

Vergaderjaar 2007–2008

31 459

Wijziging van enige belastingwetten (Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 18 april 2008 en het nader rapport d.d. 9 mei 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën, mede namens de staatssecretaris van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 2 april 2008, no. 08.001004, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister en de staatssecretaris van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van enige belastingwetten (Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen), met memorie van toelichting.

Het voorstel omvat een drietal fiscale maatregelen die zijn gericht op het voorkomen van excessen in het beloningsbeleid. Dit zijn het invoeren van een werkgeversheffing van 30% over bepaalde vertrekvergoedingen en van een werkgeversheffing van 15% over een forfaitair berekende backservicepremie indien pensioenopbouw boven € 500 000 plaatsvindt op basis van een eindloonstelsel, alsmede het wegnemen van onduidelijkheden bij de belastingheffing over zogenoemd carried interest. Tevens wordt uitvoering gegeven aan de motie Kortenhorst c.s.² De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen met betrekking tot het ontbreken van een probleemdefinitie en analyse inzake excessieve beloningen, de motivering van de instrumentkeuze, het tijdstip van overheidsingrijpen, het ontbreken van een toetsingskader voor belastinglasten, de mogelijke strijd met het gelijkheidsbeginsel van de voorgestelde maatregelen, en de complexiteit van de belastingheffing over carried interest. Hij is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee deels nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 2 april 2008, no. 08.001004, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 april 2008, no. W06.08.0114/III, bied ik U hierbij, mede namens de staatssecretaris van Financiën, aan.

Het kabinet is de Raad erkentelijk voor de voortvarendheid waarmee het advies inzake het bovenvermelde voorstel is uitgebracht.

Naar aanleiding van het advies merk ik het volgende op.

*1. Zelfregulering en overheidsingrijpen
De inkomensverhoudingen in de publieke, de semi-publieke en de private sector staan niet los van elkaar. De ontwikkelingen in de ene sector werken*

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Kamerstukken II 2007/08, 31 205 en 31 206, nr. 38.

door in de andere en hebben hun maatschappelijke weerslag. De overheid krijgt met die ontwikkelingen te maken. Maatschappelijke onvrede over excessieve beloningen in de semi-publieke en private sector kan zij niet negeren. Er bestaat twijfel of zelfregulering via de markt toereikend is. De roep om overheidsingrijpen klinkt luider¹. De vraag rijst dan echter: hoe? Nederland is geen eiland en de opvattingen over wat excessief is, lopen uiteen. Het is dan ook geen wonder dat de dossiers Topinkomens² en Corporate governance, hedge-fondsen en private equity³ weerbarstig zijn. Het antwoord op de hoe-vraag blijkt niet eenvoudig en is dan ook reeds geruime tijd in discussie. In de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 29 april 2005⁴ is opgemerkt dat de problematiek rond topinkomens te maken heeft met de weinig inzichtelijke arbeidsmarkt voor topbestuurders, die imperfecties vertoont. Er ontbreekt een scherp inzicht in de vraag- en aanbodverhoudingen, hetgeen tot gevolg heeft dat de prijsvorming op deze deelmarkt onevenwichtig kan zijn. Teneinde deze problematiek het hoofd te bieden zijn in de private sector door de wetgever en de commissie Tabaksblat acties ondernomen om de marktperfectionen aan te pakken door de «checks en balances» binnen ondernemingen te versterken. Aandeelhouders van naamloze vennootschappen hebben daartoe nieuwe, wettelijke bevoegdheden gekregen op het terrein van de vaststelling van het beloningsbeleid van bestuurders, de goedkeuring van optie- en aandelenregelingen en de vaststelling van de beloning voor commissarissen. Voor beursgenoteerde naamloze vennootschappen is daarenboven naast de plicht tot volledige transparantie in de jaarrekening over de structuur en de hoogte van de beloning van individuele bestuurders en commissarissen, de wettelijk verankerde Tabaksblat-code gaan gelden. Daarin is onder meer opgenomen dat variabele beloningen gekoppeld dienen te zijn aan meetbare, objectieve criteria en daarmee aan de prestaties van de onderneming, voldaan dient te worden aan informatie-eisen ten aanzien van het beloningsbeleid, en de maximale afvloeiingsregeling in principe één jaarsalaris kan bedragen. Tevens is er op gewezen dat per 1 januari 2005 het keuzeregime voor opties in de loon- en inkomstenbelasting is afgeschaft, zodat bestuurders voor het werkelijk behaalde voordeel in de belastingheffing worden betrokken. In die brief heeft het kabinet als lijn uitgezet dat wordt bezien of de zelfregulering, die als uitgangspunt geldt, voldoende effect heeft op onder meer de begrenzing van de gouden handdruk tot eenmaal het jaarsalaris, het verbod op leningen aan bestuurders en commissarissen, de transparantie van de prestatiecriteria, en de inperking van beschermingsconstructies. Topinkomens zijn ook na april 2005 meermalen in het overleg met de Tweede Kamer der Staten-Generaal onderwerp van beraadslaging geweest. Naar aanleiding van het ordedebat van 3 april 2007 hebben de minister en staatssecretaris van Financiën onder meer gesteld dat het kabinet geen voorstander is van fiscale maatregelen om topinkomens aan te pakken, omdat deze uitsluitend generiek kunnen werken en dus niet alleen de excessieve beloningsbestanddelen van topbestuurders treffen. Daarnaast heeft een apart toptarief negatieve gevolgen voor de concurrentiepositie van Nederland. Het fiscaal zwaarder belasten (of van aftrek uitsluiten) van bepaalde beloningsbestanddelen zoals bonussen zal leiden tot een verschuiving naar beloningsbestanddelen die niet door het zwaardere regime getroffen worden, nog afgezien van de verwachting dat een hoger toptarief zal leiden tot een nog hoger brutoloon teneinde het nettoloon gelijk te houden⁵. In de brief van de minister en staatssecretaris van Financiën van 14 maart 2008⁶ is opgemerkt, dat de Commissie Frijns⁷ heeft geconstateerd dat met betrekking tot de naleving van de Tabaksblat-code een zeker stabilisatiepunt is bereikt. De gemiddelde naleving is 95% en de gemiddelde toepassing is 90%, maar het nalevings- en toepassingspercentage van de codebepalingen met betrekking tot de bestuurdersbezoldiging is 85 en 70. Dit wordt door het kabinet teleurstellend genoemd, omdat deze percentages aan de transparantie van en verantwoording over het gevoerde beloningsbeleid in de weg staan. De uitkomsten van de monitoring door de Commissie Frijns leiden er echter niet toe dat op het terrein van de bestuurdersbezoldiging het uitgangspunt van zelfregulering wordt verlaten. Het bezoldigingsbeleid en de daarmee samenhangende beloningen voor individuele bestuurders is en blijft de verantwoordelijkheid van commissarissen en aandeelhouders; zij dienen die zo gedegen en deskundig mogelijk uit te oefenen. Bedrijven moeten gekwalificeerde en deskundige bestuurders kunnen blijven aantrekken en behouden, aldus de

¹ Zie in dit verband ook artikel 20 van de Grondwet.

² Kamerstukken II 2004/05, 30 111.

³ Kamerstukken II 2006/07, 31 083.

⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30 111, nr. 1.

⁵ Kamerstukken II 2006/07, 30 111, nr. 16. Zie ook de reactie van de minister van Financiën naar aanleiding van het debat van 3 oktober 2007 (Kamerstukken II 2007/08, 30 111 en 31 200, nr. 26).

⁶ Kamerstukken II 2007/08, 31 083, nr. 10.

⁷ Monitoring Commissie Corporate Governance Code.

brief. Wel meent het kabinet dat voor een aantal blijvende punten van zorg ondersteunende maatregelen noodzakelijk zijn. Deze maatregelen zijn in het voorstel opgenomen.

De Raad zal tegen deze achtergrond waaruit de spanning tussen enerzijds zelfregulering en transparantie en anderzijds overheidsingrijpen naar voren komt, over de voorgestelde maatregelen adviseren.

