

# DE OVERDRACHT EN OMZETTING VAN AFGewaardeerde VORDERINGEN IN DE DEELNEMINGSSFEER NA DE ONZAKELIJKELENINGJURISPRUDENTIE

MR. F. VAN HORZEN EN PROF. MR. J.W. BELLINGWOUT<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Dat men bij het verstrekken van leningen zakelijk moet handelen, zal voor fiscalisten niet als een verrassing komen. Zelfs in vooroorlogse niet-fiscale literatuur werd deze boodschap al uitgedragen: "Es sei nicht kaufmaufmännisch gedacht, einen grösseren Kredit zu gewähren, wenn nicht für das ausgeliehene Geld eine Sicherheit auf den ersten Blick verbürgt scheint; anders zu handeln, sei leichtsinnig, unverantwortlich (...)."<sup>2</sup> De roman waarin deze passage is opgenomen, verscheen in 1933, hetzelfde jaar waarin het Duitse Reichsfinanzhof oordeelde dat bij de fiscale beoordeling van handelingen van een moedervennootschap ten opzichte van haar dochtervennootschap de vraag dient te worden gesteld of de moeder "für eine fremde Gesellschaft" hetzelfde zou hebben gedaan.<sup>3</sup> Kort daarna volgde een beslissing van het Reichsfinanzhof waarin in embryonale vorm de bodemlozeputjurisprudentie en de onzakelijkeleningjurisprudentie kan worden herkend. Bij de vraag of een moedervennootschap een vordering op haar dochtervennootschap ten laste van de winst af kon waarderen, oordeelde het Reichsfinanzhof namelijk dat betekenis toekwam aan de vraag of de vordering ten tij-

de van het vertrekken van de lening "einbringlich", verhaalbaar was.<sup>4</sup> Met andere woorden, de solvabiliteit van de dochter ten tijde van de geldverstrekking was relevant.<sup>5</sup>

Dit neemt niet weg dat de Hoge Raad met de arresten van 25 november 2011<sup>6</sup> zelf geschiedenis heeft geschreven door een nieuw hybride financieringsinstrument te creëren, namelijk vreemd vermogen waarvan het risico-element zich in de kapitaalsfeer bevindt. De kapitaalsfeer komt ook naar voren wanneer de Hoge Raad de gevolgen van vervolghandelingen met een als onzakelijk aangemerkte vordering beschrijft. De jurisprudentie is niet alleen van groot belang voor belastingplichtigen, hun adviseurs en de Belastingdienst. Ook de wetgever dient zich ons inziens de vraag te stellen of er aanleiding bestaat de artikelen 13b en 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te handhaven. In dat verband gaan wij ook in op de vraag of de onzakelijkeleningjurisprudentie invloed heeft op de bestaande jurisprudentie over de gevolgen bij de debiteur van het omzetten van onvolwaardige vorderingen in kapitaal. Geldt bijvoorbeeld het arrest HR 25 juni 1969, nr. 16 104, BNB 1969/202 nog steeds onverkort, of moet dat arrest worden genuanceerd wanneer de crediteur geacht kan worden niet uitsluitend als aandeelhouder te handelen?

1 De auteurs zijn verbonden aan KPMG Meijburg & Co te Amsterdam. J.W. Bellingwout is tevens verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

2 H. Keilson, *Das Leben geht weiter, opgenomen in H. Keilson, Sämtliche Romane und Erzählungen, Fischer Taschenbuch Verlag Frankfurt am Main 2009, p. 95. Hans Keilson vluchtte in de jaren dertig van de vorige eeuw uit Duitsland naar Nederland. Hij overleed in 2011 in Bussum op 101-jarige leeftijd.*

3 Reichsfinanzhof 31 oktober 1933, nr. I A 391/31, *Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs, Band 34, nr. 58, p. 234.*

4 Reichsfinanzhof 3 juli 1934, nr. I A 129/33, *Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs, Band 36, nr. 48, p. 251.*

5 Zie ook HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79.

6 HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37; HR 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78; HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38, en HR 25 november 2011, nr. 10/05394, BNB 2012/39.

