

Eerste Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. de Hooggeleerde heer
Prof. dr P.H.J. Essers
Binnenhof 22
2513 AA DEN HAAG

GRIFFIE EERSTE KAMER	
NR.	142446.01
RUB.	IK
DATUM	CS 21 OKT 2008
KOPIE	FIN
VERW.	31459

Den Haag, 20 oktober 2008

MvR/sz/08.712

Betreft: wetsontwerp Wijziging van enige belastingwetten (Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen) nummer 31459.

Geachte voorzitter en geachte leden,

Hierbij brengen wij onze reactie naar aanleiding van bovengenoemd wetsontwerp onder uw aandacht. Wij hebben onze reactie onderverdeeld in twee gedeelten die elk in een aparte bijlage zijn ondergebracht, te weten:

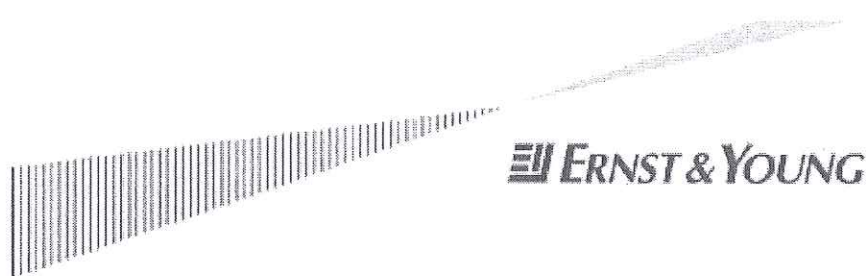
- 1 ons alternatieve voorstel voor belastingheffing van excessieve beloningen dat wij aan de Tweede Kamer hebben aangeboden, de reactie van de staatssecretaris van Financiën op dit voorstel tijdens de plenaire behandeling op 3 september 2008 en onze reactie op deze reactie van de staatssecretaris;
- 2 een aantal algemene en specifieke vragen over de inhoud en gevolgen van het wetsvoorstel zoals dat aan u ter beoordeling is voorgelegd.

Gezien de complexiteit verzoeken wij u extra aandacht te geven aan de vele onzekerheden die dit wetsontwerp in zich bergt. Met name het begrip lucratief belang verdient daarbij bijzondere aandacht. Tevens is het wetsontwerp niet duidelijk voor wat betreft het overgangsrecht. Tenslotte wijzen wij ook op de gevolgen in grensoverschrijdende situaties.

De kern van onze kritiek die louter opbouwend en technisch van aard is komt er op neer dat het thans voorliggende wetsontwerp rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid teweeg zal brengen. Wetssystematisch en wetstechnisch verdient het wetsontwerp een aanzienlijke verbetering. Wij verzoeken u vriendelijk bij de behandeling van het wetsontwerp rekening te houden met onze vragen.

Hoogachtend,
Ernst & Young Belastingadviseurs LLP

mr M.L.A. van Rij



Belastingheffing van lucratieve belangen: een alternatieve benadering

1. Wetsvoorstel belastingheffing excessieve beloningen

In het wetsvoorstel belastingheffing excessieve beloningen (kamerstuknummer 31.459; hierna aangeduid als: wetsvoorstel BEB) worden drie maatregelen op fiscaal terrein voorgesteld:

- de invoering van een werkgeversheffing van 30% over het excessieve deel van vertrekvergoedingen;
- de invoering van een werkgeversheffing van 15% over een forfaitair berekende backservicepremie in gevallen waarin de pensioenopbouw vanaf een pensioengevend loon van € 500.000 plaatsvindt op basis van het eindloonstelsel;
- de invoering van een regeling die wil zekerstellen dat inkomsten uit lucratieve belangen (ook wel aangeduid als carried interest) in box 1 worden belast.

2. Kritiek op de voorgestelde belastingheffing van lucratieve belangen

Met name op het laatste onderdeel van het wetsvoorstel BEB is van verschillende zijden kritiek uitgeoefend. In dit onderdeel wordt – kort samengevat – voorgesteld om bepaalde in het voorgestelde art. 3.92b, lid 2, 3 en 4, Wet IB 2001 nauwkeurig omschreven belangen als werkzaamheid als bedoeld in art. 3.90 Wet IB 2001 aan te merken en om de inkomsten uit deze belangen tot het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden te rekenen. Voor wat betreft de kritiek op dit voornemen zij hier volstaan met een korte weergave van de kanttekeningen die de Raad van State in zijn advies plaatst bij dit onderdeel van het wetsvoorstel:

- Het voorstel inzake belastingheffing over carried interest gaat met name over de afbakening van box 1- en box 3-inkomen en past om die reden beter in het wetsvoorstel “overige fiscale maatregelen” dat het jaarlijkse belastingplan flankiert. De Raad adviseert dan ook om dit (technische) onderdeel uit het wetsvoorstel BEB te lichten.
- In de toelichting op het wetsvoorstel wordt niet duidelijk gemaakt in hoeverre het ruime loonbegrip van de Wet LB 1964 (dat – met enkele aanpassingen – doorwerkt naar de Wet IB 2001) ontoereikend is om carried interest in het box 1-inkomen te betrekken. In het bijzonder mist de Raad de afweging waarom niet – analoog aan hetgeen ten aanzien van aandelenopties is geregeld – kan worden bepaald dat de daadwerkelijke realisatie van de rendementen of de waardevermeerdering als loon wordt aangemerkt.
- Het zeer gedetailleerde karakter van de omschrijving van de vermogenstitels waarop de nieuwe wettelijke regels betrekking hebben pleegt ertoe te leiden dat nieuwe beloningstructuren worden opgezet waarbij men net buiten de in de wet geregelde gevallen blijft. Om die reden lijkt de voorkeur van de Raad uit te gaan naar een regeling waarin uitdrukkelijk wordt vastgelegd dat de voordelen uit het verkrijgen, aanhouden en vervreemden van vermogenstitels, die gelet op de bijzondere voorwaarden die aan die vermogenstitels verbonden zijn als beloning voor werkzaamheden beoogd zijn, als loon wordt aangemerkt of tot het resultaat uit overige werkzaamheden behoort.

- Bij het middellijk houden van de aangewezen vermogenstitels kan dubbele heffing of dubbele verliesverrekening ontstaan. De dubbele heffing wordt slechts gedeeltelijk voorkomen, terwijl de dubbele verliesverrekening geheel wordt uitgesloten. Dit verschil acht de Raad onvoldoende gemotiveerd. Hetzelfde geldt voor het feit dat de heffing van inkomstenbelasting in gevallen waarin de dubbele heffing wordt voorkomen door tijdige uitkering van de behaalde voordelen in de vorm van dividend beperkt blijft tot 25%. Wij onderschrijven deze kritiek van de Raad van State en zijn van oordeel dat de minister van Financiën de bedenkingen van de Raad niet op overtuigende wijze in het nader rapport heeft weerlegd. Aan de door de Raad geuite kritiek voegen wij nog een tweetal punten toe:
- Voor de oplossing van een probleem dat een zeer beperkt aantal belastingplichtigen raakt wordt een ingewikkelde specifieke regeling aan de wet toegevoegd zonder dat de mogelijkheden worden benut om een vergelijkbaar resultaat te bereiken door deze regeling te integreren in de bestaande wettelijke bepalingen. Bovendien staat de voorgestelde regeling - zoals hierna zal blijken - op gespannen voet met het systeem van de wet. Naar onze mening leidt toepassing van het principe 'voor elk probleem(pje) een specifieke regeling' ertoe dat het gebouw van de wet uiteindelijk zal bezwijken onder het gewicht van haar aanbouwsels. Wij wijzen in dit verband naar de Wet IB 1964 die uiteindelijk is bezweken als gevolg van het feit dat een onaanvaardbare uitkomst van de heffing over inkomsten uit vermogen slechts kon worden voorkomen door regelmatige toevoeging van uiterst ingewikkelde specifieke regelingen.
- Vermogenstitels die ten tijde van de inwerkingtreding van het wetsvoorstel reeds behoren tot een lucratief belang mogen op de openingsbalans van de werkzaamheid niet worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Hierdoor heeft het wetsvoorstel materiële terugwerkende kracht. Aldus wordt een hogere heffing opgelegd dan waarvan de betrokken partijen ten tijde van het overeenkomen van de desbetreffende beloningsstructuur zijn uitgegaan (voorzover deze beloning onder de huidige wettelijke regels niet als box-1-inkomen dient te worden aangemerkt). Wij achten een dergelijke terugwerkende kracht niet aanvaardbaar voorzover de waardeontwikkeling van de desbetreffende vermogenstitels zich heeft afgespeeld vóór de inwerkingtreding van het wetsvoorstel.

