

Vergaderjaar 2000–2001

27 896

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

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 4 juli 2001 en het nader rapport d.d. 29 augustus 2001, aangeboden aan de Koningin door de Staatssecretaris van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 18 juni 2001, no. 01.002945, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van belastingwetten in verband met maatregelen tegen dividendstripping en regeling inkoop van aandelen in verband met werknemersopties.

Het voorstel bevat maatregelen tegen dividendstripping en daarnaast wetgeving naar aanleiding van recente jurisprudentie op het terrein van de inkoop van aandelen ter afdekking van optieverbodplichtingen aan werknemers. De Raad van State heeft een aantal opmerkingen onder andere met betrekking tot het gebruik en de uitleg van het begrip «uiteindelijk gerechtigde» tot het dividend, de terugwerkende kracht van de maatregel tegen dividendstripping, codificatie van jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van inkoop van eigen aandelen en regeling van tijdelijke inkopen van eigen aandelen. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 18 juni 2001, nr. 01.002945, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 4 juli 2001, nr. W06.01.0269/IV, bied ik U hierbij aan.

Dividendstripping

1. De Raad is van oordeel dat de voorgestelde meer toegespitste maatregel tegen dividendstripping een belangrijke verbetering is ten opzichte van de thans in artikel 1 van de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB), artikel 9.2 van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) en artikel 25 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) opgenomen maar nog niet in werking getreden bepalingen. Dit laat onverlet dat in dit voorstel aan de bezwaren van de Raad niet steeds is tegemoetgekomen.

Het voorstel handhaaft in artikel 1 Wet DB de bepaling dat onder de naam «dividendbelasting» een directe belasting wordt geheven van degenen, die uiteindelijk gerechtigd zijn tot de opbrengst van onder meer aandelen van in Nederland gevestigde naamloze en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Onder de «uiteindelijk gerechtigde» wordt, zoals in de

toelichting op de Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001 is gesteld, in dit verband verstaan degene die economisch als genietter van het dividend kan worden aangemerkt aangezien de dividendbetaling geacht kan worden ten bate van zijn vermogen te zijn gekomen.

Naar het oordeel van de Raad is de inhouding van dividendbelasting niet uitvoerbaar in de gevallen dat de «economische genietter» niet de «juridisch» dividendgerechtigde is. Het voorgestelde artikel 1 Wet DB houdt in dat de dividendbelasting moet worden ingehouden van degene die economisch als genietter van het dividend kan worden aangemerkt, aangezien van hem de belasting wordt geheven. Dit leidt ertoe dat aan de eenvoud van het objectieve stelsel dat de dividendbelastingheffing tot nu toe kenmerkt, afbreuk wordt gedaan. Niet kan worden volstaan met de inhouding van de dividendbelasting over een uitdeling van winst door de vennootschap, maar de inhoudingsplichtige moet zich er rekening van geven dat degene ten laste van wie de dividendbelasting wordt ingehouden ook de «uiteindelijk gerechtigde» is. De Raad adviseert de inhouding van dividendbelasting los te maken van de verrekening van de dividendbelasting als voorheffing of van het verlenen van een vermindering of teruggaaf van dividendbelasting. Artikel 1 Wet DB kan dan «ongemoeid» worden gelaten. Afzonderlijk dient dan het recht op vermindering of teruggaaf te worden geregeld alsmede de verrekening van de «juridisch» dividendgerechtigde ingehouden dividendbelasting door de «uiteindelijk gerechtigde». Dit zou bijvoorbeeld kunnen plaatsvinden door middel van een «doorlevering» van de dividendnota onder vergoeding van de ingehouden dividendbelasting.

De Raad kan zich in dit kader ook niet vinden in de opmerking in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal op het voorstel van Wet IB 2001 met betrekking tot de betekenis van de dividendnota. Gesteld is, dat «op zichzelf de constatering van deze leden juist is dat indien verrekening of teruggaaf van belasting wordt onthouden aan degene die in bezit is van de dividendnota, er niet een ander is die als uiteindelijk gerechtigde de ingehouden dividendbelasting kan verrekenen of terugvragen. Dit is inherent aan de systematiek van de dividendbelasting: degene aan wie een dividendnota is uitgereikt, is, althans voor de instantie die de nota uitschrijft, degene die geacht wordt het dividend te hebben genoten. Indien deze persoon evenwel een ander blijkt te zijn dan de persoon die economisch gezien het dividend heeft genoten, ..., dan kan deze laatste persoon bij gebrek aan een dividendnota, zich niet als ontvanger van het dividend aan de fiscus kenbaar maken».

