

ECLI:NL:PHR:2018:120

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	31-01-2018
Datum publicatie	16-02-2018
Zaaknummer	17/02551
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2019:355
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	<p>Tweede cassatie. Opwaardering van eerder afgewaardeerde vordering op derde na betalingsgarantie door een verbonden vennootschap die op hetzelfde moment de tot dan onafhankelijke debiteur inlijft: winst, informeel kapitaal, of beide deels? Is de Hoge Raad omgegaan?</p> <p>Feiten: de belanghebbende (een fiscale eenheid) is onderdeel van een Japans concern dat meet- en positioneringsapparatuur produceert. Het concern heeft een Amerikaanse dochter, [D], die apparatuur produceert en via de belanghebbende levert aan een tot 31 maart 2010 niet-gelieerde Spaanse distributeur. De belanghebbende heeft handelsvorderingen op die distributeur ad 11,5 miljoen. Vanwege de slechte financiële situatie van de distributeur heeft de belanghebbende haar vorderingen afgewaardeerd. Mede om te voorkomen dat het concern op geconsolideerd niveau verlies zou moeten rapporteren, heeft [D] in 2010 voor 1 alle aandelen in de Spaanse distributeur verworven en de voldoening van diens verplichtingen jegens de belanghebbende gegarandeerd. De belanghebbende heeft daarom haar vorderingen opgewaardeerd en zulks als toename van het fiscale eigen vermogen geboekt omdat de garantie haars inziens verklaard wordt door de concernrelatie en de opwaardering geen resultaat van ondernemingsuitoefening is, maar in de kapitaalsfeer valt. De Inspecteur heeft de opwaardering als belastbare winst aangemerkt.</p> <p>Eerste cassatie: in geschil was of [D] betalingsgarantie onzakelijk was en of de daaruit voortvloeiende opwaardering bij de belanghebbende belastbare winst of informeel kapitaal was. De Hoge Raad verwees de zaak naar het Hof Amsterdam om opnieuw te onderzoeken "of het voordeel dat [de belanghebbende] heeft ontleend aan de garantstelling door [D] geheel of ten dele zijn grond vindt in haar vennootschappelijke betrekkingen, ()".</p> <p>Het Hof Amsterdam heeft in goede justitie de volloop voor 1,2 miljoen (12,6%) toegerekend aan de vennootschappelijke betrekkingen en de overige 87,4% als belastbare winst gezien omdat [D] en de belanghebbende commercieel belang hadden bij het financieel overeind houden van de Spaanse distributeur.</p> <p>In geschil in de tweede cassatie is of belanghebbendes opwaardering van de vordering op de Spaanse distributeur geheel winst of geheel informeel kapitaal is, dan wel evenredig toegerekend moet worden aan zakelijke en concernmotieven zoals het Hof heeft gedaan, alsmede het bewijs van (de verdeling van) die motieven.</p> <p>De Staatssecretaris acht pro rata-toerekening aan motieven onjuist; hij acht de opwaardering ofwel geheel winst, ofwel geheel informeel kapitaal. Hij meent dat de opwaardering in casu geheel belast is omdat het voordeel zijn verklaring niet enkel vindt in de vennootschappelijke verhoudingen.</p> <p>A-G Wattel ziet drie mogelijke benaderingen qua causaliteit: (i) de volloop moet evenredig worden toegerekend aan de zakelijke en de intervenootschappelijke motieven voor de garantie, (ii) de volloop moet geheel worden toegerekend aan de overwegende beweegreden of (iii) de volloop is alleen informeel kapitaal als zij haar grond enkel vond in concernmotieven.</p> <p>De A-G leidt uit eerdere jurisprudentie af dat de Hoge Raad benadering (iii) volgt, maar diens opdracht bij verwijzing suggereert dat hij is omgegaan en het voordeel van de garantie splitsbaar acht in een zakelijk en een onzakelijk deel (benadering (i)). De A-G denkt echter dat de Hoge Raad niet is omgegaan en dat de term geheel of ten dele in de verwijzingsopdracht op het volgende ziet: de garantie vermeldt geen bedrag en wijst geen bepaald leverancierskrediet aan. Zij ziet onbepaald op tegenwoordige en toekomstige vorderingen. De Inspecteur heeft voorts in het midden gelaten of hij de afwaardering in het boekjaar 2009-2010 had aanvaard, nu de volloop ervan nog in hetzelfde boekjaar plaatvond. Een</p>

onafhankelijke derde zou denkkelijk geen dergelijke ongeclausuleerde garantie geven voor onbekende en onbepaalde toekomstige vorderingen. De A-G acht het middel van de Staassecretaris daarom gegrond. Het verwijzingshof had niet motieven moeten splitsen, met name niet die voor het financieel overeind houden van de Spaanse distributeur beslissend zijn immers de motieven voor het afgeven van een garantie jegens de belanghebbende, maar had moeten onderzoeken in hoeverre de onbepaaldheid van de garantie onzakelijk was, mede in het licht van de onduidelijkheid over de vraag of er in 2009-2010 überhaupt afgeboekt kon worden. Ook als de Hoge Raad wel omgegaan zou zijn, acht de A-G dit middel gegrond, nu een ongemotiveerde motiefsplitsing in 12,6% zakelijk en 87,4% onzakelijk niet naar de eis der wet met redenen is omkleed. De belanghebbende komt op tegen s Hofs (i) oordeel over de bewijslastverdeling, (ii) meewegen van de commerciële belangen van [A] en [D] bij het overeind houden van [B], (iii) als slechts betrekkelijk summier aanmerken van het door haar overgelegde bewijs, (iv) niet nader gesubstantieerd achten van haar standpunt dat de gehele opwaardering voortvloeit uit de vennootschappelijke betrekkingen, en (v) onvoldoende motivering van de gemaakte afweging. Middelonderdeel (i) faalt, omdat uit HR BNB 1996/51 en HR BNB 2000/240 volgt dat de bewijslast rust op diegene die een informele kapitaalstorting stelt. Middelonderdeel (ii) slaagt. Ongeacht of de Hoge Raad is omgegaan, slaagt ook middelonderdeel (v), omdat s Hofs motievensplitsing onvoldoende is gemotiveerd. De middelonderdelen (iii) en (iv) falen, omdat de cassatierechter niet gaat over bewijswaardering en die overigens niet onvoldoende is. Conclusie: de cassatieberoepen van beide partijen zijn gegrond. Verwijzen voor onderzoek naar welke garantie gegeven zou zijn in ongelieerde verhoudingen.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
 V-N Vandaag 2018/338
 NLF 2018/0485 met annotatie van Warner Bruins Slot
 V-N 2018/21.17 met annotatie van Redactie
 NTFR 2018/712 met annotatie van Mr. dr. W.R. Kooiman

Conclusie

"1.1 De belanghebbende, [X] BV, is een dochter van de in Japan gevestigde [H] die meet- en positioneringsapparatuur produceert en daarin handelt. [H] heeft ook een dochter in de VS, [D] Inc. ([D]), die meet- en positioneringsapparatuur produceert. De belanghebbende heeft twee in Nederland gevestigde dochters, [BB] B.V. en [A] BV ([A]), met wie zij voor de vennootschapsbelasting een fiscale eenheid heeft gevormd.

- 1.2 [D] levert door haar geproduceerde apparatuur aan [A]. [A] levert de apparatuur aan [B], een in Spanje gevestigde distributeur die tot 31 maart 2010 niet gelieerd was aan het concern. [A] heeft (handels- en rente)vorderingen op [B] die in het boekjaar 2009/2010 zijn opgelopen tot een totale nominale waarde ad circa 11,5 miljoen.
- 1.3 In verband met de slechte financiële situatie van [B] heeft [A] in het boekjaar 2008/2009 op haar commerciële balans 6 miljoen voorzien voor verwachte oninbaarheid. Voor fiscale doeleinden heeft zij haar vordering op [B] met hetzelfde bedrag afgewaardeerd. In het boekjaar 2009/2010 is fiscaal nog eens 3,5 miljoen afgeboekt.
- 1.4 Mede om de vordering commercieel te kunnen opwaarderen en daarmee te voorkomen dat [H] op geconsolideerd niveau in 2009/2010 een verlies zou lijden, heeft [D] op 31 maart 2010 alle aandelen [B] voor 1 verworven en de voldoening van [B]'s bestaande en toekomstige verplichtingen jegens [A] gegarandeerd.
- 1.5 [A] heeft daarop de commerciële voorziening ad 6 miljoen laten vrijvallen. In haar fiscale jaarrekening heeft zij tegenover de opwaardering ad in totaal 9,5 miljoen van haar vorderingen een toename van het fiscale eigen vermogen geboekt. [A] acht [D] garantie van haar vorderingen op [B] onzakelijk omdat die garantie volgens haar slechts verklaard wordt door de concernrelatie, zodat de daaruit voortvloeiende opwaardering geen resultaat van haar ondernemingsuitoefening is, maar in de kapitaalsfeer valt. De garantie berustte volgens haar op aandeelhoudersmotieven en verschoof vermogen van [D] naar moedervenootschap [H], die zwarte cijfers wilde schrijven, en vervolgens naar de fiscale eenheid waartoe [A] behoort: een verkapte dividenduitkering door [D] aan [H], gevolgd door informele kapitaalstorting door [H] in de eenheid.
- 1.6 De Inspecteur heeft de opwaardering echter als belastbare winst aangemerkt. De Rechtbank heeft belanghebbendes beroep daartegen ongegrond verklaard. Het Hof heeft () de feitelijke vaststellingen, de gronden en de beslissing van de Rechtbank overgenomen, onder toevoeging van enige eigen overwegingen."

- 1.2 U heeft de uitspraak van het hof Den Haag vernietigd en de zaak verwezen naar het Hof Amsterdam. Volgens dat laatste Hof moest de belanghebbende aannemelijk maken dat de volloop van de vorderingen niet tot haar belastbare winst behoorde en heeft zij niet aannemelijk gemaakt dat de opwaardering volledig haar grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen. Het Hof heeft vervolgens in goede justitie de volloop voor 1,2 miljoen (circa 12,6%) toegerekend aan de vennootschappelijke betrekkingen en de overige circa 87,4% als belastbare winst aangemerkt.
- 1.3 Zowel de belanghebbende als de Staatssecretaris heeft daartegen opnieuw cassatieberoep ingesteld. De Staatssecretaris acht een *pro rata*-benadering onjuist; hij meent dat de opwaardering ofwel in haar geheel winst, ofwel in haar geheel informeel kapitaal is en in casu geheel winst is omdat een informele kapitaalstorting volgens hem door u alleen wordt aangenomen als een voordeel zijn grond *enkel* vindt in de vennootschappelijke verhoudingen.
- 1.4 Ik zie drie mogelijke benaderingen qua causaliteitsleer: (i) de volloop moet *evenredig* worden toegerekend aan de zakelijke en de intervenootschappelijke motieven voor de garantie, (ii) de volloop moet geheel worden toegerekend aan de *overwegende* beweegreden of (iii) de volloop is alleen informeel kapitaal als zij haar grond *enkel* vond in concernmotieven.
- 1.5 Uit uw jurisprudentie leid ik af dat een informele kapitaalstorting zich voordoet als de aandeelhouder als zodanig handelt en dat zulks het geval is als de handeling waaruit het voordeel voor haar dochter voortvloeit, onder overigens gelijke omstandigheden niet gebeurd zou zijn als de dochter niet gelieerd was geweest. Ik acht het middel van de Staatssecretaris daarom gegrond. Uw verwijzingsopdracht na

de eerste cassatieronde hield echter in dat het Hof Amsterdam moest onderzoeken of belanghebbendes voordeel door [D] garantie "geheel of ten dele zijn grond vindt in haar vennootschappelijke betrekkingen, daarbij rekening houdend met de zakelijke belangen van [D] onderscheidenlijk [A] bij het financieel overeind houden van [B] " (mijn *curs.*). Dat suggereert dat u om bent gegaan en dat geen dichotomische keuze uit informele kapitaalbreng en winst gemaakt hoeft te worden, maar dat het voordeel splitsbaar is in deels zakelijk en deels onzakelijk afhankelijk van het relatieve gewicht van de motieven voor het geven van de garantie. Het Hof Amsterdam heeft de opdracht inderdaad als een (nieuwe) *pro rata parte*-benadering opgevat en heeft zich dus afgevraagd wat het relatieve gewicht is geweest van de motieven voor de garantie. Hij heeft vervolgens belanghebbendes voordeel door de garantie voor 12,6% verklaard uit de vennootschappelijke betrekkingen en voor 87,4% uit commerciële overwegingen.

- 1.6 ((Ook) als u zou zijn omgegaan, slaagt het middel van de Staatssecretaris mijns inziens. Alsdan is s Hofs uitspraak niet begrijpelijk, nu hij zijn oordeel heeft gebaseerd op een afweging in hoeverre [D] zakelijke redenen had voor het financieel overeind houden van [B] , terwijl het alsdan daar niet om gaat, maar om de vraag in hoeverre [D] zakelijke motieven had voor haar *garantstelling jegens [A]*, terwijl de Staatssecretaris mijns inziens gelijk heeft dat een geheel ongemotiveerde motiefsplitsing in 12,6% zakelijk en 87,4% onzakelijk niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.
- 1.7 Maar ik denk niet dat u bent om gegaan. Zon belangrijke koerswending bij zon gevoelig thema (winst of kapitaal?) zou mijns inziens niet zo diep weggestopt worden in een verwijzingsopdracht. Die zou geëxpliciteerd en gemotiveerd worden. Dan rijst de vraag wat u wél bedoelde met geheel of ten dele. Voor de hand ligt de gedachte dat, nu het om elkaar temporeel opvolgende en opstapelende leverancierskredieten gaat, de kredietverlening tot een bepaald punt zakelijk is, maar dat er een punt komt waarop een zakelijk handelende leverancier zijn leveranties zal staken als hij niet betaald wordt. De term geheel of ten dele zou dan slaan, niet op een splitsing en weging van motieven, maar op een *temporele* splitsing van de garantie: zij kan dan zakelijk zijn voor zover zij ziet op de leverancierskredieten die een ongelieerde leverancier nog verleend zou hebben, en onzakelijk voor zover zij ziet op de kredieten verstrekt ná het moment waarop een ongelieerde leverancier het voor gezien zou hebben gehouden. Het dossier wijst echter uit dat het volledige litigieuze leverancierskrediet is opgebouwd vóórdat [B] werd ingelijfd op 31 maart 2010, dus per definitie volledig in zakelijke (ongelieerde) verhoudingen.
- 1.8 Ik meen daarom dat het u om het volgende gaat: de garantie vermeldt geen bedrag en wijst ook geen bepaalde leverancierskredieten aan. Zij ziet onbepaald op tegenwoordige en toekomstige vorderingen van [A] op [B] . De Inspecteur heeft voorts in het midden gelaten of hij de 3 mio afwaardering in het boekjaar 2009-2010 aanvaardt, nu de volloop ervan in hetzelfde boekjaar plaatvond (op de laatste dag) en het de inspecteur kennelijk om het even was of hij de afwaardering weigerde of de volloop belastte. Daarmee is de garantie nogal onbepaald en dat zou een onafhankelijke derde denklijk niet doen; die zou denklijk met name geen ongeclausuleerde garantie geven voor onbekende en onbepaalde toekomstige vorderingen op [B] . Het verwijzingshof heeft dat kennelijk niet opgepikt (u was ook niet erg expliciet).
- 1.9 Hoe dan ook acht ik het middel van de Staatssecretaris gegrond: het verwijzingshof had niet motieven moeten splitsen, zeker niet die voor het financieel overeind houden van [B] , maar had moeten onderzoeken in hoeverre de onbepaaldheid (de voorwaarden) van de garantie onzakelijk was (waren), mede in het licht van de onduidelijkheid over de vraag of er in 2009-2010 überhaupt verder onvolwaardigheid was ontstaan.
- 1.10 De belanghebbende komt op tegen s Hofs (i) oordeel over de bewijslastverdeling, (ii) meewegen van de commerciële belangen van [A] en [D] bij het overeind houden van [B] , (iii) als slechts betrekkelijk summier aanmerken van het door haar overgelegde bewijs, (iv) niet nader gesubstantieerd achten van haar standpunt dat de gehele opwaardering voortvloeit uit de vennootschappelijke betrekkingen, en (v) onvoldoende motivering van de gemaakte afweging.

1.11 Ad (i): Uit HR *BNB* 1996/51 en HR *BNB* 2000/240 volgt dat de bewijslast rust op diegene die een informele kapitaalstorting stelt, zodat middelonderdeel (i) faalt.

1.12 Ad (ii): Het Hof heeft beoordeeld in hoeverre [D] zakelijke belangen had *voor het financieel overeind houden van [B]*. Dat is echter niet beslissend voor de vraag waar het om gaat, nl. in hoeverre [D] commerciële motieven had *voor haar garantie jegens [A]*. Dit middelonderdeel treft dus doel. Mijns inziens slaagt voorts middelonderdeel (v), ook als u wél om gegaan zou zijn: s Hofs motievenopsplitsing (87,4% commercieel en 12,6% concernverhoudingen), hoezeer ook in goede justitie geschat, komt uit de lucht vallen en is daarom mijns inziens onvoldoende gemotiveerd.

1.13 De middelonderdelen (iii) en (iv) falen omdat zij s Hofs bewijswaardering bestrijden waarover de cassatierechter niet gaat en die niet onvoldoende onderbouwd is.

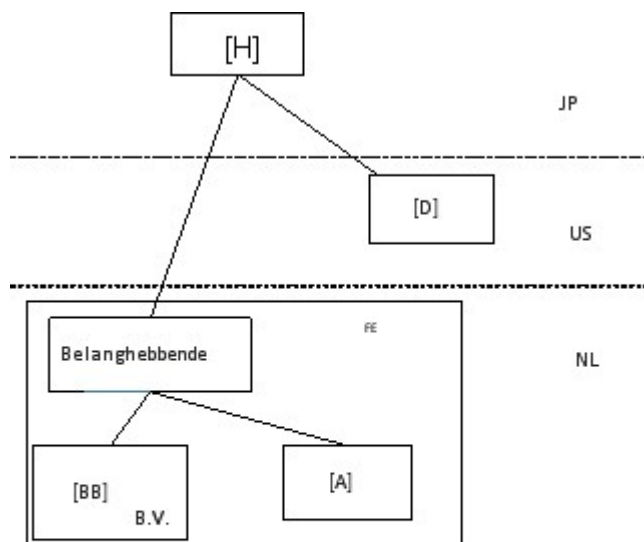
1.14 Ik geef u in overweging zowel beide cassatieberoepen gegrond te verklaren en de zaak opnieuw te verwijzen (met een duidelijke opdracht).

2 De feiten en het geding in en na eerste cassatie

De feiten

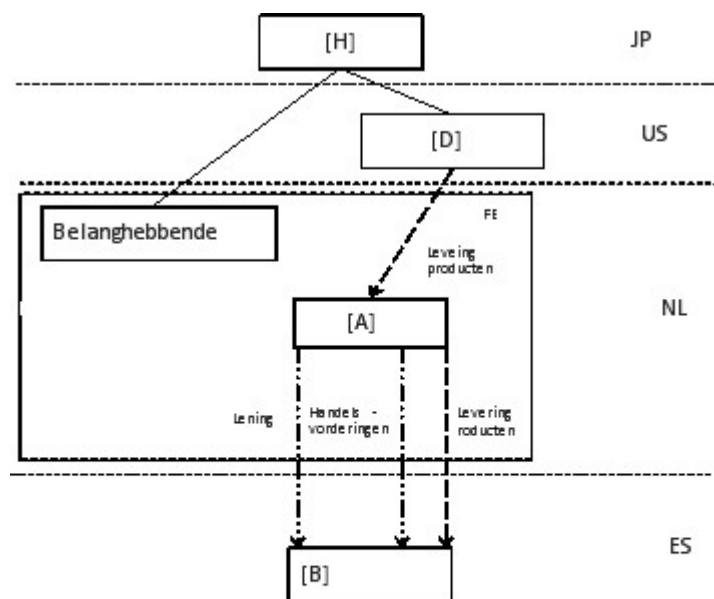
2.1 In de eerste ronde zijn de feiten in de conclusie als volgt weergegeven:2

“2.1 De in Japan gevestigde [H] houdt zich bezig met de productie van en handel in meet- en positioneringsapparatuur. De belanghebbende, [X] BV, is een dochter van [H] en is het Europese hoofdkantoor. De belanghebbende heeft twee in Nederland gevestigde dochters, [BB] BV en [A] BV ([A]), met wie zij voor de vennootschapsbelasting een fiscale eenheid vormt (hierna gezamenlijk: de fiscale eenheid). [H] heeft ook een dochter in de VS, [D] Inc ([D]), die meet- en positioneringsapparatuur produceert. De concernstructuur is dus, voor zover hier van belang, de volgende:



2.2 [D] levert door haar geproduceerde apparatuur aan [A] . [A] levert de apparatuur vervolgens aan [B] , een in Spanje gevestigde, tot 31 maart 2010 niet aan het [X] concern gelieerde distributeur. [A] heeft (handels- en rente)vorderingen op [B] uit hoofde van haar leveringen aan [B] . Met financiering door

[A] heeft [B] van [C] SL exclusieve distributierechten gekocht voor de Spaanse en Portugese markt. Schematisch kan een en ander als volgt weergegeven worden:



2.3 Het totale bedrag van de vorderingen van [A] op [B] was in het boekjaar 2009/2010 opgelopen tot circa 11,5 miljoen.

2.4 Wegens de slechte financiële situatie van [B] heeft [A] in het boekjaar 2008/2009 op haar commerciële balans een voorziening gevormd ad 6 miljoen. Voor fiscale doeleinden heeft zij in dat boekjaar haar vordering op [B] met hetzelfde bedrag afgewaardeerd. In 2009/2010 heeft zij haar vordering fiscaal verder afgewaardeerd met 3,5 miljoen.

2.5 Om een commerciële opwaardering van de vordering te bewerkstelligen en daarmee te voorkomen dat op geconsolideerd niveau door [H] in het boekjaar 2009/2010 een verlies geleden zou worden, heeft [D] op 31 maart 2010 alle aandelen in [B] gekocht voor 1 en vervolgens eveneens vanaf 31 maart 2010 een garantie afgegeven ter zake van de huidige en toekomstige verplichtingen van [B] aan [A]. Het Hof heeft de garantstelling niet geciteerd en niet vastgesteld jegens wie [D] zich garant heeft gesteld □ [B] of [A] □ maar gezien zijn r.o. 7.3, gaat het Hof ervan uit dat niet [A], maar [B] de garantie-adressaat is en dat de laatste daar geen vergoeding aan de garantsteller voor betaald heeft.

2.6 [D] garantie is gericht aan "the Board of Directors of [A] BV" en geldt uitsluitend voor [A] s huidige en toekomstige vorderingen op [B]. De garantie geldt totdat alle op 31 maart 2010 bestaande, in de garantstelling opgenomen, vorderingen van [A] op [B] zijn voldaan. Zij luidt als volgt:

"(). The management of [D], Inc. hereby declares that it shall assume full liability for all liabilities, obligations and commitments of [B] and [G] S.L. towards [A] B.V. arisen from legal transactions by [B] and [G] S.L.

As at March 31, 2010 the following amounts owed by [B] and [G] S.L. to [A] B.V. are identified and are part of this guarantee:

[B] :

Trade receivables 4,642,329.95

Loans 4,905,905.70

Interest (not yet invoiced) 9,318.78

[G] S.L.:

Loans 2,000,000.00

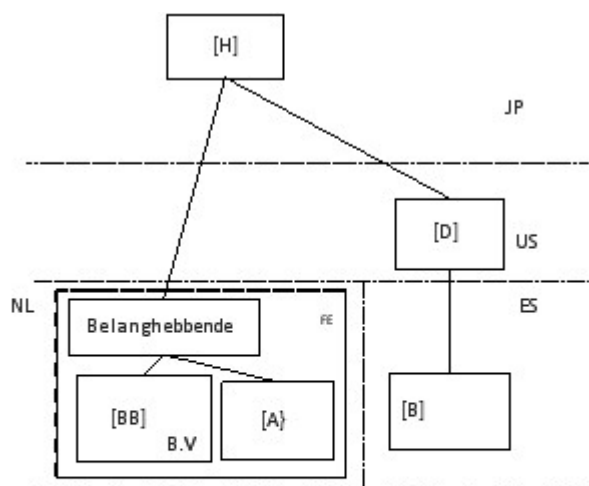
Interest (not yet invoiced) 87,927.73

This liability undertaking guarantees compliance by [D] , Inc. with all the liabilities, obligations and commitments of [B] and [G] S.L. relating to [A] B.V. in the event of any shortage of funds that [B] and [G] S.L. might face in relation to the agreed payment conditions.

This undertaking shall be valid until the outstanding amounts mentioned before are fully recovered by [A] B.V.

This statement may be issued to third parties and be included in your financial statements.”

De situatie na de overname van [B] kan schematisch als volgt worden weergegeven:



2.7 Volgens de belanghebbende hoefde [D] naar US GAAP commercieel geen verlies te nemen op haar aankoop van [B] , noch op haar garantstelling “binnen de groep aan eiseres” (de belanghebbende).

2.8 [A] heeft na de garantstelling de voorziening ad 6 miljoen ten gunste van het commerciële resultaat laten vrijvallen. Voor fiscale doeleinden daarentegen heeft zij tegenover de opwaardering ad 9,5 miljoen van haar vorderingen haar fiscale eigen vermogen met dat bedrag verhoogd.

2.9 De Inspecteur beschouwde die opwaardering als belastbare winst. Hij heeft belanghebbendes aangifte van een verlies ad 2.172.306 voor 2009/2010 gecorrigeerd met 9,5 miljoen, waarop vervolgens 1.911.111 in mindering kwam door verrekening van een nog resterend verlies 2008/2009.”

2.2 De belanghebbende heeft in haar hoger-beroepschrift voor het hof Den Haag uitgelegd waarom [D] , en niet [A] , [B] heeft gekocht:3

"() Besloten wordt dat [D] deze aandelen zal verwerven omdat onder toepassing van de US GAAP accounting regels, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Dutch GAAP accounting regels, geen badwill gepassiveerd hoeft te worden zodat de verwerving geen negatief effect heeft op de geconsolideerde [X] cijfers ()."

2.3 De feitenvaststelling door het hof Den Haag in de eerste ronde is door het Hof Amsterdam in de tweede ronde als volgt aangevuld:

"2.3.1. In de maanden februari april 2010 heeft over de vorderingen van belanghebbende op [B] en op [G] S.L., een vastgoeddochter van [B] (beide hierna ook aangeduid als: [B]), overleg plaatsgehad tussen vertegenwoordigers van belanghebbende, [H] , de Japanse moedervereniging van belanghebbende (hierna: [H]) en van [D] . Dit overleg heeft een weerslag gevonden in diverse door belanghebbende overgelegde kopieën van e-mails uit die periode.

2.3.2. In een e-mail van [I] , executive senior manager van [H] , aan [F] [destijds bestuurder van [X] B.V. en tevens werkzaam bij [A] ; PJW] van 3 februari 2010 is onder meer het volgende vermeld:

" [J] heard from [K] that you had a proposal of forced (Involuntary) bankruptcy of [B] . In that case, [A] will have additional loss of EURO 5 M.

As you know, [H] and all subsidiaries with all employees are trying to make profit this fiscal year.

()

It seems that your proposal goes AGAINST this direction.

Please give us the details and background of your proposal.

Also please consider positive way to make profit regarding [B] ."

2.3.3. De hiervoor vermelde e-mail van [I] heeft [F] in een (ongedateerd) bericht als volgt beantwoord:

"As you know last week I was invited () to join meetings about this FYs result (). Obviously [B] /[G] was () an important topic and for the 1st time it was also revealed to me how [A] thought to be able to release the current provision of 6.0 million.

()

As this moment we have three alternatives that [need] to be further studied ().

1. Continue in the current state; () theoretically we still could be able to release a part of the Provision of 6.0 mio, although it might also be possible we have to increase this Provision.

2. Buy shares of [B] against 1 Euro and create own equity of 2.5 mio in [B] by means of shifting (?) the Tres Cantos office from [G] to [B] .

()

3. Directly, or indirectly liquidate [B] ;

() Your suggestion that this would result in an additional write off of 5.0 mio (11.0 -/- 6.0) is to my opinion not correct, because (1) [B] supposedly has 16.1 mio of assets () to be liquidated and (2) the real estates in [G] are still expected to give us a certain guarantee. ()

[I], I feel very uncomfortable with the current situation, because it seems that [H] believes I want to do things that would harm the interest of [X]. If there is a way to release a part of the 6.0 mio provision I would strongly support () this (), however we need to have the realistic evidence to defend this way."