3. Schets van een alternatieve benadering

Het voorgaande is voor ons aanleiding geweest om een voorstel voor een mogelijke alternatieve benadering van de belastingheffing over inkomen uit lucratieve belangen te ontwikkelen. Daarbij hebben wij de volgende uitgangspunten gehanteerd:

- het voorstel dient te passen binnen het systeem van de wet;
- het voorstel dient rekening te houden met de aard van het te belasten inkomen;
- het voorstel dient zoveel mogelijk aan te sluiten bij bestaande wettelijke regelingen.

3.1 Het systeem van de wet

In het systeem van de Wet IB 2001 worden winst- en arbeidsinkomen belast in box 1. Vermogensinkomen (daaronder begrepen vermogenswinsten) wordt echter belast in box 2 (als dit inkomen voortvloeit uit een aanmerkelijk belang) of in box 3 (als dit inkomen niet voortvloeit uit een aanmerkelijk belang). De grens tussen vermogensinkomen en arbeidsinkomen wordt daarbij gevormd door normaal vermogensbeheer: zodra de met

vermogen samenhangende werkzaamheden deze grens overschrijden is sprake van box 1-inkomen en zolang deze werkzaamheden deze grens niet overschrijden blijft sprake van box 2- of box 3-inkomen.

Een ander kenmerk van het wettelijk systeem is dat winst- en arbeidsinkomen dat bij de ontvanger in box 1 (tegen het progressieve tarief) wordt belast, bij de betaler (indien deze ondernemer is) op diens winst in aftrek komt. Voor arbeidsinkomen is dit beginsel helder omschreven in Hoge Raad 16 oktober 1996, BNB 1997/47: *“De waarde van aan werknemers toegekende vergoedingen, in welke vorm ook, dient als ondernemingskosten te worden aangemerkt.”* Dit evenwicht tussen inkomsten- en aftrekkant wordt ook expliciet door de wetgever nagestreefd in de voor verbonden partijen bedoelde tbs-regelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001.

3.2 Aard van het te belasten inkomen

De fiscale behandeling van inkomen uit lucratieve belangen is afhankelijk van het feit of dit inkomen het karakter heeft van arbeidsinkomen dan wel van vermogensinkomen. Is sprake van arbeidsinkomen, dan dient het volgens het systeem van de wet te worden belast in box 1; is sprake van vermogensinkomen, dan dient het volgens dit systeem te worden belast in box 2 of 3.

Voor het beantwoorden van de vraag of inkomen uit lucratieve belangen het karakter heeft van arbeidsinkomen zijn naar onze mening de volgende aspecten van belang:

- Is het lucratieve belang onder de overeengekomen condities aan de belastingplichtige verschaft met het oogmerk om hem langs die weg een (neven)beloning voor te verrichten arbeid te doen toekomen?
Naar onze mening is dit oogmerk noodzakelijk om het inkomen uit het lucratieve belang als arbeidsinkomen te kunnen aanmerken. Bij de beantwoording van deze vraag kan echter niet alleen worden afgegaan op de mededelingen van de betrokkenen over hun subjectieve oogmerken, maar dient - zoals in fiscalibus gebruikelijk - tevens te worden gezien of de feiten en omstandigheden erop wijzen dat de verschaffing van het lucratieve belang onder de overeengekomen condities als zodanig is bedoeld.
- Heeft de belastingplichtige voor de verwerving van het lucratieve belang een prijs betaald die gelijk is aan de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verwerving?
Dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord, dan zal de enkele toekenning van het lucratieve belang in beginsel geen als arbeidsinkomen aan te merken voordeel opleveren omdat in de verwervingsprijs dan alle positieve en negatieve risico's van toekomstige waardemutaties zijn begrepen. Is het lucratieve belang echter voor een prijs beneden de waarde in het economische verkeer door de belastingplichtige verworven, dan zal het verschil tussen prijs en waarde in het economische verkeer al snel als arbeidsinkomen moeten worden aangemerkt als moet worden aangenomen dat dit op enigerlei wijze verband houdt met de te verrichten werkzaamheden.
- Hebben de werkzaamheden van de belastingplichtige naar verwachting een niet-verwaarloosbare invloed op het waardeverloop van het door hem verkregen belang?
Deze vraag is van belang om te kunnen beoordelen of de waardeontwikkeling van het lucratieve belang na de verwerving door de belastingplichtige het karakter van arbeidsinkomen kan aannemen. Dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord, dan ligt het naar onze mening voor de hand om de waardeontwikkeling van het lucratieve belang na verkrijging niet als arbeidsinkomen in aanmerking te nemen. Dient deze vraag

echter bevestigend te worden beantwoord, dan zijn hiervoor naar onze mening wel goede argumenten aanwezig.

- Bestaat het lucratieve belang uit vermogenstitels die voor eenieder vrij verkrijgbaar zijn (bijvoorbeeld via de effectenbeurs)?

Ook deze vraag is van belang om te kunnen beoordelen of de waardeontwikkeling van het lucratieve belang na de verwerving door de belastingplichtige het karakter van arbeidsinkomen kan aannemen. Wanneer het lucratieve belang bestaat uit algemeen verkrijgbare vermogenstitels ligt het niet het voor de hand om de waardeontwikkeling na de verkrijging ervan als arbeidsinkomen van de belastingplichtige aan te merken. Het verrichten van arbeid is dan immers geen voorwaarde om aan deze waardeontwikkeling deel te hebben aangezien ook beleggers die geen arbeid verrichten ervan kunnen profiteren.

Uit het voorgaande kan naar onze mening met betrekking tot de aard van inkomen uit lucratieve belangen worden geconcludeerd:

1. voor wat betreft het verschil tussen de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verkrijging en de lagere verkrijgingsprijs:
dit verschil dient te worden aangemerkt als arbeidsinkomen indien het - gezien de feiten en omstandigheden - aannemelijk is dat het is bedoeld als (neven)vergoeding voor te verrichten werkzaamheden;
2. voor wat betreft de waardeontwikkeling na de verkrijging:
deze waardeontwikkeling kan slechts als arbeidsinkomen worden aangemerkt indien aan drie voorwaarden is voldaan, te weten:
 - gezien de feiten en omstandigheden is aannemelijk dat deze is bedoeld als (neven)vergoeding voor te verrichten werkzaamheden;
 - de werkzaamheden van de belastingplichtige hebben naar verwachting een niet-verwaarloosbare invloed op het waardeverloop van het belang;
 - het belang bestaat niet uit vermogenstitels die voor eenieder vrij verkrijgbaar zijn.Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan dient het belang naar onze mening na de verkrijging tot het box 2- of box 3-vermogen te gaan behoren.

3.3 Relevante bestaande regelingen

Indien het inkomen uit een lucratief belang het karakter heeft van arbeidsinkomen dient het naar onze mening tot het box 1-inkomen te worden gerekend. Daarbij dient - waar mogelijk - aansluiting te worden gezocht bij bestaande regelingen. Als relevante bestaande regelingen kunnen in dit verband achtereenvolgens (zie de rangorderegeling van art. 2.14 Wet IB 2001) worden genoemd:

- winst uit onderneming, in het bijzonder art. 3.3, lid 1, Wet IB 2001;
- loon uit dienstbetrekking, in het bijzonder art. 10, lid 1, en art. 10a Wet LB 1964;
- resultaat uit overige werkzaamheden, in het bijzonder art. 3.91, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001.

Winst uit onderneming

In de meeste gevallen wordt winst uit onderneming genoten door een ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001. De houder van een lucratief belang zal in het algemeen niet deze ondernemersstatus hebben. Ingevolge art. 3.3 Wet IB 2001 wordt ook winst uit onderneming genoten door natuurlijke personen die niet deze ondernemersstatus hebben:

- als zij medegerechtigde zijn tot het vermogen van een onderneming (lid 1, sub a);
- als zij een kwalificerende schuldvordering hebben op een ondernemer/natuurlijk persoon (lid 1, sub b).

Houders van een lucratief belang vallen niet onder een van deze categorieën. Dit neemt niet weg dat de aard van het inkomen uit een dergelijk belang veel overeenkomsten vertoont met winstinkomen. De houder van een lucratief belang verricht immers arbeid en zal vaak ook een investering (hoewel doorgaans niet erg omvangrijk) verrichten, terwijl de opbrengst van deze input van kapitaal en arbeid sterk afhankelijk is van het risico dat inherent is aan de desbetreffende onderneming. Om deze reden kan worden overwogen om aan art. 3.3, lid 1, Wet IB 2001 toe te voegen dat ook voordelen uit hoofde van een lucratief belang als belastbare winst uit onderneming worden aangemerkt. Een dergelijke keuze heeft tot gevolg dat deze voordelen dan op grond van art. 2.14 Wet IB 2001 altijd winst uit onderneming vormen en niet meer aan de orde kunnen komen bij inkomenscategorieën die na winst uit onderneming in de Wet IB 2001 worden geregeld.

