



Aan:  
Van: Kennisgroep ROW

**Naam dienstonderdeel**  
Kennisgroep resultaat overige werkzaamheden

**Contactpersoon**  
5.1.2e

5.1.2e

**Datum**  
2 juli 2020

**Referentienummer**

**Behandeld door**  
5.1.2e

# memo

## Onderwerp

### **Behoren de schuld met kwijtscheldingsfaciliteit en/of de aandelen tot een lucratief belang? Vraag 20-059-005**

#### **1. Feiten (zoals geschetst door de vraagsteller)**

Managers M1, M2 en M3 gaan in april 2018, elk via een personal holding, participeren in P Holding. De feitelijke bedrijfsvoering is ondergebracht in P Werkmij, een 100% dochtervennootschap van P Holding. D, oprichter van het bedrijf, was via zijn personal holding (D Holding) de oorspronkelijke eigenaar van P Holding. M1 en M2 verkrijgen een 5%-belang (koopprijs € 67 Awr); M3 verkrijgt een 10%-belang (koopprijs € 67 Awr). Een aantal aspecten van de managementparticipatie wordt hierna nader uitgewerkt.

#### Statutenwijziging en aandeelhoudersovereenkomst

Voorafgaand aan de verkoop aan de managers vindt een statutenwijziging van P Holding plaats, waarbij twee typen aandelen worden gecreëerd:

- 800 aandelen A, vertegenwoordigende 80% belang;
- 200 aandelen B, vertegenwoordigende 20% belang.

M1, M2 en M3 verkrijgen aandelen van type B. D behoudt de aandelen van type A. De aandelen A en B vormen voor de bepalingen van het aanmerkelijk belang een aparte soort in de zin van art. 4.7 Wet IB 2001. De aandelen delen evenredig in de winst, er is geen sprake van achterstelling van de ene op de andere soort.

#### Aandeelhoudersovereenkomst

D, M1, M2 en M3 gaan ook een aandeelhoudersovereenkomst aan. Deze kent onder andere de volgende bepalingen:

- *Drag-along* en *tag-along* bepalingen
- *Leaver*-bepalingen
  - Bad leaver ontvangt 50% van de *fair market value*;
  - Good leaver ontvangt 100% *fair market value*;
- Afspraken ten aanzien van het dividendbeleid van P Holding:
  - Eisen aan eigen solvabiliteit (mag niet beneden 20% dalen);
  - Geen strijd met business plan of contractuele afspraken;
  - Prudent beleid, met oog op continuïteit van de bedrijfsvoering.

### Lening koopsom aandelen

M1 Holding, M2 Holding en M3 Holding blijven de koopsom voor de aandelen schuldig. De (gelijkluidende) leningovereenkomsten bevatten onder andere de volgende kenmerken:

- Looptijd 10 jaar;
- Rente 2,5% per jaar;
- Vervroegde aflossing toegestaan en boetevrij;
- Indien P Holding dividend uitkeert moet minimaal 60% hiervan door de personal holdings van de managers worden aangewend om op schuldig gebleven koopsom af te lossen;
- Op het moment dat een aflossing plaatsvindt, wordt eenzelfde bedrag kwijtgescholden door de personal holding van D;
- De resterende hoofdsom plus lopende rente is terstond opeisbaar o.a. bij verkoop van de aandelen in P Holding;
- Er wordt een pandrecht ten behoeve D Holding gevestigd op de aandelen P Holding.

### Achtergestelde leningen managers

M1, M2 en M3 verstrekken achteraf (december 2018) een achtergestelde lening aan hun personal holding (M1 en M2 van € 67 Awr M3 van € 67 Awr). De leningovereenkomsten bevatten onder andere de volgende kenmerken:

- Looptijd 10 jaar;
- Rente 3% per jaar;
- Achtergesteld aan de lening (verstrekkt door D holding) voor de koopsom van de aandelen;
- Aflossing op de achtergestelde lening enkel toegestaan indien en voor zover de resterende hoofdsom ten minste 1/9<sup>e</sup> deel van de hoofdsom van de lening aankoop aandelen bedraagt;  
De hoofdsom van de achtergestelde leningen zijn hierdoor te allen tijde hoger dan 1/9<sup>e</sup> deel (=11,11%) van de hoofdsom van de leningen aankoop aandelen.

