

**2008/00322**  
**Hof Den Bosch**

**Wet IB 2001 3.92**

**Geen ongebruikelijke terbeschikkingstelling met betrekking tot lening**

*Toelichting staatssecretaris van 25 juni 2009 nr. DGB 2009-2929 op intrekking cassatieberoep lopende procedure Hoge Raad nr. 2009/01878 n.a.v. uitspraak Hof Den Bosch van 3 april 2009, nr. 2008/00322, jaar 2002*

A is aandeelhouder van Beheer bv. In het kader van een bedrijfsopvolging zijn de aandelen van de dochtervennootschappen van Beheer bv verkocht aan Holding bv. Enig aandeelhouder van Holding bv is X bv waarvan de twee zonen van A, ieder voor de helft, aandeelhouder zijn. De aandelen in X bv zijn gecertificeerd door een stichting. A is bestuurder van zowel de stichting als van X bv. Hij heeft de meerderheid van stemmen in het stichtingsbestuur. De koopsom is (uiteindelijk) voldaan via een lening van A aan Holding bv, tegen een rente van 6%, zonder aflossingsschema en zonder zekerheidsstelling.

Volgens de inspecteur is met betrekking tot de lening sprake van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling (art. 3.92, lid 3, Wet IB 2001). Dit gelet op de inhoud van de leningsvoorwaarden alsmede op het late tijdstip van vastlegging daarvan.

In geschil is of met betrekking tot deze lening sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

*Rechtbank*

De in geschil zijnde vraag wordt ontkennend beantwoord. Van belang is dat de lening in het kader van de bedrijfsopvolging is aangegaan en dat A steeds heeft kunnen beslissen of en in welke mate de lening afgelost zou worden, aangezien hij bestuurder was van de stichting en van X bv.

Het ontbreken van een aflossingsschema en het afzien van zekerheidsstelling brengen niet met zich mee dat sprake is van een ongebruikelijke lening. Dat een bank een lening onder dergelijke voorwaarden niet was aangegaan, doet hieraan niet af omdat een bank niet tevens de volledige zeggenschap heeft in de schuldenaar.

*Hof*

Het hof is het eens met de rechtbank. Er is pas sprake van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling indien de met die lening gecreëerde verhouding tussen derden niet normaal is, de daarbij over en weer gestelde voorwaarden onzakelijk zijn en een dergelijke lening tussen gelieerde partijen ongebruikelijk is.

Alle omstandigheden in aanmerking nemend, oordeelt het hof hier dat de aangegane leenverhouding normaal en zakelijk is en tevens tussen gelieerde partijen niet ongebruikelijk.

*De staatssecretaris deelt mee het ingestelde cassatieberoep te hebben ingetrokken. Ter toelichting merkt hij het volgende op.*

In casu acht ik de financiering door de vader tegen een iets lagere rente dan de ING Bank wenste (6 % i.p.v. 6,25 %), het (aanvankelijk) ontbreken van een actuele aflossingsverplichting en het ontbreken van zekerheden, waartegenover de vader zeggenschap behield gedurende de periode dat de lening nog niet was afgelost, binnen familieverhoudingen, niet ongebruikelijk. Beoordeeld dient namelijk te worden of gegeven de familieverhoudingen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

In familieverhoudingen wordt vaker tegen vergelijkbare voorwaarden tegen schuldig erkenning een onderneming overgedragen. De vergelijking met de situatie zoals die tussen de overnameholding en een bank zou zijn overgekomen is gelet op de wetsgeschiedenis (MvT, Kamerstukken II 1998/1999 27 466, nr. 3, blz. 50

en 51) derhalve niet het juiste toetsingskader. Ook in de in de rapportage 'Bedrijfsoverdracht, continuïteit door fiscaliteit' (bijlage bij de brief Staatssecretaris van Financiën van 12 juli 2004, nr. WDB2004/420M, V-N 2004/37.7, Kamerstukken II 2003/04, 28 607, nr. 66.) heb ik aan deze wetgeschiedenis gerefereerd.

Nu de lening binnen 4 jaar geheel is afgelost, wijst een en ander er ook op dat partijen wel van een reële aflossingsverplichting uitgingen. Het ontbreken van zekerheden is mijns inziens in een geval als dit dan onvoldoende om tot een ongebruikelijke terbeschikkingstelling te concluderen, te meer nu de vader via zijn zeggenschapsrechten zelf een beslissende invloed behield op het zonedig op een later moment regelen van de gewenste zekerheden.

Het hof heeft dan ook terecht geoordeeld dat geen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.