

WFR 2018/118

Shell en de dividendbelasting

PROF. DR. J.L. VAN DE STREEK¹

1 Inleiding

Aan de voorgenomen afschaffing van de dividendbelasting kleefde het beeld dat het kabinet-Rutte III is gewicht voor de jarenlange lobby van de twee Brits/Nederlandse multinationals. Uit de onlangs openbaar gemaakte dividendbelastingmemo's blijkt dat er in de afgelopen jaren met zowel Unilever als Shell veel gesprekken op ambtelijk en politiek niveau zijn gevoerd over de door hen als problematisch ervaren dividendbelasting.² Uit de memo's blijkt óók dat de aandelenproblematiek van Unilever en Shell op een belangrijk punt verschilt: bij Unilever is sprake van twee hoofdkantoren, terwijl bij Shell sprake is van een zéér complexe duale aandelenstructuur. Deze aandelenstructuur is door Shell opgezet in het kader van de eenmakingsoperatie in 2005, waarbij de Britse tak en de Nederlandse tak werden samengevoegd onder één centrale – in Nederland gevestigde – moedermaatschappij. Het onverbloemde doel waarmee de aandelenstructuur in het leven is geroepen, is het voorkomen van de heffing van dividendbelasting over de aan de voormalige aandeelhouders in de Britse tak uitgekeerde dividenden. Opmerkelijk genoeg is juist deze aandelenstructuur, die wordt aangeduid als het dividendtoegangsmechanisme (*dividend access mechanism*), een belangrijke voedingsbodem geworden voor de lobby om de dividendbelasting af te schaffen. Tijdens een door de Tweede Kamer eind vorig jaar gehouden hoorzitting benadrukte Shell haar belang bij een afschaffing van de dividendbelasting als volgt: "Dividendbelasting heeft een aanzienlijke complexiteit in onze kapitaalstructuur gebracht, bemoeilijkt grote strategische transacties zoals overnames, en hindert ons bij de interne financiering van ons dividend en de inkoop en uitgifte van eigen aandelen."³

In een tussen de Belastingdienst en Shell gesloten vaststellingsovereenkomst (op 26 oktober 2004, en vervolgens aangepast op 25 april 2005 en 9 november 2015) heeft de Belastingdienst bevestigd dat géén dividendbelasting is verschuldigd over de – via het dividendtoegangsmechanisme – op de B-aandelen uitgekeerde dividenden. In deze bijdrage onderzoek ik of het achterwege laten van de heffing van dividendbelasting in overeenstemming is met de Wet op de Dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965). De vaststellingsovereenkomst is niet openbaar.⁴ Ik baseer mijn analyse uitsluitend op openbare bronnen, waaronder de statuten van de betrokken vennootschappen en de akte van de vigerende trust. De totstandkoming en de werking van het dividendtoegangsmechanisme kan op basis van die openbare bronnen met een grote mate van gedetailleerdheid worden vastgesteld. Deze gedetailleerde vaststelling lijkt voldoende om het dividendtoegangsmechanisme op zijn merites te kunnen beoordelen voor de heffing van de dividendbelasting. Niet uitgesloten kan echter worden dat er overige niet-openbare details een rol hebben gespeeld, zo niet doorslaggevend zijn geweest, bij de beoordeling van de dividendbelastingpositie van Shell door de Belastingdienst. De conclusies van

1 Verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en het Amsterdam Centre for Tax Law (ACTL).

2 Uiteindelijk verzocht de Staatssecretaris van Financiën in 2017 zijn ambtenaren om de opties in kaart te brengen voor het oplossen van de aandelenproblematiek rondom Shell en Unilever. Zie voor de memo's: Kamerstukken II 2017/18, 34 700, nr. 58 (bijlagen).

3 Zie *Position paper Shell, Rondetafelgesprek Dividendbelasting*, 14 december 2017, p. 3.

4 Een WOB-verzoek tot (gedeeltelijke) openbaarmaking van de vaststellingsovereenkomst tussen de Belastingdienst en Shell werd afgewezen door Rb. Amsterdam 1 november 2007, nr. AWB 05-3577 WOB, ECLI:NL:RBAMS:2007:BC0223, vanwege de economische belangen van de staat. Ook in het verzamelbesluit over de dividendbelasting is geen standpunt of goedkeuring opgenomen voor een met het dividendtoegangsmechanisme vergelijkbare situatie (zie besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M, Stcrt. 2012, 151). Voor de goede orde vermeld ik nog dat de openbaar gemaakte (onderdelen van de) dividendbelastingmemo's geen details bevatten over de vaststellingsovereenkomst.

dit onderzoek zijn dan ook onder voorbehoud van het bestaan van dergelijke overige niet-openbare details.⁵

2 De eenmaking van Shell in 2005 in een notendop

De complexe aandelenstructuur is door Shell in het leven geroepen als gevolg van de eenmakingsoperatie van de Shell-groep in 2005. Met de eenmaking kwam een einde aan de sinds 1907 bestaande *dual-listed company*-structuur waarin de Nederlandse moedermaatschappij N.V. Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij (hierna: Koninklijke Olie) 60% en de Britse moedermaatschappij The "Shell" Transport and Trading Company plc (hierna: Shell Transport) 40% van de aandelen hield in de concernmaatschappijen.⁶ Deze structuur met twee beursgenoteerde moedermaatschappijen, met elk hun eigen bestuur, kwam onder vuur te liggen in het sequeel van het tot veel media-aandacht leidende olie-gasreserveschandaal in 2004.⁷ Dit schandaal vormde vervolgens de opmaat voor een ingrijpende verandering van de groepsstructuur.⁸ Nog in hetzelfde jaar kwamen de besturen van de Koninklijke Olie en Shell Transport een eenmakingsprotocol overeen, dat in het voorjaar van 2005 uitmondde in een implementatieovereenkomst op grond waarvan Koninklijke Olie en Shell Transport zouden komen te hangen onder één nieuwe centrale moedermaatschappij, te weten Royal Dutch Shell (*single parent company*-structuur).⁹ In het eenmakingsprotocol was – vermoedelijk vanwege de gevoeligheid – reeds overeengekomen dat de nieuwe moedermaatschappij een Engelse rechtsvorm (plc) zou hebben, maar haar (fiscale) vestigingsplaats zou krijgen in Nederland.¹⁰

5 Ik besteed in deze bijdrage geen aandacht aan (i) de vraag of de Belastingdienst de vaststellingsovereenkomst had mogen sluiten, (ii) de vraag of de vaststellingsovereenkomst (on)geldig is, (iii) de omvang van een eventuele budgettaire derving en (iv) de vraag of sprake is van ongeoorloofde staatssteun.

