

Van: kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen Vpb
Betreft: kwalificatie geldverstrekking
Datum: 23-8-2017

Namens de [67 Awr] is een verzoek tot vooroverleg ingediend inzake de fiscale kwalificatie van een leningsovereenkomst met betrekking tot een leningfaciliteit van nominaal €125 miljoen die [67 Awr] [67 Awr] verstrekt aan [67 Awr]

De lening is verstrekt in gelieerde verhoudingen. De geldverstrekker [67 Awr] houdt middellijk, via [67 Awr] een 100% belang in de ontvanger [67 Awr]

[67 Awr] is gevoegd in de fiscale eenheid van [67 Awr] voor de vennootschapsbelasting.

Vraag:

Is de geldverstrekking te kwalificeren als geldlening?

Feiten:

De (belangrijkste) kenmerken van de geldverstrekking zijn:

- De verstrekte som bedraagt maximaal €125 miljoen.
- De gelden worden verstrekt in tranches, waarbij [67 Awr] een verzoek tot verstrekking dient in te dienen.
- Over het uitstaande bedrag van de geldverstrekking wordt geen rente berekend (art. 4.1. van de leningsovereenkomst jo. art. 4.7 (ii) van de Aandeelhoudersinstructie).
- De geldverstrekking heeft een looptijd van maximaal 24 jaar en eindigt in ieder geval van rechtswege op 31 december 2037 (einddatum).
- Op de einddatum dient [67 Awr] het nominale fondsvermogen te betalen aan [67 Awr]. Daarbij is bepaald:
 - (i) dat dit fondsvermogen wordt vermeerderd met het eventueel op het [67 Awr] gerealiseerde rendement;
 - (ii) eventueel met het [67 Awr] gerealiseerde verlies komt in aftrek.
- Indien [67 Awr] op enig moment meer dan €6.250.00 aan liquiditeiten aanhoudt, dient het overtollige bedrag per ommegaande betaald te worden aan [67 Awr]. Het teruggestorte bedrag blijft dan wel beschikbaar voor verstrekking tot het overeengekomen maximale bedrag van de lening.
- Zolang er enig bedrag openstaat onder de geldverstrekking mag [67 Awr] geen uitkering doen van dividend, aandelenkapitaal of reserve.
- Als zekerheid dient een pandrecht (of een ander voor [67 Awr] moverend zekerheidsrecht) op één of meer vermogensbestanddelen van de [67 Awr], waaronder niet begrepen de aandelen of daarmee vergelijkbare rechten die [67 Awr] heeft verworven door het verstrekken van de financiering.
- [67 Awr] mag overigens geen geld van derden en/of anderszins financiering aantrekken.
- In een allonge op de overeenkomst is bepaald dat jaarlijkse verliezen dan wel winsten gerealiseerd door [67 Awr] afgeschreven respectievelijk bijgeschreven worden op het bedrag van de geldverstrekking. Voorts is bepaald dat het verlies dan wel de bate gerealiseerd als gevolg van het bijschrijven op respectievelijk vrijvallen van de geldverstrekking als zodanig in de winst- en verliesverrekening van [67 Awr] wordt verantwoord. Het gevolg van deze methodiek is dat [67 Awr] jaarlijks commercieel een resultaat van nihil verantwoordt.

Beschouwing

Het beoordelingskader voor een lening in fiscale zin is onder andere aan de orde geweest in HR 25-11-2011, ECLI:NL:HR:2011:BN344, BNB 2012/37. De beoordeling begint met het bepalen of sprake is van een geldlening in civiele zin. Hierbij is een terugbetalingsverplichting van essentieel belang (Zie HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, BNB 2007/104).

Indien civielrechtelijk sprake is van een geldlening, is het mogelijk dat fiscaal sprake is van een zogenoemde deelnemerschapslening (zie o.a. HR 11 maart 1998 ECLI:NL:HR:1998:AA2453, BNB

1998/208.). In dat geval behandelen wij de lening fiscaal als ware het kapitaal. Dit is geregeld in artikel 10, eerste lid, letter d, Wet Vpb.

Civielrechtelijke kwalificatie van de 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.

Verplichting betekent in dit verband dat de geldverstrekker het afdwingbare recht heeft op terugbetaling van de verstrekte gelden. Recht betekent dat de beslissing om al dan niet terug te betalen buiten de wil van de geldnemer ligt.

Het schoolvoorbeeld van een civiele geldlening is een verstrekking van een bepaalde som geld die na een vaste en tevoren overeengekomen periode wordt terugbetaald.

Als er een verplichting tot terugbetaling aanwezig is, spreken wij van een geldlening. Het feit dat terugbetaling onzeker is of aan voorwaarden is gebonden, doet daaraan niet af (BNB 2007/104).

De kennisgroep concludeert uit het geheel van voorwaarden dat de nu voorgelegde overeenkomst in wezen niet is gericht op terugbetaling van het nominale verstrekte bedrag. Om die reden is geen sprake van een geldlening.

Daaraan doet niet af dat er in de overeenkomst bepalingen zijn opgenomen over enige betaling op de einddatum van 31 december 2037. Die betaling wordt gesteld op het vermogen van ^{47 Awop} de laatstgenoemde einddatum. Dat vermogen kan zowel in positieve als in negatieve zin afwijken van de verstrekte geldsom. Op deze wijze is naar onze mening reeds bij voorbaat de band met de verstrekte geldsom losgelaten.

De uitkering op 31 december is gerelateerd aan het vermogen van de verkrijger van de gelden en niet aan de verstrekte geldsom. De kennisgroep meent dat dit niet is aan te merken als terugbetalingsverplichting. Strikt genomen betaalt de verkrijger van de gelden immers iets anders terug dan de verkregen hoofdsom, te weten het fondsvermogen.

Op grond van het bovenstaande is geen sprake van een geldlening in civielrechtelijke zin en daarmee eveneens in fiscaalrechtelijke zin.

Afwijkende afgrenzing: subsidie of geldlening

De kennisgroep heeft in meerdere gevallen een oordeel gegeven over de vraag of al dan niet sprake is van een geldlening. Daarbij gaat het vrijwel altijd om de afgrenzing met het begrip "kapitaal".

In casu is geen sprake van kapitaal omdat de geldverstrekking een vaste looptijd kent. Dat betekent naar de mening van de kennisgroep niet automatisch dat daarmee dan toch sprake is van een geldlening. Als altijd kijkt de kennisgroep of alle elementen voor een geldlening aanwezig zijn.

In dit geval is het eerder passend om een andere afgrenzing te kiezen. Het niet voldoen aan het nominaliteitsvereiste, vinden wij passend voor een subsidie. Een wettelijke definitie van het begrip subsidie is opgenomen in artikel 4.21 AWB.

Daarvan is sprake als een bestuursorgaan gelden verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager.