

INHOUD

1. Inleiding
2. Historische ontwikkeling van de werknemersopties
 - a. Periode voor
BNB 1956/244
 - b. BNB 1956/244
 - c. 1986
 - d. 1994
Invoering van artikel 9 lid 1 onderdeel i

Knelpunten ter zake artikel 9 lid 1 onderdeel

- e. BNB 1997/47
 - f. BNB2001/160
 - g. BNB2001/161
 - h. BNB 2002/80
 - i. BNB 2002/155
3. Kamervragen naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad van 21 februari 2001
4. Optierechten Eigen of Vreemd vermogen?
5. Opmerkingen naar aanleiding van de 21 februari arresten
6. Reactie op de arresten 21 februari 2001
7. Wetsvoorstel 27.896
8. Artikel 10c wet vennootschapsbelasting 1969.
9. Slot

INLEIDING

Het is niet zo lang geleden dat uitgifte van optie van aandelen aan personeel belangstelling vanuit de werkgeverssfeer begon te krijgen. Noot 1

Hieraan liggen verschillende oorzaken ten grondslag.

Immers door het uitgeven van opties van aandelen in de onderneming trachten werkgevers/vennootschappen personeel aan zich te binden en geven de werkgevers een stimulans door de werknemers mee te laten delen in het succes van het bedrijf.

Althans wanneer het economisch getij mee zit.

Bij jonge bedrijven was het voordeel dat de personeelsopties deze bedrijven in staat stelden minder geld aan loon uit te geven en zo met het moeizaam verkregen geïnvesteerde geld wat langer mee te doen.

Een ander voordeel is dat in tijden van arbeidskrapte bij bedrijven de behoefte kan ontstaan aan een meer flexibelere wijze van beloning. Noot 2

Al deze omstandigheden hebben bijgedragen dat het verlenen van optierechten aan werknemers aan populariteit heeft gewonnen.

Het komt dan ook steeds vaker voor dat werkgevers en werknemers ter zake hun arbeidsvoorwaarden overeenkomsten sluiten dat hun loon niet op reguliere wijze zal plaats vinden (op vast gestelde tijdstippen) bij of vlak na het in dienst treden of na beëindiging van de arbeidsverhouding, maar dat de betaling op een later tijdstip plaats vindt. Noot3

Het verlenen van opties heeft twee kanten van één en dezelfde medaille.

De ene zijde betreft de te belaste bedrag bij de optiegerechtigden, de werknemers, de andere zijde betreft de aftrek bij de optieverstrekkende vennootschap.

In haar arrest van 30 november 2002 BNB 2002/80 heeft de hoge Raad bepaald dat er een samenhang bestaat tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting en heeft dienovereenkomstig beslist. Er dient een evenwicht te bestaan tussen de twee kanten van dezelfde medaille. Noot 3

Het verlenen van optierechten aan werknemers bracht complicaties met zich mee in de sfeer van de dividendbelasting, de vennootschapsbelasting en de kapitaalsbelasting.

Al deze problemen zijn thans opgelost

Met de nieuwe wetgeving in het jaar 2002 waarbij artikel 10c is ingevoerd lijkt het erop dat alles weer in rustig vaarwater terecht gekomen is. Hoewel er reeds nu weer in de literatuur is te vernemen dat de lasten welke in aftrek kunnen worden gebracht weer buiten de grenzen liggen van de nieuwe wetgeving. Noot 4

Er was ook veel onrust, dit kwam bijvoorbeeld tot uitdrukking bij de gegeven waarderingsvoorschriften .

Bij de waardering voorschriften is rekening gehouden met zowel de goede als kwade kansen.

Het kan enerzijds blijken dat achteraf de optie zeer succesvol is, doch anderzijds de optie vanwege negatieve economische ontwikkelingen economisch geheel waardeloos worden.

Bij het waardeloos worden van de optie heeft de werknemer (aanzienlijke) bedragen aan loonbelasting betaald terwijl hij per saldo geen winst heeft behaald.

Deze omstandigheden zijn thans regelmatig in de media te vernemen, nu de aandelen koersen de laatste jaren (aanzienlijk) zijn gedaald.

Situaties van meer succesvolle opties hebben in tijden van economische voorspoed de publiciteit gehaald toen de aandelen koersen ten gevolge van het goede economische klimaat geen plafond leken te hebben.

Indien de werknemer niet het risico wil lopen dat hij geconfronteerd wordt met belastingheffing terwijl achteraf blijkt dat hij per saldo niet heeft genoten zal hij kiezen voor uitstel van heffing tot het tijdstip waarop hij het optierecht uitoefent.

Als grondslag geldt dan het daadwerkelijk gerealiseerd voordeel. Dit probleem is thans ook opgelost door een keuze recht voor de werknemer in te voeren ter zake het moment waarop hij zijn optierecht wil uitoefenen..

Zoals vaker het geval is met nieuwe wetgeving riep dit nieuwe vragen op en ontstaan er ook nieuwe interpretatie problemen die om een oplossing vragen. Dit is het geval geweest bij de invoering van artikel 9 eerste lid onderdeel i

De centrale vraag bij het verlenen van opties aan werknemers is welke fiscale last de optieverstrekkende werkgever van de ter zake voor de aan haar werknemers verstrekte opties kan nemen.

De ontwikkeling van deze vraag heeft zich voltrokken in een prachtig samenspel tussen de wetgevende, uitvoerende en de rechtsprekende macht.

