

Kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen VPB
11.2020.15 Converteerbare lening 10-1-d resp 10-1-j van toepassing?

Aan: 5.1.2e
Van: Kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen VPB
Betreft: Kwalificatie hybride lening en renteopslag
Datum: 9 februari 2021

1. Vragen:

1. Is er bij de door E NV aangegane converteerbare "hybride lening" fiscaal sprake van het verstrekken van kapitaal of is sprake van een schuld?
2. Kan de rente-opslag die wordt betaald voor het conversierecht van de vennootschap ten laste van het resultaat worden gebracht?

2. Antwoorden:

1. Er is sprake van een schuld. Civielrechtelijk is geen sprake van het verstrekken van (aandelen)kapitaal. Fiscale herkwalficatie is in casu niet mogelijk (HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:874).
2. Nee. Door de conversiemogelijkheid is er sprake van mogelijk toekomstig aandeelhouderschap van de geldgever. Alle transacties tussen deze mogelijk toekomstig aandeelhouder en de vennootschap moeten op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer worden afgewikkeld (Zie HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5898). De opslag die wordt betaald geldt als een betaling aan een mogelijk toekomstig aandeelhouder als zodanig en kan daarom niet ten laste van het resultaat worden gebracht.

3. Toelichting/feiten:

E NV heeft geld nodig voor een grote investering en wil hiertoe 67 Awr miljoen lenen. Omwille van de rating is het noodzakelijk dat de geldverstrekking voor tenminste 67 Awr als eigen vermogen telt. E NV noemt de geldverstrekking een "hybride lening".

Vanwege de wensen van belastingplichtige omtrent de rating van de geldverstrekking, is een flexibel element opgenomen in de voorwaarden van de geldverstrekking. De flexibiliteit bestaat uit de mogelijkheid tot conversie.

67 Awr

E NV moet uiterlijk op 67 Awr de hybride lening in zijn geheel terugbetalen aan de schuldeisers (aandeelhouders). Er is geen mogelijkheid voor E NV om de terugbetalingstermijn te verlengen. Slechts onder bepaalde omstandigheden (als een van de creditratings onder het beleidsniveau A/A2 daalt) – die zijn vastgesteld o.b.v. objectieve criteria – bestaat de mogelijkheid voor E NV om de hybride lening te converteren in aandelenkapitaal. 67 Awr

67 Awr

Omtrent de rente is het volgende afgesproken. 67 Awr

67 Awr

67 Awr De rentevergoeding bestaat uit een basisrente 67 Awr verhoogd met een aantal opslagen. Een van deze opslagen betreft de opslag voor het conversierecht. Deze opslag is 67 Awr%. De basisrente wordt om de tien jaar herzien. In 67 Awr en 67 Awr worden ook de opslagen verhoogd. De percentages hiervoor zijn bekend. E NV heeft het recht om de

rentebetalingen op te schorten. Over deze niet betaalde rente is rente verschuldigd. Eerder niet betaalde rente moet worden betaald wanneer E NV een niet verplichte dividendbetaling doet of een niet verplichte betaling aan de geldverstrekkers van een achtergestelde of gelijk gerangschikte geldverstrekking.

67 Awr

4. Beschouwing:

Is er bij de door E NV aangegane converteerbare hybride lening fiscaal sprake van het verstrekken van kapitaal of is sprake van een schuld?

In zijn arrest van 15 mei 2020 heeft de Hoge Raad (wederom) bepaald dat voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet al dan niet als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel de civielrechtelijke vorm van die geldverstrekking beslissend is.¹ Over de beoordeling van de civielrechtelijke vorm overweegt de Hoge Raad het volgende:

