

mr. Jan Gooijer*

Rente-imputatie bij onzakelijke leningen: duiding van HR 15 maart 2013, NTFR 2013/638



Onlangs is Pieterse ingegaan op het belang van transparantie in de rechtspraak, de bijdrage van de Hoge Raad daaraan en de taak van de literatuur om uitspraken 'te duiden en afwegingen zichtbaar te maken'.¹ In deze bijdrage doe ik een poging het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2013, nr. 11/02248² te duiden. Aan de orde is de vraag hoe renteloze onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting moeten worden behandeld. Helaas laat het oordeel van de Hoge Raad een aantal onduidelijkheden bestaan, zodat het vooralsnog niet goed mogelijk lijkt het arrest in het bredere kader van de jurisprudentie inzake onzakelijke leningen te plaatsen.

Feiten

Op 30 december 1998 heeft belanghebbende ('X bv') van haar moedermaatschappij vorderingen op haar Franse dochter- en kleindochtermaatschappij overgenomen. Op de leningen – die in september 1998 waren verstrekt – was geen rente verschuldigd. De leningen hadden geen vaste looptijd maar waren op verzoek van de crediteur onmiddellijk opeisbaar. Door de debiteur waren ter zake van de leningen geen zekerheden verstrekt. Vanwege de slechte financiële positie van haar kleindochter heeft X bv de vorderingen in de boekjaren 1999/2000 en 2001/2002 afgewaardeerd ten laste van het fiscale resultaat. De inspecteur weigerde de afwaardering in aftrek te brengen. Verder stelde hij dat er op de vorderingen rente moet worden geïmputeerd waarmee bij de winstbepaling rekening moet worden gehouden.

Overwegingen en oordeel van de Hoge Raad

In de uitspraak die leidde tot het arrest kwam Hof Amsterdam³ tot het oordeel dat de desbetreffende leningen als onzakelijke leningen moesten worden aangemerkt, zodat de vorderingen niet ten laste van de fiscale winst van X bv konden worden afgewaardeerd. Met een verwijzing naar

het inmiddels befaamde arrest van 25 november 2011, NTFR 2011/2722⁴ oordeelt de Hoge Raad dat dit oordeel van het hof niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is. Eveneens met een verwijzing naar NTFR 2011/2722 oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat de vorderingen niet kunnen worden gesplitst in een zakelijk en onzakelijk deel. Tot zover wat mij betreft niets nieuws.

De interessante, maar tegelijkertijd vanuit systematisch oogpunt onduidelijke overwegingen volgen in onderdeel 3.5. Daarin geeft de Hoge Raad een aantal algemene overwegingen voorafgaand aan de behandeling van cassatiemiddel 8. In 3.5.1 herhaalt de Hoge Raad nog maar weer eens dat bij een renteloze lening binnen een concern voor de winstbepaling rekening moet worden gehouden met een zakelijke rente.⁵ Indien sprake is van een onzakelijke lening ligt het genuanceerder, aldus de Hoge Raad in onderdeel 3.5.2 (met wederom een verwijzing naar NTFR 2011/2722, onderdeel 3.3.2). Het debiteurenrisico met betrekking tot de schuldig gebleven rente ligt dan in de kapitaalsfeer. De volgende passage van onderdeel 3.5.2. is cruciaal.

'Van een zodanig debiteurenrisico is echter pas sprake nadat de rentetermijn verschuldigd is geworden. Op dat moment ontstaat een rentevordering. Omdat het debiteurenrisico op deze vordering daarna overgaat naar de onbelaste sfeer, zal, teneinde een juiste vaststelling van de totaalwinst te verkrijgen, de vervallen rente moeten worden gewaardeerd op de waarde die op dat moment aan die vordering in het economische verkeer kan worden toegekend. Voor dat bedrag – en niet voor een eventueel hoger nominaal bedrag – zal de rente bij de winstberekening in aanmerking moeten worden genomen.

Wanneer een renteloze lening moet worden aangemerkt als een onzakelijke lening zal in beginsel een rente-imputatie moeten plaatsvinden. Die rente-imputatie zal echter niet verder moeten gaan dan het bedrag dat in geval van een rentedragende lening in aanmerking zou moeten worden genomen, zijnde de waarde van een rentevordering over het desbetreffende tijdvak. Immers, dan wordt zoveel mo-

* Mr. J Gooijer is verbonden aan de afdeling Belastingrecht van de Vrije Universiteit in Amsterdam.

