

Belangrijk arrest over fiscale duiding financieringsinstrument

Op 17 mei 2024 heeft de Hoge Raad een belangrijk [arrest gewezen](#) over de fiscale kwalificatie van een financieel instrument dat in 2007 was uitgegeven door een in Frankrijk gevestigde vennootschap. Het ging om een zogenoemde 'obligation remboursable en actions' (hierna: ORA). De vraag was of het instrument voor toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 als eigen vermogen (kapitaal) of als vreemd vermogen (geldlening) moest worden aangemerkt. Hoewel het geschil zich toespitste op de vraag of de aan de uitgifte van het instrument verbonden kosten toerekenbaar waren aan een Nederlandse vaste inrichting van de Franse vennootschap, heeft het arrest van de Hoge Raad potentieel een veel bredere reikwijdte.

Karakteristieken van de ORA

De ORA's hadden de volgende karakteristieken. Zij hadden in beginsel een looptijd van vijftig jaar. Na die vijftig jaar zouden de ORA's converteren in gewone aandelen van de vennootschap. Het nominale bedrag van een ORA was gelijk aan de uitgifteprijs van een nieuw aandeel in de vennootschap ten tijde van de uitgifte van de ORA's. Na het verstrijken van een periode van twaalf jaar volgend op de datum van uitgifte van de ORA's kon de vennootschap jaarlijks afdwingen dat de ORA's zouden worden omgeruild tegen gewone aandelen in de vennootschap. Houders van ORA's konden na het verstrijken van een periode van drie maanden na uitgifte van de ORA's om inruiling vragen, maar alleen tegen aandelen in de vennootschap. Op het moment dat de ORA's worden ingeruild voor gewone aandelen, kunnen de gewone aandelen een lagere waarde hebben dan de nominale waarde van de ORA's. In die situatie zou echter geen vergoeding plaatsvinden voor het verschil. Aan de ORA's zijn geen aandeelhoudersrechten, zoals stemrecht, verbonden. De vergoeding op de ORA's was in beginsel gelijk aan het dividend dat door de vennootschap werd uitgekeerd, met een bepaalde minimum- en maximumvergoeding. Het was mogelijk dat de vergoeding niet zou worden uitgekeerd door de vennootschap, maar schuldig zou worden gebleven. Aflossing van de ORA's in geld was niet mogelijk. Alleen bij vrijwillige of onvrijwillige liquidatie van de vennootschap zouden de houders van de ORA's aanspraak kunnen maken op voldoening in geld, een aanspraak die in rangorde voorrang zou hebben op alle aandeelhouders en houders van aan de vennootschap verschaft 'participating loans'. De meeste van de ORA's zijn kort na de uitgifte door de houders geconverteerd in gewone aandelen in de Franse vennootschap.

Het oordeel van de Hoge Raad

Hof Amsterdam had geoordeeld dat de ORA's fiscaal als kapitaal moesten worden aangemerkt, omdat het wezenskenmerk van het instrument was dat zou worden afgelost in aandelen van de vennootschap die de ORA's had uitgegeven. De Hoge Raad begint zijn uiteenzetting met de bekende regel dat voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt, als regel de civielrechtelijke vorm van die geldverstrekking beslissend is. Indien een geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld als een verstrekking van aandelenkapitaal geldt, moet zij voor de toepassing van de fiscale wetgeving in beginsel worden aangemerkt als kapitaalverstrekking. De Hoge Raad vervolgt met de behandeling van de vraag

wanneer civielrechtelijk sprake is van een geldlening. Daarvoor is volgens de Hoge Raad, in lijn met eerder gewezen arresten, relevant dat sprake is van een aflossingsverplichting. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat het hof deze regels niet heeft miskend en dat de ORA's fiscaalrechtelijk als kapitaal moeten worden aangemerkt.

Commentaar KPMG Meijburg & Co

Een aantal zaken valt ons op aan het arrest.

In de eerste plaats is dat het volgende: tot aan 17 mei 2024 gold op basis van eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad dat indien de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld als een verstrekking van aandelenkapitaal geldt, zij voor de toepassing van de fiscale wetgeving moet worden aangemerkt als kapitaalverstrekking. Wat opvalt aan het arrest van 17 mei, is dat de Hoge Raad aan die formulering de woorden 'in beginsel' toevoegt. Die toevoeging roept de vraag op of daaruit kan worden afgeleid dat in de visie van de Hoge Raad onder omstandigheden kan worden afgeweken van die regel. In de praktijk zou dat bijvoorbeeld consequenties kunnen hebben voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Als sprake zou zijn van een mogelijke nuancering van de in het verleden door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel, zou dat tot rechtsonzekerheid leiden over de vraag waar bij naamloze en besloten vennootschappen de grens moet worden getrokken tussen het verstrekken van risicodragend kapitaal en het verstrekken van een geldlening. In de voor 17 mei gewezen jurisprudentie werd deze rechtsonzekerheid door de Hoge Raad als onwenselijk aangeduid. Wij gaan er daarom van uit dat de toevoeging van de woorden 'in beginsel' niet kan worden gelezen als een inperking van de in het verleden geformuleerde regel dat civielrechtelijk kapitaal ook fiscaalrechtelijk als kapitaal wordt aangemerkt.