2.3.4. Op 4 februari 2010 heeft [I] als volgt gereageerd:

"As your understanding, most important thing for [X] is to maximize profit such as releasing the provision as much as possible.

1. ()

Try to convince [M] with minimum provision.

()

3. Please calculate financial impact roughly with pros/cons in case [B] is liquidated. As you know, bankruptcy is not good solution business stand point since we lose market in Spain.”

2.3.5. In een e-mail van [I] aan [L], CFO van [D] , van 9 februari 2010 is onder meer het volgende vermeld:

“Have you talked to [F]?

There is a possibility to go into black as [X] consolidated this fiscal year.

However, there are also some negative factors, so reserve back of [B] is getting more important.

Please let me know the latest situation and pros/cons if [D] invests to [B] instead of [A] .”

2.3.6. [L] antwoordt [I] diezelfde dag als volgt, met een cc aan [F] :

“I did discuss [D] idea with [F] today .our first reaction together is this may be best way to take back the 6 million .I am reviewing it with [M] New York now, to see if they are ok at some point [F] will also need to review it with [M] Rotterdam..but that should be ok, as they now have a much more secure receivable with [D] . ()”.

2.3.7. In een e-mail van [N] ([M] Rotterdam) aan [F] van 23 februari 2010 is onder meer het volgende vermeld:

“In your mail a case is described in which [D] will acquire the shares in [B] for a consideration of EUR 1. After legal ownership of [B] is transferred to [D] , [B] is a 100% subsidiary of [D] . This would mean () that the risk profile of the receivable (trade debtors and outstanding loans) from [A] towards [B] will change drastically (in the positive way). ()

RELEASE OF THE PROVISION

In our opinion, in order to agree to a release of the provision, we believe it necessary that:

1) the () full transfer of the shares in [B] to [D] , will be finalized on or before the balance sheet date (31 March 2010). () and,

2) given the poor financial situation of [B] (although we have not yet received any financial information re [B] this year we understand from you that the financial situation did not improve this year compared to last year) we also believe it is necessary that [D] (in the case of being the new shareholder of [B]) will provide a written guarantee to [A] in which the management of [D] declares that it shall assume full liability for the payment of all liabilities, obligations and commitments of [B] towards [A] in the event of any shortage that [B] might have.”

2.3.8. In een e-mail van [I] aan [F] en [L] van 25 februari 2010 is onder meer het volgende vermeld:

“[F] and [L],

() We agree to [M] Rotterdams conditions except issuing guarantee from [H]] (I hope the guarantee from [D] is enough)”

2.4 In een brief van [D] aan [A] van 12 april 2010 is onder meer het volgende vermeld:

“The management of [[D]] hereby declares that it shall assume full liability for all liabilities, obligations and commitments of [[B]] and [G] S.L. towards [[A]] arisen from legal transactions by [[B]] and [G] S.L.

As at March 31, 2010 the following amounts owed by [[B]] and [G] S.L. to [[A]] are identified and are part of this guarantee:

[[B]]:

Trade receivables 4,642,329.95

Loans 4,905,905.70

Interest (not yet invoiced) 9,318.78

[G] S.L.

Loans 2,000,000.00

Interest (not yet invoiced) 87,927.73

This liability undertaking guarantees compliance by [[D]] with all the liabilities, obligations and commitments of [[B]] and [G] S.L. relating to [[A]] in the event of any shortage of funds that [[B]] and [G] S.L. might face in relation to the agreed payment conditions.

This undertaking shall be valid until the outstanding amounts mentioned before are fully recovered by [[A]].”

()

2.7.2. In de (commerciële) jaarrekening van [A] over 2009/2010 is 6.000.000 als opbrengst geboekt uit hoofde van de vrijval van de in 2008/2009 in aanmerking genomen afwaardering van de vorderingen van [A] op [B] en haar 100%-dochtervennootschap [G] S.L. ()

2.7.3. In de aangifte vennootschapsbelasting voor het jaar 2009/2010 van belanghebbende is bij de bepaling van de belastbare winst 9.500.000 als storting van kapitaal in aanmerking genomen.
()”

2.4 [I] en [F] hebben beiden verklaard⁴ dat de overname voortkwam uit de wens het verlies ad 6 miljoen weg te poetsen.

Eerste cassatie

2.5 In de eerste ronde was in geschil of het vollopen van de afgewaardeerde vorderingen van de belanghebbende op [B] als belastbare winst of als informele kapitaalstorting door de [H] moest worden behandeld. Ik heb belanghebbendes middel als volgt samengevat:

“3.2 De belanghebbende stelt één middel voor: schending van art. 8 Wet Vpb 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 doordat het Hof heeft geoordeeld dat de opwaardering van [A] s vorderingen op [B] in haar bedrijfsuitoefening is opgekomen en daarom terecht tot de belastbare winst is gerekend. Zij licht toe dat de fiscale kwalificatie van de garantstelling wel degelijk relevant is voor de vraag of de opwaardering van de vorderingen op [B] belastbaar is. Dat [A] juridisch niet rechtstreeks partij is bij de door [D] gegeven garantie, doet volgens haar niet ter zake. Die garantstelling gaat haar en daarmee de fiscale eenheid economisch rechtstreeks aan, nu zij de partij is die ervan profiteert. [B] s financiële positie wordt er niet door verbeterd, nu die vennootschap bij inroepen van de garantie slechts een andere crediteur krijgt, want [D] heeft niet afgezien van verhaal op [B] .

3.3 De belanghebbende acht s Hof's oordeel dat [D] een zakelijk belang had om [B] met een garantstelling overeind te houden onbegrijpelijk en onjuist voor zover steunend op de opvatting dat dit automatisch meebrengt dat ook de garantstelling zakelijk is. Zij wijst op HR BNB 2013/109 (concernparaplukrediet) en HR BNB 2015/13 (aanvaarding aansprakelijkheid door directeur/groootaandeelhouder voor schulden van zijn BV). Dat het zakelijk kan zijn om [B] overeind te houden maakt het daartoe gebruikte middel niet automatisch ook zakelijk. Het Hof heeft bovendien bij de beoordeling van de zakelijkheid van de garantie een onjuiste maatstaf aangelegd.

3.4 De belanghebbende acht de garantstelling onzakelijk omdat [D] gezien de financiële situatie van [B] zich zonder verbondenheid met [A] nooit jegens [A] garant zou hebben gesteld zonder vergoeding, onderpand of voorwaarden. Het Hof miskent bovendien dat de [A] evenzeer (afzet- en crediteurs)belang had bij het overeind houden van [B] . In onafhankelijke verhoudingen zou het, gegeven dat belang, ondenkbaar zijn dat [D] bereid zou zijn om [A] volledig te compenseren voor onvolwaardige vorderingen op [B] . Het Hof heeft verzuimd om het toetsingskader toe te passen van HR BNB 2004/265 (prijsgave, door moedermaatschappij, van het recht om een dochter in vrijwaring te roepen) en HR BNB 2015/13 (zou een onafhankelijke derde tegen een winstonafhankelijke

vergoeding bereid zijn geweest deze garantie jegens de belanghebbende te geven?). Bovendien is in het licht van de vastgestelde feiten onbegrijpelijk dat het Hof niet aannemelijk acht dat de garantstelling is ingegeven door de wens om op concernniveau het geconsolideerde resultaat in de zwarte cijfers te houden.

3.5 De garantstelling hoort volgens de belanghebbende in de kapitaalsfeer, want [D] verarmt erdoor ten gunste van de belanghebbende: [D] neemt de facto vorderingen van [A] over met een veel lagere dan nominale waarde; het debiteurenrisico verschuift volledig van [A] naar [D], waardoor [D] vermogen met hetzelfde bedrag vermindert als dat waarmee de vorderingen bij [A] worden opgewaardeerd. De garantstelling houdt dus wel degelijk een vermogensverschuiving in van [D] naar [A] door verkapte dividenduitkering door [D] aan [H], gevolgd door informele storting door [H] in de fiscale eenheid. De vereiste aandeelhoudersbewustheid was aanwezig bij [H] door haar expliciete bemoeienis met de totstandkoming van de garantstelling.

3.6 De wijze waarop de opwaardering van de vorderingen in de commerciële jaarrekening is verwerkt, acht de belanghebbende van geen betekenis, gelet op de verschillen tussen de winstbegrippen bij commerciële en bij fiscale winstbepaling.”

2.6 Ik schreef in de eerste cassatieronde:

“4.4 Het Hof () zag de verklaring voor de garantstelling vooral in [D] zakelijke belang bij een ongestremd product-afzetkanaal. De weg naar die conclusie toe slingerde wel enigszins: het Hof heeft de uitspraak van de Rechtbank tot de zijne gemaakt, die had geoordeeld dat de door eiseres opgeworpen vraag of de garantstelling door [D] wel zakelijk is, () voor het onderhavige geschil niet van belang [is]. De Rechtbank achtte die vraag niet van belang omdat de garantstelling betrekking heeft op nakoming van zakelijke verplichtingen door [B]; verplichtingen waar als zodanig geen aandeelhouders-motieven aan ten grondslag liggen, maar die zijn voortgekomen uit een zakelijk handelen tussen eiseres en [B]. Deze redenering is door het Hof overgenomen, maar is mijns inziens onjuist. Het is niet relevant dat de garantie op (handels)verplichtingen ziet waaraan geen aandeelhoudersmotieven ten grondslag liggen. Het gaat immers niet om de motieven voor de handelstransacties, maar om de motieven voor de garantstelling.

4.5 Uit het vervolg van s Hofs uitspraak volgt echter dat hij de motieven voor de garantstelling wél relevant heeft geacht, nu hij heeft geoordeeld (zie r.o. 7.2) dat [D], gelet op dier zakelijke belang bij verbetering van de financiële positie van [B] er zakelijk handelsbelang bij had om [B] “door middel van een garantstelling” overeind te houden; ik lees in s Hofs oordeel dat hij meent dat de garantie ook zou zijn verleend als [A] een ongelieerde crediteur was geweest omdat [D] haar Iberische afzetkanaal wilde behouden. Dat is weliswaar tegenstrijdig met het tegelijkertijd irrelevant achten van de vraag of de garantie zakelijk is, maar die tegenstrijdigheid leidt niet tot cassatie, nu de relevante vraag ondanks irrelevantverklaring wel beoordeeld is. De beoordeling van de zakelijkheid van de garantie is bovendien op zichzelf een feitelijke beoordeling die in cassatie in beginsel niet met vrucht kan worden bestreden.

4.6 Het Hof gaat er bij die feitelijke beoordeling echter van uit (zie r.o. 7.3) dat [D] de garantie gaf aan [B]; niet aan [A]. Dat is onverenigbaar met het gegeven dat [D] garantie is gericht aan het bestuur van [A] en met de tekst van de garantie, die uitsluitend geldt voor vorderingen van [A] op [B] (zie 2.6 hierboven). Rechtbank en Hof hebben bovendien beiden feitelijk vastgesteld (zie r.o. 3 Hof en r.o. 4 Rechtbank) dat de garantie wel degelijk is gegeven “om te voorkomen” dat “[H] op geconsolideerd niveau voor boekjaar 2009/2010 een verlies zal leiden”. Daarmee staat mijns inziens vast (i) dat [D] zich (mede) jegens [A] heeft verbonden om te betalen en (ii) dat de garantie minstens mede is gegeven om te voorkomen dat belanghebbendes en [D] gemeenschappelijke moedermaatschappij een verlies zou moeten rapporteren. Uit s Hofs overwegingen volgt voorts dat hij ervan uitgaat dat, zoals de belanghebbende stelt, ook de fiscale eenheid belang had bij het overeind houden van [B].”

2.7 U casseerde en verwees de zaak met de volgende verwijzingsopdracht:

“Het verwijzingshof zal opnieuw moeten onderzoeken of het voordeel dat [A] heeft ontleend aan de garantstelling door [D] geheel of ten dele zijn grond vindt in haar vennootschappelijke betrekkingen, daarbij rekening houdend met de zakelijke belangen van [D] onderscheidenlijk [A] bij het financieel overeind houden van [B].”

2.8 U overwoog daartoe:

"2.4. (.). Vaststaat dat zich als gevolg van de garantstelling door [D] een vermogenstoename bij [A] heeft voorgedaan. Ook indien [A] naar burgerlijk recht geen partij was bij de garantstelling door [D], sluit dit geenszins uit de mogelijkheid dat die vermogenstoename (gedeeltelijk) is opgekomen in haar hoedanigheid van (middellijke) dochtervennootschap van de Japanse moedervennootschap. De commerciële verwerking van de vermogenstoename in de jaarrekening is niet zonder meer maatgevend voor de fiscale gevolgen ervan. Het oordeel van het Hof dat door de garantstelling de positie van [B] op de geldmarkt werd verbeterd is zonder nadere redengeving, die evenwel ontbreekt, onbegrijpelijk. Ten slotte sluit het feit dat de ten gevolge van de garantstelling weer volwaardig geworden vorderingen voortvloeiden uit op zichzelf bezien zakelijke overeenkomsten, geenszins uit dat de vermogenstoename als gevolg van de garantstelling (gedeeltelijk) haar oorzaak vond in de vennootschappelijke betrekkingen.

Het middel voor het overige behoeft geen behandeling."

2.9 Egelie (noot in *BNB* 2016/199) ziet geen wezenlijk verschil tussen de onderhavige garantie en de garantie in *HR BNB* 2015/13 (zie 4.9). Hij denkt niet dat u met de termen geheel of ten dele in de verwijzingsopdracht en (gedeeltelijk) in r.o. 2. een diepere betekenis voor ogen had:

"Ik zie () geen wezenlijk verschil tussen de garantie in *BNB* 2015/13* en de onderhavige garantie. In beide gevallen heeft de crediteur daar (potentieel) baat bij. In *BNB* 2015/13* is de crediteur echter (i) een derde en gaat het (ii) om een verlies van de garantieggever. In casu is de crediteur (i) geen derde en gaat het (ii) om een bate die zich openbaart bij de crediteur. Die verschillen lijken mij voor het principe irrelevant. In beide gevallen gaat het er om of het resultaat (+/-) zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen (in *BNB* 2015/13* tussen de garantieggever en de debiteur, in casu tussen de garantieggever en de crediteur).⁵

Ik meen dan ook dat als het verwijzingshof tot het oordeel komt dat het voordeel bij C ten dele zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen tussen C en D en voor het restant (mits van voldoende substantie) zakelijk is, het voordeel integraal als belast heeft te gelden.

