

ECLI:NL:PHR:2013:BW6552

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum uitspraak	15-03-2013
Datum publicatie	15-03-2013
Zaaknummer	11/02248
Formele relaties	Arrest gerechtshof: ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1687 Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2013:BW6552
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Vennootschapsbelasting. Afwaardering onzakelijke lening. Geïmputeerde rente. Het Hof heeft ten onrechte geen belang toegekend aan de mogelijkheid dat indien rente verschuldigd zou zijn geweest die niet inbaar zou zijn geweest.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl V-N Vandaag 2012/1354 V-N 2012/35.13 V-N 2013/14.13 V-N Vandaag 2013/655 Belastingadvies 2013/14-15.9

Conclusie

Nr. 11/02248

Nr. Rechtbank: 07/1253; 07/1254 en 07/1255

Nr. Gerechtshof: 08/01224; 08/1226 en 08/01227

Derde Kamer A

Vennootschapsbelasting

1 januari 1999 - 31 maart 2002

PROCUREUR-GENERAAL BIJ DE HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

MR. P.J. -WATTEL

ADVOCAAT-GENERAAL

Conclusie van 16 februari inzake:

X B.V.

tegen

Staatssecretaris van Financiën

1. Overzicht

1.1 De belanghebbende is in 1998 opgericht. Op de door haar uitgegeven aandelen heeft haar enige aandeelhouder vorderingen gestort die de aandeelhouder had op andere vennootschappen waartoe de belanghebbende en haar aandeelhouder behoren. Enkele van die vorderingen waren renteloos, stonden niet op schrift en waren niet gezekerd.

1.2 De belanghebbende wil in de boekjaren 1999/2000 tot en met 2001/2002 op een aantal van die gelieerde vorderingen afwaarderen ten laste van haar fiscale winst. De fiscus meent dat (i) de afwaardering niet aftrekbaar is vanwege de onzakelijkheid van het genomen debiteurenrisico en (ii) een zakelijke rente moet worden geïmputeerd.

1.3 De Rechtbank Haarlem(1) achtte de afwaarderingen aftrekbaar. Wel moest haars inziens rente worden geïmputeerd. Het Gerechtshof Amsterdam(2) achtte de afwaarderingen niet aftrekbaar en oordeelde dat rente moest worden geïmputeerd.

1.5 Belanghebbende cassatieberoep houdt motiveringsklachten in, alsmede de stellingen dat het Hof HR BNB 2008/191(3) onjuist heeft toegepast en (subsidiar) dat het Hof ten onterechte een voorziening voor oninbaarheid van de geïmputeerde rente afwijst. De belanghebbende kon geen rekening houden met uw arresten van 25 november 2011,(4) waarin u een lening onzakelijk acht als geen niet-winstdelende rente kan worden bepaald waarbij een derde onder overigens dezelfde voorwaarden dezelfde hoofdsom zou hebben uitgeleend. De onzakelijkheid strekt zich in beginsel ook uit tot de vordering ter zake van schuldig gebleven rente op een onzakelijke lening. Op een onzakelijke lening en de bijgeboekte rentevordering kan niet aftrekbaar worden afgewaardeerd of voorzien als het onzakelijk genomen debiteurenrisico zich realiseert. Wel kan het aldus niet-aftrekbare verlies opgeteld worden bij het opgeofferde bedrag in geval van een onzakelijke lening omlaag (aan een dochter).

1.6 Belanghebbendes zaak is de eerste waarin deze inzichten kunnen worden toegepast. Haar eerste middel faalt mijns inziens omdat een lening omlaag in HR BNB 2012/37 voor wat betreft de (gevolgen van de) onzakelijkheidsbeoordeling niet anders behandeld wordt dan de lening omhoog die in HR BNB 2008/191 aan de orde was. Haar tweede middel bestrijdt vergeefs het - enigszins impliciete - feitelijke oordeel dat geen comparable uncontrolled price bepaalbaar is en dat een derde de leningen dus niet onder overigens dezelfde voorwaarden zou hebben verstrekt anders dan tegen winstafroming. Het derde middel bestrijdt vergeefs dat het Hof de renteloosheid mede ten grondslag heeft gelegd aan zijn onzakelijkheidsoordeel. Het vierde middel betoogt vergeefs, gezien r.o. 3.3.5 van HR BNB 2012/37, dat de leningen gesplitst hadden moeten worden in een zakelijk en een onzakelijk deel. Het vijfde middel stelt dat het gaat om bodemloze-putleningen, dus informeel kapitaal, maar stuit af op de omstandigheid dat een junk bond bij uitgifte reeds een veel lagere dan nominale waarde kan hebben zonder dat aanstonds duidelijk is dat er nooit op afgelost zal worden, en op 's Hofs feitelijke vaststelling dat niet aanstonds duidelijk was dat de leningen niet terugbetaald zouden worden.

1.7 Het zesde middel klaagt dat het Hof ten onrechte belastbare rente geïmputeerd heeft, nu de afwikkeling van een onzakelijk debiteurenrisico niet in de belaste winstsfeer plaatsvindt. De belanghebbende acht de te imputeren rente niet belast omdat zij een voordeel uit hoofde van de deelneming in de debiteuren vormt. Een onzakelijke lening blijft echter ondanks die kwalificatie fiscaalrechtelijk een lening en wordt geen informeel kapitaal, althans niet als gevolg van die kwalificatie of als gevolg van afwaardering. Uit HR BNB 2012/37 volgt dat op een onzakelijke lening in beginsel de rente berekend moet worden die de gelieerde debiteur aan een derde betaald zou hebben indien de gelieerde crediteur zich jegens die derde borg had gesteld. Het Hof heeft de zakelijke rente niet op die voet bepaald, maar op 5%, verminderd met een debiteurenrisicocomponent. In het licht van HR BNB 2012/37 is dat een onjuiste maatstaf. Daartegen richt zich echter geen middel en de belanghebbende lijkt evenmin belang bij verwijzing te hebben, nu het in haar belang is dat de geïmputeerde rente zo laag mogelijk blijft, en niet aannemelijk is dat een borgstellingsanaloge rentevoet nog lager zou kunnen uitkomen dan een debiteurenrisicovrije rentevoet.

1.8 Het zevende middel stelt onder verwijzing naar HR BNB 1996/389 dat ook een derde zou hebben afgezien van het bedingen van rente. Het stuit af op de feitelijke van de beoordeling daarvan en op de omstandigheid dat belanghebbendes geval afwijkt van dat van de belanghebbende in HR BNB 1996/389.

1.9 Het achtste middel betoogt onder verwijzing naar HR BNB 2010/273 dat (rente)inkomsten waarvan zo goed als zeker is dat zij niet zullen worden ontvangen, niet tot de jaarwinst kunnen worden gerekend,

zodat goed koopmansgebruik een voorziening wegens oninbaarheid toestaat. Dit betoog is niet relevant voor gevallen waarin het eventuele niet ontvangen worden van rente veroorzaakt wordt door onzakelijk nalaten van de crediteur. Een zakelijke crediteur zou rente berekend hebben en na vervaldatum opgeëist hebben, althans niet (hetzelfde) debiteurenrisico genomen hebben op het schuldig laten van de rente. Uit r.o. 3.3.6 van HR BNB 2012/37 volgt dat het debiteurenrisico op de rentevordering (eveneens) buiten de winstsfeer ligt, hetgeen impliceert dat voor dat risico geen winstbeïnvloedende voorziening getroffen kan worden. Overigens gaat het hier om geïmputeerde rente, die geacht wordt ontvangen te zijn, dus niet schuldig gelaten te zijn. Dit kan anders zijn indien de oninbaarheid reeds vóór de (geïmputeerde) rentevervaldatum ingetreden zou zijn als gevolg van andere oorzaken dan het onzakelijke handelen, maar zulks is niet gebleken.

1.10 De foutenleer kan er niet alsnog toe leiden dat ten laste van de winst wordt afgewaardeerd dan wel voorzien, nu de gevolgen van het onzakelijke handelen de totaalwinst juist niet behoren te beïnvloeden.

1.11 Ik acht het cassatieberoep daarom ongegrond.

2. Feiten en procesverloop

2.1. Belanghebbende is een houdster- en financieringsmaatschappij. Zij is op 3 september 1998 opgericht ter gelegenheid van de verzelfstandiging van sommige concernactiviteiten. Haar enige aandeelhouder is het in het Verenigd Koninkrijk (VK) gevestigde A Ltd (A Ltd). De uiteindelijke moedermaatschappij van belanghebbende is C(5) Plc (C Plc), die op 5 oktober 1998 naar de Q-se beurs is gebracht. Belanghebbendes boekjaar liep van 1 januari 1999 tot en met 31 maart 2000. Daarna liepen haar boekjaren van 1 april tot en met 31 maart.

2.2. Bij de genoemde verzelfstandiging heeft de belanghebbende deelnemingen verkregen, waaronder een 99%-deelneming D (hierna: D), en een 100%-deelneming in E GmbH(6) (hierna: E GmbH). D houdt op haar beurt deelnemingen in J SA (J) en K SA (K).

2.3. Op 30 december 1998 heeft de belanghebbende, nog steeds in het kader van de genoemde verzelfstandiging, van A Ltd de volgende vorderingen op deelnemingen overgenomen tegen uitreiking van 10.000 aandelen à nominaal NLG 100:

- een vordering ad nominaal DEM 25.000.000 (12.783.362) op E GmbH;
- een vordering ad nominaal FRF 80.375.525 (12.254.573) op D;
- een vordering ad nominaal FRF 9.023.562 (1.375.191) op J; en
- een vordering ad nominaal DEM 1.914.330 (978.786) op C Plc;

Zij heeft daarnaast een schuld aan K overgenomen ad FRF 8.986.253 (1.369.945).

2.4. Conform artikel 2:204b van het Burgerlijk Wetboek (BW) heeft de belanghebbende aan de som van de in 2.3 genoemde vorderingen en schuld een totale waarde ad NLG 57.372.485 (26.034.499) toegekend. Het verschil tussen dit bedrag en de nominale waarde van de uitgegeven aandelen is geboekt als agio. Belanghebbendes externe accountant heeft verklaard dat het genoemde saldo van vorderingen en schuld ten minste NLG 1.000.000 vertegenwoordigt. Belanghebbendes vorderingen op D en J zijn renteloos en er zijn geen leningovereenkomsten voor opgemaakt, noch zekerheden voor gesteld of verkregen. Zij zijn bij D en J geboekt als schulden. De vorderingen op E GmbH en C Plc en de schuld aan K waren in het boekjaar 1999/2000 renteloos. Over de boekjaren 2000/2001 en 2001/2002 is over deze vorderingen rente in rekening gebracht tussen 4,3% en 5,1% (2000/2001) en 3,52% en 5,1% (2001/2002).

2.5. In het kader van de genoemde verzelfstandiging van de X-groep heeft ABN AMRO onderzoek gedaan naar en gerapporteerd over de financiële vooruitzichten. Over de deelneming in J wordt gerapporteerd:

Constant currency sales growth is projected to be a respectable 12%+, and after recording losses historically, should over the medium term contribute a small profit. However, (...) J must at this point be viewed as an important investment for the longer term. It is clearly irrelevant to group numbers at present. (...). The business is clearly very small scale, but serves as a valuable platform for further investment in the French market, where some very favourable acquisition opportunities could present themselves in future.

2.6. In maart 1999 is de X-groep overgenomen en van de beurs gehaald.

2.7. Het eigen vermogen (EV) van D bedroeg per:

Datum Valuta EV

- 31/12/1998 FRF -/- 47.851.670 (-/- 7.294.891)
- 31/03/2000 FRF -/- 70.238.287 (-/- 10.707.758)
- 31/03/2001 FRF -/- 70.223.101 (-/- 10.705.394)

Het eigen vermogen (EV) van Magdis bedroeg per:

Datum Valuta EV

- 31/12/1997 FRF 25.421.751 (3.875.521)
- 31/03/1998 FRF 21.124.043 (3.220.325)
- 31/03/2000 FRF -/- 26.038.746 (-/- 3.969.581)
- 31/03/2001 FRF -/- 48.692.094 (-/- 7.423.062)
- 31/03/2002 -/- 10.110.122

2.8. Naar aanleiding van J' verslechterende financiële situatie heeft de belanghebbende haar vordering op D aan het einde van het boekjaar 1999/2000 afgewaardeerd met 10.708.000 - dat is (afgerond) het bedrag van D's negatieve eigen vermogen per ultimo 2000 - tot op (afgerond) 1.547.000. Aan het einde van het boekjaar 2001/2002 heeft de belanghebbende haar rechtstreekse vordering op J afgewaardeerd met (afgerond) 1.376.000 tot nihil. J is vervolgens in surséance gegaan en in het boekjaar 2003/2004 geliquideerd. In het kader van die liquidatie heeft de belanghebbende in november 2003 221.742 ontvangen als finale betaling op haar vordering op J. Per ultimo 1998 had de belanghebbende haar deelneming in D reeds afgewaardeerd tot 38.000.

2.9 Over het boekjaar 1999/2000 heeft de belanghebbende aangifte vennootschapsbelasting gedaan naar een belastbaar bedrag ad -/- 10.785.000, in welk saldo een aftrek is verwerkt van de afwaardering ad 10.708.000 op haar vordering op D. Bij het vaststellen van de aanslag heeft de Inspecteur deze aftrek gecorrigeerd en het belastbare bedrag bovendien verhoogd met een rente-imputatie ad 4.489.000 die gebaseerd is op het aan het CBS ontleende rendement op staatsleningen met een risico-opslag ad 2,5%, leidende tot een rentevoet ad 7%. De Inspecteur heeft na verrekening van een verlies ad 148.036 het belastbare bedrag vastgesteld op 4.263.964. De belanghebbende heeft daartegen bezwaar gemaakt. Bij uitspraak op bezwaar heeft de Inspecteur de rente-imputatie verminderd tot 1.799.533.

2.10. Over het boekjaar 2000/2001 heeft de belanghebbende aangifte vennootschapsbelasting gedaan naar een belastbaar bedrag ad 2.398.000. De Inspecteur heeft dit bedrag verhoogd met een rente-imputatie ad 1.940.560. Hij heeft daarbij op dezelfde wijze als voor het boekjaar 1999/2000 de rentevoet op 7% gesteld. Aan de belanghebbende is een aanslag vennootschapsbelasting 2000/2001 opgelegd berekend naar een belastbaar bedrag ad 4.338.560. De Inspecteur heeft bij uitspraak het daartegen gemaakte bezwaar afgewezen

2.11. Over het boekjaar 2001/2002 heeft de belanghebbende aangifte vennootschapsbelasting gedaan naar een belastbaar bedrag ad 811.000, waarin begrepen aftrek van de afwaardering ad 1.376.000 op haar vordering op J. Bij het vaststellen van de aanslag heeft de Inspecteur deze aftrek gecorrigeerd en het belastbare bedrag bovendien verhoogd met een rente-imputatie ad 747.157, gebaseerd op een rentevoet ad 5%. De aanslag 2001/2002 is berekend naar een belastbaar bedrag ad 2.934.157. De Inspecteur heeft bij uitspraak het daartegen gemaakte bezwaar afgewezen.

2.12 De belanghebbende heeft tegen alle drie de uitspraken op bezwaar beroep ingesteld bij de Rechtbank.

3. Het geding in feitelijke instanties

De Rechtbank

3.1 Voor de Rechtbank was in geschil of de belanghebbende haar vorderingen op D en J ten laste van haar fiscale winst kon afwaarderen, en of fiscaalrechtelijk rente moest worden berekend over haar vorderingen op D en E GmbH en zo ja, tot welk bedrag. Voorts was in geschil dat de fiscus niet in aftrek toeliet een geïmputeerde rente op belanghebbendes binnengroepse schulden, waaronder de overgenomen schuld aan K.

3.2 De Rechtbank achtte de afwaardering van de vorderingen op D en E GmbH aftrekbaar tot een bedrag ad 3.484.000 respectievelijk 1.376.000.

3.3 Zij oordeelde voorts dat rente op belanghebbendes binnengroepse vorderingen en schulden moest worden geïmputeerd:

"4.6. (...). Eiseres stelt dat er zakelijke redenen waren geen rente in rekening te brengen. De rechtbank is met verweerder van oordeel dat in een normale arm's length verhouding ook op rekening courant vorderingen, voorzover hiervan sprake is, rente in rekening wordt gebracht. (...).

4.7. (...)

4.8. Verweerder heeft bij de rente-imputatie aansluiting gezocht bij het CBS-rendement met een opslag van 21/2%. Eiseres sluit in haar subsidiaire standpunt aan bij het 12-maands AIBOR met een risico-opslag. De rechtbank kan eiseres volgen in dit standpunt. Bij de berekening van een zakelijke rente dient gekeken te worden naar een rente die onafhankelijke derden zouden hebben afgesloten. In een situatie waarbij de geldverstrekker een financieringsmaatschappij is en de schuldenaar een onderneming, is het minder voor de hand liggend om het rendement op obligaties als uitgangspunt te nemen in plaats van een geldmarktrente met een opslag. De rechtbank stelt hierbij het rentepercentage voor de drie boekjaren in goede justitie vast op 5%. Dit rentepercentage geldt voor zowel de vorderingen die eiseres heeft als voor de intercompany schulden, daar in beide situaties, dus ook wanneer eiseres een schuld heeft aan een gelieerde onderneming, rekening gehouden dient te worden met een zakelijke rente. Ter zitting heeft verweerder aangegeven ten onrechte geen rekening te hebben gehouden met valutadagen en zich alsnog akkoord verklaard met de [te; PJW] dier zake door eiseres opgestelde berekeningen."

3.4 De Rechtbank oordeelde voorts dat de afwaardering op de vorderingen tot gevolg had dat voor de niet-ontvangen rente op het afgewaardeerde deel een voorziening kon worden getroffen:

"4.9. Zoals reeds overwogen in 4.6. is de rechtbank van oordeel dat rente berekend dient te worden. Deze wordt berekend over de (nominale) hoofdsom van de vorderingen en de lening. In de daaraan voorafgaande overwegingen is reeds geoordeeld dat de vorderingen op J en D mogen worden afgewaardeerd in verband met te verwachten oninbaarheid. De rechtbank is van oordeel dat nu deze vorderingen afgewaardeerd zijn, tevens voor de rente een voorziening in verband met oninbaarheid gevormd kan worden. Dit heeft tot gevolg dat slechts de rente over het niet-afgewaardeerde deel in het belastbaar bedrag dient te worden opgenomen."

3.5 De Rechtbank heeft de beroepen gegrond verklaard en de uitspraken op bezwaar vernietigd. De Inspecteur heeft tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij het Hof. De belanghebbende heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Het Hof

3.6 Ook voor het Hof was in geschil of belanghebbende de vorderingen mocht afwaarderen. Voorts was nog in geschil of op de vorderingen rente moest worden berekend en zo ja, tot welk bedrag. De Inspecteur nam in hoger beroep ook een nieuw rechtskundig standpunt in, nl. dat de vorderingen civielrechtelijk noch fiscaalrechtelijk als geldleningen konden worden erkend, maar kapitaalstortingen vormden. Onder verwijzing naar uw arrest HR 10 december 2010, nr. 09/05017, BNB 2011/72 achtte Het Hof die nieuwe stelling toelaatbaar. De Inspecteur heeft echter volgens het Hof niet aannemelijk gemaakt dat het ging om schijnleningen, deelnemerschapsleningen of eeuwige verliesfinanciering. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden.

3.7 Ter zake van de afwaardering op de vorderingen kwam het Hof tot een ander oordeel dan de Rechtbank omdat het Hof meende dat:

"5.3.4. (...), ook ingeval van een lening 'omlaag' (...) sprake [kan] zijn van een zodanig ernstig debiteurenrisico dat niet anders kan worden geconstateerd dan dat de moedervenootschap/crediteur dat (deel van het) risico heeft aanvaard vanwege haar belang als aandeelhouder van de dochtervenootschap/debiteur. Dat zal naar 's Hofs oordeel het geval zijn indien en voorzover sprake is van een aandeelhoudersrelatie en van een debiteurenrisico dat qua omvang en/of aard niet (meer) met een risico-opslag (in bijvoorbeeld de rentevoet) kan worden vergolden. In dit verband zij nog opgemerkt dat van zodanige leningen, ondanks het ontbreken van zekerheden, niet kan worden gezegd dat reeds aanstonds duidelijk is dat zij (geheel of gedeeltelijk) niet zullen worden terugbetaald. Het niet in aftrek aanvaarden van het zich manifesterende debiteurenrisico vindt zijn grond in de omstandigheid dat de invloed van de aandeelhoudersrelatie bij de winstbepaling moet worden geëlimineerd. Hierna zullen dergelijke leningen ('omhoog' en 'omlaag') '(intrinsiek) onzakelijke-debiteurenrisico' leningen of kortweg ODR-leningen worden genoemd. (...).

5.3.5. (...)

5.3.6. Bij de vraag in hoeverre D en J ultimo 1998 kredietwaardig kunnen worden geacht, acht het Hof van belang dat de aard van de activiteiten van J relatief kleinschalig was, dat J historisch gezien steeds verliezen had gerapporteerd en dat zij - naar volgt uit het door ABN AMRO (in het kader van de verzelfstandiging van de X groep) uitgebrachte rapport - ook op middellange termijn niet werd verwacht (substantieel) aan de winst van de X groep bij te dragen. J werd met name beschouwd als 'platform' voor verdere investeringen in Frankrijk en om mogelijke acquisities te signaleren.

Voorts neemt het Hof in aanmerking dat de deelneming in J het belangrijkste activum van D vormde zodat het aflossingspotentieel van D nagenoeg geheel afhankelijk was van (de gang van zaken bij) J. Daarbij is mede in de beschouwing te betrekken dat weliswaar D geen andere crediteuren dan belanghebbende had, doch dat J - naar blijkt uit de in het jaarverslag 1998 opgenomen "etat des dettes" - een groot aantal financiers had (onder wie gelieerde en groepsvenootschappen tot een bedrag van ruim Ffr 10.700.000).

5.3.7. (...) naar het oordeel van het Hof [zou] een onafhankelijke derde de onderhavige lening niet onder dezelfde voorwaarden aan D hebben verstrekt. Evenmin zou een onafhankelijke derde de vordering op D hebben overgenomen, althans in geen geval voor haar nominale waarde, althans zou een derde tegenover de inbreng van deze vordering niet tot het nominale bedrag daarvan aan aandelenkapitaal en agio hebben uitgegeven en geboekt. Immers, van de vordering op D (...) kan niet worden volgehouden dat zij te eniger tijd sinds haar totstandkoming volwaardig kan worden geacht. (...). De inspecteur heeft gemotiveerd gesteld dat de waarde in het economische verkeer van de vordering zowel ten tijde van haar inbreng in belanghebbende als ten tijde van haar ontstaan in september 1998 naar nihil tendeerde althans niet hoger was dan een fractie van haar nominale waarde. Naar 's Hofs oordeel waren aan de (waarde van de) vordering in september/december 1998 zoveel onzekerheden verbonden dat een redelijke schatting daarvan nauwelijks te maken was en is - voor zover een dergelijke schatting al zou zijn te maken - de door de inspecteur gestelde waarde in ieder geval aannemelijker dan die waarvan belanghebbende wil

uitgaan.

5.3.8. Aan het voorgaande doet niet af dat partijen er blijkens de uitspraak van de rechtbank (onderdeel 4.4) ter zitting van 10 juni 2008 nader van zijn uitgegaan dat de waarde van de vordering op D op het moment van inbreng 5.031.000 bedroeg, zijnde de netto vermogenswaarde van D. (...)

5.3.9. De stellingen van belanghebbende dat het voor (...) [A Ltd] "in ieder geval niet aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat de waarde van die vordering minder bedroeg dan 5.031.000" en dat zowel in september 1998 als per 31 december 1998 "uitwinningsmogelijkheden aanwezig (waren), in ieder geval tot de bedragen waarvoor naar het oordeel van de Rechtbank belanghebbende de vorderingen uit hoofde van de geldleningen te boek had moeten stellen" acht het Hof niet aannemelijk geworden. (...). De in het oordeel van de rechtbank besloten liggende veronderstelling dat tot een deel van de lening ter grootte van circa 5 miljoen feitelijk voldoende zekerheden bij D aanwezig en voor aflossing van de lening van belanghebbende beschikbaar waren, deelt het Hof dan ook niet.

5.3.10. (...).

Al met al is het Hof (...) van oordeel dat met betrekking tot de lening aan D sprake is van een zodanig ernstig debiteurenrisico dat niet anders kan worden geconstateerd dan dat zowel (...) [A Ltd] als belanghebbende dat (volle) risico uitsluitend hebben aanvaard vanwege haar respectieve aandeelhoudersrelatie tot D, met de bedoeling haar belang als aandeelhouder van D te dienen. (...). Doorslaggevend is dat in de gegeven omstandigheden een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn geweest om, in september of december 1998, zonder zekerheden enig bedrag aan D te leen te verstrekken. (...).

5.3.11. Met betrekking tot de lening aan J geldt naar het oordeel van het Hof mutatis mutandis hetzelfde. (...)."

3.8 De belanghebbende betoogde incidenteel dat indien het Hof de leningen aan D en J zou aanmerken als onzakelijke leningen in de zin van HR BNB 2008/191, er in zoverre geen plaats zou zijn voor rente-imputatie omdat alsdan zowel de afwikkeling van de lening als de daarop vallende (onzakelijke) rente zich in de kapitaalsfeer zouden bevinden.(7) Het Hof verwierp deze stelling:

"5.4.2. Het Hof overweegt dat het genoemde arrest [HR BNB 2008/191; PJW] geen uitsluitel geeft over de vraag of, en op welk moment, enig deel van een ODR-lening tot het (informele) kapitaal moet worden gerekend. Als uitgangspunt heeft blijkens het arrest te gelden dat van een ODR-lening niet kan worden gezegd dat de ter leen verstrekte bedragen aanstonds het vermogen van de geldverstrekker blijvend hebben verlaten. Wel zal ten tijde van de verwezenlijking van het onzakelijke debiteurenrisico moeten worden beoordeeld of sprake is van een wijziging van het karakter van de lening in die zin dat moet worden aangenomen dat de gelden op dat moment - alsnog - het vermogen van de crediteur blijvend hebben verlaten. Het Hof is van oordeel dat de feiten die aanleiding geven tot een afwaardering van een ODR-lening - welke feiten als regel verband zullen houden met het manifest worden van het aan de lening inherente debiteurenrisico - op zichzelf en zonder meer nog niet leiden tot de conclusie dat de ODR-lening (geheel of gedeeltelijk) het karakter van informeel kapitaal heeft verkregen. Immers, civielrechtelijk blijft het karakter van vreemd vermogen behouden; de aflossingsverplichting is niet vervallen en in het algemeen kan ook niet worden uitgesloten dat de ter leen verstrekte gelden te eniger tijd zullen (kunnen) worden terugbetaald.

Dit is pas anders op het moment dat vaststaat of zo goed als zeker is dat de lening geheel of gedeeltelijk niet zal worden voldaan, bijvoorbeeld ingeval van liquidatie van de debiteur. Aangenomen moet worden dat de (afgevaardeerde) ODR-lening - vooralsnog - als zodanig blijft bestaan. Mitsdien kan niet worden gezegd dat reeds vanwege de (niet tot een aftrekbare afwaardering leidende) verwezenlijking van het onzakelijke debiteurenrisico van een rente-imputatie geen sprake kan zijn."

3.9 De belanghebbende betoogde voorts dat het niet berekenen van rente niet voortvloeide uit aandeelhoudersoverwegingen maar strookte met het gedrag van een schuldeiser die niet tevens aandeelhouder is.(8) Ook deze stelling verwierp het Hof, al kwam het tot een iets andere slotsom dan de

Rechtbank:

"5.4.6. Hiervóór heeft het Hof geoordeeld dat het debiteurenrisico op (...) [de vorderingen] zodanig ernstig is dat het niet met een risico-opslag kan worden vergolden en dat uit hoofde van die intrinsieke onzakelijkheid geen plaats is voor afwaardering van de hoofdsom ten laste van de winst indien het onzakelijke debiteurenrisico zich blijkt te manifesteren. Naar het oordeel van het Hof moet hiermee het debiteurenrisico van de leningen geacht worden volledig te zijn gecorrigeerd, in die zin dat bij de beoordeling van de overige voorwaarden waaronder de leningen zijn verstrekt, het debiteurenrisico is geëlimineerd.

5.4.7. Wat de vraag naar het al dan niet imputeren van rente betreft, overweegt het Hof dat ook in dit opzicht de onzakelijke elementen uit de leningen dienen te worden uitgeschakeld. (...) Het volgt te dezen het betoog van de inspecteur dat een onafhankelijke derde partij in de gegeven omstandigheden niet zou hebben afgezien van het bedingen van rente. De enkele omstandigheid dat de solvabiliteit van D en J verslechtert, zou in zakelijke verhoudingen onvoldoende zijn geweest om - van aanvang af - geen rente in rekening te brengen. Wellicht zou in voorkomend geval zijn volstaan met een (tijdelijke) opschorting van de betaling van de verschuldigde rente, doch hiervan is in casu geen sprake. Naar het oordeel van het Hof hebben zowel (...) [A Ltd] als belanghebbende de renteloosheid van de leningen uitsluitend aanvaard vanwege haar aandeelhoudersrelatie tot D en J. Het voorgaande houdt in dat over de onderhavige leningen rente moet worden geïmputeerd, zoals ook de rechtbank heeft geoordeeld."

3.10 Bij verweer in hoger beroep betoogde de belanghebbende dat als rente geïmputeerd zou moeten worden, zij een voorziening voor oninbaarheid zou mogen treffen "omdat belanghebbende anders slechter af zou zijn dan een niet-aandeelhouder die vergelijkbare leningen zou hebben verstrekt." (9) De Rechtbank had - kennelijk van ambtswege - geoordeeld dat een voorziening kon worden gevormd voor oninbaarheid (zie 3.4). Het Hof daarentegen verwierp deze stelling, om de volgende reden:

"5.4.9. In gevallen als de onderhavige moet de onzakelijkheid van de renteloosheid in beginsel worden geëlimineerd doordat enerzijds (bij debiteur en crediteur) een 'gebruikelijke' rente wordt geïmputeerd en anderzijds tot het bedrag van die geïmputeerde rente een kapitaalstorting (ingeval van een lening 'omlaag') dan wel een winstuitdeling (ingeval van een lening 'omhoog') wordt geconstateerd. Aldus wordt - ook - het feitelijke niet-betalen van de rente voor fiscale doeleinden geacht volledig te zijn gecompenseerd; aan de vraag of en in hoeverre de rente, indien verschuldigd, inbaar zou zijn geweest, wordt derhalve niet toegekomen. Het Hof ziet geen reden om ter zake van de renteloosheid van ODR-leningen tot een andere conclusie te komen en is van oordeel dat ook in casu het niet-betalen van de rente in de kapitaalsfeer moet worden gecompenseerd: belanghebbende zal tot het bedrag van de geïmputeerde rente winst hebben te verantwoorden en moet geacht worden tot datzelfde bedrag een kapitaalstorting in D en J te hebben gedaan."

3.11 De belanghebbende betoogde ten slotte incidenteel in hoger beroep dat indien de litigieuze leningen zouden kwalificeren als leningen in de zin van HR BNB 2008/191, de in de rente begrepen risico-opslag in de kapitaalsfeer zou moeten worden afgewikkeld. (10) Het Hof achtte dat betoog juist, daartoe overwegende als volgt:

5.4.10. (...). De rechtbank heeft de te imputeren rente in goede justitie vastgesteld op 5%. Zij heeft daarbij, naar het Hof begrijpt, beoogd de rente te benaderen die door een financieringsmaatschappij/crediteur aan een onderneming/debiteur zou worden berekend en als uitgangspunt een geldmarktrente (het 12-maands AIBOR) met een risico-opslag genomen. (...). Belanghebbende heeft vervolgens in hoger beroep gesteld dat dit percentage nog moet worden verminderd met de risico-opslag die daarin is begrepen omdat in casu het risico-element in de kapitaalsfeer zou liggen. De inspecteur heeft dit een en ander betwist en gesteld dat een dergelijke risico-opslag het 'normale' debiteurenrisico betreft.