Excessieve beloning

Het uitgangspunt van het kabinetsbeleid is dat het beloningsbeleid de verantwoordelijkheid is en blijft van commissarissen en aandeelhouders. Het beleid is er op gericht excessen in het beloningsbeleid zoveel mogelijk te voorkomen. In dat kader is het van belang dat een scherp onderscheid wordt gemaakt tussen (zeer) hoge beloningen en excessieve beloningen. Uit de hiervoor genoemde dossiers komt tot nu toe echter een beeld naar voren waarin (zeer) hoge beloningen en excessieve beloningen dooreenlopen. Voor een beoordeling van de noodzaak van de invoering van de voorgestelde maatregelen is in de eerste plaats vereist dat voldoende inzicht bestaat in hetgeen onder excessen in het beloningsbeleid moet worden verstaan. De Raad mist een zodanige probleemdefinitie en analyse; de toelichting gaat ervan uit dat deze excessen zich voordoen zonder deze te omschrijven. Evenmin is in de toelichting enige kwantificering gegeven van het (totale) financiële belang van de excessieve beloningsbestanddelen. Een zodanige kwantificering is noodzakelijk om de omvang van het probleem in kaart te brengen.

Ten slotte merkt de Raad op, dat indien sprake is van excessieve beloningen die zich in enigszins betekende mate voordoen, gemotiveerd dient te worden waarom het treffen van wettelijke maatregelen tegen deze excessieve beloningen gerechtvaardigd is.

De Raad adviseert in de toelichting alsnog de probleemdefinitie en analyse met betrekking tot excessieve beloningen en «carried interest» op te nemen waarbij in ieder geval een duidelijke omschrijving van excessieve beloningen en een kwantificering worden gegeven, teneinde de voorgestelde maatregelen te rechtvaardigen.

Instrument

Indien uit de probleemdefinitie en analyse blijkt, dat wettelijke maatregelen tegen excessieve beloningen te rechtvaardigen zijn, dient geanalyseerd te worden welk instrument ingezet dient te worden. In dat kader zal ook moeten worden bezien of tegen het overeenkomen van excessieve beloningen het arbeidsrechtelijke of vennootschapsrechtelijke instrumentarium kan worden ingezet of dat een strafrechtelijke sanctie op zijn plaats is. Alle instrumentele mogelijkheden moeten worden afgewogen.

Met betrekking tot het inzetten van het fiscale instrument merkt de Raad op, dat binnen de primaire heffingsstructuur van de loon- en inkomstenbelasting dit instrument is «uitgewerkt», omdat ook de excessieve beloningen reeds volledig in de loon- en inkomstenbelasting worden betrokken. De voorgestelde werkgeversheffingen leiden tot een dubbele heffing over bepaalde beloningsbestanddelen in de vorm van pseudo-eindheffingen die niet passen in de primaire heffingsstructuur van de loonbelasting. In die zin moet het voorstel als een in de loonbelasting ingebedde punitieve sanctie worden aangemerkt die als zodanig rechtvaardiging behoeft en moet worden getoetst aan artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de jurisprudentie terzake van het Europees Hof voor de rechten van de mens. Reeds eerder heeft de Raad geadviseerd het fiscale instrument niet als een punitieve sanctie in te zetten.¹

De Raad adviseert in de toelichting de afweging van de in aanmerking komende instrumenten tegen excessieve beloningen op te nemen en de keuze voor het fiscale instrument alsnog te motiveren.

Effectiviteit

Het voorstel beoogt excessen in het beloningsbeleid zoveel mogelijk te voorkomen of zoals in de hiervoor genoemde brief van 14 maart 2008 is gesteld, ter ondersteuning van de Tabaksblat-code en de aanbevelingen van de Commissie Frijs nieuwe maatregelen te nemen om uitwassen in het beloningsbeleid te ontmoedigen.

¹ Advies van 12 juli 2002 inzake het voorstel tot aanpassing fiscale behandeling VUT, nr. W06.02.0161, Bijvoegsel Stcrt. 2003, 198.

In de toelichting op het voorstel is niet gemotiveerd waarom de vertrekvergoedingen en de backservicepremie bij de pensioenopbouw in een eindloonstelsel bepalende elementen voor excessief loon zijn, en hoe met het treffen van deze beloningsbestanddelen met een werkgeversheffing excessen in het beloningsbeleid worden voorkomen.

In de genoemde brief van 14 maart 2008 wordt wel ingegaan op een aantal specifieke aspecten, zoals de hoogte van de beloning, de rol van de raad van commissarissen, de relatie tussen beloning en prestatie, de transparantie en verantwoording van de bestuurdersbezoldiging, de beloning bij overgang van zeggenschap en de vertrekvergoeding, maar alleen met betrekking tot de vertrekvergoeding wordt een maatregel voorgesteld. Hierover wordt opgemerkt, dat de Tabaksblat-code bepaalt dat de maximale vergoeding bij onvrijwillig ontslag eenmaal het jaarsalaris bedraagt. De Commissie Frijns constateert dat weliswaar bijna de helft van de voortijdig vertrekkende bestuurders geen specifieke vergoeding heeft ontvangen, maar dat bij de bestuurders die wel een vergoeding hebben ontvangen, in een meerderheid van de gevallen, net als in de ons omringende landen, de vergoeding meer dan tweemaal het jaarsalaris bedraagt. Het veelvuldig voorkomen van vertrekvergoedingen die hoger liggen dan de norm uit de code, en de verwachting dat dit niet snel zal veranderen gezien de internationale praktijk, heeft het kabinet doen besluiten om een werkgeversheffing op excessieve vertrekvergoedingen voor te stellen.

De motivering om een werkgeversheffing op bepaalde forfaitair berekende backservicepremies te leggen, ontbreekt geheel.

Ook wordt niet gemotiveerd waarom de negatieve gevolgen voor de concurrentiepositie van Nederland die aan een apart toptarief kleven niet van deze maatregelen zijn te duchten.

De Raad adviseert in de toelichting op de effectiviteit van de maatregelen ter voorkoming van excessen in het beloningsbeleid in te gaan.

Tijdstip van overheidsingrijpen

In de toelichting wordt gesteld dat het nalevingspercentage (85%) en het toepassingspercentage (70%) van de codebepalingen met betrekking tot de bestuurdersbezoldiging teleurstellend zijn. De Raad mist een motivering voor dit oordeel, zeker nu in de hiervoor genoemde brief van 29 april 2005 is gesteld dat aan de aandeelhouders enige tijd moet worden gegund om te «wennen» aan de nieuw verkregen rechten. De nieuwe wetgeving ter versterking van de positie van de algemene vergadering van aandeelhouders bij de vaststelling van de beloning van bestuurders is op 1 oktober 2004 in werking getreden en de Tabaksblat-code is eerst in het boekjaar 2004 van kracht geworden. Daar komt bij dat recent signalen worden afgegeven dat ook bij beursfondsen de aandeelhouders steeds vaker het beloningsbeleid op de agenda zetten. De Raad adviseert het tijdstip van de invoering van de voorgestelde maatregelen opnieuw te bezien.

Naast deze kanttekeningen van algemene aard plaatst de Raad ten aanzien van de maatregelen zelf nog de volgende opmerkingen.

1. Zelfregulering en overheidsingrijpen

Excessieve beloning: afbakening en kwantificering

De Raad is van mening dat niet duidelijk is wat het kabinet verstaat onder excessieve beloningen. Zoals de Raad terecht opmerkt, is het kabinetsbeleid gericht op het ontmoedigen van excessen in het beloningsbeleid en niet op het ontmoedigen van hoge beloningen in het algemeen. Om die reden wordt ook niet voorgesteld om hoge beloningen extra te belasten, maar uitsluitend bepaalde beloningsvormen die als excessief kunnen worden gezien. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad over de definiëring van excessieve beloningen is de memorie van toelichting op dit punt aangevuld.

Tevens is in de memorie van toelichting een indicatie gegeven van het financiële belang van de excessieve beloningsbestanddelen, alsmede een toelichting op de berekeningswijze van de betreffende cijfers.

Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is aangegeven blijft zelfregulering bij het beloningsbeleid in de private sector voor het kabinet het

uitgangspunt. Het kabinet hecht grote waarde aan de Corporate Governance Code. Teleurstellende nalevings- en toepassingspercentages bij een grote maatschappelijke onvrede over excessieve beloningen hebben er mede toe geleid dat het kabinet nu met fiscale maatregelen komt. Het is niet de eerste keer dat er wettelijke maatregelen worden genomen met betrekking tot de bezoldiging van bestuurders, in aanvulling op de Code. In 2004 is bij de aanpassing van de structuurregeling in de wet een regeling opgenomen met betrekking tot de vaststelling van een bezoldigingsbeleid en de beloning van bestuurders.¹ Deze fiscale maatregelen kunnen worden gezien als een aanvulling daarop.