Dat de Hoge Raad hier de woorden geheel of ten dele en gedeeltelijk bezigt en niet, zoals in voormelde arresten, de term slechts heeft naar mijn mening dan ook geen diepere betekenis. Het onderstreept dat de Hoge Raad in de uitspraak te veel motiveringsgebreken onderkent ().

()

Cruciaal voor de verwijzing lijkt mij ook het volgende punt. In onderdeel 4.7 van de conclusie merkt A-G Wattel op dat er kennelijk drie motieven waren voor de garantstelling, waarvan volgens belanghebbende twee onzakelijke en één zakelijk. "Het Hof heeft het onderlinge gewicht van die drie motieven niet gewogen; het heeft zich beperkt tot het vaststellen van het derde (zakelijke) motief () en heeft daar de zaak op afgedaan", aldus Wattel. In onderdeel 4.8 vat hij samen: "Het Hof heeft weliswaar de mogelijke motieven voor de garantie niet onderling gewogen, maar hoefde dat ook niet te doen na haar toegegeven: nogal impliciete oordeel dat zij ook in ongelieerde verhoudingen gegeven zou zijn." Ik vermoed dat vooral dit punt de Hoge Raad tot verwijzing heeft geroept: nu aan de garantstelling (kennelijk) zakelijke⁶ én onzakelijke motieven ten grondslag liggen, rijst de (feitelijke) vraag hoe deze onderling moeten worden gewogen. De uitspraak biedt op dat punt te weinig houvast.

() Uit *BNB* 2004/265c* en *BNB* 2015/13* leid ik af dat het voordeel geheel tot de winst behoort als het niet slechts zijn grond vindt in die vennootschappelijke betrekkingen."

2.10 Hafkenscheid (*FED* 2016/104) vraagt zich af of het zwarte-concerncijfersbelang-argument jaarrekeningtechnisch wel hout snijdt. Hij meent dat de onzakelijkelening-jurisprudentie niet van toepassing is:⁷

"4. () De garantstelling was gegeven in samenhang met de overname door D Inc. van de aandelen in E. Deze overname leidt ertoe dat Es jaarrekening in de consolidatie van de Japanse moeder wordt opgenomen. Ik zou verwachten dat de overname dan tot gevolg had dat de vorderingen en schulden tussen belanghebbende en E in de geconsolideerde jaarrekening van de moeder tegen elkaar wegvallen, zodat om die reden reeds sprake was van een vermogenssprong die zou wegvallen tegen

het verlies op de vordering. Een garantie zou dan niet nodig zijn om te voorkomen dat het verlies op de vordering in de geconsolideerde jaarrekening zou leiden tot een verlies. De Hoge Raad gaat op het zwarte-cijfers-argument niet in, mede omdat de feitelijke vaststelling dat dit (tenminste een van de) reden(en) voor de garantstelling was in cassatie niet werd betwist. Nu het verwijzingshof opnieuw moet onderzoeken wat de motieven van D Inc. voor de garantstelling waren, zou het argument weer een rol kunnen gaan spelen. Het zou zinvol zijn dan te onderzoeken of de redenering van belanghebbende jaarrekeningtechnisch wel hout snijdt.

()

7. Anders dan de Hoge Raad benaderden belanghebbende en Wattel de vraag naar de oorzaak van garantstelling aan de hand van de jurisprudentie over zakelijkheid van garantstellingen tussen gelieerde partijen, onder andere HR BNB 2015/13 (FED 2015/14). In dat arrest besliste de Hoge Raad dat voor de beantwoording van de vraag of de garantstelling zakelijk is beslissend is of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding gevonden kan worden waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde garantie te geven. In het hier besproken arrest maakt de Hoge Raad echter geen enkele referentie aan de onzakelijke-garantiejurisprudentie. Ik vind dat logisch omdat die jurisprudentie voor de onderhavige casus naar mijn mening ook niet van belang is. Bij de jurisprudentie over de onzakelijke garantstelling gaat het immers om een garantstelling die wordt gegeven als het debiteurenverlies zich nog niet heeft voorgedaan en er dus nog sprake is van een debiteurenrisico. In de onzakelijkelening- en garantiejurisprudentie vindt de beoordeling van de zakelijkheid van de garantie plaats op het moment dat de onderliggende vordering nog volwaardig is (zij het dat de verwachtingswaarde van de vordering mogelijk lager is dan het nominaal verstrekte bedrag omdat het aanvaarde debiteurenrisico niet gecompenseerd kan worden door een vaste vergoeding). Op dat moment moet het debiteurenrisico worden beoordeeld. In de onderhavige casus ging het echter om een garantstelling nadat het debiteurenrisico zich had voltrokken, op het moment dus dat het verlies al was geleden. Op dat moment is geen sprake meer van een volwaardige vordering en is de vergoeding waartegen een onafhankelijke derde een garantie zou willen geven niet langer afhankelijk van een toekomstige onzekere gebeurtenis, maar zal de vergoeding gelijk zijn aan de totale omvang van het reeds geleden verlies. Dit is een kwestie die zich geheel buiten de onzakelijkeleningjurisprudentie afspeelt. Op het overnemen van een geleden debiteurenverlies is de gebruikelijke jurisprudentie over informele kapitaalstortingen van toepassing.”

Na verwijzing: het Hof Amsterdam 8

2.11 Het verwijzingshof heeft op basis van uw opdracht bij verwijzing op de belanghebbende de last gelegd aannemelijk maken dat het vollopen van haar vorderingen op [B] niet tot de belastbare winst behoort. Hij achtte de belanghebbende niet geheel in dat bewijs geslaagd:

“5.3.2. () niet in geschil (is) dat de overname van de aandelen in [B] en/of de garantstelling voor [A] een voordeel heeft opgeleverd van 9.500.000, vanwege het terugnemen van de afwaarderingen van 6.500.000 en 3.000.000 op de vorderingen van [A] op [B] . In een dergelijke situatie ligt het naar het oordeel van het Hof op de weg van degene die stelt dat dit voordeel geheel of ten dele zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen, de feiten en omstandigheden aannemelijk te maken waarop die stelling steunt. In het onderhavige geval dient derhalve belanghebbende de feiten en omstandigheden te bewijzen op grond waarvan het hiervoor bedoelde voordeel van 9.500.000 (), dat in de aangifte van belanghebbende als storting van kapitaal is aangemerkt, niet tot de belastbare winst behoort.

().

5.4.2. Bij de beoordeling van deze bewijsmiddelen stelt het Hof voorop dat hij het aannemelijk acht dat, zoals de inspecteur heeft gesteld en belanghebbende niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, zowel [A] als [D] zakelijke belangen hadden bij het financieel overeind houden van [B] . Op grond hiervan acht het Hof het in ieder geval niet aannemelijk dat het voordeel volledig zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen. Het Hof zal nagaan in welke mate uit te drukken in een concreet bedrag belanghebbende aannemelijk heeft gemaakt dat het voordeel zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen.

5.4.3.

Naar het oordeel van het Hof is op basis van het bericht van [I] aan [F] van 3 februari 2010, de verklaring van [I] van september 2013 en de verklaring van [F] ter zitting van het Hof, ook al betreft het hier verklaringen die zijn gegeven nadat het geschil was gerezen, aannemelijk te achten dat het voordeel in ieder geval in enige mate grond vindt in het streven van [H] om hoe dan ook te voorkomen dat in 2009/2010 op geconsolideerd niveau een verlies zou ontstaan.

5.4.4. Daar staat tegenover dat de e-mail van [E] van 23 september 2009, de emailwisseling van februari-maart 2010 en overige bevindingen van de inspecteur, overtuigende aanwijzingen opleveren voor de aanwezigheid van zakelijke motieven voor het financieel overeind houden van [B] :

- de e-mail van [E] vermeldt vertrouwen van het [X] management in het vermogen van [B] haar schulden af te lossen, vanwege de strategische positie van [B] op de Spaanse markt;
- [F] vermeldt in zijn (ongedateerde) reactie op de e-mail van [I] dat [B] over 16,1 mln aan (liquideerbare) activa beschikt en dat daarnaast zekerheid is te ontlenen aan het onroerende goed van [G] S.L.;
- [I] vermeldt in zijn e-mail van 4 februari 2010 dat een faillissement van [B] uit ondernemingsoogpunt niet wenselijk zou zijn omdat dan marktaandeel in Spanje wordt verloren;
- in het verslag van het bedrijfsbezoek van de inspecteur op 15 oktober 2010 is vermeld dat bij voortzetting van de onderneming van [B] in de nabije toekomst wellicht meer op de vorderingen zou kunnen worden terugontvangen, in welk verband voorts is vermeld dat [B] door [D] wordt gebruikt om agriculturele activiteiten te ontwikkelen op de Spaanse en Afrikaanse markt;
- in het bij dat bedrijfsbezoek overlegde persbericht is vermeld dat de verwerving van [B] door [D] de positie van [B] op de Spaanse markt heeft versterkt en dat dit kansen biedt voor verdere groei van [X] in de markt voor agrarische toepassingen van haar apparatuur in Europa, Afrika en het Midden-Oosten;
- de aanwezigheid van zakelijke motieven vindt bevestiging in de onder 2.8 opgenomen resultaten van [B] , welke na 2008/2009 een opwaartse trend laten zien."

2.12 Het verwijzingshof heeft vervolgens geschat in hoeverre het voordeel zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen:

"5.4.5. Het Hof ziet zich gesteld voor een (nadere) weging van de aangevoerde gronden, deels in de sfeer van de vennootschappelijke betrekkingen, deels in de sfeer van zakelijk handelende onafhankelijke ondernemingen. Het Hof acht het bewijs dat belanghebbende voor haar standpunt heeft aangevoerd betrekkelijk summier en constateert dat die bewijsmiddelen niet nader zijn gesubstantieerd. Bij vergelijking met de onder 5.4.4 vermelde bewijsmiddelen, is het Hof van oordeel dat belanghebbende slechts in beperkte mate bewijs voor haar stelling heeft geleverd en dat niet aannemelijk is gemaakt dat het voordeel meer dan in enige mate zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen.

Voorts constateert het Hof dat belanghebbende, op wie de bewijslast rust, geen cijfermatige onderbouwing heeft verstrekt van de mate waarin het voordeel volgens haar gegrond is op de vennootschappelijke betrekkingen. Nu het Hof aannemelijk acht dat het voordeel in enige mate grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen, ook de inspecteur (subsidiar) geen onderbouwing/becijfering heeft verstrekt van de mate waarin het voordeel volgens hem grond vindt in zakelijke belangen, en partijen desgevraagd ter zitting van het Hof onvoldoende zicht hebben geboden op een concludente (nadere) cijfermatige onderbouwing van in dezen hun subsidiaire standpunten, ziet het Hof zich genoodzaakt de mate waarin het voordeel grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen in goede justitie, schattenderwijs vast te stellen.

5.4.6. Rekening houdend met de weging van de hiervoor onderscheiden bewijsmiddelen in r.o. 5.4.5 en de (geringe) mate waarin belanghebbende haar stelling nader heeft gesubstantieerd, concludeert het Hof dat het voordeel (ter grootte van 9.500.000) voor 1.200.000 zijn grond vindt in de vennootschappelijk betrekkingen tussen belanghebbende en haar aandeelhouder. Daarbij kan, gelet ook op de bij het overleg van februari-maart 2010 betrokken personen, ervan worden uitgegaan dat zowel belanghebbende als haar aandeelhouder zich van die bevoordeling

bewust zijn geweest. Dit oordeel leidt ertoe dat het belastbaar bedrag met 1.200.000 tot 4.216.583 moet worden verminderd.

De additionele afwaardering per 31 maart 2010

- 5.5. Partijen hebben zich niet dan wel slechts in zeer beperkte mate uitgelaten over de vraag of, gelet op de feiten en omstandigheden per balansdatum (ook onafhankelijk van de koop van de aandelen in [B] door [D] en de door haar verstrekte garantstelling), de per 31 maart 2010 in aanmerking genomen additionele afwaardering van de vorderingen van [A] op [B] van 3.500.000 naar maatstaven van goed koopmansgebruik geoorloofd is.

Na de garantstelling is ook dit gedeelte van de afwaardering teruggenomen. Nu niet aannemelijk is dat het terugnemen van de afwaarderingen van de vorderingen van [A] op [B] (ad. 9.500.000) voor de toepassing van het belastingrecht voor meer dan 1.200.000 zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen, acht het Hof de additionele afwaardering begrepen in de bijtelling van 8.300.000 die per saldo in stand blijft. De vraag naar de aanvaardbaarheid van deze additionele afwaardering naar maatstaven van goed koopmansgebruik behoeft dan verder geen behandeling.”

- 2.13 Vis (*NTFR* 2017/1486) vraagt zich af of het Hof de verwijzingsopdracht goed heeft begrepen:

“Uit deze verwijzingsopdracht leidt Hof Amsterdam af dat het onderwerp van geschil is (r.o. 4.1) of het voordeel uit hoofde van de garantstelling geheel of ten dele tot de belastbare winst van belanghebbende behoort. Ik vraag me af of het hof het geschilpunt van de procedure op een juiste wijze heeft afgeleid uit de aan hem gegeven verwijzingsopdracht. In deze omschrijving ligt besloten dat het gedeelte dat voortkomt uit vennootschappelijke betrekkingen, onbelast blijft. Een nadere toelichting hierop ontbreekt. ()

Als eerste stap oordeelt het hof dat het niet aannemelijk is dat het voordeel volledig zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen (r.o. 5.4.2). Het gevolg hiervan is dat voordeel naar de mening van het hof niet volledig onbelast kan blijven. Het hof is van oordeel dat het voordeel wel in enige mate grond vindt in vennootschappelijke betrekkingen. Als fiscale terminologie is mij in enige mate onbekend. Bij mij komt de vraag op of ik aan deze term belang moet hechten en zo ja, wat deze term vervolgens betekent. Bij het lezen van de uitspraak krijg ik hier weinig grip op.

De tweede stap is het wegen van de gronden uit hoofde waarvan het voordeel is ontstaan. Beide partijen slagen er niet in aldus het hof aannemelijk te maken in welke mate het voordeel gegrond is in de vennootschappelijke betrekkingen. Zou dit gelegen kunnen zijn in de vermoedelijke mismatch tussen de verwijzingsopdracht en de interpretatie hiervan door het hof? Het resultaat is dat het hof de mate waarin het voordeel zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen in goede justitie, schattenderwijs vaststelt. Hoe het hof tot een weging is gekomen van de verschillende bewijsmiddelen wordt niet duidelijk gemaakt. Daarmee blijft eveneens onduidelijk hoe het hof het bedrag heeft bepaald dat voortkomt uit de vennootschappelijke betrekkingen. Het bedrag van 1.200.000 lijkt gegeven het ontbreken van enige verdere onderbouwing door het hof op volstrekt arbitraire wijze tot stand te zijn gekomen.

In mijn ogen zijn er meerdere open eindjes te constateren, ().”

- 2.14 De redacteur van *FutD* (2017/1058) vindt s Hof's pro rata-benadering opmerkelijk:

“Opmerkelijk is dat het Hof hier kiest voor een benadering waarbij het totale voordeel moet worden gesplitst in een belast en een onbelast gedeelte. Een alles-of-niets benadering, waarbij het overwegende motief doorslaggevend is voor de fiscale behandeling van het gehele voordeel, zou ook denkbaar zijn geweest. Een dergelijke benadering kennen we bijvoorbeeld in artikel 10a Wet Vpb en in de fusie- en splitsingsfaciliteiten. De verwijzingsopdracht door de Hoge Raad laat echter inderdaad ruimte voor de pro-rata benadering van het Hof. In de fiscale literatuur is al opgemerkt dat het arrest van 8 juli 2016 ruimte lijkt te bieden voor mogelijk onbedoelde tax planning. Door een kapitaalstorting in een dochtervennootschap kan bijvoorbeeld een afgewaardeerde groepsvordering op deze dochtervennootschap in waarde stijgen. Op basis van het arrest van 8 juli 2016 kan dan worden beargumenteerd dat de waardestijging van de groepsvordering onbelast is.”

2.15 Bruins Slot (NLF 2017/1094) ziet twee mogelijke infokaps, maar meent dat de litigieuze opwaardering als geheel geen onzakelijk karakter heeft. Volgens hem heeft u het verwijzingshof op een doodlopend spoor gezet:

“Hof Amsterdam wordt uitgenodigd te bekijken of die vermogenstoename ook werkelijk al dan niet gedeeltelijk bij A [[A] ; PJW] () is opgekomen in haar hoedanigheid van middellijke dochtervennootschap van de Japanse moedervernootschap. Voor alle duidelijkheid: primair was in geding de vraag of de Japanse moeder (hierna: F) via haar Amerikaanse dochter (hierna: D) een informele kapitaalstorting (hierna: infokap) deed in haar Spaanse kleindochter (hierna: B), toen D de betaling van de schuld van B aan Fs middellijke dochtervennootschap A garandeerde. De verwijzingsopdracht houdt impliciet de gedachte in dat de primaire infokap ook gevolgen kan hebben voor de fiscale winst van andere dan bij de primaire infokap betrokken partijen. Sterker nog: de primaire infokap van F in B, zou kunnen zijn samengevallen met een tweede infokap, van F in A. De Hoge Raad suggereert immers dat de vermogenstoename door A is geconstateerd in haar hoedanigheid van middellijke dochtermaatschappij van F. De primaire infokap vindt plaats door F via D in B. Dus een en dezelfde actie het afgeven van een garantie aan B zou leiden tot twee infokaps: een primaire infokap van F in B en een afgeleide van F in A.

()

Men moet () bedenken dat in het geval zich in deze casus een infokap voordoet, deze zich manifesteert in de verhouding F - D - B. Alleen binnen deze drie vennootschappen worden bedragen in de kapitaalsfeer geboekt. Wat B uiteindelijk met het als kapitaal geboekte bedrag doet, speelt zich af buiten de werkingssfeer van de infokap. Van een afgeleide (tweede) infokap kan geen sprake zijn. Ik illustreer dat mede aan de hand van mijn tweede stelling. Ervan uitgaand dat een infokap niet meer gevolgen heeft dan een formele kapitaalstorting, kom ik tot de slotsom dat nu de fiscale effecten van een formele kapitaalstorting zich alleen manifesteren in de vennootschap waarin het kapitaal is gestort ook de effecten van een infokap zich beperken tot de bij de infokap betrokken partijen. Een andere uitkomst zou ook onwerkbaar zijn: als een moedervernootschap een formele kapitaalstorting in een dochtervennootschap pleegt terwijl het effect van die storting zich niet zou beperken tot die dochter alleen, zou iedere daaropvolgende transactie tussen dochter en kleindochter of een andere gelieerde vennootschap tot een infokap in de kleindochter of die andere gelieerde vennootschap kunnen leiden.

Hierop voortbordurend de op de infokap in B volgende acties met bijvoorbeeld A hebben geen (door de eerdere infokap veroorzaakt) onzakelijk karakter concludeer ik langs twee wegen dat de suggestie van de Hoge Raad als zou F mogelijk een infokap in A hebben gedaan, mij minder juist voorkomt. In de eerste plaats omdat de primaire infokap nooit gevolgen kan hebben voor andere partijen dan die welke bij de primaire infokap betrokken zijn. In de tweede plaats omdat, nu de vermogensvermeerdering bij A door toedoen van B een zakelijk karakter heeft, deze vermogensvermeerdering om andere redenen de vennootschappelijke betrekkingen tussen F en A nooit meer een onzakelijk karakter kan krijgen.

Hof Amsterdam is weliswaar door de Hoge Raad op het in mijn beleving doodlopende spoor gezet, maar het had dit spoor wat mij betreft voortijdig kunnen verlaten. Men leze in deze opmerking evenwel geen verwijt. Mijn argumenten zijn wellicht nog origineler dan die welke de Hoge Raad voor zijn verwijzingsopdracht heeft en daarin schuilt een voor iedereen manifest gevaar”

3 Het geding in tweede cassatie

3.1 Zowel de belanghebbende als de staatssecretaris van Financiën heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. Beiden hebben zich verweerd. Zij hebben elkaar niet van re- en dupliek gediend.

Het cassatieberoep van de belanghebbende

3.2 De belanghebbende stelt één middel voor, dat inhoudt dat het Hof art. 8 Wet Vpb 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 heeft geschonden door de opwaardering van de vorderingen op [B] slechts tot een bedrag van 1,2 mio toe te rekenen aan de vennootschappelijke betrekkingen en voor de overige 8,3 mio als belastbare winst uit bedrijfsuitoefening te beschouwen. Zij klaagt over:

“i. een onjuiste bewijslastverdeling ();

- ii. het laten meewegen van een niet relevant (en overigens niet ter discussie staand) criterium zakelijke belangen' ();
- iii. het als betrekkelijk summier kwalificeren van de uitgebreide hoeveelheid, door belanghebbende aangeleverde, documenten en (getuige)verklaringen, zowel schriftelijk als mondeling ();
- iv. de kwalificatie van onvoldoende gesubstantieerd waar belanghebbende het standpunt inneemt dat het gehele voordeel voortvloeit uit de vennootschappelijke betrekkingen ();
- v. het niet nader motiveren van de gemaakte weging ();”

3.3 Ad (i): Volgens de belanghebbende brengen de algemene regels van bewijslast-verdeling mee dat de inspecteur moet bewijzen dat inkomsten tot de belastbare winst behoren en de belastingplichtige de aftrekbaarheid van kosten en lasten moet bewijzen, zodat in casu de Inspecteur moet bewijzen dat de inkomsten uit vrijval van de voorziening belast zijn en dus niet voortkomen uit de vennootschappelijke betrekkingen.

3.4 Ad (ii)-(v): De zakelijke motieven voor de aankoop van [B] staan volgens de belanghebbende los van de hoogte van de voorziening en leiden dus niet tot enig voordeel. Het verband dat het Hof legt tussen die zakelijke belangen en het voordeel uit de garantstelling bestaat volgens de belanghebbende niet:

“De accountant laat de hoogte van de voorziening niet afhangen van de zakelijke belangen van [A] / [D] omdat zij die (terecht) niet relevant acht. () Deze weging is onbegrijpelijk nu deze bevindingen ('bewijsmiddelen') op zichzelf geen invloed hebben de hoogte van het voordeel (). Dit maakt de hofuitspraak op dit punt onbegrijpelijk.”

Volgens haar zou de overname van [B] geen neerwaarts effect op de voorziening hebben gehad als de garantie van [D] *niet* tegelijkertijd (einde boekjaar 2009/2010) verstrekt zou zijn:

“De accountant laat zich hier niet over uit, anders dan zijn eis een (groeps)garantie te verkrijgen teneinde de voorziening bij [A] te kunnen laten vrijvallen. Evenals in de procedure voor Hof Amsterdam neemt belanghebbende dan ook primair het standpunt in dat de garantstelling door [D] geheel zijn oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen. Doordat het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd is diens andersluidende oordeel onjuist, althans in ieder geval onvoldoende gemotiveerd.”

3.5 Subsidiar acht zij s Hofs oordeel dat slechts 1,2 miljoen van de volloop uit vennootschappelijke betrekkingen voortvloeit onbegrijpelijk is.

“Indien u van oordeel bent dat het Hof wel een juiste maatstaf heeft aangelegd, meent belanghebbende subsidiar dat het oordeel van het hof dat het door belanghebbende aan de garantstelling ontleende voordeel slechts tot een bedrag van 1,2 mln. haar oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen onbegrijpelijk is. Belanghebbende wijst daartoe in de eerste plaats op de eis van de accountant om een groepsгарantie te verkrijgen teneinde de voorziening te kunnen laten vrijvallen. Verder blijkt uit de stukken dat [X] voor het onderhavige boekjaar 2009/10 op geconsolideerd niveau een resultaat heeft gerealiseerd van Yen 113 mln. (naar de wisselkoers van toen 0,9 min.). De vrijval van de voorziening heeft dus haar 'werk' gedaan, namelijk het voorkomen van een verlies op geconsolideerd niveau. Uit de uitspraak van het hof blijkt niet dat deze omstandigheid is meegewogen in zijn oordeel. Gegeven het voorgaande is belanghebbende van mening dat het hof in redelijkheid niet tot de bovenstaande weging (1,2 mln. 8,3 mln.) heeft kunnen komen, te meer nu op geen enkele wijze is toegelicht hoe deze tot stand is gekomen.”

3.6 Bij verweer betoogt de Staatssecretaris dat degene die zich beroept op onzakelijk handelen daarvoor de bewijslast draagt en dat het Hof de bewijslast dus correct heeft verdeeld. Hij wijst in navolging van de Inspecteur op uw jurisprudentie over onzakelijke kwijtschelding bij een zakelijke lening door een moeder aan de dochter (HR 15 maart 2000, nr 34466, ECLI:NL:HR:2000:AA5127, *BNB* 2000/240 (r.o. 3.4) en HR 15 november 1995, nr 30408, ECLI:NL:HR:1995:BI5453, *BNB* 1996/51 (r.o. 3.3)) en op het commentaar van Aardema op HR 7 februari 1990, *FED* 1990/436 (ECLI:NL:HR:1990:ZC4222) over informeel kapitaal in de kostensfeer:

"Als gebruikelijk uitgangspunt mag immers worden aangenomen, dat zelfs in onze laat-kapitalistische maatschappij men zakelijk met elkaar omgaat. Voor het geval men zich beroept op een onzakelijk handelen stelt men in feite het ongebruikelijke punt en het gebruikelijke is nu eenmaal, dat men van het ongebruikelijke de bewijslast heeft."

3.7 De Staatssecretaris meent dat de aankoop van [B] door [A] en de garantstelling niet los van elkaar kunnen worden gezien omdat het om een samenstel van rechtshandelingen gaat, gericht op het - om zakelijke redenen (het voor de belanghebbende en haar US zuster veilig stellen van de Spaanse markt, het opgebouwde distributienetwerk en de uitvalsbasis naar Afrika) - financieel overeind houden van [B]. Dat de volloop deels toerekenbaar is aan zakelijke rechtshandelingen volgt volgens de Staatssecretaris overigens reeds uit uw verwijzingsopdracht. s Hofs oordeel is overigens feitelijk en schattingen in goede justitie lenen zich slechts beperkt voor motivering, zeker als geen van beide partijen zijn standpunt heeft gekwantificeerd, zoals in casu. De Staatssecretaris verwijst naar HR 15 januari 2010, nr. 07/13305, ECLI:NL:HR:2010:BK9136.

Het cassatieberoep van de Staatssecretaris

3.8 Ook de Staatssecretaris stelt één middel voor. Hij acht art. 8 Wet Vpb 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 geschonden doordat het Hof de volloop van [A] s vorderingen op [B] ten onrechte niet *geheel* tot de winst van de belanghebbende heeft gerekend, hoewel het feitelijk heeft vastgesteld dat de handelingen die ten grondslag liggen aan die volloop (mede) zakelijk waren en dus niet *enkel* voortvloeiden uit de vennootschappelijke verhoudingen. Daaruit volgt dat de vorderingen in beginsel ook buiten gelieerde verhoudingen in overigens dezelfde omstandigheden volgelopen zouden zijn. Het Hof heeft volgens de Staatssecretaris dan ook ten onrechte een deel van de volloop als informele kapitaalstorting aangemerkt. Uit HR *BNB* 1957/165 (zie 4.3) en sindsdien vaste rechtspraak leidt hij af dat een informele kapitaalstorting pas wordt aangenomen als een voordeel *enkel* op basis van de vennootschappelijke verhoudingen aan een gelieerde vennootschap toekomt en dat voordeel onder gelijke omstandigheden niet aan een onafhankelijke derde zou zijn verschaft. Hij ziet deze benadering ook in uw onzakelijke-lening-jurisprudentie, met name in HR *BNB* 2012/37, r.o. 3.3.5, HR *BNB* 2015/13, r.o. 2.3 en HR *BNB* 2004/265, r.o. 3.2. Uit dat laatste arrest leidt hij af dat als het recht om een gelieerde vennootschap in vrijwaring te roepen, ook zou zijn prijsgegeven zonder invloed van de vennootschappelijke verhoudingen, de gevolgen wel van invloed zijn op de fiscale winst. Uit s Hofs verdeling tussen zakelijk (87,4%) en onzakelijk (12,6%) volgt dat de zakelijke overwegingen de doorslag gaven, zodat het Hof de hele volloop als belaste winst had moeten kwalificeren, aldus de Staatssecretaris. Hij acht s Hofs splitsing overigens "nogal arbitrair".