Artikel 9 Wet DB bepaalt onder meer dat de inhoudingsplichtige, zodra de opbrengst is uitbetaald, gehouden is ten behoeve van de rechthebbende een gedagtekende nota uit te reiken.

Het wettelijk stelsel ten aanzien van de verrekening, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting kan niet worden doorkruist door een administratieve handeling zoals het uitreiken van een dividendnota. Het uitreiken van een dividendnota aan «de rechthebbende» betekent dan ook dat in het voorstel de inhoudingsplichtige wordt geconfronteerd met de vraag of de opbrengst door een «uiteindelijk gerechtigde» wordt genoten. Zoals reeds is opgemerkt, acht de Raad dit niet uitvoerbaar.

De Raad adviseert artikel 1 Wet DB te heroverwegen en artikel 9 Wet DB aan te vullen.

1. Aan het advies van de Raad om de inhouding van dividendbelasting te scheiden van verrekening van de dividendbelasting als voorheffing of van het verlenen van een vermindering of teruggaaf van dividendbelasting en in dat verband artikel 1 van de Wet op de dividendbelasting 1965 ongewijzigd te laten, heb ik gevolg gegeven. Het logische aangrijpingspunt van de bestrijding van het ontgaan van dividendbelasting door het recht op dividend over te dragen aan een persoon die een gunstiger recht heeft op verrekening, vermindering of teruggaaf, terwijl de aandeelhouder zelf het economische belang bij de aandelen houdt, is het verzoek tot verrekening, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting. Voor aan de Nederlandse inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting onderworpen aandeelhouders is de regeling dan ook opgenomen in de artikelen van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting die betrekking hebben op het recht op verrekening van voorheffingen. Voor niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen, in Nederland gevestigde rechtspersonen en in Nederland gevestigde beleggings-

instellingen is een regeling opgenomen in het artikel van de Wet op de dividendbelasting 1965 dat ziet op de teruggaaf van ingehouden dividendbelasting. In beide gevallen is bepaald dat de dividendontvanger tevens de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend dient te zijn. Voor internationale verhoudingen vloeit het recht op vermindering of teruggaaf van belasting als zodanig in principe rechtstreeks voort uit een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. De meeste verdragen bepalen dat het recht op vermindering slechts toekomt aan de uiteindelijk gerechtigde. Omdat een verdrag van hogere orde is dan de nationale wet, behoeft dit beginsel als zodanig daarom niet in de Wet op de dividendbelasting 1965 te worden vastgelegd. De voorstellen voor internationale verhoudingen beperken zich daarom tot een aanduiding van situaties waarin een gerechtigde tot het dividend niet als uiteindelijk gerechtigde wordt beschouwd. In bepaalde situaties behoeft de dividendontvanger echter niet persé te wachten tot het moment waarop verrekening of teruggaaf van ingehouden dividendbelasting mogelijk is, maar kan hij in plaats daarvan de inhoudingsplichtige verzoeken inhouding van dividendbelasting achterwege te laten of te verminderen. Die mogelijkheid bestaat in de situatie waarin het ontvangen dividend bij de ontvanger onder de deelnemingsvrijstelling voor de vennootschapsbelasting valt en in de situatie waarin het belastingverdrag voorziet in vermindering van dividendbelasting. Voor het geval dat de dividendontvanger van die mogelijkheid gebruik wenst te maken, is bepaald dat inhouding niet achterwege kan blijven of kan worden verminderd voorzover de dividendontvanger niet tevens de uiteindelijk gerechtigde is.

2. De Raad heeft in zijn advies inzake de Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001 opgemerkt dat de Hoge Raad in het arrest van 6 april 1994, BNB 1994/217, de term «uiteindelijk gerechtigde» reeds heeft «uitgelegd». De Hoge Raad heeft overwogen, ervan uitgaande dat belanghebbende na de aankoop van de dividendbewijzen vrijelijk over die dividendbewijzen en, na inwisseling, over de ontvangen uitkeringen kon beschikken, en bij het inwisselen niet als zaakwaarnemer of lasthebber optrad, dat onder deze omstandigheden belanghebbende als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden is aan te merken. Deze uitleg van de term «uiteindelijk gerechtigde» is wezenlijk anders dan de uitleg van de term die in de toelichting op de Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001 is opgenomen. De spanning tussen de uitleg van de Hoge Raad van het begrip «uiteindelijk gerechtigde» en het begrip «economisch genieten» is niet weggenomen door de zienswijze die in het nader rapport inzake de Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001 hierover is opgenomen. De «tweesporenbenadering» die ten grondslag ligt aan die zienswijze, zou enerzijds de invulling van de vraag of sprake is van het economisch genieten van dividend aan de rechtspraak overlaten, maar regelt anderzijds wetgevend dat in ieder geval voor bepaalde situaties wordt aangenomen dat degene die juridisch eigenaar is op het moment dat het dividend betaalbaar wordt gesteld, niet kan worden aangemerkt als economisch genietster. «Met deze tweeledige benadering is beoogd aan te geven dat naar het oordeel van de wetgever bij de kwalificatie van feiten niet uitsluitend de juridische vormgeving, maar ook steeds meer de economische werkelijkheid een rol speelt». Deze zienswijze gaat voorbij aan het feit dat het «startpunt» van de uitleg van het begrip «uiteindelijk gerechtigde» door de Hoge Raad op een andere plaats is gelegd dan waarvan de toelichting uitgaat. De Raad blijft van oordeel dat, indien de wetgever de uitleg door de rechter van een bepaalde term wil wijzigen, hij een daartoe strekkende bepaling in de wet zal dienen op te nemen. De Raad adviseert het begrip «uiteindelijk gerechtigde» uitdrukkelijk in de Wet DB te omschrijven.

2. Aan de aanbeveling van de Raad het begrip «uiteindelijk gerechtigde» uitdrukkelijk in de Wet op de dividendbelasting 1965 te omschrijven heb ik geen gevolg gegeven. Ik deel de mening van de Raad niet dat het noodzakelijk is een positieve definitie van het begrip «uiteindelijk gerechtigde» op te nemen, indien het wenselijk wordt geacht aan de invulling van het begrip «uiteindelijk gerechtigde» een andere invulling te geven dan de Hoge Raad heeft gedaan in het arrest van 6 april 1994, BNB 1994/217. Ook door aan te geven wie in ieder geval niet als uiteindelijk gerechtigde wordt aangemerkt, wordt, in zoverre, een wettelijke invulling van het begrip gegeven. Dat deze

wettelijke invulling ruimte laat voor een nadere invulling in de jurisprudentie doet hier niet aan af. Zoals ook toegelicht in de nota naar aanleiding van het verslag bij de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001 (Kamerstukken II 1999/2000, 26 728, nr. 6, blz. 70) werkt de nationale invulling van een begrip dat in belastingverdragen wordt gehanteerd ook door voor de toepassing van die verdragen, indien dit begrip in de belastingverdragen niet nader is gedefinieerd. Dit biedt dus enerzijds de mogelijkheid het begrip uiteindelijk gerechtigde in het nationale recht nader uit te werken. Anderzijds lijkt het gewenst bij de uitwerking van het begrip enige flexibiliteit te behouden, zodat hier internationaal niet al te zeer mee uit de pas wordt gelopen. De in het wetsvoorstel gekozen benadering combineert deze twee elementen.

3. Ook op grond van dit voorstel vindt de bestrijding van dividendstripping plaats door alleen in het geval dat de belastingplichtige de uiteindelijk gerechtigde is tot de opbrengst, de dividendbelasting als voorheffing aan te merken of een vermindering of teruggaaf van dividendbelasting te verlenen. De maatregelen tegen dividendstripping houden in dat bepaalde genietters van de opbrengst van aandelen niet als «uiteindelijk gerechtigden» worden aangemerkt. Op grond daarvan wordt voor hen de dividendbelasting niet als voorheffing aangemerkt of wordt aan hen geen vermindering of teruggaaf van dividendbelasting verleend. Het regime houdt op zich niet in dat bij wege van sanctie in deze gevallen de dividendbelasting blijft «hangen». In het voorstel moet dan ook in de gevallen als bedoeld in artikel 1, tweede lid, Wet DB, artikel 9.2, tweede lid, Wet IB 2001 en artikel 25, tweede lid, Wet Vpb worden aangegeven wie de «uiteindelijk gerechtigde» is die wel de dividendbelasting als voorheffing kan verrekenen of aan wie een vermindering of teruggaaf van dividendbelasting wordt verleend. De Raad adviseert het voorstel in deze zin aan te vullen.

3. Aan het advies van de Raad om het voorstel aan te vullen met de mogelijkheid van verrekening, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting voor de uiteindelijk gerechtigde die niet tevens diegene is ten laste van wie de dividendbelasting is ingehouden, heb ik geen gevolg gegeven. Wie in aanmerking komen voor verrekening, vermindering of teruggaaf van ingehouden dividendbelasting of voor het achterwege laten van inhouding, wordt geregeld in artikel 9.2, tweede lid, van de Inkomstenbelasting 2001, artikel 25, tweede lid, van de vennootschapsbelasting 1969 en de artikelen 4 en 10 van de Wet op de dividendbelasting 1965. De formulering in deze artikelen is inderdaad negatief, met andere woorden er wordt bepaald wie niet in aanmerking komen voor verrekening, vermindering, teruggaaf, of het achterwege laten van inhouding. Hieruit kan echter logischerwijze afgeleid worden wie dan wel in aanmerking komen, namelijk diegenen ten laste van wie dividendbelasting is ingehouden en die tevens uiteindelijk gerechtigde zijn. Uit deze formuleringen volgt dat nimmer belasting kan worden verrekend, of teruggevraagd door iemand ten laste van wie geen belasting is ingehouden. De Raad wijst er terecht op dat zich hierdoor de situatie kan voordoen dat een gedeelte van de ingehouden dividendbelasting niet voor verrekening, vermindering of teruggave in aanmerking komt. Daarbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat de gevallen waarin zich deze situatie zal voordoen, zijn ontstaan door transacties tussen diegene waarvan de dividendbelasting is ingehouden en de uiteindelijk gerechtigde met als oogmerk het ontgaan van dividendbelasting. De maatregel zal overigens alleen in evidente gevallen van dividendstripping worden ingeroepen. De bewijslast rust dan bovendien op de inspecteur. Dit betekent derhalve dat het niet in aanmerking komen voor verrekening, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting meer een theoretische kwestie is. Ik verwacht namelijk niet dat deze gevallen zich in de praktijk zullen voordoen; de bepaling zal vooral een regulerende werking moeten hebben. Als laatste wil ik nog opmerken dat er op dit punt een overeenkomst is met de systematiek die in verdragen wordt gehanteerd. Daarin wordt namelijk bepaald dat dividendbelasting in mag worden gehouden in de Staat van het dividenduikerende lichaam en dat vervolgens het percentage verlaagd wordt indien de genietter tevens de uiteindelijk gerechtigde is. Dit betekent dus dat in verdragssituaties zich ook de situatie kan voordoen dat inhouding van dividendbelasting heeft plaatsgevonden, zonder dat deze vervolgens (gedeeltelijk) wordt teruggegeven.

4. Voorgesteld wordt de maatregelen tegen dividendstripping met terugwerkende kracht tot 27 april 2001 in te voeren. Toetsend aan het in de brief van 25 juni 1997, WDB97/232 (Kamerstukken II 1996/97, 25 212, nr. 2) ingenomen standpunt inzake terugwerkende kracht, merkt de Raad op dat in de toelichting niet uitdrukkelijk aan dit standpunt wordt getoetst en dat daarbij de omschrijving van dividendstripping in het persbericht van 27 april 2001, nr.01/121, aanmerkelijk minder ver is uitgewerkt dan in het voorstel van wet. Aangezien in ieder geval geen terugwerkende kracht mag worden gegeven aan bezwarende maatregelen die voor de belastingplichtigen vóór het tijdstip waarop het regime zal gaan gelden niet of niet voldoende kenbaar zijn, adviseert de Raad in de toelichting op de rechtvaardiging van de terugwerkende kracht in te gaan, en nader uiteen te zetten op welke wijze aan de voorwaarde van kenbaarheid van de maatregel is voldaan en zo nodig de terugwerkende kracht aan te passen.

4. Aan het advies van de Raad om in de toelichting in te gaan op de rechtvaardiging van de terugwerkende kracht van de voorgestelde maatregelen tegen dividendstripping en op de kenbaarheid daarvan, heb ik gevolg gegeven.

