

<b>Instantie</b>	Parket bij de Hoge Raad
<b>Datum uitspraak</b>	13-12-2022
<b>Datum publicatie</b>	13-01-2023
<b>Zaaknummer</b>	22/02127
<b>Rechtsgebieden</b>	Belastingrecht
<b>Bijzondere kenmerken</b>	-
<b>Inhoudsindicatie</b>	Falcons-doctrine; vrijstelling voor aflopende deelnemingen (art. 13(16) Wet Vpb); verwatering deelneming (aandelen plus gedekte callopties) beneden 5%; geldt de afloopvrijstelling ook voor de opties? Beroep op vertrouwensbeginsel

Feiten: de belanghebbende hield 8,5% van de aandelen en daarnaast gedekte call-opties op 2,34% van de aandelen in een Japanse vennootschap die in 2017 naar de beurs ging, waardoor haar belang verwaterde tot 2,28% van de aandelen en gedekte opties op 1,58% van de aandelen. Binnen drie jaar na de beursgang heeft zij al haar opties uitgeoefend en alle aandelen in fasen verkocht.

In geschil is of na de beursgang de aflopende-deelnemingsvrijstelling ook geldt voor de opties en zo neen, of de Inspecteur heeft toegezegd dat dat wél zo zou zijn. Niet in geschil is dat die vrijstelling wel geldt voor het resultaat op het verwaterde 2,28% aandelenbelang.

Volgens de Rechtbank Gelderland is van een aflopende deelneming bij de opties geen sprake omdat zij ook vóór de verwatering al geen 'deelneming' waren ex art. 13(2) Wet Vpb omdat een optie geen aandelenkapitaal is. Het Cum/ex-arrest HR BNB 2021/12 gaat over ongedekte opties en zegt niet dat gedekte opties wél als 'deelneming' kunnen gelden. Het Falcons-arrest HR BNB 2003/34, dat de deelnemingsvrijstelling onder voorwaarden ook doet gelden voor resultaten op call-opties, maakt dat evenmin anders omdat art. 13(16) Wet Vpb pas op 1 januari 2007 in de wet kwam en dat arrest dus niet kan zien op aflopende deelnemingen. Ook belanghebbendes beroep op het vertrouwensbeginsel is afgewezen omdat haar brief van 7 oktober 2014 waarmee de Inspecteur zich akkoord verklaarde, over een aandelenbezit groter dan 5% ging en niet over een aflopende deelneming.

In sprongcassatie betoogt de belanghebbende dat de vrijstelling voor aflopende deelnemingen wél geldt voor de gedekte call opties, gezien: (i) de tekst van art. 13(16) Wet Vpb, (ii) de vaste rechtspraak, die erop neerkomt dat de deelnemingsvrijstelling geldt voor resultaten op gedekte opties die bij uitoefening tot een deelneming gaan behoren, (iii) het Falcons-arrest, waarvan niet valt in te zien dat het niet zou gelden voor gedekte call opties tijdens de afloop van een voorheen deelneming, nu niet valt in te zien waarom een een opgesplitst belang bij een aflopende deelneming bij anders zou zijn dan bij een niet-aflopende deelneming en (iv) de miskennis door de Rechtbank dat het niet om

een 'faciliteit' gaat. Klacht (v) stelt opnieuw dat de Inspecteur het vertrouwensbeginsel heeft geschonden.

Art. 13(2) en (6) Wet Vpb luidt als volgt:

"2. Van een deelneming is sprake indien de belastingplichtige:

a. voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;

(...).

16. Indien een belang dat de belastingplichtige reeds meer dan een jaar houdt en waarvoor hij in die periode onafgebroken in aanmerking kwam voor de deelnemingsvrijstelling, niet langer als een deelneming wordt aangemerkt omdat de omvang van het belang niet meer voldoet aan de voorwaarde van ten minste 5%, bedoeld in het tweede of derde lid, blijft nog gedurende (...) drie jaar (...) de deelnemingsvrijstelling van toepassing met betrekking tot voordelen uit hoofde van dat belang en kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van dat belang. (...)."

Volgens A-G Wattel bieden deze tekst en de wetsgeschiedenis weinig gezichtspunten. De wetgever heeft zich bij invoering van art. 13(16) Wet Vpb niet afgevraagd wat het Falcons-arrest betekent voor aflopende deelnemingen waarbij opties zijn betrokken. Bij grammaticale interpretatie rijst de vraag wat de term 'belang' in lid 16 betekent, die niet voorkomt in de definitie van 'deelneming' in lid 2, die bij kapitaalvennootschappen alleen nominaal aandelenkapitaal omvat. Die definitie gaat voorbij aan economische eigendom, informeel kapitaal en het Falcons-arrest. 'Belang' lijkt ruimer dan 'deelneming', maar die term moet denkkelijk verklaard worden door de wens om met één term alle soorten deelnemingen in lid 2 te omvatten, ook bij niet-kapitaalvennootschappen. Volgens de letterlijke tekst van art. 13 Wet Vpb hebben inderdaad enkel 'aandeelhouders' aanspraak op de deelnemingsvrijstelling, maar dit tekstuele argument is zwak na de gesplitst-belang-leer in het Falcons-arrest.

Ook de wetsgeschiedenis van art. 13(16) Wet Vpb is weinig concludent voor wat betreft gedekte call-opties, maar biedt wel enige steun aan het standpunt van de belanghebbende. De wetgever heeft verklaard (i) dat geen wijziging werd beoogd in de Falcons-doctrine en (ii) dat de deelnemings-vrijstelling van toepassing 'blijft' op een belang waarvoor de vrijstelling gold voordat het onder de 5% zakte. Als hij had gewild dat de Falcons-doctrine niet zou gelden voor aflopende deelnemingen zoals voor niet-aflopende deelnemingen, had het voor de hand gelegen om daar iets over te zeggen. Ook de argumenten vóór toepassing van art. 13(16) op de opties zijn aldus niet heel sterk.

De Falcons-doctrine is geheel gebaseerd op de ratio van de deelnemingsvrijstelling, zodat volgens A-G Wattel die ratio ook bij de uitleg van lid 16 beslist. De ratio van lid 16 is afloopbegeleiding bij voorheen vrijgestelde deelnemingen. Die ratio moet geplaatst worden binnen de omvattender ratio van de deelnemingsvrijstelling, nl. voorkoming van economische dubbele belasting van dezelfde vennootschapswinst. De vraag is of die ratio in idem-ratio in het licht van de Falcons-doctrine en het doel van de aflopende-deelnemingsvrijstelling meebrengt dat gedekte, maar niet uitgeoefende call-opties die vóór de 5%-onderschrijding onder de vrijstelling vielen, ná

de verwatering ook onder de vrijstelling van de aflopende deelneming vallen, hoewel zij vóór die onderschrijding geen aandelenkapitaal en daarmee volgens lid 2 geen 'deelneming' zijn geworden. Uit het Falcons-arrest blijkt dat het niet-uitoefenen van call-opties de toepassing van de vrijstelling op het optieresultaat niet verhindert als maar aan het 5%-criterium wordt voldaan. Het lijkt dan inconsistent om de vrijstelling niet op call-optie-resultaten toe te passen als die deelneming afloopt. Aan vrijstelling van een aflopende deelneming zouden dan strengere eisen worden gesteld dan aan vrijstelling van een niet-aflopende deelneming, welke gestrengheid noch vanuit de ratio van de deelnemingsvrijstelling, noch vanuit de ratio van de afloopbegeleiding kunnen worden verklaard. De wetsgeschiedenis van lid 16 zegt dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing 'blijft' op een belang waarvoor de vrijstelling gold voordat het onder de 5% zakte. Nu de deelnemingsvrijstelling in casu vóór de belangverwatering van toepassing was op de litigieuze opties, lijkt voortdurende toepassing van de vrijstelling op die opties ná de verwatering geheel in lijn met doel en strekking van lid 16 van art. 13 Wet Vpb.

De A-G gaat van ambtswege in op de vraag of het Cum/ex-arrest impliceert dat de deelnemings-vrijstelling enkel voor opties kan gelden als zowel de optiehouder als de optieschrijver 5% houden. Is dat zo, dan moet de zaak verwezen worden naar de feitenrechter. Vóór dat standpunt pleit dat de Falcons-doctrine uitgaat van 'splitsing' van een belang bij een deelneming. Als er geen deelneming is, kan het belang erbij ook niet gesplitst worden. Als de optiekoper echter al een deelneming heeft, valt vanuit diens perspectief niet in te zien waarom bijkoop van gedekte opties niet zou meedelen in de door hem reeds genoten deelnemingsvrijstelling. Als een houder van 6% van de aandelen er één procent bij koopt van een verkoper die slechts die ene procent en dus geen deelneming had, staat dat evenmin aan toepassing van de deelnemingsvrijstelling op die extra procent bij de koper in de weg. Vereist is volgens de A-G daarom slechts dat de call-optieschrijver de aandelen bezit en dat de opties bij uitoefening tot een (uitbreiding van een al bestaande) deelneming leiden bij de koper.

Aan klacht (v) komt de A-G dan niet toe, maar de Rechtbank heeft volgens hem de juiste maatstaf ter zake van vertrouwensberoep aangelegd en geenszins onbegrijpelijk geoordeeld dat de brief waarmee de Inspecteur akkoord is gegaan, niet gaat over aflopende deelnemingen, zodat die akkoordverklaring geen vertrouwen kan wekken ter zake van aflopende deelnemingen.

Conclusie: sprongcassatieberoep gegrond; zelf afdoen.

## Vindplaatsen

Rechtspraak.nl  
Viditax (FutD), 13-1-2023  
V-N Vandaag 2023/74  
FutD 2023-0170



[Verrijkte uitspraak  
\(https://linkedata.overheid.nl/document/ECLI:NL:PHR:2022:1171\)](https://linkedata.overheid.nl/document/ECLI:NL:PHR:2022:1171)

## Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

## Sprongcassatie

**Nummer** 22/02127

**Datum** 13 december 2022

**Belastingkamer** A

**Onderwerp/tijdvak** Vennootschapsbelasting 2017

Nr. Rechtbank 21/5600

CONCLUSIE

P.J. Wattel

in de zaak van

**[X] B.V.**

tegen

**de Staatssecretaris van Financiën**

### 1 Overzicht

- 1.1 Deze zaak gaat over de reikwijdte van de vrijstelling voor aflopende deelnemingen in art. 13(16) Wet op de vennootschapsbelasting (Wet Vpb).
- 1.2 De belanghebbende hield 8,5% van de aandelen en daarnaast gedekte *call* opties op 2,34% van de aandelen in een Japanse vennootschap die op 2 maart 2017 is genoteerd aan de *Tokyo Stock Exchange*. Door die beursgang is haar belang verwaterd tot 2,28% van de aandelen en daarnaast gedekte opties op 1,58% van de aandelen. Binnen drie jaar na de beursgang heeft zij al haar opties uitgeoefend en alle aandelen [A] in fasen verkocht.
- 1.3 In geschil is of na de beursgang de aflopende-deelnemingsvrijstelling ook geldt voor het resultaat op de opties en zo neen, of de Inspecteur heeft toegezegd dat dat wél zo zou zijn. Niet in geschil is dat die vrijstelling wel geldt voor het resultaat op het 2,28% aandelenbelang.
- 1.4 Volgens de **Rechtbank Gelderland** is van een aflopende deelneming ex art. 13(16) Wet Vpb slechts sprake als het belang vóór het moment waarop het beneden 5% zakt, een 'deelneming' was in de zin van art. 13(2) Wet Vpb. Een optie valt daar volgens haar niet onder omdat een optie geen aandelenkapitaal is. Het Cum/ex-arrest HR *BNB* 2021/12 maakt dat niet anders, nu dat arrest, over ongedekte opties, niet zegt dat gedekte opties wél als 'deelneming' kunnen gelden. Het *Falcons*-arrest HR *BNB* 2003/34, dat de deelnemings-vrijstelling ex art. 13(2) Wet Vpb onder voorwaarden ook doet gelden voor resultaten op *call*-opties, maakt dat evenmin anders omdat art. 13(16) Wet Vpb pas op 1 januari 2007 in de wet kwam en dat arrest dus niet kan zien op vijf jaar eerder nog niet bestaande aflopende deelnemingen. Ook belanghebbendes beroep op het vertrouwensbeginsel strandde omdat haar brief 7 oktober 2014 waarmee



de Inspecteur zich akkoord heeft verklaard, over een aandelenbezit groter dan 5% gaat en niet over een aflopende deelneming.

- 1.5 In **sprongcassatie** betoogt de belanghebbende dat de vrijstelling voor aflopende deelnemingen wel degelijk ook geldt als de aflopende deelneming mede uit vóór de verwatering al gehouden gedekte *call* opties bestaat, gegeven: (i) de tekst van art. 13(16) Wet Vpb, (ii) uw vaste rechtspraak, die erop neerkomt dat de deelnemingsvrijstelling geldt voor resultaten op gedekte opties die bij uitoefening tot een deelneming gaan behoren, (iii) het *Falcons*-arrest, waarvan niet valt in te zien dat het niet zou gelden voor gedekte *call* opties tijdens de afloop van een voorheen deelneming, nu niet valt in te zien waarom een aflopende deelneming qua 'opgesplitst belang' anders zou zijn dan een niet-aflopende deelneming en (iv) de miskennis door de Rechtbank dat het niet om een 'faciliteit' gaat. Klacht (v) stelt opnieuw dat de Inspecteur het vertrouwensbeginsel heeft geschonden.
- 1.6 De Staatssecretaris van Financiën meent dat de Rechtbank op goede gronden een juiste beslissing heeft genomen en dat het *Falcons*-arrest niet zegt dat gedekte opties tot een deelneming behoren, dus ook niet tot een aflopende deelneming.
- 1.7 Art. 13(2) en (6) Wet Vpb luidt als volgt:
- "2. Van een deelneming is sprake indien de belastingplichtige:
- a. voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- (...).
16. Indien een belang dat de belastingplichtige reeds meer dan een jaar houdt en waarvoor hij in die periode onafgebroken in aanmerking kwam voor de deelnemingsvrijstelling, niet langer als een deelneming wordt aangemerkt omdat de omvang van het belang niet meer voldoet aan de voorwaarde van ten minste 5%, bedoeld in het tweede of derde lid, blijft nog gedurende (...) drie jaar (...) de deelnemingsvrijstelling van toepassing met betrekking tot voordelen uit hoofde van dat belang en kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van dat belang. (...)."
- 1.8 De tekst en de wetsgeschiedenis bieden weinig houvast omdat de wetgever zich bij de invoering van art. 13(16) Wet Vpb kennelijk niet heeft afgevraagd wat de betekenis van het *Falcons*-arrest kon zijn voor de reikwijdte van de vrijstelling voor aflopende deelnemingen als er opties bij zijn betrokken. Ik zie daarom niet alleen waartoe grammaticale en wetshistorische interpretatie van art. 13(6) Wet Vpb voeren, maar ook en vooral waartoe teleologische interpretatie leidt, nu uw *Falcons*-doctrine volledig steunt op de ratio van de deelnemingsvrijstelling. De meningen in de literatuur lopen uiteen.
- 1.9 Bij grammaticale interpretatie rijst de vraag wat de term 'belang' in lid 16 betekent, die niet voorkomt in de definitie van een 'deelneming' in lid 2, die bij kapitaalvennootschappen alleen nominaal gestort aandelenkapitaal omvat. Die wettelijke definitie van 'deelneming' is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling daardoor inaccuraat of incompleet omdat zij voorbij gaat aan onder meer economische eigendom, informeel kapitaal en het *Falcons*-arrest. Nu 'belang' een ruimer term is dan 'deelneming', lijkt die term in lid 16 eerder het standpunt van de belanghebbende dan dat van de Staatssecretaris te steunen, maar die term in lid 16 moet denkkelijk verklaard worden door de wens om met één term alle soorten deelnemingen in lid 2 te omvatten, dus niet alleen deelnemingen in kapitaalvennootschappen (letter a), maar ook commanditaire en fondsparticipaties, coöperatielidmaatschappen en deelnemingen in *reverse hybrids* (letters b t/m d). Volgens de letterlijke tekst van art. 13 Wet Vpb hebben enkel 'aandeelhouders' aanspraak op de deelnemingsvrijstelling, maar dit tekstuele argument is bepaald zwak na uw ontwikkeling van de gesplitst-belang-leer in het *Falcons*-arrest. De tekst biedt dus weinig houvast, maar biedt enige steun aan het standpunt van de Staatssecretaris.
- 1.10 De beperkte wetsgeschiedenis van art. 13(16) Wet Vpb heldert niet op of de vrijstelling voor aflopende deelnemingen al dan niet ook gedekte *call*-opties kan omvatten, maar die geschiedenis biedt wel enige steun aan het standpunt van de belanghebbende. De wetgever heeft bij invoering van lid 16 verklaard dat met de wijziging van art. 13 Wet Vpb geen wijziging werd beoogd in de *Falcons*-doctrine, en hij heeft verklaard dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing 'blijft' op een belang waarvoor de vrijstelling gold voordat het onder de 5% zakte. Dat kan overigens ook in de wettekst gelezen worden. Als de wetgever had gewild dat de *Falcons*-doctrine niet zou gelden voor aflopende deelnemingen zoals voor niet-aflopende deelnemingen, had het voor de hand gelegen om daar iets over te zeggen of te regelen, maar hij heeft dat niet gedaan. Ook de wetsgeschiedenis biedt aldus weinig houvast, maar biedt mijns inziens minstens evenveel steun aan de belanghebbende als grammaticale interpretatie aan de Staatssecretaris geeft, nu de wettekst ook zo gelezen kan worden dat die het standpunt van de belanghebbende steunt.
- 1.11 Nu het hier gaat om de reikwijdte van uw *Falcons*-doctrine, die geheel gebaseerd is op de ratio van de deelnemingsvrijstelling en daarmee op teleologische interpretatie (naar doel en strekking) van art. 13 Wet Vpb, komt aan die ratio mijns inziens ook bij de uitleg van lid 16 doorslaggevende betekenis toe. De ratio

van lid 16 is afloopbegeleiding voor vrijgestelde deelnemingen: een deelnemer moet niet door dreiging van verlies van de deelnemings-vrijstelling gedwongen worden om een groot pakket ineens te verkopen in plaats van in opportunere kleinere tranches over een langere periode. Soms kán een deelneming niet ineens worden verkocht door een *lock up*. Die ratio moet geplaatst worden binnen de omvattender ratio van de deelnemingsvrijstelling als zodanig: voorkoming van economische dubbele belasting van dezelfde vennootschapswinst bij zowel de vennootschap die de winst maakt als de vennootschap die de uitdeling van die al belaste winst ontvangt of het belang in de winstmaker verkoopt.