Instrument

Anders dan de Raad zijn wij van mening dat de voorgestelde heffingen niet het karakter van een punitieve sanctie hebben en derhalve niet getoetst moeten worden aan artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. De omstandigheid dat de werkgeversheffingen niet passen in de primaire heffingsstructuur van de loonbelasting, betekent niet dat er sprake is van een punitieve sanctie. Er is geen verbod op het verstrekken van hoge vertrekvergoedingen. Evenmin wordt toepassing van backservice onmogelijk gemaakt. Wel is het zo dat het voor werkgevers minder aantrekkelijk wordt om aan werknemers met een hoog loon een hoge vertrekvergoeding te geven of backservice toe te passen. Dit fiscale ontmoedigingsbeleid past zoals hiervoor al is toegelicht in het streven om excessen in het beloningsbeleid tegen te gaan.

In reactie op de opmerking van de Raad dat de voorgestelde werkgeversheffingen leiden tot een dubbele heffing over bepaalde beloningsbestanddelen kan worden gezegd dat er in economische zin weliswaar sprake is van een dubbele heffing, maar in juridische zin niet. Er is namelijk geen sprake van een dubbele heffing over dezelfde grondslag bij dezelfde belastingplichtige.

De voorgenomen fiscale maatregelen moeten worden gezien in het geheel van regelgeving dat het beloningsbeleid van ondernemingen raakt. Vanuit vennootschappelijke hoek wordt reeds getracht om de checks-and-balances op zodanige wijze in te richten dat alle relevante stakeholders te dezen de bestuurdersbezoldiging kunnen monitoren en/of beïnvloeden. De Raad verwijst in zijn advies naar de acties die door de wetgever en de commissie Tabaksblat zijn ondernomen de laatste jaren. Noemenswaardig is in dit kader het wetsvoorstel dat momenteel in voorbereiding is en dat de ondernemingsraad (OR) het recht geeft om bij NV's een standpunt in te nemen ten aanzien van een nieuw vast te stellen bezoldigingsbeleid of ten aanzien van een wijziging van het beloningsbeleid. Het stelsel probeert een evenwicht te vinden tussen degenen die zeggenschap hebben in de onderneming, het orgaan dat de belangen van de vennootschap in acht moet nemen en waarvan verwacht wordt dat zij deskundigheid geniet ter zake, als ook de personen die geraakt worden door het loongebouw van de onderneming.

Het vennootschapsrecht of arbeidsrecht kan bepaalde doelstellingen die worden beoogd met de onderhavige fiscale maatregelen echter niet realiseren, aangezien deze in beginsel een correctie op de praktische, onevenwichtige uitwerking van het huidige fiscale regime betreffen. Voorts is via het fiscale stelsel ontmoediging van een bepaald gedrag, zoals dat met de thans voorgestelde maatregelen wordt beoogd, effectiever te realiseren dan via het vennootschapsrecht of arbeidsrecht. Zoals hierboven uiteengezet, is het vennootschapsrecht in eerste instantie gericht op een adequate bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende organen van de vennootschap. De organen van de vennootschap hebben, binnen het kader van de wet, de statuten van de vennootschap en de maatstaf van redelijkheid en billijkheid, een autonomie bij de uitoefening van hun bevoegdheden. Het arbeidsrecht is niet gericht op het reguleren van beloningsbeleid van de onderhavige doelgroep. De fiscale maatregelen vormen een goede aanvulling op de reeds bestaande en voorgenomen regelgeving alsmede de Corporate Governance Code ten aanzien van het beloningsbeleid van ondernemingen.

¹ Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling (Stb. 370).

In de memorie van toelichting is een nadere toelichting opgenomen waarom bij de invulling van de maatregelen is gekozen voor het fiscale instrument.

Effectiviteit

De Raad merkt op dat niet duidelijk is waarom de voorgestelde maatregelen effectief zijn ter voorkoming van excessen in het beloningsbeleid. Als het gaat om de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen spelen twee vragen een rol:

- wordt met de maatregelen daadwerkelijk de doelgroep bereikt?
- leiden de maatregelen tot de gewenste gedragsaanpassing?

Op de eerste vraag is hiervoor al ingegaan. Excessen in het beloningsbeleid worden ontmoedigd door bepaalde excessieve beloningsbestanddelen, bij de backservice en vertrekvergoedingen onder gebruikmaking van het stellen van inkomensgrenzen, zwaarder te belasten. In hoeverre de maatregelen tot de gewenste gedragsaanpassing zullen leiden is vooraf moeilijk te zeggen, maar de maatregelen zullen in elk geval ofwel leiden tot een gewenste aanpassing van gedrag ofwel tot een evenwichtiger belastingheffing waarbij excessieve beloningsbestanddelen zwaarder worden belast. Voor zover zou blijken dat aanvullende maatregelen nodig zijn om onbedoeld ontwijkgedrag te voorkomen, dan kunnen daartoe aanvullende voorstellen worden gedaan. De memorie van toelichting zal op het punt van de effectiviteit worden aangevuld.

Tijdstip van overheidsingrijpen

Het kabinet stelt in zijn brief van 29 april 2005 dat aandeelhouders enige tijd moet worden gegund om te «wennen» aan de nieuw verkregen rechten. Deze rechten hebben mede betrekking op de wettelijke verkregen rechten als het vaststellen van het beloningsbeleid, welke op 1 oktober 2004 in werking is getreden. Voorts legt de Corporate Governance Code ten aanzien van bestuurdersbezoldiging verantwoordelijkheden bij de raad van commissarissen. Vanaf het boekjaar 2004 dient in het jaarverslag aangegeven te worden in hoeverre de code nageleefd wordt. Deze mogelijkheden en verplichtingen waren op 29 april 2005 dus nog zeer pril. Het is nu 3 jaar geleden dat deze brief verzonden is en het kabinet verwacht in alle redelijkheid dat alle organen van de vennootschap bekend zijn met de voornoemde wettelijke rechten en de code. Van eventuele aanloopeffecten kan geen sprake meer zijn.¹

Dat beursvennootschappen bekend zijn met de code blijkt ook uit het gemiddelde nalevingspercentage (95 procent) en het gemiddelde toepassingspercentage (90 procent) van nagenoeg alle bepalingen. Het nalevingspercentage en toepassingspercentage van de codebepalingen met betrekking tot bestuursbezoldiging wijken hier met percentages van respectievelijk 85 en 70 procent in negatieve zin vanaf. De Monitoring Commissie Corporate Governance Code leidt uit de nalevingspercentages van de afgelopen jaren af dat er een zeker stabilisatiepunt lijkt te zijn bereikt. Het kabinet onderschrijft met de Commissie dat het streven een nalevingspercentage van 100 procent dient te zijn, maar is er niet van overtuigd dat dit streven binnen afzienbare termijn zal slagen ten aanzien van de bestuurdersbezoldigingsbepalingen. Hoewel er inderdaad bemoedigende signalen zijn geweest de afgelopen periode, laat dit onverlet dat bepaalde zorgen als aangegeven in de kabinetsreactie nog altijd bestaan.

WERKGEVERSHEFFINGEN

2. Belastinglast

Met de belastingheffing worden ook niet-fiscale doelstellingen nagestreefd. Voor het realiseren van deze doelstellingen worden regelingen in belastingwetten opgenomen die niet passen in de primaire heffingsstructuur van die belastingwetten. Tot nu toe ging het hierbij voornamelijk om zogenoemde belastinguitgaven of fiscale subsidies. Het voorstel ziet op de tegenhanger van de belastinguitgaven (hierna aan te duiden als belastinglast), nu de belastingheffing wordt ingezet om excessen in het beloningsbeleid te voorkomen. Het inzetten van deze belastinguitgaven of belastinglasten is de uitkomst van een afweging, waarbij beleidseffectiviteit, kostenefficiency en inpasbaarheid binnen de fiscale structuur belangrijke toetsstenen zijn.