In de tweede plaats vinden wij het volgende opvallen. Het stond vast dat de ORA's naar Frans civiel recht als vreemd vermogen werden aangemerkt. In de overwegingen van het hof kwam dit niet terug, het had de civielrechtelijke duiding in het midden gelaten. Het is niet duidelijk langs welke route de Hoge Raad tot het oordeel is gekomen dat de ORA's voor fiscale doeleinden als kapitaal moeten worden aangemerkt. Is dat omdat de ORA's civielrechtelijk als kapitaal moeten worden aangemerkt? Is dat omdat de ORA's civielrechtelijk niet als geldlening kwalificeren wegens het ontbreken van een aflossingsverplichting en dientengevolge fiscaalrechtelijk niet anders dan als kapitaal kunnen kwalificeren, of is dat omdat de ORA's weliswaar civielrechtelijk als geldlening kwalificeren maar dat deze kwalificatie desalniettemin voor fiscale doeleinden niet kan worden gevolgd, net zomin als dat op basis van de bestaande jurisprudentie het geval is bij schijnleningen, bodemlozeputleningen en deelnemerschapsleningen? Dit laatste achten wij echter onwaarschijnlijk. Wij zouden in dat geval een andere, respectievelijk uitgebreidere motivering van het oordeel hebben verwacht. Wij interpreteren het oordeel van de Hoge Raad zo, dat er gelet op de karakteristieken van het instrument civielrechtelijk geen sprake is van een terugbetalingsverplichting, omdat bij conversie van het instrument uitsluitend aandelen in de vennootschap worden uitgegeven. Dat bij onverhoopte tussentijdse 'default' van de vennootschap voor de houders een

vorderingsrecht in contanten op de vennootschap ontstaat, maakt dat niet anders. Het gaat om het kenmerk van het instrument bij reguliere afwikkeling. Dat kenmerk is dat de houder op enig moment bij reguliere afwikkeling uitsluitend aandeelhouder in de vennootschap kan worden. Van een geldlening is dan civielrechtelijk geen sprake. Fiscaalrechtelijk resteert dan alleen de duiding als kapitaal. Dat naar Frans civiel recht sprake is van vreemd vermogen, is dan kennelijk irrelevant wegens het ontbreken van de door de Hoge Raad cruciaal geachte terugbetalingsverplichting. Bij die uitleg ondergaat het bestaande toetsingskader geen wijziging. Anderzijds blijven bij civielrechtelijke geldleningen de bestaande uitzonderingen op de hoofdregel (fiscale herkwalificatie naar kapitaal bij schijnleningen, bodemlozeput- en deelnemerschapsleningen) ongewijzigd bestaan.

Duidelijk is nu ons inziens wel dat het enkele feit dat er bij een default van de vennootschap die een financieel instrument heeft uitgegeven, een vordering ontstaat voor de houders van het instrument die preferent is boven eventuele aanspraken van aandeelhouders, onvoldoende is om van een geldlening te kunnen spreken.

Het oordeel van de Hoge Raad dat de ORA's fiscaalrechtelijk als kapitaal moeten worden aangemerkt, zal ook gevolgen hebben voor de houders van dergelijke en vergelijkbare instrumenten. Daarbij is echter op dit moment niet duidelijk of zij ook de status van aandeelhouder hebben en hoe hun belang bijvoorbeeld voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling moet worden gekwalificeerd. Kwalificeert een belang bij een ORA of een vergelijkbaar instrument als een aandeel in het nominale gestorte aandelenkapitaal of is sprake van een met een optie vergelijkbaar belang? Vormt een vergoeding uitgekeerd op een dergelijk instrument dividend voor toepassing van de dividendbelasting of een vergoeding voor een kapitaalverstrekking als bedoeld in artikel 10 lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969? Op al deze vragen geeft het onderhavige arrest geen antwoord. Naar onze mening is ten tijde van de uitgifte sprake van een kapitaalverstrekking door de houders van het instrument, niet zijnde aandelenkapitaal. Wij verwachten niet dat met dit arrest het laatste woord is gezegd over het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor toepassing van de Wet Vpb 1969.

Wilt u meer informatie over dit onderwerp of hebt u andere vragen over de fiscale duiding van financieringsinstrumenten? Neemt u dan contact op met uw Meijburgadviseur.

KPMG Meijburg & Co
22 mei 2024

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie