

Wetsvoorstel excessieve beloningen: doldraaien tegen het graaien



Mr. M.B. Bedaux is manager bij de afdeling Global Employer Services van Deloitte Belastingadviseurs te Amsterdam

Op 13 mei 2008 is het wetsvoorstel 'Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen' naar de Tweede Kamer gezonden. Dit wetsvoorstel is het antwoord op de vele verzoeken vanuit de politiek om invoering van een graaitaks of kleptocrantentaks, gericht tegen de excessieve salarissen en andere vormen van voordelen van topmanagers en bestuurders. Volgens veel politici zouden de topmanagers de schaamte voorbij zijn en graaien ze erop los. Kreten als 'exhibitionistische zelfverrijking', 'ordinair spelletje van topbestuurders' en 'perverse prikkels voor bestuurders' gaan als zoete broodjes over de politieke toonbank. Het mag toch niet zo zijn dat schoonmaaksters in Nederland meer belasting betalen dan de private equity-managers. Wat er ook van zij, de bedoeling is dat het wetsvoorstel per 1 januari 2009 in werking treedt. In deze bijdrage ligt de nadruk op de invoering van een belastingheffing in box 1 op 'met een werkzaamheid verband houdende lucratieve belangen'.

Het wetsvoorstel 'Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen' is gericht op het ontmoedigen van excessieve beloningen.¹ Wanneer een beloning als excessief moet worden beschouwd, wordt in het wetsvoorstel echter niet duidelijk. De behandeling van het wetsvoorstel is overigens

nog volop gaande. De behandeling in de Tweede Kamer is voorlopig uitgesteld en zal na het zomerreces worden voortgezet. Het wetsvoorstel bevat de volgende drie maatregelen:

1. vanaf een jaarloon van € 500.000 geldt een werkgeversheffing (een 'pseudo-eindheffing') van 30% over 'vertrekvergoedingen', voor zover deze vergoedingen hoger zijn dan één jaarloon;

¹ Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.2.

2. vanaf een pensioengevend loon van € 500.000 geldt een werkgeversheffing van 15% over de backservicepremie als pensioenopbouw plaatsvindt volgens het eindloonstelsel. Het bedrag van de backservicepremie wordt forfaitair berekend;
3. invoering van een belastingheffing in box 1 op 'met een werkzaamheid verband houdende lucratieve belangen'. Deze maatregel beoogt *carried interest* en gelijksoortige beloningen te belasten als resultaat uit overige werkzaamheden.

Zoals gezegd ligt in deze bijdrage de nadruk op de met een werkzaamheid verband houdende lucratieve belangen en de belastingheffing daarover in box 1.

DE PRIVATE EQUITY-WERELD

Alvorens dieper in te gaan op de voorgestelde maatregelen met betrekking tot de lucratieve belangen, leg ik eerst uit wat *private equity* eigenlijk inhoudt (zie ook het kader). Private equity-huizen richten vaak fondsen en participatiemaatschappijen op die belangen verwerven in (ondergewaardeerde) bedrijven, met het doel deze met flinke winst weer te verkopen. De private equity-huizen financieren deze fondsen of participatiemaatschappijen veelal mede met behulp van institutionele beleggers – waaronder pensioenfondsen, verzekeraars en beleggingsinstellingen – die een grote rol spelen als belangrijke kapitaalverstrekkers. De private equity-managers worden bij dit soort deals vaak als de *deal-makers* ingezet.

DOELSTELLING PRIVATE EQUITY-HUIS

Een voorbeeld van de doelstelling van een private equity-huis: 'The Investments' primary objective of the private equity house is to achieve above average growth in its net assets through capital gains from its investments and to earn satisfactory income for its shareholders. Every deal is unique. We are looking for investments that can achieve substantial capital growth on exit, either through an IPO or trade sale. Deal-makers are chosen not just for their transaction skills but also for their ability to work with management – most managers have vital, hands-on business experience.'