6 Deze structuur was gebaseerd op een in 1907 gesloten *almalgamatie-overeenkomst* tussen Koninklijke Olie en Shell Transport.

7 Shell bleek in 2004 de olie- en gasreserves 20% te hoog te hebben ingeschat; zie voor een reconstructie van het tumult Ch.E. Honée, 'Reserves bij de corporate governance structuur van Shell?', *Ondernemingsrecht* 2004, 108.

8 Zie M.C.M. Brandjes & J. Vegter, 'Een Koninklijke Plc Royal Dutch Shell', *NJB* 2006/7, p. 370.

9 Zie over het eenmakingsprotocol van 28 oktober 2004 en de implementatieovereenkomst van 18 mei 2005 uitgebreid Ch.E. Honée, 'De Koninklijke is niet meer: lang leve Royal Dutch! (?)', *Ondernemingsrecht* 2005, 153.

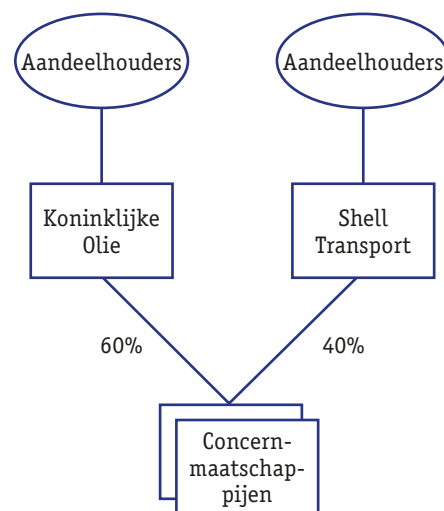
10 Zie voor een notie van deze gevoeligheid: Ch.E. Honée, 'De Koninklijke is niet meer: lang leve Royal Dutch! (?)', *Ondernemingsrecht* 2005, 153, par. 2.

De eenmaking kreeg vervolgens haar beslag via twee aandelenfusies:

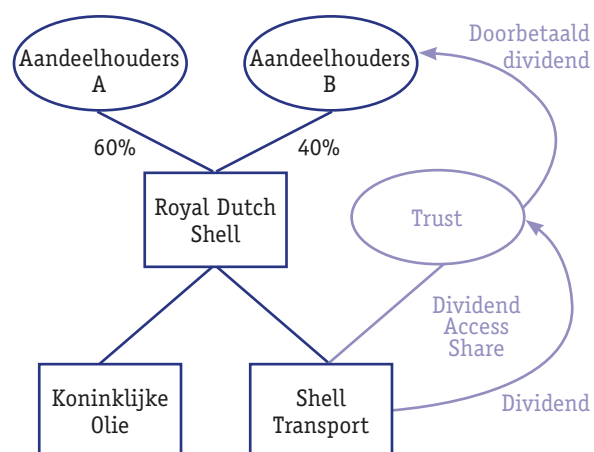
- De aandeelhouders van Koninklijke Olie ruilden – na een openbaar bod – hun aandelen om voor A-aandelen in Royal Dutch Shell; en
- De aandeelhouders van Shell Transport ruilden – via een zogenaamde *scheme of arrangement* naar Engels recht – hun aandelen om voor B-aandelen in Royal Dutch Shell.

In de onderstaande figuur is de situatie vóór en na de eenmaking weergegeven:

Vóór de eenmaking



Na de eenmaking



Kort ná de eenmaking zijn de kruislingse verbanden (60%:40%) van Koninklijke Olie en Shell Transport in de concernmaatschappijen opgeruimd. Verder is Koninklijke Olie weggefuseerd in concernmaatschappij Shell Petroleum NV (hierna: Shell Petroleum) met als doel de minderheidsaandeelhouders uit te stoten die niet waren inge-

gaan op het openbare bod.¹¹ Thans houdt Royal Dutch Shell alle aandelen in Shell Petroleum¹² en houdt Shell Petroleum op haar beurt alle aandelen in Shell Transport. Van belang is dat het doel van de eenmakingsoperatie om een transparante en eenvoudige kapitaal- en bestuursstructuur tot stand te brengen slechts ten dele is bereikt. Om te voorkomen dat de voormalige aandeelhouders van Shell Transport na de eenmakingsoperatie zouden worden geconfronteerd met de heffing van Nederlandse dividendbelasting ter zake van de door hen ontvangen dividenden op de B-aandelen in Royal Dutch Shell, is een complex dividendtoegangsmechanisme opgetuigd. Zoals wordt uiteengezet in onderdeel 3 hierna, is binnen dat mechanisme een rol weggelegd voor de in figuur afgebeelde trust. Ik besef overigens dat de tussen Shell en de Belastingdienst gesloten vaststellingsovereenkomst over de fiscale behandeling van het dividendtoegangsmechanisme tot stand is gekomen in een woelige periode voor de Shell-groep waarbij verschillende belangen op het spel stonden en op de achtergrond een rol hebben gespeeld. Zo zou een confrontatie met de Nederlandse dividendbelasting waarschijnlijk de aandeelhouders van Shell Transport minder happig hebben gemaakt om in te stemmen met een eenmakingsoperatie waarbij het hoofdkantoor in Nederland wordt gevestigd. Voor de toepassing van fiscale wet- en regelgeving zijn dergelijke belangen echter niet relevant, zodat ik er in mijn analyse geen aandacht aan besteed.