5.4.11. Het Hof volgt de inspecteur te dezen niet in zijn betoog. Immers, bij een lening met een 'normaal' debiteurenrisico hoort een 'normale' rente die, afhankelijk van de overige omstandigheden

(bedrijfsactiviteiten en dergelijke), per debiteur zal (kunnen) fluctueren en die zou hebben gegolden indien een onafhankelijke derde de lening zou hebben verstrekt en daarbij voldoende en adequate zekerheden zou hebben bedongen en verkregen. In casu zijn de beide leningen echter vanwege de - uit de aandeelhoudersrelatie voortvloeiende - omvang van het debiteurenrisico intrinsiek onzakelijk bevonden en heeft, toen dit risico zich openbaarde, fiscale vergelding daarvan plaatsgevonden doordat afwaardering van de leningen (ten laste van de winst) is geweigerd. Aldus is naar het oordeel van het Hof (niet alleen het onzakelijke deel, doch) het gehele debiteurenrisico ter zake van de leningen geëlimineerd.

Daarom moet thans, bij de rente-imputatie, worden uitgegaan van een 'risicovrije' lening en de daarbij behorende rentevoet.

5.4.12. Belanghebbende heeft gesteld (en de inspecteur heeft niet weersproken) dat, uitgaande van het gemiddelde AIBOR percentage voor de boekjaren 1999/2000, 2000/2001 en 2001/2002, in het door de rechtbank gehanteerde rentepercentage van 5 een risico-opslag is begrepen van respectievelijk 1,3%, 0,4% en 1,1%. Het Hof zal derhalve in casu het voor de rente-imputatie toe te passen rentepercentage vaststellen op 3,7% (boekjaar 1999/2000), 4,6% (boekjaar 2000/2001) en 3,9% (boekjaar 2001/2002). (...).

3.12 Het Hof heeft de hogere beroepen gegrond verklaard en de uitspraken op bezwaar en de uitspraak van de Rechtbank vernietigd.

4. Het geding in cassatie

4.1 De belanghebbende heeft tijdig en ook overigens regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend. De partijen hebben elkaar niet van re- en dupliek gediend.

4.2 De belanghebbende stelt acht middelen voor en verzoekt om een schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn en een kostenveroordeling. Ik vat de acht middelen als volgt samen:

1 Het Hof heeft ten onrechte geoordeeld dat ook bij een lening omlaag sprake kan zijn van een onzakelijk debiteurenrisico in de zin van HR BNB 2008/191.

2 Het oordeel dat een onafhankelijke derde de leningen niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben verstrekt, is onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Nu de externe accountant verklaard heeft dat belanghebbendes vorderingen op haar dochters ten tijde van de verkrijging ervan minstens fl. 1.000.000 waard waren, had een derde voor minstens dat bedrag leningen willen verstrekken, zodat in zoverre geen sprake kan zijn van onzakelijke geldverstrekking in de zin van HR BNB 2008/191.

3 Door het ontbreken van rente mede ten grondslag te leggen aan zijn oordeel dat de lening aan J onzakelijk zou zijn, gaat het Hof uit van een onjuiste rechtsopvatting.

4 's Hofs oordeel dat de waarde van de vorderingen ten tijde van de verkrijging nauwelijks te schatten was, en de door de Inspecteur gestelde waarde ad nagenoeg nihil aannemelijker is dan de door de belanghebbende bepleite waarde ad 5.031.000 respectievelijk 1.375.191, is onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd.

5 Gelet op 's Hofs overweging dat van de waarde van de vorderingen ten tijde van de verkrijging nauwelijks een redelijke schatting te maken was, althans dat de waarde eerder naar nihil tenderde dan naar de door de belanghebbende bepleite waarde, lijkt sprake te zijn van een bodemloze putlening. Er is dan geen reden om rente in aanmerking te nemen.

6 Als een derde de leningen niet zou hebben verstrekt, gaat het dus om aandeelhouders-handelen. De afwikkeling van de leningen vindt dan geheel plaats in de kapitaalsfeer en niet in de winstsfeer, zodat er geen grond is om rente in aanmerking te nemen.

7 De belanghebbende kon er op zakelijke grond voor kiezen om geen rente te berekenen.

8 Goed koopmansgebruik stond in casu toe een voorziening te vormen voor het risico dat de (geïmputeerde) rente niet zou worden ontvangen; zie HR BNB 2010/273.(11)

5. De onzakelijke lening-arresten

5.1 Op 25 november 2011 heeft U vier arresten over onzakelijke leningen gewezen, waarmee de partijen geen rekening hebben kunnen houden. Van die arresten werpt het arrest HR BNB 2012/37, over een gelieerde lening omlaag (aan een dochtervennootschap) het meeste licht op de fiscale behandeling van onzakelijke leningen. Dat arrest gaat verder waar uw eerdere arrest HR BNB 2008/191 (Certificaathouders-uitkoop; over een onzakelijke lening omhoog) ophield. In de zaak HR BNB 2012/37 had de inspecteur aftrek geweigerd van het afwaarderingsverlies dat de belanghebbende moedervernootschap leed op haar onzakelijke uitlening aan een dochter. U overwoog:

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

1. indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen(12),
2. indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar, en
3. ingeval - kort gezegd - de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar de uitlener reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald(13) (onder meer HR 24 mei 2002, nr. 37071, LJN AE3171, BNB 2002/231).

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

3.3.2. Ingeval bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het "at arm's length" beginsel is vastgesteld, zal voor de fiscale winstberekening moeten worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Daarbij zal - behoudens het rentepercentage - uitgegaan moeten worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen (zoals met betrekking tot zekerheden en de looptijd van de lening). Met dat uitgangspunt strookt niet dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening in wezen winstdelend zou worden. Dan zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen worden aangetast."

5.2 De commentaren hadden enige moeite met deze beperking van de prijscorrectiemogelijkheden tot niet-winstafromende beloningen, met name in het licht van het in 2002 ingevoerde art. 8b Wet Vpb dat verplicht tot herziening van de voorwaarden naar arm's length verhoudingen. Ganzeveld(14) schrijft:

"De verhouding van voorgaand criterium tot art. 8b Wet VPB 1969 is hoogst onduidelijk. Uit art. 8b Wet VPB 1969 vloeit immers voort dat als een derde uitsluitend tegen een winstdelende vergoeding vreemd vermogen zou hebben verstrekt, de fiscale winst van de debiteur en crediteur ook op basis van die vergoeding moet worden vastgesteld."

Ook de redactie van Vakstudie Nieuws(15) ziet spanning met het arm's length beginsel:

"Overigens zien wij ook een systematisch bezwaar in de benadering van de Hoge Raad. R.o. 3.3.2. staat namelijk naar onze mening op gespannen voet met art. 8b lid 1 Wet VPB 1969. De Hoge Raad laat hier

geen andere correctie toe dan de hoogte van de rente, alvorens tot niet-afrekbaarheid te komen, terwijl genoemd artikel voorschrijft dat de voorwaarden welke tussen derden zouden zijn overeengekomen maatgevend worden voor de bepaling van de winst. Art. 8b Wet VPB 1969 schrijft derhalve voor dat in situaties waarin een derde wel een winstdelende lening zou hebben verstrekt, voor de winstbepaling moet worden uitgegaan van de situatie alsof dat zou zijn gebeurd. In dat geval dient weliswaar gezocht te worden naar de juiste beloning, maar is het verlies op de lening aftrekbaar. De zwart-wit benadering van de Hoge Raad valt naar onze mening moeilijk te rijmen met de genoemde wetsbepaling. Weliswaar is art. 8b Wet VPB 1969 pas in 2002 ingevoerd, terwijl de onderhavige procedure ziet op het jaar 2001, maar art. 8b Wet VPB 1969 was volgens de wetgever toch met name bedoeld als vastlegging van hetgeen voordien ook al gold. Gezien de motivering van de Hoge Raad, is echter onze indruk dat de Hoge Raad niet heeft beoogd dat deze alleen voor de periode tot en met 2001 zou gelden."

Ik vraag mij af of de bedoelde spanning bestaat. De geciteerde r.o. 3.3.2 lijkt mij gebaseerd op het totaalwinstbegrip ex art. 3.8 Wet IB 2001 juncto art. 8 Wet Vpb (in casu het onderscheid tussen kapitaalsfeer en winstsfeer) of op het onderscheid tussen de belaste winstsfeer en de vrijgestelde winstsfeer (in casu de deelnemingsvrijstelling). Art. 8b Wet Vpb ziet op winstbepaling in de belaste winstsfeer en noopt tot verzakelijking van de onzakelijke onderdelen in de voorwaarden van een gelieerde transactie, maar geeft de rechter noch de inspecteur de bevoegdheid verder dan daarvoor noodzakelijk is af te wijken van hetgeen de partijen in de civielrechtelijke werkelijkheid zijn overeengekomen. Niet de rente is het probleem, noch de hoofdsom, maar het onzakelijke achterwege laten van het bedingen van zekerheden voor het debiteurenrisico; dan moet in beginsel ook alleen op dat punt gecorrigeerd worden. Het is echter niet mogelijk om voor het ontbreken van zekerheden het niet ontbreken daarvan in de plaats te stellen. Dan moeten second best oplossingen bedacht worden. Tot op zekere hoogte is in de werkelijkheid een prijsverhoging mogelijk als zakelijk substituut voor het onzakelijke ontbreken van zekerheid, maar dat houdt ergens op en u heeft dat punt gelegd daar waar het contract wezenlijk anders zou worden, nl. waar het zou verworden van vreemd-vermogenfinanciering tot quasi-eigenvermogen. Het andere mogelijke zakelijke substituut voor het onzakelijke ontbreken van zekerheden (een zeer aanmerkelijke verkleining van de hoofdsom en fiscaalrechtelijke kwalificatie van het gediskwalificeerde deel ervan tot kapitaal) wijkt evenzeer aanmerkelijk af van de civielrechtelijke werkelijkheid en lijkt mij praktisch onuitvoerbaar (te meer daar men een rentevoet moet verzinnen als niets overeengekomen is, en wel bij een onduidelijke hoofdsom, de juiste omvang waarvan immers eveneens nog geraden moet worden, waardoor een vergelijking met twee onbekenden ontstaat). Wel uitvoerbaar lijkt (mij) hetgeen ik in de zaak HR BNB 2012/39 de junk bond benadering heb genoemd, waarbij het civielrechtelijk overeengekomene onaangetast wordt gelaten, maar bezien wordt hoeveel een derde bereid zou zijn te betalen voor de crediteurskant van dat overeengekomene. Dogmatisch heb (ook) ik daar een lichte voorkeur voor, maar toegegeven moet worden dat ook die benadering leidt tot vrij vergaande afwijking van de civielrechtelijke werkelijkheid en noopt tot herkwalificatie van het (grote) gediskwalificeerde deel van de lening tot kapitaal hoewel daartoe geen aanleiding bestaat zolang het onzakelijk genomen debiteurenrisico niet leidt tot gevolgen die zich in zakelijke verhoudingen niet zouden hebben voorgedaan. Deze in de literatuur bepleite ingrepen in hetgeen in de civielrechtelijke werkelijkheid is overeengekomen, gaan verder dan noodzakelijk zijn om de fiscaalrechtelijke norm tot gelding te brengen. Wat er van dit alles zij, mij lijkt dat het arm's length beginsel geenszins dwingt tot het herschrijven van contracten zodanig dat een niet overeengekomen winstafstroming van de debiteur geacht wordt overeengekomen te zijn, en daarmee tot het steeds in aftrek moeten toestaan van afwaarderingen op onzakelijke leningen, ook als er niets, laat staan een groot bedrag aan winstdeling op vergoed blijkt te kunnen worden. Dát lijkt mij in strijd met het arm's length beginsel.