De Raad heeft meermalen inbreuken op de primaire heffingsstructuur in de advisering betrokken en het instrument van belastinguitgaven als zodanig niet afgewezen². De Raad kan echter niet voorbijgaan aan de spanningen die het inbedden van een belastinguitgave of een belastinglast in een belastingwet oproept. Deze spanningen betreffen:

¹ Zoals opgemerkt in de brief is dit anders voor institutionele beleggers, aangezien de Wet op het financieel toezicht nog maar kort in werking is.

² Zie onder meer het advies van 12 augustus 1999 inzake de Belastingherziening 2001 (Kamerstukken II 1998/99, 26 727, A) en het advies van 20 september 2000 inzake het Belastingplan 2001 (Kamerstukken II 2000/01, 27 431, A)

- a. *het toetsingskader. Belastinguitgaven en belastinglasten kennen een ander toetsingskader dan het genereren van budgettaire opbrengst;*
- b. *het gelijkheidsbeginsel. De budgettaire functie van de belastingheffing staat op de eerste plaats. Hiervoor geldt dat iedere inwoner onder gelijke omstandigheden in gelijke mate aan 's Rijks schatkist moet bijdragen. Dit uitgangspunt ligt vast in internationale verdragen die discriminatie verbieden, en waarvan de werking door de Hoge Raad ook op het terrein van de belastingheffing wordt verzekerd. Belastinguitgaven en belastinglasten staan haaks op gelijkberechtiging, omdat ongelijkheden worden gecreëerd met het oog op het bereiken van een niet-fiscaal doel. Eigen criteria voor toetsing aan het gelijkheidsbeginsel zijn daarom nodig.*

Toetsingskader

Voor het toetsingskader voor belastinguitgaven werd aanvankelijk aangesloten bij het subsidieregime. Nadien is een op de belastinguitgaven toegespitst toetsingskader ontwikkeld, dat in de Miljoenennota 2003 is gepubliceerd.¹ Het toetsingskader heeft onder meer betrekking op de motivering van de instrumentkeuze, de toelichting en uitwerking van de instrumentele doeleinden, de verenigbaarheid met het EU-recht, de inkomensgevolgen en de uitvoeringsaspecten.

Voor de belastinglasten is nog geen eigen toetsingskader ontwikkeld. Als belastende maatregel zal in ieder geval moeten worden getoetst of de belastinglast niet onevenredig is in verhouding tot het beoogde doel. Dit betekent een zware motiveringsplicht voor een voorgesteld tarief. Met betrekking tot de voorgestelde tarieven van de werkgeversheffingen is aan deze motiveringsplicht in de toelichting voorbijgegaan. Ook is geen aandacht gegeven aan de aspecten die in het Toetsingskader belastinguitgaven zijn opgenomen, en die zich voor overeenkomstige toetsing voor belastinglasten lenen.

De Raad adviseert het toetsingskader voor belastinglasten in de toelichting op te nemen, de toelichting op de werkgeversheffingen daaraan aan te passen en de voorgestelde tarieven voor de werkgeversheffingen te motiveren.

Gelijkheidsbeginsel

Gelet op de aard van de belastinglast en de inbedding in de loonbelastingheffing ligt het voor de hand dat voor de vraag of de in het voorstel opgenomen maatregelen discriminatoir zijn het «belastingregime» wordt toegepast.

Vertrekvergoedingen

Aan de hand van de omschrijving wat onder excessieve beloningen moet worden verstaan, kan worden getoetst of het voorstel inzake de vertrekvergoedingen zoals het is uitgewerkt, leidt tot schending van het gelijkheidsbeginsel. Nu die omschrijving niet in het voorstel of de toelichting is opgenomen, gaat de Raad er op grond van de hiervoor genoemde brief van 14 maart 2008 van uit dat de rechtvaardiging voor het voorstel is gebaseerd op het niet voldoen aan de norm uit de Tabaksblat-code dat de maximale vergoeding bij onvrijwillig ontslag eenmaal het (vaste) jaarsalaris bedraagt. De Raad merkt op, dat het voorstel niet ziet op de ontslagvergoeding als zodanig. De verschillen tussen het loon dat in het jaar van vertrek wordt genoten, en het vergelijkingsloon (in het algemeen het toetsloon in het jaar t-2) worden in het voorstel aangeduid als vertrekvergoeding. Deze vertrekvergoeding zal aldus nagenoeg steeds hoger zijn dan de ontslagvergoeding, bedoeld in de Tabaksblat-code, omdat in de vertrekvergoeding ook periodieke loonverhogingen en dergelijke loonbestanddelen worden begrepen. In de regeling is voorzien in een verlaging van de vertrekvergoeding met de gerealiseerde opbrengst van «oude» optierechten in het jaar van ontslag (artikel 32bb, zevende lid, van de Wet op de loonbelasting 1964; hierna: Wet LB 1964), maar verder tegenbewijs dat geen sprake is van een ontslagvergoeding is niet mogelijk. De vertrekvergoeding wordt als excessief aangemerkt, indien zij kort aangeduid meer dan het toetsloon belooft, tenzij het toetsloon van de werknemer niet meer bedraagt dan € 500 000 (artikel 32bb, tweede lid, Wet LB 1964).

In de toelichting is geen objectieve en redelijke grond aangevoerd, waarom alleen indien het toetsloon van een werknemer meer bedraagt dan € 500 000 de belastinglast wordt opgelegd. De Raad wijst er daarbij op dat vertrek-

¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 600, nr. 2, blz. 289.

vergoedingen, ook al zijn zij veelvoudig van een jaarsalaris, zonder werkgeversheffing uitgekeerd kunnen worden mits het toetsloon beneden € 500 000 blijft. De in de toelichting genoemde grond dat de bepaling beoogt te voorkomen dat de maatregel ook zou gelden bij hoge vertrekvergoedingen van werknemers die voor het overige geen topinkomen hebben, is niet een zodanige objectieve en redelijke grond, omdat, ook in het voorstel, topinkomens als zodanig niet als een excessieve beloning worden aangemerkt. Daarnaast komt het voorstel, indien het is gebaseerd op het niet voldoen aan de Tabaksblat-codenorm, in strijd met het gelijkheidsbeginsel indien beloningsbestanddelen worden getroffen door de belastinglast die niet zijn aan te merken als ontslagvergoeding in de zin van de Tabaksblat-code. In ieder geval zou voor die beloningsbestanddelen tegenbewijs mogelijk moeten zijn. De Raad adviseert alsnog een objectieve en redelijke grond aan te voeren voor de beperking van de belastinglast tot vertrekvergoedingen voor werknemers met een toetsvermogen van meer dan € 500 000. Zo deze gegeven kan worden, adviseert de Raad vertrekvergoedingen alleen in de werkgeversheffing te betrekken indien zij de norm van de Tabaksblat-code overschrijden.

Backservicepremies

Ook voor de backservicepremies geldt dat aan de hand van de omschrijving wat onder excessieve beloningen moet worden verstaan, kan worden getoetst of het voorstel zoals het is uitgewerkt, leidt tot schending van het gelijkheidsbeginsel. Nu die omschrijving niet in het voorstel of de toelichting is opgenomen, gaat de Raad ervan uit dat de rechtvaardiging voor het voorstel meer gebaseerd is op hetgeen in de brief van 18 december 2007 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, nr. AFP 2007-01015¹, is opgenomen dan op hetgeen in de toelichting is gesteld. In de toelichting wordt ter motivering niet meer opgemerkt dan dat salarissprongen in het hogere salarissegment vaak gepaard gaan met de storting van zeer hoge fiscaal gefacilieerde bedragen in de pensioenregeling. Deze motivering kan de werkgeversheffing niet dragen, nu niet wordt voorgesteld, dat eindloonregelingen als zodanig niet meer fiscaal gefacilieerd dienen te worden.