De adviseur heeft desgevraagd aangegeven waarom is gekozen voor achtergestelde leningen en niet de storting van kapitaal of agio. Adviseur geeft eerst ratio van deze aanpassing: de managers liepen gevoelsmatig risico op hun 'toekomstige bonus' (de kwijtschelding van de helft van de koopsom), dat is met de achtergestelde leningen 'ingekleed'. De keuze voor een achtergestelde lening is een puur praktische: voor terugbetaling van kapitaal of agio is de gang naar een notaris vereist omdat anders sprake is van een belast regulier voordeel.

### Werking structuur

De structuur zoals deze is opgezet, vormt als het ware een machine waarvan de radertjes gaan draaien zodra door P Holding een dividend wordt uitgekeerd:

1. De directie van P Holding besluit tot een dividenduitkering;
2. Ten minste 60% van het dividend moet door de personal holdings van de managers worden aangewend als aflossing op de leningen koopsom aandelen;
3. Kwijtschelding van eenzelfde bedrag door personal holding D.

### **Vraag:**

- a. Is de schuld voor de koopsom van de aandelen een lucratieve schuld als bedoeld in artikel 3.92b, lid 1, b Wet IB 2001?
- b. Behoren de aandelen van M1, M2 en M3 tot een lucratief belang?

## **Antwoord:**

### **Vraag a:**

De schuld aan D Holding kan een lucratieve schuld zijn als aan het beloningsoogmerk van art. 3.92b lid 1 Wet IB 2001 is voldaan. Dit hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval. Of daadwerkelijk aan lucratief belangheffing wordt toegekomen hangt af van de behandeling voor de loonheffing. Op grond van de rangorderegeling komt de loonvraag voorafgaande aan de toepassing van de lucratiefbelangregeling. Het lijkt er op dat de lening met kwijtscheldingsfaciliteit blijft 'hangen' in de loonsfeer.

### **Vraag b:**

Er zal nader onderzocht moeten worden of sprake is van een beloningsoogmerk bij het verkrijgen van de aandelen of dat er sprake is van een reguliere bedrijfsopvolging. De managers hebben allen een aanmerkelijk belang. De vraag of er sprake is van een lucratief belang, heeft alleen consequenties voor de zgn. doorstootverplichting van art. 3.95b lid 5 Wet IB 2001.

## **Beschouwing:**

### **2.1 Opmerkingen vooraf bij de feiten**

De kennisgroep gaat uit van de feiten zoals deze zijn aangeleverd door de vraagsteller. De vraag is ingediend bij de kennisgroep omdat het een onbekende structuur betreft. Op deze wijze krijgt de kennisgroep zicht op de casus en kan ze meedenken tijdens het proces. In dit kader hebben we geen standpunt geformuleerd, maar willen we de vraagsteller handvatten geven bij de behandeling.

### **2. Is er al dan niet sprake van loon?**

In deze casus spelen ook LH-aspecten. Deze aspecten vallen buiten het gebied van de kennisgroep ROW. Gezien het 'meedenk' karakter van de vraag benoemen we wel een aantal aandachtspunten op het gebied van de LH. Eventuele afstemming op het gebied van de LH dient uiteraard via de vaktechnische lijn LH plaats te vinden. Op grond van de rangorderegeling van art. 2.14, lid 1 en 2 Wet IB 2001 komt de loonvraag voorafgaand aan de toepassing van de lucratiefbelangregeling.

67 Awr

### **3. Lucratieve schuld en/of lucratieve aandelen?**

De vraagsteller vraagt de kennisgroep of de schuld een lucratieve schuld is in de zin van artikel 3.92b, lid 1, b Wet IB 2001. Daarnaast is de vraag of de aandelen ook behoren tot een lucratief belang of dat deze wellicht door de schuld worden meegetrokken in het lucratief belang.