5.3 Als geen derde te vinden is die hetzelfde debiteurenrisico wil lopen tegen een niet-winstafstromende beloning - het debiteurenrisico is dus onbeprijstbaar - dan is de lening in haar geheel onzakelijk en kan een afwaardering van de vordering in haar geheel niet ten laste van de winst van de crediteur worden gebracht. U overwoog:

"3.3.3. Indien met inachtneming van het hiervoor in 3.3.2 overwogene geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken aan de met

de vennootschap gelieerde partij, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Alsdan moet - behoudens bijzondere omstandigheden - ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening niet op de winst van de vennootschap in mindering kan worden gebracht (vgl. HR 9 mei 2008, nr. 43849, LJN BD1108, BNB 2008/191). Hierna zal een zodanige lening worden aangeduid als een onzakelijke lening."

U vestigde aldus een weerlegbaar rechtsvermoeden. De crediteur kan "bijzondere omstandigheden" bewijzen die impliceren dat niet de aandeelhoudersrelatie de doorslag heeft gegeven.

5.4 Het ontbreken van zekerheden en van een aflossingsschema en het bijschrijven van verschenen rente leiden op zichzelf nog niet tot het rechtsvermoeden van onzakelijkheid. Zo overwoog u in een arrest van 13 januari 2012:(16)

"3.3. (...). Ingeval bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het "at arm's length" beginsel is vastgesteld, zal voor de fiscale winstberekening moeten worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Daarbij zal - behoudens het rentepercentage - uitgegaan moeten worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen, zoals met betrekking tot zekerheden en de looptijd van de lening (zie HR 25 november 2011, nr. 08/05323, LJN BN3442). Ook de omstandigheden dat geen formele zekerheden waren gesteld, dat geen aflossingsschema was overeengekomen en dat de rente werd bijgeschreven, staan niet in de weg aan het oordeel dat geen sprake was van een onzakelijke lening. Voor zover het middel hierover klaagt, faalt het."

5.5 De kwalificatie 'onzakelijk' voor een gelieerde lening heeft niet alleen gevolgen voor de (niet-)aftrekbaarheid van afboeking op de hoofdsom, maar ook voor de fiscaalrechtelijk in aanmerking te nemen rente op die onzakelijke lening, waarvoor in beginsel - per definitie - juist géén zakelijke niet-winstafnemende beloning te construeren valt. Die (second best) zakelijke rente moet in beginsel worden gesteld op de rente die de debiteur had moeten betalen als zij onder borgstelling door de gelieerde crediteur van een derde zou hebben geleend. U overwoog:

"3.3.4. Er zijn argumenten voor de opvatting dat bij de vaststelling van de fiscale winst van de uitlenende concernvennootschap en de met haar gelieerde vennootschap de in aanmerking te nemen rente op een onzakelijke lening moet worden ontdaan van iedere opslag voor debiteurenrisico. Dit heeft echter als bezwaar dat de uitlenende concernvennootschap in geval zij de lening bij derden heeft gefinancierd fiscaal een structureel verlies zou lijden op de financiering van de gelieerde vennootschap.

Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aanvaardt, is te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld als wanneer zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden.

Gelet op het hiervoor overwogene en mede om redenen van eenvoud kan als vuistregel worden gehanteerd dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen. Aldus wordt tevens voorkomen dat er met betrekking tot de rentelast verschil ontstaat in het resultaat van de gelieerde vennootschap al naar gelang onder borgstelling van een derde wordt geleend, of rechtstreeks van de concernvennootschap."

Gecorrigeerd moet dus worden het verschil tussen de rente op een geborgde lening en de overeengekomen rente. De termen "zoveel mogelijk" en "vuistregel" laten toe dat de zakelijke rente in bijzondere gevallen op andere wijze bepaald wordt, bijvoorbeeld in gevallen waarin de gelieerde crediteur jegens een derde niet aanvaardbaar zou zijn als borg vanwege haar eigen beroerde vermogenspositie.

5.6 U creëerde aldus een tweestappenmechanisme ter bepaling van een zakelijke rente op een gelieerde lening: eerst wordt een comparable uncontrolled price (CUP) gezocht: is er een derde te vinden die - behoudens het rentepercentage - onder dezelfde voorwaarden uitgeleend zou hebben en zo ja, tegen welke (niet feitelijk winstafnemende) rente? Is een dergelijke derde en daarmee een CUP niet te vinden, dan kwalificeert u de lening als "onzakelijk" en volgt stap twee: bepaling van een borgstellingsanaloge rente. Sommige commentaren hebben moeite met deze hiërarchie.(17)

5.7 Of een gelieerde lening onzakelijk is, moet beoordeeld worden naar het moment waarop de lening wordt aangegaan, maar een op dat moment zakelijke lening kan op een later moment alsnog onzakelijk worden. Een gelieerde lening is in beginsel in haar geheel of zakelijk of onzakelijk. U overwoog daaromtrent in HR BNB 2012/37:

"3.3.5. Of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden beoordeeld naar het moment van het aangaan van de lening met dien verstande dat een zakelijke lening gedurende haar looptijd ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur vervolgens alsnog een onzakelijke lening kan worden. Anders dan in de literatuur die naar aanleiding van het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad met nummer 43849 is verschenen wel is aangenomen, moet voor de lening als geheel worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening. Uitgangspunt voor de fiscale winstberekening vormt hetgeen partijen zijn overeengekomen en bij één overeenkomst is sprake van één debiteurenrisico. Zoals een borgstelling voor een lening die door een derde aan een gelieerde vennootschap is verstrekt in zijn geheel al dan niet in de kapitaalsfeer ligt, heeft hetzelfde te gelden voor het debiteurenrisico van een onzakelijke lening."

Om uitvoerbaarheidsredenen kan een onzakelijke lening dus niet (meer) gesplitst worden in een zakelijk en een onzakelijk deel.(18) De praktijk kan dat echter wel zelf doen door twee of meer leningen overeen te komen.

5.8 Als de lening onzakelijk is, is het nemen van een - even ongedekt - debiteurenrisico op bij de hoofdsom geboekte of anderszins schuldig gebleven rente in beginsel eveneens onzakelijk. U overwoog:

"3.3.6. Het bij een onzakelijke lening in de kapitaalsfeer liggende debiteurenrisico heeft in beginsel mede betrekking op het risico dat de rente over die lening niet wordt betaald. Derhalve valt ook het debiteurenrisico met betrekking tot verschuldigd gebleven rente op een onzakelijke lening in beginsel in de kapitaalsfeer. Hetzelfde geldt immers met betrekking tot de niet betaalde rente indien een vennootschap geld heeft geleend van een derde onder een borgstelling die een met haar gelieerde vennootschap in de kapitaalsfeer heeft verstrekt."

Op de - ongedekte - vordering tot betaling van contractueel bijgeboekte dan wel schuldig gebleven opeisbare rente op een onzakelijke lening kan dus evenmin aftrekbaar worden afgewaardeerd als zij zich als oninbaar laat aanzien.

5.9 U had het contractueel bijboeken of schuldig laten (in plaats van opeisen) van de rente op een onzakelijke lening op zichzelf reeds als onzakelijk kunnen aanmerken. Daarmee zou schuldig gebleven rente vanaf haar vervaldatum meteen in haar geheel in de kapitaalsfeer terecht zijn komen. De consequentie daarvan zou zijn geweest dat de vervallen, maar niet betaalde rente noch belast, noch aftrekbaar zou zijn geweest. U vergelijkte HR BNB 2004/265,(19) over een bank die leningen had verstrekt aan een concern. Een dochter van de bank had zich jegens de bank garant gesteld voor deze leningen. Bij een herschikking binnen de groep waartoe de bank en haar dochter behoorden, zag de bank zonder adequate vergoeding af van haar bevoegdheid haar dochter aan te spreken bij wanbetaling door het

concern. Niet veel later zag de bank zich genoodzaakt af te boeken op haar vorderingen op het concern. Zich op haar dochter verhalen kon zij niet meer, nu zij immers bij voorbaat had afgezien van regres op haar dochter. De fiscus weigerde daarom aftrek van de afboeking. U overwoog dat de beoordeling van een dergelijke situatie tweeledig is: als het afzien van het regresrecht slechts verklaard kan worden door de aandeelhoudersrelatie, ligt reeds dat afzien in de kapitaalsfeer en heeft het geen invloed op de fiscale winst van moeder of dochter. Indien daarentegen het afzien van het regresrecht zich ook had kunnen voordoen tussen onafhankelijke derden in vergelijkbare omstandigheden, dan moet fiscaalrechtelijk een adequate vergoeding voor het prijsgeven van het regresrecht in aanmerking genomen worden:

"3.2. Indien een moedermaatschappij het recht haar dochtermaatschappij in vrijwaring te roepen ter zake van een aan een derde verstrekte lening prijsgeeft, en dat prijsgeven niet slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, dient het eventueel uit het vervallen van de mogelijkheid tot regres voortvloeiende verlies in fiscale zin te worden bepaald op het bedrag waarop de rechten uit hoofde van de garantstelling door de dochtermaatschappij ten tijde van het prijsgeven daarvan moet[en] worden gewaardeerd. Als ter zake van het prijsgeven geen of een te lage prestatie is bedongen van de dochtermaatschappij, en zulks berust op onzakelijke overwegingen, moet de winst van de moedermaatschappij dienovereenkomstig worden gecorrigeerd. Indien echter het prijsgeven zelf van dat recht slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouder als zodanig, is sprake van een handelen in de kapitaalsfeer, hetgeen meebrengt dat het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed hebben op de fiscale winst."

U heeft er echter niet voor gekozen het contractueel bijboeken of schuldig laten van verschenen rente op een onzakelijke lening op zichzelf als onzakelijk te bestempelen, maar alleen het nemen van het (zelfde) onzakelijke debiteurenrisico op de rentevordering. De rentevordering op een onzakelijke lening wordt aldus hetzelfde behandeld als de hoofdsomvordering ter zake van een onzakelijke lening: zij blijft een vordering - moet dus geactiveerd worden - en is in haar geheel onzakelijk. Ik ga er althans van uit dat uw oordeel dat de hoofdsom in zijn geheel zakelijk of onzakelijk is, ook geldt voor de rentevordering.