3 Het dividendtoegangsmechanisme en de fiscale vaststellingsovereenkomst

3.1 Het dividendtoegangsmechanisme

De crux van het dividendtoegangsmechanisme is dat een B-aandeelhouder in Royal Dutch Shell het door Royal Dutch Shell gedeclareerde dividend niet van Royal Dutch Shell ontvangt, maar van een trust, die het op haar beurt weer ontvangt van Shell Transport. Wat doorgaat voor het dividendtoegangsmechanisme bestaat in feite uit een combinatie van diverse bepalingen in de statuten Royal Dutch Shell, de statuten van Shell Transport en de trust. Het hart van het dividendtoegangsmechanisme wordt gevormd door het bijzondere aandeel dat Shell Transport in het kader van de eenmakingsoperatie heeft uitgegeven aan de trust. Dit zogenoemde dividend-

toegangs-aandeel (*dividend access share*) met een nominale waarde van 25 Britse penny's is buiten de aandelenfusie gebleven tussen Royal Dutch Shell en Shell Transport. Blijkens de statuten van Shell Transport hebben de bestuurders van Shell Transport de discretionaire bevoegdheid om te bepalen dat de winst van Shell Transport – bij wijze van een (super)dividend – wordt uitgekeerd op het dividendtoegangs-aandeel.¹³ Het op het dividendtoegangs-aandeel in een bepaalde periode te declareren dividend is gemaximeerd op het gezamenlijke bedrag van de dividenden die Royal Dutch Shell declareert op de B-aandelen.¹⁴ Verder heeft het dividendtoegangs-aandeel weinig om het lijf. Zo kent het dividendtoegangs-aandeel geen stem- of spreekrecht op de algemene vergadering van Shell Transport, is het dividendtoegangs-aandeel niet overdraagbaar zonder voorafgaande toestemming van Royal Dutch Shell en kan het dividendtoegangs-aandeel op elk moment door Shell Transport worden ingekocht tegen de nominale waarde.¹⁵ In het geval van liquidatie van Shell Transport bedraagt de liquidatie-uitkering op het dividendtoegangs-aandeel maximaal de nominale waarde.¹⁶ Ten slotte voorzien de statuten van Shell Transport erin dat de rechten die kleven aan het dividendtoegangs-aandeel kunnen worden gewijzigd door aandeelhouders die ten minste driekwart van de gewone aandelen houden in Shell Transport.

De naar het recht van het Verenigd Koninkrijk ingestelde trust heeft binnen het dividendtoegangsmechanisme vooral een doorbetaalfunctie. Volgens de trustakte, die is opgesteld tussen Shell Transport, Royal Dutch Shell en een trustee¹⁷, is het primaire onderwerp en doel van de trust, kort gezegd, het ontvangen door de trustee van het (super)dividend op het dividendtoegangs-aandeel in Shell Transport, gevolgd door het doorbetalen van dit (super)dividend aan de B-aandeelhouders in Royal Dutch Shell naar rato van hun aandelenbelang in Royal Dutch Shell.¹⁸ Daartoe houdt de trustee het op het

¹³ Zie art. 12(2)(b) van de statuten van Shell Transport.

¹⁴ Aanvankelijk gold nog een absoluut uitkeringsmaximum van € 3,3 miljard per jaar, maar dit maximum is in 2009 uit de statuten van Shell Transport geschrapt. Mogelijk is de gedachte achter dit (aanvankelijke) plafond geweest om de onbelaste uitkering van dividenden via het toegangsmechanisme te beperken tot een ten tijde van de eenmaking in 2005 veronderstelde normale jaarwinst van Shell Transport. Voor de beoordeling van het dividendtoegangsmechanisme vanuit dividendbelastingoptiek is een dergelijk maximum echter niet van belang. Na de overname van British Gas in 2016 is een relatief plafond ingevoerd; zie onderdeel 3.2.

¹⁵ Zie art. 12(2)(c), (d) en (f) van de statuten van Shell Transport.

¹⁶ Zie art. 12(2)(a) van de statuten van Shell Transport.

¹⁷ I.c. Computershare Jersey Ltd.

¹⁸ Zie art. 4.1 van de trustakte (2005).

¹¹ Deze squeeze-outfusie heeft nog een venijnig ondernemingsrechtelijk staartje gekregen in Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 december 2005, nr. 1852/05, JOR 2006, 64; zie S. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 86.

¹² Waardoor het mogelijk werd om een fiscale eenheid te vormen voor de heffing van vennootschapsbelasting tussen Royal Dutch Shell en Shell Petroleum.

dividendtoegangsdeel in Shell Transport ontvangen (super)dividend ten titel van beheer voor de B-aandeelhouders in Royal Dutch Shell overeenkomstig hun aandelenbelang in Royal Dutch Shell.¹⁹ In de trustakte is vervolgens expliciet vastgelegd dat de trustee zich ertoe heeft verbonden om het op het dividendtoegangsdeel ontvangen (super)dividend door te betalen aan de B-aandeelhouders in Royal Dutch Shell conform hun aandelenbelang.²⁰ Daarbij geldt dat alle vanuit de trust aan de B-aandeelhouders in Royal Dutch Shell te betalen bedragen zullen worden betaald alsof sprake is van een betaalbaar dividend op een B-aandeel in Royal Dutch Shell overeenkomstig de statuten van Royal Dutch Shell.²¹ Overigens is in de trustakte bepaald dat de B-aandeelhouders in Royal Dutch Shell geen rechtstreekse rechten hebben gekregen ten opzichte van Shell Transport. Zo kunnen zij niet de betaling van een door Shell Transport gedeclareerd dividend op het dividendtoegangsdeel afdwingen van Shell Transport. Dit recht berust uitsluitend bij de trustee.²²