Het zijn de arresten van de Hoge Raad geweest die de aanzet hebben geven voor de uitvoerend- en de wetgevende macht om tot een sluitstuk te komen hetgeen is neergelegd in het huidige artikel 10c van de wet vennootschapsbelasting belasting 1969. De arresten van de Hoge Raad zijn baanbrekend geweest.

Door de wetgever zijn de scherpe kanten van de arresten van de Hoge Raad van 21 februari 2001 binnen aanvaardbare proporties gebracht.

HISTORISCHE ONTWIKKELING

Tot het jaar 1956 stond niet vast indien aan werknemers opties werden verleend welk bedrag bij de optie gerechtigde, de werknemer, belast kon worden en bij de werkgever in aftrek kon worden gebracht.

Uitgangspunt is het jaarwinst begrip zoals neer gelegd in de wet Inkomstenbelasting welke wet via de schakelbepalings artikelen 8 en 9 van de Wet vennootschapsbelasting 1969 ook geldt voor de vennootschapsbelasting.

Waren het kosten van een onderneming? Uitgaven gedaan met het ook op de zakelijke belangen van de onderneming? Arbeidskosten kunnen in aftrek worden gebracht indien

zij voldoen aan de toets van het criterium "met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming.

Als beginpunt van de ontwikkeling ter zake de vraag welke last bij de werkgever kan worden genomen van de aan werknemers verleende opties om aandelen te verwerven van zijn werkgever /vennootschap , wordt genoemd het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1956 , BNB 1956/244

Het betrof de uitgifte van aandelen a pari door een N.V. waarover ook directie leden van de vennootschap deelnamen..

De Hoge Raad oordeelde dat zij moesten worden belast voor het verschil tussen de uitgifte koers en de hogere werkelijke waarde als opbrengst uit dienstbetrekking.

Echter: de Hoger Raad stond geen aftrek toe aan de kant van de vennootschap en zij overwoog:

Dat de uitgifte van aandelen de winst- en verliesrekening niet raakt, zodat irrelevant voor de winst berekening is het feit dat de N.V. Agio heeft kunnen bedingen, maar daarvan heeft afgezien, ongeacht ten opzichte van wie dat is gebeurd.

Deze beslissing gaf de heersende weer dat terzake van d toekenning van opties bij de vennootschap geen aftrekpost kan/behoorde te worden opgevoerd, omdat men ervan uitging dat de verleende opties de vennootschap niets kosten. De vennootschap hoefde niets in contanten te betalen.

Tot het jaar 1986 werd onder bepaalde voorwaarden de opties bij de werknemers niet belast en dat bij de werkgever/vennootschap geen aftrek werd toegelaten.

Met ingang van het jaar 1986 werd in de uitvoeringsregeling van de Loonbelasting 1992 een bepaling opgenomen waarin werd bepaald op welke wijze bij de werknemer het voordeel in de heffing betrokken moest worden.

Door de invoering van deze regeling werd evenwel het evenwicht verstoort welk het voordeel bij de werknemer belast, doch geen aftrek bij de vennootschap werd toegelaten.

Het verstoorte evenwicht moest uiteraard worden hersteld, door aan de kant van de vennootschap een aftrek toe te laten.

Dit geschiedde in 1994.

1994

Op Initiatief van de Tweede Kamerleden Vermeend en Vreugdehil werd de wet bevordering werknemersparticipaties en winstuitdeling- en spaarrelingen voor werknemers, artikel 9 lid 1 onderdeel i wet vennootschapsbelasting 1969 in gevoerd. Volgens dat artikel werd bij de vennootschap bij toekenning van de opties aftrekbaar gesteld het bedrag dat bij de werknemer als loon in aanmerking moest worden genomen.

Daarmee werd het evenwicht tussen hetgeen bij de werknemer belast werd en bij de vennootschap in aftrek werd toegelaten hersteld.

KNELPUNTEN TER ZAKE ARTIKLE 9 LID1 ONDERDEEL 1

Het herstel van het evenwicht was echter niet voor lange tijd.

Door bepalingen in de loonbelasting bleek echter dat het evenwicht dat de initiatiefnemers voor ogen hadden evenwel niet werd bereikt.

Een van de bepalingen hield in dat een werknemer volledig werd belast voor het door hem met de optie gerealiseerde voordeel indien hij dat gedurende de eerste drie jaren realiseert.

De verstoring van het evenwicht lag hierin dat de aftrek bij de vennootschap beperkt bleef tot het forfaitair bepaalde waarde van de optie die bij de werknemer ter zake in de heffing wordt betrokken.

Een ander/nieuwe onevenwichtigheid van de symmetrie tussen loon en aftrekbare loonkosten deed zich per 1 januari 2001 voor.

Sinds die datum ontstond voor de werknemer een keuzerecht, hetwelk inhield dat een werknemer ervoor kon kiezen de optie in de heffing te betrekken op het moment van uitoefening, maar dan voor het in feite gerealiseerde voordeel.^{noot 3}

Achtergrond van deze keuze mogelijkheid is dat door de dalende beurskoersen in veel gevallen opties uiteindelijk niet in een voordeel resulteerden. Er ontstond een verlies in plaats van een verwacht voordeel

Bij dalende beurs koersen pakt de reeds betaalde belasting door de werknemer dan ongunstig uit.