5.10 Het bovenstaande betekent dat (i) een afboeking op de geactiveerde (en dus belaste) rentevordering op een onzakelijke lening evenmin aftrekbaar is, (ii) dat ook op de rentevordering een zakelijke rente berekend moet worden (en dat het ongedekt laten van het oninbaarheidsrisico dáárop opnieuw onzakelijk is), en (iii) voor de mogelijke oninbaarheid van de onzakelijke rentevordering geen aftrekbare voorziening getroffen kan worden, net zomin als voor de mogelijke oninbaarheid van de hoofdsom van een onzakelijke lening. Die eventuele oninbaarheid is immers toe te rekenen aan het nemen van een zodanig oninbaarheidsrisico dat het niet door een rentewijziging gecompenseerd kan worden, en ligt daarmee buiten de belaste winstsfeer.⁽²⁰⁾ Het toestaan van een fiscaal aftrekbare voorziening zou het op onzakelijke gronden ontstane verlies ten onrechte toch in de belaste winstsfeer plaatsen. De crediteur heeft er echter - anders dan een derde zou doen - op onzakelijke gronden voor gekozen het risico te nemen dat vervallen, maar niet door hem opgeëiste rente in een later stadium oninbaar zou blijken te zijn.

5.11 Ik ga ervan uit dat ook het verlies op de (verzakelijkte) rentevordering bij een lening omlaag alsnog vergolden wordt bij liquidatie van de debitrice doordat dat verlies opgeteld wordt bij het door de moeder/creditrice voor de deelneming in haar dochter/debitrice opgeofferde bedrag in de zin van art. 13d Wet Vpb. Dat volgt mijns inziens uit uw arrest van 25 november 2011 in de zaak met nr. 10/05161:

"3.2.3. Ervan uitgaande dat de (...) verstrekte geldlening onzakelijk is in die zin dat de aanvaarding door belanghebbende van het debiteurenrisico berustte op aandeelhoudersmotieven, heeft te gelden dat het door belanghebbende bij de liquidatie van (...) [de debiteur] op die geldlening geleden verlies deel uitmaakt van het door belanghebbende voor de deelneming in (...) [de debiteur] opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d Wet Vpb 1969. Immers, dit verlies vloeit voort uit het door belanghebbende in haar hoedanigheid van aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico. (...)."

5.12 De vraag rijst of dit anders is als overeengekomen rente zich reeds op de rentevervaldatum⁽²¹⁾ laat aanzien als geheel of deels oninbaar. Kan de onzakelijke crediteur alsdan op de rentevervaldatum volstaan

met het activeren van het lagere bedrag van de vermoedelijk wél inbare rente?(22) Ik meen in beginsel van niet: die verwachte gedeeltelijke oninbaarheid is immers een gevolg van het onzakelijke handelen, dat nu juist gecorrigeerd moet worden. Dat kan dus anders zijn als de oninbaarheid bij voorbaat van nog niet vervallen rente een andere (doorslaggevende) oorzaak heeft dan het onzakelijke handelen (zie 7.5 hieronder).

5.13 De woorden "in beginsel" in r.o. 3.3.6 van HR BNB 2012/37 (zie onderdeel 5.8 hierboven) laten toe dat het niet (meer) berekenen of het kwijtschelden van vervallen rente op een onzakelijke lening de fiscale winst wél mede bepaalt. Mogelijk heeft u daarbij gedacht aan het geval waarin de gelieerde crediteur niet in de eerste plaats als moeder of dochter, maar als crediteur handelt, en geen rente meer berekent of reeds vervallen rente niet opeist om terugbetaling van de hoofdsom waarschijnlijker te maken (een zgn. haircut voor lief neemt in de hoop daarmee de debiteur levensvatbaarder te maken en aldus zijn rechten als crediteur veilig(er) te stellen). U zie de zaak HR BNB 1996/389,(23) waarin u overwoog:

3.2. Voor zover de middelen betogen dat deze correcties wegens niet-berekende rente (...) achterwege dienen te blijven, treffen zij doel. De feiten laten immers geen andere gevolgtrekking toe dan dat het door belanghebbende (...) niet meer in rekening brengen van rente over haar vordering op haar dochtervennootschap geen oorzaak vindt in de aandeelhoudersrelatie tussen belanghebbende en deze vennootschap, doch het gevolg is van insolventie van de dochtervennootschap. Onder deze omstandigheden kunnen de bedragen (...) niet worden aangemerkt als stortingen van informeel kapitaal.

Essers betoogt echter dat een derde niet snel van rente zal afzien:(24)

Het komt mij voor dat in zakelijke verhoudingen niet zo snel zal worden afgezien van het bedingen van rente, ook niet ingeval er sprake is van insolventie (anders: Hiertjes in FED 1996/715)(25). Ook al is de invordering op dat moment onzeker casu quo onwaarschijnlijk, afzien van die vordering kan altijd nog als blijkt dat er echt niets meer aan te doen is, bijvoorbeeld in geval van faillissement.

6. Beoordeling van de middelen

6.1 Het eerste middel bestrijdt 's Hofs (r.o. 5.3.4) dat HR BNB 2008/191 (Certificaathouders-uitkoop) ook geldt bij een lening 'omlaag'. Het faalt op grond van r.o. 3.3.3 van HR BNB 2012/37.

6.2 Het tweede middel acht onvoldoende gemotiveerd 's Hofs oordeel (r.o. 5.3.7 en 5.3.11) dat een derde de leningen aan D en J niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben verstrekt. Het eigen vermogen van J bedroeg ultimo 1998 3.220.235 en niet betwist is dat de "netto vermogenswaarde van de activa van D" per ultimo 1998 5.126.725 bedroeg.

6.3 Het Hof heeft onder meer vastgesteld dat J nog nooit winst had gemaakt, dat niet in zekerheden, aflossingsafspraken en een rentevergoeding was voorzien en dat het eigen vermogen van D ultimo 1998 negatief 7.294.891 bedroeg. Alleen dat laatste oordeel wordt in cassatie kennelijk bestreden, maar tevergeefs omdat het feitelijk en niet onbegrijpelijk is.(26) Het Hof heeft vervolgens op basis van deze door hem vastgestelde feiten geoordeeld dat geen redelijke schatting mogelijk was van een rentevergoeding die een derde acceptabel zou vinden. Dat oordeel (er is geen CUP te vinden) is op basis van de vastgestelde feiten geenszins onbegrijpelijk, en daarmee is sprake van "onzakelijke leningen" als bedoeld in HR BNB 2012/37. Ingevolge dat arrest kunnen onzakelijke leningen niet gesplitst worden - zoals het middel mede wil - in een zakelijk en een onzakelijk deel. Daarmee faalt mijns inziens het tweede middel.

6.4 Het derde middel betoogt dat het Hof (r.o. 5.3.11) ten onrechte de renteloosheid van de vordering op J mede ten grondslag heeft gelegd aan zijn oordeel dat die vordering onzakelijk was, omdat een onderscheid moet worden gemaakt tussen een onzakelijke lening en een zakelijke lening met een onzakelijke rente. Uit HR BNB 2012/37 blijkt echter dat renteloosheid wel degelijk van belang kan zijn bij de beoordeling van de

(on)zakelijkheid van een lening en dat indien geen winstdeling is overeengekomen, deze niet gefingeerd kan worden op basis van het arm's length beginsel. De omstandigheid dat er in ongelieerde verhoudingen omstandigheden zijn waarin renteloosheid denkbaar is, wil niet zeggen dat renteloosheid geen omstandigheid is die kan bijdragen aan het oordeel dat een onzakelijk debiteurenrisico is genomen. Het Hof heeft in casu - enigszins impliciet (zie r.o. 5.3.4 en 5.4.6) - geoordeeld dat geen niet-winstdelende zakelijke rente (geen CUP) bepaald kan worden, waardoor mijns inziens het doek valt voor dit middel.

6.5 Het vierde middel betoogt dat het Hof (r.o. 5.3.7 en 5.3.11) ten onrechte de leningen niet gedeeltelijk zakelijk heeft geacht, nu zij in elk geval tot het bedrag van de netto vermogenswaarde van D en J zakelijk waren, althans voor ten minste fl. 1.000.000 op grond van een accountantsverklaring. Dit middel strandt op het oordeel in r.o. 3.3.5 van HR BNB 2012/37 dat één lening één ondeelbaar debiteurenrisico inhoudt en dat een leningovereenkomst dus niet door de rechter gesplitst kan worden in een zakelijk en een onzakelijk deel.

6.6 Het vijfde middel klaagt dat het Hof (r.o. 5.4.7) rente heeft geïmputeerd, terwijl daarvoor geen ruimte is omdat 's Hof's oordeel in r.o. 5.3.7 en 5.3.11 impliceert dat sprake is van bodemloze-putleningen, dus fiscaalrechtelijk van informeel kapitaal. Dit middel stuit af op de omstandigheid dat een junk bond heel wel bij uitgifte reeds een veel lagere dan nominale waarde kan hebben zonder dat dit impliceert dat aanstonds duidelijk zou zijn dat hij geheel of gedeeltelijk niet afgelost zal worden, en op het gegeven dat in feitelijke instantie de stelling verworpen is dat reeds bij het aangaan van de leningen aanstonds duidelijk was dat zij geheel of gedeeltelijk niet terugbetaald zouden worden.

6.7 Het zesde middel klaagt dat het Hof (r.o. 5.4.9) ten onrechte fiscaalrechtelijk een zakelijke rentevergoeding in aanmerking heeft genomen. Nu de afwikkeling van het onzakelijke debiteurenrisico op een onzakelijke lening niet in de belaste winstfeer plaatsvindt, is de te imputeren rente niet belast omdat zij moet worden aangemerkt als een voordeel uit hoofde van de deelneming in respectievelijk D en J.

6.8 Een "onzakelijke lening" blijft ondanks die kwalificatie fiscaalrechtelijk een lening en wordt geen informeel kapitaal, althans niet als gevolg van die kwalificatie of als gevolg van afwaardering. Uit HR BNB 2012/37 volgt voorts dat op een onzakelijke lening een zakelijke rente berekend moet worden die in beginsel bepaald wordt op de rente die de gelieerde debiteur aan een derde betaald zou hebben indien de gelieerde crediteur zich jegens die derde borg had gesteld. Het Hof heeft de zakelijke rente niet op die voet bepaald, maar heeft in navolging van de Rechtbank een rentevoet van 5% in aanmerking genomen om die vervolgens, anders dan de Rechtbank, te verminderen met een veronderstelde opslag voor een normaal debiteurenrisico.

6.9 Achteraf, in het licht van HR BNB 2012/37 bezien, is het Hof aldus uitgegaan van een onjuiste maatstaf. Daartegen richt zich echter geen middel. Onduidelijk is hoe de door het Hof gebruikte rentevoet zich verhoudt tot de rentevoet die zou voortvloeien uit de juiste, borgstellingsanaloge maatstaf, en dus ook of de belanghebbende belang heeft bij vernietiging en verwijzing. Aannemelijk is dat niet: het is in belanghebbendes belang dat de geïmputeerde rente zo laag mogelijk is, en niet aannemelijk is dat een borgstellingsanaloge rentevoet lager zou kunnen uitkomen dan een debiteurenrisicovrije rentevoet. De belanghebbende kan daarover trouwens desgewenst voorlichting geven in een Borgersbrief in reactie op deze conclusie.