Loon uit dienstbetrekking

Wanneer een werknemer in het kader van zijn dienstbetrekking een lucratief belang verwerft, vormen de voordelen uit hoofde van dit belang loon uit dienstbetrekking en worden deze belast met loonbelasting (art. 10, lid 1, Wet LB 1964) en met inkomstenbelasting (als deel van het box 1-inkomen; zie de schakelbepaling in art. 3.81 Wet IB 2001). Daarbij rijst de vraag of deze voordelen dienen te worden vastgesteld en als loon dienen te worden belast (1) bij verwerving van het belang (waarna dit belang de loonsfeer verlaat en overgaat naar box 2 of 3), dan wel (2) bij realisatie van deze voordelen. Volgens het momenteel geldende recht is het eerste het geval. Wil men het tweede bereiken, dan kan worden overwogen om een daartoe strekkende regeling in de Wet LB 1964 op te nemen (een dergelijke regeling zal veel overeenkomst vertonen met het huidige art. 10a Wet LB 1964 waarin is bepaald dat hetgeen een werknemer geniet bij uitoefening of vervreemding van in het kader van zijn dienstbetrekking verkregen aandelenoptierechten tot zijn loon wordt gerekend).

Resultaat uit overige werkzaamheden

Resultaat uit overige werkzaamheden kan slechts aan de orde komen in gevallen waarin geen sprake is van winst uit onderneming of van loon uit dienstbetrekking. In dergelijke gevallen zal het lucratieve belang op grond van het bepaalde in art. 3.91, lid 1, sub c, Wet IB 2001 veelal tot het vermogen van een werkzaamheid dienen te worden gerekend. De houder van dit belang zal immers doorgaans een arbeidsinspanning verrichten die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat teneinde de beoogde meerwaarde van het belang te realiseren. Dit betekent dat zowel de inkomsten uit als de waardemutaties van het belang deel uitmaken van het box 1-inkomen. In gevallen waarin de arbeidsinspanning van de houder van het belang normaal, actief vermogensbeheer niet te boven gaat, zal het belang niet tot het vermogen van een werkzaamheid kunnen worden gerekend. Hiertegen kunnen echter weinig bezwaren worden ingebracht omdat de voordelen uit het belang in een dergelijke situatie niet als arbeidsinkomen kunnen worden aangemerkt.

3.4 Contouren van een alternatieve regeling

Bij het schetsen van de contouren van een alternatieve regeling zal achtereenvolgens worden ingegaan op de volgende onderwerpen:

- het begrip lucratief belang;
- belastingheffing van lucratieve belangen die zijn verworven door werknemers;
- belastingheffing van lucratieve belangen die zijn verworven door niet-werknemers;
- aftrek van kosten van lucratieve belangen;
- middellijk gehouden lucratieve belangen.

3.4.1 Het begrip lucratief belang

Aansluitend bij de algemene omschrijving van de Raad van State en hetgeen is opgemerkt in par. 3.2 kiezen wij in dit kader voor de volgende omschrijving van het begrip lucratief belang:

'Vermogenstitels:

die - gelet op de bijzondere voorwaarden die aan die vermogenstitels zijn verbonden - beoogd zijn als beloning voor werkzaamheden, en op het waardeverloop waarvan de werkzaamheden van de belastingplichtige naar verwachting een niet-verwaarloosbare invloed hebben, en die niet voor eenieder vrij verkrijgbaar zijn.'

3.4.2 Belastingheffing van lucratieve belangen die zijn verworven door werknemers

In veel gevallen wordt een lucratief belang door een werknemer in het kader van zijn dienstbetrekking verworven. Daarvan is niet alleen sprake als een werknemer in het kader van zijn dienstbetrekking een lucratief belang verwerft in de vennootschap waarbij hij in dienst is, maar bijvoorbeeld ook als een werknemer van een private equity-fonds een lucratief belang verwerft in een vennootschap waarin dit fonds participeert. Indien men de waardeontwikkeling van een dergelijk belang bij de werknemer tot het box 1-inkomen wil rekenen en zoveel mogelijk wil aansluiten bij de bestaande regelgeving, kan worden volstaan met het opnemen van een bepaling in de Wet LB 1964 waarin wordt geregeld dat de voordelen die de werknemer toekomen uit hoofde van een lucratief belang bij hem als loon in aanmerking worden genomen op het moment waarop hij deze voordelen geniet (hetzij in de vorm van ontvangen renten en/of dividenden, hetzij in de vorm van gerealiseerde vermogenswinsten, hetzij in de vorm van behaalde kwijtscheldingswinsten). Indien de informatie over het waardeverloop van het lucratieve belang de werkgever niet automatisch bereikt, is het aan de betrokken partijen om hierover afspraken te maken teneinde de werkgever in staat te stellen om tijdig aan zijn fiscale verplichtingen te voldoen. Desgewenst kan in de AWR een aanvullende bepaling worden opgenomen om in gevallen als deze een informatieverplichting van de werknemer jegens zijn werkgever op te nemen.

3.4.3 Belastingheffing van lucratieve belangen die zijn verworven door niet-werknemers

Wordt een lucratief belang niet door een werknemer in het kader van zijn dienstbetrekking verworven, dan komt vervolgens de vraag aan de orde of dit belang op grond van art. 3.91, lid 1, sub c, Wet IB 2001 tot het vermogen van een werkzaamheid kan worden gerekend. Zoals hiervoor in par. 3.3 werd aangegeven zijn wij van mening dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord als de houder van het belang een arbeidsinspanning verricht die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat (hetgeen doorgaans het geval zal zijn). Met andere woorden, de bestaande regeling in art. 3.91, lid 1, sub c, Wet IB 2001 fungeert als 'vangnet' om voordelen uit lucratieve belangen met het karakter van arbeidsinkomen die niet als loon uit dienstbetrekking worden belast, als onderdeel van het resultaat uit overige werkzaamheden tot het box 1-inkomen te rekenen. Zou men elke twijfel over dit vangnetkarakter van deze bepaling willen uitsluiten, dan zou men de tekst van art. 3.91, lid 1, aanhef en sub c, Wet IB 2001 als volgt kunnen aanvullen (de aanvulling is vet weergegeven):

1. Onder werkzaamheid wordt mede verstaan: (...)

*c. het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat, zoals bij het uitponden van onroerende zaken, het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhoud of andere aanpassingen aan een zaak, **het verkrijgen, aanhouden en vervreemden van vermogenstitels die behoren tot een lucratief belang, of het aanwenden door de belastingplichtige van voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere vormen van kennis.***

Volledigheidshalve merken wij in dit verband op dat ook een vangnetregeling in de sfeer van winst uit onderneming denkbaar is. Om dit te bereiken dient aan art. 3.3, lid 1, Wet IB 2001 een derde onderdeel te worden toegevoegd dat (inclusief de aanhef) als volgt luidt (de toevoeging is vet weergegeven):

*1. **Belastbare winst uit onderneming is mede: (...)***

*c. **het bedrag van de gezamenlijke voordelen die de belastingplichtige geniet uit hoofde van een lucratief belang als bedoeld in art. ..., welk belang hij op andere wijze dan in het kader van een dienstbetrekking heeft verkregen.***

Door deze formulering wordt enerzijds voorkomen dat lucratieve belangen die in het kader van een dienstbetrekking worden verworven tot de winstsfeer worden gerekend, terwijl anderzijds wordt bereikt dat alle andere lucratieve belangen wel tot de winstsfeer worden gerekend. Door de rangorderegeling van art. 2.14 Wet IB 2001 komt men immers niet meer aan een volgende bepaling toe als art. 3.3, lid 1, sub c, Wet IB 2001 van toepassing is. Kiest men voor een vangnet in de winstsfeer, dan is het desgewenst mogelijk om de MKB-winstvrijstelling van overeenkomstige toepassing te verklaren op voordelen ex art. 3.3, lid 1, sub c, Wet IB 2001. Op deze wijze kan enigszins rekening worden gehouden met het feit dat inkomen uit lucratieve belangen in omliggende landen tegen (aanzienlijk) lagere tarieven pleegt te worden belast. Wij verwijzen in dit verband naar onze notitie 'Internationale vergelijking belastingheffing over carried interest'.