Om een kader te schetsen behandelen we eerst de relevante regelgeving met betrekking tot de schuld met kwijtscheldingsfaciliteit (3.1) en passen we deze toe op de casus (3.2). Daarna gaan we in op het beloningsoogmerk bij verkrijging van de aandelen (3.3) en de financieringstoets (3.4). Vervolgens sluiten we af met een conclusie (3.5).

### 3.1 Relevante regelgeving

Onderdeel b van het eerste lid van artikel 3.92b Wet IB 2001 regelt dat schulden met een kwijtscheldingsfaciliteit behoren tot een lucratief belang, wanneer er sprake is van een beloningsoogmerk. Uiteraard zijn de LH-aspecten van de overeengekomen kwijtschelding ook van belang. De adviseur merkt de kwijtscheldingen aan als loon op het moment van kwijtschelding. Wellicht kan ook het recht op kwijtschelding in de loonheffing worden betrokken. Dit valt echter buiten het gebied van de kennisgroep ROW.

### 3.2 Sterkte-zwakke analyse

#### 3.2.1 Lucratieve schuld

Een (middellijke of onmiddellijke) schuld met een lucratieve kwijtscheldingsfaciliteit behoort ook tot een lucratief belang. Er moet rechtens dan wel in feite sprake zijn van een tegemoetkoming van gehele dan wel gedeeltelijke kwijtschelding. Ook moet de kwijtschelding bedoeld zijn als beloning voor werkzaamheden van de belastingplichtige.

Voorbeelden die in de wetsgeschiedenis aan de orde zijn gekomen:

- Situatie dat vooraf wordt afgesproken dat de financiering wordt kwijtgescholden indien een bepaald rendement niet wordt behaald.
- Garantstaan door de crediteur voor een bankfinanciering van de werknemer.
- Geldleningen aan werknemers waarbij de werkgever zich vooraf vastlegt om onder voorwaarden af te zien van invordering.

In de hiervoor genoemde voorbeelden is steeds sprake van afspraken vooraf. Dit is ook het geval in deze casus. De adviseur omschrijft de kwijtschelding als 'toekomstige bonus'. Deze feiten wijzen er op dat de kwijtschelding gezien moet worden als loon en blijft hangen in de loonsfeer. Aan toepassing van de lucratiefbelangregeling komt men dan niet toe. Mocht loonheffing om wat voor reden dan ook niet aan de orde zijn, heeft de wetgever aangegeven dat schulden met een lucratieve kwijtscheldingsfaciliteit tevens een lucratief belang vormen. Beoordeeld zal moeten worden of aan het beloningsoogmerk is voldaan. Enerzijds is de kwijtschelding (slechts) afhankelijk van het dividendbeleid van P Holding (dit pleit tegen beloningsoogmerk), anderzijds is er wel een link met de door de managers verrichte werkzaamheden (dit pleit voor beloningsoogmerk). Aangezien de schuld in de loonsfeer blijft hangen werken we dit standpunt hier niet verder uit. De schuld zou kunnen worden aangemerkt als lucratieve schuld. De schulden zijn middellijk, maar dit maakt geen verschil op basis van wettekst.

#### 3.2.2 Samenhang met LH

De adviseur merkt het bedrag van de kwijtschelding aan als loon op het moment van kwijtschelding. Als de kwijtschelding als loon wordt aangemerkt, is er dan nog ruimte voor de lucratief belangregeling gezien de rangorderegeling?

Van belang voor deze vraag is de achtergrond van de invoering van lid 1, b van artikel 3.92b Wet IB 2001. Hiervoor verwijzen we naar wat hierover is geschreven op pagina 298 van het rapport PE en fiscaliteit.

