

Vergaderjaar 2001–2002 Nr. 117a

27 896

Wijziging van belastingwetten in verband met dividendstripping en het verlenen van optierechten aan werknemers

28 246

Aanpassing van het bij koninklijke boodschap van 30 augustus 2001 ingediende voorstel van wet tot wijziging van belastingwetten in verband met dividendstripping en het verlenen van optierechten aan werknemers (27 896) in verband met samenloop met inmiddels tot stand gekomen wetgeving

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR FINANCIËN¹

Vastgesteld 8 mei 2002

Het voorbereidend onderzoek van deze wetsvoorstellen heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

Algemeen

De leden van de **VVD**-fractie merkten op dat wetsvoorstel 27 896 op beide onderdelen kan worden aangemerkt als reparatiewetgeving naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad. Er wordt wel eens gezegd dat de wetgever in verband met de scheiding der machten terughoudend moet zijn met aanpassingen naar aanleiding van een duidelijke correctie door de rechter. In de situaties zoals die hier aan de orde zijn, lijkt reparatie door de wetgever in ieder geval hoogst wenselijk.

Het spreekt volgens velen haast vanzelf dat aandelen die worden ingekocht in verband met het verlenen van optierechten aan werknemers, niet als ingetrokken dienen te worden beschouwd. Met betrekking tot de dividendstripping is het eveneens aanvaardbaar dat de wetgever niet akkoord kan gaan met situaties waarin door simpele rechtshandelingen die materieel gezien slechts een beperkte betekenis hebben, de heffing van de belasting in feite wordt ontgaan. Dat die situaties zich voordeden was na de publicatie van het arrest BNB 1994/217 wel duidelijk. Had de wetgever niet veel eerder moeten ingrijpen? Wat was de reden om daarmee bijna acht jaren te wachten?

¹ Samenstelling:

Boorsma (CDA), Stevens (CDA) (*voorzitter*), Schuyer (D66), Rensema (VVD), Van den Berg (SGP), Varekamp (VVD), Ter Veld (PvdA), Ruers (SP), Wolfson (PvdA) (*plv. voorzitter*), De Vries (ChristenUnie), Dupuis (VVD), Bemelmans-Vidéc (CDA), Platvoet (GL).

Dividendstripping

De leden van de **CDA-fractie** vonden de tekst van de anti-dividendstrippingwetgeving dermate ruim geformuleerd dat de bepaling – bij een letterlijke lezing – ook van toepassing lijkt op pure interne reorganisaties binnen groepsverband, zoals bijvoorbeeld in het geval waarin een buitenlandse moedermaatschappij een aandelenbelang in haar Nederlandse dochtervennootschap onderbrengt in een andere Nederlandse vennootschap (bijvoorbeeld tegen contante betaling, schulderkenning of zelfs bij een aandelenruil). Die buitenlandse moedermaatschappij is in mindere mate gerechtigd tot een vermindering van dividendbelasting dan de nieuwe Nederlandse moedermaatschappij, terwijl de moedermaatschappij wel op indirecte wijze haar belang (positie) bij de aandelen van de Nederlandse dochtervennootschap behoudt. Kan de regering bevestigen dat dergelijke interne herstructurerings, mits zij niet een slechts zeer tijdelijk karakter hebben, niet door de voorgestelde anti-dividendstrippingbepalingen (Wet Dividendbelasting, Wet Vennootschapsbelasting en Wet Inkomstenbelasting) worden getroffen? De aanhef van het voorgestelde nieuwe artikel 4(3) Wet op de Dividendbelasting 1965 bevat de zinsnede «in samenhang met de genoten opbrengst». Dient deze zinsnede zodanig restrictief gelezen te worden dat de voorgestelde anti-dividendstrippingwetgeving slechts betrekking heeft op transacties die vlak voor een eventuele dividendvaststelling of uitkering plaatsvinden zodat de «tegenprestatie» ook duidelijk samenhangt met de «opbrengst»? Hoe moet bijvoorbeeld worden omgegaan met situaties waarbij een half jaar is verstreken tussen de aankoop van de aandelen en de dividenduitkering? Het lijkt dan irreëel om nog van dividendstripping te kunnen spreken, maar de voorgestelde wettekst biedt op dit punt onvoldoende houvast, zo meenden deze leden. Het is voor de praktijk daarom van belang duidelijker te weten te komen waar men precies aan toe is. Is het bijvoorbeeld mogelijk een safe harbor marge aan te geven (bijvoorbeeld de oorspronkelijke 10 dagen-/3 maanden-termijn) waarbuiten geen sprake wordt geacht te zijn van dividendstripping? Het wetsvoorstel voorziet in terugwerkende kracht van de anti-dividendstripping maatregelen tot 27 april 2001. Betekent deze terugwerkende kracht dat alleen transacties die aanleiding geven tot toepassing van de nieuwe maatregelen worden getroffen wanneer deze volledig en uitsluitend hebben plaatsgevonden ná 27 april 2001? De leden van de CDA-fractie vroegen zich in het bijzonder af hoe dient te worden omgegaan met situaties waarin een samenstel van transacties reeds een aanvang heeft genomen of reeds is afgerond vóór 27 april 2001, terwijl de concrete dividenduitkering ten aanzien waarvan moet worden beoordeeld of sprake is van «uiteindelijke gerechtigdheid» pas daarna plaatsvindt. Is de regering van mening dat hoewel het samenstel van transacties heeft plaatsgevonden voor 27 april 2001, de voorgestelde maatregelen kunnen worden toegepast op dividenduitkeringen na die datum? In de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer wordt, naar aanleiding van een vraag van de fracties van de VVD en het CDA, opgemerkt dat indien de ontvanger van de dividenden op grond van de voorgestelde wetgeving niet als uiteindelijk gerechtigde kan worden aangemerkt, de daadwerkelijke uiteindelijk gerechtigde evenmin een beroep kan doen op verrekening, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting, omdat de dividendbelasting niet te zijnen laste is ingehouden. Dit impliceert dat in een dergelijk geval noch bij de ontvanger van het dividend, noch bij de uiteindelijk gerechtigde dividendbelasting kan worden verrekend of terugggegeven en dus effectief tegen het reguliere tarief van 25% dividendbelasting wordt verschuldigd zonder mogelijkheid van verrekening of teruggaaf. Dit terwijl de uiteindelijk gerechtigde mogelijkerwijs zelf – zij het in minder mate dan de ontvanger van het dividend – in aanmerking zou zijn gekomen voor verrekening of teruggaaf,

dan wel voor vermindering op grond van een belastingverdrag. Een redelijker oplossing leek deze leden dan ook te zijn verrekening, vermindering of teruggaaf toe te staan aan de economische genietter voorzover deze, zonder het samenstel van transacties, daartoe gerechtigd zou zijn. Zonder een dergelijke tegemoetkoming is immers sprake van aanzienlijke «overkill» zonder dat daarvoor enige rechtvaardiging bestaat. De wetgeving schiet daarmee haar doel voorbij en introduceert in feite een soort impliciete fiscale boete op het aangaan van dividendstripping-transacties. De leden van de CDA-fractie vermochten niet in te zien wat hiervoor de rechtvaardiging zou kunnen zijn. Toepassing van andere anti-misbruikbepalingen in het fiscale recht (onder meer het leerstuk van *fraus legis*) leidt immers ten hoogste tot het niet toekennen van het beoogde fiscale voordeel. Een eventuele fiscale boete kan slechts op grond van de toepasselijke bepalingen van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen worden opgelegd en is terecht met waarborgen voor de belastingplichtige omgeven. Het kwam deze leden voor dat, zo een dergelijk fiscaal boete-effect al door de wetgever zou worden beoogd, hetgeen geenszins vaststaat, dat de thans hiervoor gekozen weg niet de juiste is. Kan de regering op het voorgaande inhoudelijk reageren? Is zij bereid toe te zeggen dat het hiervoor beschreven «overkill»-effect door wetgeving, dan wel in de uitvoerings sfeer, zal worden tenietgedaan, in dier voege dat, in gevallen van dividendstripping, teruggaaf, vermindering of verrekening van dividendbelasting zal worden toegestaan aan de economische genietter van het dividend, voorzover deze, zonder het samenstel van transacties, daartoe gerechtigd zou zijn geweest? Vanuit welk perspectief dient het behouden van een direct of indirect belang bij de aandelen te worden beoordeeld? Stel dat een Amerikaanse dochtermaatschappij van een buitenlandse moedermaatschappij een portfolio pakket aandelen Shell verkoopt aan haar Nederlandse zustermaatschappij. Alsdan kan worden geconcludeerd dat de verkopende partij (de Amerikaanse dochtermaatschappij) niet direct of indirect haar belang bij de aandelen heeft behouden, zodat de dividendstrippingbepaling niet van toepassing is. Dit zou evenwel anders kunnen zijn indien deze bepaling vanuit het perspectief van de buitenlandse moedermaatschappij moet worden geïnterpreteerd. Deze heeft immers indirect haar belang bij de aandelen Shell behouden; het enige verschil is dat de aandelen niet langer door haar Amerikaanse dochter maar door haar Nederlandse dochter worden gehouden. Hoewel een dergelijke interpretatie zich wellicht zou verdragen met de letterlijke tekst van de voorgestelde bepaling, is zij in strijd met de achtergrond en systematiek van de regeling. De moedermaatschappij zelf is immers nooit de «uiteindelijk gerechtigde» geweest van de Shell-aandelen en kan derhalve niet als vergelijkingsmaatstaf dienen om te beoordelen of zich een geval van dividendstripping voordoet. Kan de regering deze interpretatie bevestigen?

De regering is van mening dat de introductie van een nationale definitie van «uiteindelijk gerechtigde» of «beneficial owner» doorwerkt in de context van alle door Nederland gesloten belastingverdragen. De regering verdedigt deze mening op grond van de zogenaamde dynamische verdragsinterpretatie methode. In de literatuur is deze mening meerdere malen betwist. De *Gunst en Weststrate* (WFR 2001/6461) betogen dat de Hoge Raad de toepassing van deze dynamische methode nimmer heeft gesanctioneerd. Zij wijzen voorts op een recente uitspraak van Hof Den Bosch (V-N 2001/56.8), welke de redenering van de regering volledig doorkruist. Inzake de toepassing van het belastingverdrag Nederland – België op «fictief loon» oordeelde het Hof dat «het van oordeel is dat uitdrukkingen in verdragen als het onderhavige in het algemeen dynamisch moeten worden uitgelegd (...). Deze dynamische uitleg vindt echter zijn grens waar een verdragssluitende Staat het verdrag gedeeltelijk buiten werking stelt door achteraf in het nationale recht de betekenis

te wijzigen van uitdrukkingen die in het verdrag niet worden gedefinieerd (...) Voor deze opvatting vindt het Hof steun in de paragrafen 11 tot en met 13 van het Commentaar bij het OESO Modelverdrag (...). Door de in 1997 in de Nederlandse wet opgenomen fictie toe te passen op bestaande verdragen (...) zou Nederland zijn heffingsbevoegdheid eenzijdig uitbreiden op een wijze die niet door de verdragssluitende partijen kan zijn bedoeld.» De Gunst en Weststrate concluderen dat de doorwerking van de nieuwe Nederlandse interpretatie van «uiteindelijke gerechtigde» haaks staat op de goede trouw jegens de verdragspartners, in strijd is met het door Nederland in het Verdrag van Wenen onderschreven *pacta sunt servanda* beginsel en voorts «*treaty override*» suggereert, iets waartegen de voorgangers van de Staatssecretaris van Financiën immer fel gekant waren. Zij menen dat de verdragen heronderhandeld zullen dienen te worden alvorens de nieuwe anti-dividendstrippingmaatregelen in een internationaal verdragsperspectief van kracht kunnen worden. Vergelijk ook Engelen en Potgens (WFR 2000/6395), die van mening zijn dat de dynamische toepassing van het commentaar op het OESO-modelverdrag in principe moet worden verworpen en dat zou moeten worden aangesloten bij het commentaar zoals dat luidde op het moment dat het desbetreffende verdrag werd gesloten. Deze auteurs vinden het onaanvaardbaar dat een latere wijziging in het commentaar op het OESO-modelverdrag, een eerder gesloten belastingverdrag, dat in beide verdragssluitende staten de grondwettelijke goedkeuringsprocedure heeft ondergaan, kan wijzigen. Ook Feskens en Engelen (WFR 1999/6362) en Van IJzinga Veenstra en Eenhorst (WFR 2000/6375) zijn deze mening toegedaan. Is de regering bekend met deze artikelen, de uitspraak van Hof Den Bosch en zo ja, kan zij meedelen op basis van welke overweging(en) zij de door genoemde schrijvers gememoreerde bezwaren, en de hierboven aangehaalde Hofuitspraak, ter zijde schuift?

Het voorgaande had bij de leden CDA-fractie enige bezorgdheid gewekt ter zake van de acceptatie van de nieuwe nationale definitie van «uiteindelijke gerechtigde» door de verdragspartners van Nederland. Voorkomen dient te worden dat het imago van Nederland in de internationale ondernemingsgemeenschap verder geschaad wordt door eventuele strubbelingen met de verdragspartners. Het uitgebreide Nederlandse verdragennetwerk is immers een belangrijke peiler van het Nederlandse vestigingsklimaat. Is de regering willens deze bezorgdheid weg te nemen door reeds nu toe te zeggen, dat in het geval van dergelijke strubbelingen met een verdragspartner als gevolg van de nieuwe anti-dividendstrippingmaatregelen, de tenuitvoerlegging van deze maatregelen ter voorkoming van verdere imagoschade in de verdragscontext gestaakt zal worden ten aanzien van alle verdragen, en dat zij pas weer hervat zal worden, nadat alle mogelijke strubbelingen met de verdragspartners ter zake van het wetsvoorstel zijn weggenomen door bijvoorbeeld heronderhandeling van de desbetreffende verdragen?

Ondertussen kan nog wel de vraag gesteld worden, zo meenden de leden van de **VVD**-fractie, of de voorgestelde regeling ook effectief is. De regering stelt zonder veel omwegen dat het begrip «uiteindelijk gerechtigde» («*beneficial owner*») moet worden opgevat naar de nationale betekenis. Is dat wel een uitgemaakte zaak, zo vroegen deze leden. Prof. mr. Van Brunschot, wiens opvattingen overigens niet geheel worden gedeeld, lijkt in zijn noot onder het genoemde arrest van een wat andere opvatting uit te gaan. Kan achteraf de uitleg van een met een ander land gesloten verdrag worden gewijzigd? Is dit in alle opzichten correct te achten? Zou het niet meer voor de hand hebben gelegen om de belastingverdragen te wijzigen? Zijn of worden de verdragspartners ingelicht? Wil de regering opheldering verschaffen door uitvoerig op deze vragen in te gaan?

De vraag is ook, zo meenden deze leden, wie de uiteindelijk gerechtigde in de toekomst zal zijn. Het lijkt er op dat de wetgever deze vraag slechts in zoverre regelt dat wordt bepaald dat de buitenlandse koper van de dividendbewijzen dit in ieder geval niet is. Is deze indruk juist?

De staatssecretaris heeft gesteld dat de niets vermoedende koper op de beurs zal worden ontzien. Dat is natuurlijk wel mooi, maar deze vermenging of verwisseling van gunst en recht zou er ook op kunnen wijzen dat de regeling niet in alle opzichten fraai te noemen is. Indien een bank in Londen of een andere buitenlandse onderneming voor een groot bedrag aan restitutie van Nederlandse dividendbelasting vraagt, beschikt de Nederlandse fiscus dan in het algemeen over de feiten die het mogelijk zullen maken om de voorgestelde wet toe te passen?

Fiscale aspecten van werknemersopties bij de werkgever

Op bladzijde 13 van de Nota naar aanleiding van het Verslag merkt de regering op dat de jurisprudentie van voor de «februari-arresten» op het punt van inkoop ter tijdelijke belegging anders dan ter afdekking van optieverplichtingen naar haar mening nog gewoon van toepassing is. De leden van de **CDA-fractie** vroegen de regering te bevestigen dat zij daarmee bedoelt te zeggen dat verwerving van eigen aandelen ter tijdelijke belegging, anders dan uit hoofde van een causaal verband met de afdekking van optieverplichtingen, niet leidt tot een amortisatie van die aandelen?

Het voorgestelde artikel 10c lijkt slechts betrekking te hebben op situaties waarin de aandelen door de vennootschap daadwerkelijk zijn verworven. Derivaten op eigen aandelen – zoals opties op aandelen maar ook zogenaamde Stock Appreciation Rights (SAR's) – worden niet bestreken door het voorgestelde artikel. In de praktijk is het bijvoorbeeld gebruikelijk dat ondernemingen het koersrisico op door hen uitgegeven personeels-opties niet afdekken door eigen aandelen in te kopen, maar door callopties op eigen aandelen te kopen. Een dergelijke afdekkingstrategie heeft als belangrijk voordeel dat het liquiditeitsbeslag voor de onderneming wordt beperkt. Wanneer artikel 10c op dergelijke financiële instrumenten niet van toepassing zou zijn, zouden ondernemingen fiscaal risico's gaan lopen, daar waar zij juist beogen risico's af te dekken. Immers, het gevaar bestaat alsdan dat de onderneming een belaste winst op haar callopties realiseert, doch een niet-afrekbaar verlies op haar optieverplichting. Kan de regering bevestigen dat dit haar bedoeling is, zo vroegen de leden van de CDA-fractie.

Het was deze leden nog niet geheel duidelijk of een eventuele winst die wordt behaald met een tijdelijke belegging in eigen aandelen bij latere uitkering door de vennootschap aan haar aandeelhouders eveneens vrijgesteld is van de dividendbelasting.

Op bladzijde 17 van de Nota naar aanleiding van het Verslag merkt de regering op dat de Hoge Raad in arrest 35 074 heeft overwogen «dat ten tijde van het toekennen van de optie, tot het bedrag van de waarde van de optie een informele kapitaalstorting plaatsvindt. Het effect op de grondslag voor de kapitaalsbelasting vloeit derhalve voort uit de jurisprudentie.» Graag zouden de leden van de CDA-fractie de regering willen vragen een toelichting op deze opmerking te geven. Is het niet zo dat het voor de heffing van kapitaalsbelasting vereist is dat er sprake is van het bijeenbrengen van een in aandelen verdeeld kapitaal? Het gememoreerde arrest van de Hoge Raad is toch gewezen voor toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969? Het verstrekken van een werknemersopties kan toch bezwaarlijk worden uitgelegd als het bijeenbrengen van kapitaal; de werknemer stort immers niets. (Vergelijk ook de tekst van de Richtlijn EU 69/335/EEG.) Bovendien is in de literatuur inmiddels betoogd dat het voorgestelde nieuwe vierde lid van art. 35 Wet

op Belastingen van rechtsverkeer op dit punt in strijd is met de Richtlijn EU 69/335/EEG en derhalve onverbindend (R.W. Tieskens, WFR 2002/376). Kan de regering wellicht uitleggen in welke voege er in de onderhavige situaties sprake is van het bijeenbrengen van een in aandelen verdeeld kapitaal, welke heffing van kapitaalsbelasting rechtvaardigt? Wanneer een moedermaatschappij opties op aandelen in haar kapitaal toekent aan werknemers van een dochtermaatschappij worden ingevolge het voorgestelde art. 9, eerste lid, onderdeel i, Wet VPB 1969 bij deze moedermaatschappij kosten in aanmerking genomen, zo vervolgden deze leden. Deze kosten worden gesteld op het bedrag dat bij de werknemers als belast optievoordeel tot het loon wordt of kan worden gerekend. Aangezien deze kosten voortvloeiën uit de door de dochtermaatschappij gedreven onderneming, dient deze kostenafrek van de moedermaatschappij te worden «verplaatst» naar de dochtermaatschappij, hetzij via doorberekening van deze kosten, hetzij met behulp van het leerstuk van informeel kapitaal. Hiermee wordt voor de vennootschapsbelasting bereikt dat de (forfaitaire) kostenafrek van art. 9, eerste lid, onderdeel i, Wet VPB 1969 op de winst van de juiste belastingplichtige in mindering komt. De leden van de CDA-fractie stelden de vraag of voor de heffing van kapitaalsbelasting eveneens sprake is van inbreng van informeel kapitaal in de dochtermaatschappij als de moedermaatschappij besluit om de kosten die verband houden met de optietoekenning niet aan de dochtermaatschappij door te berekenen. Indien wordt aangenomen dat de moedermaatschappij bij uitoefening van de optierechten nieuwe aandelen aan de werknemers zal uitreiken, kan vanuit economisch oogpunt moeilijk worden gesproken van aan de optietoekenning verbonden kosten die door de moedermaatschappij worden gedragen. Bij de moedermaatschappij is immers geen sprake van enige cash outflow of waardevermindering van enig vermogensbestanddeel. Wel bedingt de moedermaatschappij bij uitoefening van de opties minder agio dan bij een emissie aan derden mogelijk zou zijn geweest, maar dit kan moeilijk als een vorm van kosten worden beschouwd. Dat voor de heffing van vennootschapsbelasting wel kosten in aanmerking worden genomen doet hieraan niet af, omdat deze kosten hun bestaan ontleenen aan de fictie van art. 9, eerste lid, onderdeel i, Wet VPB 1969. Ergo, voor de heffing van kapitaalsbelasting is in deze situatie geen sprake van aan de optieverlening verbonden kosten bij de moedermaatschappij en kan derhalve ook geen sprake zijn van inbreng van informeel kapitaal in de dochtermaatschappij als de moedermaatschappij deze «kosten» niet aan de dochtermaatschappij doorberekent. Kan de regering bevestigen dat deze conclusie juist is, zo vroegen deze leden tot besluit.

De voorzitter van de commissie,
Stevens

De griffier van de commissie,
Janssen