## 2 De voorvader van de onzakelijke lening in de deelnemingsfeer

Wanneer een moedervennootschap een onzakelijke lening aan haar dochtervennootschap verstrekt, kan een afwaarderingsverlies op de vordering pas bij liquidatie van de dochter ten laste van de winst worden gebracht. Het afwaarderingsverlies speelt zich derhalve af in de deelnemingsfeer, terwijl de vergoeding op de vordering normaal wordt belast.

Het is interessant dat deze gedachte vijftientig jaar geleden deel uitmaakte van een initiatiefwetsvoorstel tot aanpassing van de deelnemingsvrijstelling. Wij doelen op het door het lid van de Tweede Kamer Willem Vermeend in september 1986 ingediende initiatiefwetsvoorstel "tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van mogelijkheden tot on-eigenlijk gebruik (reparatiewetgeving)."<sup>7</sup> Voorgesteld werd om de deelnemingsvrijstelling ook toe te passen op waardeveranderingen uit hoofde van vorderingen, indien en voor zover deze vorderingen – direct of indirect – strekten tot duurzame financiering van het lichaam waarin de schuldeiser een deelneming bezat. De waarde-mutaties van duurzame financieringsvorderingen zouden onder de deelnemingsvrijstelling worden gebracht. Eventuele waardedalingen van dergelijke vorderingen zouden niet aftrekbaar zijn en pas tot aftrek kunnen leiden bij liquidatie van de deelneming.<sup>8</sup> Valutareresultaten op duurzame financiering zouden ook onder de deelnemingsvrijstelling worden gebracht.<sup>9</sup> De rente op de vorderingen bleef buiten de deelnemingsfeer en zou normaal worden belast.<sup>10</sup> Het initiatiefvoorstel borduurde voort op een rapportage van een ambtelijke werkgroep.<sup>11</sup> Deze werkgroep had voorgesteld om alle vorderingen op concernmaatschappijen, met uitzondering van leverancierskrediet, onder de deelnemingsvrijstelling te brengen.<sup>12</sup> Volgens Vermeend was door het feit dat onder de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, in tegenstelling tot onder het regime van het Besluit VPB 1942 waardeveranderingen van deelnemingen onder de deelnemingsvrijstel-

ling waren gebracht, een incentive ontstaan om dochters met geldleningen in plaats van met aandelenkapitaal te financieren. De vorderingen konden ten laste van de winst worden afgewaardeerd en de afwaardering kon definitief worden gemaakt door de afgewaardeerde vordering vervolgens om te zetten in aandelenkapitaal.<sup>13</sup> Hij was van mening dat de fiscus zonder ingrijpen van de wetgever de afwaardering van vorderingen niet kon bestrijden met als stelling dat sprake was van een duurzame financieringsvordering. Het kunnen afwaarderen van duurzame financieringsvorderingen vloeide volgens Vermeend voort uit het wettelijke systeem.<sup>14</sup>

*"In het licht van de  
arresten van 25 november  
2011, blijkt Vermeend  
echter op het juiste spoor  
te hebben gezeten"*

Bij het antwoord op de vraag of sprake was van duurzame financiering als bedoeld in het wetsvoorstel speelde de omvang van de actuele en de toekomstige winstcapaciteit van de dochter een doorslaggevende rol. Slechts die winstverwachting kon de garantie bieden dat daaruit zowel de verschuldigde rente als de te verrichten aflossingen binnen de overeengekomen termijnen ook werkelijk zouden kunnen worden opgebracht. Indien reeds bij het verstrekken van de lening objectief te verwachten viel dat deze winstcapaciteit van de dochter ontoereikend moest worden geacht om daaruit de overeengekomen rente met-terdaad aan haar moeder te voldoen, was dat een sterke aanwijzing dat het verstrekte vermogen in feite de functie van aandelenkapitaal vervulde en mitsdien tot duurzame financiering van de dochter strekte. Bij zogenoemde verliesfinanciering was volgens Vermeend ook sprake van duurzame financiering.<sup>15</sup> Ook de omzetting van een kortlopende vordering in een langlopende vordering, leverde een indicatie op voor het aanwezig zijn van een duurzame financiering. Daarnaast kon een objectief aanwijsbare verandering in de voordien verwachte winstontwikkeling van de dochter, aan de vordering van een moeder op haar dochter onder omstandigheden het predicaat van duurzame financiering verlenen of ontnemen. Normaal leveran-