3.4.4 Aftrek van kosten van lucratieve belangen

Zoals hiervoor in par. 3.1 werd opgemerkt, houdt het systeem van de wet in dat arbeidsvergoedingen die bij de ontvanger als box 1-inkomen worden belast, bij de betaler (indien deze ondernemer is) op de winst in aftrek dienen te komen. Naar onze mening zijn er geen overtuigende argumenten aanwezig om van deze regel af te wijken indien het gaat om voordelen uit lucratieve belangen. Ergo, de kosten die zijn verbonden aan het verstrekken van een lucratief belang dienen in aftrek te worden gebracht op de winst van de vennootschap ten behoeve van wie de werkzaamheden zijn verricht waarvoor het lucratief belang een beloning vormt. Dit kan worden bereikt door aan art. 9 Wet VPB 1969 een daartoe strekkende bepaling toe te voegen. De vraag rijst welke omvang deze aftrek dient te hebben en op welk tijdstip deze dient plaats te vinden. Naar onze mening is het wenselijk om deze aftrek toe te kennen op het tijdstip van verstrekking van het belang en om de omvang ervan te stellen op de waarde in het economische verkeer van het verstrekte belang op dit tijdstip, verminderd met de vergoeding die is ontvangen van degene die het belang heeft verkregen. Op deze wijze wordt aangesloten bij de benadering van de Hoge Raad in zijn arrest van 16 oktober 1996, BNB 1997/47, met betrekking tot de in aftrek te brengen kosten van aan werknemers verstrekte aandelenopties. Aangezien in de waarde in het economische verkeer van het verstrekte belang ten tijde van de verstrekking rekening wordt gehouden met alle positieve en negatieve risico's met betrekking tot de toekomstige waardeontwikkeling van het belang, dient naar onze mening de waardeontwikkeling van het belang na de verstrekking de winst van de verstrekker niet meer te beïnvloeden. Dit zou immers leiden tot dubbele aftrek.

3.4.5 Middellijk gehouden lucratieve belangen

Naar onze mening is er geen aanleiding om wijziging aan te brengen in de fiscale behandeling van middellijk gehouden lucratieve belangen. De belastingdruk op de inkomsten uit en vermogensmutaties van deze belangen belooft circa 40 á 44% en dit lijkt ons alleszins acceptabel. Wij zien eveneens geen noodzaak om maatregelen te treffen om uitstel van afrekening van de aanmerkelijkbelangclaim te voorkomen aangezien deze claim op normale wijze in stand blijft.

HANDELINGEN TWEEDE KAMER 3 SEPTEMBER 2008

Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen

Blz. 107-7849:

De heer **Weekers** (VVD): (.....) Tijdens de hoorzitting van de vaste commissie voor Financiën sprak belastingadviseur en voormalig CDA-prominent Marnix van Rij in. Hij heeft niet alleen kritiek gegeven maar ook een constructieve bijdrage geleverd aan de kwaliteit van het wetgevingsproces en een alternatieve benadering aangereikt. Die is op 29 augustus jongstleden zowel aan de commissie als aan de staatssecretaris gestuurd. Is de staatssecretaris bereid om die benadering van Van Rij serieus op haar merites te beoordelen en te bezien of dit wellicht niet een betere, verstandigere benadering is dan die waarvoor de staatssecretaris heeft gekozen? Is deze benadering eerder aan de orde gekomen bij de afwegingen die tot dit wetsvoorstel hebben geleid? Graag verneem ik een uitgebreide, inhoudelijke reactie.

Blz. 107-7876 en 107-7877:

Staatssecretaris **De Jager**: Ja. De heer Weekers heeft gevraagd om een uitgebreide reactie op het voorstel van de heer Van Rij waarin een alternatief wordt aangedragen. Ik zal dat snel proberen te doen. Het is een heel korte vraag, maar anders zou het een uur kosten om daarop in te gaan. Ik zal vier onderdelen aangeven van het alternatief van de heer Van Rij. Ten eerste wordt in het alternatief de keuze gemaakt voor het onderbrengen bij de loonbelasting. Een eenduidige keuze voor box 1, in dit geval als loon, zou betekenen dat Nederland in internationaal perspectief juist wel uit de pas gaat lopen, want 52% is toch iets heel anders dan 25% en dat is slecht voor het vestigingsklimaat. De heffing van loonbelasting stuit daarnaast ook nog specifiek op praktische problemen, bijvoorbeeld als de realisatie van de vermogenswinst of de dividenduitkering niet via de salarisadministratie loopt of als de vennootschap geen kennis draagt van het lucratief belang. Ten tweede is het voorstel van een aftrekpost voor lucratieve belangen in de VPB niet in lijn met het regime voor aandelenopties. In Werken aan winst is er juist voor gekozen om voor werknemersopties een aftrekbeperking in te voeren. Verder wordt in het alternatieve voorstel niet uitgewerkt wat de omvang van de aftrek moet zijn. Ten derde verandert er in het alternatieve voorstel niets via in eigen AB-vennootschap gehouden lucratieve belangen, belangen die nu in een AB zitten, lucratieve belangen of andere aanmerkelijk belangen die nu in een bv zitten. Dit betekent dat de uitkeringsdwang die dit wetsvoorstel introduceert om tot een evenwichtige heffing te komen, die zorgt dat er werkelijk heffing per jaar plaatsvindt, zich niet zal manifesteren. Dat achten wij niet evenwichtig in het kader van de bedoeling van het wetsvoorstel. Ten vierde kent het voorstel een alternatieve definitie van lucratief belang. Een belangrijke voorwaarde in de definitie van de heer Van Rij is dat de werkzaamheden van de belastingplichtige een naar verwachting niet verwaarloosbare invloed moeten hebben op het waardeverloop van de belangen. Dat is geen duidelijk criterium, want wanneer wordt aan deze voorwaarde voldaan? Een belangrijk deel van het werk van private equitymanagers zal juist het identificeren van bijvoorbeeld de potentiële overnamekandidaat betreffen. Dan wordt het heel erg moeilijk om

te bepalen of aan de voorwaarde wordt voldaan. Op het waardeverloop van het belang heeft dat dan ook geen invloed. Met toepassing van de alternatieve definitie van Van Rij komt men dan ook niet tegemoet aan de kritiek die is geuit op de afbakening die met het wetsvoorstel wordt gemaakt van een lucratief belang. Het alternatieve voorstel zou volgens de ramingen van het ministerie van Financiën overigens een budgettaire derving en niet een opbrengst tot gevolg hebben. En dat is ook niet echt de bedoeling.

Korte reactie van Ernst & Young op de bovenstaande opmerkingen van de staatssecretaris:

Ad 1.

De staatssecretaris gaat voorbij aan de volgende feiten:

- inkomsten uit hoofde van toekenning van een lucratief belang vallen onder de huidige wettelijke regeling en onder de door de staatssecretaris voorgestelde regeling in veel gevallen ook onder de loonbelasting. Het voorstel- Van Rij bereikt alleen dat de waardeontwikkeling van lucratieve belangen die in de loonsfeer worden toegekend - evenals aandelenopties die in de loonsfeer worden toegekend - na de toekenning ook onder de loonsfeer valt waardoor hiervoor niet behoeft te worden uitgeweken naar de ingewikkelde regeling in de sfeer van het resultaat uit werkzaamheden die de staatssecretaris voorstelt;
- ook in het voorstel- Van Rij heeft de houder van een lucratief belang de mogelijkheid om inkomsten uit hoofde van een lucratief belang buiten de box 1-heffing te houden door dit belang in een BV onder te brengen, waarbij - anders dan in het voorstel van de staatssecretaris - geen uitkeringsdwang geldt.

Ergo, het voorstel- Van Rij leidt niet tot een slechter, maar juist tot een beter vestigingsklimaat dan het voorstel van de staatssecretaris. Dit wordt ook bevestigd door de verwachte budgettaire derving waaraan de staatssecretaris refereert.

Eventuele problemen bij de informatievoorziening aan de werkgever kunnen worden voorkomen door in de AWR de verplichting voor de houder van een lucratief belang op te nemen om zijn werkgever tijdig te voorzien van de informatie die hij nodig heeft voor het voldoen aan zijn verplichtingen met betrekking tot de inhouding en afdracht van loonbelasting.

Ad 2.