- 1.12 De vraag is of die *ne bis in idem*-ratio in het licht van de *Falcons*-doctrine en het doel van de aflopende-deelnemingsvrijstelling meebrengt dat gedekte, maar niet uitgeoefende *call*-opties die vóór de 5%-onderschrijding onder de vrijstelling vielen, ná de verwatering ook onder de vrijstelling van de daardoor aflopende deelneming vallen, hoewel zij vóór die onderschrijding geen aandelenkapitaal zijn geworden en daarmee volgens de tekst van lid 2 geen 'deelneming' zijn geworden. Uit het *Falcons*-arrest blijkt dat niet-uitoefening van *call*-opties niet aan toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de weg staat als inclusief (virtuele uitoefening van) die opties maar aan het 5%-criterium wordt voldaan. Het *Cum/ex*-arrest leert dat het om gedekte *call*-opties moet gaan, wat in casu niet in geschil is. Het lijkt dan inconsistent om de vrijstelling niet op *call*-optieresultaten van toepassing te achten als die deelneming afloopt. Aan vrijstelling van een aflopende deelneming zouden dan strengere eisen worden gesteld dan aan vrijstelling van een niet-aflopende deelneming. Strengere eisen zijn echter noch vanuit de ratio van de deelnemingsvrijstelling, noch vanuit de ratio van de deelnemings-afloopbegeleiding verklaarbaar. De wetsgeschiedenis van lid 16 zegt dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing 'blijft' op een belang waarvoor de vrijstelling gold voordat het onder de 5% zakte. Nu de deelnemingsvrijstelling in casu vóór de belangverwatering van toepassing was op resultaten op de litigieuze opties, lijkt voortdurende toepassing van de vrijstelling op resultaten op die opties ná de verwatering geheel in lijn met doel en strekking van lid 16 van art. 13 Wet Vpb.
- 1.13 Diverse commentatoren baseren op uw *Cum/ex*-arrest dat de deelnemingsvrijstelling enkel voor opties kan gelden als zowel de optiehouder als de optieschrijver 5% houden. Vóór dat standpunt pleit dat de *Falcons*-doctrine is gebaseerd op 'splitsing' van een belang bij een deelneming. Is er geen deelneming, dan kan het belang erbij niet gesplitst worden. Dat is echter gedacht vanuit de schrijver. Als de optiekoper al een deelneming heeft, valt vanuit *diens* perspectief niet in te zien waarom bijkoop van gedekte opties niet meedeelt in de voor hem al geldende deelnemingsvrijstelling. Als een houder van 6% van de aandelen er 1% bijkoopt van een verkoper die slechts 1% en dus geen deelneming had, staat dat evenmin aan toepassing van de deelnemingsvrijstelling op die extra % bij de koper in de weg. Vereist is mijns inziens daarom slechts dat de *call*-optieschrijver de aandelen bezit en dat de opties bij uitoefening tot een (uitbreiding van een al bestaande) deelneming leiden bij de koper.
- 1.14 Nu teleologische interpretatie van art. 13(16) Wet Vpb leidt tot toepassing van de aflopende deelnemingsvrijstelling op belanghebbendes opties, en grammaticale en wetshistorische interpretatie zich daartegen mijns inziens niet verzetten, treffen de klachten (i) t/m (iv) mijns inziens voldoende doel om belanghebbendes cassatieberoep gegrond te verklaren.
- 1.15 Aan klacht (v) kom ik dan niet toe, maar als u er wel aan toe komt, meen ik dat de Rechtbank de juiste maatstaf voor toepassing van het vertrouwensbeginsel heeft aangelegd en geenszins onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat de brief waarmee de Inspecteur akkoord is gegaan, niets zegt over aflopende deelnemingen, zodat die akkoordverklaring geen vertrouwen kon wekken ter zake van de vrijstelling voor aflopende deelnemingen.
- 1.16 Ik geef u in overweging het sprongcassatieberoep gegrond te verklaren en de zaak zelf af te doen.

## 2 De feiten en het geding in feitelijke instanties

### De feiten

- 2.1 Aan de belanghebbende zijn in 2014 aandelen en opties in de Japanse vennootschap [A] uitgereikt, leidende tot een aandelenbelang van 8,5% in die vennootschap en een *call* op een aandelenbelang van 5%. In november 2015 heeft de belanghebbende een deel van haar *call* opties prijsgegeven, waardoor haar *call* daalde naar 2,34%.
- 2.2 [A] werd op 22 maart 2017 genoteerd aan de Tokyo Stock Exchange. Door die beursgang verwaterde belanghebbendes aandelenbelang in [A] tot 2,28% en gaven haar opties nog slechts recht op een aandelenbelang van 1,58%.
- 2.3 Na de beursgang heeft de belanghebbende al haar *call* opties uitgeoefend en haar aandelenbelang in [A] in fasen verkocht. Op het verkoopresultaat heeft zij in haar aangifte Vpb 2017 de vrijstelling in art. 13(16)

Wet Vpb voor aflopende deelnemingen toegepast. Zij heeft een belastbare winst van € 1.007.766 en een belastbaar bedrag van € 1.007.694 aangegeven.

	2015	2015 tot beursgang op 22 maart 2017	Door de beursgang op 22 maart 2017	Binnen drie jaar na beursgang
<b>Aandelen</b>	8,5%	8,5%	2,28%	In fasen verkocht
<b>Gedekte call opties</b>	5%	2,34%	1,58%	opties uitgeoefend en aandelen in fasen verkocht

2.4 De Inspecteur achtte de vrijstelling voor aflopende deelnemingen wel van toepassing op de aandelen, maar niet op de opties. Gelet daarop heeft hij het belastbaar bedrag in verband met de aandelenverkoop verlaagd met € 745.814 (wegens aflopende deelnemingsvrijstelling voor de resterende 2,28% aandelen) en in verband met de uitoefening van opties en verkoop van de verkregen aandelen verhoogd met € 2.941.024. Hij heeft het belastbare bedrag op die basis en rekening houdend met € 72 aan te verrekenen verliezen vastgesteld op € 3.202.904 (€ 1.007.766 + € 2.941.024 -/- € 745.814 -/- € 72).

2.5 Namens de [B] Groep waartoe de belanghebbende behoort is de Belastingdienst bij brief van 7 oktober 2014 om een oordeel gevraagd over de fiscale gevolgen van de overname van deze groep door een Japans marketingonderzoeksbedrijf. Die brief vermeldt onder meer het volgende (ik laat voetnoten weg):

"Hierna [PJW; na de overname] ziet de structuur er uit zoals weergegeven op de volgende pagina.

[*corporate tree* weggelaten; PJW]

### 3 Fiscale overwegingen

1. Wij constateren dat bij de verkoop van [B] Holding BV en haar dochtervennootschappen aan HoldCo ter zake van [C] Holding en [D] de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op het niveau van [B] Holding BV aangezien er sprake is van aandelenbezit van meer dan 5% en [B] BV als een actieve vennootschap kan worden aangemerkt.

2. Wij constateren dat bij een toekomstige vervreemding van HoldCo de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op het niveau van NewCo [de belanghebbende; PJW] aangezien er sprake is van een aandelenbezit van meer dan 5% en Holdco als een actieve vennootschap kan worden aangemerkt.

3. Wij constateren tevens dat bij een toekomstige vervreemding van NewCo, de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op het niveau van [D] BV en het niveau van [C] BV aangezien er sprake is van aandelenbezit van ten minste 5% en NewCo als een actieve vennootschap kan worden aangemerkt.

4. Wij constateren dat het vervreemden van 5% opties door zowel [D] als [C] BV aan NewCo voor dezelfde waarde plaatsvindt als de toekenning van de 5% opties door HoldCo aan [D] en [C] BV in het kader van de overname van [B] BV. Dit vanwege de onmiddellijke vervreemding na toekenning.

5. Naast de aankoop van aandelen in HoldCo krijgt NewCo certificaten (opties) die gelijk zijn aan de prijs van een aandeel HoldCo op het moment van de overname (zie ook stap 4 hiervoor). Deze opties zijn uitoefenbaar in vier jaarmomenten waarbij een voorwaarde is dat het huidige management onder bepaalde voorwaarden aanblijft.

De opties in het bezit van NewCo vallen naar onze mening onder de deelnemingsvrijstelling. In het falcons arrest (HR 11 november 2002, BNB 2003/34 c) heeft de Hoge Raad beslist dat opties onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien door uitoefening een deelneming wordt verkregen. Nu de opties zelfstandig recht geven op een belang van 5% wordt aan die voorwaarde voldaan. Ten overvloede merken wij op dat de deelnemingsvrijstelling ook geldt bij verkoop van opties.

Aan bovenstaande conclusie doet ons inziens niet af dat in het kader van de transactie uitsluitend HoldCo opties verwerft. De aandeelhouders van HoldCo wilden slechts met de overname van [B] instemmen indien zij een additioneel belang zouden verwerven in de vorm van opties. De overige huidige [B] aandeelhouders hebben daarmee ingestemd.



#### 4 Verzoek

Wij hopen dat bovenstaande u een duidelijk beeld geeft van de overname waarvan men voornemens is deze binnen een zeer korte tijd te laten doen plaatsvinden.

Zoals u zult kunnen begrijpen is deze overname van zeer groot belang voor onze cliënt. Daarom willen wij graag uw oordeel over genoemde overwegingen en conclusies. Aangezien de transactie op korte termijn gepland staat, zullen wij daartoe spoedig contact met u opnemen."

2.6 De Inspecteur heeft zich in een e-mail van 10 oktober 2014 akkoord verklaard met de standpunten in deze brief:

"Hedenochtend heeft er een bespreking plaatsgevonden betreffende de voorgenomen overname van [B] . Het verzoek tot vooroverleg van 7 oktober 2014 met het kenmerk " [...] " is inhoudelijk besproken en toegelicht door u. Aan u is teruggekoppeld dat mijn collega (...) en ik de standpunten kunnen onderschrijven. Ter bevestiging stuur ik u een akkoord getekende kopie van het vooroverleg-verzoek."

##### Het geschil

2.7 In geschil is of de aanslag Vpb 2017 tot het juiste bedrag is opgelegd, met name of belanghebbendes resultaten behaald na 22 maart 2017 met de uitoefening van de opties en de verkoop van de aldus verkregen aandelen zijn vrijgesteld op grond van art. 13(16) Wet Vpb. De hamvraag is of die opties als (onderdeel van belanghebbendes) aflopende deelneming moeten worden gezien. Daarnaast is de toepassing van het vertrouwensbeginsel in het geding.

2.8 Niet in geschil is dat als het verkoopresultaat is vrijgesteld, het belastbaar bedrag in afwijking van de aangifte vastgesteld moet worden op € 261.880 (€ 1.007.766 -/- € 745.814 -/- € 72).

##### De Rechtbank Gelderland<sup>1</sup>

2.9 De Rechtbank heeft belanghebbendes beroep ongegrond verklaard. Uit het *Falcons*-arrest kan volgens haar niet worden afgeleid dat bij een aflopende deelneming ook (gedekte) opties onder die deelneming vallen omdat dat arrest stamt van ruim vóór 1 januari 2007, toen art. 13(16) Wet Vpb werd ingevoerd, zodat het *Falcons*-arrest niet op aflopende deelnemingen kon zien. De Rechtbank overwoog:

"14. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit artikel 13, zestiende lid, van de Wet Vpb dat slechts dan sprake is van een zogenaamde aflopende deelneming indien het belang vóór het moment dat de omvang van het belang niet meer voldoet aan de voorwaarde van ten minste 5%, kwalificeerde als deelneming. Blijkens het bepaalde in het tweede lid van artikel 13 van de Wet Vpb kwalificeert een optie niet als zodanig. Nog daargelaten de omstandigheid dat het belang van eiseres op 22 maart 2017 in [A] minder bedraagt dan 5% faalt reeds hierom deze beroepsgrond. Het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020<sup>2</sup> waar eiseres ter zitting naar heeft verwezen leidt niet tot een ander oordeel. In dit arrest ging het kort gezegd om de vraag of gelet op het *Falcons*arrest het resultaat op opties, waarvan niet aannemelijk was dat de schrijver van de optie de onderliggende aandelen in zijn bezit had, onder de deelnemingsvrijstelling valt. De Hoge Raad oordeelde dat op een dergelijke zogenaamde ongedekte optie de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. Anders dan eiseres betoogt valt noch uit de overwegingen van de Hoge Raad, noch uit de overwegingen van de daaraan voorafgaande uitspraak van het Hof, naar het oordeel van de rechtbank af te leiden dat een optie op aandelen waarbij de schrijver wel beschikt over de aandelen (gedekte optie) wel kwalificeert als deelneming.

15. Vervolgens ziet de rechtbank zich geplaagd voor de vraag of op grond van het *Falcons*arrest het resultaat op opties op tot een aflopende deelneming behorende aandelen niettemin onder de deelnemingsvrijstelling valt. Naar het oordeel van de rechtbank is dit niet het geval. Zij overweegt daartoe als volgt. Voorop stelt de rechtbank dat het zestiende lid van artikel 13 met ingang van 1 januari 2007 in de wet is opgenomen. Ten tijde van het wijzen van het *Falcons*arrest bestond dit artikellid dus nog niet. Het arrest van de Hoge Raad ziet derhalve op deelnemingen en niet op aflopende deelnemingen. In dit licht dient het oordeel van de Hoge Raad, dat het resultaat op een optie op tot een deelneming behorende aandelen onder de deelnemingsvrijstelling valt, te worden geplaagd. Het resultaat behaald met een optie is immers een van een kwalificerend aandeel afgesplitste opbrengst. Een aflopende deelneming is daarentegen een faciliteit. Het voert te ver om in een geval als het onderhavige het resultaat behaald met de uitoefening van een optie op tot een aflopende deelneming behorende aandelen, zijnde een faciliteit, eveneens onder de deelnemingsvrijstelling te brengen."

2.10 De belanghebbende heeft zich bij de Rechtbank ook beroepen op vertrouwen op de in 2.5 hierboven geciteerde akkoordverklaring van de Belastingdienst van 10 oktober 2014. De Rechtbank meent dat die akkoordverklaring niet het vertrouwen wekt dat de resultaten op de opties onder de deelnemingsvrijstelling vallen, omdat belanghebbendes verzoek om akkoordverklaring van 7 oktober 2014 uitgaat van een aandelenbezit van meer dan 5% en niet van een aflopende deelneming.

2.11 Bierman (*NTFR* 2022/2488) is niet overtuigd van de juistheid van deze uitspraak en acht de feitenvaststelling mager:

‘Of een belang in de vorm van een calloptie moet worden gekwalificeerd als deelneming is (...) een vraag die door de Hoge Raad [in het *Falconsarrest*; PJW] niet expliciet is beantwoord. Dat de Hoge Raad daarover (...) niets heeft gezegd, betekent nog niet per se dat een calloptie niet als deelneming zou kwalificeren. Al in het NTFR-commentaar op het besluit deelnemingsvrijstelling 2010 werd opgemerkt: ‘De houdbaarheid van deze opvatting zal ongetwijfeld in rechte worden getoetst.’ (...). Het oordeel van de Hoge Raad over de aflopende deelneming in deze procedure kan dus ook gevolgen hebben voor het standpunt in het besluit deelnemingsvrijstelling over toepassing van de meesleepregeling en de meetrekregeling bij opties.

(...).

Ook overweegt de rechtbank: ‘Het resultaat behaald met een optie is immers een van een kwalificerend aandeel afgesplitste opbrengst. Een aflopende deelneming is daarentegen een faciliteit.’ Mij is niet duidelijk waarom op basis hiervan de deelnemingsvrijstelling niet zou kunnen worden toegepast op het optieresultaat. Ook voor de aflopende deelneming geldt de *ne-bis-in-idemgedachte*, die in het *Falconsarrest* een belangrijke rol speelt. Ik meen daarom dat een ander oordeel ook mogelijk is.

Tot slot wijs ik er nog op dat het feitenrelaas zeer summier is, waardoor een aantal zaken niet duidelijk wordt. Met name is onduidelijk waarom belanghebbende niet heeft gesteld dat het optieresultaat moet worden gecompartmenteerd op basis van art. 28c, Wet Vpb 1969. Voor de toepassing van art. 28c, Wet Vpb 1969 is slechts vereist dat sprake is van een ‘belang waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is’. Omdat belanghebbende tot het moment van de beursgang een op zichzelf voor de deelnemingsvrijstelling kwalificerend aandelenbelang had van 8,5%, zou het resultaat op de optie dat tot dat moment is aangegroeid kwalificeren als ‘belang waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is’. Dat blijkt uit het *Falconsarrest*. Ook daar was sprake van een aandelenbelang van ten minste 5% en een optiebelang van minder dan 5%. Bovendien staat dat ook zo in het besluit deelnemingsvrijstelling (zie paragraaf 1.5.1.2 van het besluit). Dat zou betekenen dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op het hele optieresultaat. Als inderdaad compartimentering zou zijn toegepast, zou vervolgens ook de vraag rijzen of het aandelenbelang dat belanghebbende houdt na uitoefening van de opties moet worden gesplitst in een aandelenbelang dat belanghebbende al vanaf 2014 hield (dat kwalificeert als aflopende deelneming), en een belang dat belanghebbende houdt doordat zij haar callopties heeft uitgeoefend (dat niet kwalificeert als aflopende deelneming). Vervolgens rijst de vraag hoe het resultaat dat is behaald met de gefaseerde verkoop moet worden verdeeld over beide pakketten. Belanghebbende zal haar aandelen op de beurs hebben verkocht tegen de op dat moment geldende koers. De gerealiseerde verkoopwinst is afhankelijk van die beurskoers. Die verkoopwinst is echter alleen vrijgesteld voor zover de verkochte aandelen al vanaf 2014 werden gehouden. Als belanghebbende voor de Hoge Raad wél stelt dat art. 28c, Wet Vpb 1969 van toepassing is dan zal dat een nader feitenonderzoek vereisen. Daarvoor is in cassatie echter geen ruimte.

2.12 Hoewel Van Lindonk (*NLF* 2022/1241) het oordeel van de Rechtbank uiteindelijk onderschrijft, plaatst zij vraagtekens bij die oordeelsvorming en zou het haar niet zou verbazen als u anders oordeelt:

### ‘Aflopende deelneming

Belanghebbende betoogt (...) dat de winst gerealiseerd bij uitoefening van de opties desondanks onder de deelnemingsvrijstelling valt op basis van artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969. Op basis van de letterlijk tekst van deze bepaling wordt dit mijns inziens terecht door Rechtbank Gelderland afgewezen. In artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 wordt immers uitdrukkelijk verwezen naar een deelneming als bedoeld in het tweede of derde lid, kortom (...) een aandelenbelang van ten minste 5% waarop dan vervolgens ten minste een jaar de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. In dit verband is mij overigens niet helemaal duidelijk wat de Rechtbank precies bedoelt met haar overweging: ‘Nog daargelaten de omstandigheid dat het belang van eiseres op 22 maart 2017 in [de vennootschap] minder bedraagt dan 5% faalt reeds hierom deze beroepsgrond.’ Nu het aandelenbelang op dat moment nog steeds 8,5% bedroeg, zal de Rechtbank alleen het optiebelang bedoelen. Inderdaad gaven de opties op het tijdstip voorafgaand aan de beursgang geen recht meer op een aandelenbelang van 5%, maar tot ultimo 2015 nog wel, zodat, uitgaande van een mogelijke toepassing van artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 op opties, denkkelijk toch zou zijn voldaan aan die toepassingsvoorwaarde. Maar wellicht dat in november 2015 nog niet reeds gedurende een onafgebroken periode van een jaar de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. Uit de feiten valt namelijk niet op te maken op welk moment in 2014 de aandelen en opties zijn verkregen.

### Falconsdoctrine

Dat opties op aandelen onder omstandigheden toch onder de deelnemingsvrijstelling vallen, vloeit overigens als zodanig niet voort uit de bewoordingen van de wet, zoals ook uitdrukkelijk bevestigd tijdens de parlementaire behandeling bij de Wet werken aan winst.<sup>3</sup> Toepassing van de deelnemingsvrijstelling op opties vloeit voort uit de zogenoemde *Falconsdoctrine*. Om die reden (...) stelt de Rechtbank zich de vraag



of op grond van het Falcons-arrest het resultaat op opties op tot een aflopende deelneming behorende aandelen niettemin onder de deelnemingsvrijstelling valt en concludeert dat dat niet het geval is. De Hoge Raad heeft geoordeeld over een optie op een kwalificerende deelneming en het resultaat met een optie is alleen vrijgesteld als het een van een kwalificerend aandeel afgesplitste opbrengst is.

Bij mij komt wel de vraag op wat de Rechtbank hier nu precies bedoelt met opties op tot een aflopende deelneming behorende aandelen. Bedoelt de Rechtbank hier dat bij de houder van de optie na uitoefening sprake is van een aflopende deelneming? Dat lijkt vreemd nu de houder van deze optie in relatie tot de optie nooit een 5%-aandelenbelang heeft gehad. Of bedoelt de Rechtbank dat de optie ziet op een aflopende deelneming, dat wil zeggen dat de schrijver van de optie geen echte deelneming meer bezit? Dat laatste kan ik niet afleiden uit de feiten. Uit de feiten kan ik alleen opmaken dat het hier om een 'aflopende optie' gaat, immers dalend van 5% naar 1,58%. Het zou dus best kunnen zijn dat de schrijver van de optie nog steeds een 'echte' deelneming bezit. Is het daarmee dan niet toch een optie op een kwalificerende deelneming, nog afgezien van het antwoord op de vraag of inmiddels een aflopende deelneming niet ook een onder de Falconsdoctrine kwalificerende deelneming is. Blijft natuurlijk wel dat in geval van een aflopende optie bij uitoefening de houder van de optie geen 'echte' deelneming verkrijgt. Al met al begrijp ik daarom wel waarom de Rechtbank, gegeven de destijds aan de Hoge Raad voorgelegde casus en de daarbij door de Hoge Raad geformuleerde voorwaarden, tot deze conclusie komt. Maar het zou mij niet verbazen als de Hoge Raad na de introductie van de aflopende deelneming in de wet wel ruimte zou zien om ook bij een aflopende optie, al dan niet op een aflopende deelneming, de deelnemingsvrijstelling toe te passen

- 2.13 Ook Portengen en Kortekaas (*Belastingadvies* 2022/18.2) menen dat er anders over gedacht kan worden dan de Rechtbank doet:

“• (...). De rechtbank neemt hiermee hetzelfde standpunt in als de staatssecretaris in het besluit over de deelnemingsvrijstelling. Ook het Falcons-arrest leidt volgens de rechtbank niet tot een andere uitkomst, omdat dat arrest alleen op deelnemingen en niet op aflopende deelnemingen ziet. Aangezien ten tijde van het Falcons-arrest de aflopende deelneming nog niet in de wet was opgenomen, kun je echter de vraag stellen of het arrest zo was bedoeld.

• Vanuit de letterlijke wettekst is deze conclusie van de rechtbank goed te volgen. De behandeling van opties onder de deelnemingsvrijstelling is echter in het geheel nergens in de wettekst te vinden. Dit leerstuk is in het Falcons-arrest ontwikkeld. Het is daarom ook goed voor te stellen dat het leerstuk in de rechtspraak wordt uitgebreid op basis van doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling.”

### 3 Het geding in sprongcassatie

- 3.1 De belanghebbende heeft tijdig en regelmatig en met instemming van de Staatssecretaris rechtstreeks beroep in cassatie ingesteld. De Staatssecretaris heeft zich verweerd. De belanghebbende heeft gerepliceerd; de Staatssecretaris heeft afgezien van dupliek.
- 3.2 Uit belanghebbendes cassatieberoepschrift destilleer ik vijf klachten. De eerste vier klachten bestrijden de weigering van de (aflopende) deelnemingsvrijstelling; de vijfde klacht klaagt over schending van het vertrouwensbeginsel. **Klacht (i)** komt erop neer dat reeds uit de tekst van art. 13(16) Wet Vpb volgt dat de aflopende-deelnemingsvrijstelling van toepassing is op gedekte opties. Art. 13(16) Wet Vpb is (wél) toepasselijk omdat (i) de belanghebbende de aandelen en opties sinds 2014, dus langer dan een jaar hield, (ii) zij tot het moment waarop haar belang verwaterde (de beursgang) onafgebroken voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking kwam, (iii) de omvang van haar belang na 22 maart 2017 onder de 5% is gezakt en (iv) de drie in art. 13(16) Wet Vpb gegunde afloopjaren in 2017 nog niet verstreken waren. Voor het geval het begrip 'belang' voor aandelen en opties separaat beoordeeld moet worden, merkt de belanghebbende op dat de opties zelfstandig bezien na november 2015 nog een recht gaven op 2,34% van de aandelen, zodat ook in dat geval aan het driejaarscriterium wordt voldaan.
- 3.3 **Klacht (ii)** houdt in dat uit uw vaste rechtspraak volgt dat de deelnemingsvrijstelling ook geldt voor gedekte opties. De belanghebbende wijst op uw *Falcons*-arrest<sup>4</sup> en de post-Falcons-jurisprudentie, met name HR *BNB* 2005/254<sup>5</sup> (de waardedaling van een recht op nieuw uit te geven aandelen valt onder de deelnemingsvrijstelling) en het *Cum/ex*-arrest HR *BNB* 2021/12.<sup>6</sup> De belanghebbende leidt uit art. 13(16) Wet Vpb af dat het optiebelang niet voorafgaand aan de daling onder de 5% een deelneming hoefde te zijn. De overweging van de Rechtbank inhoudende "Nog daargelaten de omstandigheid dat het belang van eiseres op 22 maart 2017 in [A] minder bedraagt dan 5% faalt reeds hierom deze beroepsgrond" kan de belanghebbende niet plaatsen. Zij wijst opnieuw op uw *Cum/ex* -arrest waarin u heeft geoordeeld dat de deelnemingsvrijstelling niet geldt voor ongedekte opties, waaruit volgens haar logisch volgt dat als het om gedekte opties gaat, die wel degelijk onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

- 3.4 **Klacht (iii)** bestrijdt dat het gegeven dat lid 16 van art. 13 Wet Vpb nog niet bestond toen het *Falcons*-arrest werd gewezen, zou impliceren dat dat arrest alleen ziet op volle deelnemingen en 'derhalve' niet op aflopende deelnemingen. Dat gegeven wil volgens de belanghebbende niet zeggen dat het *Falcons*-arrest in casu niet geldt of dat een optie niet als onderdeel van een aflopende deelneming kan gelden. Die gevolgtrekking door de Rechtbank ('derhalve') acht de belanghebbende onbegrijpelijk. Door in het *Falcons*-arrest kwalificerende opties onder de deelnemingsvrijstelling te brengen, heeft u die volgens de belanghebbende ook onder de vrijstelling voor aflopende deelnemingen gebracht.
- 3.5 **Klacht (iv)** bestrijdt het gebruik van de term 'faciliteit' voor (het resultaat van toepassing van) de aflopende-deelnemingsregeling. Die term 'faciliteit' komt niet in de wettekst voor en is ook in de procedure nooit gevallen. Een faciliteit is volgens het Groene boekje "een middel dat je ergens voor kunt gebruiken". De belanghebbende ziet geen reden waarom zij het middel van de aflopende deelneming niet zou mogen gebruiken voor (het resultaat behaald met) kwalificerende opties. De Rechtbank lijkt 'faciliteit' als synoniem voor 'tegemoetkoming', zoals een gedeeltelijke vergoeding van de kosten te gebruiken; dat doet zich in casu niet voor. De vrijstelling van de voordelen uit een aflopende deelneming is een wettelijk recht en geen faciliteit. Ook als het wel om een faciliteit zou gaan, ziet de belanghebbende geen grond om die beperkt uit te leggen.
- 3.6 **Klacht (v)** herhaalt het beroep op door de Inspecteur met diens in 2.6 hierboven geciteerde akkoordverklaring gewekt vertrouwen dat de vrijstelling van toepassing is.
- 3.7 Bij verweer betoogt de Staatssecretaris ad (i) dat voor een aflopende deelneming vereist is dat het belang vóór de daling beneden 5% als deelneming kwalificeerde. Uit art. 13(2) Wet Vpb blijkt dat opties niet als zodanig kwalificeren. De belanghebbende meent ten onrechte dat art. 13(16) Wet Vpb niet als voorwaarde zou stellen dat er een deelneming moet zijn geweest. Die eis volgt duidelijk uit de wettekst en de totstandkomingsgeschiedenis. De wetgever had daarbij het oog op aandelenbelangen en niet op andere belangen.
- 3.8 Ad (ii) meent de Staatssecretaris met de Rechtbank dat noch uit HR *BNB* 2021/12 (*Cum/ex*), noch uit de voorafgaande Hofuitspraak in die zaak valt af te leiden dat een (gedekte) optie als deelneming kwalificeert. De Staatssecretaris wijst op zijn besluiten van 20 januari 2017 en 9 maart 2020 (zie 4.11 en 4.13 hieronder).
- 3.9 Klacht (iii) berust volgens de Staatssecretaris op verkeerde lezing van de uitspraak van de Rechtbank. De Rechtbank zegt in r.o. 15 niet dat ook opties onder de deelnemingsvrijstelling vallen, maar baseert zich op de reden waarom de Hoge Raad in het *Falcons*-arrest de deelnemingsvrijstelling van toepassing achtte op een optieresultaat, nl. omdat het resultaat behaald met een optie op een kwalificerend aandeel een opbrengst is die van een kwalificerend aandeel is afgesplitst. De Rechtbank heeft vervolgens beoordeeld of daarmee is bedoeld om ook het resultaat op uitoefening van een optie op tot een aflopende deelneming behorende aandelen onder de deelnemingsvrijstelling te brengen, en heeft die vraag ontkennend beantwoord omdat art. 13(16) Wet Vpb toen nog niet bestond. De Staatssecretaris deelt de conclusie van de Rechtbank dat dit te ver zou voeren.
- 3.10 Ad (iv) betoogt de Staatssecretaris dat de 'faciliteit' is bedoeld om bij verwatering van een aandelenbelang of bij gefaseerde vervreemding van een belang de houder de gelegenheid te bieden om te voorkomen dat het resultaat op de aandelen van de ene dag op de andere dag fiscaal beclaimd zou zijn. Het kan om verschillende redenen niet mogelijk zijn om de aandelen in één keer te vervreemden. Volgens de Staatssecretaris is deze ratio van art. 13(16) Wet Vpb niet relevant als het gaat om opties. Er kan immers voor gekozen worden om opties niet uit te oefenen. Bovendien zijn aan opties nog geen aandeelhoudersrechten verbonden, zoals het recht op dividend of een liquidatie-uitkering.
- 3.11 Ad (v) acht de Staatssecretaris niet onbegrijpelijk dat de Rechtbank in de brief van 7 oktober 2014 leest dat die uitgaat van een aandelenbezit van meer dan 5% en niet van een aflopende deelneming en dat de akkoordverklaring daarom geen gerechtvaardigd vertrouwen wekt dat de resultaten op de opties vrijgesteld zijn. De Inspecteur ging er immers alleen mee akkoord dat het *Falcons*-arrest meebracht dat opties die bij uitoefening zelfstandig recht gaven op minstens 5% van de aandelen voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking kwamen.
- 3.12 De belanghebbende betoogt bij repliek ad (i) dat onder 'aandeelhouder' in art. 13(2) Wet Vpb niet alleen de eigenaar van de aandelen valt (zie HR *BNB* 1986/118) en dat kwalificerende opties voor de toepassing van art. 13 Wet Vpb wel degelijk onder de term 'deelneming' vallen. Art. 13(16) Wet Vpb verwijst immers naar een 'belang' en niet naar 'deelneming', en uit de kamerstukken blijkt niet dat de wetgever het oog slechts had op juridisch bezit van aandelen. Ad (ii) ziet de belanghebbende innerlijke tegenspraak in de stelling van de Staatssecretaris dat opties niet als deelneming kunnen worden aangemerkt maar wel als belang waarvoor de deelnemingsvrijstelling geldt. Ad (iv) constateert zij dat de Staatssecretaris de term 'faciliteit' duidt, wat de Rechtbank echter niet heeft gedaan, zodat die duiding mogelijk tardief is. Hoewel zij meent dat een kwalificerende optie als belang en daarmee als deelneming kan kwalificeren, zodat aan de

vraag of het om een 'faciliteit' gaat niet wordt toegekomen, weerspreekt zij dat het relevant zou zijn dat een optiehouder ervoor kan kiezen om de opties al dan niet uit te oefenen; het gewenste moment doet zich nu eenmaal niet altijd voor. Dat aan opties nog geen aandelhoudersrechten zijn verbonden, is juridisch juist, maar gaat volgens de belanghebbende in economische zin niet op. Bij gedekte opties geldt namelijk dat de optiehouder vanaf het moment van uitoefening recht heeft op de in de aandelen besloten dividenden.