7 Kamerstukken II 1986/87, 19 729.

8 Art. 13 lid 6 derde volzin van het voorstel: "Het verlies op vorderingen wordt gesteld op het bedrag waarmede het voor de verkrijging van deze vorderingen opgeofferde bedrag het totaal van de door de belastingplichtige op die vorderingen ontvangen aflossingen overtreft." In het voorstel werd de regeling van het liquidatieverlies beperkt tot deelnemingen in deelnemingen die in Nederland waren gevestigd.

9 Kamerstukken II 1987/88, 19 729, nr. 10, p. 11.

10 Kamerstukken II 1986/87, 19 729, nr. 3, p. 5 en 6.

11 De beleidsgroep vennootschapsbelasting, bestaande uit hoofdamttenaren van een aantal inspecties vennootschapsbelasting en van het Ministerie van Financiën. Kamerstukken II 1986/87, nr. 3, p. 1.

12 Kamerstukken II 1986/87, nr. 3, p. 4.

13 Kamerstukken II 1986/87, 19 729, nr. 3, p. 3 en 4.

14 Kamerstukken II 1987/88, 19 729, nr. 10, p. 9.

15 Ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel was het bodemlozeputarrest HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 nog niet gewezen.

cierskrediet zou niet als duurzame financiering kunnen worden aangemerkt, tenzij bijvoorbeeld leveranties zouden worden voortgezet, niettegenstaande de objectieve verwachting dat de daarmee verband houdende rentebetalingen en/of de (gedeeltelijke) aflossingen niet meer uit de te behalen winst van de dochter zouden kunnen worden voldaan.<sup>16</sup> De actuele en toekomstige winstcapaciteit van de dochter was volgens Vermeend de determinerende factor ter beantwoording van de vraag of in een concreet geval de door een moeder aan haar dochter verstrekte geldlening objectief gesproken het karakter had van een duurzame financieringsvordering.<sup>17</sup> De tekst van het voorstel bestreek niet de situatie waarbij sprake was van duurzame financiering tussen zustervennootschappen. Volgens Vermeend zou in een dergelijke situatie het standpunt worden ingenomen dat de afwaardering als een uitdeling moest worden aangemerkt, omdat de geldlening door toedoen van de gezamenlijke moeder in haar kwaliteit van aandeelhouster tot stand was gekomen.<sup>18</sup> Het initiatiefwetsvoorstel is op 1 november 1989 ingetrokken.<sup>19</sup> Vermeend schaarde zich achter het door de staatssecretaris in mei 1987 ingediende wetsvoorstel tot herziening van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, dat uiteindelijk heeft geleid tot de wet van 25 april 1990.<sup>20</sup> Het initiatiefwetsvoorstel zette, net als de arresten van 25 november 2011, een streep door de aftrekbaarheid van de afwaardering en de voorgestelde tekst voorzag, net als de arresten, in een continue toets van de vordering. Het transformeren van een niet-aftrekbare afwaardering in een verhoging van het opgeofferde bedrag was ook begrepen in het wetsvoorstel. In het licht van de door Vermeend gegeven toelichtingen, zouden ons inziens niet alleen bodemlozeputvorderingen als duurzame financieringsvorderingen kunnen worden aangemerkt, maar ook de leningen die op grond van de arresten van 25 november 2011 als onzakelijke leningen worden aangemerkt. Met wat goede wil kan het initiatiefwetsvoorstel worden gezien als codificatie van de nog te verschijnen (maar destijds niet verwachte) jurisprudentie.<sup>21</sup> Het initiatiefvoorstel inzake duurzame financiering kreeg veel kritiek, niet alleen in de Tweede Kamer,<sup>22</sup> maar ook in de fiscale literatuur.<sup>23</sup> In het licht van de arresten van 25 november 2011, blijkt Vermeend ech-

ter op het juiste spoor te hebben gezeten. Zijn enige misvatting was dat de fiscale rechter geen mogelijkheid had om een streep door een afwaardering te zetten. Maar hij was zeker niet de enige die zich niet kon voorstellen dat de rechter de route in zou slaan die uiteindelijk heeft geleid tot de onzakelijkeleningjurisprudentie. Indien het voorstel destijds zou zijn omarmd, zou de wetgever zich bijzonder veel moeite hebben bespaard, moeite die is gestoken in de regelingen van de artikelen 13b en 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 alsmede in het korte tijd gegolden hebbende artikel 12 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Tevens zou belastingplichtigen een aantal wetswijzigingen zijn bespaard inzake de problematiek van afgewaardeerde vorderingen.

### 3 Zijn er redenen om art. 13b en 13ba Wet VPB 1969 te handhaven?

#### 3.1 Overdracht/overbrenging van afgewaardeerde vorderingen

##### 3.1.1 Algemeen

Het door de staatssecretaris in mei 1987 ingediende wetsvoorstel heeft uiteindelijk geleid tot het invoeren van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. In deze bepaling was de materie geregeld die tegenwoordig is geregeld in de artikelen 13b en 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, namelijk het onder omstandigheden terugnemen van een afwaarderingsverlies bij omzetting, overdracht of overbrenging van een afgewaardeerde vordering. Anders dan in het initiatiefwetsvoorstel, voorzag het in 1990 ingevoerde artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, en voorzien de huidige artikelen 13b en 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, pas in sancties indien er een handeling wordt verricht met een afgewaardeerde vordering. Daarbij is het tevens opvallend dat de staatssecretaris destijds naar aanleiding van het tijdens het wetgevend proces verschenen arrest HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217 opmerkte dat er in zijn beleving nog maar een beperkt aantal gevallen over zou blijven waarbij moeders vorderingen op dochters zouden kunnen afwaarderen.<sup>24</sup> Indien de staatssecretaris destijds zou hebben kunnen voorzien dat de Hoge Raad het leerstuk van de onzakelijke lening zou ontwikkelen, is het de vraag of hij de regelingen van de artikelen 13b en 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zou hebben ingevoerd. Wil men aan toepassing van artikel 13b respectievelijk artikel 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 toekomen, dan moet sprake zijn van een af te waarderen vordering. Anders gezegd, het moet gaan om een zakelijke lening, een lening waarbij het gerealiseer-

16 Kamerstukken II 1986/87, 19 729, nr. 3, p. 7 en 8.

17 Kamerstukken II 1987/87, 19 729, nr. 10, p. 11.

18 Kamerstukken II 1987/88, 19 729, nr. 10, p. 13.

19 Kamerstukken II 1989/90, 19 729, nr. 13.

20 *Stb.* 1990, 173, wetsvoorstel 19 968.

21 Een verschil tussen de onzakelijke leningjurisprudentie en het initiatiefwetsvoorstel is dat valutaverliezen niet onder het niet-aftrekbare debiteurenrisico van een onzakelijke lening vallen. Zie O.C.R. Marres, *WFR* 2012/150, onderdeel 5.3.

22 Kamerstukken II 1987/88, 19 729, nr. 12, p. 7.

23 J.A.G. van der Geld, *FED* 1986/1265, met name p. 4478 t/m 4488.

24 Kamerstukken II 1989/90, 19 968, nr. 13, p. 8.

de debiteurenrisico zich ook bij een onafhankelijke derde zou hebben gemanifesteerd. Enerzijds is het de vraag of in deelnemingsverhoudingen vaak van een zakelijke lening sprake zal kunnen zijn of kunnen blijven. Anderzijds is het de vraag of er bij aanwezigheid van een zakelijke lening, wel een rechtvaardiging bestaat tot terugname van het afwaarderingsverlies indien zich een situatie voordoet als bedoeld in artikel 13b of 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

De artikelen 13b en 13ba zijn gebaseerd op de gedachte dat mismatches kunnen ontstaan doordat waardeveranderingen van vorderingen zich in de belaste winstsfeer afspeelen, terwijl waardeveranderingen van deelnemingen zijn vrijgesteld. Door de staatssecretaris is dit destijds aangegeven als het "eten van twee walletjes ten nadele van de fiscus."<sup>25</sup> In de meest simplistische vorm deed zich dat voor door een vordering op een deelneming af te waarderen naar nihil en vervolgens, op het moment dat de vordering nog steeds een waarde van nihil had, om te zetten in aandelenkapitaal in de dochter. Dat had geen gevolg voor het genomen afwaarderingsverlies, dat werd niet teruggenomen (HR 26 april 1978, nr. 18 402, *BNB* 1978/140) en bij de debiteur verliep de omzetting eveneens fiscaal neutraal (HR 25 juni 1969, nr. 16 104, *BNB* 1969/202). In zijn oorspronkelijke vorm bepaalde artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dat bij een omzetting in aandelenkapitaal van een afgewaardeerde vordering op een lichaam waarin de crediteur of een met hem verbonden lichaam een deelneming had, het afwaarderingsverlies moest worden teruggenomen. Artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 werd geïmplementeerd met een aantal rechtshandelingen die ook tot terugname van het afwaarderingsverlies zouden leiden, namelijk de overdracht van een afgewaardeerde vordering aan een verbonden lichaam, het overbrengen van de afgewaardeerde vordering aan een buitenlandse vaste inrichting, het *leeghalen* van de debiteur (vergelijk het huidige art. 13b lid 1 t/m 3) alsmede het prijsgeven van de vordering. Deze complementaire maatregelen waren bedoeld om te voorkomen dat via een andere wijze dan omzetting een latere opwaardering buiten de Nederlandse heffing werd gehouden dan wel dat latere opwaardering illusoir werd.<sup>26</sup>

.....

***"De onzakelijkelening-jurisprudentie leert dat ingrijpen wetgever niet nodig is geweest"***

.....

<sup>25</sup> Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 15.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 1989/90, 19 968, nr. 13, p. 9.

Bij het prijsgeven van de vordering vond terugname van het afwaarderingsverlies niet plaats voor zover die kwijtschelding tot belastbare winst bij de debiteur leidde. Artikel 13b gold niet indien de crediteur die de vordering omzette in aandelenkapitaal of een met de crediteur verbonden lichaam ten tijde van de omzetting van de vordering nog geen deelneming in de debiteur had. De wetgever bleek naderhand in dit soort situaties ook het afwaarderingsverlies terug te willen nemen.<sup>27</sup> In plaats van het dienovereenkomstig aanpassen van de bestaande regeling van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, koos de wetgever er voor om de sanctie bij omzetting/kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen te verplaatsen van de crediteur naar de debiteur. Omzetting van vorderingen in kapitaal of het anderszins gaan functioneren van schulden als eigen vermogen leidde in de periode 2001-2005 tot winstneming bij de debiteur voor zover de boekwaarde van de schuld hoger was dan de waarde in het economische verkeer van de met de schuld corresponderende vordering.<sup>28</sup> Na forse kritiek op deze bepaling<sup>29</sup> is deze in 2005 geschrapt en vervangen door artikel 13ba, op grond waarvan de poging tot claimbehoud bij omzetting/afstand van een afgewaardeerde vordering terugkeerde naar de crediteur, via hetzij terugname van het afwaarderingsverlies ineens, dan wel gefaseerd via de opwaarderingsreserve.<sup>30</sup> Met name bij lezing van artikel 13ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 gaan onze gedachten terug naar de opmerking van staatssecretaris Koning in 1989 ten aanzien van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, namelijk dat hij belang hechtte aan een eenvoudige en uitvoerbare regeling.<sup>31</sup> De bestaande wettelijke regeling kan kort als volgt worden samengevat. De aanwezigheid of de bereikbaarheid van de deelnemingsfeer bij de belastingplichtige schuldeiser of met hem verbonden lichamen beperken op grond van de wettelijke bepalingen de uiteindelijke aftrekbaarheid van verliezen op vorderingen. Uit de onzakelijkelening-jurisprudentie blijkt dat geabstraheerd moet worden van het feit dat de houder van de vordering tevens aandeelhouder is van de schuldenaar. In 1988 zei de wetgever ook met zoveel woorden dat een crediteur in concernverhoudingen niet slechter moest worden behandeld dan een niet-gelieerde crediteur.<sup>32</sup> De wetgever vond echter dat in concernverhoudingen de claim op het afwaarderingsverlies moest worden behouden.<sup>33</sup> Hij zag destijds geen andere mogelijkheden tot claimbehoud dan door