Het invoeren van een aftrekpost ter zake van de verstrekking van een lucratief belang is inderdaad niet in lijn met het regime voor aandelenopties, maar met betrekking tot dit laatste regime is met ingang van 2007 juist het rechte pad verlaten door arbeidsbeloningen in de vorm van verstrekte aandelenopties niet meer in aftrek toe te laten. Het zou de wetgever sieren om het evenwicht tussen inkomsten- en aftrekkant dat aldus verloren is gegaan te herstellen en ook arbeidsbeloningen in de vorm van verstrekte aandelenopties weer in aftrek toe te laten.

In het voorstel- Van Rij wordt over de omvang van de aftrek opgemerkt: *“Naar onze mening is het wenselijk om deze aftrek toe te kennen op het tijdstip van verstrekking van het belang en om de omvang ervan te stellen op de waarde in het economische verkeer van het verstrekte belang op dit tijdstip, verminderd met de vergoeding die is ontvangen van degene die het belang heeft verkregen.”* Naar onze mening is voldoende duidelijk wat hiermee wordt beoogd.

Ad 3.

Het feit dat in het voorstel- Van Rij de uitkeringsdwang ontbreekt die in het wetsvoorstel van de staatssecretaris voorkomt in gevallen waarin het lucratieve belang in een BV is ondergebracht, wordt door hem als onevenwichtig gekwalificeerd. Wij delen deze mening niet. In de eerste plaats wordt over de inkomsten uit het lucratieve belang dat de BV houdt vennootschapsbelasting geheven zodra deze inkomsten door de BV worden gerealiseerd, tenzij deze inkomsten onder de deelnemingsvrijstelling vallen omdat het lucratieve belang een deelneming in de zin van art. 13 VPB vormt (tijdens het plenaire debat in de Tweede Kamer leek de staatssecretaris ervan uit te gaan dat de deelnemingsvrijstelling doorgaans van toepassing zal zijn, maar wij betwijfelen of de houder van een lucratief belang inderdaad doorgaans de 5%-grens van art. 13 VPB zal overschrijden). In de tweede plaats betekent het feit dat de aanmerkelijkbelangclaim pas verzilverd wordt bij uitkering van dividenden door de BV of bij verkoop van de aandelen van de BV niet dat deze claim op een of andere wijze verloren gaat. Integendeel, hoe langer het duurt voordat deze claim wordt verzilverd, hoe hoger deze claim wordt door de waardeaan groei van de BV. In de derde plaats wordt een eventuele 'onderbetaling' van door de directeuraandeelhouder ten behoeve van de BV verrichte arbeid voorkomen door de gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB.

Ad 4.

In het voorstel- Van Rij is een algemene omschrijving van het begrip lucratief belang opgenomen om te voorkomen dat inventieve belastingplichtigen het regime voor excessieve beloningen op eenvoudige wijze kunnen ontgaan. In deze definitie komt inderdaad het criterium voor dat de werkzaamheden van de belastingplichtige een naar verwachting niet-verwaarloosbare invloed moeten hebben op het waardeverloop van het desbetreffende belang. Wij achten dit criterium noodzakelijk om te voorkomen dat belangen op de waardeontwikkeling waarvan de werkzaamheden van de belastingplichtige geen invloed uitoefenen als lucratief belang worden aangemerkt; alsdan ontbreekt immers elk verband tussen arbeid en waardeaan groei. Wordt dit criterium in de wet opgenomen, dan dient naar onze mening in de wetsgeschiedenis in algemene zin en met behulp van voorbeelden te worden aangegeven op welke wijze aan dit criterium invulling dient te worden gegeven, waarna het vervolgens aan de rechter is om dit criterium in de aan hem voorgelegde gevallen concreet in te vullen. Dergelijke algemene criteria komen meer in de wet voor, denk bijvoorbeeld aan het redelijkheidscriterium in art. 15a en 17a Wet LB.

De staatssecretaris wijst er voorts op dat een belangrijk deel van het werk van private equity managers juist het identificeren van bijvoorbeeld potentiële overnamekandidaten zal betreffen. Dit neemt niet weg dat een ander belangrijk (en naar onze mening meer omvangrijk) deel van het werk van private equity managers zal zijn om de geïdentificeerde en overgenomen targets uit hun sluimer te wekken en weer tot bloei te brengen. Op het waardeverloop dat hiervan het gevolg is hebben zij wel degelijk (niet-verwaarloosbare) invloed.

Tot slot vermeldt de staatssecretaris dat het voorstel- Van Rij volgens de ramingen van het ministerie van Financiën zou leiden tot een budgettaire derving hetgeen niet echt de bedoeling zou zijn. In de eerste plaats vinden wij het merkwaardig dat het ministerie van Financiën in staat is om een budgettaire raming te maken van een voorstel waarin een begrip lucratief belang wordt gehanteerd dat (althans volgens de staatssecretaris) met behulp van een niet-duidelijk criterium wordt afgebakend en waarin een aftrek wordt voorgesteld waarvan (althans volgens de staatssecretaris) de omvang niet duidelijk is. In het licht hiervan kan aan deze raming naar onze mening niet al te veel betekenis worden toegekend. In de tweede plaats hadden wij de indruk dat het niet het doel was van het wetsvoorstel Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen is om een budgettaire opbrengst te genereren, maar om een evenwichtige belastingheffing van inkomsten uit lucratieve belangen tot stand te brengen. Kennelijk is het budgettaire argument toch belangrijker dan wij ons realiseerden en kan dit aan een meer evenwichtige regeling van de onderhavige materie in de weg staan.

Lucratieve belangen

Afbakening lucratief belang

De staatssecretaris heeft tijdens de plenaire behandeling op 3 september 2008 het volgende opgemerkt: *"Ik kan nogmaals zeggen dat naar mijn oordeel het wetsvoorstel duidelijk is over wanneer iets een lucratief belang vormt. De situaties die niet in het wetsvoorstel worden beschreven, vormen dus geen lucratief belang. Ik heb enkele heldere voorbeelden gegeven over niet-lucratieve belangen. (...) Ik ben klip en klaar geweest om te komen tot een goede afbakening van het lucratief belang. Alles wat ik hierover zeg, maakt deel uit van de wetsgeschiedenis."*

Hoewel de staatssecretaris van mening is dat hij duidelijk is geweest over de afbakening van het begrip lucratief belang en het lijkt alsof hij een limitatieve opsomming heeft gegeven van hetgeen als lucratief belang kwalificeert, willen wij toch graag helderheid over de volgende onderdelen.

Reguliere werknemersaandelenplannen

De staatssecretaris heeft regelmatig aangegeven dat reguliere werknemersaandelenplannen buiten het bereik van de wetgeving vallen. Op pagina 7 van de Memorie van Toelichting bijvoorbeeld staat dat niet is beoogd met deze nieuwe wetgeving ook aan werknemers verstrekte aandelen te treffen waaraan geen bijzondere condities of voorwaarden kleven. Op pagina 10 van de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat beursgenoteerde aandelen niet zullen voldoen aan de vereisten om aangemerkt te worden als een lucratief belang. Verderop op pagina 13 van de Memorie van Toelichting staat dat de eis van een specifieke (achtergestelde) soort aandelen ervoor dient te zorgen dat reguliere werknemersparticipaties niet door de regeling worden getroffen. Op pagina 27 van de Nota naar aanleiding van het Verslag staat dat reguliere werknemersaandelenplannen buiten het bereik van de wetgeving vallen. Aandelenoptieplannen voor werknemers, begrepen onder artikel 10a Wet LB 1964 vallen evenmin onder het wetsvoorstel.

Wat betreft de aandelenoptieplannen bestaat geen onduidelijkheid omdat hiervan een definitie in de wet is opgenomen. Onduidelijk is echter wanneer precies sprake is van een regulier werknemersaandelenplan als het geen aandelenoptieplan betreft. Is hiervan sprake als het plan op beursgenoteerde aandelen ziet? Is hiervoor vereist dat alle werknemers kunnen participeren of vallen zogenaamde "Key Employee Plans" hier ook onder? Of is de definitie van reguliere werknemersaandelenplannen een negatieve zodat hiervan slechts sprake is als geen sprake is van een lucratief belang?

Potentiële rendementen

De staatssecretaris heeft op pagina 9 van het Nader Rapport en op pagina 4 van de Memorie van Toelichting aangegeven dat het gaat om belangen waarmee potentiële rendementen kunnen worden behaald die in geen verhouding staan tot het geïnvesteerde kapitaal. Op pagina 11 van de Memorie van Toelichting wordt ook gesproken over "het meer dan evenredig delen in de overwinst". Op pagina 26 van de Nota naar aanleiding van het Verslag is nog

toegevoegd dat ook belangen waarmee rendementen kunnen worden behaald die niet in verhouding staan tot het feitelijk op de investering gelopen risico kwalificeren als lucratief belang.