6.10 Het zevende middel bestrijdt 's Hof's oordeel (r.o. 5.4.7) dat een derde niet zou hebben afgezien van het bedingen van rente. De belanghebbende verwijst naar HR BNB 1996/389 (zie 5.13 hierboven). Uit uw oordeel in dat arrest dat de feiten "geen andere conclusie toelaten dan (...)" volgt dat de vraag of het niet-bedingen van rente is terug te voeren op het aandeelhouderschap of op het crediteurschap een feitelijke vraag is, die dus voorbehouden is aan de feitenrechter, tenzij de feiten "geen andere conclusie toelaten." In casu laten de feiten wél een andere conclusie toe dan dat een derde van meet af aan geen rente zou hebben bedongen. De feiten zijn dan ook anders dan in HR BNB 1996/389, waarin sprake was van het "niet meer" in rekening brengen van rente om later opgekomen specifieke, de financiële positie van de gelieerde debiteur betreffende en kennelijk niet-onzakelijke redenen. De litigieuze leningen - van

miljoenen euro's - daarentegen hebben van meet af aan geen rente gedragen en geen zekerheden gekend. Het Hof kon oordelen dat derden dat niet plegen te doen.

6.11 Het achtste middel wijst op HR BNB 2010/273,(27) waarin u als volgt overwoog:

"4.2.2. (...). 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. Dat zou niet stroken met het aan goed koopmansgebruik ten grondslag liggende realiteitsbeginsel. (...)."

De belanghebbende betoogt dat ook inkomsten waarvan zo goed als zeker is dat zij niet zullen worden ontvangen niet tot de jaarwinst kunnen worden gerekend. Ter zake van die inkomsten staat goed koopmansgebruik dus toe een voorziening wegens oninbaarheid te vormen.

6.12 Dit betoog lijkt mij zijn deugden te hebben, maar niet relevant te zijn voor gevallen zoals het litigieuze, waarin het eventuele niet ontvangen worden van de rente veroorzaakt wordt door onzakelijk (buiten de belaste winstsfeer) handelen - in casu: nalaten - van de crediteur. Een zakelijke crediteur zou wél rente berekend hebben en die na vervaldatum ook opgeëist hebben, althans niet (hetzelfde) debiteurenrisico genomen hebben op schuldig gelaten rente. Uit r.o. 3.3.6 van HR BNB 2012/37 blijkt (zie 5.8 hierboven) dat het debiteurenrisico op de rentevordering (eveneens) buiten de winstsfeer ligt, hetgeen impliceert dat voor dat risico geen winstbeïnvloedende voorziening getroffen kan worden.

6.13 Deze uitkomst lijkt onevenwichtig (de belanghebbende betaalt belasting over rente die zij waarschijnlijk niet zal ontvangen), maar de debiteur trekt evenzeer rente af die zij even waarschijnlijk niet zal betalen, en de belanghebbende kan haar niet-aftrekbare verlies uiteindelijk fiscaal nemen bij liquidatie van haar dochter/debiteur, nu mijns inziens ook het wél geïmputeerde en belaste, maar niet ontvangen rentebedrag het voor de deelneming in de dochter opgeofferde bedrag verhoogt. Ik meen dat uw arrest HR BNB 2012/38 dat meebrengt, nu de niet-aftrekbaarheid van het verlies voortvloeit uit het handelen als aandeelhouder.

6.14 Daarom faalt mijns inziens ook middel 8.

7. Foutenleer?

7.1 Een crediteur kan bij latere afwaardering van zijn vordering menen dat die vordering reeds bij haar ontstaan niet voor de nominale waarde had moeten worden geactiveerd. De vraag rijst of met de foutenleer de waardering op nominale waarde van de aflossingsvordering of de rentevordering ter zake van een onzakelijke lening alsnog gecorrigeerd kan worden in een later boekjaar als aannemelijk is dat de desbetreffende vordering reeds op het moment van haar ontstaan ten onrechte voor haar nominale waarde is geactiveerd.

7.2 De foutenleer dient ertoe te voorkomen dat een stuk van de totaalwinst hetzij dubbel belast wordt, hetzij onbelast blijft. In HR 23 december 2011, nr. 10/03488, LJN BR6326(28) overwoog U:

"3.3. De foutenleer strekt ertoe te voorkomen dat, ingeval het eindvermogen van het voorafgaande jaar niet naar de voorschriften van de wet en overeenkomstig goed koopmansgebruik is vastgesteld, een stuk bedrijfswinst - in strijd met het in artikel 3:8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 neergelegde beginsel dat de winst alle voordelen omvat die uit onderneming worden verkregen - onbelast blijft hetzij dubbel wordt belast (vgl. onder meer HR 22 oktober 1952, nr. 11064, B. 9293, en HR 13 maart 2009, nr. 44072, LJN BB5878, BNB 2009/130)."

Niet alle fouten kunnen met toepassing van de foutenleer worden rechtgezet. De fout moet hebben geleid tot een onjuiste fiscaal eindvermogen in een eerder belastingjaar.

7.3 Uit HR BNB 2010/297(29) volgt dat indien een correctie van onzakelijk handelen geen invloed heeft op de hoogte van het eindvermogen van een vorig boekjaar, de foutenleer niet leidt tot het alsnog in aanmerking nemen van een bate of last. Die zaak betrof een belastingplichtige die een rekening-courantschuld had aan een van haar twee 50%-aandeelhouders waarop geen rente berekend was. In 2002 wilde zij alsnog een rentebetaling betreffende de jaren 1989-2001 ten laste van haar fiscale winst brengen. Omdat ultimo 2001 geen voldoende bepaalde, juridisch afdwingbare verplichting tot rentebetaling bestond en op dat moment evenmin een redelijke mate van zekerheid was dat in de toekomst rente zou worden betaald, werd deze last voor de bepaling van de fiscale winst 2001 niet aanvaard. Op een beroep op de foutenleer overwoog u:

"3.4. (...). Voor zover het middel ten slotte de toepassing van de foutenleer baseert op de stelling dat het niet bedingen van rente als onzakelijk bestempeld zou moeten worden, faalt het eveneens. Correctie van het in de desbetreffende jaren veronderstelde onzakelijke handelen (het niet in aanmerking nemen van rente) zou in die jaren slechts leiden tot een aanpassing (verlaging) van de winst van belanghebbende voor hetzelfde bedrag als waarvoor een storting van informeel kapitaal door A BV in belanghebbende in aanmerking genomen zou moeten worden. Correctie zou derhalve geen invloed hebben op de hoogte van het eindvermogen van het vorige boekjaar."

Lubbers annoteerde in BNB 2010/297 (ik laat voetnoten weg):

"Hoewel ik dit oordeel ten volle onderschrijf, spreekt de wijze waarop de Hoge Raad de afwijzing van de toepassing van de foutenleer heeft gemotiveerd mij iets minder aan. De Hoge Raad kiest - als ik het goed zie - als aanvliegroute de correctie van de fout in de jaren waarin die fout is opgetreden (1989 t/m 2001). Dat zou ik niet hebben gedaan. Naar mijn mening is de kern van het niet kunnen toepassen van de foutenleer in 2002 dat niet kan worden gezegd dat als gevolg van het onzakelijke handelen in de jaren 1989 t/m 2001 het eindvermogen van 2001 op een onjuist bedrag is vastgesteld. Dat had ik centraal gesteld. Weliswaar kan worden betoogd dat binnen dat eindvermogen de te onderscheiden categorieën voor onjuiste bedragen zijn opgenomen (namelijk 'informeel kapitaal' voor een te laag bedrag en het 'overige eigen vermogen' voor een te hoog bedrag), maar hierop slaat de foutenleer niet aan."

7.4 Ik maak onderscheid tussen (i) hoofdsom, (ii) schuldig gelaten (dus geactiveerde) rente en (iii) niet-bedongen (dus geïmputeerde) rente. Ad (i): ik meen dat indien een onzakelijke lening (hoofdsom) reeds bij haar ontstaan minder dan nominaal waard is, zulks een gevolg is van het onzakelijk genomen debiteurenrisico, de gevolgen waarvan nu juist géén invloed op de fiscale winst behoren te hebben, ook niet via toepassing van de foutenleer. Latere afwaardering (bij realisering van het debiteurenrisico), die niet aftrekbaar is wegens onzakelijkheid, kan bezwaarlijk anders behandeld worden dan eerdere afwaardering (lagere activering) als ook die eerdere afwaardering ingegeven wordt door verwachte realisering van het onzakelijk genomen debiteurenrisico. Ik merk opnieuw op dat dit anders zou zijn in een junk bond benadering van de onzakelijke lening, maar daarvoor heeft u niet gekozen.

7.5 Ad (ii): aangezien de rentevordering ter zake van een onzakelijke lening volgens HR BNB 2012/37 het lot van de onzakelijke lening deelt, kan de foutenleer evenmin leiden tot lagere dan nominale activering van de op een onzakelijke lening overeengekomen, maar niet-opgeëiste en schuldig gebleven rente. U bent in het genoemde arrest vermoedelijk uitgegaan van het bewust schuldig laten en bij de hoofdsom boeken van vervallen (opeisbare) rente. Het is echter ook denkbaar dat de rentevordering reeds vóór haar ontstaan (vóór het verval van de rentetermijn) al onvolwaardig is, zodat geen sprake is van een bewust onzakelijk schuldig laten waar een zakelijke crediteur zou opeisen. En het is voorts denkbaar dat dat onvolwaardig worden van de toekomstige rentevordering niet als hoofdoorzaak heeft het onzakelijk nemen van het debiteurenrisico op de hoofdsom. Indien aannemelijk is dat de gelieerde crediteur - indien feitelijk mogelijk - de rente (wél) geheel opgeëist zou hebben op rentevervaldatum, lijkt het mij niet aangewezen om het niet-opeisbaar blijvende deel van de rentevordering desondanks te activeren en (dus) te belastingen. Dan zou een correctie achteraf op basis van de foutenleer in een dergelijk geval eveneens mogelijk moeten zijn.

7.6 Ad (iii): ten slotte het geval van niet-bedongen en dus ook niet schuldig gebleven, maar geïmputeerde arm's length rente, zoals de litigieuze rente. Activering van geïmputeerde rente lijkt mij in het geheel niet aan de orde te kunnen komen. Weliswaar wordt geïmputeerde rente per definitie niet betaald, maar zij wordt wel geacht betaald te zijn, nu een zakelijk handelende debiteur op rentevervaldatum betaald zou hebben aan een zakelijk handelende crediteur. Daarmee is de arm's length correctie reeds voltooid. Van een balanspost komt het niet. Er geen plaats of reden meer voor enige balanspost, die dus evenmin onjuist kan zijn.

8. Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep ongegrond te verklaren

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

1 Rechtbank Haarlem 8 oktober 2008, nrs. AWB 07/1253, 07/1254 en 07/1255, niet gepubliceerd.

2 Hof Amsterdam 31 maart 2011, nrs. 08/01224, 08/01226 en 08/01227, LJV BQ1687, V-N 2011/32.1.2, NTFR 2011/943 met noot Van Horzen.