Het in de statuten van Royal Dutch Shell opgenomen onderdeel van het dividendtoegangsmechanisme houdt in dat het recht op betaling van een B-aandeelhouder van een door Royal Dutch Shell gedeclareerd dividend, wordt gekort met het bedrag dat via de trust is (door) betaald aan de desbetreffende B-aandeelhouder.²³ Deze kortingsregeling is de enige uitzondering op de overigens gelijke behandeling van de A- en B-aandeelhouders in de statuten van Royal Dutch Shell.²⁴ Bovendien geldt dat de raad van bestuur van Royal Dutch Shell op elk gewenst moment de kortingsregeling kan beëindigen, met als gevolg dat het onderscheid tussen de A- en B-aandelen vervalt.²⁵ Voor de goede orde wijs ik erop dat er géén onderscheid tussen de A- en B-aandelen wordt gemaakt voor wat betreft het vaststellen van het dividend. Volgens de statuten van Royal Dutch Shell wordt het dividend vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders op maximaal het door het bestuur

aanbevolen bedrag, waarbij geldt dat alle dividenden worden vastgesteld en betaald in verhouding tot het op de aandelen gestorte kapitaal.²⁶ Dit geldt allemaal zonder onderscheid tussen de (houders van) A- en B-aandelen. Het enige verschil tussen de twee aandelenklassen is derhalve dat een B-aandeelhouder zijn recht op betaling van het dividend ten opzichte van Royal Dutch Shell ziet verminderd met het bedrag dat hij via het dividendtoegangsmechanisme heeft ontvangen. Als het ontvangen bedrag overigens lager zou zijn dan het door Royal Dutch Shell gedeclareerde dividend, blijft Royal Dutch Shell de volledige en onvoorwaardelijke verplichting houden om het restant aan de B-aandeelhouder te betalen, in dat geval overigens wél onder inhouding van dividendbelasting.²⁷

3.2 De fiscale vaststellingsovereenkomst

Op grond van een tussen de Belastingdienst en Royal Dutch Shell gesloten vaststellingsovereenkomst (op 26 oktober 2004, en vervolgens aangepast op 25 april 2005 en 9 november 2015) is géén dividendbelasting verschuldigd over de door middel van het dividendtoegangsmechanisme op de B-aandelen betaalde dividenden. Uit de documentatie die aan de eenmakingsoperatie ten grondslag ligt, blijkt dat wordt beoogd de fiscale behandeling te handhaven van de dividenden die de aandeelhouders van Shell Transport vóór de aandelenfusie met Royal Dutch Shell ten deel viel.²⁸ In de eenmakingsdocumentatie wordt het volgende opgemerkt: "To facilitate the preservation of the current tax treatment of dividends paid to Shell Transport Ordinary Shareholders (...), dividends to be received by holders of B Shares are intended to have a UK source. This will be achieved by paying dividends to which they are entitled through the Dividend Access Mechanism. The Dividend Access Mechanism has been approved by the Dutch Revenue Service."²⁹ Specifiek over de vaststellingsovereenkomst tussen de Belastingdienst en Royal Dutch Shell vermeldt de eenmakingsdocumentatie het volgende: "The Dividend Access Mechanism has been approved by the Dutch Revenue Service pursuant to an agreement (vaststellingsovereenkomst) with Royal Dutch Shell and Royal Dutch dated 26 October 2004 as supplemented and amended by an agreement between the same parties dated 25 April 2005. The agreement states, among other things, that dividend distributions

19 Zie art. 3.2 van de trustakte (2005). Overigens houdt de trustee het dividendtoegangsdeel, exclusief het daarop ontvangen (super)dividend, ten titel van beheer voor een 100%-dochtervennootschap van Royal Dutch Shell. Zie art. 3.1 van de trustakte (2005). Deze 100%-dochtervennootschap is SST (DAS Beneficiary) Ltd.

20 Zie art. 3.3(A) van de trustakte (2005).

21 Zie art. 13.2 van de trustakte (2005).

22 Zie art. 4.2(A) van de trustakte (2005).

23 Zie art. 5(A) van de statuten van Royal Dutch Shell.

24 Zie art. 4 van de statuten van Royal Dutch Shell.

25 Zie art. 5(E) van de statuten van Royal Dutch Shell. In de eenmakingsdocumentatie is door Shell opgemerkt dat de raad van bestuur de dividendtoegangsregeling bijvoorbeeld kan beëindigen naar aanleiding van een relevante wijziging van de belastingwetgeving.

26 Zie art. 115 en art. 117 van de statuten van Royal Dutch Shell.

27 Zie art. 5(B) van de statuten van Royal Dutch Shell.

28 Zie Royal Dutch Offer Document and Listing Particulars, 2005, p. 74.

29 Zie Royal Dutch Offer Document and Listing Particulars, 2005, p. 13.

paid on the Dividend Access Share by Shell Transport will not be subject to Dutch dividend withholding tax provided that the Dividend Access Mechanism is structured and operated substantially as set out above.”³⁰ Verder volgt uit de eenmakingsdocumentatie dat de Belastingdienst beperkingen heeft opgelegd aan de uitgifte van nieuwe B-aandelen. Zo wordt opgemerkt dat nieuwe B-aandelen alleen zullen worden uitgegeven ná overleg met de Belastingdienst.³¹

“De aanpassing van de vaststellingsovereenkomst houdt verband met de overname van British Gas”

De aanpassing van de vaststellingsovereenkomst op 9 november 2015 houdt verband met de overname door Royal Dutch Shell van de aandelen in BG Group plc (hierna: British Gas). Deze overname vond plaats in 2016 waarbij Royal Dutch Shell de koopsom (deels) betaalde met nieuw uitgegeven B-aandelen. Het bestaande dividendtoegangsmechanisme voor de B-aandelen is in verband hiermee uitgebreid, waardoor de via het dividendtoegangsmechanisme te betalen dividenden voortaan óók kunnen worden geput uit de winsten van British Gas. Concreet is hiertoe door British Gas een dividendtoegangsdeel met een nominale waarde van 10 Britse penny's uitgegeven aan de trust die reeds het dividendtoegangsdeel in Shell Transport houdt.³² Voorts is aan het bestuur van British Gas de discretionaire bevoegdheid gegeven om te bepalen dat – bij wijze van (super)dividend – de winst van British Gas wordt uitgekeerd op het dividendtoegangsdeel. Ook is geregeld dat de trustee het dividend dat wordt ontvangen op het dividendtoegangsdeel in British Gas zal doorbetalen aan de B-aandeelhouders in Royal Dutch Shell.³³ Onveranderd is gebleven dat het recht van een B-aan-

deelhouder op betaling van het door Royal Dutch Shell gedeclareerde dividend, wordt verminderd met het bedrag dat de trustee heeft (door)betaald aan de desbetreffende B-aandeelhouder.³⁴ Na de uitbreiding van het dividendtoegangsmechanisme met British Gas, geldt dit automatisch ook voor de door de trustee doorbetaalde dividenden van British Gas. Vermeldenswaard is nog dat het op het dividendtoegangsdeel in Shell Transport respectievelijk in British Gas vast te stellen dividend is gemaximeerd op een pro rata aandeel van het door Royal Dutch Shell totaal vastgestelde dividend op de B-aandelen in een periode.³⁵ In de overnamedocumentatie wordt door Royal Dutch Shell vermeld dat de Belastingdienst onder andere heeft bevestigd dat dividenduitkeringen door Shell Transport en British Gas op de dividendtoegangs aandelen niet zijn onderworpen aan de Nederlandse dividendbelasting.³⁶