1 L.J.A. Pieterse, 'Duiding van rechterlijke uitspraken, een suggestie' (Opinie), NTFR 2013/572.

2 NTFR 2013/638 met commentaar Van Horzen.

3 NTFR 2011/943 met commentaar Van Horzen.

4 NTFR 2011/2722 met commentaar Nieuweboer, BNB 2012/37 met noot Albert.

5 Naar mijn mening ziet deze overweging niet specifiek op onzakelijke leningen. Voor een andere benadering zie de aantekening in V-N 2013/14.13.

gelijk gelijkheid gerealiseerd tussen het geval van een renteloze lening en een lening waarbij een zakelijke rente zou zijn overeengekomen.’

Op grond van deze overwegingen komt de Hoge Raad tot het oordeel dat Hof Amsterdam ‘ten onrechte geen belang heeft toegekend aan de mogelijkheid dat indien rente verschuldigd zou zijn geweest zo goed als zeker is dat deze nooit zal worden betaald’ (onderdeel 3.6).

Een poging tot duiding van het arrest

Het eerste deel van het hiervoor opgenomen citaat ziet op de vraag wanneer het debiteurenrisico ter zake van schuldig gebleven rente op een onzakelijke lening zich manifesteert; volgens de Hoge Raad is dat het geval na het moment waarop de rentetermijn schuldig is geworden. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de vervallen rente tot de fiscale winst moet worden gerekend voor zover aan de rentevordering in het economische verkeer waarde toekomt, en wel ‘om een juiste vaststelling van de totaalwinst te verkrijgen’.⁶

De geciteerde overwegingen geven mij aanleiding tot twee opmerkingen. Ten eerste wordt niet expliciet gemaakt over welke rente de Hoge Raad het heeft. Het is opvallend dat de Hoge Raad in dit arrest een aantal keer verwijst naar *NTRF* 2011/2722, maar dat een dergelijke verwijzing achterwege blijft als het gaat om de hoogte van de in aanmerking te nemen rente. In *BNB* 2012/37 heeft de Hoge Raad als ‘vuistregel’ gegeven ‘dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen’ (onderdeel 3.3.4). De aldus vastgestelde rente vormt onderdeel van de fiscale winst van de crediteur. Ik ga er vooralsnog van uit dat de Hoge Raad in het 15 maart-arrest eveneens doelt op de rente die is vastgesteld met toepassing van de borgstellingsanalogie. Er wordt in onderdeel 3.5.2 immers wel gesproken over een ‘zakelijke rente’. Maar dan ontstaat er op grond van het 15 maart-arrest wel een verschil tussen de situatie waarin de rente wordt betaald en de situatie waarin dat niet het geval is maar wordt schuldig gebleven. Immers, in dat laatste geval wordt de rente slechts in aanmerking genomen voor de waarde in het economische verkeer van de rentevordering. En dat geldt dan tevens voor geïmputeerde rente, gezien het tweede deel van de hiervoor weergegeven overweging.

Ten tweede lijken de verschillende overwegingen van de Hoge Raad met elkaar in tegenspraak. Het debiteurenrisico op de rentevordering gaat volgens de Hoge Raad over naar de onbelaste sfeer na het ontstaan van de rentevordering. Ik zou dan denken dat het ontstaan van de rentevordering in de winstsfeer plaatsvindt (en dan voor de nominale waarde van die rentevordering) en de waardeontwikkeling van deze vordering in de kapitaalsfeer. Als dat juist is, dient het verschil tussen de nominale waarde en de waarde in het economische verkeer van de rentevordering niet – zoals nu gebeurt – in de winstsfeer te vallen. De benadering van de Hoge Raad leidt ertoe dat het onzakelijke debiteurenri-

sico dat tot uiting komt in de lagere waarde van de rentevordering juist in de winstsfeer wordt afgehandeld. Dat leidt mijns inziens tot een *onjuiste* vaststelling van de totaalwinst. De vraag is of het mogelijk is om het arrest zo te lezen dat de overwegingen consistent zijn en tegelijkertijd passen in de jurisprudentie met betrekking tot onzakelijke leningen.

De redactie van *V-N* merkt op dat bij het lezen van onderdeel 3.5 in acht moet worden genomen dat het in casu gaat om onvolwaardige vorderingen. Dat zou als consequentie hebben dat alleen dat deel van de rente bij de vaststelling van de winst in aanmerking wordt genomen dat ziet op het volwaardige deel van de vordering. Daarbij wordt er van uitgegaan dat de ‘ranking’ die de vordering heeft, ook kan worden toegepast op de rentevordering. Mij overtuigt deze ‘pro-rata’ benadering echter niet.