#### ***Lucratieve schulden kunnen ook loon vormen***

*In aandelenregelingen wordt soms afgesproken dat de manager de financiering (lening) van zijn deelname in de overnamehoudster van de targetvennootschap niet hoeft terug te betalen als een vooraf afgesproken rendement niet wordt behaald. De vraag is of een dergelijke kwijtschelding van de schuld loon is en zo ja, op welk moment. Moet de kans op deze kwijtschelding bij de waardering*

van de aandelen in aanmerking worden genomen, gelet op het eerder aangehaalde arrest HR 29 maart 2002, nr. 36 715, ECLI:NL:HR:2002:AE0862, BNB 2003/60 (aanbiedingsplicht aandelen tegen lagere prijs in geval van defungeren)? In dit arrest oordeelde de Hoge Raad immers dat: Indien sprake is van een verplichting tot aanbieding van aandelen door een werknemer tegen een statutair bepaalde prijs in geval van arbeidsongeschiktheid, defungeren of beëindiging van de dienstbetrekking, alsmede van een beperking van de mogelijkheden tot vervreemding op andere wijze tegen de waarde in het economische verkeer, moet evenwel worden onderzocht of daarvan invloed uitgaat op de waarde in het economische verkeer van de aandelen, hetgeen niet het geval is indien verplichte aanbieding als hiervoor genoemd of vervreemding op andere wijze van de aandelen nimmer zal plaatsvinden (vergelijk bijvoorbeeld HR 9 november 1932, B. 5316). Daarentegen oordeelde de Hoge Raad in het arrest HR 29 november 2000, nr. 35 132, ECLI:NL:HR:2000:AA8596, BNB 2001/83 nog in verband met de voorwaardelijke kwijtschelding van een geldlening in verband met toekenning van een aandelenoptie dat deze voorwaardelijke kwijtschelding belast was als loon in het jaar van kwijtschelding. Dus niet in het jaar waarin deze afspraak over kwijtschelding werd gemaakt (vergelijk het hiervoor genoemde BNB 2003/60). In een soortgelijke zaak kwam het Gerechtshof Amsterdam in de uitspraak van 19 mei 2005, nr. 03/01353, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT8379, V-N 2005/46.16 tot hetzelfde oordeel.

Het verschil tussen beide zaken met de casus uit BNB 2003/60 is dat de defungeringsregeling in dit laatstgenoemde arrest geregeld is in een aandeelhoudersovereenkomst die (kennelijk) onlosmakelijk verbonden is met de verkregen aandelen. Blijkbaar is er tussen de aandelen en de afspraak over de defungeringsregeling een dermate grote samenhang dat dit als één geheel is te beschouwen. Daarom moest op het moment van verstrekking van de aandelen onderzocht worden of deze afspraak een waardeverminderende invloed had. In het arrest BNB 2001/83 en de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 19 mei 2005 is vermoedelijk het argument van samenhang tussen het recht op voorwaardelijke kwijtschelding en de aandelen niet in stelling gebracht.

Aangezien het, gelet op de in onderdeel 9.4.7.2.3 genoemde jurisprudentie, niet geheel duidelijk is wanneer een voorwaardelijk recht op kwijtschelding als loon moet worden belast, heeft de wetgever besloten dit wettelijk te regelen. Een dergelijke lucratieve kwijtschelding is in ieder geval een lucratief belang krachtens artikel 3.92b, eerste lid, onderdeel b, van de Wet IB 2001 als de verstrekker van de voorwaardelijke kwijtschelding beoogd heeft de manager te belonen voor werkzaamheden. De uiteindelijke kwijtschelding wordt belast als lucratief belang en valt dus onder het resultaat uit overige werkzaamheden. Als het recht op de kwijtschelding eerst als loon in aanmerking is genomen en daarna een lucratief belang vormt, wordt het bedrag waarover loonbelasting is geheven bij het opgeofferd bedrag van het lucratief belang opgeteld (zie art. 3.95b, lid 1, Wet IB 2001).

De fiscale behandeling voor het lucratief belang hangt dus af van de behandeling in de loonheffingen. Als bij toekenning het recht op kwijtschelding als loon in aanmerking is genomen, wordt het opgeofferd bedrag voor het lucratief belang verhoogd. Als het bedrag van de kwijtschelding op het moment van kwijtschelden in de loonheffing wordt betrokken, wordt niet aan lucratief belangheffing toegekomen.