3.9 Bij verweer betoogt de belanghebbende dat een *pro rata*-benadering het billijkst is. Uit uw verwijzingsopdracht volgt dat u een *pro rata*-verdeling wenst (geheel of ten dele). Zij vindt er steun voor in een artikel van Bobeldijk (zie 4.11). Aan een *pro-rata*-verdeling wordt volgens de belanghebbende overigens niet toegekomen omdat aan de garantstelling door [D] volgens haar *uitsluitend* binnengroepse motieven ten grondslag lagen.

4 Informeel kapitaal

De bewijslast ter zake van een informele kapitaalstorting

4.1 In HR *BNB* 1996/51 heeft u geoordeeld dat degene die meent dat sprake is van een informele kapitaalbreng in plaats van ondernemingswinst, daarvoor de bewijslast draagt:9

“3.3. Voor zover middel I zich tegen deze oordelen keert met het betoog dat het Hof daarin is uitgegaan van een onjuiste verdeling van de bewijslast, faalt het, aangezien het Hof terecht van belanghebbende het bewijs heeft verlangd van haar stelling dat - in afwijking van de civielrechtelijke vormgeving - hetzij de verstrekking van de lening door de moedervenootschap, hetzij de in het onderhavige jaar verleende kwijtschelding als een informele kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt. (.)”

4.2 In HR *BNB* 2000/240 liet u een hofoordeel in stand dat inhield dat de belanghebbende de onzakelijkheid van een kwijtschelding niet aannemelijk had gemaakt:10

“3.4. () In deze oordelen ligt besloten het oordeel dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat haar moedervenootschap enkel op grond van de aandeelhoudersrelatie een kwijtschelding heeft verleend die zij onder vergelijkbare omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verleend. Dit oordeel is, als berustend op de aan het Hof voorbehouden keuze en waardering van de bewijsmiddelen, van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Middel I, dat terecht betoogt dat in dit verband niet van belang is onder welke omstandigheden de geldverstrekking heeft plaatsgevonden, kan derhalve niet tot cassatie leiden.”

Jurisprudentie over informeel kapitaal en onzakelijke leningen

(i) Informeel kapitaal in geld of goederen

4.3 HR *BNB* 1957/16511 betrof een belanghebbende wier voorraad kantoormachines na de oorlog was uitgeput. Haar Amerikaanse moedervenootschap zond een partij tweedehands machines. De Nederlandsche Bank stelde als voorwaarde de storting van de koopsom op een geblokkeerde rekening, het saldo waarvan slechts mocht worden gebruikt voor de financiering van belanghebbendes pensioenregeling. De inspecteur rekende het in 1953 van de rekening gehaalde bedrag tot belanghebbendes winst. U overwoog:

“O. dat er gevallen zijn, waarin voor de toepassing van het belastingrecht moet worden aangenomen, dat inbreng van kapitaal in een naamloze vennootschap heeft plaats gevonden, niettegenstaande van een storting op de aandelen geen sprake was en zelfs niet heeft kunnen zijn, omdat het gehele maatschappelijke kapitaal der naamloze vennootschap was geplaatst en door betaling van het nominale bedrag der aandelen was volgestort;

dat zulk een geval zich voordoet, indien een moedermaatschappij als houdster van de aandelen ener dochteronderneming enkel op grond van de voor haar in die hoedanigheid tot de dochteronderneming bestaande verhouding aan deze een voordeel in geld of goederen doet toekomen, dat zij onder gelijke omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verschaft;

dat toch in dat geval door de dochteronderneming een voordeel wordt genoten, dat zijn oorzaak uitsluitend in de interne verhouding tussen haar en haar aandeelhoudster vindt, waardoor in fiscaalrechtelijken zin kapitaal wordt ingebracht;

()

O. dat het voor de hand ligt, dat belanghebbendes Amerikaanse moedermaatschappij in de bedoelde transactie onder de aangegeven betalingsvoorwaarden enkel heeft toegestemd op grond van haar als enig aandeelhoudster van belanghebbende tot deze bestaande verhouding, daar toch een transactie onder dergelijke betalingsvoorwaarden tussen van elkaar onafhankelijke ondernemingen normaliter niet wordt afgesloten;

();

dat de Inspecteur ook geen feiten heeft gesteld, die er op wijzen, dat de vorenbedoelde transactie door de Amerikaanse vennootschap zou zijn aangegaan om redenen, welke niet in haar positie van enig aandeelhoudster van belanghebbende zouden zijn gelegen;”

4.4 De moedermaatschappij van de belanghebbende in HR *BNB* 2002/272 had haar de aandelen in de belanghebbende verkocht aan enige managers van de belanghebbende en daarbij aan die managers een garantie gegeven ter zake van de kosten van eventuele bodemsanering.¹² De bodem bleek verontreinigd. De kosten (een bedrag $f d$) werden aan de belanghebbende vergoed door de voormalige moedermaatschappij. De inspecteur zag daarin winst voor de belanghebbende, maar u zag een correctie op de door de managers betaalde koopsom voor de aandelen gevolgd door een informele kapitaalbreng:

“3.2. Voor het Hof was () in geschil () of, () het bedrag van $f d$ tot de winst () van het onderhavige jaar (1993) moet worden gerekend, dan wel, zoals belanghebbende betoogde, als een informele kapitaalstorting moet worden bestempeld.

3.3. Het Hof heeft het geschil ten nadele van belanghebbende beslist.

Hiertegen keert zich terecht middel I. De () overeenkomst laat immers () geen andere gevolgtrekking toe dan dat de garantie met betrekking tot de kosten van bodemverontreiniging is gegeven ten behoeve van de kopers van de aandelen in belanghebbende, en dat de uit deze garantie voortvloeiende betaling van $f d$ dient te worden aangemerkt als een correctie op de destijds door deze kopers betaalde koopsom voor bedoelde aandelen. De omstandigheid dat F het bedrag van $f d$ rechtstreeks heeft betaald aan belanghebbende doet hieraan niet af. Deze omstandigheid kan niet anders worden verstaan dan dat bedoelde kopers, in hun hoedanigheid van aandeelhouder rechthebbende uit hoofde van de overeenkomst van 10 februari 1986, belanghebbende bewust hebben willen bevoordelen. Mitsdien kan het bedrag van $f d$ niet tot de winst van belanghebbende worden gerekend.”

4.5 HR *BNB* 2013/109 (concernparaplukrediet)¹³ betrof een kredietfaciliteit ad 110 miljoen voor een concern, verstrekt aan de moedermaatschappij. De met die moeder in een fiscale eenheid verenigde belanghebbende en andere concernmaatschappijen hadden zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het krediet. Die aansprakelijkheid werd ingeroepen. De concernmaatschappijen kregen bij betaling aan de crediteur een regresvordering op hun mede-hoofdelijk-schuldenaren voor zover het krediet niet hen betrof. Volgens de krediet-overeenkomst mochten zij geen regres op elkaar nemen zolang het totale krediet ad 110 miljoen niet was afgelost. De belanghebbende droeg 5.191.883 bij, waarna de totale schuld nog niet was voldaan. In geschil was of zij terecht haar aansprakelijkstelling ten laste van haar winst had gebracht. U overwoog:

“3.4. (). Een geval als het onderhavige kenmerkt zich daardoor dat (i) het gaat om een vennootschap die deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort en (ii) waarbij die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In een zodanig geval geldt () dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

3.5. Het hiervoor in 3.4 overwogene leidt tot de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in een aansprakelijkstelling als hiervoor omschreven bij de winstbepaling van die

vennootschap buiten aanmerking blijven. De omstandigheid dat in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft, direct door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken of indirect door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening, welke voordelen bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking worden genomen, doet aan die gevolgtrekking niet af. Hoezeer ook het optreden van dergelijke voordelen wordt bevorderd door het behoren tot een groep, zij komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen.”

Met name dit arrest wijst erop dat u een het-één-of-het-ander-benadering volgt (ofwel winst/verlies; ofwel een gevolg van intragroepverhoudingen) en niet een *pro rata*-benadering (splitsen in een deel concernbelang en een deel ondernemingsuitoefening): als de handeling (in casu: aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor een groepskrediet) achterwege zou zijn gebleven in ongelieerde verhoudingen, is het gevolg van die handeling in zijn geheel geen winst/verlies, maar iets in de kapitaalsfeer en wordt dat gevolg niet gesplitst in deels zakelijk en deels onzakelijk.

(ii) Informeel kapitaal door onzakelijke kostenallocatie

- 4.6 Het legendarische Zweedse (groot)moederarrest HR *BNB* 1978/25214 betrof een belanghebbende die over een lening van haar in Zweden gevestigde moeder - tot aankoop van de aandelen X - geen rente was verschuldigd. De belanghebbende en X vormden een fiscale eenheid. De Zweedse moeder verstrekke ook leningen aan X waarover evenmin rente was verschuldigd. U overwoog:

“dat het Hof aan het door hem vastgestelde feit dat A om redenen van concernbelang geen rente heeft bedongen de betekenis heeft toegekend, dat A in haar kwaliteit van grootmoeder-maatschappij de dochtermaatschappij van belanghebbende () met de rente, die zij had kunnen bedingen en buiten die kwaliteit ook zou hebben bedongen, bewust heeft willen bevoordelen;

dat het Hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht dat het aan belanghebbendes dochter opgekomen voordeel, bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente over de haar door de grootmoedermaatschappij verstrekte lening, zijn oorzaak niet vond in de bedrijfsuitoefening van belanghebbendes dochter doch uitsluitend in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen;

dat het Hof terecht dit voordeel niet tot de winst heeft gerekend, aangezien ingevolge artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 daartoe alleen worden gerekend voordelen welke worden verkregen uit onderneming;

dat daarbij niet van belang is of meergenoemd voordeel tot de vermogenssfeer dan wel tot die van baten en lasten behoorde en evenmin hoe het voordeel zou kunnen worden gekwalificeerd, terwijl met betrekking tot een niet tot de winst behorend voordeel een beroep op goed koopmansgebruik niet aan de orde kan komen;”

- 4.7 In de zaak HR *BNB* 2001/19915 werd u de vraag voorgelegd of een valutavoordeel doordat een in guldens opgestelde factuur (afkomstig van een gelieerde vennootschap) ook in dollars kon worden betaald en daarbij bovendien de keuze bestond tussen de wisselkoers ten tijde van de facturering en de koers ten tijde van de betaling, een informele kapitaalbreng inhield. Het keuzevoordeel was volgens u een informele kapitaalbreng omdat het bieden van de keuze een bewuste bevoordeling door de aandeelhouder als zodanig was:

“3.3. () De keuze de schuld niet in Amerikaanse dollars maar in guldens uit te drukken kon () voor de betrokken vennootschappen zowel een voordeel als een nadeel opleveren. De bevoordeling van belanghebbende is ontstaan door de haar geboden mogelijkheid haar in guldens luidende schuld af te lossen in dollars, naar keuze tegen de koers ten tijde van de facturering dan wel die ten tijde van de betaling. Die keuzemogelijkheid zou, naar vaststaat, bij zakelijke verhoudingen aan een niet-gelieerde afnemer niet zijn geboden. Het voordeel vindt derhalve zijn oorsprong in een bewuste bevoordeling door toedoen van (via) de aandeelhouder als zodanig. Het kan daarom, als informele kapitaalstorting, niet in de winst van belanghebbende worden begrepen.”

4.8 HR *BNB* 2004/26516 betref een belanghebbende die leningen aan derden had verstrekt voor de aflossing waarvan haar dochter zich garant had gesteld. In 1988 werd besloten het kredietrisico bij de belanghebbende te concentreren en de garanties door de dochter te laten vervallen. De belanghebbende had de uitgeleende bedragen in haar aangifte 1988 geheel ten laste van haar winst gebracht. Voor zover voor het verval van de garanties op onzakelijke gronden geen of een te lage vergoeding was bedongen van de dochter, moest volgens u de winst van de belanghebbende dienovereenkomstig worden gecorrigeerd:

“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 (moeten; PJW) 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.”

Egelie (noot in *BNB* 2016/199) leidt hieruit af dat er twee mogelijkheden zijn:

“Ofwel (i) het prijsgeven kan slechts worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig (dan heeft het geen invloed op de winst), ofwel (ii) het prijsgeven kan niet slechts worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder (dan moet voor het prijsgeven een zakelijke prestatie in aanmerking worden genomen).”

4.9 De belanghebbende in HR *BNB* 2015/1317 was enig aandeelhouder van A Beheer BV en hoofdelijk aansprakelijk voor de aflossing van een lening van de Rabobank aan die BV. Hij betaalde uit hoofde van die aansprakelijkheid 160.000 aan de bank, gefinancierd met een lening. Dat bedrag, en de kosten van de lening, wenste hij als negatief resultaat uit overige werkzaamheden in mindering op zijn inkomen te brengen. U oordeelde over de zakelijkheid van de lening als volgt:

“2.3. Indien een aanmerkelijkbelanghouder zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, en dat hoofdelijk aansprakelijk stellen slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, zal het eventueel uit die hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeiende verlies niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kunnen worden gebracht (vgl. HR () *BNB* 2004/265). Voor () de vraag of de () aanvaarding van de () aansprakelijkheid moet worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, is beslissend of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (). Met de hiervoor in 2.2. weergegeven oordelen heeft het Hof dit miskend. Dat geen sprake is van een situatie waarin duidelijk was dat de vennootschap het ontvangen krediet in de toekomst niet zou kunnen terugbetalen, sluit niet uit dat een onafhankelijke derde niet (tegen een vergoeding) bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Bij de beantwoording van deze vraag is niet van belang dat de desbetreffende lening bij een derde is gesloten.”

Literatuur

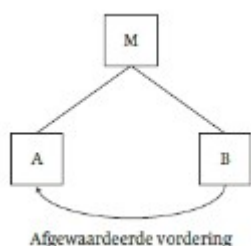
4.10 Bobeldijk18 ziet in wezen een informele kapitaalstoring in dochter B als door een kapitaalstorting in dochter A een vordering volloopt die B op A heeft:

“Indien een belastingplichtige een vordering op een dochtermaatschappij heeft afgewaardeerd wegens verminderde solvabiliteit, zal de vordering in waarde toenemen als de belastingplichtige een kapitaalstorting in de dochtermaatschappij doet. De vraag doet zich voor of een dergelijke waardestijging van de vordering bij de moedermaatschappij tot de belastbare winst behoort of dat art. 13ba Wet Vpb van toepassing is.