Bij zogenaamde Restricted Stock Units of Performance Shares krijgt een werknemer het recht op gratis (beursgenoteerde) aandelen in de toekomst. Bij deze in de praktijk veel voorkomende werknemersaandelenplannen wordt de werknemer belast in de loonsfeer over de marktwaarde van de aandelen op het moment dat hij een onvoorwaardelijk recht op levering van de aandelen krijgt. Het standpunt zou kunnen worden ingenomen dat het geïnvesteerde kapitaal van de werknemer gelijk is aan de verschuldigde loonbelasting. Dit is immers het enige dat de werknemer heeft betaald voor de aandelen. Aangezien het maximale tarief in de loonsfeer 52% is, kan een werknemer een rendement van 48% behalen als hij zijn aandelen direct na verkrijging verkoopt. Het betreft echter normale (beursgenoteerde) aandelen, de hoge rendementen in vergelijking tot het geïnvesteerde kapitaal zijn geen gevolg van bijzondere voorwaarden en condities verbonden aan de aandelen en het gaat om reguliere werknemersaandelenplannen. Wij zijn derhalve van mening dat dergelijke situaties niet onder de toepassing van de voorgestelde wetgeving vallen en vragen een bevestiging van de staatssecretaris.

Bijzondere condities of voorwaarden

Op pagina 4 van de Memorie van Toelichting staat dat de bijzondere voorwaarden en condities waaronder lucratieve belangen kunnen worden verkregen, niet open staan voor reguliere beleggers. Op pagina 26 van de Nota naar aanleiding van het Verslag staat te lezen dat het bereik van de voorgestelde wetgeving is beperkt tot vermogensbestanddelen, waaronder aandelen, waaraan als beloning voor werkzaamheden van degene aan wie de vermogensbestanddelen worden verstrekt, bepaalde bijzondere condities of voorwaarden zijn verbonden. Kenmerkend daarbij is dat rendementen kunnen worden behaald die in geen verhouding staan tot het geïnvesteerde kapitaal en/of het feitelijk op de investering gelopen risico; veelal zijn "hefboommechanismen" ingebouwd, waardoor zeer hoge rendementen kunnen worden behaald. Aandelenpakketten (en andere vermogensbestanddelen) waaraan dergelijke bijzondere condities niet zijn verbonden, worden niet door het wetsvoorstel bestreken. Pagina 29 van de Nota naar aanleiding van het Verslag vermeldt dat als hoofdlijn heeft te gelden dat wanneer instrumenten onder vergelijkbare voorwaarden en condities voor willekeurige derden op "de markt" verkrijgbaar zijn, de regeling geen toepassing vindt.

Uit het bovenstaande lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat het condities of voorwaarden zijn die de waardeontwikkeling van de aandelen (positief) beïnvloeden of het risico afdekken. Reverse ratchets, zeker indien deze zijn verbonden aan beursgenoteerde aandelen, hebben dergelijke gevolgen niet. Welke argumenten heeft de staatssecretaris om dergelijke reverse ratchets dan toch in de definitie van lucratief belang te betrekken?

In dit verband wordt ook verwezen naar pagina 10 van de Nota naar aanleiding van het Nader Verslag. Hier verwijst de staatssecretaris, op de vraag van prof. dr. A.H.M. Daniëls hoe Restricted Stock toegekend onder "reguliere werknemersparticipatieplannen" moet worden gekwalificeerd, naar de Memorie van Toelichting waarin een vergelijkbare situatie is besproken aan de hand van het voorbeeld over de zogenaamde "reverse ratchet". Daarbij wordt het voordeel van de gratis aandelen als loon in aanmerking genomen. Onder artikel 3.92b, eerste

lid, Wet IB 2001 in verbinding met het vierde lid van dat artikel, wordt de gehele opbrengst - met inbegrip van het verlies van het vervallen van de aandelen en een eventuele koersstijging van de aandelen - als het te belasten resultaat van een werkzaamheid aangemerkt.

De staatssecretaris heeft herhaaldelijk aangegeven dat reguliere werknemersaandelenplannen niet onder de werking van het wetsvoorstel vallen. Toch wordt nu een in de praktijk zeer gebruikelijke aandelenregeling onder de definitie van lucratief belang gebracht. Het betreft echter normale (beursgenoteerde) aandelen, de aandelen leveren geen hogere rendementen voor de werknemers dan voor normale investeerders en de "reverse ratchet" dient slechts om werknemers die niet aan de gestelde voorwaarden voldoen te "straffen". Op basis van de huidige stand van de wet- en regelgeving is sprake van negatief loon in de situatie dat een werknemer zijn gratis aandelen kwijtraakt. Als de staatssecretaris de heffing over Restricted Stock wil verschuiven van toekenning naar onvoorwaardelijk worden zijn wij van mening dat het zuiverder is om voor deze situaties de loonbelastingwetgeving aan te passen, zoals dat enige jaren geleden ook voor de personeelsopties is gedaan. Wij vernemen graag hoe de staatssecretaris hier tegenaan kijkt.

Sterke samenhang

In het voorbeeld op pagina 30 van de Nota naar aanleiding van het Verslag worden cumulatief preferente aandelen die (net) niet voldoen aan de omschrijving van het tweede lid, onderdeel a, van artikel 3.92b wel onder lucratief belang begrepen op grond van het vierde lid. Door de toepassing van het hefboomeffect - als gevolg van de lening onder onzakelijke voorwaarden van de gelieerde dochtermaatschappij van het private equity-huis - komt dit in economisch opzicht overeen met aandelen als bedoeld in het tweede lid. De Strip valt in zijn geheel onder het resultaat uit een werkzaamheid.

Op pagina 31 van de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt in dit kader het volgende opgemerkt: "Het moet gaan om afspraken die een sterke samenhang met elkaar hebben en waarbij de economische realiteit juist is gelegen in en wordt gecreëerd door de onderlinge samenhang. (...) Wat het kabinet betreft is de toets die aangelegd moet worden of het in economisch opzicht om een lucratief belang gaat."

Hoe wordt de combinatie van een investering in gewone aandelen en de toekenning van bijvoorbeeld personeelsopties (belast bij uitoefening) of Restricted Stock Units ofwel RSUs (belast bij vesting), behandeld indien geen discussie bestaat over een dienstbetrekking? Eerder is opgemerkt dat aandelenoptieplannen voor werknemers, begrepen onder artikel 10a Wet LB 1964 niet vallen onder het wetsvoorstel. De combinatie van een investering in gewone aandelen en de toekenning van personeelsopties zou derhalve niet als lucratief belang moeten worden aangemerkt. Kan de staatssecretaris deze conclusie te bevestigen? En wat als de aandelen een lucratief belang vormen omdat bijvoorbeeld de "good leaver"-bepalingen te ruim zijn geformuleerd? Worden in dat geval de aandelen die verkregen worden bij de uitoefening van de aandelenopties ook tot het lucratief belang gerekend? Wij zijn van mening dat dit niet het geval moet zijn en wij vragen de staatssecretaris om een bevestiging.

Minder duidelijk is de combinatie gewone aandelen met RSUs. Hoewel RSUs tot de "reguliere werknemersaandelenplannen" behoren en onder de huidige wet- en regelgeving worden belast bij vesting geven zij in feite recht op (extra) aandelen. In de Memorie van Toelichting is

opgemerkt dat het bij overige rechten en verplichtingen waarvan het waardeverloop in enigszins belangrijke mate afhankelijk is van management- of aandeelhoudersdoeleinden kan gaan om zelfstandige vermogensrechten (bijvoorbeeld een recht op extra aandelen). Betekent dit nu dat de combinatie van een investering in gewone aandelen en een toekenning van RSUs ertoe leidt dat zowel de gewone aandelen als de RSUs als lucratief belang worden aangemerkt? Een variant hierop zijn zogenaamde "Matching" plannen, op grond waarvan een werknemer gratis aandelen van zijn werkgever kan krijgen indien hij zelf op de beurs een aantal aandelen in de werkgever koopt en die een bepaalde periode aanhoudt. Het aantal gratis aandelen dat de werknemer kan verkrijgen is afhankelijk van het aantal "eigen" aandelen dat de werknemer gedurende de vastgestelde periode aanhoudt.