### **3.3 Lucratief belang aandelen?**

De tweede vraag is of de aandelen (ook) behoren tot een lucratief belang. Of dat de lucratieve schuld de aandelen wellicht meetrekt in het lucratief belang. Voordat aan de financieringstoets van het tweede, derde of vierde lid van art.

3.92b Wet IB 2001 wordt toegekomen, dient getoetst te worden of al dan niet aan het beloningsoogmerk van art. 3.92b, lid 1 Wet IB 2001 is voldaan. In onderdeel a van lid 1 is geregeld dat met lucratieve aandelen samenhangende schulden ook behoren tot een lucratief belang. Indien geen beloningsoogmerk aanwezig is, wordt aan de overige leden van art. 3.92b Wet IB 2001 niet toegekomen.

### **3.3.1 Beloningsoogmerk**

De vraag of aan het beloningsoogmerk van het eerste lid is voldaan, moet naar de feiten en omstandigheden worden beoordeeld. Het gaat hierbij om een subjectieve toets, met dien verstande dat met de in de wettekst opgenomen woorden 'naar moet worden aangenomen' een zekere objectivering is beoogd (kamerstukken II 2007/2008, 31 459, nr. 3, pag. 10).

De inspecteur, op wie in het algemeen de bewijslast rust, zal in het algemeen snel aan zijn bewijspositie kunnen voldoen dat er sprake is van een beloningsoogmerk in de zin van art. 3.92b, lid 1 Wet IB 2001.

In onderdeel a van lid 1 is geregeld dat met lucratieve aandelen samenhangende schulden ook behoren tot een lucratief belang. Het staat vast dat er een beloningsoogmerk is bij het verstrekken van de lucratieve schuld, waarmee de aandelen worden gefinancierd. Het is de vraag of alleen de samenhangende schuld kan zorgen voor het aannemen van een beloningsoogmerk bij het verkrijgen van de aandelen. Van een dergelijke feitelijke samenhang (bijvoorbeeld gezamenlijke verkoop/aflossing, onlosmakelijke verbondenheid) is de kennisgroep niet gebleken. We gaan er daarom vanuit dat het beloningsoogmerk in dit geval puur op de aandelen moet zien.

We zouden ons kunnen voorstellen dat in deze casus sprake is van een 'reguliere bedrijfsopvolging'. In de wetsgeschiedenis is aan de orde gekomen dat in dat geval niet wordt voldaan aan het beloningsoogmerk, zodat de aandelen niet tot een lucratief belang behoren. In eerder behandelde helpdeskvraag (18-059-0014) heeft de kennisgroep een aantal omstandigheden benoemd, waaronder het beloningsoogmerk ontbreekt. Namelijk:

- *De verkrijgende aandeelhouder (werknemer of manager) was al duurzaam verbonden aan de vennootschap (zie in dit verband de art. 3.63, lid 4 Wet IB 2001 en 4.17c, lid 1, letter d Wet IB 2001) en heeft ook het oogmerk om duurzaam aan de vennootschap verbonden te blijven.*
- *De te verkrijgen aandelen vormen voor de verkrijgende aandeelhouder een (al dan niet indirect gehouden) aanmerkelijk belang.*
- *Het oogmerk van de verkrijgende aandeelhouder is gericht op het verkrijgen en behouden van een substantieel aandelenbelang in de vennootschap. Dit in tegenstelling tot een situatie die gericht is op een 'exit', bijvoorbeeld door middel van verkoop van de aandelen op termijn. Hierbij moet er van worden uitgegaan dat indien er sprake is van een private equity-gerelateerde partij, er sprake is van het oogmerk van verkoop of van een andere 'exit' op termijn.*
- *Het oogmerk van de verkrijgende aandeelhouder is gericht op het verkrijgen en behouden van een substantiële zeggenschap in de vennootschap.*
- *Aan de te verkrijgen aandelen kleven (op grond van statutaire bepalingen of door middel van aandeelhoudersovereenkomsten) geen bijzondere condities ten*