Inkoop van eigen aandelen in het kader van werknemersoptieplannen

5. Bij inkoop van eigen aandelen door een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid wordt het bedrag van de inkoopprijs voorzover deze het fiscaal erkende gestorte kapitaal te boven gaat, als een uitdeling van winst aangemerkt. In het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1956, BNB 1957/20, waarin deze regel werd vastgelegd, heeft de Hoge Raad echter als uitzondering aangegeven dat deze regel niet geldt voor «gevallen waarin een naamloze vennootschap, wier aandelen ter beurze zijn genoteerd en dus voor dadelijke wederverkoop vatbaar zijn, eigen aandelen als voorbijgaande belegging verwerft» (de zogenoemde inkopen als tijdelijke belegging).

Indien een vennootschap aandelen inkoop die niet als tijdelijke belegging kunnen worden aangemerkt, moet over het bedrag van de winstuitdeling dividendbelasting worden ingehouden. Bij aankopen ter beurze is deze inhouding echter feitelijk niet mogelijk. Dit heeft tot gevolg dat deze dividendbelasting (gebruteerd) door het beursfonds voor eigen rekening genomen moet worden. Deze heffing is steeds als een aanmerkelijk knelpunt aangemerkt, mede omdat beursfondsen de inkoop van eigen aandelen als een belangrijk strategisch instrument zien.

In het advies inzake de Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001 heeft de Raad opgemerkt dat in het wetsvoorstel de nakoming wordt gemist van de toezegging van de staatssecretaris in antwoord op vragen in april en mei 1998 van leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal dat bij de uitwerking van de nota «Belastingen in de 21e eeuw: een verkenning» op de problematiek rond de definitieve inkoop van eigen aandelen zou worden teruggekomen. De Raad adviseerde een oplossing voor het geschetste knelpunt te geven en het voorstel met die oplossing aan te vullen (Kamerstukken II 1998/99, 26 728, A, punt 30).

Tijdens de parlementaire behandeling is nadien evenzeer onderkend dat het ontbreken van een mogelijkheid zonder dividendbelastinginhouding aandelen te kunnen inkopen de performance van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen ten opzichte van buitenlandse concurrenten, nadelig zou kunnen beïnvloeden. Bij nota van wijziging is artikel 4c Wet DB als een maatregel ingevoerd waarbij een begrensde belastingvrije inkoop van aandelen bij beursfondsen wordt toegestaan (Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr.8). De vrijstelling is daarbij onder meer gekoppeld aan het dividendbeleid en het emissiebeleid van een aantal voorafgaande jaren.

De maatregel is niet «wetssystematisch» toegelicht. In het bijzonder is niet toegelicht of de maatregel ziet op aandelen die ter amortisatie worden ingekocht, dan wel mede ziet op aandelen die als tijdelijke belegging worden ingekocht. Evenmin is aandacht gegeven aan de amortisatie van voordien als tijdelijke belegging ingekochte aandelen. Dit wreekt zich nu bij het voorliggende voorstel inzake de tijdelijke inkoop ten behoeve van werknemersoptieplannen. Er dreigen nu elkaar deels overlappende regelingen te ontstaan, die in de praktijk conflictgevoelig zullen blijken te zijn.

De Raad adviseert, teneinde dit te voorkomen het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1956, BNB 1957, alsnog te codificeren en in artikel 3 Wet DB uitdrukkelijk te bepalen dat inkoop van eigen aandelen als opbrengst wordt aangemerkt voorzover de inkoopprijs het op die aandelen fiscaal erkende gestorte bedrag te boven gaat, onder het opnemen in artikel 4c Wet DB van de inkopen van eigen aandelen waarbij de inhouding van dividendbelasting achterwege kan blijven.