Een vergelijkbare vraag kan worden gesteld voor schulden die een tegemoetkoming kennen voor gehele of gedeeltelijke kwijtschelding. Deze schulden zullen veelal zijn aangegaan om bepaalde aandelen te verwerven. Zijn de aandelen die zijn gefinancierd met een dergelijke lening ook "besmet" of is slechts het bedrag van de kwijtschelding te belasten als resultaat van een werkzaamheid? Het is de bedoeling van de wetgever om belangen waarmee potentiële rendementen kunnen worden behaald die in geen verhouding staan tot het geïnvesteerde kapitaal en/of het feitelijk gelopen risico onder de voorgestelde wetgeving te laten vallen. Met de schulden die een tegemoetkoming kennen voor gehele of gedeeltelijke kwijtschelding, bijvoorbeeld indien met het vermogensbestanddeel niet een bepaald rendement wordt behaald, wordt het risico van de werknemer beperkt of volledig weggenomen. Op basis hiervan lijkt de conclusie te moeten zijn dat de aandelen die met de schulden zijn gefinancierd ook als lucratief belang kwalificeren en de inkomsten die met deze aandelen worden genoten als resultaat van een werkzaamheid worden belast zelfs als de schuld nooit wordt kwijtgescholden.

Wij zijn van mening dat het rechtvaardiger is om slechts het voordeel van de extra aandelen of een eventuele kwijtschelding in box 1 te belasten en de aandelen tot de rendementsgrondslag voor box 3 te rekenen. Het rendement op de gewone aandelen verandert immers niet door de bijzondere voorwaarden en condities. Slechts het inwerkingtreden van de bijzondere voorwaarden en condities levert een (extra) voordeel voor de belastingplichtige op. Indien deze bijzondere voorwaarden en condities niet in werking treden bevindt deze belastingplichtige zich economisch gezien in dezelfde situatie als een individu die een investering heeft gedaan in dezelfde aandelen maar dan zonder de bijzondere voorwaarden en condities. Wij zien niet in waarom in de eerste situatie dan een hogere belastingdruk van toepassing moet zijn en stellen voor om de bijzondere voorwaarden en condities juist zoveel mogelijk afzonderlijk te belasten.

Internationaal - toepasselijk verdragsartikel

Tijdens de plenaire behandeling op 3 september 2008 heeft de staatssecretaris op een rij gezet hoe het internationale belastingrecht werkt.

"Als twee landen willen heffen, bijvoorbeeld in het geval van wonen in het buitenland en werken in Nederland, bepalen de bilaterale belastingverdragen welk land het heffingsrecht toebedeeld krijgt. Dit is ongeacht hoe wij het in Nederland kwalificeren, als resultaat van een werkzaamheid of als loon. Vrijwel alle verdragen die Nederland heeft afgesloten, volgen het

OESO-modelverdrag waarin in grote lijnen staat dat de werkstaat mag heffen over voordelen uit dienstbetrekking. Er staat niet "loon" maar "voordelen".

Het OESO-modelverdrag spreekt echter van "salaries, wages and other similar remunerations derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment...". Het Nederlands Standaard Verdrag zegt: salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen verkregen door een inwoner van een van de Staten ter zake van een dienstbetrekking....

"Als Nederland als werkstaat het heffingsrecht heeft, mogen wij zelf bepalen hoe dat gebeurt, of wij het als loon of als resultaat van een werkzaamheid kwalificeren. Het nationale fiscale systeem is in zo'n geval van toepassing. Dat Nederland daarin voor row heeft gekozen, is ons intern recht. Dit doet niets af aan het internationale recht. "Met werkzaamheid verband houdende" betekent eigenlijk dat de werkstaat voordelen uit een dienstbetrekking mag heffen. (...) Het maakt echter niet uit of wij het nu loon noemen of resultaat van een werkzaamheid. Dat doet daar niet aan af.

De toepassing van de voorgestelde regeling inzake lucratief belang in internationaal verband is naar onze mening, ondanks de uiteenzetting van de staatssecretaris, nog niet duidelijk. Wij zouden graag van de staatssecretaris willen vernemen onder welke omstandigheden de voordelen uit een lucratief belang in verdragsituaties onder het artikel voor niet-zelfstandige arbeid, het artikel voor zelfstandige arbeid, het vermogenswinstartikel, het bestuurdersartikel en het restartikel vallen.

Step up

De Orde had in het eerste commentaar van 22 mei 2008 geconstateerd dat bij immigratie van een belastingplichtige die op dat moment, dus bij "binnenkomst", in het bezit is van een lucratief belang, op basis van het oorspronkelijke wetsvoorstel bij "binnenkomst" voor de toepassing van het resultaatregime geen zogenaamde step up naar de waarde in het economische verkeer mag worden toegepast. In de Nota van Wijziging heeft de staatssecretaris in situaties waarin de belastingplichtige vóór de immigratie geen buitenlands belastingplichtige was voor zijn lucratief belang voorzien in een step up naar de waarde in het economische verkeer.

De vraag rijst waarom een step up bij immigratie van een individu die geen buitenlands belastingplichtige is voor immigratie wel mogelijk is en een algehele step up niet. Wij vragen de staatssecretaris om een reactie op de volgende vragen naar aanleiding van de hiervoor gegeven argumentatie.

- (i) *Een algehele step up wordt onevenwichtig geacht ten opzichte van belastingplichtigen die voor 1 januari 2009 belasting hebben betaald over een voor die datum gerealiseerde aangroei van een lucratief belang.*

Hoe zit het met situaties waarin de belastingplichtige is geïmmigreerd vóór 1 januari 2009, bijvoorbeeld op 15 februari 2006, en vóór de immigratie geen buitenlands belastingplichtige was voor zijn lucratief belang? Wordt in deze situaties met terugwerkende kracht een step up verleend naar de waarde in het economische verkeer

op 15 februari 2006 (het moment van immigratie) ondanks dat dit moment ligt vóór 1 januari 2009?

- (ii) *Een algehele step up brengt zware uitvoeringslasten met uitgebreide discussies over de waarde van de lucratieve belangen met zich.*

Dit speelt ook bij immigratie en aangezien de staatssecretaris schat dat circa 500 personen door de voorgestelde wetgeving zullen worden geraakt, zullen de uitvoeringslasten naar onze mening beperkt zijn.

- (iii) *Bij een algehele step up zouden aankondigingseffecten kunnen optreden.*

Bij een step up per 13 mei 2008 speelt dit niet.

- (iv) *Bij een algehele step up ontstaan budgettaire problemen.*

Zoals eerder opgemerkt hadden wij de indruk dat het niet het doel was van het wetsvoorstel om een budgettaire opbrengst te genereren, maar om een evenwichtige belastingheffing van inkomsten uit lucratieve belangen tot stand te brengen.

Aangezien de meeste argumenten van de staatssecretaris tegen een algehele step up naar onze mening niet gegrond zijn stellen wij in navolging van de Orde voor om in een step up per 13 mei 2008 te voorzien.

1. We hebben enige vragen over de definitie van een zogenoemd lucratief belang.

- A. Uit de wettekst is duidelijk dat preferente aandelen met een rendement dat minder dan 15% op jaarbasis bedraagt, op zichzelf gezien geen lucratief belang vormt. Kan de staatssecretaris bevestigen dat een achtergestelde (niet-winstdelende) lening met een rendement van minder dan 15% op zichzelf gezien ook niet kwalificeert als lucratief belang?
- B. Stel een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal, heeft voor 90% preferente aandelen A geplaatst en voor 10% gewone aandelen B geplaatst. Laten we aannemen dat het rendement op de preferente aandelen zakelijk is en dat overigens geen sprake is van een extra hefboomeffect via andere instrumenten. Op zichzelf gezien vormen de gewone aandelen alsdan geen lucratief belang. Kan de staatssecretaris bevestigen dat ingeval geen preferente aandelen zijn geplaatst, maar een achtergestelde lening is verstrekt in dezelfde verhouding (dus 90% van de totale investering) met een vergelijkbaar zakelijk rendement, de gewone aandelen eveneens geen lucratief belang vormen?
- C. Stel een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal, heeft voor 90% preferente aandelen A geplaatst en voor 10% gewone aandelen B geplaatst. Laten we aannemen dat het rendement op de preferente aandelen onzakelijk laag is en dat overigens geen sprake is van een extra hefboomeffect via andere instrumenten. In dit voorbeeld zullen de preferente aandelen minder dan hun nominale waarde waard zijn (vergelijk de situatie dat obligaties een lagere couponrente kennen dan de marktrente: ook dan zullen de obligaties onder pari noteren) en zullen de gewone aandelen meer waard zijn dan hun nominale bedrag. Kan de staatssecretaris bevestigen dat in dit geval de gewone aandelen eveneens geen lucratief belang vormen omdat hun werkelijke waarde boven voormelde 10% is gelegen? Overigens moet worden onderkend dat in dit geval de aandelen veelal tegen nominale waarde zullen worden verkocht aan het management, zodat normaliter sprake is van loon uit dienstbetrekking bij aankoop van deze aandelen.