*opzichte van de overige aandeelhouders. Zo is er bijvoorbeeld geen sprake van good- en/of bad leaverbepalingen.*

- *Voor de aandelen is een zakelijke prijs betaald. Hierbij dient de waarde van de gewone aandelen te worden beoordeeld ten opzichte van de waarde van de preferente aandelen waarbij tevens de kapitaalsinbreng van de verkrijgende aandeelhouder moet worden beoordeeld. Indien de verkrijgende aandeelhouder de aandelen verkrijgt tegen een prijs die lager is dan de waarde in het economische verkeer, dient beoordeeld te worden of in zoverre sprake is van een te belasten loonelement. De prijs wordt hiermee in feite 'verzakelijkt'. Ook dient beoordeeld te worden of de aandelen niet (mede) fungeren als uitwisseling of compensatie voor eveneens door de werknemer of manager te ontvangen loon, bonus of managementvergoeding. Als de inbreng door de verkrijgende aandeelhouder zodanig is dat hij (vrijwel) geen neerwaarts risico loopt, is dat een indicatie dat juist wel sprake is van een beloningselement.*
- *Indien tussen de overdragende en overnemende partij tevens een familieband bestaat, dient beoordeeld te worden of een eventuele bevoordeling voortvloeit uit de familiere relatie (en er mogelijk sprake is van een schenking) dan wel in verband staat met verrichte of te verrichten werkzaamheden in de hoedanigheid van werknemer (waarbij mogelijk sprake kan zijn van loon). Indien er sprake is van een familieband zal een beloningsoogmerk in de zin van art. 3.92b lid 1 Wet IB 2001 eerder ontbreken.*

*De vraag of voldaan is aan het beloningsoogmerk is een feitelijke vraag. Bovenstaande omstandigheden geven aan wanneer er naar de mening van de kennisgroep in ieder geval voldaan is aan het beloningsoogmerk. Indien niet wordt voldaan aan een of meerdere van deze voorwaarden kan er gelet op de feiten en omstandigheden mogelijk toch sprake zijn van het ontbreken van een beloningsoogmerk. Raadpleeg in dergelijke gevallen altijd de vaktechnische lijn IH.*

Op basis van de geschetste feiten zijn er een aantal omstandigheden die wijzen op een reguliere bedrijfsopvolging. De managers zijn al langere tijd werkzaam bij het bedrijf, de te verkrijgen aandelen behoren tot een aanmerkelijk belang, de managers verkrijgen zeggenschap en betalen een zakelijke prijs. Ook is het loon over de jaren 2007 Avb tot en met 2007 Avb constant, dus er is geen sprake van uitwisseling van loon met aandelen. Wel kleven aan de aandelen leaverbepalingen en tag-along, drag-along bepalingen. Van belang is ook het neerwaartse risico dat de managers lopen. Zij lenen (via de PH's) de gehele koopsom voor de aandelen van D Holding middels de lucratieve schuld met gedeeltelijke kwijtscheldingsfaciliteit. Daar tegenover verstrekken zij een achtergestelde lening aan hun PH van iets meer dan 1/9 deel van de koopsom. Voor dit deel lopen zij in ieder geval risico.

Al met al staat niet vast dat sprake is van een beloningsoogmerk. Onderzocht zal moeten worden of het de bedoeling is om de managers voor langere tijd te binden of dat de situatie toch gericht is op een exit. Hierbij kan in overweging worden genomen dat het belang in deze casus een lucratief belang te stellen beperkt is. De managers hebben een ab, betalen een zakelijke prijs, de kwijtscheldingen worden belast met LH en er is geen uitruil van loon in vergelijking tot eerdere jaren. Bij de AB-houders dient in ieder geval een gebruikelijk loon in de zin van art. 12a Wet LB vastgesteld te worden bij de PH's (om te voorkomen dat winsten kunnen worden opgepot).

Als er geen beloningsoogmerk is bij de verkrijging van de aandelen, komen we niet toe aan de financieringstoets van de leden 2 tot en met 4.