De oplossing werd gevonden door voor de heffing bij realisatie te kiezen. Zo ontloopt de werknemer dit risico.

De verstoring van het evenwicht blijft evenwel bestaan omdat bij de vennootschap slechts het forfait bepaalde bedrag in aftrek werd toegelaten.

Doordat artikel 9 lid 1 onderdeel i een aantal onvolkomenheden vertoonde was er ook geen evenwicht tussen de aftrek bij de vennootschap en de heffing bij de werknemer.

Artikel 9 lid 1 onderdeel i (1994) luidde: noot 5

Bij het bepalen van de winst komen mede in aftrek:

i;

bij een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal: nieuwe aandelen in dat kapitaal, alsmede rechten om zodanige aandelen te verwerven en nieuwe winstbewijzen, toegekend aan personeel ter zake van in de onderneming van de vennootschap of een met de vennootschap verbonden vennootschap als bedoeld in artikel 11 van de Wet op de loonbelasting 1964 verrichte arbeid, een en ander voor het bedrag dat bij het personeel ter zake van die toekenning als loon in aanmerking wordt genomen of is vrijgesteld ingevolge artikel 11, eerste lid, onderdeel h, van de Wet op de loonbelasting 1964

Door de in dit artikel voorkomende woorden "komen mede in aftrek" werd ervan uitgegaan dat daarmee artikel 9 lid1 uitsluitend ten gunste van belastingplichtigen werkte. Dit leidde tot verwarring. Deze verwarring vond zijn oorzaak in het feit dat de

initiatief nemers van artikel 9 lid 1 onderdeel i er van uit gingen dat zonder een wettelijke bepaling het niet mogelijk was dat de vennootschap een bedrag in aftrek kon brengen.

Aan deze verwarring kwam een eind toen het arrest van de Hoge Raad BNB 1997/47 werd gewezen. Dit arrest kan als het basis arrest voor de verdere jurisprudentie van de Hoge Raad worden gezien.

De casus was als volgt:

Een vennootschap had in 1990 aan drie van haar werknemers optierechten verleend op nieuwe aandelen in de vennootschap. Hiervoor werden zij belast met loonbelasting/inkomstenbelasting. Deze regelingen gingen van een forfaitair bedrag uit. De uitoefening van de opties vond in 1991 en 1992 plaats. De vennootschap ontving minder aan storting dan het geval zou zijn geweest indien de aandelen ter beurse waren uitgegeven.

Het geschil betrof of de vennootschap een bedrag ter zake van het verlenen van de opties ten laste van haar winst mocht brengen.

De vennootschap stelde zich op het standpunt dat de optieverlening haar winst drukt met het verschil tussen de waarde en de uitoefenkoers van de aandelen waarop de opties betrekking hadden per 31 juli 1990, dan wel de waarde van de optie rechten ten tijde van de toekenning volgens het Black-Scholes rekenmodel dan wel het bedrag dat ingevolge de loonbelasting in aanmerking moest worden genomen ten tijde van de toekenning van de opties.

In dit arrest was in tegenstelling tot BNB 1956/244, de aftrek bij toekenning aan de orde.

De beslissing van de Hoge Raad luidde dat de waarde van aan werknemers toegekende vergoedingen in welke vorm ook als ondernemingskosten kosten dient te worden aangemerkt.

De Hoge Raad overwoog:

dat de verplichting die ontstaat als gevolg van de toekenning als zodanig ten laste van de winst kan worden gebracht.

dat voor de bepaling van de waarde van de verplichting overeenkomstig de voor de Loonbelasting geheven waarderingsvoorschriften in het onderhavige jaar geen goede grond bestaat.

Uit dit arrest kwam vast te staan dat de werkgever bij toekenning van werknemersopties een last kan nemen.

De vraag en tevens onduidelijk was hoe groot die last kon zijn alsmede of de waarde ontwikkeling van de last aftrekbaar was.

Anderzijds sprak men zijn verwondering over uit dat de in wet Loonbelasting vast gelegde forfaitaire waardering alleen als een minimum waardering zou gelden. Noot 6

De woorden "komen mede in aftrek" in artikel 9 lid 1 leidde tot veel verwarring. Deze verwarring vond zijn oorzaak in het feit dat initiatief nemers van de wet er van uitgingen dat zonder een wettelijke bepaling het niet mogelijk was dat de vennootschap een bedrag in aftrek kon brengen.

Een volgend punt dat tot verwarring aanleiding gaf is dat artikel 9 lid 1 sprak van "nieuwe aandelen"

Gold deze regeling ook voor opties op andere dan nieuwe aandelen? Bijvoorbeeld op bestaande aandelen die daartoe eerst door de vennootschap moesten worden ingekocht, of voor opties op aandelen in de moeder vennootschap.

Ook hier heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad (arrest van 8 maart 2002 ,nummer 36 714) kort gesloten voor het geval de moeder vennootschap opties op haar aandelen heeft toegekend aan werknemers van haar dochter vennootschap. Uit de toekenning van de werknemersopties voortvloeiende lasten, ongeacht of de moeder maatschappij deze aan haar dochter doorberekent, ten laste van het resultaat van haar dochter komen , dient artikel 9 eerste lid onderdeel i, Wet vennootschapsbelasting 1969 ook toepassing te vinden ten aanzien van haar dochter, aangezien zij een met de moeder vennootschap verbonden lichaam is in de zin van artikel 10a vierde lid wet vennootschapsbelasting 1969.