#### 4 De aflopende deelneming ex art. 13(16) Wet Vpb en aandelenopties

##### De wet

##### 4.1 Art. 13 Wet Vpb luidde in het geschiljaar:

"1. Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling).

2. Van een deelneming is sprake indien de belastingplichtige:

a. voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;

b. (...).

(...).

(...)

16. Indien een belang dat de belastingplichtige reeds meer dan een jaar houdt en waarvoor hij in die periode onafgebroken in aanmerking kwam voor de deelnemingsvrijstelling, niet langer als een deelneming wordt aangemerkt omdat de omvang van het belang niet meer voldoet aan de voorwaarde van ten minste 5%, bedoeld in het tweede of derde lid, blijft nog gedurende een periode van drie jaar, gerekend vanaf het tijdstip dat niet meer wordt voldaan aan de bedoelde voorwaarde, de deelnemingsvrijstelling van toepassing met betrekking tot voordelen uit hoofde van dat belang en kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van dat belang. Het zesde, zevende en negende lid zijn van overeenkomstige toepassing."

De wettekst is dus niet aangepast aan de in onderdeel 5 hieronder behandelde *Falcons*-doctrine.

##### De wetsgeschiedenis

4.2 De deelnemingsvrijstelling geldt sinds 1 januari 2007 niet meer voor 'oneigenlijke' deelnemingen en 'gelijkgestelde' deelnemingen. De vrijstelling geldt vanaf die datum alleen nog als aan de 'harde kwantitatieve 5%-eis' wordt voldaan. Toen is wel een vrijstelling voor aflopende deelnemingen ingevoerd in lid 14 (sinds 1 januari 2010: lid 16)**7**. De regering was daar aanvankelijk niet enthousiast over omdat toepassing volgens haar complex zou zijn:**8**

"VNO-NCW suggereert om de deelnemingsvrijstelling nog gedurende 5 jaar te laten gelden als sprake is van de afbouw van een deelneming. Voordeel van een dergelijke regeling is dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op alle vervreemdingsvoordelen uit hoofde van een deelneming. Ook als het belang op een gegeven moment onder de 5% zakt. Dit kan zich voordoen ingeval een deelneming niet in één keer kan worden verkocht bijvoorbeeld als gevolg van een lock up op een deel van de aandelen, of omdat anders de koers van het desbetreffende aandeel (te veel) zou worden beïnvloed. Nadeel van een dergelijke regeling is dat het niet goed mogelijk is om objectief vast te stellen of het subjectieve oogmerk van een belastingplichtige daadwerkelijk is om een deelneming geheel te verkopen of dat een belastingplichtige toch een deel van het belang (als belegging) wil aanhouden. In feite komt een dergelijke regeling er in dergelijke gevallen op neer dat niet op het tijdstip dat een aandelenbelang kleiner wordt dan 5% moet worden gecompartmenteerd maar 5 jaar later. Een dergelijke regeling betekent dan dus slechts uitstel van compartimentering. Daar komt bij dat het door de invoering van een verrekeningsstelsel voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen niet langer de vraag zal zijn of al dan niet de deelnemings-vrijstelling van toepassing is op voordelen uit hoofde van een aandelenbelang, maar dat ook sprake kan zijn van laagbelaste deelnemingsvoordelen waarvoor deelnemingsverrekening mogelijk is. Bij het ontwerpen van een regeling voor de afbouw van deelnemingen zal hiermee rekening moeten worden gehouden. Het gevolg daarvan is dat een dergelijke regeling complex zal worden. Tegen deze achtergrond ligt het niet voor de hand een dergelijke regeling in te voeren."

4.3 Bij tweede Nota van Wijziging ging de regering alsnog overstag:**9**

"De tweede aanpassing – het voorgestelde veertiende lid – behelst een regeling voor aflopende deelnemingen. De regeling voor aflopende deelnemingen houdt in dat de deelnemingsvrijstelling nog



maximaal 3 jaren van toepassing blijft nadat een aandelenbelang dat eerst een deelneming was (een belang van 5% of meer) onder de 5% is gezakt. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van een gefaseerde vervreemding of verwatering van een aandelenpakket. Aangezien het in dergelijke situaties om verschillende redenen niet mogelijk is een deelneming in één keer te vervreemden is het redelijk dat de deelnemingsvrijstelling nog maximaal 3 jaren van toepassing blijft. Als het belang na 3 jaar nog niet geheel is afgebouwd, moet alsnog worden gecompartmenteerd. Ook als het lichaam waarin de aflopende deelneming wordt gehouden in de loop van de 3 jaren wijzigt in een laagbelaste beleggingsdochter, wordt de deelnemingsvrijstelling niet langer toegepast en moet er worden gecompartmenteerd. Deze regeling geldt alleen als de deelneming ten minste 1 jaar in het bezit van de belastingplichtige is geweest en als gedurende dat jaar de deelnemingsvrijstelling van toepassing was."

- 4.4 De regering bevestigde dat de wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling per 1 januari 2007 niet afdeden aan de betekenis van uw *Falcons*-arrest: **10**

"*Deelnemingsbegrip*

(...).

Opties op deelnemingen blijven buiten het bereik van de voorgestelde tekst van artikel 13. In het zogenoemde *Falcons*-arrest heeft de Hoge Raad aangegeven wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op resultaten uit opties die bij uitoefening leiden tot een deelneming in de zin van het huidige artikel 13, tweede lid, van de Wet Vpb. In het onderhavige wetsvoorstel wordt het deelnemingsbegrip uitgebreid in het voorgestelde artikel 13, vijfde lid. De leden van de CDA-fractie vragen of kan worden bevestigd dat met de herziening van artikel 13 geen wijziging is beoogd in de door de Hoge Raad ontwikkelde *Falcons*doctrine. Voorts vragen deze leden of de regering van mening is dat de *Falcons*doctrine ook toepassing kan gaan vinden op deelnemingen in de zin van het voorgestelde artikel 13, vijfde lid.

Op beide vragen luidt het antwoord bevestigend."

- 4.5 Aan de strekking van de deelnemingsvrijstelling veranderde volgens de wetgever niets: **11**

"Het doel van de deelnemingsvrijstelling is en blijft om economisch dubbele belastingheffing binnen een concern te voorkomen. Door de vrijstelling kunnen actieve dochtermaatschappijen van in Nederland gevestigde moeders in buitenlandse markten fiscaal gezien op gelijke voet concurreren met lokale ondernemingen. Voor beleggingsvennootschappen geldt de vrijstelling niet. Deze uitgangspunten van de deelnemingsvrijstelling blijven in het wetsvoorstel onverkort gehandhaafd."

- 4.6 Over uw *Falcons*-doctrine in verband met de vrijstelling voor aflopende deelnemingen in lid 16 heb ik in de wetsgeschiedenis niets specifiek kunnen vinden.

Beleidsopvattingen van de Executieve over opties en de aflopende-deelnemingsvrijstelling

- 4.7 De staatssecretaris van Financiën heeft zijn opvattingen over de uitleg van art. 13 Wet Vpb gepubliceerd in een besluit over 'de toepassing van de deelnemingsvrijstelling'. Het geschil gaat over de periode ná de beursgang van [A] op 22 maart 2017, zodat volstaan zou kunnen worden met het meest recente besluit van 20 januari 2017, **12** maar ik citeer alle vier de besluiten die vanaf 12 juli 2010 zijn gepubliceerd omdat de Staatssecretaris bij verweer naar twee van die besluiten verwijst, dat van 20 januari 2017 **13** en dat van 9 maart 2020 **14**, en in zijn besluiten een enigszins wisselend standpunt lijkt in te nemen ter zake van de toepassing van lid 16 in geval van opties.

- 4.8 In het besluit van 12 juli 2010 **15** ging de staatssecretaris niet in op de toepassing van de vrijstelling voor aflopende deelnemingen in het geval van opties, maar wel op de toepassing van de meetrekgeregeling en de meesleepregeling bij opties:

**"1.5. Artikel 13, vijfde lid, Wet Vpb**

1.5.1. *Meetrekgeregeling*

(...).

#### **1.5.1.2. Houder van calloptie; begrip deelneming**

In artikel 13, vijfde lid, Wet Vpb (meetrekgeregeling) is bepaald dat mede van een deelneming sprake is indien de belastingplichtige aandeelhouder is van een vennootschap, waarin een met de belastingplichtige verbonden lichaam een deelneming heeft als bedoeld in het tweede of derde lid.

De meetrekgeregeling van artikel 13, vijfde lid, onderdeel a, Wet Vpb kan gelet op het *Falcons*arrest (HR 22 november 2002, nr. 36272) ook van toepassing zijn bij een optie op aandelen.

Hiermee is bedoeld dat de opbrengst uit een optierecht dat recht geeft op de koop van minder dan 5% van een aandelenbelang onder de deelnemingsvrijstelling kan worden gebracht, indien een verbonden lichaam een deelneming heeft als bedoeld in het tweede of derde lid.

In de situatie echter dat het met de belastingplichtige verbonden lichaam een optierecht heeft op aandelen in de desbetreffende vennootschap, en de resultaten uit dat optierecht op grond op van het

Falconsarrest onder de deelnemingsvrijstelling vallen, is deze bepaling niet van toepassing. Uit het Falconsarrest volgt immers niet dat het optierecht wordt aangemerkt als een deelneming. Hieruit volgt dat een aandelenbelang van minder dan 5% niet als deelneming kwalificeert, indien een verbonden lichaam een optierecht van meer dan 5% heeft op hetzelfde lichaam, terwijl op de optie de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

*Meesleepregeling (artikel 13, vierde lid, Wet Vpb)*

Voorts brengt dit met zich dat een belastingplichtige die zowel een optierecht heeft op de koop van meer dan 5% van de aandelen, als een aandelenbelang van minder dan 5%, de deelnemingsvrijstelling alleen deelachtig wordt op het optierecht (voor zover na uitoefening van de optie de desbetreffende aandelen tot een deelneming gaan behoren). Het aandelenbezit vormt geen deelneming."

4.9 Lutz en Martens bekritiseerden dit besluit destijds als volgt:**16**

### "3.3. Toerekening middellijke belangen

(...).

In het Besluit wordt het begrip 'belang' gehanteerd in het kader van de toerekening, zonder het verder te definiëren. Dit begrip is ook niet gedefinieerd in de Wet VPB 1969. Alleen het met de toerekening samenhangende art. 13, lid 14, Wet VPB 1969 spreekt over deelname in het nominaal gestorte kapitaal. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat het bij de keerzijde van art. 13, lid 14, Wet VPB 1969, namelijk belangen van 5% of meer, ook alleen gaat om deelname in het nominaal gestorte kapitaal. In dat geval kwalificeren opties niet omdat er geen sprake is van een deelname in het nominaal gestorte kapitaal. Echter, in de wetsgeschiedenis wordt gesproken over het toerekenen van bezittingen van lichamen waarin '(aandelen)belangen' van ten minste 5% worden gehouden. Dit impliceert dat het 'belang' in de zin van de toerekening niet alleen via aandelen zou kunnen bestaan maar ook anderszins. Uit het Falcons-arrest**17** volgt dat de optiehouder een gesplitst belang bij aandelen houdt. Daarbij is in de wetsgeschiedenis van de Wet werken aan winst aangegeven dat de Falcons-doctrine onverkort van toepassing blijft.**18** Toerekening van bezittingen via opties lijkt onder omstandigheden dus wel aan de orde te kunnen komen. Daarbij stuit men dan meteen op de vraag op welke wijze de bezittingen van de vennootschap, op wier aandelen de opties betrekking hebben, moeten worden meegewogen in het kader van de bezittingentoets."

4.10 *Ruijschop* wees op willekeurige en daarom onwenselijke uitkomsten:**19**

#### "1.5.1.2. Houder van calloptie; begrip deelneming

De minister legt het Falconsarrest (HR 22 november 2002, nr. 36.272, NTFR 2002/1813) restrictief uit. Zijn opvatting dat een optiepakket van 5% geen deelneming is (maar dat de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is op een dergelijk optiepakket) brengt mee dat een optiepakket van 5% van A bv in dochter X bv niet ertoe leidt dat het optiepakket van verbonden lichaam B bv in X bv wordt meegetrokken in de deelnemingsvrijstelling. De meetrekregeling geldt immers slechts indien een verbonden lichaam een deelneming heeft, en dat is in de ogen van de minister niet het geval. Volgens diezelfde benadering kan een optiepakket van 5% van A bv in X bv er niet toe leiden dat de deelnemingsvrijstelling op grond van de meesleepregeling van toepassing wordt op een aandelenpakket van 4% van A bv in X bv. Met andere woorden: opties kunnen opties meetrekken noch aandelen meeslepen. De visie van de minister doet geforceerd aan en is lastig te rijmen met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Een belastingplichtige die 9% opties heeft, zou wel aanspraak kunnen maken op toepassing van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van het gehele belang, maar nadat die belastingplichtige 4% van zijn opties heeft uitgeoefend, verliest hij voor die 4% de deelnemingsvrijstelling. En dit terwijl zijn nieuwe pakket (4% aandelen en 5% opties) na uitoefening toch een juridisch en economisch sterkere band met de dochtermaatschappij en haar winstreserves inhoudt. Oefent hij vervolgens wederom 1% van de opties uit, dan geldt de deelnemingsvrijstelling weer ten aanzien van het gehele belang (5% aandelen en 4% opties). De uitleg van de minister leidt naar mijn mening tot willekeurige en derhalve niet wenselijke uitkomsten. De houdbaarheid van deze opvatting zal ongetwijfeld in rechte worden getoetst."

4.11 Het door de Staatssecretaris bij verweer aangehaalde besluit van 20 januari 2017**20** dat in de geschilperiode gold, ging evenmin met zoveel woorden in op de toepassing van de aflopende-deelnemingsregeling in geval van opties. Het luidde als volgt:

### "1.5. Artikel 13, vijfde lid, Wet Vpb

#### 1.5.1. Meetrekregeling

(...).

#### 1.5.1.2. Deelneming; Houder calloptie

De meetrekregeling van artikel 13, vijfde lid, onderdeel a, Wet Vpb kan gelet op het zogenoemde Falconsarrest (zie Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488) ook van



toepassing zijn bij een optie op aandelen. Hiermee is bedoeld dat het voordeel uit een optierecht dat recht geeft op de koop van minder dan 5% van een aandelenbelang bij de belastingplichtige onder de deelnemingsvrijstelling moet worden gebracht, als een met de belastingplichtige verbonden lichaam in de desbetreffende vennootschap een deelneming heeft als bedoeld in artikel 13, tweede of derde lid, Wet Vpb.

Als het met de belastingplichtige verbonden lichaam echter een optierecht heeft op aandelen in de desbetreffende vennootschap en de voordelen uit dat optierecht bij dat verbonden lichaam op grond van het Falconsarrest onder de deelnemingsvrijstelling vallen, is de meetrekregeling bij de belastingplichtige niet van toepassing. Uit het Falconsarrest volgt namelijk niet dat het optierecht wordt aangemerkt als een deelneming. Hieruit volgt dat een aandelenbelang van minder dan 5% bij de belastingplichtige niet als deelneming kwalificeert, als een met de belastingplichtige verbonden lichaam een optierecht van ten minste 5% heeft op hetzelfde lichaam, terwijl bij dit verbonden lichaam de deelnemingsvrijstelling op de optie wel van toepassing is.

#### *Meesleepregeling (artikel 13, vierde lid, Wet Vpb)*

Daarnaast brengt het Falconsarrest voor de meesleepregeling met zich dat een belastingplichtige die zowel een optierecht heeft op de koop van ten minste 5% van de aandelen, als een aandelenbelang van minder dan 5%, de deelnemingsvrijstelling alleen deelachtig wordt op het optierecht (voor zover na uitoefening van de optie de desbetreffende aandelen tot een deelneming gaan behoren). Het aandelenbezit vormt geen deelneming.

(...).

### **1.16 Artikel 13, zestiende lid, Wet Vpb**

#### **1.16.1 Aflopende deelneming; Het begrip 'jaar'**

In artikel 13, zestiende lid, Wet Vpb is de regeling voor zogenoemde aflopende deelnemingen opgenomen. Hierdoor is het onder voorwaarden mogelijk dat de deelnemingsvrijstelling nog drie jaar van toepassing blijft op belangen die om welke reden dan ook op een gegeven moment niet langer als deelneming kunnen worden aangemerkt. In deze regeling komt twee maal het begrip 'jaar' voor. Hieronder wordt in beide gevallen een aaneengesloten periode van twaalf maanden verstaan."

4.12 De Staatssecretaris verwijst niet naar zijn besluit van 13 februari 2019, **21** waarin hij voor het eerst expliciteerde dat hij het *Falcons*-arrest niet van toepassing acht op opties in aflopende-deelneminggevallen:

### **"1.5. Artikel 13, vijfde lid, Wet Vpb**

#### **1.5.1. Meetrekregeling**

(...).

