

Aan: 5.1.2e
Van: Kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen VPB
Betreft: Kwalificering perpetuele leningen en het besluit Hybride
Geldverstrekkingen
Datum: 6 februari 2020

1. VRAAG

Kan een perpetuele geldverstrekking die valt onder aanvullend Tier 1 kapitaal¹ gekwalificeerd worden als kapitaal waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op basis van het besluit Hybride geldverstrekkingen van 29 augustus 2017 (nr. 2017-38941), als afwijkend van het besluit de geldverstrekker bij faillissement of ontbinding voorrang heeft op de aandeelhouders (geen “pari passu”) en de aansprakelijkheid van de geldverstrekker voor de schulden van de vennootschap de vorm heeft van vermindering van zijn recht op betaling bij faillissement of ontbinding (“write down”) als het eigen vermogen van de geldnemer daalt beneden een bepaalde waarde.

ANTWOORD

Nee, de deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op een perpetual zonder pari passu. De goedkeuring van het besluit ziet uitdrukkelijk op de perpetual met pari passu. Zonder pari passu is de goedkeuring van het besluit dan ook niet van toepassing en zonder de goedkeuring van het besluit geldt geen deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op andere vormen van kapitaal dan die uitdrukkelijk vermeld in de wettelijke regeling van de deelnemingsvrijstelling.

67 Awr

67 Awr

De kennisgroep schort de hiervoor benodigde beoordeling echter op in afwachting van het binnenkort te verwachten waarschijnlijk richting gevende arrest van de Hoge Raad over de kwalificatie van een perpetuele lening met schuldaansprakelijkheid.

2. TOELICHTING

a. FEITEN

X NV is de parent company van

67 Awr

67 Awr

X NV houdt onder andere bezig met

67 Awr

67 Awr

¹ Als bedoeld in artikel 52 van Capital Requirement Regulation, (EU) No 575/2013

X NV houdt 100% van de aandelen in Y B.V. X NV en Y BV zijn gevoegd in een Nederlandse fiscale eenheid. Y BV houdt op haar beurt 67 Awr van de aandelen in Z a.s., een vennootschap gevestigd in 67 Awr

Z a.s. is voornemens om Notes uit te geven welke zullen kwalificeren als een zogenaamd 'Additional Tier 1 Instrument' (hierna AT1) zoals bedoeld in de Capital Requirement Regulation (hierna CRR) (Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 Text with EEA relevance).

Het merendeel van deze Notes worden uitgegeven aan de markt, maar een deel van de Notes worden gehouden door Y BV. De 'coupon' op deze Notes is niet aftrekbaar in 67 Awr

De notes zijn zogenoemde perpetuele leningen die in ieder geval moeten worden terugbetaald in geval van liquidatie of faillissement van de uitgever. Er is derhalve een terugbetalingsverplichting. De perpetuums "ranken" pari passu met "the existing Tier-1 instruments of the Issuer" en pari passu met "other obligations that rank or are expressed to rank equally with the notes on a liquidation or insolvency of the Issuer and the right to receive repayment of capital on a liquidation or insolvency of the issuer". De perpetuums ranken hoger dan het aandelenkapitaal. "The notes will rank senior to holders of the Issuer's Common Equity Tier 1 instruments".

Daarnaast is het mogelijk dat de notes aangesproken worden (writting down) in het geval dat het kapitaal van de vennootschap tussentijds niet meer aan bepaalde eisen voldoet (trigger event).

67 Awr

67 Awr

b. BESCHOUWING

Kwalificatie geldverstrekking

Start van de kwalificatie van een geldverstrekking is het **civiele recht**. Zo luidt vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (onder meer te vinden in HR 7 februari 2014,

ECLI:NL:HR:2014:181, BNB 2014/80). In BNB 2007/104 besliste de Hoge Raad dat de terugbetalingsverplichting hét kenmerk is van een geldlening.

In casu gaat het om een eeuwigdurende lening (perpetual) met schuldaansprakelijkheid. Deze schuldaansprakelijkheid ontstaat bij faillissement waarbij de houders voorgaan op de aandeelhouders. Echter tussentijds is het ook mogelijk dat de houders van de perpetuals worden aangesproken indien het kapitaal van de vennootschap onder een bepaalde verhouding zakt.

Doordat bij hybride instrumenten het niet altijd duidelijk is wat de civielrechtelijke vorm is, heeft de Staatssecretaris in het besluit van 29 augustus 201, nr. 2017-38941 in onder deel 2 het volgende aangegeven:

"2. De perpetuele geldverstrekking met schuldaansprakelijkheid

a. Aftrekbaarheid vergoeding

Bij de zogenoemde perpetuele geldverstrekkingen (perpetuals) wordt het geld niet voor een bepaalde looptijd ter beschikking gesteld maar permanent. Wel wordt daarbij in de regel bedongen dat voor de geldverstrekker een recht op aflossing bestaat bij faillissement of ontbinding van de geldnemer. Er worden ook perpetuals uitgegeven waarbij de geldverstrekker bij faillissement of ontbinding geen nominaal recht heeft op aflossing, maar gelijk in rang staat met de (preferente) aandeelhouders. De verstrekker van de perpetual deelt bij faillissement of ontbinding dan op gelijke wijze als de (preferente) aandeelhouders in de verliezen van de vennootschap.