4 Beoordeling van het dividendtoegangsmechanisme voor de heffing van de dividendbelasting

4.1 Beoordelingskaders

Voor de beoordeling van het dividendtoegangsmechanisme voor de heffing van de dividendbelasting, is van belang dat de dividendbelasting aangrijpt bij de opbrengst van aandelen in een in Nederland gevestigd lichaam.³⁷ Degene die – rechtstreeks of door middel van certificaten – is gerechtigd tot een dergelijk opbrengst geldt als de belastingplichtige, terwijl het lichaam dat de opbrengst is verschuldigd de dividendbelasting moet inhouden.³⁸ Aangezien Royal Dutch Shell een in Nederland gevestigd lichaam is,³⁹ is de te beantwoorden vraag of de door middel van het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividenden moeten worden aangemerkt als een opbrengst van de B-aandelen in Royal Dutch Shell, waartoe de B-aandeelhouder rechtstreeks of door middel van certificaten is gerechtigd. In dit verband moet er meteen op worden gewezen dat in het geval van een internationale aandelenfusie waarbij een Nederlands lichaam een bui-

30 Zie *Royal Dutch Offer Document and Listing Particulars*, 2005, p. 72.

31 Zie *Royal Dutch Offer Document and Listing Particulars*, 2005, p. 17, 32, 48 en 419. In de eenmakingsdocumentatie wordt ook nog vermeld dat er met de Belastingdienst geen afspraken zijn gemaakt over de toepassing van de inkoopfaciliteit ex art. 4c Wet DB 1965 op de B-aandelen, zodat elke inkoop van B-aandelen door Royal Dutch Shell potentieel is belast voor de heffing van dividendbelasting.

32 Zie art. 149 van de statuten van British Gas.

33 Zie o.a. art. 2.1(B)(ii) van de gewijzigde trustakte.

34 Zie art. 5(A) van de statuten van Royal Dutch Shell.

35 En wel na rato van het aantal B-aandelen voor respectievelijk na de overname van British Gas door Royal Dutch Shell; zie art. 12(4) van de statuten van Shell Transport en art. 149(4) van de statuten van British Gas.

36 Zie de emissieprospectus van Royal Dutch Shell van 22 december 2015, p. 361.

37 Zie art. 1 lid 1 Wet DB 1965.

38 Zie art. 1 lid 1 en art. 7 lid 2 Wet DB 1965.

39 Royal Dutch Shell kan vanwege haar Britse rechtsvorm (plc) worden aangemerkt als “een andere vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld” ex art. 1 lid 1 Wet DB 1965.

tenlands lichaam overneemt, het ontstaan van een Nederlandse dividendbelastingclaim op de bestaande winstreserves van het buitenlandse lichaam wordt voorkomen door art. 3a lid 1 tweede volzin Wet DB 1965. Op grond van deze bepaling wordt de waarde in het economische verkeer van de deelneming in het buitenlandse lichaam aangemerkt als fiscaal gestort kapitaal. Concreet betekent dit dat de werkelijke waarde van de aandelen in Shell Transport ten tijde van de eenmakingsoperatie waarschijnlijk als fiscaal gestort kapitaal is aangemerkt bij Royal Dutch Shell. Het als gevolg van de eenmakingsoperatie in 2005 bij Royal Dutch Shell ontstane fusie-agio⁴⁰ in relatie tot de Britse tak wordt aldus voor fiscale doeleinden erkend.⁴¹ Iets soortgelijks geldt voor zover Royal Dutch Shell in 2016 British Gas heeft overgenomen met de uitgifte van eigen aandelen.

Voor de goede orde wijs ik erop dat art. 3a lid 1 tweede volzin Wet DB 1965 weliswaar per 1 januari 2008 in de wet is opgenomen,⁴² maar dat niet voor twijfel vatbaar is dat Royal Dutch Shell direct na de eenmakingsoperatie in 2005 – en dus ook in de jaren 2006 en 2007 – al kon uitgaan van een step-up van het fiscaal gestorte kapitaal ter grootte van het fusie-agio in relatie tot de Britse tak. Ruim twee weken vóórdat op de effectenbeurzen voor het eerst werd gehandeld in het aandeel Royal Dutch Shell, keurde de staatssecretaris namelijk in het besluit van 30 juni 2005, nr. DGB2005/3722M, V-N 2005/33.17 goed dat ingeval de aandelen in een in het buitenland gevestigde vennootschap worden gestort op aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap, de waarde in het economische verkeer van de eerstgenoemde aandelen ten tijde van de aandelenfusie onvoorwaardelijk als fiscaal gestort kapitaal geldt, tenzij sprake is van misbruik.⁴³ De strikte voorwaarden die nog golden onder de voorlopers van dit zogenoemde opstapbesluit,⁴⁴ waaronder de uitkering van de “oude” winstreserves door de buitenlandse dochter aan de Nederlandse moeder, waren daarmee van de baan.⁴⁵