5. De Raad merkt op dat bij de invoering van artikel 4c in de Wet op de dividendbelasting 1965 bij de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001 niet is toegelicht of dit artikel alleen ziet op aandelen die ter amortisatie worden ingekocht, dan wel ook mede op aandelen die als tijdelijke belegging worden ingekocht. De leer van het arrest uit 1956 waaraan de Raad refereert, is reeds neergelegd in artikel 3, eerste lid, onderdeel a, van de Wet op de dividendbelasting 1965. Hierin is verwoord dat tot de opbrengst waarover dividendbelasting is verschuldigd, behoren uitdelingen van winst, «daaronder begrepen hetgeen ter gelegenheid van inkoop van aandelen, anders dan ter tijdelijke belegging, wordt uitgekeerd boven het gemiddeld op de desbetreffende aandelen gestorte kapitaal». In dit onderdeel van artikel 3 is derhalve vastgelegd dat inkopen ter tijdelijke belegging niet leiden tot verschuldigheid van dividendbelasting. Uit systematisch oogpunt kan het daarna volgende artikel 4c alleen betrekking hebben op inkopen ter amortisatie; zowel inkopen die aanstonds amortisatie beogen als inkopen die aanvankelijk het karakter hebben van een tijdelijke belegging doch daarna, vanwege wijzigende omstandigheden, dat karakter verliezen en overgaan in amortisatie. Het aan artikel 3 toe te voegen derde lid beoogt het begrip «tijdelijke belegging» uit te breiden met inkopen die optieverplichtingen jegens werknemers beogen af te dekken. Aan deze inkopen wordt daarmee vooralsnog het amortisatiekarakter ontnomen en deze inkopen vallen daarmee derhalve niet onder artikel 4c. Artikel 4c kan nog wel in beeld komen wanneer deze tijdelijke inkopen niet meer dienen voor afdekking van optieverplichtingen en daarmee overgaan naar de sfeer van amortisatie.

6. De als zodanig in de Wet DB op te nemen inkopen van eigen aandelen waarbij de inhouding van dividendbelasting achterwege kan blijven, dienen te worden onderscheiden in tijdelijke inkopen waarbij de beoordeling of sprake is van een belastbare opbrengst naar een later tijdstip wordt verschoven en inkopen ter amortisatie waarbij sprake is van een dividendbelastingvrijstelling. Uitgangspunt van de regeling kan zijn dat inkopen van eigen aandelen door een beursvennootschap op grond van strategische motieven, maar met de bedoeling deze aandelen op de beurs of direct bij institutionele beleggers weer te herplaatsen zodra de strategische doelstelling bereikt is, zijn aan te merken als tijdelijke inkopen. Hiertoe behoren inkopen gebaseerd op beurskoersondersteuning, herplaatsing van aandelen, emissie-ondersteuning, voorkoming van een beursoverval, fusie en werknemersoptieplannen. Zonder te vervallen in een al te gedetailleerde regeling zou bepaald kunnen worden dat de vennootschap inkopen van eigen aandelen als tijdelijke inkopen kan aanmerken, indien de aandelen niet langer dan één jaar in het bezit van de vennootschap (geweest) zijn. Daarnaast zouden aandelen ter dekking van werknemersoptieplannen als zodanig aangemerkt kunnen worden. Na één jaar bezit, dat eventueel onder door de inspecteur te stellen voorwaarden verlengd zou kunnen worden, of na het tenietgaan van de optieverplichting worden de ingekochte aandelen alsnog geacht geamortiseerd te zijn. Op grond van een uitdrukkelijk in artikel 3 Wet DB op te nemen bepaling dient op dat tijdstip dividendbelasting te worden geheven op basis van de gebruteerde opbrengst, tenzij op grond van een overigens in de Wet DB op te nemen faciliteit deze (fictieve) amortisatie van dividendbelastingheffing is vrijgesteld.

Tot de inkopen ter amortisatie behoren de inkopen gebaseerd op dividendpolitiek, financiële reorganisaties, omwisseling in andere effecten en het uitkopen van minderheidsaandeelhouders. Inkopen als bedoeld in artikel 4c Wet DB zijn eveneens tot deze categorie te rekenen. Indien inkopen ter amortisatie worden vrijgesteld van dividendbelastinginhouding is er sprake van een faciliteit, die nauwkeurig omschreven en uitdrukkelijk gemotiveerd dient te worden. Een summiere motivering als voor de thans in artikel 4c Wet

DB opgenomen algemeen werkende faciliteit voor beursvennootschappen acht de Raad in het algemeen ontoereikend.

De Raad adviseert in het licht van het vorenstaande de voorgestelde regeling opnieuw te bezien.

De Raad merkt daarbij op dat ook in het meer beperkte voorliggende voorstel de bepaling van artikel 3, derde lid, laatste volzin, Wet DB niet volstaat. Deze bepaling dient aangevuld te worden met de fictie dat alsdan sprake is van een opbrengst ter grootte van de waarde van die aandelen verminderd met het fiscaal erkende gestorte kapitaal. Zonder een dergelijke uitdrukkelijke bepaling is er geen heffingsmoment.

6. Ik begrijp het betoog van de Raad zo, dat de Raad er voor pleit het aan artikel 3 van de Wet op de dividendbelasting 1965 toe te voegen derde lid een bredere, meer algemene werkingssfeer te geven, en vervolgens te verwoorden in een afzonderlijk artikel. Met de Raad ben ik van oordeel dat inkoop ter tijdelijke belegging niet beperkt behoeft te worden tot afdekking van optieverplichtingen jegens werknemers. Gelet op de doelstelling van het wetsvoorstel – wetgeving snel aanpassen in verband met gebleken noodzaak daartoe – geef ik er thans de voorkeur aan niet generiek te regelen welke situaties allemaal kwalificeren voor tijdelijke belegging. De opmerking van de Raad over de laatste volzin van het nieuwe derde lid van artikel 3, is aanleiding geweest in die volzin, net zoals in het eerste lid, onderdeel a, het werkwoord inkopen te gebruiken in plaats van het werkwoord intrekken. Voorts is in die volzin tot uitdrukking gebracht dat de inkopende vennootschap nog enige tijd krijgt om de tijdelijk ingekochte aandelen weer van de hand te doen, wanneer bij het aflopen van de optieperiode blijkt dat de werknemer geen gebruik maakt van zijn optie.

7. De Raad acht het in overeenstemming te brengen met het in de Wet Vpb opgenomen winstbegrip, dat de resultaten op de tijdelijke inkopen van eigen aandelen niet tot de winst uit onderneming behoren. Deze resultaten kunnen tot de kapitaalsfeer worden gerekend, gelet op het onderliggende aandeelhoudersbelang.

Er is op grond hiervan geen reden in artikel 10c Wet Vpb alleen de resultaten uit hoofde van tijdelijke beleggingen in verband met inkoop van eigen aandelen in het kader van werknemersoptieplannen buiten het bepalen van de winst te laten blijven.

Daarenboven leidt deze beperking tot uitvoeringsproblemen, indien inkopen van eigen aandelen als tijdelijke belegging worden aangemerkt en aanvankelijk niet en nadien wel als «dekkingsinkopen» worden beschouwd. Voor dergelijke «sfeerovergangen» is geen regeling getroffen. Dit geldt evenzeer voor het geval tijdelijke inkopen tijdens de bezitsperiode niet meer als «dekking» voor werknemersoptieplannen worden aangemerkt maar nog wel als tijdelijke beleggingen kunnen gelden.

De Raad adviseert het voorstel in deze zin aan te vullen.

7. De aanbeveling van de Raad in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 generiek te regelen dat de resultaten van tijdelijk ingekochte eigen aandelen niet tot de winst uit onderneming behoren, heb ik overgenomen.

8. De Hoge Raad heeft in het arrest van 21 februari 2001, BNB 2001/160, de waarde van de optierechten bij toekenning aan een werknemer als een informele kapitaalstorting aangemerkt. Artikel 35, vierde lid, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBRV) sluit hierop aan door uitdrukkelijk te bepalen dat het bedrag dat als loon wordt aangemerkt tevens als storting, waarover de kapitaalsbelasting wordt geheven, wordt beschouwd.

De Raad merkt op, dat deze heffing geheel of ten dele ten onrechte plaatsvindt, indien de opties worden gedekt en de uitoefening van het optierecht wordt gerealiseerd door levering van aandelen die als tijdelijke belegging worden gehouden. Het nieuw voorgestelde artikel 34a WBRV bepaalt immers dat in dat geval geen sprake is van het bijeenbrengen van in aandelen verdeeld kapitaal. Zolang niet vaststaat dat de afwikkeling van de toegekende optierechten plaatsvindt door emissie van nieuwe aandelen, is er geen sprake van een transactie in de kapitaalsfeer. Mede gelet op het feit dat gedurende looptijd van de opties de dekking kan wisselen, kan eerst bij de uitoefening of het verval van het optierecht worden bepaald of sprake is van een kapitaalstorting dan

wel van een transactie in de sfeer van de tijdelijke beleggingen. Indien bij de uitoefening van de optie blijkt dat deze geheel is gedekt, vindt de afwikkeling van die optie buiten de kapitaalsfeer van de vennootschap plaats. In dat geval dient er ook geen kapitaalsbelasting te worden geheven over de waarde van het optierecht. Voorzover de optie niet gedekt is, wordt als storting op de nieuw geëmitteerde aandelen het bedrag van de waarde van het optierecht vermeerderd met de uitoefenprijs aangemerkt. Alleen over die storting mag kapitaalsbelasting geheven worden.