#### **1.5.1.2. Optierechten**

De meetrekregeling van artikel 13, vijfde lid, onderdeel a, Wet Vpb kan gelet op het Falconsarrest ook van toepassing zijn bij een optierecht op aandelen. Hiermee is bedoeld dat het voordeel uit een optierecht dat recht geeft op de koop van minder dan 5% van een aandelenbelang, bij de belastingplichtige onder de deelnemingsvrijstelling moet worden gebracht, als een met de belastingplichtige verbonden lichaam in de desbetreffende vennootschap een deelneming heeft als bedoeld in artikel 13, tweede of derde lid, Wet Vpb.

Als het met de belastingplichtige verbonden lichaam echter een optierecht heeft op aandelen in de desbetreffende vennootschap en de voordelen uit dat optierecht bij dat verbonden lichaam op grond van het Falconsarrest onder de deelnemingsvrijstelling vallen, is de meetrekregeling bij de belastingplichtige niet van toepassing. Uit het Falconsarrest volgt namelijk niet dat het optierecht wordt aangemerkt als een deelneming. Hieruit volgt dat een aandelenbelang van minder dan 5% bij de belastingplichtige niet als deelneming kwalificeert, als een met de belastingplichtige verbonden lichaam een optierecht van ten minste 5% heeft op hetzelfde lichaam, terwijl bij dit verbonden lichaam de deelnemingsvrijstelling op de optie wel van toepassing is.

#### *Meesleepregeling*

Het Falconsarrest brengt ook mee dat de meesleepregeling (artikel 13, vierde lid, Wet Vpb) van toepassing kan zijn bij een optierecht op aandelen. Hiermee is bedoeld dat het voordeel uit een optierecht dat recht geeft op de koop van minder dan 5% van een aandelenbelang, bij de belastingplichtige onder de deelnemingsvrijstelling moet worden gebracht, als de belastingplichtige in de desbetreffende vennootschap een deelneming heeft als bedoeld in artikel 13, tweede of derde lid, Wet Vpb.

Daarnaast brengt het Falconsarrest voor de meesleepregeling met zich dat een belastingplichtige die zowel een optierecht heeft op de koop van ten minste 5% van de aandelen, als een aandelenbelang van minder dan 5%, de deelnemingsvrijstelling alleen deelachtig wordt op het optierecht. Het aandelenbezit vormt namelijk geen deelneming.

(...).

#### 1.16 Artikel 13, zestiende lid, Wet Vpb

In artikel 13, zestiende lid, Wet Vpb is de regeling voor zogenoemde aflopende deelnemingen opgenomen. Hierdoor is het onder voorwaarden mogelijk dat de deelnemingsvrijstelling nog drie jaar van toepassing blijft op belangen die om welke reden dan ook op een gegeven moment niet langer als deelneming kunnen worden aangemerkt.

##### 1.16.1 Aflopende deelneming; Het begrip 'jaar'

In de regeling voor aflopende deelnemingen komt twee maal het begrip 'jaar' voor. Hieronder wordt in beide gevallen een aaneengesloten periode van twaalf maanden verstaan.

##### 1.16.2 Aflopende deelneming; Opties

De regeling voor de aflopende deelnemingen ziet niet op de situatie waarbij een belastingplichtige een optierecht op aandelen heeft die op grond van het Falconsarrest onder de deelnemingsvrijstelling valt en dit optierecht bij uitoefening niet langer tot het verkrijgen van een deelneming leidt. Het Falconsarrest brengt namelijk niet mee dat het optierecht als een deelneming wordt aangemerkt.

##### 1.16.3 Aflopende deelneming; Meesleep- en meetrekregeling

De regeling voor aflopende deelnemingen ziet niet op meegesleepte en meegetrokken belangen. Als een belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam niet langer een deelneming als bedoeld in artikel 13, tweede en derde lid, Wet Vpb heeft, vallen alleen de voordelen uit deze belangen nog drie jaar onder de deelnemingsvrijstelling. De voordelen uit de meegesleepte en meegetrokken belangen (winstbewijzen, schuldvorderingen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d en optierechten) vallen dan niet langer onder de deelnemingsvrijstelling."

4.13 De Staatssecretaris wijst bij verweer wel naar de paragrafen 1.2.1.3, 1.5.1.2, 1.16.2 en 1.16.3 van zijn besluit van 9 maart 2020, 22 die als volgt luiden:

##### "1.2.1.3 Optierechten

De voordelen uit een optierecht op aandelen vallen onder de deelnemingsvrijstelling als deze aandelen op zich zelf beschouwd na de uitoefening van dit optierecht als een deelneming zouden kwalificeren (zie Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, het zogenoemde Falconsarrest). Om het voordeel uit het optierecht daadwerkelijk onder de deelnemingsvrijstelling te brengen, moeten naar mijn mening de aandelen waarop het optierecht betrekking heeft bij een calloptie of putoptie bovendien in het bezit zijn van de optieschrijver respectievelijk de optiehouder en bij deze partij tot een deelneming behoren (zie het Falconsarrest in combinatie met Hoge Raad 23 september 2016, nr. 15/02428, ECLI:NL:HR:2016:2124). Het Falconsarrest brengt echter niet mee dat de kwalificerende optierechten als een deelneming worden aangemerkt.

(...).

#### 1.5 Artikel 13, vijfde lid, Wet Vpb

(...).

##### 1.5.1.2 Optierechten

De meetrekregeling van artikel 13, vijfde lid, onderdeel a, Wet Vpb kan gelet op het Falconsarrest ook van toepassing zijn bij een optierecht op aandelen. Hiermee is bedoeld dat het voordeel uit een optierecht dat recht geeft op de koop van minder dan 5% van een aandelenbelang, bij de belastingplichtige onder de deelnemingsvrijstelling moet worden gebracht, als een met de belastingplichtige verbonden lichaam in de desbetreffende vennootschap een deelneming heeft als bedoeld in artikel 13, tweede of derde lid, Wet Vpb. Overeenkomstig mijn standpunt in onderdeel 1.2.1.3 moeten de aandelen waarop het optierecht betrekking heeft bij een calloptie of putoptie bovendien in het bezit zijn van de optieschrijver respectievelijk de optiehouder en bij deze partij tot een deelneming behoren.

Als het met de belastingplichtige verbonden lichaam echter een optierecht heeft op aandelen in de desbetreffende vennootschap en de voordelen uit dat optierecht bij dat verbonden lichaam op grond van het Falconsarrest onder de deelnemingsvrijstelling vallen, is de meetrekregeling bij de belastingplichtige niet van toepassing. Uit het Falconsarrest volgt namelijk niet dat het optierecht wordt aangemerkt als een deelneming. Hieruit volgt dat een aandelenbelang van minder dan 5% bij de belastingplichtige niet als deelneming kwalificeert, als een met de belastingplichtige verbonden lichaam een optierecht van ten minste 5% heeft op hetzelfde lichaam, terwijl bij dit verbonden lichaam de deelnemingsvrijstelling op de optie wel van toepassing is.

### *Meesleepregeling*

Het Falconsarrest brengt ook mee dat de meesleepregeling (artikel 13, vierde lid, Wet Vpb) van toepassing kan zijn bij een optierecht op aandelen. Hiermee is bedoeld dat het voordeel uit een optierecht dat recht geeft op de koop van minder dan 5% van een aandelenbelang, bij de belastingplichtige onder de deelnemingsvrijstelling moet worden gebracht, als de belastingplichtige in de desbetreffende vennootschap een deelneming heeft als bedoeld in artikel 13, tweede of derde lid, Wet Vpb. Overeenkomstig mijn standpunt in onderdeel 1.2.1.3 moeten de aandelen waarop het optierecht betrekking heeft bij een calloptie of putoptie bovendien in het bezit zijn van de optieschrijver respectievelijk de optiehouder en bij deze partij tot een deelneming behoren.

Daarnaast brengt het Falconsarrest voor de meesleepregeling met zich dat een belastingplichtige die zowel een optierecht heeft op de koop van ten minste 5% van de aandelen, als een aandelenbelang van minder dan 5%, de deelnemingsvrijstelling alleen deelachtig wordt op het optierecht. Het aandelenbezit vormt namelijk geen deelneming.

#### **1.16 Artikel 13, zestiende lid, Wet Vpb**

In artikel 13, zestiende lid, Wet Vpb is de regeling voor zogenoemde aflopende deelnemingen opgenomen. Hierdoor is het onder voorwaarden mogelijk dat de deelnemingsvrijstelling nog drie jaar van toepassing blijft op belangen die – om welke reden dan ook – op een gegeven moment niet langer voldoen aan de 5%-voorwaarde, bedoeld in artikel 13, tweede en derde lid, Wet Vpb.

##### **1.16.1 Aflopende deelneming; Het begrip 'jaar'**

In de regeling voor aflopende deelnemingen komt twee maal het begrip 'jaar' voor. Hieronder wordt in beide gevallen een aaneengesloten periode van twaalf maanden verstaan.

##### **1.16.2 Aflopende deelneming; Opties**

De regeling voor de aflopende deelnemingen ziet niet op de situatie waarbij een belastingplichtige een optierecht op aandelen heeft die op grond van het Falconsarrest onder de deelnemingsvrijstelling valt en dit optierecht bij uitoefening niet langer tot het verkrijgen van een deelneming leidt. Het Falconsarrest brengt namelijk niet mee dat het optierecht als een deelneming wordt aangemerkt.

##### **1.16.3 Aflopende deelneming; Meesleep- en meetrekregeling**

De regeling voor aflopende deelnemingen ziet niet op meegesleepte en meegetrokken belangen. Als een belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam niet langer een deelneming als bedoeld in artikel 13, tweede en derde lid, Wet Vpb heeft, vallen alleen de voordelen uit deze belangen nog drie jaar onder de deelnemingsvrijstelling. De voordelen uit de meegesleepte en meegetrokken belangen (winstbewijzen, schuldvorderingen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d en optierechten) vallen dan niet langer onder de deelnemingsvrijstelling."

Volgens Bierman (noot in *NTFR* 2022/2248 bij de uitspraak van de Rechtbank) lijkt de Rechtbank de hierboven geciteerde paragraaf 1.16.2 uit het 2020-besluit te volgen:

Literatuur over opties en de aflopende-deelnemingsvrijstelling

4.14 Volgens *Rozendal* volgt uit de opzet van art. 13 Wet Vpb en de formulering van art. 13(16) Wet Vpb dat 'belang' in lid 16 een alternatief is voor het begrip 'deelneming':**23**

#### **"6.9 Kwalitatieve en kwantitatieve invulling van het begrip belang in het deelnemingsbegrip**

##### **6.9.1 Doel en strekking**

Art. 13 Wet VPB 1969

(...).

Art. 13, zestiende lid Wet VPB 1969 betreft een regeling voor aflopende deelnemingen en is van toepassing in de situatie waarin een belang dat de belastingplichtige meer dan een jaar houdt en waarop in die periode onafgebroken de deelnemingsvrijstelling van toepassing was, niet langer als deelneming als bedoeld in art. 13, tweede en derde lid Wet VPB 1969 wordt aangemerkt.**24** In dat geval wordt nog gedurende drie jaar de deelnemingsvrijstelling toegepast op het betreffende belang. (...).

##### **6.9.2 Invulling van het begrip belang**

*Het verstrekken van eigen vermogen*

Uit de systematiek van art. 13 Wet VPB 1969 en de formulering van het veertiende lid [bedoeld zal zijn: het zestiende lid; PJW] kan worden afgeleid dat het begrip belang zoals gehanteerd in art. 13 Wet VPB 1969 wordt gebruikt als alternatief voor het begrip deelneming. Derhalve kan voor de

invulling van het begrip belang worden aangesloten bij de rechtsfiguren die in art. 13, tweede lid Wet VPB 1969 staan opgenomen. (...).

#### *Economische eigendom*

Ook de economische eigendom van de in art. 13, tweede lid Wet VPB 1969 genoemde rechtsfiguren kan leiden tot de aanwezigheid van een belang. Dit kan worden afgeleid uit HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/118 waarin de Hoge Raad oordeelde dat voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling:

“de term “aandeelhouder” (...) aldus [dient] te worden verstaan dat daaronder niet slechts wordt begrepen de eigenaar van de aandelen, doch tevens degene die tot de eigenaar van de aandelen in een zodanige rechtsverhouding staat dat het gehele belang bij de aandelen hem en niet de eigenaar toekomt.”

Hoewel de Hoge Raad niet spreekt van ‘economische eigendom’ vormt dit arrest een bevestiging dat economische eigendom van aandelen ook leidt tot een deelneming, aangezien de Hoge Raad spreekt van het gehele belang bij de aandelen.**25**

#### *Deelbelangen*

Zoals ik in paragraaf 3.2.4 reeds heb aangegeven kwalificeren rechten om bestaande of nieuwe aandelen te verwerven, genotsrechten en rechten op nabetalings naar mijn mening niet als (de economische eigendom van) een aandeel, noch als een deelneming in de zin van art. 13, tweede lid Wet VPB 1969. Dit brengt met zich mee dat dergelijke rechten ook niet leiden tot de aanwezigheid van een belang zoals bedoeld in art. 13 en art. 13a Wet VPB 1969. Van Dieren en Van Lindonk**26** zien in het consequente gebruik van het begrip ‘belang’ in de nota Werken aan winst een mogelijke denkrichting van de wetgever die wijst op het tegendeel. Zonder expliciete vastlegging in de wet is er naar mijn mening echter geen ruimte om deelbelangen als deelneming aan te merken. De wetgever is overigens ook van mening dat de Falcons-jurisprudentie niet leidt tot de aanwezigheid van een deelneming, zo kan worden afgeleid uit zijn opmerkingen in het kader van de Wet ‘Werken aan Winst’. Hij merkt in dit verband namelijk op dat opties op deelnemingen buiten het bereik van de tekst van art. 13 Wet VPB 1969 blijven.**27**

(...)

#### 6.9.4 **Beoordeling van het begrip belang**

Het gebruik van het begrip belang in de deelnemingsvrijstelling biedt een relatief grote mate van rechtszekerheid als gevolg van de koppeling met het specifiek omschreven deelnemingsbegrip. Alleen ten aanzien van deelbelangen is als gevolg van het ontbreken van een codificatie van het Falcons-arrest en een aantal onbeantwoorde vragen nog sprake van rechtsonzekerheid. Per saldo biedt het gebruik van het begrip belang naar mijn mening voldoende rechtszekerheid.

(...).”

4.15 In 2010 betoogde *Albert* dat de vrijstelling voor aflopende deelnemingen van toepassing is als aan het ‘Falcons-criterium’ wordt voldaan (ik laat voetnoten weg):**28**

“Zoals in par. 2.6 aan de orde komt, vormen opties op aandelen onder omstandigheden een deelneming (de zogenoemde ‘Falconsdoctrine’). Voor de toepassing van lid 5a heeft de wetgever expliciet bevestigd dat de meetregel van lid 5a ook geldt voor opties op aandelen die op grond van het Falconsarrest onder de deelnemingsvrijstelling vallen (zie par. 2.5). Volgens mij heeft hetzelfde te gelden voor de toepassing van lid 14 (vanaf 1 januari 2010: lid 16). Met andere woorden, onder de term ‘belang’ in lid 14 (vanaf 1 januari 2010: lid 16) vallen naar mijn mening niet alleen aandelen, maar ook opties op aandelen.”

4.16 In de 2015-editie persiteerde *Albert* ondanks de beleidopvatting van de Staatssecretaris:**29**

“Zoals in par. 2.6 aan de orde komt, geldt de deelnemingsvrijstelling onder omstandigheden voor opties op aandelen (de zogenoemde ‘Falconsdoctrine’). De staatssecretaris is van oordeel dat uit het Falcons-arrest**30** niet volgt dat een optierecht dat uitzicht biedt op een 5%-aandelenbelang, als deelneming wordt aangemerkt.**31** Positief geformuleerd: een dergelijk optierecht vormt volgens de staatssecretaris geen deelneming. Wat betekent deze visie voor de toepassing van lid 16? Geldt lid 16 in de situatie dat een (al langer dan één jaar bestaand) optierecht op 6% van de aandelen op enig moment ‘verwatert’ tot een optierecht op 4% van de aandelen? Ik vermoed dat het antwoord bevestigend luidt (dus dat nog drie jaar de deelnemingsvrijstelling geldt voor het optierecht op 4% van de aandelen).”

4.17 Volgens *Martens* is zelfs onduidelijk of de aflopende deelneming van art. 13(16) Wet Vpb zelf wel een ‘deelneming’ is:**32**

“Onduidelijk is of een aflopende deelneming ex art. 13 lid 16 als deelneming kwalificeert. De tekst van lid 16 voorziet niet in een gelijkstelling met een deelneming, maar verklaart - onder voorwaarden - alleen de deelnemingsvrijstelling van toepassing op een aflopend belang.”