<sup>27</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 209, nr. 3, p. 15.

<sup>28</sup> Art. 12 Wet VPB 1969, ingevoerd krachtens de Wet ondernemingspakket 2001, Stb. 2000, 567.

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld J.W. Zwemmer, 'Herstel foute kapitaalbelastingwet', *Het Financieele Dagblad* 17 mei 2005.

<sup>30</sup> Wet van 1 december 2005, Stb. 2005, 613.

<sup>31</sup> Kamerstukken II 1989/90, 19 968, nr. 13, p. 8.

<sup>32</sup> Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 15.

<sup>33</sup> Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 15.

het creëren van wettelijke maatregelen die in de loop der tijd ook nog ingrijpend zijn aangepast. Ons inziens kan echter op basis van de onzakelijkeleningjurisprudentie worden beargumenteerd dat het ingrijpen door de wetgever niet nodig is geweest.

### 3.1.2 Overdracht afgewaardeerde vordering (art. 13b lid 1 en 2 onderdeel a Wet VPB 1969)

Veronderstel dat we een situatie hebben waarbij een moeder een verlies op een vordering op haar dochter lijdt en dat zou kunnen worden beargumenteerd dat de vordering zakelijk is. Een onafhankelijke derde zou eenzelfde debiteurenrisico hebben gelopen. Het door de moeder geleden verlies is dan aftrekbaar. Indien de moeder vervolgens de afgewaardeerde vordering over zou dragen aan een met haar verbonden partij, moet de vraag worden beantwoord of de prijs waartegen de vordering wordt overgedragen at arm's length is. Bij de beantwoording van die vraag is relevant of een onafhankelijke derde ook bereid zou zijn geweest de vordering aan een andere onafhankelijke derde over te dragen en tegen welke prijs. Indien er geen markt voor dergelijke vorderingen blijkt te zijn, kan de overdracht als een onzakelijke handeling worden aangemerkt. Ons inziens kan dan worden verondersteld dat een onafhankelijke derde de vordering alleen zou hebben willen overdragen indien het door hem geleden debiteurenrisico volledig zou worden vergoed. Wordt dat risico niet volledig vergoed, dan kan ons inziens worden aangenomen dat de aanvankelijk zakelijke lening alsnog in een onzakelijke lening transformeert vanwege het onzakelijk handelen van de crediteur. Ons inziens kwalificeert een onzakelijke overdracht door de crediteur ook als een onzakelijke handeling van een crediteur als bedoeld door de Hoge Raad als gevolg waarvan een zakelijke lening onzakelijk kan worden.<sup>34</sup> Anders dan bij het ontstaan van de lening, waar de solvabiliteit van de debiteur respectievelijk de derdenrente de grens markeert tussen een zakelijke en een onzakelijke lening, kunnen ons inziens ook andere aspecten dan de solvabiliteit van de debiteur of de rente een lening onzakelijk maken. Het onzakelijk handelen van de crediteur waar de Hoge Raad aan refereert, dient ons inziens ruim te worden uitgelegd. De vraag is dan welke gevolgen dat heeft indien er reeds een zakelijk debiteurenrisico op de lening is geleden en fiscaal in aanmerking is genomen. In de ideale at-arm's-lengthwereld waar overdracht alleen zou geschieden tegen vergoeding van het geleden debiteurenrisico zou een op nominale waarde te waarden vordering ontstaan. Daarmee wordt het reeds genomen afwaarderingsverlies teruggenomen. Vervolgens kan op het geherwaardeerde bedrag van de vordering bij overdracht tegen een lagere waarde geen aftrekbare afwaardering worden gepleegd op basis van de onzakelijkeleningjurisprudentie omdat de lening onzakelijk is geworden. Die benadering heeft dan