De omstandigheid dat de (geforfaiteerde) optiepremie bij toekenning van een optierecht tot het tijdstip van de uitoefening in een «schemerzone» blijft, is het gevolg van het feit dat het optierecht in verschillende «sferen» kan worden afgewikkeld. Indien om uitvoeringsredenen niet gewacht kan worden met de heffing van kapitaalsbelasting tot het tijdstip van uitoefening, dient voorzien te worden in een teruggaaf van die belasting bij afwikkeling in de sfeer van de tijdelijke beleggingen.

De Raad adviseert het voorstel in deze zin aan te passen.

8. Aan het betoog van de Raad ligt de gedachte ten grondslag dat de toekenning van een optie op eigen aandelen alleen dan een informele kapitaalstorting impliceert wanneer de uitoefening te zijner tijd van de optie leidt tot uitreiking van nieuwe aandelen. Tot het tijdstip van uitoefening is er een «schemerzone»; in die periode is nog niet duidelijk of er sprake is van een kapitaalstorting dan wel van een transactie in de winstsfeer. Met de arresten van de Hoge Raad van 21 februari van dit jaar is er naar mijn gevoelen geen aanleiding meer voor een afwachtende houding voor de periode waarin de optie loopt. In het arrest nr. 35 074 bepaalt de Hoge Raad dat ten tijde van het toekennen van de optie tot het bedrag van de waarde van de optie een informele kapitaalbreng plaatsvindt (BNB 2001/160, blz. 1596, regels 15–16) en merkt vervolgens op dat daaruit volgt dat er geen passiefpost op de balans verschijnt. De Hoge Raad maakt derhalve geen enkel voorbehoud, bijvoorbeeld ook niet voor de situatie dat de optie uiteindelijk niet wordt uitgeoefend vanwege een ongunstige koersontwikkeling. Ook in het arrest van 16 oktober 1996, nr. 31 589, BNB 1997/47, waarin de Hoge Raad ten opzichte van BNB 1956/244 is «omgegaan», bepaalt hij zonder een relatie te leggen met de afwikkeling van de optie, dat ten tijde van de toekenning van de optie aan de werknemer de waarde ervan als ondernemingskosten dient te worden aangemerkt. In de redenering met de schemerzone zou de gedachte kunnen opkomen dat de ondernemingskosten die voortvloeien uit de toekenning aanvankelijk slechts voorwaardelijke zijn, in die zin dat deze kosten moeten worden «teruggenomen», wanneer de optie wordt afgewikkeld met uitreiking van ter tijdelijke belegging ingekochte eigen aandelen of wanneer de werknemer van de optie geen gebruik maakt. Uit een en ander trek ik de conclusie dat ten tijde van de toekenning er een informele kapitaalbreng plaatsvindt ter grootte van de in de winstsfeer toegelaten bedrijfslast ter zake van de toekenning en dat zowel de bedrijfslast als de informele kapitaalbreng aanstonds een definitief karakter hebben. Voor deze conclusie vind ik ook steun in een uitspraak van Hof Amsterdam van enige jaren geleden (uitspraak van 10 mei 1994, nr. 92/4222, BNB 1995/98). Aanvullend wijs ik er op dat in de redenering met de schemerzone er onduidelijkheid zou zijn voor de heffing van dividendbelasting bij amortisatie van aandelen, in die zin dat niet duidelijk zou zijn van welk gestort kapitaal zou moeten worden uitgegaan (moet wel of geen rekening worden gehouden met het informele kapitaal ter zake van nog lopende opties; een vergroting van het gestorte kapitaal met terugwerkende kracht is uiteraard niet mogelijk).

Overigens merk ik op dat bij aanpassing van het wetsvoorstel in de door de Raad geadviseerde richting ernstig overwogen zou moeten worden de benadering voor de vennootschapsbelasting af te stemmen op die van de kapitaalsbelasting; met andere woorden in de vennootschapsbelastingssfeer geen bedrijfslast als het optiecontract wordt afgewikkeld met inkoop van bestaande aandelen.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de bijbehorende gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Financiën,
W. J. Bos