Carried interest(achtige) beloningen

De term *carried interest* vindt zijn oorsprong in de private equity-wereld. Een *carried interest* is vaak een aandeel voor de fondsmanager in distributies van een private equity-huis of hedge fund. Dit recht op uitdeling aan de fondsmanagers ontstaat vaak pas nadat de investeerders hun kapitaal inleg plus een deel rendement hierop hebben ontvangen. Het rendement is vaak direct of indirect gekoppeld aan het al dan niet gerealiseerd zijn van management- en/of aandeelhoudersdoelstellingen.

Een *carried interest* is vaak een aandeel voor de fondsmanager in distributies van een private equity-huis of hedge fund

De door private equity overgenomen vennootschappen worden veelal voor een deel met eigen vermogen en voor een deel met vreemd vermogen gefinancierd. Bij private equity-fondsen die een (tussen)holding oprichten om als overnemende entiteit te fungeren, is het aandeel van het vreemd vermogen vaak relatief hoog. Dit wordt ook wel *highly leveraged* genoemd. Zodoende ontstaat een groter hefboomeffect voor de verschaffers van het eigen vermogen. De potentiële overwinst is gigantisch en staat volgens de politiek vaak niet in verhouding tot het geïnvesteerde kapitaal. Hierbij wordt echter wel voorbijgegaan aan het hogere investeringsrisico voor aandeelhouders in een highly leveraged onderneming.

Volgens huidig recht kan het standpunt worden ingenomen dat een verkrijging om niet van de aandelen tot het loon behoort op het moment van toekenning

In sommige gevallen wordt binnen het eigen vermogen middels het uitgeven van verschillende soorten (achtergestelde) aandelen een nog groter hefboomeffect gerealiseerd. Daarnaast wordt ook gewerkt met meer soorten aandelen, waarbij aan één soort een cumulatief preferent dividend is gekoppeld met een ongebruikelijk hoog dividendpercentage. Toegegeven: dit soort instrumenten zal veelal niet bij onafhankelijke derde partijen worden geplaatst. In de toelichting op het wetsvoorstel staat het volgende voorbeeld van een 'lucratief belang' van private equity-managers.² Omwille van de leesbaarheid is het enigszins vereenvoudigd.

Voorbeeld

Het aandelenkapitaal van een overnamevennootschap is verdeeld in twee soorten aandelen. De eerste soort aandelen heeft recht op 10% cumulatief preferent dividend per jaar en de tweede soort aandelen is daarop achtergesteld, maar deelt volledig in de overwinst van de vennootschap. Van de eerste soort is € 99 miljoen bij het private equity-huis geplaatst en van de tweede soort € 1 miljoen. Daarnaast is de overnamevennootschap gefinancierd met een grote lening tegen een marktconforme rente. Aan winst wordt in het eerste jaar niets uitgekeerd. In het tweede jaar wordt € 40 miljoen aan winst uitgekeerd. De eerste soort heeft dan – voor de eerste twee jaar – recht op € 19,8 miljoen dividend (2 x 10% van € 99 miljoen) en de tweede soort heeft recht op de overwinst van € 20,2 miljoen (winst van € 40 miljoen minus

² Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.3, blz. 13.

cumulatief preferent dividend van € 19,8 miljoen).

De managers die zijn betrokken bij het private equity-huis en het hogere management van de (overgenomen) vennootschap hebben gezamenlijk 20% van de aandelen van de tweede soort (de overige 80% heeft het private equity-huis). Het hefboom-effect is hier goed zichtbaar: op een gezamenlijke investering van de managers van € 200.000 (20% van € 1 miljoen, zijnde het geplaatst aandelenkapitaal van de tweede soort) wordt na twee jaar een dividend ontvangen van € 4,04 miljoen (20% van de overwinst van € 20,2 miljoen). Het rendement in dit voorbeeld bedraagt 2020%.

HUIDIGE FISCALE PRAKTIJK

Hoe gaat de huidige praktijk om met bijvoorbeeld de belangen van private equity managers als in het voorbeeld? Op basis van de huidige wetgeving en jurisprudentie kan het standpunt worden ingenomen dat een verkrijging *om niet* van de genoemde aandelen tot het loon behoort op het moment van toekenning. Op toekenning is slechts de waardering van het vermogensrecht (aandeel) van belang voor het bepalen van het belastbaar voordeel. Alle positieve en negatieve aspecten zullen bij een dergelijke waardering moeten worden meegewogen. Het vermogensrecht komt na toekenning los van de dienstbetrekking te staan; het verlaat dan de loonsfeer en gaat tot de rendementsgrondslag van box 3 behoren. Dit recht wordt vervolgens geacht een rendement van 4% op jaarbasis te genereren. Dit fictief rendement wordt vervolgens in box 3 tegen 30% belast.

In de praktijk zijn evenwel vele discussies met de Belastingdienst bekend voor wat betreft de timing en hoogte van het loonvoordeel. De Belastingdienst bestrijdt dikwijls dat het lucratief belang tot de rendementsgrondslag van box 3 gaat behoren. Hij neemt tot op heden vaak het standpunt in dat het feitelijk gerealiseerde voordeel een 'recht op loon in geld' genereert, met name wanneer de door de werknemers gehouden aandelen een disproportioneel rendement opleveren. Het behoort dan ook volgens de Belastingdienst tot het loon op het moment van de feitelijke realisatie van het voordeel (tegen vaak 52% belasting).

De huidige praktijk is derhalve onzeker. Deze onzekerheden leiden ertoe dat vaststellingsovereenkomsten worden gesloten tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst met als doel om vooraf zekerheid te krijgen. Zo zijn er afspraken met de Belastingdienst over een heffing over het feitelijk voordeel in box 2 (25%) gesignaleerd.

HET WETSVORSTEL

Het belangrijkste van de nieuwe regeling is een nieuw art. 3.92b Wet IB 2001. Als sprake is van een 'lucratief belang' als gedefinieerd in deze bepaling, worden de voordelen daaruit belast als resultaat uit overige werkzaamheden. Door de hoge mate van inventiviteit in de markt zijn er veel vormen van carried interest-achtige beloningen. De wetgever heeft er derhalve voor gekozen om de nieuwe regeling te omkleden met een complexe en zeer ruime beschrijving, waarover verderop meer.

Als sprake is van een 'lucratief belang', worden de voordelen daaruit belast als resultaat uit overige werkzaamheden

De voorgestelde fiscale regeling is niet beperkt tot private equity-huizen, maar is bijvoorbeeld ook van toepassing op bepaalde personen die betrokken zijn bij overnamestructuren en soortgelijke beloningen als die, welke de private equity-managers ontvangen. Met de maatregel is overigens niet beoogd om normale werknemersparticipatieregelingen zwaarder te belasten. Uit de nota naar aanleiding van het verslag blijkt dat het aantal personen dat onder deze carried interest-regeling zal vallen, wordt geraamd op zo'n 500 personen.³ Het is echter zeer de vraag of het bij deze 500 blijft.

Het aantal personen dat onder de carried interest-regeling zal vallen, wordt geraamd op 500 personen, maar het is zeer de vraag of het daarbij blijft

Het gevolg van het onderbrengen van de regeling in de bron resultaat uit overige werkzaamheden is dat het winstregime – met name ook goedkoopmansgebruik en het totaalwinst-principe – van overeenkomstige toepassing is. De belastingheffing in het resultaatregime komt niet in de plaats van het loonbelastingregime, maar fungeert als een soort van aanvullende heffing. Om dubbele heffing te voorkomen, moet bij de bepaling van het resultaat de eventueel als loon in de belastingheffing betrokken grondslag als beginwaarde in aanmerking worden genomen. De regeling is ook van toepassing als de vermogenstitels via een vennootschap worden gehouden. Onder bepaalde voorwaarden is een heffing tegen het gunstiger box 2-tarief van 25% mogelijk. De regeling is voorts van toepassing op buitenlands belastingplichtigen die lucratieve vermogensbestanddelen houden en waarvan moet worden aangenomen dat deze mede een beloning beogen te zijn voor werkzaamheden die in Nederland zijn verricht. Nederland loopt met de nieuwe regeling enigszins vooruit ten opzichte van de rest van de wereld. In het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Frankrijk worden opbrengsten uit participaties en carried interest reeds tegen speciale tarieven belast. Deze tarieven liggen tussen 11% en 27% en zijn daarmee stukken lager dan het in Nederland geldende maximum van 52%.

De datum van inwerkingtreding is 1 januari 2009. Bestaande contracten kunnen tot 1 januari 2009 worden afgewikkeld volgens de oude regeling. De nieuwe regeling geldt ook voor bestaande lucratieve belangen; ze kent dus een materiële

³ Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.6, blz. 9.

terugwerkende kracht. Als de lucratieve belangen eerder in box 3 belast zijn geweest, wordt de desbetreffende aanslag op verzoek aan de inspecteur verminderd met toepassing van de hardheidsclausule.

De nieuwe regeling geldt ook voor bestaande lucratieve belangen; ze kent dus een materiële terugwerkende kracht

WAT IS EEN LUCRATIEF BELANG?

Het nieuwe art. 3.92b Wet IB 2001 bepaalt wanneer er sprake is van een belastbaar 'lucratief belang'. Het eerste lid omschrijft wanneer bepaalde vermogensrechten onder de reikwijdte van de regeling vallen. Het gaat hierbij enerzijds om (nader bepaalde) aandelen, vorderingen en rechten en anderzijds om schulden waaraan bepaalde tegemoetkomingen in verband met kwijtscheldingen zijn gekoppeld. Deze vermogensrechten worden slechts in de heffing betrokken als de inspecteur weet te bewijzen dat de voordelen, gelet op de feiten en omstandigheden waaronder deze aandelen, vorderingen of rechten zijn verkregen, 'naar moet worden aangenomen' mede een beloning beogen te zijn voor werkzaamheden van de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon. De inspecteur moet de relatie tussen het arbeidselement en de verwerving van het lucratieve belang aannemelijk maken. Uit de artikelsgewijze toelichting blijkt dat hierbij van belang is of de belastingplichtige zonder aanvullende voorwaarden of condities (op de beurs) dezelfde aandelen kan kopen.⁴ Is dat het geval, dan is er geen relatie met de werkzaamheden. Ook schulden die rechtstreeks samenhangen met de hiervoor bedoelde aandelen, vorderingen of rechten, vallen onder de resultaatsfeer. Dat betekent dat eventuele rente en kosten van geldleningen die verband houden met dergelijke vermogenstitels, in mindering op het belastbare resultaat komen.

Als aan de criteria van lid 1 wordt voldaan en er dus sprake is van een relatie met de werkzaamheden, dan moet vervolgens worden voldaan aan de voorwaarden van art. 3.92b, tweede tot en met vierde lid, Wet IB 2001. Hierin vindt een nadere afbakening plaats tussen normale vermogensrechten en vermogensrechten die als een lucratief belang kunnen worden aangemerkt.

In art. 3.92b, tweede lid, onderdelen a en b, Wet IB 2001 zijn de nadere voorwaarden omschreven die aan aandelen worden gesteld voor belastingheffing op de voet van deze regeling. Onderdeel a ziet op zogenoemde 'hefboomsituaties' door extreme verhoudingen tussen financiering met vreemd en eigen vermogen, zoals in het eerdere voorbeeld. De voorgestelde wettekst bepaalt dat het moet gaan om achtergestelde soortaandelen die minder beslaan dan 10% van het totale geplaatste aandelenkapitaal. Art. 3.92, tweede lid, onderdeel b, Wet IB 2001 ziet op aandelen met een gebruikelijk hoog dividendpercentage. De wettekst stelt

als voorwaarde dat het moet gaan om soortaandelen met een preferent dividend van ten minste 15% per jaar.

Art. 3.92b, derde lid, Wet IB 2001 regelt de nadere voorwaarden die aan vorderingen worden gesteld voor belastingheffing op de voet van deze regeling. Verlangd wordt dat het rendement van deze vorderingen in enigszins belangrijke mate afhankelijk is van bepaalde management- of aandeelhoudersdoeleinden, waarvan de wettekst een aantal voorbeelden opsomt.⁵

Art. 3.92b, vierde lid, Wet IB 2001 bepaalt welke rechten op de voet van deze regeling worden belast. De omschrijving is zeer ruim en omvat de volgende drie categorieën:

1. vermogensrechten die economisch overeenkomen of vergelijkbaar zijn met aandelen als bedoeld in art. 3.92b, tweede lid, Wet IB 2001 of vorderingen als bedoeld in art. 3.92b, derde lid, Wet IB 2001;
2. overige rechten of verplichtingen waarvan het waardeverloop in enigszins belangrijke mate afhankelijk is van management- of aandeelhoudersdoeleinden;
3. overige rechten of verplichtingen die in enigszins belangrijke mate in waarde vermeerderen bij een verkoop of overname van een onderneming, dan wel bij een wijziging van een belang in een onderneming.

Omdat er sprake zou zijn van financieel jargon zonder een eenduidige inhoudelijke betekenis, zeggen de bewindslieden geen nadere objectivering te kunnen geven

In de artikelsgewijze toelichting staan enkele voorbeelden van bepaalde rechten die onder de reikwijdte van art. 3.92b, vierde lid, Wet IB 2001 vallen, zonder dat precies duidelijk wordt gemaakt tot welke categorie deze behoren.⁶ Zo wordt opgemerkt dat zogenoemde *ratchets*, *dilution shares* en *reverse ratchets* tevens onder de regeling van art. 3.92b, eerste lid, onderdeel a, juncto vierde lid, Wet IB 2001 vallen. De minister en de staatssecretaris bevestigen verder dat ook de financiële instrumenten als *strips*, *preferred equity certificates*, *loan stock*, *shareholder loans*, *SAR-rechten*, *restricted stock*, *phantom shares* en *limited resource* financieringen onder een lucratief belang kunnen vallen.⁷ Dit zal met name afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden, de precieze vormgeving

4 Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.3.

5 In enigszins belangrijke mate betekent ten minste 15%; Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.8.

6 Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.3, bijvoorbeeld op blz. 16 en 17.

7 Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.6, blz. 30. Het gaat te ver om deze financiële instrumenten hier uit te leggen. Op websites als www.investorwords.com en www.investopedia.com is daarover meer te vinden. Zie verder ook: Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.3.

van het financiële instrument en de context waaronder de vermogensbestanddelen zijn verworven. Hierbij geven de bewindslieden tevens aan dat ze niet aan het verzoek van de fracties van VVD en D66, alsook van de NOB, kunnen voldoen om een nadere objectivering te geven van deze begrippen. Er zou sprake zijn van financieel jargon zonder een eenduidige inhoudelijke betekenis. Dat wordt lastig dus. Ook voor inspecteurs.

MIDDELLIJK GEHOUDEN LUCRATIEF BELANG

Een middellijk gehouden lucratief belang dient ook te worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden. Dit vloeit voort uit de toevoeging 'onmiddellijk of middellijk' in art. 3.92b, eerste lid, onderdeel a en onderdeel b, Wet IB 2001. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat door het middellijk houden van een lucratief belang de belastingheffing zou kunnen worden uitgesteld. Uit de toelichting blijkt dat hiermee wordt bedoeld op een lucratief belang dat niet rechtstreeks door de belastingplichtige wordt gehouden, maar door een vennootschap waarin hij of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang bezit.⁸ De wettekst is echter niet beperkt tot via een 'aanmerkelijkbelangvennootschap' gehouden middellijke belangen. Hierdoor is de reikwijdte van de regeling niet duidelijk. De staatssecretaris merkt op dat dit 'in de praktijk' neerkomt op een belang, gehouden door een lichaam waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft.⁹

In art. 3.95b, tweede tot en met vijfde lid, Wet IB 2001 is een aantal bijzondere voorschriften opgenomen die betrekking hebben op een middellijk gehouden lucratief belang. Met name het tweede lid is hierbij belangrijk: 'Ingeval een tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92b behorend vermogensbestanddeel middellijk wordt gehouden, wordt het resultaat met betrekking tot deze werkzaamheid niet later genoten dan ingeval dit vermogensbestanddeel onmiddellijk zou zijn gehouden.'

Art. 3.95b, vijfde lid, Wet IB 2001 bepaalt vervolgens:

'Ingeval de belastingplichtige daarvoor kiest, worden de in een kalenderjaar genoten voordelen met betrekking tot middellijk gehouden vermogensbestanddelen die tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92b behoren, niet tot het resultaat van een werkzaamheid gerekend, mits in dat kalenderjaar tot een bedrag van ten minste 95% van die voordelen inkomen uit aanmerkelijk belang wordt genoten dat een weerspiegeling is van die voordelen.' Op verzoek is een heffing tegen het gunstiger box 2-tarief van 25% dus mogelijk.

CONCLUSIE

De huidige tekst van het wetsvoorstel 'Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen' is dusdanig ruim geformuleerd dat het lastig is vast te stellen of iets kwalificeert als lucratief belang of niet. Het kabinet adviseert dat het bij erg ingewikkelde beloningsinstrumenten raadzaam is om in vooroverleg te treden met de inspecteur, zodat vooraf zekerheid kan worden verkregen. Mede gezien het Vinkenslagdebaat is het echter nog maar de vraag hoe vrij een inspecteur zich zal voelen om in deze ingewikkelde materie voor de belanghebbende 'gunstige' en 'redelijke' afspraken te maken. Alles wijst erop dat deze wetgeving volledig door jurisprudentie zal worden bepaald. Rechtsonzekerheid alom dus, en dat terwijl het juist de bedoeling was duidelijkheid te scheppen. Zou er niet gewoon een box 4-heffing voor dergelijke excessieve beloningen kunnen komen? Een eigen box met een 'capital gains tax' van 25%. Met dit wetsvoorstel is de wetgever daarentegen echt aan het doldraaien tegen het graaien.

8 Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.3, bijvoorbeeld op blz. 2 en 20.

9 Kamerstukken, Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31 459, nr.6.

MKB-NEDERLAND MIST DAADKRACHT EN VERNIEUWING IN SMALL BUSINESS ACT

MKB-Nederland roept minister Van der Hoeven van Economische Zaken op zich in Europa hard te maken voor een Small Business Act (SBA) 'met tanden'. Het SBA-ontwerp staat bol van de goede intenties voor het midden- en kleinbedrijf, maar het ontbreekt aan daadkracht en nieuwe maatregelen die die intenties ondersteunen, aldus de ondernemerskoepel. Ze is van mening dat het SBA verder moet doorpakken met concrete maatregelen en actiepunten. Zo pleit ze voor de introductie van het safeguardprincipe zoals dat wordt toegepast in de Verenigde Staten en Slovenië. Dat

houdt in dat regelgeving niet kan worden vastgesteld als die indruist tegen de basisbelangen van het MKB, dan wel MKB-bedrijven grote schade toebrengt. MKB-Nederland vindt voorts dat het MKB een groter aandeel in de overheidsaanbestedingen moet krijgen. In het SBA zou daarom een minimumpercentage moeten worden vastgelegd van de aanbestedingen die naar het MKB gaan. In de VS is dat al jaren wettelijk verplicht. Gepleit wordt verder voor een bindend only once principe waar het gaat om het aanleveren van bedrijfsinformatie aan overheden. En ten slotte vindt de ondernemersorganisatie dat regelgeving in het licht van het SBA jaarlijks moet worden geëvalueerd aan de hand van een 'scorebord' met concrete en meetbare indicatoren.