2. We hebben tevens enige vragen over de zogenoemde sfeerovergang.

- A. Bij de behandeling in de Tweede Kamer is gesignaleerd dat sprake kan zijn van 'phantom income'. Dit is het geval als een lucratief belang niet langer als zodanig kwalificeert (een zogenoemde "sfeerovergang"). Het management heeft dit niet altijd zelf in de hand. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een aflopende ratchet. Een ratchet is een mechanisme waardoor na verloop van een bepaalde periode van bijvoorbeeld drie jaren om niet extra aandelen worden uitgegeven, afhankelijk van het behalen van bepaalde managementdoelstellingen. Na drie jaar is duidelijk of de betreffende extra aandelen wel of niet worden toegekend. Na deze periode kan sprake zijn van een 'normale aandelenparticipatie', zodat sprake is van sfeerovergang. Andere voorbeelden zijn de inkoop/aflossing van cumprefs, het herfinancieren van de onderneming of het meer waard worden van gewone aandelen waardoor niet langer sprake is van een excessieve leverage. Op zich lijken dit stuk voor stuk voorbeelden die niet afgestraft zouden moeten worden door een heffing bij het management. Echter, het management dient bij een sfeerovergang haar aandelen te waarderen op de waarde in het economische verkeer en hierover 52% belasting te betalen, ongeacht of deze winst wordt gerealiseerd of niet. Latere waardedalingen kunnen niet in Box I in aanmerking worden genomen (vanaf dat moment is immers Box II of Box III van toepassing). Is de staatssecretaris bereid

hiervoor alsnog een tegemoetkoming te bieden als toegezegd ten aanzien van contractueel overeengekomen aflossingen van cumprefs (zodat geopteerd kan worden voor een "fictief lucratief belang")?

- B. Mocht de staatssecretaris geen doorschuifregeling wensen te treffen voor de sfeerovergang, is de staatssecretaris dan bereid om toe te zeggen dat de Invorderingswet 1990 zal worden aangepast in die zin dat de belastingclaim over voormelde eindafrekeningswinst kan worden uitgesmeerd over een periode van tien jaren (zie artikel 25, lid 14 van de Invorderingswet 1990, waarin een dergelijke uitsmeerregeling wel is geregeld voor de beëindiging van de terbeschikkingstellingsregeling in de zin van artikel 3.91 of 3.92 van de Wet Inkomstenbelasting 2001)?

3. De volgende vragen betreffen (aandelen) fusies als sprake is van een lucratief belang.

- A. Wij begrijpen dat de (aandelen) fusiefaciliteit van toepassing is voor die gevallen waarin het lucratief belang wordt geruild in het kader van een (aandelen) fusie. Hoe wordt heffing verzekerd ingeval na de aandelenfusie geen lucratief belang meer aanwezig is?
- B. Echter, niet altijd wordt aan alle voorwaarden voor een (aandelen) fusie voldaan. Er zijn andersoortige transacties goed denkbaar waarbij de manager zijn belang niet te gelde maakt, maar (mede gedwongen door zogenoemde tag along/drag along bepalingen) zijn lucratieve belang inruilt voor een nieuw belang ("roll over" bepalingen) en dit nieuwe belang op zichzelf bezien niet langer kwalificeert als lucratief belang. Is de staatssecretaris bereid hiervoor een doorschuifregeling te treffen? En als het nieuwe belang wél kwalificeert als lucratief belang, zijn dan de ruilarresten van toepassing?

4. In het wetsvoorstel is een maatregel opgenomen om de heffing van Box 1 te voorkomen, namelijk door het lucratieve belang te houden via een vennootschap. Als het voordeel uit lucratief belang in hetzelfde kalenderjaar voor ten minste 95% als voordeel uit aanmerkelijk belang in aanmerking wordt genomen, is Box 1 heffing niet langer aan de orde. Hier is een aantal praktische nadelen aan verbonden.

- A. Als in enig jaar "maar" 94% wordt uitgekeerd, is zowel 52% heffing in Box I als 25% heffing in Box II verschuldigd, in totaal derhalve 77% (vermeerderd met 25,5% vennootschapsbelasting als de BV geen recht heeft op de deelnemingsvrijstelling). Waarom is het ongewenst om voor de daadwerkelijke heffing in Box II een tegemoetkoming in Box I te geven, of andersom?
- B. Soms kan een manager zijn voordeel uit lucratief belang niet omzetten in een voordeel uit aanmerkelijk belang. Denk hierbij onder meer aan een uitkeringsverbod op zijn aandelen door toepassing van een herwaarderingsreserve, verliezen uit andere activiteiten, etc. of aan het feit dat de manager eenvoudigweg geen doorslaggevende stem in de Algemene vergadering van aandeelhouders van zijn holding kan uitbrengen. Het is niet reëel om te eisen dat de manager dan maar zijn aandelen verkoopt. Is de staatssecretaris bereid hiervoor een oplossing te bieden?

- C. Als onduidelijk is welk voordeel uit lucratief belang (bepaald volgens de regels van goed koopmansgebruik) is behaald in enig jaar, is het onmogelijk om precies 95%-100% in hetzelfde kalenderjaar als voordeel uit aanmerkelijk belang te realiseren. Denk aan een winstdelende lening, waarvan de rente pas na afloop van het kalenderjaar kan worden ingeschat. Een foutieve inschatting leidt tot eerderevermelde heffing van 77% (vermeerderd met 25,5% vennootschapsbelasting als de BV geen recht heeft op de deelnemingsvrijstelling). Is de staatssecretaris bereid hiervoor een oplossing te bieden?
- D. Ingeval de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de deelneming die een lucratief belang vormt, dient de personal holding vennootschapsbelasting over de voordelen uit de deelneming te betalen. Als de manager het lucratieve belang rechtstreeks had gehouden, zou geen vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. Door de verschuldigde vennootschapsbelasting kan de personal holding normaliter niet aan de verplichting voldoen om 95% van het bruto voordeel uit lucratief belang als dividend door uit te delen. De staatssecretaris heeft evenwel aangegeven dat naar zijn mening eventueel verschuldigde vennootschapsbelasting bij het bepalen van een voordeel uit lucratief belang wel in aanmerking mag worden genomen in het licht van eerderevermelde dooruitdelingsverplichting in Box II. Is de staatssecretaris bereid deze toezegging expliciet in de wet op te nemen?
5. **De staatssecretaris heeft aangegeven dat het wetsvoorstel niet van toepassing is op reële bedrijfsopvolgingen. Graag willen wij dit verduidelijkt zien aan de hand van de volgende gestileerde voorbeelden.**
- A. Stel een ouder bezit alle aandelen in een BV waarin een onderneming wordt gedreven ter waarde van EUR 10 mio. Er zijn twee kinderen. Kind 1 werkt in de onderneming en is de beoogd bedrijfsopvolger, kind 2 heeft geen interesse in de onderneming. Stel de ouder zet alle gewone aandelen om in cumulatief preferente aandelen met een nominale waarde van EUR 10 mio, met een zakelijk bepaald cumpref dividendpercentage van 7%. Er worden gewone aandelen met een nominale waarde van EUR 100.000 uitgegeven aan kind 1. Als de onderneming na 5 jaar stel EUR 15 mio en na 10 jaar stel EUR 25 mio waard zou zijn, wat binnen de reële mogelijkheden van deze onderneming ligt, zijn de gewone aandelen over 5 jaar afgerond EUR 5 mio en na 10 jaar EUR 15 mio waard. Kan de staatssecretaris aangeven of in dit voorbeeld kind 1 van stond af aan geacht wordt een lucratief belang te bezitten?
- B. Gegeven het hiervoor geschetste voorbeeld, maar met dien verstande dat het kind 90% van de gewone aandelen verkrijgt met een nominale waarde van EUR 90.000 en een manager 10% van de gewone aandelen met een nominale waarde van EUR 10.000. Kan de staatssecretaris aangeven of in dit voorbeeld kind 1 en/of de manager van stond af aan geacht wordt een lucratief belang te bezitten?
- C. Gegeven het hiervoor geschetste voorbeeld, maar met dien verstande dat de ouder 90% van de gewone aandelen verkrijgt met een nominale waarde van EUR 90.000 en een manager 10% van de gewone aandelen met een nominale waarde van EUR 10.000. Kan de staatssecretaris aangeven of in dit voorbeeld de manager van stond af aan geacht wordt een lucratief belang te bezitten?