"2.3.3 Indien de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven niet als verstrekking van aandelenkapitaal is aan te merken, heeft voor de fiscale kwalificatie van die geldverstrekking als uitgangspunt te gelden dat bepalend is of er een verplichting tot terugbetaling bestaat. Dit dient te worden beoordeeld volgens de voor de geldverstrekking gekozen civielrechtelijke vorm. Degene aan wie het geld is verstrekt, heeft dan volgens de gekozen civielrechtelijke vorm een schuld aan de geldgever, waardoor de geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet als regel niet als het verstrekken van kapitaal is aan te merken. Dat geldt ook indien die terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en de terugbetaling onzeker is. Hetzelfde geldt indien de overeenkomst van geldverstrekking inhoudt dat de geldverstrekker bij het geldend maken van zijn rechten in geval van faillissement of ontbinding en vereffening van het vermogen van de geldnemer gelijk in rang deelt met de houders van preferente aandelen in de geldnemer."

In casu is duidelijk dat er civielrechtelijk geen sprake is van het verstrekken van (aandelen)kapitaal.

Volgens de Hoge Raad is dan in beginsel beslissend of er - beoordeeld naar de civielrechtelijke vorm - een terugbetalingsverplichting bestaat. Dat is hier het geval: uiterlijk 30 november 2080 moet worden terugbetaald, zonder mogelijkheid tot verlenging van de termijn. De mogelijkheid tot conversie doet aan de terugbetalingsverplichting niet af. Slechts onder bepaalde omstandigheden - die zijn vastgesteld o.b.v. objectieve criteria - bestaat de mogelijkheid voor E NV om de lening te converteren in aandelenkapitaal. Civielrechtelijk is daarmee sprake van een schuld.

Hoewel civielrechtelijk sprake is van een schuld, kan deze fiscaal alsnog geherkwalificeerd worden als kapitaal als sprake is van één van de drie bekende uitzonderingen:

- Schijnlening
- Deelnemerschapslening
- Bodemlozeputlening

De aangeleverde feiten bieden geen aanknopingspunten voor de stelling dat sprake zou zijn van een schijnlening of bodemlozeputlening. Om te kunnen spreken van een deelnemerschapslening moet aan drie cumulatieve voorwaarden worden voldaan:

- De geldlening is aangegaan voor onbepaalde tijd of voor meer dan 50 jaar en is daardoor slechts opeisbaar bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie; én
- De geldlening is achtergesteld bij de concurrente schuldeisers; én
- De vergoeding is afhankelijk van de winst van de debiteur.

Aan de eerste twee voorwaarden is voldaan. De lening heeft een looptijd van 75 jaar en is achtergesteld ten opzichte van andere schuldeisers. De vraag is dus of de rentevergoeding op de lening winstafhankelijk is om te kunnen spreken van een deelnemerschapslening.

¹ ECLI:NL:HR:2020:874

In casu is sprake van een vast rentepercentage, welke bestaat uit een basisrente en een aantal opslagen. Het percentage noch de opslag is afhankelijk van de winst van E NV. E NV heeft het recht om rentebetalingen op te schorten. De verplichting tot betaling van de rente blijft echter bestaan. Dit betekent dat de rente niet winstafhankelijk is. Zie hierover het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 1999.²

Gesteld zou kunnen worden dat de beloning van de geldverstrekker materieel beschouwd, dus (ook) economisch beschouwd, wel verband houdt met de winst. Bij onvoldoende winst is de waarde van de beloning van de geldverstrekker immers minder en mogelijk zelfs nihil. In zijn arrest van 15 mei 2020 heeft de Hoge Raad over de een dergelijke materiële beoordeling van (onder andere) de winstafhankelijkheid van de vergoeding nog het volgende gezegd:

"Ook voor de winstafhankelijkheid van de vergoeding en de looptijd van de schuld komt het daarom erop aan wat daaromtrent is overeengekomen. De opvatting dat de voorwaarden voor het bestaan van een deelnemerschapslening materieel moeten worden beoordeeld, kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Wel komt bij de beoordeling van hetgeen is overeengekomen betekenis toe aan een gezamenlijk oogmerk van partijen bij het sluiten van de overeenkomst. Bij het vaststellen van dat oogmerk kan de feitelijke situatie op dat moment een rol spelen."