Terzake het waarde verloop heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het waarde verloop van de optieverplichting na de toekenning van de opties evenmin als wanneer de vennootschap zelf de opties zou hebben verstrekt, invloed op het resultaat heeft.

Aan de interpretatie verschillen kwam een eind bij de wet van 24 juni 1998 stb.370. Daarbij werd artikel 9 lid 1 onderdeel i aangepast doordat het woord " zodanig" is komen te vervallen.

Door deze correctie stond vast dat de regeling vanaf 26 juni 1998 ook voor bestaande aandelen geldt.

Een ander punt dat ook voor onzekerheid zorgde is of de aftrek beperkt bleef tot het bij toekenning van de opties forfaitaire bedrag of dat het waarde verloop van de optie verplichting onderdeel zou zijn van het fiscale resultaat. Ook in dit geval heeft de Rechtspraak tot oplossingen gezorgd en wel bij de arresten van de Hoge Raad van 21 februari 2001. BNB 2001/160 en 2001/161.

Tenslotte is de ontwikkeling in de jurisprudentie kortgesloten met de indiening door de staatssecretaris van het wetsontwerp nummer 27.896 waarbij artikel 10 c is ingevoerd welk artikel op 29 augustus 2002 in werking is getreden.

Een andere vraag was eveneens hoe de fiscale verwerking van die last moest plaats vinden.

De Hoge Raad gebruikte in zijn beslissing de term " verplichting" Dit zou tot een interpretatie kunnen leiden dat deze verplichting in de winstsfeer zou kunnen muteren tot op het moment dat de werknemer zijn opierecht uitoefent.

De centrale vraag in dit arrest was dus: kan nu de werkelijke waarde ten laste van de winst worden gebracht?

In zijn arresten van 30 november 2001 BNB 2002/80 heeft de Hoge Raad beslist van niet.

Het ging dus om de aftrek voor verleende optierechten.

Belanghebbende, een beursgenoteerde vennootschap, heeft in 1995 aan werknemers optierechten toegekend op aandelen in de eigen vennootschap, met een uitoefenkoers gelijk aan de beurskoers ten tijde van de toekenning.

Hoge Raad:

Artikel eerste lid, onderdeel i, Wet op de vennootschapbelasting bewerkstelligt dat bij belanghebbende geen hoger bedrag in aftrek kan worden gebracht dan bij het personeel te dier zake in aanmerking is genomen

Belanghebbende stelt zich primair op het standpunt dat het bepaalde in artikel, eerste lid aanhef en onderdeel i, - tekst 1995- van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te opzichte van het voor de invoering van deze bepaling geldende recht geen beperking inhoudt van de mogelijkheid om terzake van de toekenning van optierechten een daarmee verband houdende last in aftrek van de winst te brengen. In dit verband refereert belanghebbende aan het arrest HR 16 oktober 1996, BNB 1997/47. Aan dit arrest verbindt belanghebbende als conclusie dat de waarde van de uit de toekenning van werknemersopties voortvloeiende verplichting ten laste van de winst kan komen. Belanghebbende waardeert deze voorwaardelijke verplichting op balansdatum op het verschil tussen de uitoefenprijs van de opties en de op dat tijdstip geldende beurskoers van de desbetreffende aandelen.

Naast deze verplichting dient volgens belanghebbende op grond van het bepaalde in artikel 9, eerste lid, aanhef en onderdeel i, -tekst 1995- van de Wet vennootschapbelasting 1969, een last te worden genomen gelijk het bedrag dat ter zake van de toekenning van opties aan werknemers van belanghebbende in 1995 aan de heffing van loonbelasting is onderworpen.

De Hoge Raad overwoog:

Met de invoering van artikel 9, eerste lid, aanhef en onderdeel i, van de Wet per 1 januari 1994 heeft de wetgever een evenwicht tot stand gebracht tussen het bedrag dat terzake van de toekenning van werknemersopties als loon in aanmerking wordt genomen en het bedrag dat terzake van de toekenning van werknemersopties als loon in aanmerking wordt genomen en het bedrag in verband met die toekenning ten laste van de winst kan komen.

Deze bepaling verhindert een hogere aftrek dan overeenkomt met het bedrag dat ter zake van die toekenning bij de desbetreffende werknemers als loon is aangemerkt. In zoverre, als volgt uit het arrest HR 16 oktober 1996, nr. 31 589, BNB 1997/47 voor de invoering van genoemde bepaling ter zake van de toekenning van werknemersopties een grotere aftrek in aanmerking kon worden genomen, beperkt deze bepaling in een geval als het onderhavige derhalve de voor 1 januari 1994 geldende aftrek mogelijkheid.

Vervolgens overwoog de Hoge Raad:

De voorwaardelijke verplichting tot het leveren van eigen aandelen, waarvan de waarde een afspiegeling vormt van de koers van die aandelen, kan niet tot een hogere last leiden, omdat het waardeverloop van die verplichting zich na het toekennen van de opties in de kapitaalsfeer afspeelt. De vraag of dit laatste anders is, indien op balansdatum zou vaststaan dat bij uitoefening van toegekende opties aan de verplichting tot levering van aandelen wordt voldaan door middel van een inkoop van bestaande aandelen kan het Hof laten rusten, omdat deze situatie zich in het onderhavige geval niet heeft voorgedaan.