Ten eerste blijkt uit onderdeel 3.5 niet dat de overwegingen uitsluitend moeten worden gelezen met het oog op onvolwaardige vorderingen. De overwegingen van de Hoge Raad zijn algemeen van opzet: achtereenvolgens komen de renteloze lening, de onzakelijke lening en de renteloze onzakelijke lening aan bod. Enige verwijzing naar de consequentie van een (gedeeltelijke) onvolwaardigheid ontbreekt. Ten tweede strookt de benadering niet met de civielrechtelijk regelgeving. Als een schuld gedeeltelijk wordt voldaan, zal de betaling in eerste instantie zoveel mogelijk met de schuldig gebleven rente worden verrekend. Indien sprake is van een gedeeltelijk onvolwaardige vordering, zal de rentevordering zelf dus nooit onvolwaardig zijn. Het schuldig blijven van rente heeft slechts als effect dat de vordering uit hoofde van de geldlening minder waard wordt. Dit betekent dat de waarde in het economische verkeer van de rentevorderingen alleen dan lager kan zijn dan de nominale waarde als aan de vordering uit hoofde van de geldlening in het geheel geen waarde toekomt.⁷

Ten derde roept deze benadering de vraag op wat er gebeurt als de vorderingen na verloop van tijd in waarde stijgen. Dient dan alleen de rente over de volgende termijn in aanmerking te worden genomen? Of is de ‘pro-rata’ aanpak alleen van toepassing als duidelijk is dat het deel van de vordering dat als waardeloos geldt, ook echt nooit meer zal kunnen worden geïncasseerd? Geldt dat dan voor zover sprake is van een bodemloze-put lening in de zin van *BNB* 1988/217? Maar dat zou ingaan tegen het uitgangspunt van de Hoge Raad dat een lening alleen in z’n geheel als zakelijk, onzakelijk of bodemloze put kan gelden én dat voor deze kwalificatie de feiten op het moment van het verstrekken van de lening doorslaggevend zijn. Kortom, een lezing van onderdeel 3.5 in het licht van de onvolwaardigheid van de vordering uit hoofde van een onzakelijke lening of een ‘pro-rata’ aanpak leveren niet de door mij gezochte systematische duidelijkheid.

Het lijkt mij van belang om in het oog te houden dat het achtste cassatiemiddel de aanleiding vormt voor de algemene overwegingen van onderdeel 3.5. In dit middel betoogde X bv dat ‘het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat goed koopmansgebruik in de weg staat aan de vorming van een voorziening in verband met de oninbaarheid van de rente’. Volgens X bv staat goed koopmansgebruik er zelfs aan in de weg om geen voorziening in verband met de oninbaar-

6 Van Horzen wijst in zijn commentaar bij het arrest terecht op de vraag wat dat dan betekent voor de waardering van lopende rentetermijnen bij beëindiging van het boekjaar en de verhouding tot goedkoopmansgebruik. Zie *NTRF* 2013/638.

7 De redactie van *V-N* verwijst naar deze problematiek bij gestructureerde producten, zie *V-N* 2013/14.13.

heid van de rente te vormen. Daarbij wijst X bv op HR 25 juni 2010, *NTFR* 2010/1546, waarin de vraag aan de orde was of een voorziening kon worden gevormd voor een toekomstige claim terwijl het duidelijk was dat er ter zake van die toekomstige claim waarschijnlijk geen betalingen zouden plaatsvinden. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest als volgt: 'Het is niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik om door middel van het opvoeren van een passiefpost kosten tot uitdrukking te brengen waarvan vaststaat of zo goed als zeker is dat deze nooit zullen worden betaald. Dat zou niet stroken met het aan goed koopmansgebruik ten grondslag liggende realiteitsbeginsel.'

In feite heeft het 15-maart arrest een met *NTFR* 2011/2722 vergelijkbaar effect: inkomsten waarvan het vaststaat of zo goed als zeker is dat deze nooit zullen worden ontvangen hoeven niet als fiscaal resultaat te worden verantwoord. Op zich is dat ook een redelijk resultaat.⁸ Tot dat resultaat kan echter alleen worden gekomen als de (gedeeltelijke) onvolwaardigheid van de rentevordering niet wordt veroorzaakt door het onzakelijke debiteurenrisico (dat immers tot de kapitaalsfeer behoort).⁹ De verwijzing van de Hoge Raad naar de totaalwinst doet vermoeden dat in die richting ook gedacht moet worden.