() [Het] vermogen van de moedermaatschappij [neemt] niet () [toe], zodat op grond daarvan reeds geconcludeerd zou kunnen worden dat de waardetoeename van de vordering niet tot de belastbare winst behoort. Mijns inziens kan niet betoogd worden dat de storting van 1.000 kapitaal op de aandelen in de dochtermaatschappij een niet-aftekbare waardedaling van de deelneming is en de waardetoeename van de vordering belast is, omdat deze twee onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Op grond van de aandeelhoudersrelatie neemt de moedermaatschappij de verplichting tot volstorting van de aandelen op zich als gevolg waarvan de vordering in waarde toeneemt. De waardetoeename van de vordering vindt zijn oorzaak in de aandeelhoudersrelatie. De moedermaatschappij zou het kapitaal nooit storten op de aandelen van de dochtermaatschappij als de vordering op de dochtermaatschappij door een willekeurige derde gehouden zou worden. De waardestijging van de vordering is derhalve geen voordeel uit de onderneming.

Indien direct na de kapitaalstorting de vordering wordt afgelost, is mijns inziens sprake van een materiële omzetting in aandelenkapitaal en is art. 13ba Wet Vpb van toepassing. De vergelijking met de arresten HR 17 maart 1999, BNB 1999/230c* en BNB 1999/231c* dringt zich dan op. In die arresten werd de plaatsing van certificaten bij leden van een coöperatie die werden volgestort met een omzetzdividend in contanten aan die leden aangemerkt als de uitreiking van certificaten waarop niet gestort behoefde te worden.

Een min of meer vergelijkbare situatie doet zich voor indien een dochtermaatschappij geen activa meer bezit en slechts een schuld heeft aan een andere concernvennootschap. Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven.



Indien M kapitaal stort in dochtermaatschappij A, stijgt daardoor de vordering bij dochtermaatschappij B en daarmee ook de deelneming van M in B. De waardestijging van de vordering bij B vindt zijn oorsprong enkel in de aandeelhoudersrelatie. Indien B niet tot het concern behoort zou hebben, zou M de kapitaalstorting in A niet gedaan hebben. De waardestijging van de vordering bij B is naar mijn mening dan ook niet belast. Er is mijns inziens fiscaal sprake van een kapitaalstorting in B en niet in A.”

4.11 Bobeldijk¹⁹ meent naar aanleiding van uw eerste arrest in de thans opnieuw te beoordelen zaak dat bij de vraag of het vollopen van belanghebbendes vordering zich in de kapitaalsfeer afspeelt, naar de doorslaggevende beweegreden voor de garantie moet worden gezocht:

“Als feitelijk bij het verwijzingshof komt vast te staan dat geheel sprake is geweest van aandeelhoudersmotieven, is duidelijk dat de gehele opwaardering zich in de kapitaalsfeer bevindt. De vraag komt echter op wat het fiscale gevolg is als komt vast te staan dat een aantal motieven een rol heeft gespeeld. Stel bijvoorbeeld dat komt vast te staan dat aandeelhoudersmotieven voor 60% en zakelijke motieven voor 40% de oorzaak waren van de garantie, voor zover motieven zich al in percentages laten uitdrukken, (). In dat geval zou betoogd kunnen worden dat 60% van de opwaardering zich in de kapitaalsfeer afspeelt en 40% in de winstsfeer. Een andere benadering is echter ook denkbaar. In het voorbeeld waren de aandeelhoudersmotieven met 60% doorslaggevend, zodat ook betoogd kan worden dat de gehele waardestijging zich in de kapitaalsfeer afspeelt. Mijns inziens dient te worden vastgesteld welk motief, aandeelhoudersmotief of zakelijk motief, doorslaggevend was en dat bepaalt dan of sprake is van kapitaal- of winstsfeer. Zou de garantie in niet-gelieerde situaties niet worden verstrekt of vindt de garantie vooral haar oorzaak in de concernrelatie, dan is sprake van een kapitaalsfeer. Vindt de garantie haar oorzaak vooral in de zakelijke belangen, dan is sprake van winstsfeer. De Hoge Raad geeft echter in zijn bewoordingen niet, althans niet duidelijk aan dat het bepalend is welk motief doorslaggevend is. Het verwijzingshof moet namelijk onderzoeken of de garantstelling geheel of ten dele haar oorzaak vindt in de

vennootschappelijke betrekkingen. Ik houd het erop dat als het aandeelhoudersmotief ten dele bepalend is geweest, dat wel doorslaggevend moet zijn, wil de opwaardering zich in de kapitaalsfeer kunnen afspeelen. Maar wellicht zal de Hoge Raad zich daar nog een keer duidelijk(er) over moeten uitspreken.”

4.12 Bobeldijk heeft zich voorts afgevraagd of art. 13b of art. 13ba Wet Vpb 1969 gevolgen heeft voor de belanghebbende als zij wint en de opwaardering in de kapitaalsfeer valt:20

“De vraag komt op of art. 13b of 13ba Wet VPB 1969 wellicht van toepassing is. Deze bepalingen strekken ertoe te voorkomen dat eerst een verlies op een vordering wordt genomen en vervolgens een belaste opwaardering wordt gefrustreerd. Indien art. 13b Wet VPB 1969 in casu van toepassing is, dient alsnog een bedrag gelijk aan het verlies op de vorderingen tot de fiscale winst te worden gerekend. Bij toepassing van art. 13b Wet VPB 1969 is er dus sprake van een Pyrrusoverwinning voor belanghebbende. Indien art. 13ba Wet VPB 1969 van toepassing zou zijn, moet weliswaar eveneens een bedrag gelijk aan het afwaarderingsverlies tot de winst gerekend worden, maar dat bedrag kan ook weer ten laste van de fiscale winst gedoteerd worden aan de opwaarderingsreserve. Er is dan dus geen sprake van directe winstneming zoals bij art. 13b Wet VPB 1969. Winstneming vindt plaats door vrijval van de opwaarderingsreserve naar gelang de waarde in het economische verkeer van de aandelen in de debiteur toeneemt, aldus art. 13ba, lid 5, Wet VPB 1969.

Voor de toepassing van art. 13b Wet VPB 1969 is () vereist dat sprake is van (1) een afgewaardeerde schuldvordering, (2) een deelneming in de schuldenaar door de belastingplichtige of een verbonden lichaam en (3) een besmette rechtshandeling, zoals de overdracht van een vordering aan een verbonden lichaam. De vraag komt op of de garantstelling gezien kan worden als de overdracht van een vordering. Belanghebbende is weliswaar nog steeds juridisch eigenaar van de vordering, maar heeft zij economisch gezien de onvolwaardige vordering niet vervreemd aan de garantieggever?21 Naar mijn mening is geen sprake van een vervreemding. In art. 13b Wet VPB 1969 is het begrip vervreemding niet gedefinieerd. Uit HR 10 februari 1960, BNB 1960/123 volgt dat het begrip vervreemding in civielrechtelijke zin moet worden opgevat en dat daaronder moet worden verstaan elke rechtshandeling waardoor de eigenaar van een vermogensbestanddeel dat uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan. Een garantie jegens belanghebbende leidt er niet toe dat de vordering overgaat in het vermogen van degene die de garantie verstrekt. Naast de vordering op de debiteur verkrijgt de crediteur als gevolg van de garantie een voorwaardelijke vordering op de garantieggever. Het debiteurenrisico voor de crediteur wordt verlaagd door een garantie. Indien en voor zover de debiteur niet aan zijn verplichtingen voldoet, zal de vordering door de garantieggever worden voldaan. De garantieggever heeft reeds vanaf het moment van het verstrekken van de garantie een voorwaardelijke regresvordering op de debiteur. Zodra de garantieggever de verplichtingen van de debiteur voldoet, wordt de regresvordering onvoorwaardelijk. Dit is echter naar mijn mening iets wezenlijk anders dan de economische overdracht van de vordering door de crediteur aan de garantieggever.

Voor toepassing van art. 13ba Wet VPB 1969 is () vereist dat sprake is van (1) een afgewaardeerde schuldvordering, (2) een deelneming in de debiteur door de belastingplichtige of een verbonden lichaam en (3) een besmette rechtshandeling. Als besmette rechtshandeling gelden (1) de omzetting van de vordering, (2) het als eigen vermogen gaan functioneren van de met de schuldvordering corresponderende schuld zonder dat de schuldenaar daartoe aandelen uitgeeft en de schuldvordering hierdoor bij de belastingplichtige onder een deelneming wordt begrepen en (3) het prijsgeven van de schuldvordering. De garantstelling kwalificeert niet als een besmette rechtshandeling, zodat ook art. 13ba Wet VPB 1969 mijns inziens toepassing mist.”

4.13 Bresser leidt uit de jurisprudentie af dat bij een dubbelrol de aandeelhoudersrol de doorslag geeft als verklaring voor het voordeel:22

“De bevoordeling in de vorm van informeel kapitaal dient te geschieden door de aandeelhouder als zodanig. Het moet gaan om een voordeel dat een niet-gelieerde afnemer in zakelijke verhoudingen niet zou hebben verkregen. In de dubbelrol van contractspartij en aandeelhouder geeft derhalve de aandeelhoudersrol de doorslag bij het verstrekken van het voordeel. Dat sprake moet zijn van een

bevoordeling door de aandeelhouder als zodanig, blijkt reeds uit de formulering in HR 3 april 1957, nr. 13.084, BNB 1957/165, dat het moet gaan om een bevoordeling door:

'een moedermaatschappij als houdster van de aandelen ener dochteronderneming enkel op grond van de voor haar in die hoedanigheid tot de dochteronderneming bestaande verhouding'. Zie bijvoorbeeld ook HR 17 september 2004, nr. 38.611, NTFR 2004/1385. Belanghebbende weigerde gegevens te verstrekken over haar aandeelhouder, zodat het motief voor de geldverstrekking niet kon worden vastgesteld en daarom niet kon worden geconcludeerd dat sprake was van informeel kapitaal."

5 Behandeling van de beroepen

5.1 In deze tweede cassatieronde is in geschil (i) of uw verwijzingsopdracht impliceert dat de garantie deels commercieel, deels (indirecte) informele kapitaalstorting kan zijn, (ii) of de zakelijke belangen bij het financieel overeind houden van [B] identiek zijn aan de zakelijke belangen bij de garantie, (iii) wie moet bewijzen waarvan het vollopen van belanghebbendes vorderingen een gevolg is, en (iv) s Hof's waardering van het ingebrachte bewijs en zijn motivering van die waardering.

Het beroep van de Staatssecretaris

5.2 De Staatssecretaris meent dat ook als de [A] en [D] niet-gelieerd zouden zijn geweest, dezelfde waardeestijging zou zijn gerealiseerd, nu het Hof feitelijk heeft vastgesteld dat aan de handelingen mede zakelijke motieven ten grondslag liggen en deze handelingen dus niet enkel op grond van de vennootschappelijke betrekkingen zijn verricht.

5.3 In de conclusie in de eerste cassatieronde zag ik drie motieven voor de garantie, waarvan twee intervenootschappelijk, "het zwarte-concerncijfers-motief en [A] s crediteurs/leveranciersbelang, en één zakelijk motief: dat van [D] tot behoud van haar Iberische afzetkanaal".²³ Hafkenscheid (*FED* 2016/104; zie 2.10) betwijfelt of het zwarte-concerncijfersbelang-argument jaarrekeningtechnisch hout snijdt. Hij verwacht dat bij overname van [B] de vorderingen en schulden tussen de belanghebbende en [B] bij consolidatie tegen elkaar wegvallen. Dat is echter niet gesteld.

5.4 Uw verwijzingsopdracht aan het Hof Amsterdam luidde:

"Het verwijzingshof zal opnieuw moeten onderzoeken of het voordeel dat [A] heeft ontleend aan de garantstelling door [D] geheel of ten dele zijn grond vindt in haar vennootschappelijke betrekkingen, daarbij rekening houdend met de zakelijke belangen van [D] onderscheidenlijk [A] bij het financieel overeind houden van [B] ."

5.5 Het verwijzingshof achtte aannemelijk dat het voordeel in "enige mate" zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen en heeft dat zakelijke deel "in goede justitie" geschat op 1.2 miljoen.

5.6 Egelie meent dat u bij de termen geheel of ten dele en gedeeltelijk geen diepere betekenis voor ogen stond (zie 2.9). Vis vroeg zich af of het Hof de verwijzingsopdracht wel goed heeft begrepen (zie 2.13). Bruins Slot meent dat het Hof door u op een doodlopend spoor is gezet en dat het vollopen van belanghebbendes vorderingen geheel zakelijk is (zie 2.15).

5.7 Ik zie drie mogelijke benaderingen qua causaliteit: (i) de volloop moet *evenredig* worden toegerekend aan de zakelijke en de intervenootschappelijke motieven voor de garantie, (ii) de volloop moet geheel worden toegerekend aan de *overwegende* beweegredenen of (iii) de volloop is alleen informeel kapitaal als zij haar grond *enkel* vond in concernmotieven.

5.8 Het Hof heeft uit uw verwijzingsopdracht (geheel of ten dele) opgemaakt dat u benadering (i) volgt. Bobeldijk gaat uit van benadering (ii) (zie 4.11). De Staatssecretaris prefereert benadering (iii) en ziet daarvoor steun in onder meer HR *BNB* 1957/165 (zie 4.3). In benadering (iii) is beslissend of de garantie ook zou zijn gegeven als [A] en [D] niet gelieerd waren geweest. Ik meen dat die benadering

inderdaad volgt uit het Zweedse Grootmoederarrest (zie 4.6), uit HR *BNB* 2000/240 (zie 4.2: “() dat haar moedervenootschap enkel op grond van de aandeelhoudersrelatie een kwijtschelding heeft verleend die zij onder vergelijkbare omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verleend”), uit HR *BNB* 2001/199 (zie 4.7: “Die keuzemogelijkheid zou () bij zakelijke verhoudingen aan een niet-gelieerde afnemer niet zijn geboden. Het voordeel vindt derhalve zijn oorsprong in een bewuste bevoordeling door toedoen van (via) aandeelhouder als zodanig”), uit HR *BNB* 2004/26524 (zie 4.8: “Indien () 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”) en uit HR *BNB* 2013/109 (zie 4.5: “() dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. () Het hiervoor () overwogene leidt tot de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in een aansprakelijkstelling als hiervoor omschreven bij de winstbepaling van die vennootschap buiten aanmerking blijven”).