## 5 Falcons c.a.

- 5.1 U wees het *Falcons*-arrest<sup>33</sup> op de maand af twintig jaar geleden, toen de vrijstelling voor aflopende deelnemingen nog niet bestond. Uit dat arrest blijkt dat de deelnemingsvrijstelling ook door de houder van gedekte *call of put* opties kan worden toegepast als de opties zien op een pakket aandelen dat een deelneming vormt. U kwam tot dat oordeel op basis van de strekking van de deelnemingsvrijstelling (voorkoming van economische dubbele belasting), waarin past dat als een belang bij een deelnemingsaandeel wordt opgesplitst, de resultaten van en op beide deelbelangen bij dat aandeel onder de vrijstelling vallen. De zaak betrof opties op bestaande (al uitgegeven) aandelen:
- "3.3.1. De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, zoals in casu door het schrijven van een optie op dat aandeel, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel, een en ander met inachtneming van het navolgende.
- 3.3.2. Indien de houder van een als deelneming in de zin van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (...) aan te merken pakket aandelen aan een derde het recht geeft een of meer van de in zijn bezit zijnde aandelen voor een vastgestelde prijs te kopen (calloptie), geldt dat de vergoeding die de houder van de deelneming voor die optie ontvangt onder de deelnemingsvrijstelling valt en dat bij gebruikmaking van de optie als vervreemdingsprijs voor de deelneming geldt de prijs die de derde met gebruikmaking van de optie voor de deelneming betaalt (optie-uitoefenprijs). Aldus valt het resultaat dat de houder van de deelneming met de optie realiseert onder de deelnemingsvrijstelling.
- 3.3.3. Anders dan uit het arrest van de Hoge Raad van 6 maart 1996, nr. 30 093, BNB 1996/365, zou kunnen worden afgeleid, geldt het in punt 3.3.2 gestelde niet alleen voor een aan een derde verstrekt recht aandelen te kopen, maar ook voor het van een derde bedongen recht in het bezit zijnde aandelen voor een vastgestelde prijs te kunnen verkopen (putoptie). Bij een dergelijke optie zal de door de houder van de deelneming betaalde premie onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Voorts zal, indien de houder van de deelneming gebruik maakt van de optie, voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling de optie-uitoefenprijs als overdrachtprijs gelden.
- 3.3.4. In het hierboven in de punten 3.3.2 en 3.3.3 geschetste stelsel past het om ingeval de optie wordt uitgeoefend, bij de verkrijger van de deelneming als verkrijgingsprijs in aanmerking te nemen de optie-uitoefenprijs, vermeerderd - in geval van een putoptie verminderd - met de ter zake van het verstrekken van het optierecht betaalde vergoeding. Aldus zal het resultaat op de optie ook bij hem onder de deelnemingsvrijstelling vallen.
- 3.3.5. Het in punt 3.3.1 vermelde uitgangspunt brengt ook mee dat het resultaat op een optie op tot een deelneming behorende aandelen eveneens onder de deelnemingsvrijstelling valt indien de optie uiteindelijk niet of niet geheel wordt uitgeoefend. Dit heeft tot gevolg dat dan de door de houder van een calloptie betaalde vergoeding en de door de schrijver van een putoptie ontvangen vergoeding onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Dit is anders indien de houder respectievelijk de schrijver van de optie bij uitoefening van de optie geen deelneming zou hebben verkregen.
- 3.3.6. Het in 3.3.5 overwogene geldt eveneens indien het calloptierecht wordt vervreemd of de putoptieverplichting wordt overgedragen. Dan zal het resultaat op de optie onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien de houder van de calloptie, respectievelijk de schrijver van de putoptie, bij uitoefening van de optie een deelneming zou hebben verkregen.
- 3.3.7. Gelet op het in punt 3.3.1 vermelde uitgangspunt geldt het vorenstaande onverkort voor opties op tot een deelneming behorende aandelen die, zoals in het onderhavige geval, zijn belichaamd in op een effectenbeurs verhandelbare falcons.
- 3.4. Op grond van het hierboven in 3.3.1 tot en met 3.3.7 overwogene faalt het eerste middel, waarin belanghebbende bepleit dat het door haar geleden verlies op de optieverplichting niet onder de deelnemingsvrijstelling valt en slaagt het tweede middel, waarin belanghebbende bepleit dat de door haar bij de verkoop van de falcons gerealiseerde winst wel onder de deelnemingsvrijstelling valt. (...)"
- 5.2 U heeft deze *Falcons*-doctrine bevestigd en uitgebreid in latere arresten, met name HR *BNB* 2005/254,<sup>34</sup> over waardedaling van opties op nog niet bestaande (nog te emitteren) aandelen, HR *BNB* 2005/260,<sup>35</sup> over in aandelen converteerbare obligaties, het Netwerkorganisatie-arrest HR *BNB* 2006/7,<sup>36</sup> inhoudende dat de voormalige aandeelhouder de deelnemingsvrijstelling geniet voor het resultaat op een door hem bij de verkoop van zijn deelneming bedongen recht op een deel van het resultaat op doorverkoop van de deelneming, en HR *BNB* 2008/6,<sup>37</sup> over waardemutaties van conversierechten. In het Kazachse-voorkeursrechtarrest HR *BNB* 2017/11<sup>38</sup> achtte u de deelnemingsvrijstelling echter niet van toepassing op



een schadevergoeding ontvangen van een mede-aandeelhouder wegens schending van het voorkeursrecht op de aandelen van die mede-aandeelhouder (die aan een derde had verkocht), omdat geen recht op levering en tegenprestatie waren totstandgekomen.

- 5.3 Uw meest recente arrest over opties en de deelnemingsvrijstelling is het *Cum/ex*-arrest HR *BNB* 2021/12.39 De belanghebbende beriep zich bij de Rechtbank vergeefs op dit arrest op basis van een *a contrario* redenering. Uit het arrest blijkt dat resultaten op ongedekte *call* opties niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Het arrest gaat niet over art. 13(16) Wet Vpb en het lijkt mij daarom van beperkt belang. De deelnemingsvrijstelling geldt niet voor de voor- en nadelen op *callopties* als de schrijver ten tijde van de optieovereenkomst niet beschikt over de aandelen die bij uitoefening van de *calloptie* geleverd zouden moeten worden. U overwoog (ik laat voetnoten weg):

"2.3.1 Het Hof heeft geoordeeld dat het belang in *callopties* dat belanghebbende met het oog op de *cum/ex*-transacties heeft opgebouwd, niet als deelneming kan worden aangemerkt. Het Hof is daarbij van oordeel dat uit de tekst van artikel 13 van de Wet en uit de arresten van de Hoge Raad van 22 november 2002 (hierna: het *Falcons*arrest) en 23 september 2016 [HR *BNB* 2017/11; PJW] volgt dat de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling beperkt is tot het opsplitsen van het (economische) belang bij aandelen die bij de wederpartij van het optiecontract ten tijde van het schrijven van de optie tot een deelneming behoren. Voorts is het Hof van oordeel dat ter zake van beurstransacties met opties in de regel ervan kan worden uitgegaan dat geen sprake is van een deelnemingsrelatie bij een van de betrokken partijen en dat de transacties ook niet zullen resulteren in het ontstaan van een deelneming. Volgens het Hof is niet aannemelijk geworden dat de schrijvers van de *callopties* die door belanghebbende vanaf 4 mei 2007 zijn uitgeoefend, over de onderliggende aandelen beschikten op het moment waarop de optieovereenkomst tot stand kwam. Daarom is ook niet aannemelijk geworden dat sprake is geweest van het opsplitsen van een aandeel in een optie en het (resterende) aandeel, als bedoeld in de hiervoor genoemde arresten.

(...).

3.1.1 Middel I (...) betoogt dat uit het *Falcons*arrest volgt dat voor (...) de vraag of een belang in opties op aandelen in een vennootschap als een deelneming kan worden aangemerkt, enkel relevant is of bij uitoefening van de opties een deelneming zou zijn verkregen.

3.1.2 In het *Falcons*arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de deelnemingsvrijstelling ertoe strekt te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken en dat het met die strekking strookt om, indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel. Van een opsplitsing van het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel als bedoeld in dit arrest is sprake wanneer partijen een dergelijke opsplitsing hebben beoogd en in een overeenkomst (afgesplitste) rechten op het desbetreffende aandeel hebben gecreëerd.

3.1.3 De eis dat het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, brengt mee dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de voor- en nadelen uit hoofde van een *calloptie*, als de schrijver van die optie ten tijde van het sluiten van de optieovereenkomst niet beschikt over de onderliggende aandelen die bij uitoefening van de *calloptie* geleverd zouden moeten worden.

3.1.4 Hieruit volgt dat middel I faalt voor zover het inhoudt dat enkel relevant is of bij uitoefening van de *callopties* een deelneming zou zijn verkregen. Ook de overige rechtsklachten van het middel falen, aangezien de hiervoor in 2.3.1 weergegeven oordelen van het Hof ook voor het overige niet blijken te geven van een onjuiste rechtsopvatting. Het middel faalt ook voor zover het met een motiveringsklacht opkomt tegen het oordeel van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat de schrijvers van de *callopties* over de onderliggende aandelen beschikten. Dat oordeel is naar behoren gemotiveerd."

- 5.4 Dit arrest gaat niet over aflopende deelnemingen, maar wordt in de literatuur wel bediscussieerd op punten die voor onze zaak van belang kunnen zijn, met name inzake de vraag of de schrijver van een *call* optie behalve het onderliggende aandeel ook een deelneming moet hebben om het optieresultaat bij de optiehouder onder de deelnemingsvrijstelling te kunnen doen vallen. De redactie van *V-N* 2020/57.8 schreef:

#### **"Ongedekte opties en deelneming**

De belanghebbende kon niet aannemelijk maken dat de schrijver van de optie – die hem vermoedelijk onbekend is – de onderliggende aandelen in bezit had. Het eerste deel van het arrest betreft dan ook de vraag of deze *callopties* een deelneming vormen in de zin van art. 13 lid 2 Wet VPB 1969.

(...).

Het beginsel van het zogenoemde 'opgesplitste belang' is bevestigd in, met name, het Netwerkorganisatie-arrest (HR 14 oktober 2005, 41275, BNB 2006/7) en het schadevergoedings- of Kazachse voorkeursrecht-arrest HR 23 september 2016, 15/02428, BNB 2017/11, V-N 2016/47.10 en behoort inmiddels tot de canon van de Nederlandse VPB.

Het is mogelijk dat de optie ongedekt (short) is: de schrijver van de optie bezit de te leveren aandelen (nog) niet en zal deze dus voorafgaand aan de uitoefening van de optie moeten verwerven. De optiehouder hoeft hier geen kennis van te hebben. Met name wanneer de opties ter beurse zijn verkregen, zal de optiehouder niet weten wie de schrijver is en of deze in bezit is van de onderliggende aandelen, laat staan of hij weet dat deze een deelneming heeft. Tot op heden gaf de jurisprudentie geen eenduidig antwoord op de vraag of de schrijver van de optie zelf ook een deelneming moet hebben en, zo ja, op welk tijdstip deze dekking aanwezig moet zijn. Thans geeft de Hoge Raad een duidelijk antwoord: er kan uitsluitend sprake zijn van een opgesplitst belang bij een tot een deelneming behorend aandeel ingeval de optiehouder aannemelijk maakt dat de optieschrijver beschikt over het onderliggende aandeel. Kortom, de optie dient aantoonbaar te zijn gedekt, maar hoeft bij de schrijver niet tot een deelneming te behoren. Dit komt overeen met de opvatting van A-G Wattel die bovendien aanvoert dat alleen op die manier zeker wordt gesteld dat, wanneer alle belangen bij elkaar worden opgeteld, het om niet meer kan gaan dan precies eenmaal het belang bij de werkelijk uitstaande aandelen.

Het arrest haalt een streep door de omstreden opvatting van de Staatssecretaris van Financiën dat de optie niet alleen gedekt moet zijn, maar de onderliggende aandelen bij deze partij tevens tot een deelneming moeten behoren, zie onderdeel 1.2.1.3 van zijn besluit van 9 maart 2020, 2020-0000000002, Stcrt. 2020, 15230, V-N 2020/17.9. Dit oordeelt de Hoge Raad hier uitdrukkelijk niet. Voor de optiehouder is het voordeel uit de calloptie vrijgesteld, indien de optieschrijver de aandelen op het moment van schrijven van de optie de onderliggende aandelen bezit en de aandelen, bij uitoefening, tot een deelneming van de optiehouder zouden gaan behoren. De dekkingseis verstrengelt de positie van de optiehouder met die van de optieschrijver. Dit is in lijn met het Kazachse voorkeursrecht-arrest BNB 2017/11, waarin de Hoge Raad oordeelde dat van een opgesplitst belang uitsluitend sprake kan zijn, wanneer partijen een opsplitsing hebben beoogd en in een overeenkomst hebben gecreëerd.

### **Voordeel uit hoofde van deelneming**

(...). De transactiewinst is gelijk aan de Duitse dividendbelasting over het superdividend. Hof Amsterdam oordeelde dat dit voordeel niet een voordeel is uit hoofde van een deelneming, omdat het zijn oorzaak niet vindt in de bedrijfsuitoefening van de onderliggende vennootschap, maar veeleer in de exploitatie van een gat in de Duitse dividendbelasting. A-G Wattel is het daarmee eens en ook de Hoge Raad bevestigt dit rechtsoordeel. Hij overweegt dat de vraag of een voordeel wordt aangemerkt als een uit aandeelhouderschap genoten voordeel, moet worden beoordeeld in het kader van de ratio van de deelnemingsvrijstelling: voorkomen dat eenzelfde bedrijfsresultaat tweemaal in de heffing van de VPB wordt betrokken. (...).

De deelnemingsvrijstelling behoort tot de fundamenten van onze VPB en wij juichen het toe dat hier wordt benadrukt dat deze toch echt uitsluitend is bedoeld om economische dubbele belastingheffing te voorkomen en niet om voordelen vrij te stellen die daarmee geen verband houden. A-G Wattel noemde in zijn conclusie van 7 juni 2019 specifiek dat een deelnemingsvoordeel zijn oorzaak vindt in de bedrijfswinst, dividend, winstpotentie of waardeontwikkeling van de onderliggende vennootschap. Wij zien in dit arrest geen aanleiding om dit thans heel beperkt op te vatten en de bewijslast te verzwaren. Volgens de Hoge Raad vallen hieronder ook koersbewegingen die niet hun onmiddellijke oorzaak vinden in de bedrijfsuitoefening, zoals bijvoorbeeld valutaresultaten (zie HR 9 juni 1982, 21142, BNB 1982/230), of op koersbewegingen als gevolg van speculatie (of zelfs manipulatie) door derden."

- 5.5 In *BNB* 2021/12 bestrijdt De Vries de conclusie van de redactie V-N dat de schrijver van de *call* optie geen deelneming hoeft te hebben, als de optie maar gedekt is. De deelnemingsvrijstelling kan zijns inziens bij (*call*)optiehouders alleen van toepassing zijn als de schrijver ervan ten tijde van het sluiten van de optieovereenkomsten aandelen bezit die een deelneming vormen omdat, kort gezegd, een niet-bestaande deelneming niet kan worden opgesplitst:

"10. Met de conclusie dat 'ongedekte' (*call*)opties (...) naar hun aard niet onder de deelnemingsvrijstelling kunnen vallen, is de volgende rechtsvraag echter nog niet beantwoord: heeft dit rechtcollege (...) eveneens geoordeeld dat de schrijver van de desbetreffende (*call*)optie op het tijdstip van de (*call*)optieovereenkomst over een deelneming in de zin van art. 13 Wet VPB 1969 moet beschikken teneinde de deelnemingsvrijstelling bij de (*call*)optiehouder te kunnen toepassen? De redactie van V-N is hierover in haar aantekening bij dit arrest in V-N 2020/57.8 bijzonder stellig:

[zie de 4e alinea van het citaat in 5.4; PJW]

11. Ik ben (...) geen voorstander van de – parlementair niet gelegitimeerde – ‘afhankelijkheidsbenadering’ die de Hoge Raad in zowel zijn schadevergoedings- als gesplitstbelangrechtspraak heeft geïntroduceerd. Om die reden zou ik het dan ook op dit punt – bij wijze van ‘second best’ – graag met de redactie van V-N eens zijn geweest, maar ik meen dat V-N het (helaas) niet bij het rechte eind heeft. Mijns inziens heeft de Hoge Raad in het onderhavige arrest namelijk wel degelijk beslist dat de resultaten die worden behaald met de afwikkeling van (call)opties, uitsluitend bij de (call)optiehouders op grond van de deelnemingsvrijstelling objectief kunnen zijn vrijgesteld ingeval de schrijvers van de (call)opties ten tijde van het sluiten van de (call)optieovereenkomsten aandelen bezitten die een deelneming in de zin van art. 13 Wet VPB 1969 vormen. Ter onderbouwing van mijn (...) opvatting kunnen aan het (...) arrest diverse argumenten worden ontleend. Deze argumenten zal ik hierna in onderdeel 12 op een rij zetten.

12. (...):

- In r.o. 3.1.2 spreekt de Hoge Raad – in navolging van het Falcons-arrest, het Netwerkorganisatie-arrest en het Schadevergoedingsarrest – zowel in de eerste als in de tweede volzin expliciet over de opsplitsing van een tot een deelneming behorend aandeel.