Partijen hebben verklaard dat bij uitoefening van de opties aan de optieverplichting wordt voldaan door middel van het emitteren van nieuwe aandelen. In het optiereglement is hiervan eveneens sprake.

Uiteindelijk zijn de in de literatuur veel besproken arresten van de Hoge Raad van 21 februari 2001 gewezen die de hele ontwikkeling ter zake de optie rechten in een rustig vaarwater hebben gebracht.

OPTIERECHTEN EIGEN OF VREEMDVERMOGEN?

Kernvraag is: verstrekt de optiehouder, dit is de werknemer aan wie de optierechten zijn verleend door de vennootschap, gezien vanuit zijn positie, eigen vermogen of vreemd vermogen?

Deze vraag kan worden benaderd van de kant van de optiehouder als van de kant van de werkgever/vennootschap.

Door het verstrekken van opties aan de werknemer verkrijgt de werknemer een vorderingsrecht om aandelen te verkrijgen in de vennootschap die de opties heeft verstrekt wel tegen een vast gelegde koers.

De volgende vraag is: is het vorderingsrecht op het verkrijgen van aandelen dan niet een eerste stap naar het aandeelhouderschap?

Er vindt immers een ruil plaats.

De werknemer "stort" een bedrag in natura in de optie verstrekkende vennootschap. Hier staat tegenover het verkregen optierecht door de werknemer, de optiehouder, arbeid is verricht.

Er wordt dan meteen een afgeronde stap genomen: Het optierecht kan dan als een quasi-aandeel worden gekwalificeerd en de optiehouder van het oprecht als een quasi aandeelhouder. Dit betekent in feite dat de ruil zich in de kapitaalsfeer afspeelt en niet in de winstsfeer.

In zijn arresten van 21 februari 2001 (BNB 2001/160 en BNB 12001/161) heeft de Hoge Raad omtrent het karakter van het optierecht zijn oordeel gegeven.

De Hoge Raad heeft ook hier de onzekerheid weggenomen of de optieverplichting eigen of vreemd vermogen is.

Het hoogste rechtscollege heeft beslist dat de optiehouder van de vennootschap eigen vermogen verstrekt. Gelet op de relevantie volgt hieronder de casus en de overwegingen van de Hoge Raad.

Hoge Raad 12 februari 2001 BNB 2001/161 nummer 35.639

NV X, belanghebbende verleende in 1989 aan werknemers het recht om door haar nieuw uit te geven aandelen te verwerven tegen een uitgifte koers van 100%.

Het aan de werknemers verleende optierecht werd door de werknemers uitgeoefend in 1992.

In geschil is of NV X over het jaar 1992 in verband met de uitoefening van het door de werkgever verleende optierecht terecht het verschil tussen de waarde van de uitgegeven aandelen en het nominaal ontvangen bedrag op die aandelen ten laste van haar winst heeft gebracht.

Op het beroep in cassatie van de NV X overweegt de Hoge Raad:
Het hof onder verwijzing naar HR BNB 1997/47 met juistheid geoordeeld dat de tot de ondernemingskosten slechts kan worden gerekend de waarde van de aan de werknemers toegekende optierechten ten tijde van de toekenning.
De houder van een optie op aandelen in de vennootschap die het optierecht heeft verleend, staat tot die vennootschap in een rechtsbetrekking die zodanig overeenkomt met die van aandeelhouder dat alle transacties tussen hem en die vennootschap op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer worden afgewikkeld. Het waardeverloop van de optie heeft derhalve geen invloed op het fiscale resultaat.
Naar 's hofs oordeel had NV X ter zake van het verlenen van het optierecht slechts bij de berekening van het belastbare bedrag over 1989 een last in aanmerking kunnen nemen, En kan niet op grond van goed koopman gebruik in 1992 alsnog een bedrag ten laste van de winst komen, terwijl aan de werking van regels van de foutenleer niet wordt toegekomen daar ter zake van de last in 1989 per ultimo van dat jaar geen passiefpost mocht worden opgenomen. Het betoog dat op de fiscale balans wel een verplichting uit hoofde van het optierecht had mogen worden opgenomen, faalt.
Ten tijde van het toekennen van de optie vindt tot het bedrag van de waarde van de optie in NV X een informele kapitaalbreng plaats. Hieruit volgt dat er dan geen passiefpost op de balans verschijnt.
Mitsdien kan de foutenleer, nu deze leer is gebaseerd op het beginsel van de balanscontinuïteit, geen toepassing vinden. De uitoefening van het oprecht gaat buiten het fiscale resultaat van NV X om.

De hoge Raad heeft hier duidelijke taal gesproken en er kan geen misverstand over bestaan dat de waardeontwikkeling van het optierecht niet in de winstsfeer maar in de kapitaalssfeer valt.

De casus in het arrest 2001/161 (35.639) was als volgt:

In deze was aan de orde een NV X die met vier dochtermaatschappijen (waaronder BV A) een fiscale eenheid vormde. BV B had de grootste deel van de aandelen NV X in handen. De overige aandelen waren verhandelbaar op de op de Amsterdamse parallelmarkt.

In 1998 werden aan drie werknemers van de BV A optierechten op de aandelen BV B toegekend die in 1989 werden vervangen door optierechten op aandelen in NV X. De waarde van de optierechten op het moment van toekenning werd ten laste van de winst gebracht en wel in het boekjaar 1988/1989, de waarde was op dat tijdstip f1,4 miljoen..