- 5.9 Voor de vraag of een aandeelhouder als zodanig handelt, is volgens HR *BNB* 2015/13 (zie 4.9) “beslissend of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden”.
- 5.10 Ik meen met de Staatssecretaris dat beslissend is of de garantie ook zou zijn gegeven als [A] en [D] ongelieerd waren geweest.²⁵ Luidt het antwoord ontkennend, dan is de garantie enkel door de vennootschappelijke betrekkingen te verklaren. Ook het daardoor veroorzaakte vollopen van de vorderingen vindt dan zijn verklaring enkel in die vennootschappelijke betrekkingen. In ons geval gaat het om zustermaatschappijen, zodat moet worden beoordeeld of de garantie ook zou zijn verstrekt als de gemene moeder wordt weggedacht. In dat geval moeten wij ervan uitgaan dat [D] (de producent) niet rechtstreeks aan [B] levert omdat een in een EU-lidstaat gevestigde vennootschap zoals [A] een betere toegang tot de Spaanse markt heeft. [A] fungeert dan als doorgeefluik tussen [D] en [B] in ruil voor een marge. In een dergelijk ongelieerd geval zal [A] niet het debiteurenrisico voor haar rekening willen nemen als blijkt dat [B] niet erg betaalt. In zakelijke verhoudingen zou zij een garantie van [D] eisen of stoppen met leveren aan [B] .
- 5.11 Maar uw verwijzingsopdracht (geheel of ten dele) wekt de indruk dat u bent afgestapt van deze het-één-(infokap)-of-het-ander-(winst)-benadering en dat u het volloop-voordeel voortvloeiend uit de garantie splitsbaar acht. Aldus heeft het verwijzingshof uw opdracht dan ook begrepen. *A/s* u bent om gegaan, is dat nogal impliciet gebeurd (verstopt in een verwijzingsopdracht) en zou explicitering en motivering wenselijk zijn, gegeven het rumoer in de literatuur. Maar ik denk niet dat u om bent gegaan.
- 5.12 Bent u niet omgegaan, dan volgt uit het bovenstaande dat het middel van de Staatssecretaris doel treft en rijst de vraag wat u dan wél bedoelde met de term geheel of ten dele in de verwijzingsopdracht. Voor de hand ligt de gedachte dat, nu het om elkaar temporeel opvolgende en opstapelende leverancierskredieten gaat, de kredietverlening tot een bepaald punt zakelijk is, maar dat er een punt komt waarop een zakelijk handelende leverancier zijn leveranties zal staken als hij niet betaald wordt. De term geheel of ten dele zou dan slaan, niet op een splitsing en weging van motieven, maar op een *temporele* splitsing van de garantie: zij kan dan zakelijk zijn voor zover zij ziet op de leverancierskredieten die een ongelieerde leverancier nog verleend zou hebben, en onzakelijk voor zover zij ziet op de kredieten verstrekt ná het moment waarop een ongelieerde leverancier het voor gezien zou hebben gehouden. Het dossier wijst echter uit dat het volledige litigieuze leverancierskrediet is opgebouwd vóórdat [B] werd ingelijfd op 31 maart 2010, dus per definitie volledig in zakelijke (ongelieerde) verhoudingen.

Ik meen daarom dat het u om het volgende gaat: de garantie vermeldt geen bedrag en wijst geen bepaalde leverancierskredieten aan. Zij ziet onbepaald op tegenwoordige en toekomstige vorderingen van [A] op [B]. De Inspecteur heeft voorts in het midden gelaten of hij de 3 mio afwaardering in het boekjaar 2009-2010 aanvaardt, nu de voltoop ervan in hetzelfde boekjaar plaatvond (op de laatste dag) en het de Inspecteur kennelijk om het even was of hij de afwaardering weigerde of de voltoop belastte. Daarmee is de garantie nogal onbepaald en dat zou een onafhankelijke derde denkbaar niet doen; die zou denkbaar met name geen ongeclausuleerde garantie geven voor onbekende en onbepaalde toekomstige vorderingen op [B]. Het verwijzingshof heeft dat kennelijk niet opgepikt (u was ook niet erg expliciet).

- 5.14 Hoe dan ook acht ik het middel van de Staatssecretaris gegrond: het verwijzingshof had niet motieven moeten splitsen, zeker niet die voor het financieel overeind houden van [B], maar had moeten onderzoeken in hoeverre de onbepaaldheid (de voorwaarden) van de garantie onzakelijk was (waren), mede in het licht van de onduidelijkheid over de vraag of in 2009-2010 überhaupt verdere onvolwaardigheid was ontstaan.
- 5.15 Ook als u wél zou zijn om gegaan, moet overigens mijns inziens vernietigd en verwezen worden, omdat de Hof's splitsing in 12,6% zakelijk en 87,4% onzakelijk, hoezeer ook in goede justitie gedaan, uit de lucht komt vallen en daarmee mijns inziens niet aan de eisen van motivering van een feitenrechterlijk oordeel voldoet.
- 5.16 Mocht na verwijzing vast komen te staan dat het garantievoordeel deels moet worden aangemerkt als informeel kapitaal, dan kan deels onbelast worden opgewaardeerd hetgeen aftrekbaar is afgewaardeerd. Bobeldijk heeft zich afgevraagd of art. 13b of art. 13ba Wet Vpb 1969 onbelastbaarheid kan voorkomen. Die bepalingen bieden de fiscus volgens hem geen soelaas als de opwaardering zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen (zie 4.12), zodat de mogelijkheid bestaat dat hierop gepland zal worden. Een garantie zoals de litigieuze is volgens Bobeldijk geen besmette rechtshandeling in de zin van art. 13b/13ba Wet Vpb 1969. De Inspecteur heeft in casu expliciet gezegd dat die artikelen niet van toepassing zijn.²⁶ Het gaat hier om een rechtsvraag, dus met een eenstemmig oordeel van de partijen hebben wij niet zoveel te maken, maar Bobeldijks kwalificatie van de litigieuze garantie als niet-besmet lijkt mij juist.

Het middel van de belanghebbende

(i) Bewijslast

- 5.17 Het Hof heeft de last te bewijzen dat de opwaardering van de vorderingen geheel of ten dele verklaard wordt door de vennootschappelijke betrekkingen, bij de belanghebbende gelegd.
- 5.18 Uit HR *BNB* 1996/51 (zie 4.1) en HR *BNB* 2000/240 (zie 4.2) volgt dat de bewijslast rust op degene die stelt dat een eigen-vermogenstoename niet belast is wegens informele kapitaalverstrekking. In een vermogensvergelijkingsstelsel van winstbepaling ligt dat voor de hand. Belanghebbendes eerste middelonderdeel faalt dus.

(ii) Zakelijke belangen

- 5.19 Het Hof heeft de (mate van) (on)zakelijkheid van de garantie afgeleid uit de (mate van) (on)zakelijkheid van het financieel overeind houden van [B].
- 5.20 Met de belanghebbende meen ik dat uit de zakelijkheid van het overeind houden van [B] niet kan worden afgeleid of en in hoeverre de garantie al dan niet onzakelijk is. Zulks betoogde ik ook in de eerste cassatieronde (onderdeel 4.18 conclusie). Het Hof heeft niet beantwoord de vraag waar het om gaat: zou de garantie ook (in deze onbepaalde mate) zijn gegeven bij afwezigheid van een gemeenschappelijke indirecte aandeelhoudster in [A] en [D] ?
- 5.21 Dit middelonderdeel is dus terecht voorgesteld, maar dat voegt wellicht niet veel toe aan hetgeen in 5.13 en 5.14 is opgemerkt: er moet toch al vernietigd en verwezen worden voor nieuw onderzoek.

Ad (v)

5.22 Zoals in onderdeel 5.14 al bleek, meen ik dat s Hofs verdeling in 87,4% zakelijk en 12,6% onzakelijk, hoezeer ook in goede justitie geschat, zonder motivering, die ontbreekt, niet begrijpelijk is. Middelonderdeel (v) slaagt dus mijns inziens.

Ad (iii) en (iv)

5.23 De middelonderdelen (iii) en (iv) behoeven dan geen behandeling, maar zijn mijns inziens ongegrond. Zij bestrijden de niet-onbegrijpelijke waardering van de bewijsmiddelen door de feitenrechter en die is aan de feitenrechter voorbehouden.

6 Conclusie

Ik geef u in overweging beide cassatieberoepen gegrond te verklaren en de zaak opnieuw te verwijzen voor feitelijk onderzoek (met een duidelijke opdracht). Er zijn nog twee gerechtshoven over.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

¹ Zie de conclusie voor HR 8 juli 2016, nr. 15/03135, ECLI:NL:HR:2016:1352, *BNB* 2016/199 met noot Egelie, *FED* 2016/104 met noot Hafkenscheid, *NTFR* 2016/1856 met commentaar Van Horzen, *V-N* 2016/36.11 en *FutD* 2016/1695.

² Conclusie A-G Wattel van 17 december 2015, nr. 15/03135, *V-N* 2016/11.9 met aantekening van de redactie en *NTFR* 2016/604 met commentaar Hofman.

³ Hoger beroepschrift belanghebbende van 18 april 2014, p. 2. Zie ook verweerschrift in hoger beroep van de Inspecteur van 14 juli 2014, p. 1-2.

⁴ [I] in september 2013 en [F] ter zitting van het verwijzingshof (zie r.o. 2.9 en 2.10 van de uitspraak van het Hof Amsterdam).

⁵ Voetnoot in origineel: "Wel lijkt het in *BNB* 2015/13* beslissende criterium (kan voor de garantie een winstonafhankelijke derdenvergoeding worden gevonden?) in casu niet goed te werken: die vergoeding zou immers niet van C moeten komen maar van E. Zie daarover ook r.o. 4.8 van de conclusie."

⁶ Voetnoot in origineel: "In r.o. 2.5 draagt hij de verwijzende rechter op om rekening te houden met de zakelijke belangen van D onderscheidenlijk C bij het financieel overeind houden van E."

⁷ Voetnoten zijn weggelaten.

⁸ Gerechtshof Amsterdam 18 april 2017, nr. 16/00307, ECLI:NL:GHAMS:2017:1507, *NTFR* 2017/1486 met commentaar Vis, *NLF* 2017/1094 met noot Bruins Slot en *FutD* 2017/1058 met noot van de redactie.

⁹ HR 15 november 1995, nr. 30 408, ECLI:NL:HR:1995:BI5453, *BNB* 1996/51 met noot Van der Geld, *FED* 1996/84 met aantekening Russo, *WFR* 1995/1797 en *V-N* 1995/4229, 15 met aantekening van de redactie.

¹⁰ HR 15 maart 2000, nr. 34 466, ECLI:NL:HR:2000:AA5127, *BNB* 2000/240 met noot Hoogendoorn, *FED* 2000/176 met aantekening Arts en *V-N* 2000/15.18 met aantekening van de redactie.

¹¹ HR 3 april 1957, nr. 13 084, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, *BNB* 1957/165 met noot Smeets.

- ¹² HR 22 april 1998, nr. 33 315, ECLI:NL:HR:1998:ZC7040, *BNB* 2002/272, *FED* 2002/342, *V-N* 2002/30.16 met aantekening van de redactie en *WFR* 2002/897.
- ¹³ HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520 m. concl. van mijn hand, *NTFR* 2013, 586 m. nt. Egelie, *BNB* 2013/109 m. nt. Albert, *FED* 2013/53 m. nt. Snoeks, *JOR* 2013/195 m. nt. Tekstra, *V-N* 2012/35.12 m. nt. Redactie V-N, *V-N* 2013/12.17 m. nt. Redactie V-N en *FutD* 2013-0568 m. nt. Redactie FutD.
- ¹⁴ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, na conclusie A-G Van Soest, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866, *BNB* 1978/252 met noot Hofstra.
- ¹⁵ HR 28 februari 2001, nr. 35 653, na conclusie A-G Van Kalmthout, ECLI:NL:HR:2001:AB0289, *BNB* 2001/199 met noot Meussen, *FED* 2001/185, *V-N* 2001/16.27 met aantekening van de redactie, *NTFR* 2001/347 met commentaar Van Beelen en *WFR* 2001/299.
- ¹⁶ HR 12 december 2003, nr. 38 124, na conclusie A-G Van Kalmthout, ECLI:NL:HR:2003:AH8973, *BNB* 2004/265 met noot Van der Geld en *V-N* 2004/2.21 met aantekening van de redactie.
- ¹⁷ HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, ECLI:NL:HR:2014:2984, *BNB* 2015/13 met noot Heithuis, *FED* 2015/14 met noot Hafkenscheid en *V-N* 2014/54.12 met aantekening van de redactie.
- ¹⁸ A.C.P. Bobeldijk, *Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting*, SDU Amersfoort 2009, p.116-117.
- ¹⁹ A.C.P. Bobeldijk, Opwaardering vordering in kapitaalsfeer, *NTFR-B* 2016/35, onderdeel 4.
- ²⁰ A.C.P. Bobeldijk, Opwaardering vordering in kapitaalsfeer, *NTFR-B* 2016/35, onderdeel 5.
- ²¹ Voetnoot in origineel: "Aldus de redactie *Vakstudie Nieuws* in *V-N* 2016/11.9 en *V-N* 2016/36.11."
- ²² H.J. Bresser, NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 8 Wet VPB 1969. Online geraadpleegd op 19 januari 2018.
- ²³ Overweging 4.7 van de conclusie in de eerste cassatieronde.
- ²⁴ Zie ook HR *BNB* 2015/13 in onderdeel 4.9.
- ²⁵ Vgl. onderdeel 1.12 van de conclusie in de eerste cassatieronde: "() Het Hof heeft weliswaar de kennelijke drie motieven voor de garantie niet onderling gewogen, maar hoefde dat ook niet te doen als de garantie ook in ongelieerde verhoudingen gegeven zou zijn. ()"
- ²⁶ Verweerschrift van de Inspecteur in eerste aanleg d.d. 27 juni 2013, p. 8.
-