In de brief van 18 december 2007 is aangegeven dat maatregelen worden onderzocht die als doel hebben om de mogelijkheid tot het doen van zeer hoge (gefacilieerde) stortingen over het verleden, zoals die voorkomen bij topinkomens, te beperken. De huidige mogelijkheden tot het doen van pensioenstortingen over het verleden blijken in de praktijk te worden benut om beloningen aan de start en/of aan het einde van een dienstverband gefacilieerd te ontvangen. Het kan daarbij zowel gaan om inhaal of inkoop als om de in dit kader ook vaak genoemde backservice, aldus de brief. Er kan reden zijn calculerend gedrag met betrekking tot het ophogen van de in het kader van de waarde-overdracht verkregen dienstjaren naar het feitelijk aantal dienstjaren bij inkoop, zoals omschreven in noot 5 van de toelichting, tegen te gaan door een verdergaande precisering van de inkoopfaciliteit, maar dat rechtvaardigt niet een werkgeversheffing over backservicepremies over de gehele linie. In de toelichting is geen objectieve en redelijke grond aangevoerd, waarom alleen indien het pensioengevend loon van een werknemer meer bedraagt dan € 500 000 de belastinglast wordt opgelegd. De in de toelichting genoemde grond dat de bepaling beoogt te voorkomen dat de maatregel ook zou gelden voor de incidentele gevallen waarin ook voor een «gewone» werknemer nog sprake is van een eindloonregeling, is niet een zodanige objectieve en redelijke grond, omdat topinkomens als zodanig niet als een excessieve beloning worden aangemerkt.

De Raad merkt tevens op dat daarbij komt dat de forfaitair berekende backservicepremies zodanig ruw bepaald zijn doordat in geen enkel opzicht rekening wordt gehouden met diensttijd en levensverwachting, dat zij uit dien hoofde tot een willekeurige heffing leiden. Het beroep op uitvoerbaarheid van de regeling is ontoereikend om een dergelijke willekeurige heffing te rechtvaardigen.

De Raad adviseert alsnog een objectieve en redelijke grond aan te voeren voor de beperking van de belastinglast tot pensioengevend loon van meer dan € 500 000. Zo deze gegeven kan worden, adviseert de Raad backservicepremies alleen in de werkgeversheffing te betrekken indien zij zien op inkoop en tevens in enig opzicht rekening houden met diensttijd en levensverwachting.

¹ Kamerstukken II 2007/08, 31 205 en 30 111, nr. 63.

2. Belastinglast

Toetsingskader

De Raad introduceert een nieuw begrip «belastinglast», waarvoor eveneens een nieuw toetsingskader zou moeten worden ontwikkeld. Het ligt niet in de bedoeling van het kabinet om voor de voorgestelde belastingheffing het nieuwe begrip «belastinglast» over te nemen en hiervoor een separaat, nieuw te ontwikkelen toetsingskader op te stellen. Het kabinet is van mening dat in de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel voldoende wordt ingegaan op de relevante afwegingen en dat de ontwikkeling van een nieuw toetsingskader geen toegevoegde waarde heeft.

In aanvulling op de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat voor de vaststelling van de tarieven voor de werkgeversheffingen een zorgvuldige afweging tussen de budgettaire opbrengst, het effect op het vestigingsklimaat en het creëren van draagvlak heeft plaatsgevonden. Bij het laatstgenoemde punt speelt de relatie tussen de hoogte van het tarief en de aard van de situaties waarop de voorgestelde maatregelen zich richten een rol. Dit is de belangrijkste verklaring voor het verschil in de heffing op de forfaitair berekende backservicepremie van 15% en de heffing op excessieve vertrekvergoedingen van 30%.

Gelijkheidsbeginsel

Vertrekvergoedingen

De voorgestelde maatregelen zijn specifiek gericht op bepaalde beloningsbestanddelen. Het specifieke karakter wordt bij de vertrekvergoedingen ondersteund door ook een inkomensgrens te hanteren. Het is de combinatie van een hoog loon en een excessief beloningsbestanddeel die door het kabinet gezien wordt als de objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor de voorgestelde maatregel met betrekking tot de vertrekvergoedingen.

De maatregel inzake de pseudo-eindheffing bij excessieve vertrekvergoedingen is enerzijds bedoeld om excessen in het beloningsbeleid op dit punt te ontmoedigen en anderzijds bedoeld om, indien een inhoudingsplichtige toch voor een dergelijke, excessieve beloning kiest, te komen tot een evenwichtiger belastingheffing waarbij deze excessieve beloningen via een pseudo-eindheffing zwaarder belast worden. Het kabinet is daarbij van mening dat een vertrekvergoeding, deels in aansluiting op het principe van de Corporate Governance Code, in ieder geval excessief is in het geval de vertrekvergoeding meer bedraagt dan het jaarloon van het vergelijkingsjaar (het jaar t-2) en het jaarloon in dat vergelijkingsjaar ook meer bedraagt dan € 500 000.

De voorgestelde maatregel sluit dus niet rechtstreeks aan op de Corporate Governance Code, maar het principe van de code wordt wel overgenomen, zij het dat dit principe zodanig wordt ingebed in de fiscale wetgeving dat de maatregel door de inhoudingsplichtige en de Belastingdienst goed uitvoerbaar is.

De Raad merkt ter zake op dat de volgens de voorgestelde maatregel berekende vertrekvergoeding nagenoeg steeds hoger zal zijn dan de in overeenstemming met de norm uit de Corporate Governance Code berekende ontslagvergoeding, omdat in de volgens de voorgestelde maatregel berekende vertrekvergoeding ook periodieke loonsverhogingen en dergelijke loonbestanddelen zijn begrepen.

Dit zou, zo begrijpen wij de Raad, betekenen dat ook over een ontslagvergoeding die binnen de norm van de Corporate Governance Code blijft, in veel gevallen toch pseudo-eindheffing geheven zou worden. Hier lijkt echter sprake te zijn van een misverstand. De Corporate Governance Code geeft aan dat vertrekvergoedingen in beginsel niet meer mogen bedragen dan eenmaal het vaste jaarsalaris. Doordat in de voorgestelde maatregel enerzijds voor wat betreft het vergelijkingsloon wordt aangesloten bij het totale loon en niet bij het vaste loon en anderzijds het totale loon in dit inkomenssegment per definitie hoger is dan het vaste loon, is er een zodanige marge tussen het vaste jaarsalaris (waar de Corporate Governance Code bij aansluit) en het totale (vergelijkings)loon, dat reguliere periodieke loonstijgingen niet tot gevolg kunnen hebben dat de vertrekvergoeding berekend volgens de methode van de voorgestelde maatregel boven het vergelijkingsloon uitkomt. Het is in beginsel dus niet zo dat periodieke loonstijgingen, in het geval een ontslag-

vergoeding wordt gegeven die in overeenstemming is met de Corporate Governance Code, ertoe leiden dat pseudo-eindheffing wordt geheven. Het kabinet deelt de zorg van de Raad op dit punt derhalve niet. Het volledig aansluiten bij de norm van de Corporate Governance Code in de fiscale wetgeving zou overigens hebben betekend dat de maatregel op eenvoudige wijze te ontgaan zou zijn omdat een inhoudingsplichtige en een werknemer in onderling overleg de verdeling van het salaris tussen vast en variabel loon kunnen aanpassen. Om vergelijkbare redenen is ook niet bepaald geacht of de beloning door partijen als vertrekvergoeding wordt aangemerkt, maar is gekozen voor de in het wetsvoorstel opgenomen indirecte bepaling van de omvang van de vertrekvergoeding. Om vergelijkbare redenen is ook een tegenbewijsregeling, zoals door de Raad gesuggereerd, niet opgenomen. Bij een dergelijke regeling zouden bij de onderhavige maatregel moeizame discussies ontstaan over de redenen van de beloningen die in de jaren t en t-1 zijn gegeven, die als gevolg van de vrijwel onmogelijke bewijspositie voor de Belastingdienst er in veel gevallen vermoedelijk toe zouden leiden dat geen van die beloningen onder de maatregel zouden vallen. Er is bewust gekozen voor een meer kwantitatieve benadering. Met deze gekozen systematiek wordt voorkomen dat een dergelijke moeilijk uitvoerbare, meer kwalitatieve beoordeling moet plaatsvinden. De Raad wijst er voorts terecht op dat werknemers met een toetsloon dat ligt onder € 500 000, ook als zij een vertrekvergoeding ontvangen die vele malen hoger ligt dan het jaarsalaris, niet onder de maatregel vallen. Overweging bij de keuze voor deze inkomensgrens is, dat een ten opzichte van het jaarloon hoge vertrekvergoeding bij lagere inkomens in het algemeen niet als excessief wordt gezien.