- De – in mijn visie – centrale r.o. 3.1.3 begint met de zinsnede “De eis dat het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, brengt mee dat (...)”. En (vennootschaps)belastingplichtige lichamen kunnen (in elk geval taalkundig) slechts een deelneming opsplitsen als zij een deelneming bezitten.

- In r.o. 3.1.4, tweede volzin, beslist de Hoge Raad dat “de hiervoor in 2.3.1 weergegeven oordelen van het Hof ook voor het overige niet blijf geven van een onjuiste rechtsopvatting.”

- In r.o. 2.3.1, eerste volzin, vermeldt de Hoge Raad dat de reikwijdte van de deelnemings-vrijstelling volgens de uitspraak van het Hof, gelet op zijn (eigen) jurisprudentie, “beperkt is tot het opsplitsen van het (economische) belang bij aandelen die bij de wederpartij van het optiecontract ten tijde van het schrijven van de optie tot een deelneming behoren”. De Hoge Raad heeft vervolgens (dus) uitdrukkelijk in de tweede volzin van r.o. 3.1.4 overwogen dat dit oordeel van het Hof niet blijf geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

- In r.o. 2.3.1, voorlaatste volzin, merkt de Hoge Raad op dat volgens het Hof niet aannemelijk is geworden dat de schrijvers van de callopties die door belanghebbende zijn uitgeoefend, over de onderliggende aandelen beschikten op het moment waarop de optieovereenkomst tot stand kwam. En de Hoge Raad maakt daarna in de laatste volzin van r.o. 2.3.1 duidelijk dat in de visie van het Hof daarom ook niet aannemelijk is geworden dat sprake is geweest van het opsplitsen van een aandeel in een optie en een (resterend) aandeel als bedoeld in de rechtspraak van de Hoge Raad. Het is aannemelijk dat de door de Hoge Raad gekozen formulering na de tweede komma in r.o. 3.1.3 – “(...)”, als de schrijver (...) zouden moeten worden.” – een reflectie vormt van de woordkeuze van het Hof, met name die in r.o. 2.3.1, voorlaatste volzin.

- De conclusie van de redactie van V-N dat de onderliggende aandelen bij de schrijver van de (call)optie niet tot een deelneming hoeven te behoren, kan mijns inziens slechts worden gebaseerd op een a contrario interpretatie van r.o. 3.1.3. Immers, de feitelijke constatering van het Hof dat de bedoelde schrijvers ten tijde van het sluiten van de (call)optieovereenkomsten de onderliggende aandelen niet in hun bezit hadden, brengt automatisch mee dat deze partijen op dat moment (ook) niet over tot een deelneming behorende aandelen beschikten. Rechtskundige a contrario redeneringen en rechtskundige a contrario interpretaties zijn, zo heb ik van A-G Van Soest in mijn tijd als jonge medewerker bij het wetenschappelijke bureau van de Hoge Raad geleerd, ‘gevaarlijk’ dan wel ‘onbetrouwbaar.’

5.6 Ook *Boulogne* (FED 2021/18) meent, om dezelfde reden, dat buiten redelijke twijfel staat dat de aandelen bij de schrijver van de optie tot een deelneming moeten behoren:

“12. Gelet op de herhaling van de – uit het Falcons-arrest afkomstige – zinsnede “indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt gesplitst” in r.o. 3.1.2. is het voor mij buiten redelijke twijfel dat de schrijver van de optie niet alleen de over de onderliggende aandelen moet beschikken, maar dat deze aandelen ten tijde van het schrijven van de optie bij hem een deelneming moeten vormen. De staatssecretaris had in zijn beleidsbesluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002, *Stcrt.* 2020, 15230, *V-N* 2020/17.97 over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op optierechten dat standpunt al ingenomen (punt 1.2.1.3: “om het voordeel uit het optierecht daadwerkelijk onder de deelnemingsvrijstelling te brengen, moeten naar mijn mening de aandelen waarop het optierecht betrekking heeft bij een calloptie of putoptie bovendien in het bezit zijn van de optieschrijver respectievelijk de optiehouder *en bij deze partij tot een deelneming behoren*”). De staatssecretaris en ik hebben de redactie van *V-N* 2019/15.7 overigens niet aan onze zij, ik citeer: “Het arrest haalt een streep door de omstreden opvatting van de Staatssecretaris van Financiën dat de optie niet alleen gedekt moet zijn, maar de onderliggende aandelen bij deze partij tevens tot een deelneming moeten behoren (...). *Dit oordeelt de Hoge Raad hier uitdrukkelijk niet.*”



13. Niet geheel duidelijk is of de eis van het hebben van een tot een deelneming behorend aandeel (enkel) betekent dat de schrijver van de optie een belang van 5% of meer in de onderliggende aandelen heeft, of dat de schrijver ook de deelnemingsvrijstelling kan toepassen. In casu zal de 5%-toets al een barrière hebben gevormd, maar omdat het Duitse aandelen betrof, kan ik me voorstellen dat zelfs als een partij over 5% aandelen E zou hebben beschikt, zij de deelnemingsvrijstelling niet zou hebben kunnen toepassen omdat zij vermoedelijk een Duitse (institutionele) belegger zou zijn geweest. In de literatuur wordt verondersteld dat inderdaad toepassing van de deelnemingsvrijstelling vereist is (zie bijv. Hafkenscheid, *FED* 2003/104 en de redactie van *V-N* 2019/15.7). Ik denk dat dat juist is omdat (alleen) in dat geval symmetrie bereikt kan worden tussen het (vrij te stellen, positieve) resultaat op de calloptie en het (negatieve) resultaat op de putoptieverplichting (evenwichtsgedachte).

14. (...)”

5.7 *Vernoi* (*Belastingadvies* 2021/4.5) daarentegen meent dat de opvatting van de staatssecretaris van Financiën in het besluit van 9 maart 2020 door uw *Cum/ex*-arrest is achterhaald. De aandelen hoeven bij de optieschrijver volgens Vernoi niet tot een deelneming te behoren:

“De voordelen uit een optierecht op aandelen vallen onder de deelnemingsvrijstelling als deze aandelen op zichzelf beschouwd na de uitoefening van dit optierecht als een deelneming kwalificeren. Dit heeft de Hoge Raad in het *Falcons*-arrest besloten. Volgens de Staatssecretaris in zijn besluit deelnemingsvrijstelling 2020 moeten de aandelen waarop het optierecht betrekking heeft bij een call- en putoptie bovendien in het bezit zijn van de optieschrijver respectievelijk de optiehouder en bij deze partij tot een deelneming behoren. Deze opvatting van de staatssecretaris is door dit arrest achterhaald. Volgens de Hoge Raad is het voordeel van de optiehouder vrijgesteld, indien de optieschrijver op het moment van het schrijven van de optie in het bezit is van de onderliggende aandelen en de optiehouder door uitoefening van de optierechten een deelneming verkrijgt. De aandelen hoeven bij de optieschrijver echter geen deelneming te vormen.”

5.8 *Groenland* (*NTRF* 2020/3147) meent dat het *Cum/ex*-arrest aan duidelijkheid te wensen overlaat:

“De Hoge Raad is (...) van oordeel dat (...) de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de voor- en nadelen uit hoofde van een calloptie als de schrijver van die optie ten tijde van het sluiten van de optieovereenkomst niet beschikt over de onderliggende aandelen die bij uitoefening van de calloptie geleverd zouden moeten worden (zie r.o. 3.1.3). Met andere woorden: de ongedekte (bezitloze) opties zijn hiermee per definitie uitgesloten van toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Dit oordeel (...) is negatief geformuleerd en brengt met zich mee dat de Hoge Raad (...) alleen iets zegt over de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling op ongedekte (bezitloze) opties. De Hoge Raad laat zich door deze (negatieve) formulering bijvoorbeeld niet uit over de vraag of de schrijver van de optie na het schrijven ook het belang moet blijven behouden (tot het moment van uitoefening, zoals de advocaat-generaal stelt) om van een belang in de zin van art. 13, Wet VPB 1969 te kunnen spreken. Evenmin wordt duidelijkheid verschaft wat betreft de vraag of ook gedekte ‘cash settled’ opties (waarvan al dan niet op voorhand (nog) niet vaststaat dat er een ‘cash settlement’ zal plaatsvinden) onder de deelnemingsvrijstelling zouden kunnen vallen. Mijs inziens is dit een gemiste kans om de praktijk meer duidelijkheid te geven over de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling op bovengenoemde en andersoortige opties.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad zich vervolgens wel (ten overvloede) uitlaat over het derde cassatiemiddel (...).

Wat daarvan zij, ook op dit punt is de Hoge Raad ondanks de overweging ten overvloede ten aanzien van het derde cassatiemiddel uiterst summier. Wellicht dat de Hoge Raad voor gedekte opties die uiteindelijk (om welke reden dan ook) in geld worden afgewikkeld nog een opening heeft gegeven in r.o. 3.1.3 met de woorden ‘die bij uitoefening van de calloptie geleverd zouden moeten worden’ (cursivering NG), zodat daarmee het voor- of nadeel van deze opties onder de deelnemingsvrijstelling zou kunnen vallen.”

## 6 Klachten (i) t/m (iv); vrijstelling voor aflopend belang in gedekte opties?

- 6.1 De belanghebbende hield vóór de beursgang 8,5% van de aandelen [A] en gedekte opties op 2,34%; ná de beursgang hield zij nog maar 2,28% van de aandelen en gedekte opties op 1,58%.
- 6.2 De Rechtbank lijkt haar oordeel vooral te baseren op de tekst van art. 13(2) Wet Vpb juncto 13(16) Wet Vpb. Uit art. 13(16) Wet Vpb volgt dat een aflopende deelneming in de zin van lid 16 alleen bestaat als het ‘belang’ vóór verwatering een ‘deelneming’ in de zin van lid 2 was. Volgens de Rechtbank valt een optie “blijkens het bepaalde in art. 13(2) Wet Vpb” daar niet onder omdat lid 2 voor een deelneming in een kapitaalvennootschap eist dat de belastingplichtige voor “ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder” is.

- 6.3 Volgens de belanghebbende volgt echter uit de tekst van art. 13(16) Wet Vpb al ("belang") dat de vrijstelling voor aflopende deelnemingen ook geldt voor gedekte *call* opties. Aan alle overige voorwaarden van art. 13(16) Wet Vpb, zoals in het driejaarscriterium, is haars inziens eveneens voldaan.
- 6.4 De Staatssecretaris daarentegen onderschrijft het oordeel van de Rechtbank dat uit de tekst van art. 13(2) Wet Vpb volgt dat de opties geen 'deelneming' kunnen zijn omdat zij geen aandelenbelang zijn en meent dat uw *Falcons*-doctrine slechts inhoudt dat het resultaat op opties die bij uitoefening tot een deelneming gaan behoren, is vrijgesteld, maar niet dat die opties onderdeel van de 'deelneming' zijn.
- 6.5 De boven geciteerde wettekst en wetsgeschiedenis bieden weinig houvast omdat de wetgever zich bij de invoering van art. 13(16) Wet Vpb zich kennelijk niet heeft afgevraagd welke betekenis het toen al vijf jaar oude *Falcons*-arrest kon hebben voor de reikwijdte van zijn vrijstelling van aflopende deelnemingen waarbij opties zijn betrokken. Ik zie daarom niet alleen waartoe grammaticale en wethistorische interpretatie van art. 13(6) Wet Vpb voeren, maar ook en vooral waartoe teleologische interpretatie leidt, nu uw *Falcons*-doctrine volledig steunt op de ratio van de deelnemingsvrijstelling. Zoals bleek, lopen de meningen in de literatuur uiteen.
- 6.6 Bij grammaticale interpretatie rijst de vraag wat de term 'belang' in lid 16 betekent, die niet voorkomt in de definitie van 'deelneming', welke term volgens lid 2 bij kapitaal-vennootschappen alleen nominaal gestort aandelenkapitaal omvat. Die wettelijke definitie van 'deelneming' is dus inaccuraat: alsof bijvoorbeeld economische eigendom, informeel kapitaal en het *Falcons*-arrest niet bestaan. Aangezien 'belang' een vager en ruimer term is dan 'deelneming', lijkt het gebruik van die term in lid 16 eerder het standpunt van de belanghebbende dan dat van de Staatssecretaris te steunen, maar het gebruik van de term 'belang' in lid 16 moet denkkelijk verklaard worden door de wens van de wetgever om met één term alle soorten deelnemingen genoemd in lid 2 te omvatten, dus niet alleen deelnemingen in kapitaalvennootschappen (letter a), maar ook fondsparticipaties, commanditaire participaties, coöperatielid-maatschappen en deelnemingen in *reverse hybrid entities* (letters b t/m d), en niet uit een wens om een ruimer begrip dan 'deelneming' te introduceren; dat zou ook niet logisch zijn omdat de bedoeling was om stervensbegeleiding te geven aan 'deelnemingen.' Dat neemt echter niet weg dat de term 'deelneming' onafgebackend is en in het midden laat of het door de Staatssecretaris gemaakte onderscheid tussen (het bestaan van) een 'deelneming' en het object van de deelnemingsvrijstelling wettelijke basis heeft. Volgens de letterlijke tekst van art. 13 Wet Vpb hebben inderdaad enkel 'aandeelhouders' aanspraak op de deelnemingsvrijstelling, maar dit tekstuele argument is bepaald zwak na uw ontwikkeling van de gesplitst-belang-leer in het *Falcons*-arrest. De tekst biedt dus weinig houvast, maar biedt wellicht enige steun aan het standpunt van de Staatssecretaris.
- 6.7 De geciteerde wetsgeschiedenis van art. 13(16) Wet Vpb heldert niet op of de vrijstelling voor aflopende deelnemingen al dan niet ook gedekte *call*-opties kan omvatten, maar biedt wel enige steun aan het standpunt van de belanghebbende. De medewetgever antwoordde op een Kamervraag dat met de wijziging van art. 13 Wet Vpb geen wijziging werd beoogd in de *Falcons*-doctrine (zie 4.5 hierboven). De wetgever verklaarde verder (zie 4.3 hierboven) dat met de vrijstelling voor aflopende deelnemingen is bedoeld dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing 'blijft' op belangen waarvoor de deelnemingsvrijstelling gold voordat het belang onder de 5% zakte. Dat kan overigens ook in de wettekst gelezen worden. Als de wetgever had gewild dat de *Falcons*-doctrine niet zou gelden voor aflopende deelnemingen zoals voor niet-aflopende deelnemingen, had het voor de hand gelegen om daar iets over te zeggen of te regelen, maar hij heeft dat niet gedaan. Ook de wetsgeschiedenis biedt aldus weinig houvast, maar biedt mijns inziens minstens evenveel steun aan belanghebbendes standpunt als grammaticale interpretatie biedt aan het standpunt van de Staatssecretaris, temeer nu de wettekst ook zo gelezen kan worden dat die het standpunt van de belanghebbende steunt.
- 6.8 Nu het hier gaat om de reikwijdte van uw *Falcons*-doctrine, die geheel gebaseerd is op de ratio de deelnemingsvrijstelling, dus op teleologische interpretatie (naar doel en strekking) van art. 13 Wet Vpb, komt aan die ratio mijns inziens doorslaggevende betekenis toe ook bij de uitleg van lid 16, dat deelnemingsvrijstelling-(uit)stervensbegeleiding inhoudt: een deelnemer moet niet door dreiging van verlies van de vrijstelling gedwongen worden om een groot pakket ineens te verkopen (met koersgevolgen) in plaats van in kleinere tranches over een langere uitsterfperiode; soms kan een deelneming (vooralsnog) niet eens ineens worden verkocht als gevolg van een *lock up* van aandelen (zie 4.2 en 4.3 hierboven).
- 6.9 De ratio van de deelnemingsvrijstelling is voorkoming van economische dubbele belasting van dezelfde vennootschapswinst bij zowel de vennootschap die de winst maakt als de vennootschap die de uitdeling van die al belaste winst ontvangt of de aandelen in de winstmaker verkoopt. De vraag is of die *ne bis in idem*-ratio in het licht van uw *Falcons*-doctrine en het uitstervensbegeleidingsdoel van de aflopende-deelnemingsvrijstelling meebrengt dat gedekte, maar niet uitgeoefende *call*-opties die vóór de 5%-onderschrijding onder de deelnemingsvrijstelling vielen, ná de verwatering 'blijven' vallen onder de vrijstelling voor de daardoor aflopende deelneming, hoewel zij vóór die onderschrijding geen aandelen zijn geworden en daarmee volgens de tekst van lid 2 geen deelneming waren. Aan u het antwoord.