tot gevolg dat bij overdracht tussen verbonden lichamen ook zonder toepassing van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het afwaarderingsverlies wordt teruggenomen omdat de at-arm's-lengthprijs gelijk zou moeten zijn aan het nominale bedrag van de vordering, inclusief aangegroeide rente.

Stel dat er wel een markt voor de betreffende afgewaardeerde vordering is en er een zakelijke prijs kan worden gevonden waartegen de overdracht zou plaatsvinden door een van de debiteur onafhankelijke derde aan een andere van de debiteur onafhankelijke derde. Indien die zakelijke prijs minder bedraagt dan het nominale bedrag van de vordering, dan zou zonder toepassing van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het afwaarderingsverlies in stand blijven. Ons inziens is dat terecht, omdat het uiteindelijke verlies dat door de betreffende crediteur op de vordering is geleden dan nog steeds een zakelijk verlies is. Er is geen sprake van een onzakelijk handelen door de crediteur als gevolg waarvan de zakelijke lening alsnog in een onzakelijke lening transformeert. Door in een dergelijke situatie toch de sanctie van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 toe te passen, krijgt de schatkist meer dan een *fair share*. In beginsel blijft er een claim bestaan op de vordering. Sinds de inwerkingtreding van de Wet werken aan winst vindt er ook afrekening ex artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 plaats indien de nieuwe verbonden crediteur Nederlands belastingplichtige is.<sup>35</sup> Dat is uiteraard niet zo indien de nieuwe crediteur zich buiten de Nederlandse heffings sfeer bevindt, maar dat is ons inziens onvoldoende reden om artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te handhaven. De mogelijkheid tot claimverlies is inherent aan het Nederlandse systeem van de heffing van vennootschapsbelasting. Mede in het licht van de onzakelijkeleningjurisprudentie en het arm's-lengthbeginsel is er ons inziens onvoldoende reden om bij een zakelijke overdracht van een zakelijke vordering in concernverband toch het afwaarderingsverlies ongeclausuleerd terug te nemen. Er zijn genoeg voorbeelden binnen de binnenlandse sfeer waarbij een geleden afwaarderingsverlies niet wordt teruggenomen. Stel dat een onafhankelijke derde een afwaarderingsverlies heeft geleden op een vordering en dat naderhand de derde naast de vordering ook een aandelenbelang van meer dan 5% verkrijgt in de debiteur. Dat vormt geen aanleiding om het afwaarderingsverlies op de vordering terug te nemen.

Stel dat een onafhankelijke derde een afwaarderingsverlies heeft geleden op een vordering en dat naderhand deze derde de vordering overdraagt aan een niet verbonden lichaam dat een aandelenbelang van meer dan

<sup>34</sup> BNB 2012/37, overweging 3.3.5.

<sup>35</sup> Voorheen was doorschuiving in de binnenlandse sfeer geregeld in art. 13b, derde lid, juncto het besluit van 22 november 1999, nr. DB1999/1955M.