Backservicepremies

Het kabinet is van mening dat ook de voorgestelde pseudo-eindheffing met betrekking tot situaties waarin pensioenopbouw op basis van het eindstelsel plaatsvindt over een pensioengevend loon van meer dan € 500 000, niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Net als bij de pseudo-eindheffing voor vertrekvergoedingen vindt het kabinet bij deze maatregel een objectieve en redelijke rechtvaardiging in de combinatie van een hoog loon en een excessief beloningsbestanddeel.

De voorgestelde pseudo-eindheffing over een forfaitair berekende backservice heeft ten doel de opbouw van een pensioen op basis van een eindloonstelsel te ontmoedigen voor zover het pensioengevend loon een bedrag van € 500 000 te boven gaat, maar het kabinet wil hierbij tegelijkertijd niet dwingend ingrijpen in bestaande arbeidsvoorwaarden met betrekking tot het pensioen: de omkeerregel wordt niet beperkt en pensioenregelingen hoeven niet noodzakelijkerwijs te worden aangepast (geen verplichte afsplitsing van de opbouw boven € 500 000). Werkgevers wordt met andere woorden de keuze gelaten tussen het toekennen van pensioen op basis van eindloonstelsel tot maximaal € 500 000 en eventueel daarboven op basis van een middelloon- of beschikbarepremiestelsel, of de bestaande arbeidsvoorwaarden te handhaven en – bij een stijging van het pensioengevend loon boven de € 500 000 – de werkgeversheffing te betalen. Er is bewust niet voor gekozen om onderscheid te maken tussen reguliere backservice en de backservice bij inkoop, zoals door de Raad gesuggereerd. Naar het oordeel van het kabinet is er geen rechtvaardiging voor het verschil in behandeling dat in dat geval zou ontstaan tussen werknemers die carrière maken in het kader van de overstap naar een andere werkgever en werknemers die dit bij dezelfde werkgever doen. Bovendien zou het beperken van de maatregel tot gevallen van inkoop van pensioen, zoals de Raad lijkt te adviseren, juist tot een negatieve prikkel leiden met betrekking tot de arbeidsmobiliteit, hetgeen uiteraard onwenselijk is.

Bij de keuze voor een forfaitair berekende backservice is de overweging van het kabinet geweest dat de daadwerkelijke backservicepremie niet zonder ingewikkelde (actuariële) berekeningen is vast te stellen als rekening moet worden gehouden met diensttijd en levensverwachting in elk individueel geval. Bovendien is bij doorsneepremies een deel van de in totaal voor de financiering van de backservice benodigde premie doorgaans niet begrepen in de over het loon van de desbetreffende werknemer betaalde premie, maar wordt dit feitelijk omgeslagen over de loonsom van de voor alle werknemers berekende premie. Het kabinet is zich ervan bewust dat de keuze voor één –

voor iedereen geldend – forfait betekent dat de in aanmerking te nemen grondslag in het ene geval in beginsel te laag zal zijn en in het andere geval te hoog. Dat is echter inherent aan een forfait. Omwille van de uitvoerbaarheid heeft het kabinet bewust gekozen voor een forfaitaire benadering waarbij de als grondslag voor de pseudo-eindheffing in aanmerking te nemen backservice op basis van bepaalde veronderstellingen ten aanzien van de gemiddelde leeftijd en het gemiddelde aantal dienstjaren van de desbetreffende werknemers is gesteld op het viervoud van de verhoging van het pensioengevend loon ten gevolge van de salaristijging. Het kabinet acht deze motivering toereikend voor de voorgestelde forfaitaire berekeningswijze. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

3. Managementvennootschappen

De pseudo-eindloonheffingen beperken zich tot werknemers. In de toelichting wordt geen aandacht gegeven aan de omstandigheid dat hooggesalarieerde werknemers hun diensten ook kunnen aanbieden via een managementvennootschap of een soortgelijke opzet. In deze gevallen geniet de managementvennootschap de opbrengst van de inzet van die werknemer. De vertrekvergoedingsregeling mist dan toepassing bij het einde van de overeenkomst.

De Raad adviseert in de toelichting aandacht te geven aan het inzetten van managementvennootschappen en soortgelijke structuren.

3. Managementvennootschappen

In het geval personen hun diensten aanbieden via een managementvennootschap zijn er twee mogelijkheden: de persoon komt rechtstreeks in dienstbetrekking te staan bij de vennootschap die hem inhuurt via zijn managementvennootschap, of de managementvennootschap verricht bepaalde diensten voor de vennootschap die «inhuurt» zonder dat er een gezagsverhouding ontstaat tussen een werknemer van de managementvennootschap en de inhurende vennootschap. In de eerste situatie is de vertrekvergoedingsregeling zonder meer van toepassing. In de tweede situatie ligt het niet voor de hand dat de inhurende vennootschap een vertrekvergoeding toekent. Indien in die situatie toch een hoge vertrekvergoeding zou worden uitgekeerd door de inhurende vennootschap, kan dit gezien worden als een aanwijzing dat eigenlijk toch sprake is van een rechtstreekse dienstbetrekking met de persoon die via een managementvennootschap zijn diensten aanbiedt. De voorgestelde maatregel is in dat geval eveneens van toepassing. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

4. Administratieve lasten

De pseudo-eindloonheffingen leiden tot verhoging van de administratieve lasten op een punt waaraan in de toelichting geen aandacht is gegeven. Het opnemen van die heffingen in de loonbelasting leidt er toe dat elke inhoudingsplichtige met die maatregelen wordt geconfronteerd. Voor de aangifte loonheffing moet hij beoordelen of de pseudo-eindloonregeling ook in zijn geval toepassing dient te vinden. Die aangifte is thans zodanig ingericht dat bij continuering van die opzet elke inhoudingsplichtige bezwaard zal worden met een of meer in te vullen velden over het pseudo-eindloon, die nagenoeg nooit zullen worden ingevuld met een ander bedrag dan 0 of met nee. In dit opzicht zijn de administratieve lasten disproportioneel ten opzichte van het aantal gevallen van pseudo-eindloonheffing.

In de toelichting zijn geen gegevens opgenomen inzake het aantal werknemers met een beloning van meer dan € 500 000 en evenmin hoeveel van deze werknemers per jaar vertrekken of voor wie de pensioengrondslag op basis van een eindloonregeling wordt verhoogd. Dit aantal kan niet anders dan zeer beperkt zijn, en het aantal per jaar dat vertrekt is navenant geringer. Maatregelen die gericht zijn op enkele personen dienen al niet in de loonbelastingheffing te worden opgenomen wegens het compliceren van de uitvoering van die heffing.

De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

4. Administratieve lasten

De Raad vraagt om een aanvulling van de toelichting omdat hij meent dat elke inhoudingsplichtige wordt geconfronteerd met administratieve lasten als gevolg van de pseudo-eindheffing. De Raad ziet hier disproportionaliteit.

Ik deel de mening van de Raad dat er sprake zou zijn van disproportionaliteit indien elke inhoudingsplichtige bij de maandelijke of vierwekelijkse aangifte loonheffingen met een of meer vragen over de pseudo-eindheffing zou worden geconfronteerd. Dat is echter niet de bedoeling. Vrijwel alle inhoudingsplichtigen kunnen aan de pseudo-eindheffing voorbijgaan. De heffing zal niet worden uitgevraagd via de reguliere aangifte loonheffingen. De werkzaamheden voor de heffing worden binnen de Belastingdienst landelijk geconcentreerd. Inhoudingsplichtigen die met de heffing te maken krijgen, moeten zich tot dat centrale punt wenden en kunnen daar aan hun verplichtingen voldoen. In dat licht werkt de Belastingdienst de voorlichting over en het toezicht op de pseudo-eindheffing de komende tijd verder uit. De toelichting is op dit punt aangevuld.