Als de hiervoor aangehaalde 'vuistregel' uit *NTFR* 2011/2722 (de borgstellingsanalogie) onverkort wordt toegepast, kan zo'n situatie zich echter nooit voordoen. Immers, indien door de Franse deelneming zou zijn geleend van een derde met een borgstelling van X bv, zou de rentevordering van de derde nooit (gedeeltelijk) onvolwaardig zijn geweest. De rente had immers kunnen worden verhaald op X bv als borg (uiteraard in de veronderstelling dat de borg voldoende kredietwaardig is). Dat is mijns inziens ook de rede waarom de Hoge Raad in *NTFR* 2011/2722 als uitgangspunt heeft genomen dat schuldig gebleven rente onder het onzakelijke debiteurenrisico valt: als de rente niet wordt betaald, zal de derde de borg aanspreken. Maar dat betekent ook dat het door de derde te ontvangen bedrag aan rente gelijk zal zijn aan de nominale waarde van de rentevordering. Ook is er dan geen verschil tussen de waarde in het economische

verkeer van de rentevordering en de nominale waarde. Het kan dan ook niet anders zijn dan dat de Hoge Raad met het 15-maart arrest de werking van de borgstellingsanalogie beperkt. Blijkbaar heeft niet in alle gevallen het (onzakelijke) debiteurenrisico ook betrekking op het risico dat de rente niet wordt betaald. Of – en dat is gegeven de problematiek van leningen tussen gelieerde maatschappijen waarschijnlijk een betere formulering – de door middel van de borgstellingsanalogie vastgestelde rente kan niet in alle gevallen voor het gehele bedrag als zakelijk worden aangemerkt.¹⁰ De Hoge Raad had in *NTFR* 2011/2722 overigens al ruimte gemaakt voor een beperking van de borgstellingsanalogie door in onderdeel 3.3.6 op te merken dat het onzakelijke debiteurenrisico 'in beginsel' (curs. JG) mede betrekking heeft op het risico dat de rente over die lening niet wordt betaald.' Helaas blijft vooralsnog onduidelijk waarom deze uitzondering wordt gemaakt en wat de reikwijdte daarvan is.¹¹

Conclusie

Het vereist de nodige flexibiliteit om op basis van de door de Hoge Raad gegeven overwegingen het 15-maart in het bredere kader van de jurisprudentie inzake onzakelijke leningen te kunnen plaatsen. Ik ga er van uit dat de Hoge Raad niet heeft bedoeld af te wijken van tot nu toe uitgezette lijn waarbij de fiscale behandeling van de (onzakelijke) borgstelling c.q. hoofdelijke aansprakelijkheid¹² is gekoppeld aan die van de (onzakelijke) lening.¹³ Wel wordt de borgstellingsanalogie niet consequent toegepast als het gaat om schuldig gebleven rente indien 'zo goed als zeker is dat de rente nooit zal worden betaald'.

Zoals blijkt uit het voorgaande moet ik vaststellen dat de achterliggende redenen voor het uiteindelijke oordeel van de Hoge Raad mij uit de gegeven rechtsoverwegingen niet duidelijk worden. Er blijkt ruis op de lijn te zitten, om de terminologie van Pieterse te hanteren.¹⁴ Dit is een situatie waarin het uiteindelijk aan de Hoge Raad is om duidelijkheid te verschaffen.

⁸ Zie ook de conclusie van de redactie in *V-N* 2013/14.13.

⁹ Zie ook A-G Wattel in zijn conclusie bij het arrest, onderdeel 1.9: 'Dit kan anders zijn indien de oninbaarheid reeds vóór de (geïmputeerde) rentevervaldatum ingetreden zou zijn als gevolg van andere oorzaken dan het onzakelijke handelen, maar zulks is niet gebleken.'

¹⁰ Dat brengt overigens wel de vraag met zich mee naar de verhouding met de bodemlozeputlening van *BNB* 1988/217.

¹¹ Zie voor een aantal van de vragen die het arrest oproept Van Horzen in zijn commentaar in *NTFR* 2013/638 en de aantekening in *V-N* 2013/14.13.

¹² Zie bijvoorbeeld recent in HR 1 maart 2013, *NTFR* 2013/586 met commentaar van Egelie.

¹³ Zie voor deze relatie ook O.C.R. Marres, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/142.

¹⁴ Pieterse, t.a.p.