Volgens de Hoge Raad is dus beslissend voor de winstafhankelijkheid wat partijen over winstafhankelijkheid zijn overeengekomen, krachtens het gezamenlijke oogmerk bij het sluiten van de overeenkomst. De casus biedt geen aanknopingspunten om te veronderstellen dat de jaarlijkse vaste vergoeding vermeld in de contractuele bepalingen afwijkt van wat partijen zijn overeengekomen krachtens hun gezamenlijke oogmerk bij het sluiten van de overeenkomst.

Gelet op vorenstaande is in casu geen sprake van een winstafhankelijke vergoeding. Dit betekent dat geen sprake is van een deelnemerschapslening en de lening dus als schuld moet worden gekwalificeerd. Dit betekent eveneens dat de rentelasten die hiermee samenhangen ten laste van het resultaat van E NV kunnen worden gebracht. De vraag is echter of de rente-opslag die wordt betaald voor het conversierecht ten laste van het resultaat kan worden gebracht.

Kan de rente-opslag die wordt betaald voor het conversierecht van de vennootschap ten laste van het resultaat worden gebracht?

In deze zaak is, anders dan gebruikelijk, geen sprake van een conversierecht voor de geldgever, maar voor de geldnemer. Er is sprake van een zogenaamde 'reverse convertible'. Bij een convertible is de rentevergoeding over het algemeen lager dan bij een gewone lening. De beloning voor de geldgever bestaat dan uit een combinatie van een lagere rente én een conversierecht. Bij een reverse convertible, zoals in deze casus, is de rentevergoeding juist hoger. Bij de reverse convertible bestaat de vergoeding in wezen uit een vergoeding voor de geldverstrekking (de werkelijke rente) en een premie voor een geschreven putoptie: het conversierecht voor de vennootschap.

In zijn arrest van 20 mei 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AT5898) besloot de Hoge Raad over de fiscale behandeling van de convertible dat voor de vennootschap:

- a. de waarde van het conversierecht (van de geldverstrekker en dus de conversieplicht voor de geldnemer) bij toekenning verdeeld over de looptijd in beginsel ondernemingskosten vormen,
- b. de waardeontwikkeling van het conversierecht (en dus de conversieplicht voor de geldnemer) na toekenning buiten de winstsfeer ligt en dus het fiscale resultaat niet beïnvloedt.

Relevant in het kader van de onderhavige vraag is de volgende passage van de Hoge Raad:

3.4.2.

(...) De houder van een optie op aandelen in de vennootschap die het optierecht heeft verleend, staat tot die vennootschap in een rechtsbetrekking die zodanig overeenkomt met die van een aandeelhouder, dat alle transacties tussen hem en die vennootschap op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer worden afgewikkeld (HR 21 februari 2001, nrs. 35074 en 35639, BNB 2001/160 en 161). Vorenbedoelde overeenkomst gaat ook op voor de rechtsbetrekking tussen de houder van een converteerbare obligatie, en de vennootschap tegenover welke het recht om aandelen in die vennootschap te verkrijgen kan worden uitgeoefend. Daaraan staat niet in de weg dat het conversierecht niet afzonderlijk verhandelbaar is, en evenbedoelde overeenkomst gaat ook niet verloren indien de vennootschap het keuzerecht heeft om de conversie af te wikkelen in hetzij

² ECLI:NL:HR:1999:AA2655 (BNB 1999/176)

Kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen VPB
11.2020.15 Converteerbare lening 10-1-d resp 10-1-j van toepassing?

aandelen hetzij een geldbedrag dat gelijk is aan de waarde van de aandelen op het moment van uitoefening van het conversierecht. (...)