CARRIED INTEREST

5. Belastingheffing over carried interest

Het bezwaar tegen de beperkte toelichting van het voorstel laat zich ook op het punt van de carried interest voelen, nu het ten aanzien van de belastingheffing over carried interest niet duidelijk is of de voorgestelde maatregelen zien op het voorkomen van excessen in het beloningsbeleid dan wel een nadere afbakening tussen box 1 en box 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) betreffen. Ook in de hiervoor genoemde brief van 18 december 2007 wordt niet meer opgemerkt dan dat bij het onderzoek naar excessieve beloningen ook aandacht geschonken wordt aan de fiscale praktijk van belastingheffing over carried interest alsmede dat deze heffing mede afhankelijk is van de wijze waarop de beloningbestanddelen zijn vormgegeven. De Raad merkt op, dat in de toelichting geen aanknopingspunten zijn te vinden dat de beloningen uit hoofde van carried interest als zodanig excessief zijn. Uit de toelichting blijkt veel meer dat de belastingheffing over die beloningen leidt tot problemen bij de grensafbakening tussen box 1 en box 3 van de Wet IB 2001. Uit dien hoofde behoeft de opnemng van de voorgestelde regeling in de Wet Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen nadere toelichting. Het enkele feit dat de voorgestelde precisering van de heffing mogelijkerwijs een budgettaire opbrengst van € 60 mln oplevert, rechtvaardigt de samenvoeging met de voorstellen voor de werkgeversheffingen niet. Het voorstel past veel meer in het gebruikelijke wetsvoorstel «overige fiscale maatregelen» dat jaarlijks het belastingplan flankeert dan in het onderhavige voorstel. De Raad adviseert het voorstel te splitsen teneinde het (technische) voorstel inzake de belastingheffing over carried interest niet te plaatsen in de voor het onderwerp oneigenlijke sleutel van excessieve beloningen.

5. Belastingheffing over carried interest

De Raad merkt op dat het opnemen van de regeling voor de beloningen uit hoofde van carried interest in het wetsvoorstel Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen nader toelichting behoeft. Zoals ook kan worden afgeleid uit de brief van 18 december 2007 aan de Eerste Kamer¹ is het onderzoek naar de praktijk van de belastingheffing over carried interest opgekomen in de aanloop naar het wetsvoorstel Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen. Ook inhoudelijk zijn er raakvlakken met het dossier «excessieve beloningen». De lucratieve belangen zoals die worden beschreven in het voorgestelde artikel 3.92b Wet IB 2001 komen namelijk vrijwel uitsluitend terecht bij personen die een grote invloed kunnen uitoefenen op de eigen arbeidsvoorwaarden en die vaak behoren tot de groep van personen met een topinkomen. Daarnaast geldt dat het excessieve karakter van de vorenbedoelde lucratieve belangen bestaat in het gegeven dat potentiële rendementen behaald kunnen worden die veelal in geen verhouding staan tot het geïnvesteerde kapitaal. Tegen die achtergrond hebben wij het advies van de Raad om het onderdeel «carried interest» van het wetsvoorstel af te splitsen en onder te brengen in een afzonderlijk wetsvoorstel, niet gevolgd.

6. Loonbegrip

Op grond van artikel 10, eerste lid, Wet LB 1964 is loon al hetgeen uit dienstbetrekking of vroegere dienstbetrekking wordt genoten. Uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling is af te leiden, dat een ruim loonbegrip wordt beoogd. Het loonbegrip voor de Wet LB 1964 omvat aldus – voor zover van belang voor de in het voorstel bedoelde gevallen – hetgeen door de

¹ Kamerstukken I 2007/8, 31 205, nr. 63.

werknemer van de werkgever ter beloning van verrichte en te verrichten arbeid in dienstbetrekking wordt genoten vermeerderd met de winst op aandelenopties (artikel 10a Wet LB 1964) en met hetgeen ter beloning van derden wordt genoten, voor zover deze beloningen zijn geforfaiteerd (artikel 12 Wet LB 1964) en verminderd met de vrijstellingen van artikel 11 en volgende Wet LB 1964. Op grond van artikel 3.81 Wet IB 2001 geldt dit loonbegrip voor de Wet LB 1964 ook voor de Wet IB 2001, met dien verstande dat het loon tevens wordt vermeerderd met de niet-geforfaiteerde beloningen van derden en wordt verminderd met het loon dat op grond van artikel 31 Wet LB 1964 in een eindheffing is begrepen. Tevens moet hierbij in aanmerking worden genomen dat het loonbegrip voor de Wet LB 1964 op grond van het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 1992, BNB 1993/19, in zoverre geobjectiveerd is, dat, afgezien van artikel 12 Wet LB 1964, tot het loon niet behoren voordelen die niet door de werkgever zijn verstrekt maar die de werknemer kon behalen omdat zijn dienstbetrekking hem daartoe in staat stelde. Het is, aldus de Hoge Raad, immers niet aannemelijk dat de wetgever zou hebben bedoeld ook tot het loon te rekenen voordelen waarover de werkgever geen loonbelasting kon inhouden omdat hij met die voordelen niet bekend is. Het arrest markeert de grens tussen loon en andere opbrengst van arbeid, aangezien de in het arrest bedoelde voordelen op grond van artikel 22, eerste lid, onderdeel b, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (thans artikel 3.90 Wet IB 2001) in de heffing worden betrokken.

In de toelichting wordt onvoldoende duidelijk uiteengezet in hoeverre dit loonbegrip voor de Wet LB 1964 en voor de Wet IB 2001 ontoereikend is om de beloningen waar het voorstel op ziet, in de heffing van box 1 te betrekken. Voor een beoordeling van de noodzaak van de invoering van nieuwe maatregelen en bevoegdheden is in de eerste plaats vereist dat voldoende inzicht bestaat waarom het huidige loonbegrip tekortschiet. De Raad mist een zodanige probleemdefinitie en analyse. 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 tijdstip waarop de beloning in natura in de vorm van de in de toelichting omschreven vermogenstitels de loonsfeer verlaat en tot de vermogenssfeer gaat behoren, kan aldus in de wet worden opgenomen. Dit tijdstip kan worden gerelateerd aan de periode waarover de waardevermeerdering van de vermogenstitels, gelet op de bijzondere voorwaarden die aan die vermogenstitels verbonden zijn, mede bedoeld is een beloning te vormen voor de werkzaamheden. Ook wijst de Raad er op, dat beloningen die van derden ontvangen worden reeds nu naar het werkelijk genoten bedrag als loon voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking worden genomen (artikel 3.81 Wet IB 2001).

De Raad adviseert in de toelichting meer uitgebreid op de loonbegrippen voor de Wet LB 1964 en de Wet IB 2001 ten aanzien van de in het voorstel bedoelde beloningen in te gaan en opnieuw te bezien of door uitbreiding van die begrippen de heffing in box 1 van de Wet IB 2001 niet verzekerd kan worden.

6. Loonbegrip

De Raad merkt op dat in de toelichting onvoldoende duidelijk wordt uiteengezet in hoeverre het loonbegrip voor de Wet op de loonbelasting 1964 en voor de Wet IB 2001 ontoereikend is om de carried interest beloningen in de belastingheffing te betrekken. Op basis van de huidige wetgeving kan zowel het standpunt worden ingenomen dat de in het kader van een dienstbetrekking toegekende lucratieve vermogensbestanddelen als loon moeten worden belast op het moment van toekenning ervan (loon in de vorm van een recht), dan wel dat de belastingheffing moet plaatsvinden op het moment van de feitelijke realisatie van de voordelen (recht op loon in geld). Dit hangt af van de feitelijke vormgeving en de feiten en omstandigheden waaronder de vermogensbestanddelen zijn verkregen. Toepassing van het regime van resultaat uit overige werkzaamheden resulteert erin dat te allen tijde het feitelijke resultaat of de feitelijke waardevermeerdering wordt belast op het moment dat het voordeel wordt gerealiseerd. De Raad zij toegegeven dat dit resultaat ook zou kunnen worden bereikt door het regime voor werknemersopties (artikel 10a Wet op de loonbelasting 1964) uit te breiden. De keuze voor het regime van resultaat uit overige werkzaamheden is ingegeven door het feit dat managers met de beloningsvormen die onder de nieuwe wetgeving ressorteren niet altijd in

loondienst werkzaam zijn of dat, als dat wel het geval is, niet altijd aannemelijk gemaakt kan worden dat de werkgever van de extra beloning op de hoogte is. Met betrekking tot het laatste kan, zoals de Raad doet, worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 1992, nr. 28 156, BNB 1993/19, waarin het ging om verduistering en het voordeel werd belast volgens de voorloper van het regime van resultaat uit overige werkzaamheden. Wat betreft de situaties van niet in loondienst werkzaam zijn, kan in dit verband worden gedacht aan zelfstandig werkzame adviseurs of werknemers van financiers, welke lucratieve belangen verkrijgen in verband met door hen verrichte werkzaamheden. Het is daarom niet toereikend de loonbegrippen voor de Wet op de loonbelasting 1964 en de Wet IB 2001 of (alleen) het loonbegrip van de Wet IB 2001 uit te breiden. De gekozen vormgeving heeft het voordeel dat een regeling in de loonbelasting achterwege kan blijven.