4.2 Is het via het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividend een opbrengst van een B-aandeel?

Op grond van art. 115/117 van de statuten van Royal Dutch Shell heeft een B-aandeelhouder recht op het vastgestelde dividend naar rato van het op zijn B-aande(e)l(en) nominaal gestorte kapitaal. Vervolgens vervalt op grond van art. 5(A) van de statuten van Royal Dutch Shell het recht op betaling van het dividend door Royal Dutch Shell voor zover de B-aandeelhouder het dividend ontvangt via het dividendtoegangsmechanisme. Het is, zoals ik hierna uiteenzet, mijns inziens redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar dat de door middel van het dividendtoegangsmechanisme aan de B-aandeelhouders betaalde dividenden zijn aan te merken als opbrengsten van de B-aandelen in Royal Dutch Shell, waartoe de B-aandeelhouders rechtstreeks zijn gerechtigd. In het bijzonder is sprake van een middellijke winstuitdeling, die op gelijke voet met een onmiddellijke winstuitdeling, onder welke naam of in welke vorm ook gedaan op grond van art. 3 lid 1 onderdeel a Wet DB 1965 tot de opbrengst van een aandeel wordt gerekend. Een klassiek voorbeeld van een middellijke winstuitdeling betreft de figuur waarbij een moedervenootschap een uitdeling door haar eigen (klein)dochtervenootschap aan haar eigen aandeelhouders laat verrichten.⁴⁶ In het geval van Royal Dutch Shell vindt een dergelijke middellijke winstuitdeling in feite plaats via het dividendtoegangsmechanisme. Voor het aannemen van een middellijke winstuitdeling via een (klein)dochtervenootschap, is vereist dat die winstuitdeling gelet op de machtsverhoudingen binnen een concern aan de moedervenootschap kan worden toegerekend.⁴⁷ Het zijn mijns inziens onder andere de volgende feiten en omstandigheden die maken dat (i) de dividenduitkering door de (klein)dochtermaatschappijen Shell Transport en British Gas aan de trust en (ii) de daaropvolgende doorbetaling door de trust aan de B-aandeelhouders, kunnen worden toegerekend aan Royal Dutch Shell (zie onderdeel 3.1):

- Royal Dutch Shell houdt, op een bijzonder toegangs-aandeel na, (in)direct alle aandelen in zowel Shell Transport als in British Gas;
- de door de trust gehouden dividendtoegangs aandelen hebben geen stemrecht en geven alléén recht op een

40 Te weten het verschil tussen de nominale waarde van de uitgereikte B-aandelen en de werkelijke waarde van de aandelen in Shell Transport.

41 De beurswaarde van Shell Transport bedroeg ten tijde van het overnamebod zo'n € 63,2 miljard.

42 Met terugwerkende kracht tot 1946; zie art. 16 Wet DB 1965.

43 Deze goedkeuring gold ook voor aandelenfusies uit het verleden, voor zover nog besmet fusie-agio aanwezig.

44 Besluit van 17 augustus 1989, nr. DB89/4235, V-N 1989, p. 2457 en besluit van 29 november 2000, nr. CPP2000/2149M.

45 Ik ga in deze bijdrage voorbij aan de vraag of de step-up überhaupt wel past in de systematiek van de dividendbelasting; zie voor niet-malse kritiek het advies van de Raad van State in Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 5 en J.C.K.W. Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen (FM nr. 29)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 73-74.

46 Zie R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht (Dividendbelasting)*, onderdeel 2.0.2.B.c2 en P.G.H. Albert & E.C.C.M. Kemmeren, 'Middellijke winstuitdelingen', MBB 1990, nr. 9, p. 230-236.

47 Zie O.C.R. Marres, *Dividendbelasting (Fed fiscale brochure)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 55-56 en R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht (Dividendbelasting)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, onderdeel 1.1.1.B.a1 en 2.0.2.A.e1.V.

(super)dividend van Shell Transport en British Gas indien en voor zover het bestuur van Shell Transport respectievelijk van British Gas gebruik heeft gemaakt van zijn discretionaire bevoegdheid om hiertoe te besluiten;

- de trustee is verplicht het op de dividendtoegangs-aandelen ontvangen (super)dividend door te betalen aan de B-aandeelhouders naar rato van hun aandelen-bezit;
- Royal Dutch Shell kan als houder van meer dan 75% van de aandelen in Shell Transport en British Gas de rechten die kleven aan het dividendtoegangs-aandeel wijzigen;
- de raad van bestuur van Royal Dutch Shell kan op elk moment de dividendtoegangsregelingen beëindigen, waarna de B-aandelen geen B-aandelen meer zijn, maar samen met de A-aandelen door het leven gaan als gewone aandelen. Een gevolg van dergelijke beëindiging is onder andere dat het bestuur van Shell Transport en het bestuur van British Gas geen (super) dividend meer kunnen toekennen op de dividendtoegangs-aandelen.

De omstandigheid dat de uitkering van een (super)dividend op de dividendtoegangs-aandelen afhankelijk is van de gebruikmaking van een – in de statuten van Shell Transport en British Gas aldus geduide – discretionaire beslissingsbevoegdheid door het bestuur van Shell Transport respectievelijk British Gas, staat mijns inziens niet in de weg aan een toerekening aan Royal Dutch Shell. Het is immers Royal Dutch Shell die controle heeft over het al dan niet continueren van het dividendtoegangsmechanisme.⁴⁸ Door het dividendtoegangsmechanisme niet te beëindigen, laat Royal Dutch Shell aldus de winst van haar (klein)dochtermaatschappijen Shell Transport en British Gas (bewust) via het dividendtoegangsmechanisme toekomen aan de B-aandeelhouders in plaats van aan haarzelf.⁴⁹ Bovendien is het Royal Dutch Shell die de discretionaire bevoegdheid elk jaar opnieuw activeert. De besturen van Shell Transport en British Gas kunnen namelijk hun bevoegdheid tot het vaststellen van een (super)dividend op de toegangs-aandelen slechts uitoefenen binnen het kader van een door Royal Dutch Shell als (in)direct aandeelhouder van Shell Transport respectievelijk in British Gas overigens genomen dividendbesluit én op de voorwaarde dat Royal

Dutch Shell over dezelfde periode een dividend heeft vastgesteld op de B-aandelen.⁵⁰