### **3.4 Financieringstoets**

In de casus is sprake van een participatie van M1, M2 en M3 via hun persoonlijke houdsters van respectievelijk 5%, 5% en 10% van de aandelen in P Holding. De vraag is of deze aandelen kwalificeren als lucratieve aandelen.

#### **3.4.1 Lucratieve aandelen (3.92b, lid 2 Wet IB 2001)**

Er is sprake van verschillende soorten aandelen in de zin van art. 4.7 Wet IB 2001. P Holding BV geeft letteraandelen uit, A-aandelen en B-aandelen. De A- en B-aandelen vormen een aparte soort voor de aanmerkelijk belangregeling. Er is echter geen sprake van een achterstelling, zodat de aandelen niet kwalificeren als lucratieve aandelen op basis van het tweede lid.

#### **3.4.2 Economisch vergelijkbare rechten (art 3.92b, lid 4 Wet IB 2001)**

Lid 4 wordt opgeknipt in twee onderdelen, kort gezegd 1) vermogensrechten die economisch overeenkomen met aandelen als bedoeld in het tweede lid (10/90 verhouding) en 2) overige rechten of verplichtingen waarvan het waardeverloop afhankelijk is van managementdoeleinden etc. In de casus gaat het economisch vergelijkbare vermogensrechten, zoals omschreven in het gedeelte van lid 4 voor de komma.

In de nota naar wijziging staat hierover het volgende:

*De toevoeging in het voorgestelde artikel 3.92b, vierde lid, Wet IB 2001 van «gelet op de feiten en omstandigheden» ziet op situaties waarin sprake is van sterk met elkaar samenhangende financiële beloningsinstrumenten, overeenkomsten en juridische bepalingen, die economisch gezien één beloningsinstrument vormen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om met elkaar samenhangende vermogenstitels die tezamen economisch gezien voor een vergelijkbaar «hefboomeffect» zorgen als het geval is bij de in artikel 3.92, tweede lid, onderdeel a, Wet IB 2001 bedoelde aandelen.*

Er moet dus getoetst worden of in economische zin sprake is van een achtergestelde soort aandelen waardoor een hefboomeffect ontstaat. Verondersteld wordt dat hier een hefboom van 1 staat tot 10 wordt bedoeld.

Voor de economische vergelijkbaarheid is de totale vermogenspositie van de vennootschap van belang, inclusief eventuele aandeelhoudersleningen. Het vermogen van P Holding bestaat uit A- en B-aandelen. Er is geen sprake van een achterstelling van de ene soort op de andere soort. Er is op het niveau van P Holding is geen sprake van aandeelhoudersleningen, zodat de aandelen P Holding ook op basis van lid 4 niet kwalificeren als lucratief belang.

#### **3.4.3 Combinatie één soort aandelen en lening**

In de casus ontstaat een hefboomeffect voor M1, M2 en M3 doordat de aankoop van de aandelen door de PH's geheel gefinancierd wordt door D Holding. De rente op de schuld bedraagt 2,5% terwijl het rendement op het eigen vermogen in P Holding aanzienlijk hoger zal zijn. De vraag is of hierdoor een lucratief belang ontstaat.

In de nota van wijziging staat over deze situatie:

*Daarnaast gaat het om situaties dat sprake is van één soort aandelen, die derhalve niet rechtstreeks onder de tekst van artikel 3.92b, tweede lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 vallen, maar waarbij wel een, gelet op de feiten en*

*omstandigheden, in economisch opzicht vergelijkbaar effect wordt bereikt. Als sprake is van een vennootschap met een extreme financiering, dus met nauwelijks aandelenkapitaal en een hele hoge – deels van concernmaatschappijen van het private equity-huis afkomstige achtergestelde – financiering, zodat een hefboomeffect wordt gecreëerd dat tot een excessief rendement kan leiden, dan is dat, gelet op de feiten en omstandigheden, in economisch opzicht gelijk te stellen aan een situatie van verschillende soorten aandelen, waarvan één een preferentie heeft van ten minste 15% dividend per jaar, wat overeenkomt met het voorgestelde artikel 3.92b, tweede lid, aanhef en onderdeel b, Wet IB 2001.*

NB: De hierboven vermelde vergelijking met onderdeel b van art. 3.92b, tweede lid Wet IB 2001 is niet juist. De situatie moet worden vergeleken met de situatie van onderdeel a van art. 3.92b, tweede lid Wet IB 2001 Dit blijkt uit een opmerking van de Staatssecretaris tijdens de behandeling van het wetsvoorstel belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen in de Tweede Kamer.