7. Detaillering van regelgeving

De Raad merkt op, dat het voorstel zeer gedetailleerd de vermogenstitels aangeeft waarop de nieuwe regelgeving ziet; het zijn kennelijk de uit de praktijk bekende voorbeelden. Dergelijke bepalingen plegen te leiden tot het ontwikkelen van nieuwe beloningsstructuren waarbij net buiten de gedetailleerd omschreven gevallen wordt gebleven.

Voor zover het de bedoeling van het voorstel is de grensafbakening tussen box 1 en box 3 van de Wet IB 2001 nauwkeuriger vast te stellen, lijkt een regeling waarin uitdrukkelijk wordt vastgelegd dat 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, toereikend. De suggestieve term «lucratieve belangen» ware overigens te vermijden; de term «met een werkzaamheid verband houdende belangen» volstaat als kopje bij artikel 3.92b Wet IB 2001. Ten aanzien van middellijk gehouden vermogenstitels zou hierbij tevens dienen te worden bezien in hoeverre de zogenoemde grootkoopmanschap-arresten nog betekenis hebben voor deze situatie. Uit deze arresten is af te leiden dat in bepaalde gevallen sprake is van een afzonderlijke onderneming, die de activiteiten en bezittingen van een directeur-enig aandeelhouder overkoepelt los van de activiteiten van zijn vennootschappen. De Raad adviseert het voorstel in het licht van het vorenstaande opnieuw te bezien.

7. Detaillering van de regelgeving

De Raad merkt op dat het voorstel zeer gedetailleerd de vermogenstitels aangeeft waarop de nieuwe regeling ziet en dat dergelijke bepalingen leiden tot het ontwikkelen van nieuwe beloningsstructuren waarbij net buiten de gedetailleerd omschreven gevallen wordt gebleven. Met de Raad zijn wij het eens dat de praktijk een zekere inventiviteit aan de dag legt bij het ontwikkelen van nieuwe beloningsstructuren. Daarom is er voor gekozen de vermogenstitels niet alleen te beperken tot aandelen en vorderingen, maar ook om allerlei vergelijkbare rechten onder het voorstel te brengen. Het enkel duiden van de vermogenstitels is echter niet voldoende, omdat het ook gaat om de context waaronder deze vermogenstitels verkregen zijn. Daarbij gaat het erom dat de vermogenstitels gelet op de feiten en omstandigheden waaronder ze zijn verkregen mede een beloning beogen te zijn voor de werkzaamheden van de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon. Gezien het bovenstaande kan niet worden volstaan met de door de Raad gesuggereerde wettekst.

Volgens de Raad zou voorts in het opschrift van artikel 3.92b Wet IB 2001 kunnen worden volstaan met de term «met een werkzaamheid verband houdende belangen». Omdat ook bij enkele andere artikelen van paragraaf 3.4.1 van de Wet IB 2001 (onder meer de artikelen 3.90, 3.91 en 3.92) sprake is van vermogensbestanddelen (belangen) die met een werkzaamheid verband houden, is gekozen voor de onderscheidende term «lucratieve belangen». De Raad vraagt om te bezien in hoeverre de zogenoemde grootkoopmanschap-arresten nog betekenis hebben voor deze situatie. Toepassing van deze arresten zou inderdaad onder omstandigheden mogelijk kunnen zijn. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

8. Dubbele heffing en verliesverrekening

Indien de in artikel 3.92b, tweede tot en met vierde lid, Wet IB 2001 omschreven vermogenstitels (hierna: aangewezen vermogenstitels) middellijk worden gehouden, ontstaat zonder nadere regeling dubbele heffing over de opbrengsten, doordat deze opbrengsten worden aangemerkt als resultaat uit overige werkzaamheden en als winst voor de vennootschap. Deze dubbele heffing is in het voorstel slechts beperkt voorkomen. In artikel 3.95b, vijfde lid, Wet IB 2001 is een keuzeregime opgenomen, indien de opbrengst van de aangewezen middellijk gehouden vermogenstitels terstond wordt uitgedeeld. In dat geval kan worden gekozen voor het aanmerkelijk belangregime in plaats van het regime voor resultaat uit overige werkzaamheden.

Op overeenkomstige wijze als bij dubbele heffing over opbrengsten, ontstaan, indien aangewezen vermogenstitels middellijk worden gehouden, dubbel te verrekenen verliezen indien de waarde van de aangewezen vermogenstitels daalt. Artikel 3.95b, vierde lid, Wet IB 2001 voorkomt deze dubbele verliesverrekening door het verlies bij de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden uit te sluiten.

In de toelichting is ontoereikend gemotiveerd waarom bij middellijk gehouden vermogenstitels de belastingheffing over de opbrengst van die titels slechts beperkt wordt voorkomen en bij verliesverrekening dit volledig plaatsvindt. Tevens is niet gemotiveerd waarom de heffing na toepassing van het keuzeregime over de opbrengst beperkt dient te worden tot het aanmerkelijk belangtarief van 25% in plaats van het progressieve tarief van box 1. De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

8. Dubbele heffing en verliesverrekening

De Raad adviseert toe te lichten waarom bij middellijk gehouden vermogenstitels de belastingheffing over de opbrengst van die titels slechts beperkt wordt voorkomen en bij verliesverrekening dit volledig plaatsvindt. De Raad lijkt er van uit te gaan dat het hier een spiegelbeeldige situatie betreft. Dat is echter niet geheel het geval, aangezien het vierde en het vijfde lid van het voorgestelde artikel 3.95b een verschillende achtergrond hebben. Het vijfde lid houdt verband met het tweede lid van het voorgestelde artikel 3.95b. In voornoemd tweede lid is voor middellijk gehouden belangen bepaald dat het resultaat met betrekking tot deze werkzaamheid niet later wordt genoten dan ingeval dit vermogensbestanddeel onmiddellijk zou zijn gehouden. Dit is derhalve het uitgangspunt. Met het vijfde lid wordt, in het geval dat ten aanzien van middellijk gehouden lucratieve vermogenstitels geen uitstel van belastingheffing wordt nagestreefd, voorkomen dat belasting wordt geheven op grond van zowel het regime van resultaat uit overige werkzaamheden, als op grond van het aanmerkelijk belangregime. Het vierde lid sluit de verrekening van verliezen bij middellijk gehouden vermogenstitels uit, teneinde te voorkomen dat een verlies twee maal in de fiscaliteit vergolden wordt. Daarnaast adviseert de Raad om in de toelichting te motiveren waarom de heffing na toepassing van het keuzeregime over de opbrengst van middellijk gehouden belangen beperkt dient te worden tot het aanmerkelijk belangtarief van 25%. De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Raad aangevuld.

9. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

9. Redactionele kanttekeningen

Aan de redactionele kanttekeningen van de Raad is gevolg gegeven, met dien verstande dat bij de eerste twee punten niet het voorstel van wet, maar de artikelsgewijze toelichting is aangepast.

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

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

Ik moge U, mede namens de staatssecretaris van Financiën, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te verzenden.

De minister van Financiën,
W. J. Bos

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W06.08.0114/III met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- In artikel 32bb, derde lid, onderdeel d, Wet LB 1964 tot uitdrukking brengen dat het bij de herleiding van het loon tot (jaar)toetsloon overeenkomstig voorbeeld 2 van de artikelsgewijze toelichting gaat om een tijdsevenredige herrekening.
- In artikel 32bb, zesde lid, Wet LB 1964 de woorden «of na» laten vervallen, in overeenstemming ook met de artikelsgewijze toelichting en met het daarmee vergelijkbare vijfde lid.
- De wijze van berekening van de factor 4 die wordt gehanteerd bij de forfaitaire berekening van de backservicepremie (artikel 32bc, eerste lid, Wet LB 1964) nader toelichten.