Ik wijs erop dat het essentiële kenmerk van een opbrengst van aandelen, te weten een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder, zich dan ook voordoet bij de door mij onderkende middellijke winstuitdeling door Royal Dutch Shell.⁵¹ Typerend voor deze middellijke winstuitdeling is de indirecte verarming die optreedt bij Royal Dutch Shell als gevolg van het (laten) uitkeren van een (super)dividend door Shell Transport en British Gas – via de trust – aan de B-aandeelhouders. De indirecte verarming bestaat uit de waardevermindering van de door Royal Dutch Shell (in) direct gehouden deelneming in Shell Transport en in British Gas.⁵² Royal Dutch Shell ziet de facto af van haar recht op de opbrengst van deze deelnemingen ten gunste van haar aandeelhouders. Hierdoor is het vermogen naar de B-aandeelhouders als zodanig verschoven. Het recht dat de B-aandeelhouders hebben op de trust tot (door)betaling van een pro rata-aandeel van het door Shell Transport en British Gas aan de trust uitgekeerd (super)dividend, moet mijns inziens worden beschouwd als een onderdeel van hun gerechtigdheid tot de opbrengsten van de B-aandelen in Royal Dutch Shell.⁵³ Zo kan het recht alleen ontstaan voor zover Royal Dutch Shell een dividend heeft vastgesteld op de B-aandelen, komt het recht in de plaats voor de betaling van het dividend door Royal Dutch Shell en is het recht niet los verhandelbaar van het B-aandeel. Als het moment waarop het belastbare feit zich voordoet, te weten de middellijke winstuitdeling door Royal Dutch Shell, kan mijns inziens het moment worden aangehouden waarop Shell Transport en British Gas het (super)dividend ter beschikking stellen op de toegangs-aandelen.

⁴⁸ Mede vanwege die controle is het niet relevant dat het dividendtoegangs-aandeel strikt genomen is gecreëerd vlak vóór aangaand aan de eenmakingstransactie (zie onderdeel 2).

⁴⁹ Een curator van een failliet Royal Dutch Shell zal naar verwachting niet aarzelen het dividendtoegangsmechanisme te beëindigen.

⁵⁰ Dus eerst moet de algemene vergadering van aandeelhouders van bijvoorbeeld Shell Transport het totale dividend vaststellen, waarna het bestuur van Shell Transport de discretionaire bevoegdheid heeft om (een bepaald deel van) deze winst toe te kennen op het dividendtoegangs-aandeel; zie art. 12 en art. 94 van de statuten van Shell Transport.

⁵¹ Zie voor dit kenmerk reeds HR 18 februari 1959, nr. 14 763, BNB 1959/124.

⁵² Vergelijk HR 14 maart 1979, nr. 19 023, BNB 1979/153 voor een dergelijk indirecte verarming met betrekking tot een middellijke inkoop.

⁵³ Vergelijk HR 14 maart 1979, nr. 19 023, BNB 1979/153 waarin de Hoge Raad (zelfs) de middellijk ingekochte claimrechten lijkt te beschouwen als een onderdeel van de rechten uit hoofde van het aandeelhouderschap.

4.3 Wat als Royal Dutch Shell het via het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividend afboekt op het gestorte kapitaal?

De vaststelling dat het redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is dat het via het dividendtoegangsmechanisme op de B-aandelen uitgekeerde dividend moeten worden aangemerkt als een middellijke winstuitdeling door Royal Dutch Shell, doet de vraag rijzen of het achterwege blijven van de heffing van dividendbelasting wel in overeenstemming is met de Wet DB 1965. Ik herhaal op deze plaats dat de fiscale vaststellingsovereenkomst tussen de Shell-groep en de fiscus geen onderdeel uitmaakt van het publieke domein, zodat niet bekend is waarom, en onder welke voorwaarden, de fiscus heeft bevestigd dat geen inhouding van dividendbelasting hoeft plaats te vinden. Ik veroorloof mij op deze plaats te speculeren over één mogelijke voorwaarde die in de vaststellingsovereenkomst zou kunnen zijn opgenomen. Deze voorwaarde beoogt het onbelaste uitkeringspotentieel te benutten dat bij Royal Dutch Shell is ontstaan in de vorm van fusie-agio (zie onderdeel 4.1) en houdt in dat de dividenden die aan de B-aandeelhouders worden uitgekeerd via het dividendtoegangsmechanisme alléén onbelast zijn tot het bedrag van het fiscaal gestorte kapitaal.⁵⁴ De voorwaarde komt erop neer dat het via het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividend wordt behandeld als een onbelaste gedeeltelijke terugbetaling van het fiscaal gestorte kapitaal. Het onbelaste uitkeringspotentieel is een rechtstreeks gevolg van de aan de dividendbelasting ten grondslag liggende basisconceptie op grond waarvan alléén de uitdeling van winst is belast (en een kapitaal terugbetaling niet). In de jaarverslagen van Royal Dutch Shell wordt het fiscaal gestorte kapitaal overigens niet vermeld, zodat (ook) de mutaties ervan niet door aandeelhouders kunnen worden getraceerd.⁵⁵ Ik wijs erop dat een belangrijk gevolg van een behandeling van de via het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividenden als een onbelaste kapitaal terugbetaal, zou zijn dat claimverlies wordt voorkomen. De dividendbelastingclaim die betrekking heeft op de bij Shell Transport na de eenmakingsoperatie in 2005 ontstane winstreserves en de bij British Gas na de overname in 2016 ontstane winstreserves, blijft dan immers behouden.

⁵⁴ Voor de goede orde merk ik op dat afboeking op het fiscaal gestorte kapitaal sowieso voor de hand ligt om te voorkomen dat Royal Dutch Shell in de toekomst een onbelaste kapitaal terugbetaal zou doen ter grootte van dezelfde winstreserves die reeds onbelast via het dividendtoegangsmechanisme kunnen worden uitgekeerd.

⁵⁵ Overigens laten meer Nederlandse beursfondsen na het fiscaal erkende agio te vermelden; zie J.C.K.W. Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen* (FM nr. 29), Deventer: Kluwer 2014, p. 301.