In 1989 werden de optierechten door de werknemers uitgeoefend.

NV X plaatste nieuwe aandelen met een koers van f30,- bij BV B

De nieuw geplaatste aandelen werden vervolgens gecertificeerd. BV B verkocht toen de certificaten van aandelen voor de uitoefenprijs van f1,- per stuk door aan haar werknemers.

Vervolgens werd in het boekjaar 1991/1992 door BV A bij de uitoefening van de optierechten geleden verlies ad 1,4 miljoen dat reeds in het boekjaar 1988/1989 was genomen, ten laste van de winst van de fiscale eenheid gebracht.

Het hof 's Gravenhage oordeelde dat sprake was van en samenhangende rechtshandelingen die ten doel hadden om de werknemers in het bezit te stellen

Van nieuw uitgegeven aandelen in XNV X en dat waarde mutaties van de optieverplichting na de datum van toekenning van de optierechten geen invloed hadden op de fiscale winst.

De Hoge Raad verwierp het cassatie beroep van de belangende NV X en gaf als haar oordeel:

Het hof heeft geoordeeld dat enkel de waarde van de aan de werknemers toegekende rechten ten tijde van de optieverplichting bij de fiscale winstbepaling in aanmerking kan worden genomen, en dat waardemutaties van de rechten na die datum geen invloed hebben op de fiscale winst. Dit oordeel is juist. De houder van een optie op aandelen in de vennootschap die het optierecht heeft verleend, of, zoals in casu, in een met deze in een fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15 van de Wet op vennootschapsbelasting 1969 verbonden lichaam staat tot die vennootschap of dat verbonden lichaam in een rechtsbetrekking die zodanig overeenkomt met die van aandeelhouder dat alle transacties tussen hem en de vennootschap of dat verbonden lichaam op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer wordt afgewikkeld. Het waardeverloop van een optie heeft in zo'n geval derhalve geen invloed op het fiscale resultaat. Ook het resultaat op aandelen die zouden zijn ingekocht om aan de optieverplichting te voldoen, raakt de winstsfeer niet, aangezien die aandelen dan als ingetrokken dienen te worden beschouwd.

Met dit arrest heeft de Hoge duidelijke taal gesproken er kan geen misverstand meer over bestaan dat de waardeontwikkeling van het optierecht niet in de winstsfeer maar in de kapitaalssfeer valt en dat er in casu sprake is van eigen vermogen

OPMERKINGEN NAAR AANLEIDING VAN DE 21 FEBRAURI ARRESTEN.

Opmerking verdient dat met de 21 februari arresten niet alle vragen zijn beantwoord. In de arresten kwam niet aan de orde het geval dat een vennootschap opties verstrekt niet op eigen aandelen, maar op aandelen in een andere tot het concern behorende vennootschap.

Voor de moeder maatschappij maakt het geen verschil of zij de opties toekent, maar door haar dochter, het uiteindelijk door haar gemiste agio vergoed krijgt of dat de dochter maatschappij de opties toekent en bij de uitoefening door de werknemer de aandelen tegen werkelijke koers van de moeder maatschappij verkrijgt.

Dit zal zich met name voordoen in dien de moedermaatschappij op de beurs is genoteerd en de optie gerechtigde, de werknemers, wanneer zij hun optierechten inzilveren hierdoor goed verhandelbare (in de moedermaatschappij) verkrijgen.

In deze beide situaties verkrijgt de moeder maatschappij uiteindelijk de werkelijke waarde van de aandelen die door zijn uitgegeven en wordt het verlies bij de dochter geleden.

Sluit was ook hier het oordeel van de Hoge Raad in haar arrest van 8 maart 2002 .

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat ook indien de waarde verandering van de optie verplichting niet de vennootschap aangaat die het optierecht heeft verleend, maar een dochter die moet worden aangemerkt als een met de optie verstrekkende vennootschap verbonden lichaam, de waarde verandering geen invloed heeft op het fiscale resultaat. Aftrekbaar blijft de waarde van de verstrekte opties en wel op het moment van het toekennen daarvan.

KAMER VRAGEN NAAR AANLEIDING VAN DE 21 FEBRUARI ARRESTEN.

Naar aanleiding van de 21 februari arresten zijn Kamer vragen gesteld
Bij brief aan de Tweede Kamer van 23 maart 2001 zijn deze beantwoord.noot

Hieronder wordt in het kort de antwoorden weergegeven.

De staatssecretaris heeft zich beraad op de verschillende aspecten van 21 februari arrest waarin gekomen wordt tot een gelijke behandeling van bestaande en nieuwe aandelen voor de vennootschapsbelasting.

Tot de zomer 2001 had de staatssecretaris de volgende toezeggingen gedaan.

1.inkopen van bestaande aandelen ter voldoening van de optieverplichting voor 21 februari 2001 vallen in de winstfeer en dus zijn de kosten die hiermee verbonden zijn aftrekbaar.

Vanaf 21 februari 2001 beschouwde de staatssecretaris een inkoop als een intrekking.

2. de arresten zouden geen gevolgen hebben voor de dividend- en de kapitaalsbelastingvoor inkoop van bestaande aandelen voor 21 februari 2001. Op het opgewekte vertrouwen konden de belastingplichtigen dus een beroep doen. Dit beleid werd voort gezet tot 1 juli 2001 en gold ook voor de surtax bepaling in de vennootschapsbelasting.