Ik ben van mening dat bij deze laatste perpetuals geen sprake is van de voor een geldlening kenmerkende terugbetalingsverplichting. De verstrekker van een geldlening is naar zijn aard schuldeiser van de geldlener. Een recht dat in de verhaalsrangorde gelijk staat aan dat van de aandeelhouder, kan niet worden aangemerkt als het recht van een schuldeiser van de vennootschap. Deze perpetuele geldverstrekking is, beoordeeld naar de civielrechtelijke vorm, geen geldlening.

Door de gelijkstelling bij de verdeling van het vermogen met (bepaalde) aandeelhouders zijn deze perpetuals op gelijke wijze als het kapitaal van (die) aandeelhouders aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Uit de jurisprudentie blijkt dat aansprakelijkheid van de geldverstrekking voor schulden van de vennootschap (hierna schuldaansprakelijkheid) het wezenlijke kenmerk is van fiscaal (en civiel) kapitaal. Gezien dit door de schuldaansprakelijkheid enerzijds afwezig zijn van de civielrechtelijke geldlening en het anderzijds aanwezig zijn van het wezenlijke kenmerk van kapitaal, ben ik van mening dat deze schuldaansprakelijke perpetuals als kapitaal moeten worden gekwalificeerd. De vergoeding op deze geldverstrekkingen is daarmee niet aftrekbaar."

De perpetuals in de onderhavige casus kennen een schuldaansprakelijkheid die verder gaat dan in het besluit wordt beschreven. Daarmee zou geconcludeerd kunnen worden dat er sprake is van kapitaal

In HR (A-G) 22-02-2019, ECLI:NL:PHR:2019:169 is Wattel in een vergelijkbare casus echter van mening dat bij een perpetual sprake is van een lening

“Advocaat-generaal Wattel adviseert de Hoge Raad om het cassatieberoep ongegrond te verklaren. Volgens de A-G heeft de belanghebbende een terugbetalingsverplichting. Dat de geldverstrekker de hoofdsom alleen in bepaalde bijzondere omstandigheden kan opeisen, omdat hij zich verbonden heeft dat overigens niet te doen, is daarbij niet van belang. Voor zover geen terugbetaling kan worden geëist, is namelijk sprake van een natuurlijke verbintenis. De A-G wijst er hierbij op dat sprake is van altijddurende rente, zodat X nv de hoofdsom moet terugbetalen en er dus wel degelijk een terugbetalingsverplichting bestaat. Dat deze voorwaardelijk en dus onzeker is, doet daaraan niet af. Een en ander sluit niet uit dat de geldverstrekking fiscaalrechtelijk vreemd vermogen is. Ook is de A-G het met het hof eens dat geen sprake is van een deelnemerschapslening.”

In verband met het feit dat verwacht wordt dat de Hoge Raad in februari uitspraak doet lijkt het de KG raadzaam om hierop te wachten.

Deelnemingsvrijstelling

In het geval geconcludeerd zou moeten worden dat de perpetual gekwalificeerd zou moeten worden als kapitaal is de deelnemingsvrijstelling niet vanzelfsprekend van toepassing omdat er geen sprake is van “op aandelen gestort kapitaal”

In onderdeel 2b van het besluit hybride geldverstrekking wordt ingegaan op de samenloop met de deelnemingsvrijstelling:

“De deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting (Wet Vpb) kent niet de schuldaansprakelijke perpetual. Wel regelt artikel 13 van de Wet Vpb onder omstandigheden deelnemingsvrijstelling voor een andere hybride geldverstrekking, namelijk de schuldvordering als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet Vpb. Als de schuldaansprakelijke perpetual tot stand komt tussen partijen die tot elkaar in een zodanige verhouding staan dat een tussen hen bestaande schuldvordering als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, onder de werking van de deelnemingsvrijstelling zou vallen acht ik het passend en wenselijk dat de deelnemingsvrijstelling op analoge wijze geldt voor de schuldaansprakelijke perpetual. Om deze analoge behandeling zeker te stellen heb ik besloten tot de volgende goedkeuring.

Goedkeuring

Voor de toepassing van artikel 13 van de Wet Vpb is van een deelneming mede sprake als de belastingplichtige geld verstrekt in de vorm van een

schuldaansprakelijke perpetual als bedoeld in paragraaf 2, onderdeel a van dit besluit. “

Nu in de onderhavige casus er geen sprake is van een pari passu bepaling bij ontbinding, is er geen sprake is van een schuldaansprakelijke perpetual als bedoeld in paragraaf 2, onderdeel a van het besluit.

67 Awr

67 Awr

Conclusie

In verband met de binnenkort te verwachten uitspraak van de Hoge Raad over de kwalificatie van een perpetuele lening met schuldaansprakelijkheid wacht de Kennisgroep af wat de Hoge Raad beslist.

Los van de kwalificatie als geldlening of kapitaal wordt niet voldaan aan de voorwaarden van het besluit Hybride geldverstrekkingen zodat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing.

De verkenning om de deelnemingsvrijstelling analoog toe te passen wenst de Kennisgroep op te schorten met het oog op de te verwachten uitspraak.