Ondanks het feit dat claimverlies wordt voorkomen, heb ik grote twijfels of een behandeling van de via het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividenden als een onbelaste kapitaal terugbetaal, in overeenstemming zou zijn met de Wet DB 1965. Aan een benutting van het onbelaste uitkeringspotentieel door middel van een terugbetaling van kapitaal stelt art. 3 lid 1 onderdeel d Wet DB 1965 immers twee strikte voorwaarden, te weten (i) een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot terugbetaal en (ii) een statutenwijziging waarbij het aandelenkapitaal met een gelijk bedrag wordt verminderd.⁵⁶

.....

“In de jaarverslagen van Royal Dutch Shell wordt het fiscaal gestorte kapitaal niet vermeld”

.....

Het feit dat een terugbetaling van kapitaal overigens – dat wil zeggen zonder dat de formele route is gevolgd – tot belastingheffing leidt, heeft de wetgever uitdrukkelijk geaccepteerd als een afwijking van de basisconceptie.⁵⁷ De wetgever heeft de formele route voorgescreven om een praktijk te voorkomen, waarbij een vennootschap onbelast kapitaal terugbetaalt ter vervanging van een belaste dividenduitkering, terwijl die kapitaal terugbetaal maatschappelijk gezien als een bate wordt ervaren. In de jurisprudentie wordt aan de twee genoemde voorwaarden dan ook strak de hand gehouden. Zo is het vaste jurisprudentie dat een onbelaste terugbetaling van agio op de voet van art. 3 lid 1 onderdeel d Wet DB 1965 alleen mogelijk is indien het agio éérst wordt omgezet in nominaal aandelenkapitaal.⁵⁸ De Hoge Raad verwierp in het geval van een NV al in HR 14 januari 1959, nr. 13 775, BNB 1959/81 een door het hof toegestane (materiële) benadering waarin,

⁵⁶ De strikte voorwaarden gelden niet als er geen zuivere winst is.

⁵⁷ Zie Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, p. 47-48.

⁵⁸ Zie o.a. HR 14 januari 1959, nr. 13 775, BNB 1959/81 (gewezen voor het met art. 3 lid onderdeel d Wet DB 1965 overeenstemmende art. 2 lid 1 sub 4 Besluit DB 1965), HR 28 juni 1978, nr. 18 937, BNB 1978/256 (gewezen voor de met art. 3 lid 1 onderdeel d Wet DB 1965 overeenstemmende bepalingen art. 44a lid 3 en art. 29 lid 2 Wet IB 1964) en HR 12 september 2008, nr. 43 366, BNB 2009/13 (gewezen voor de met art. 3 lid 1 onderdeel d Wet DB 1965 vergelijkbare bepaling art. 20b lid 1 onderdeel c Wet IB 1964).

kort gezegd, ook een onbelaste uitkering ten laste van de agioreserve mogelijk is indien de gang van zaken maar als zodanig in de boeken van de NV wordt verwerkt. Dit betekent voor Royal Dutch Shell dat zij vanwege haar Engelse rechtsvorm slechts een onbelaste agio-uitkering kan doen indien onder het Engelse vennootschapsrecht het agio wordt omgezet in aandelenkapitaal gevolgd door een kapitaalrugbetaling. Het mogelijke feit dat gebruik van de Britse kapitaalrugbetalingsprocedure, waarvan bekend is dat die als tijdrovend en kostbaar wordt ervaren, in de praktijk niet de voorkeur geniet, lijkt hieraan niet af te kunnen doen.⁵⁹

5 Afsluiting

In deze bijdrage heb ik op basis van openbare bronnen het dividendtoegangsmechanisme van de Shell-groep in kaart gebracht en de gevolgen voor de heffing van dividendbelasting onderzocht. De kern van dit mechanisme, dat tot stand is gebracht in het kader van de eenmakingsoperatie in 2005 en is uitgebreid in het kader van de overname van British Gas in 2016, is dat een B-aandeelhouder in Royal Dutch Shell het door Royal Dutch Shell gedeclareerde dividend niet van Royal Dutch Shell ontvangt, maar van een trust, die het op haar beurt weer ontvangt van (klein)dochtermaatschappijen Shell Transport en British Gas. Mijn conclusie is dat het ach-

terwege laten van heffing van dividendbelasting op de via het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividenden in strijd lijkt met de Wet DB 1965. Het is mijns inziens redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar dat de door middel van het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividenden zijn aan te merken als opbrengsten van de B-aandelen in Royal Dutch Shell ex art. 2 juncto art. 3 lid 1 onderdeel a Wet DB 1965. Het dividendtoegangsmechanisme komt in feite neer op een klassiek voorbeeld van een middellijke winstuitdeling waarbij een moedermaatschappij een winstuitdeling laat verrichten door haar (klein)dochtermaatschappij aan haar eigen aandeelhouders.

Hoewel de fiscale vaststellingsovereenkomst die de Belastingdienst met Shell heeft gesloten niet tot het publieke domein behoort, heb ik mij veroorloofd om te speculeren over één voorwaarde die daarin zou kunnen zijn opgenomen. Deze voorwaarde zou erop neerkomen dat de uitkering van dividend via het dividendtoegangsmechanisme een behandeling als onbelaste kapitaalruggaaf ten deel valt. Het gevolg van een dergelijke voorwaarde zou zijn dat de onbelaste uitkering van dividenden via het dividendtoegangsmechanisme is begrensd tot het bedrag van het fiscaal gestorte kapitaal van Royal Dutch Shell. Het onbelaste uitkeringspotentieel (fusie-agio), dat is ontstaan door de eenmakingsoperatie in 2005 en de overname van British Gas in 2016, zou op deze wijze door Royal Dutch Shell de facto worden benut. Vanwege de strikte voorwaarden die in het systeem van Wet DB 1965 gelden voor een onbelaste kapitaalruggaaf, heb ik echter grote twijfels of een behandeling als een quasi-kapitaalruggaaf (alsnog) het achterwege laten van heffing van dividendbelasting over de via het dividendtoegangsmechanisme uitgekeerde dividenden zou kunnen rechtvaardigen.

⁵⁹ Vanwege crediteurenbescherming is onder Brits vennootschapsrecht voor een kapitaalruggaaf onder andere een goedkeuring van de rechter vereist; zie art. 135 e.v. van de Companies Act 1985.