van de regeling inzake excessief lenen, zal in een voorkomend geval overwogen moeten worden de door de BV gehouden vordering op de dga, die geheel of gedeeltelijk oninbaar is, voor die datum aan een onafhankelijke derde over te dragen.

31 Gewezen kan worden op P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening: hoe nu verder?', *WFR* 2014/724-731, in het bijzonder onderdeel 4; A.C.P. Bobeldijk & R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel I en II', *MBB*, mei en juni 2014, in het bijzonder onderdeel 8.3 (deel I) en 12.4 (deel II); P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1, in het bijzonder onderdeel 9; R.P.C. Cornelisse, 'De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur van een onzakelijke geldlening', *WFR* 2017/77; naschrift J.H.M. Arts, *WFR* 2017/103 en C.B. Bavinck, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?', *WFR* 2017/9.

### 6. Verhouding tussen onttrekking en winstuitdeling in concernverhoudingen

Een belangrijke vraag bij het arrest is of het arrest speciaal gericht is op het geval van een lening van een vennootschap aan haar dga of dat het een bredere strekking heeft. De overwegingen in r.o. 3.4 zijn leerstellig geformuleerd en daarom lijkt het laatste de bedoeling. Dat is echter niet geheel zeker. De Hoge Raad maakt in r.o. 3.4.2 t/m 3.4.4 een onderscheid tussen een onttrekking en een winstuitdeling waarvoor een paar extra voorwaarden gelden. Geldt dit onderscheid ook binnen concernverhoudingen of alleen voor de verhouding vennootschap en de dga? Voor het laatste pleit dat bij de particuliere aandeelhouder het van belang is of sprake is van een winstuitdeling; binnen een concern is die vraag, gelet op de deelnemingsvrijstelling, zelden van belang. Bovendien wordt de heffing over een winstuitdeling bij de dga door andere regels geregeerd dan de heffing bij een aandeelhouder/vennootschap. Zo is de vraag of de uitdelende vennootschap beschikt over reserves of (toekomstige) winst voor de aandeelhouder/vennootschap niet van belang. Wanneer r.o. 3.4 ook binnen concernverband zou gelden, en ook daar een onderscheid gemaakt moet worden tussen een onttrekking en een winstuitdeling, zou voor een onttrekking binnen concernverband niet meer het vereiste van een bevoordelingsbedoeling en de bewustheid daarvan gelden. Wij gaan kort op dit punt in. Een uitgebreide behandeling daarvan ook in relatie tot artikel 8b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zou het bestek van dit artikel te buiten gaan.

Indien bij een vennootschap een onttrekking wordt geconstateerd (bij voorbeeld door het niet of onvoldoende doorbelasten van kosten) moet omwille van het systeem<sup>32</sup> bij de andere concernvennootschap een corresponderende verlaging van de winst plaatsvinden. Bij het niet voldoen aan een van de extra vereisten voor een winstuitdeling dient er een correctie plaats te vinden zonder een winstuitdeling te constateren. De boekhoudkundige verwerking daarvan vereist wel enige creativiteit. Ook roept het doortrekken van het januari-arrest naar concernverhoudingen de vraag op hoe zich dit dan verhoudt tot het Renpaardenarrest (*BNB* 2002/290),<sup>33</sup> in welk arrest de Hoge Raad overweegt:

“Anders dan in de literatuur uit het arrest van de Hoge Raad van 21 september 1994, nr. 29 199, *BNB* 1995/15, wel is afgeleid, ontberen door een vennootschap gedane uitgaven slechts dan een zakelijk karakter – en kunnen zij derhalve niet ten laste van de winst worden gebracht – indien en voor zover zij zijn gedaan ter bevre-

32 Dat ook het uitgangspunt vormde in het *Zweedse grootmoeder-arrest* (HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252).

33 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:AB2865.

diging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder(s).”

Indien de zinsnede “*bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder(s)*” een bevoordelingsbedoeling (en bewustheid daarvan) impliceert, spoort het een en ander niet met het Renpaardenarrest. Anderzijds kan ook verdedigd worden dat voor het “*ontberen (...) een zakelijk karakter*” slechts vereist is dat het voordeel van de niet (geheel) doorbelaste kosten de aandeelhouder(s) is ten goede gekomen, zonder dat sprake behoeft te zijn van een bewustheid van een bevoordeling. Wij neigen naar die laatste benadering.

## 7. Conclusie

Het januari-arrest beantwoordt een aantal vragen, maar roept op zijn beurt ook weer de nodige vragen op. In het bijzonder de verhouding met het fenomeen van de onzakelijke geldlening is op een aantal punten onduidelijk. In het bijzonder of bij de OZL ook het zo-goed-als-zeker-criterium kan worden toegepast, zodat op enig moment de lening aan de dga voor fiscale doeleinden vervalt en tot een onttrekking kan leiden. Daarnaast is onzes inziens met het januari-arrest ook het belang toegenomen van het moment waarop een zakelijke lening een onzakelijk karakter krijgt en de vraag wat daarvan de consequenties zijn. Het door de Hoge Raad in het januari-arrest neergelegde systeem leidt tot ingewikkelde situaties, vooral in geval van direct opeisbare vorderingen. Dan moet van dag tot dag worden bezien of door een derde-crediteur anders gehandeld zou zijn en of daardoor (gedeeltelijk) een bodemlozeputlening ontstaat. De inspecteur zal dit nauwkeurig moeten volgen. Een herkansing in een volgend jaar heeft hij vermoedelijk niet meer. Dat roept de vraag op of de route van de onzakelijke lening niet de voorkeur had verdiend.

Ten slotte is niet geheel zeker wat de consequenties zijn van het arrest voor intercompany-pricing. Geldt daarvoor niet (meer) de bevoordelingsbedoeling en de bewustheid daarvan?