De Hoge Raad heeft dit uitgangspunt nogmaals bevestigd in zijn arrest van 12 oktober 2007, BNB 2008/6 (ECLI:NL:HR:2007:BB5353):

"3.3. (...) Zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 mei 2005, nr. 40 038, [BNB 2005/260](#), staat de houder van de converteerbare obligatie tot de vennootschap tegenover welke het conversierecht kan worden uitgeoefend, in een rechtsbetrekking die zodanig overeenkomt met die van een aandeelhouder, dat alle transacties tussen hem en die vennootschap op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer worden afgewikkeld (vgl. ook HR 21 februari 2001, nrs. 35 074 en 35 639, [BNB 2001/160](#) en [BNB 2001/161](#)) (...)."

De kennisgroep meent dat de rechtsregel uit het genoemde arrest van 20 mei 2005 ook van toepassing is op de "omgekeerde" situatie van de reverse convertible. Beslissend acht de kennisgroep dat in beide gevallen sprake is van een mogelijk toekomstig aandeelhouderschap.

Bij de convertible vergoedt de geldverstrekker – door een lagere rente dan de marktrente – de geldnemer voor een recht op toekomstige emissie tegen een storting beneden de werkelijke waarde. Bij een reverse convertible vergoedt de geldnemer – door een hogere rente dan de marktrente – de geldverstrekker voor een recht op emissie tegen een storting hoger dan werkelijke waarde.

Voor de vraag of toekenning van het recht al dan niet in de winstsfeer ligt, acht de kennisgroep niet van belang aan wiens kant het recht en het potentiële voordeel ligt.

Ook het feit dat het conversierecht slechts onder bepaalde voorwaarden mag worden uitgeoefend acht de kennisgroep niet relevant. Toekomstig aandeelhouderschap is bij converteerbare obligatieleningen doorgaans onzeker en met name verbonden aan toekomstige resultaten.

De toepasselijkheid van het arrest ECLI:NL:HR:2005:AT5898 op de reverse convertible betekent dat ook bij de reverse convertible het hybride karakter van de geldverstrekking in aanmerking moet worden genomen bij de winstbepaling en dus dat het conversierecht moet worden meegeteld bij de bepaling van de aftrekbare beloning voor de geldnemer. Bij de convertible betekent dit het in aanmerking nemen van de waarde van het conversierecht (over de looptijd) als beloning voor de geldverstrekking; bij de reverse convertible betekent dit het in aanmerking nemen van het conversierecht voor de bepaling van de aftrekbare beloning, als gevolg waarvan voor de geldnemer een aftrekbeperking geldt van de overeengekomen vergoeding, voor zover deze een betaling is voor het conversierecht

Aanvullende steun voor deze behandeling van de reverse convertible ziet de kennisgroep in de gelijke fiscale behandeling van de situatie waarin de geldverstrekking en het conversierecht van de vennootschap (de putoptie) separaat zouden zijn gecontracteerd. In die situatie zou de door de vennootschap op de geldverstrekking te betalen rente (uitgaande van zakelijk handelen) gelijk zijn aan de marktrente en zou de vennootschap voor haar conversierecht (haar putoptie) een premie betalen die niet aftrekbaar zou zijn, als betaling in de kapitaalsfeer.

De kennisgroep wijst erop dat de fiscale behandeling die de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2005:AT5898 geeft aan de convertible ook gelijk is aan de fiscale behandeling van de situatie waarin geldverstrekking en het optierecht van de geldverstrekker (de call-optie) separaat worden gecontracteerd. Ook bij die separate contracten is de aftrekbare rente de marktrente, ligt de ontvangst van de premie door de vennootschap in de kapitaalsfeer, net als de latere waardeontwikkeling van het conversierecht.

Artikel 10, eerste lid, onderdeel j Vpb is volgens de kennisgroep niet van toepassing in deze casus. Dit artikellid is uitdrukkelijk een aftrekbeperking en ziet op *rechten ter verwerving* van aandelen. In de voorliggende casus is sprake van een recht om aandelen uit te geven in plaats van een recht om deze te verwerven.

Bovendien is artikel 10, eerste lid, onderdeel j, bedoeld om aftrek uit te sluiten van niet werkelijk gemaakte kosten in de vorm van gemiste kapitaalstorting. Van dergelijke fictieve kosten is hier geen sprake.