- 6.10 Uit uw *Falcons*-arrest blijkt dat het niet-uitoefenen van *call*-opties niet aan toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de weg staat als - inclusief (virtuele uitoefening van) die opties - maar aan het 5%-criterium wordt voldaan. Uit het *Cum/ex*-arrest blijkt dat het om gedekte *call*-opties moet gaan, hetgeen in casu niet in geschil is. Het lijkt dan inconsistent om de deelnemingsvrijstelling niet op het resultaat op *call*-opties van toepassing te achten als die deelneming afloopt. Aan vrijstelling van een aflopende deelneming zouden dan strengere eisen worden gesteld dan aan vrijstelling van een niet-aflopende deelneming, welke strengere eisen noch vanuit de ratio van de deelnemingsvrijstelling, noch vanuit de ratio van de deelnemingsafloopbegeleiding verklaard kunnen worden. Uit de wetsgeschiedenis van lid 16 volgt dat met de vrijstelling voor aflopende deelnemingen juist is bedoeld dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing '*blijft*' op belangen waarvoor de deelnemingsvrijstelling gold voordat het belang onder de 5% zakte. Nu de deelnemingsvrijstelling in casu vóór de belangverwatering van toepassing was op de litigieuze opties, lijkt na verwatering voortdurende toepassing van de vrijstelling op die opties geheel in lijn met doel en strekking van art. 13(16) Wet Vpb.
- 6.11 Dat art. 13(16) Wet Vpb nog niet bestond ten tijde van het wijzen van het *Falcons*-arrest, zegt mijns inziens slechts dat art. 13(16) Wet Vpb toen nog niet bestond en verder niets. Dat gegeven verandert mijns inziens niets aan het feit dat het hier slechts om twee maatstaven gaat: (i) de ratio van de deelnemingsvrijstelling en (ii) de ratio van de vrijstelling voor aflopende deelnemingen. Ad (i) als het om gedekte opties gaat die bij uitoefening tot een deelneming zouden gaan behoren, is de deelnemingsvrijstelling van toepassing bij de optiehouder, zeker als hij ook al een deelneming in aandelen heeft, zoals de belanghebbende had vóór de beursgang. Volgens de *Falcons*-doctrine is de deelnemingsvrijstelling dan naar haar ratio met vlag en wimpel van toepassing. Ad (ii) ook bij opties kan zich het probleem van moeilijke ineens-verkoopbaarheid of dat van een *lock up* voordoen en niet valt in te zien waarom de samenstelling van het vrijgestelde belang ná de verwatering opeens wél van belang zou moeten zijn voor de vrijstelling waar die samenstelling vóór de verwatering juist niet van belang was voor de vrijstelling, als de 5% maar (virtueel) gehaald werd. Het enige dat de verwatering anders maakt, is dat de belanghebbende die 5% niet meer haalt, maar *juist* daarvoor is de vrijstelling voor aflopende deelnemingen bedoeld. Niet valt in te zien waarom in haar geval minder of geen uitsterfbegeleiding vergund zou moeten worden dan aan een vergelijkbaar verwaterd belang in alleen aandelen.
- 6.12 Van ambtswege ga ik in op het rechtskundige gegeven dat De Vries (zie 5.5 hierboven) en Boulogne (zie 5.6 hierboven) uit uw *Cum/ex*-arrest afleiden dat de deelnemingsvrijstelling enkel voor opties kan gelden als zowel de optiehouder als de optieschrijver aan het 5%-criterium (blijven) voldoen. Als dat zo is, zou de zaak verwezen moeten worden om dat uit te doen zoeken: bij de feitenrechter is dat niet onderzocht. Vóór hun standpunt pleit dat uw *Falcons*-doctrine is gebaseerd op de gedachte van *opsplitsing* van een belang bij een deelneming. Als er geen deelneming is, kan het belang erbij ook niet opgesplitst worden. Dat is echter gedacht vanuit de schrijver. Als de optiekoper/houder al een deelneming heeft, valt echter vanuit *diens* perspectief niet in te zien waarom de aankoop niet zou meedelen in de door hem reeds genoten deelnemingsvrijstelling. Als een houder van 6% van de aandelen één procent aankoopt van een verkoper die slechts die ene procent en dus geen deelneming had, staat dat evenmin aan toepassing van de deelnemingsvrijstelling op die extra procent bij de koper in de weg. In de *Cum/ex*-zaak merkte ik daarover het volgende op:
- "6.1. (...). Mijns inziens is niet vereist dat de schrijver(s) van de call-opties een deelneming houden, als maar aannemelijk wordt gemaakt dat zij de aandelen leveren.  
(...).
- 6.14. Uit uw rechtspraak, met name het *Falcons*-arrest, HR BNB 2017/11 en het Netwerkorganisatie-arrest volgt dat het bij opties moet gaan om "opties op tot een deelneming behorend aandeel" en anders om een tussen twee partijen beoogde afsplitsing van een rechtstreeks belang bij (de waardeontwikkeling van) een deelneming van de ene partij die aan de andere een deel van zijn rechtstreekse belang bij (de waardeontwikkeling van) die deelneming afstaat. Dat impliceert dat als het om *call*-opties gaat, zij gedekt moeten zijn door aandelen die al – bij de schrijver – tot een deelneming behoren. Zo streng hoeft u mijns inziens echter niet te zijn. Met de belanghebbende meen ik dat de aandelen niet tot een reeds bestaande deelneming hoeven te behoren, als zij daartoe maar wel (zouden) gaan behoren als de opties uitgeoefend (zouden) worden. Vereist is dus wel dat de opties gedekt zijn, al is het niet binnen een al bestaande deelneming. Daarmee wordt zeker gesteld dat het – alle belangen bij elkaar opgeteld – om niet meer kan gaan dan precies éénmaal het werkelijke belang bij de werkelijk uitstaande aandelen in de vennootschap om wier bedrijfsresultaat het uiteindelijk gaat. Het voorkomt dat niet-overzienbare spook-, dubbelganger- en synthetische deelnemingen of nog naardere dingen ontstaan. Ik meen daarom (...) dat uit de overeenkomst tussen schrijver en koper moet volgen dat bij een daadwerkelijke *call* de aandelen ook daadwerkelijk geleverd kunnen en zullen worden. Uitgesloten zijn dan opties op aandelen die slechts als rekengrootheid dienen, opties waarvan *cash settlement* op voorhand vaststaat en opties waar niets over te zeggen valt. Daarbij ware de bewijsregel te stellen dat de bewijslast van de vereiste dekking rust op

degene die zich op de deelnemings-vrijstelling beroept. Ik ga ervan uit dat dit in de praktijk betekent dat beursopties, anders dan OTC-opties, nauwelijks zullen kunnen meedoen, maar als iedereen dat weet, weet iedereen waaraan hij toe is.

- 6.15. Dit strookt ook met uw rechtspraak over schadevergoedingen bij een niet-doorgegane deelneming die ik aldus begrijp dat een deelneming, althans een voldoende belang bij een deelneming bestaat zodra de belastingplichtige recht heeft op levering van een (voldoende) pakket aandelen en de plicht heeft haar daarop gerichte tegenprestatie te leveren (zie de (...) conclusie in de bij u aanhangige zaak 18/03268). Bij beursopties, althans bij opties waarvan onduidelijk is of zij gedekt zijn, is onduidelijk of dat recht op levering van de aandelen feitelijk enige inhoud heeft. Het is dan aan de belanghebbende om de vereiste werkelijke dekking aannemelijk te maken."

Vereist is mijns inziens dus slechts dat de *call*-optieschrijver de aandelen bezit en dat de opties bij uitoefening tot een (uitbreiding van een al bestaande) deelneming leiden.

- 6.13 Teleologische interpretatie van art. 13(16) Wet Vpb leidt mijns inziens aldus tot toepassing van de vrijstelling voor aflopende deelnemingen ook op belanghebbendes gedekte opties. Wetshistorische interpretatie verzet zich daartegen geenszins. Puur grammaticale interpretatie mogelijk wel, maar de wettekst is, zoals gezegd, weinig accuraat omdat hij uitgaat van nominaal gestort aandelenkapitaal en onder meer het *Falcons*-arrest negeert. Volgens de tekst van art. 13 Wet Vpb hebben inderdaad enkel 'aandeelhouders' aanspraak op de deelnemingsvrijstelling, maar dit tekstuele argument is dus bepaald zwak na uw ontwikkeling van de gesplitst-belang-leer, begonnen in het *Falcons*-arrest.
- 6.14 Ik meen daarom dat de klachten (i) t/m (iv) voldoende doel treffen om belanghebbendes cassatieberoep gegrond te verklaren.

## 7 Klacht (v): het vertrouwensbeginsel

- 7.1 Aan belanghebbendes beroep op het vertrouwensbeginsel kom ik dan niet toe, maar voor het geval u er wel aan toe komt, merk ik het volgende op.
- 7.2 De Rechtbank heeft geoordeeld dat de belanghebbende aan de akkoordverklaring van de Belastingdienst niet het vertrouwen kon ontlenen dat de resultaten uit opties onder de deelnemingsvrijstelling vallen, omdat in de namens haar aan de Inspecteur verstuurd brief van 7 oktober 2014 uitgegaan wordt van een aandelenbezit van meer dan 5% en niet van een aflopende deelneming ex art. 13(16) Wet Vpb. In cassatie herhaalt de belanghebbende haar desbetreffende betoog.
- 7.3 Voor rechtens relevant vertrouwen op een akkoordverklaring van de inspecteur is onder meer vereist dat de Inspecteur in kennis is gesteld van alle voor een akkoordverklaring benodigde relevante feiten en omstandigheden van het geval, en dat de belastingplichtige aan de akkoordverklaring het vertrouwen heeft mogen ontlenen dat de Inspecteur in zijn geval aan toepasselijke regels een bepaalde toepassing zal geven.<sup>40</sup>
- 7.4 Belanghebbendes brief van 7 oktober 2014 aan de Inspecteur luidt zoals weergegeven in 2.5 hierboven. Die brief rept met geen woord over art. 13(16) Wet Vpb of over enige aflopende deelneming. De akkoordverklaring luidt zoals weergegeven in 2.6 hierboven. Die akkoordverklaring ziet uitsluitend op belanghebbendes in 2.5 weergegeven brief en daarmee dus niet op enige aflopende deelneming. Het oordeel van de Rechtbank dat de Inspecteur zich niet akkoord heeft verklaard met hetgeen de belanghebbende stelt over aflopende deelnemingen is dus geenszins onbegrijpelijk. Nu het voor het overige om uitleg van correspondentie en niet van het recht gaat, kan dat oordeel in cassatie niet verder worden getoetst.

## 8 Conclusie

Ik geef u in overweging belanghebbendes sprongcassatieberoep gegrond te verklaren en de zaak zelf af te doen.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

- 
- 1 Rechtbank Gelderland 6 mei 2022, nr. 21/5600, ECLI:NL:RBGEL:2022:2288, *Belastingadvies* 2022/18.2 met wenk Portengen en Kortekaas, *NTFR* 2022/2488 met noot Bierman, *NLF* 2022/1241 met noot Van Lindonk, *V-N* 2022/31.1.6.
  - 2 Voetnoot in origineel: "ECLI:NL:HR:2020:1738."
  - 3 Voetnoot in origineel: "Kamerstukken I 2006/07, 30 572, C, p. 10."
  - 4 HR 21 november 2002, nr. 36 272, na conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, *BNB* 2003/34 met noot De Vries, *FED* 2003/104 met noot Hafkenscheid, *NTFR* 2002/1813 met noot Ligthart, *V-N* 2002/59.17
  - 5 HR 22 april 2005, nr. 40 562, ECLI:NL:HR:2005:AT4491, *BNB* 2005/254 met noot Juch, *NTFR* 2005/582 met noot Romijn, *V-N* 2005/22.17.
  - 6 HR 6 november 2020, nr. 18/04686, na conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:HR:2020:1738, *BNB* 2021/12 met noot De Vries, *FED* 2021/18 met noot Boulogne, *NLF* 2020/2497 met noot Van den Brekel, *NTFR* 2020/3147 met noot Groenland, *V-N* 2020/57.8.
  - 7 Zie over deze hernummering *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 129, nr. 3, p. 69: "De regeling voor aflopende deelnemingen (voorheen veertiende lid) wordt ongewijzigd voortgezet in het nieuwe zestiende lid."
  - 8 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 572, nr. 8, p. 93 (Nota naar aanleiding van het verslag).
  - 9 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 572, nr. 12, p. 14-15 (Tweede nota van wijziging).
  - 10 *Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, C, p. 10 (Memorie van Antwoord).
  - 11 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 10 (brief van de Minister van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal met beantwoording van nadere vragen gesteld tijdens een technische briefing van de vaste commissie voor Financiën inzake het wetsvoorstel Werken aan winst (30 572)).
  - 12 Besluit van de staatssecretaris van Financiën 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, *Stcrt.* 2017, nr. 5003.
  - 13 Besluit van de staatssecretaris van Financiën 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, *Stcrt.* 2017, nr. 5003.
  - 14 Besluit van de staatssecretaris van Financiën 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002.
  - 15 Besluit van de staatssecretaris van Financiën 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M.
  - 16 L.A. Lutz en W.C.M. Martens, 'Het nieuwe besluit deelnemingsvrijstelling 2010', *MBB* 2010, aflevering 10, 2010.
  - 17 Voetnoot in origineel: "HR 22 november 2002, nr. 36.272, *NTFR* 2002/1813, *BNB* 2003/34."
  - 18 Voetnoot in origineel: "Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8. p. 89."
  - 19 H.M.C. Ruijschop, 'Besluit deelnemingsvrijstelling', *NTFR* 2010/1761.
  - 20 Besluit van de staatssecretaris van Financiën 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, *Stcrt.* 2017, nr. 5003.
  - 21 Besluit van de staatssecretaris van Financiën 13 februari 2019, nr. 2019-0000012049.
  - 22 Besluit van de staatssecretaris van Financiën 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002.
  - 23 A. Rozendal, *Het begrip 'belang' in de Nederlandse belastingwetgeving*, SDU: Den Haag 2014, p. 214-221.
  - 24 Voetnoot in origineel: "Rechtsfiguren die zijn genoemd in art. 13, vierde en vijfde lid Wet VPB 1969 kunnen derhalve niet leiden tot de aanwezigheid van een belang als bedoeld in het zestiende lid."
  - 25 Voetnoot in origineel: "In dezelfde zin De Gunst 2000, blz. 1523 en Van der Stok 2000, blz. 1571."
  - 26 Voetnoot in origineel: "Van Dieren en Van Lindonk 2006, blz. 457."
  - 27 Voetnoot in origineel: "MvA, *Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, nr. C, blz. 10. Zie ook onderdeel 1.5.1.2 van het besluit van 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M waarin de staatssecretaris (in zijn hoedanigheid van besluitgever) opmerkt dat uit het Falcons-arrest niet volgt dat een optierecht wordt aangemerkt als een deelneming."
  - 28 P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, SDU: Den Haag 2010, p. 37.
  - 29 P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, SDU: Den Haag 2015, p. 40.
  - 30 Voetnoot in origineel: "HR 22 november 2002, nr. 36 272, *NTFR* 2002/1813 (met commentaar van Ligthart), *V-N* 2002/59.17, *BNB* 2003/34c\* (met noot van De Vries), *FED* 2003/104 (met aantekening van Hafkenscheid)."
  - 31 Voetnoot in origineel: "Zie punt 1.5.1.2 van het besluit van 12 juli 2010, *NTFR* 2010/1761."
  - 32 W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Kluwer: Deventer 2017, voetnoten 40 en 86.



33 Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36 272, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, *BNB* 2003/34 met noot De Vries, *FED* 2003/104 met noot Hafkenscheid, *NTFR* 2002, 1813 met noot Ligthart, *V-N* 2002/59.17.

34 Hoge Raad 22 april 2004, nr. 40 562, ECLI:NL:HR:2005:AT4491, *BNB* 2005/254 met noot Juch, *NTFR* 2005/254 met noot Romijn, *V-N* 2005/22.17.

35 Hoge Raad 20 mei 2005, nr. 40 038, na conclusie Van Ballegooijen, ECLI:NL:HR:AT5898, *BNB* 2005/260 met noot De Vries, *NTFR* 2005/678 met noot De Jonge, *V-N* 2005/28.17.

36 Hoge Raad 14 oktober 2005, nr. 41 275, ECLI:NL:HR:2005:AU0841, *BNB* 2006/7 met noot De Vries, *FED* 2006/22 met noot Martens.

37 HR 12 oktober 2007, nr. 43643, ECLI:NL:HR:2007:BB5353, *BNB* 2008/6 met noot Lubbers, *FED* 2008/45 met noot Martens, *V-N* 20087.47.15.

38 HR 23 september 2016, nr. 15/02428, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2016:2124, *BNB* 2017/11 met noot Egelie, *FED* 2016/125 met noot Knops, *FutD* 2016/2292, *NLF* 2016/0337 met noot Van Gijlswijk, *NTFR* 2016/2376 met noot Van Dun, *V-N* 2016/47.10.

39 HR 6 november 2020, nr. 18/04686, na conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:HR:2020:1738, *BNB* 2021/12 met noot De Vries, *FED* 2021/18 met noot Boulogne, *NLF* 2020/2497 met noot Van den Brekel, *NTFR* 2020/3147 met noot Groenland, *V-N* 2020/57.8.

40 Zie HR 10 december 2021, nr. 19/03617, ECLI:NL:HR:2021:1849, *BNB* 2002/17 met noot Haas, *FED* 2022/33 met noot Cornielje, *NLF* 2021/2420 met noot Geradts, *NTFR* 2021/4314 met noot Jansen, *V-N* 2021/54.14.

---