3.Het was beleid van de fiscus dat bij toekenning geen informele kapitaalstorting werd gezien en dus geen heffing van kapitaalsbelasting.
Er kwam een wijziging in dat beleid na 1 juli 2001.

Na de beantwoording van de staatssecretaris heerste nog onzekerheid bij het bedrijfsleven.Men vroeg zich af wat er na 1 juli zou gebeuren. Zou de staatssecretaris de inkoop van aandelen als een tijdelijke beschouwen en zou hieraan terugwerkende kracht worden verleend.

Zoals nader zal blijken zijn deze vragen en onzekerheden via de nieuwe wetgeving met de invoering van artikel 10c opgelost.

REACTIE OP DE 21 FEBRUARI ARRESTEN. INVOERING VAN ARTIKEL 10 C WET OP DE VENNOOTSCHAPSBELASTING 1969

In deze arresten heeft de Hoge Raad aangegeven dat indien een vennootschap eigen aandelen inkoopt om aan een optieverplichting te voldoen, de ingekochte aandelen als ingetrokken dienen te worden beschouwd.

Dat wil zeggen dat de ingekochte aandelen niet als tijdelijke belegging worden beschouwd.

Dit oordeel van de Hoge Raad heeft in de fiscale wereld tot enige beroering geleid.

Dit omdat de Hoge Raad met de voordien heersende opvatting brak dat een vennootschap in het kader van een afdekking van een optieverplichting jegens de werknemer eigen aandelen als een tijdelijke belegging kan inkopen. Voor de Dividendbelasting, kapitaalbelasting en de surtax heeft het oordeel van de Hoge Raad verstrekken de gevolgen. De gevolgen voor de dividendbelasting zijn dat ter zake de inkoop dividendbelasting moet worden afgedragen over het verschil tussen de inkoopprijs en het gemiddelde op de aandelen gestorte kapitaal. Deze dividendbelasting zal de inkoopende vennootschap veelal voor eigenrekening moeten nemen nu dergelijke inkoop doorgaans via een effectenbeurs worden gerealiseerd. De gevolgen voor de kapitaalsbelasting zijn dat wanneer deze ingekochte aandelen weer in omloop komen, ter zake van de her uitgifte kapitaalsbelasting verschuldigd is. De door de Hoge Raad gegeven beslissing ter zake de inkoop kan ook gevolgen hebben voor de surtax namelijk wanneer de inkoop al dan niet in samenhang met regelrechte winstuitdelingen de begrenzings van de surtax-regeling overschrijdt. Al deze gevolgen zijn voor de staatssecretaris aanleiding geweest zich te beraden over een (wettelijke) oplossing om deze gevolgen te beperken en om vooruitlopend daarop het beleid van de arresten te continueren. Noot

Op 31 augustus 2001 is het voorstel van wet houdende wijziging van belastingwetten in verband met dividendstripping en het verlenen van optierechten aan werknemers aan de Tweede Kamer aangeboden. (kamerstuk 27 896)

Het wetsvoorstel hield maatregelen in tegen dividendstripping en daar naast wetgeving naar aanleiding van de gewezen jurisprudentie op het terrein van de inkoop van aandelen ter afdekking van optieverplichtingen. noot

Het voorstel ging uit van de heersende opvatting voor het door de Hoge Raad gewezen arresten namelijk dat inkoop ter voldoening van de optie verplichting een tijdelijke belegging mogelijk is. Dit is gebeurd een bepaling in de wet op te nemen: door reeds bestaande verwijzing geldt dit ook voor de surtax en voor de kapitaalsbelasting is dit gebeurd door te bepalen dat een her uitgifte van ingekochte aandelen te dekking van een werknemers optie niet tot verschuldigdheid van belasting leidt.

Deze bepaling behelst nu het thans ingevoerde artikel 10c van de wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Artikel 10c luidt: Noot

1 Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking voordelen uit hoofde van als tijdelijke belegging eigen aandelen en aandelen in een vennootschap die voor tenminste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.

2. Inkoop van eigen aandelen en van aandelen in een verbonden vennootschap als bedoeld in artikel 10a zevende lid, van de Wet op de loonbelasting 1964, met het oog op de nakoming van een optieverplichting jegens personeel van de eigen onderneming of de onderneming van de verbonden vennootschap is een tijdelijke belegging tot drie maanden na het teniet gaan van de optieverplichting. Voor zover deze tijdelijke belegging nog niet onder de werkingssfeer van het eerste lid valt, is dat lid toch van toepassing.

3. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder een optieverplichting verstaan een verplichting die de tegenhanger is van een recht om een of meer aandelen of daarmee gelijk te stellen rechten te verwerven, of van een recht dat daarmee gelijk te stellen is.

4 Voor de toepassing van dit artikel wordt met een aandeel als bedoeld in het eerste lid gelijk gesteld een recht om een zodanig aandeel te verwerven alsmede een recht waarvan de waarde direct of indirect verband houdt met de waardeverandering van een zodanig aandeel.

Dit artikel is ingevoerd bij de wet van 13 juli 2002, Stb 2002,396.(Wijziging van belastingwetten in verband met dividend stripping en het verlenen van optierechten aan werknemers.)

Artikel 10c is in werking getreden op 29 augustus 2002.

De oorspronkelijke tekst van dit artikel bleef beperkt tot een specifieke regeling waarin uit hoofde van tijdelijke beleggingen op in het kader van aan werknemers verleende optierechten, ingekochte eigen aandelen, buiten de winst bleven.