3 HR 9 mei 2008, nr. 43 849, LJV BD1108, BNB 2008/191 met noot Albert, FED 2008/58 met aantekening Te Niet, NTFR 2008/902 met commentaar Egelie, V-N 2008/23.14 met aantekening redactie, Belastingadvies 2008/12.6 met noot Daniels, en Ondernemingsrecht&Effectenrecht 2009, nr. 5, met commentaar Kok.

4 HR 25 november 2011, nr. 08/05323, na conclusie Wattel, LJV BN3442, BNB 2012/37 met noot Albert, V-N 2011/63.10, NTFR 2011/2722, met commentaar Nieuweboer; HR 25 november 2011, nr. 10/04588, na conclusie Niessen, LJV BP8952, V-N 2011/62.14, NTFR 2011/2834, met commentaar Ganzeveld; HR 25 november 2011, nr. 10/05161, na conclusie Wattel, LJV BR4807, BNB 2012/38, met noot Albert, V-N 2011/63.11, NTFR 2011/2723, met commentaar Nieuweboer; HR 25 november 2011, nr. 10/05394, na conclusie Wattel, LJV BR4813, V-N 2011/63.12, NTFR 2011/2790, met commentaar Niessen-Cobben.

5 De Rechtbank en het Hof reppen van "C Plc" maar bedoeld is vermoedelijk "AA Plc". Het dossier maakt geen gewag van "C Plc", en aan de beurs van Q was geen "C plc" genoteerd, maar wel een "AA Plc".

6 De naam van E GmbH is blijkens de jaarrekening 1999/2000 gewijzigd in N GmbH.

7 Punt 3.1 van het incidenteel hogerberoepschrift.

8 Zie punt 1.1 van het incidenteel hogerberoepschrift. Belanghebbende verwijst daarbij naar het arrest HR 16 augustus 1996, nr. 31 196, LJV AA2020, BNB 1996/389 met noot Essers, FED 1996/715 met noot Hieltjes, V-N 1996/3241, punt 10, en de uitspraak van Hof Amsterdam 14 maart 2001, nr. 99/2387, LJV AB0776, V-N 2001/32.15.

9 Punt 4.17 van het verweerschrift in hoger beroep.

10 Punt 3.2 van het incidenteel hogerberoepschrift.

11 HR 25 juni 2010, nr. 08/03864, na conclusie Wattel, LJV BJ8485, BNB 2010/273 met noot Lubbers, NTFR 2010/1546 met noot Bruijsten, V-N 2010/30.6.

12 Noot PJW: een schijnlening is ook civielrechtelijk geen geldlening, en haar fiscaalrechtelijk negeren is dus in zoverre geen uitzondering op de hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm beslissend is. Dat is wel het geval voor zover een schijnlening gekwalificeerd wordt tot kapitaal.

13 Noot PJW: indien de geldverstrekker reeds aanstonds duidelijk is dat de terugbetalingsverplichting niet reëel is, lijkt sprake van een schijnlening. Hét kenmerk van een geldlening is immers de terugbetalingsverplichting.

14 J. Ganzeveld en H. Hoeve, 'Onzakelijke lening: de Hoge raad als medewetgever', NTFR 2011/2910.

15 V-N 2011/63.10.

16 HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, na conclusie Niessen, LJN BP8068, V-N 2012/6.9. Afwezigheid van zekerheden en aflossingsschema, en bijschrijving van rente hoeft evenmin tot constatering van een bodemloze put-lening te leiden omdat een al dan niet voorwaardelijke terugbetalingsverplichting ten aanzien van de hoofdsom volstaat voor de kwalificatie van lening, zowel in civiel- als fiscaalrechtelijke zin; naar mijn mening betekent de afwezigheid van een aflossingsschema nog niet zonder meer dat er ook geen sprake is van een (voorwaardelijke) terugbetalingsverplichting. In HR 8 september 2006, nr. 42 015, na conclusie Van Ballegooijen, LJN AV2327, BNB 2007/104 met noot Daniëls, V-N 2006/47.21, NTFR 2006/1320 met commentaar Hemels, FED 2007/9 met commentaar Arts, overwoog U:

"3.4. (...). Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervenootschap zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening."

Uw Eerste Kamer oordeelde in een arrest van 29 november 2002, nr. C01/011HR, na conclusie Bakels, LJN AE7005, NJ 2003/50 dat een voorwaardelijke, materiële terugbetalingsverplichting een schijnlening uitsluit omdat:

"3.4.5. (...) voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW voldoende is dat een verplichting tot teruggave bestaat. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan. (...) zulks [maakt] de overeenkomst nog niet tot een schijnhandeling."

17 Zie Albert (noot in BNB 2012/37) en Bruins Slot ('Objection, your honor!'; WFR 2012/38), die betogen dat het hoofdsomrisico en de rentevoet communicerende vaten zijn die niet ontkoppeld kunnen worden. Reeds vóór de arresten van 25 november 2011 betoogden Cornelisse en Derckx ('De onzakelijke geldlening (door moeder aan dochter) bestaat niet; wel de onzakelijke investering'; WFR 2011/488) dat een gelieerde lening niet onzakelijk is als het gefinancierde project op zichzelf een zakelijke investering is, en dat de beloning altijd verzakelijkt kan worden door haar winstdelend te maken. Opgemerkt zij dat de consequentie van die opvatting is dat afwaardering op een onzakelijke lening omlaag steeds aftrekbaar is.

18 Ik begrijp de kritiek van Bruins Slot in WFR 2012/38 op dit onderdeel van uw arrest niet. Juist het splitsen van de hoofdsom van een onzakelijke lening in een deel dat misschien nog (net) van een theoretische derde geleend had kunnen worden onder dezelfde voorwaarden en een onzakelijk (of informeel gestort/onttrokken?) deel lijkt mij een opgave die tot eindeloze manipulatie en discussie langs "een fiscaal karrespoor" zou leiden. Bruins Slot gaat er kennelijk van uit dat de fiscus en de rechter bevoegd zouden zijn contracten te herschrijven, zowel ter zake van de hoofdsom als ter zake van het (niet-)winstafnemende karakter van de overeengekomen of niet-overeengekomen rente, ook als dat niet nodig is voor de totgeldingbrenging van de fiscaalrechtelijke norm. Ik meen dat dat niet het geval is. Een "doctorandus in de zaal" kan daar weinig aan veranderen. Ik merk ter zijde op dat kennelijk minder bekend is dat ons gemeenschappelijke wetenschappelijke bureau vele economen telt. Een junk bond analogie lijkt mij praktisch wél uitvoerbaar (dan zoekt men niet naar het bedrag dat bij dezelfde voorwaarden bij een derde nog wél geleend zou kunnen worden tegen een min of meer normale rente (die echter wel verzonnen moet worden als geen rente is afgesproken), maar naar hetgeen een derde zou betalen voor de vordering ná de totstandkoming van de onzakelijke overeenkomst zoals die werkelijk gesloten is), maar wijkt evenzeer onnodig af van de in werkelijkheid gesloten overeenkomst.

19 HR 12 december 2003, nr. 38 124, met conclusie Van Kalmthout, LJV AH8973, BNB 2004/265 met noot Van der Geld, V-N 2004/2.21, NTFR 2003/2112 met commentaar Hemels.

20 Bruins Slot (WFR 2012/38) meent dat het niet "onlogischer" kan. Het lijkt mij echter geenszins onlogisch. Het is immers uiteraard niet onzakelijk om een zakelijke rente te berekenen, maar wel om een onzakelijk oninbaarheidsrisico te nemen op een rentevordering. Dat de berekende zakelijke rente bij de crediteur belast wordt ook al is zij niet ontvangen, is niet onlogisch, nu zij bij de debiteur immers even zeer aftrekbaar is, hoewel zij niet betaald is. Dat de afboeking op de onzakelijk schuldig gelaten rente niet aftrekbaar is als zij oninbaar blijkt, is eveneens logisch, nu noch het genomen oninbaarheidsrisico, noch de realisering ervan in de belaste winstfeer ligt. De afboeking op de hoofdsom van een onzakelijke lening die plaatsvindt als het onzakelijk genomen debiteurenrisico op die hoofdsom zich realiseert, is evenmin aftrekbaar; daartegen zou Bruins Slot zich dan eveneens moeten keren. Hij ziet er kennelijk ook aan voorbij dat de afwaardering op een onzakelijke rentevordering - althans bij een lening omlaag - uiteindelijk wél aftrekbaar is, nl. door de navenante verhoging van het door de crediteur opgeofferde bedrag voor de deelneming in de rentedebitrice. U zie voorts onderdeel 7 ter zake van niet-schuldig gebleven, maar reeds op het moment van vervallen van de rentetermijn oninbare rente.

21 Bij geïmputeerde rente: dezelfde datum als die waarop in een eerder jaar de lening werd aangegaan.

22 Ik merk op dat betalingen van een debiteur aan diens crediteur in beginsel eerst aan de verschenen rente worden toegerekend en pas als die rente voldaan is, aan aflossing op de hoofdsom; zie art. 6:44 BW.

23 HR 16 augustus 1996, nr. 31 196, LJV AA2020, BNB 1996/389 met noot Essers, FED 1996/715 met noot Hieltjes, V-N 1996/3241, punt 10.

24 Noot in BNB 1996/389. In gelijke zin de redactie van de Vakstudie Nieuws in haar aantekening bij HR BNB 1996/389: "In de praktijk zal een derde bij gebleken insolventie van zijn debiteur niet snel afzien van het verder in rekening brengen van rente, al was het slechts om in elk geval de formele rechtspositie tot uitdrukking te brengen."

25 Noot PJW: Hieltjes schrijft in zijn noot bij HR BNB 1996/389: "De belanghebbende ziet daarom (...) af van het in rekening brengen van rente. Dit is niet onzakelijk. Ook in geheel zakelijke, niet-gelieerde verhoudingen wordt afgezien van het in rekening brengen van rente, indien deze nooit ingevorderd kan worden."

26 Uit de jaarrekening van D blijkt dat ultimo 1998 de waarde van de totale activa FRF 32.639.929 (omgerekend volgens de belanghebbende: 5.126.725) bedroeg. Het eigen vermogen van D bedroeg ultimo 1998 echter wel degelijk negatief FRF 47.851.670 (omgerekend negatief 7.294.891), en belanghebbende betwist deze vaststelling gezien punt 1.1 van haar verweerschrift in hoger beroep ook niet. Wat belanghebbende in haar toelichting op het tweede middel dan bedoelt met de term "nettovermogenswaarde van de activa" (ad 5.126.725), is mij niet duidelijk.

27 HR 25 juni 2010, nr. 08/03864, na conclusie Wattel, LJV BJ8485, BNB 2010/273 met noot Lubbers, V-N 2010/30.6, NTFR 2010/1546 met commentaar Bruijsten.

28 HR 23 december 2011, nr. 10/03488, na conclusie Niessen, LJV BR6326, BNB 2012/52 met noot Lubbers, V-N 2011/67.5, NTFR 2012/107 met commentaar Fase.

29 HR 10 september 2010, nr. 09/04515, LJV BN6304, BNB 2010/297 met noot Lubbers, V-N 2010/43.8, NTFR 2010/2166 met commentaar Smit.