In de parlementaire behandeling<sup>1</sup> is ook het volgende opgemerkt:

*Daarbij moet gedacht worden aan het aanvullend financieren met een achtergestelde lening die in materiele zin kwalificeert als eigen vermogen. Dat sluit aan bij de mogelijkheid om te heffen indien er sprake is van één soort aandelen.*

In welke situaties is de financiering relevant? Om te beginnen is van belang dat bij financiering met vreemd vermogen altijd een hefboomeffect ontstaat. Zolang de financiering plaatsvindt door een zakelijk handelende derde zal hierin echter geen beloningselement zitten. Alleen indien door een (achtergestelde) financiering door de aandeelhouder een situatie ontstaat die economisch vergelijkbaar is met die van een achtergestelde soort aandelen, is de financiering relevant.

In de casus worden er op het niveau van P Holding geen aandeelhoudersleningen verstrekt. Op het niveau van M1, M2 en M3 BV wordt wel een lening verstrekt door D Holding. Dit is echter geen achtergestelde lening. Gezien de voorwaarden is hier wel sprake van een beloningselement. Ook ontstaat er een hefboom door de financiering met vreemd vermogen. De vraag is of deze hefboom groot genoeg is. Voor het constateren van een lucratief belang moet daarnaast in economisch opzicht sprake zijn van een achtergestelde soort aandelen.

Op de activazijde van de balans van M1 BV staat een deelneming van € 67 Awr en liquide middelen van € 67 Awr. Op de aandelen M1 BV wordt € 67 Awr gestort. Op de passivazijde staat verder een achtergestelde lening van M1 van € 67 Awr en een schuld aan D Holding van € 67 Awr. De hefboom komt dan op  $\frac{67 \text{ Awr}}{67 \text{ Awr}} = 1$  dus geen hefboom van minimaal 1:10. De kennisgroep vraagt zich ook af of deze hefboom relevant is voor de beoordeling van het lucratief belang. M1 krijgt als werknemer de mogelijkheid aandelen P Holding te kopen. Het lijkt dan ook logisch om de hefboom op het niveau van P Holding te toetsen. Als M1, M2 en M3 in verhouding tot de andere aandeelhouder (D) een excessief rendement op de aandelen P Holding krijgt door de vermogensstructuur, kan sprake zijn van een lucratief belang. Hoewel we geen gegevens hebben over de balans van P Holding, zal de lening van D Holding maar een klein deel uitmaken van het totale vermogen van P

<sup>1</sup> Kamerstukken 2008/09, 31 459, nr. E, pag. 3, 7 en 8, Verslag van een schriftelijk overleg

Holding, zodat niet aan een hefboom van 1:10 toegekomen zal worden.

Zoals eerder aangegeven, moet in economisch opzicht ook sprake zijn van een achtergestelde soort aandelen. Op het niveau van P Holding zou alleen sprake zijn van achterstelling als de lening van D Holding in samenhang met hun aandelen in P Holding wordt bekeken. Die samenhang lijkt er niet te zijn.

### **3.5 Conclusie**

Gezien het karakter van de vraagstelling neemt de kennisgroep geen standpunt in. Dit stuk is bedoeld om handvatten te bieden in de behandeling van de casus. Er is mogelijk sprake van een lucratieve schuld, maar de heffing zal voornamelijk in de loonheffing plaatsvinden. Wat betreft de aandelen, zal nader onderzocht moeten worden of de participatie een duurzaam karakter heeft en gezien kan worden als een 'reguliere bedrijfsopvolging'.