Artikel 10c bevat naast een specifieke regeling in lid 2 tevens een generieke regeling (artikel 10c lid 1)

Er is tijdens de parlementaire behandeling een derde lid toegevoegd, waarin het begrip optieverplichting is omschreven.

Tenslotte is bij wet van 11 december 2002 Stb.2002,613 (houdende wijzigingen van belastingwetten c.a.) een vierde lid toegevoegd.

Hiermee is artikel 10c ook van toepassing op derivaten op eigen aandelen.

TOELICHTING

Uit het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2001, nummer 35.639 (BNB 2001/161) bleek een ongewenst gevolg voort te komen. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt had de Hoge Raad namelijk beslist dat indien een vennootschap eigen aandelen inkoopt om aan een optieverplichting te voldoen, de ingekochte aandelen als ingetrokken dienen te worden beschouwd.

De ongewenste effecten die hierbij optraden voor de dividendbelasting, de kapitaalbelasting en de surtax zijn ongedaan gemaakt door een tijdelijke belegging aan te nemen.

In dit artikel is de tijdelijke inkoop van eigen aandelen voor de vennootschapsbelasting geregeld.

Het eerste lid heeft betrekking op de tijdelijke inkoop in het algemeen.

In het tweede is vastgesteld een specifieke regeling op tijdelijke inkoop met het oog op werknemers opties. Hierdoor wordt derhalve ook voor de vennootschapsbelasting aan genomen dat tijdelijke inkoop ter afdekking van een werknemersoptie verplichting mogelijk is.

Gelet op het bijzondere karakter van eigen aandelen lopen de opbrengsten van een tijdelijk belegging daarin en het koersverloop van deze belegging niet via de winst- en verliesrekening.

Geregeld is nu in lid 1 dat niet alleen situaties waarin nadien eigen aandelen rechtstreeks worden ingekocht, maar dit lid regelt ook de situatie waarin deze inkopen via een (klein)dochter lopen; een dochtermaatschappij koopt aandelen in de moedermaatschappij

De wetgever heeft het tweede lid zodanig geformuleerd dat naast de situatie waarin een maatschappij aan eigen werknemers een optie toekent op eigen aandelen en zich indekt door van derden eigen aandelen te kopen, daaronder ook de situatie valt waarin een dochter maatschappij aan eigen werknemers een optierecht op aandelen in haar moedermaatschappij toekent en zich indekt door aandelen in de moedermaatschappij op de beurs of op andere wijze te kopen. Ook is in nieuwe artikel geregeld de situatie waarin een moeder maatschappij aan een werknemer van een dochter maatschappij een optierecht toekent op aandelen in de moedermaatschappij of in de dochtermaatschappij valt onder de werksfeer van het tweede lid.

Ook onder het tweede lid valt de uitzonderlijke situatie die zich voordoet wanneer een maatschappij werknemersopties toekent op aandelen in een zuster maatschappij. Deze bepaling in het tweede lid, tweede volzin, was nodig omdat een tijdelijke inkoop van aandelen in een zustermaatschappij niet valt onder de werkingssfeer van het eerste lid

Nu is afzonderlijk bepaald dat het eerste lid toch van toepassing is indien de tijdelijk inkoop van aandelen van een zustermaatschappij plaatsvindt in het kader van een werknemersoptie plan. Noot

De staatssecretaris vermeld in de Memorie van Toelichting dat hij ook vindt dat het resultaat van de 21 februari arresten op zich evenwichtig is - er mag namelijk geen verschil bestaan ter zake de te belasten winst bij het lichaam, of de optieverplichting betrekking heeft op nieuwe aandelen dan wel op bestaande aandelen en of de vennootschap zich al dan niet heeft ingedekt door inkoop van eigen aandelen - was er een bepaling nodig die zeker stelt dat het waardeverloop van de ingekochte aandelen en de op die aandelen genoten dividenden niet via de verlies- en winstrekeninglopen. Dit had de Hoge Raad namelijk bereikt door de aankoop van aandelen als intrekking aan te nemen.

Artikel 10c was dus nodig om te voorkomen dat de redenering zou worden gevolgd dat hetgeen in dat artikel voor de voor de dividend belasting is bepaald automatisch zou doorlopen naar de vennootschapsbelasting.

De wet legt dus grotendeels vast hetgeen voor de het wetsontwerp van de wet reeds gold.

In lid 2 is geregeld en ligt in de lijn de lijn van het arrest van de Hoge Raad van 8 maart 2002, dat dit artikel ook geldt voor rechten om aandelen of winst bewijzen van de vennootschap zelf of een met haar verbonden vennootschap zoals bedoeld in artikel 10a zevende lid wet Loonbelasting 1964 of daarmee gelijk te stellen rechten te verwerven.

Het artikel heeft ook betrekking op opties die door de moeder maatschappij worden verstrekt op aandelen in een dochter maatschappij.

Veel wat over de aftrek van de optieverplichtingen onduidelijk was is door de invoering van het artikel beslecht.

Duidelijkheid bestaat dat alle met de opties verstrekken handelingen zoals het verlenen van opties door de wetgever aan de werknemer, de uitoefening van die opties en het indekken van de optieplichting door de verstrekken vennootschap een aftrek wordt verleend die gelijk is aan het in artikel 15 uitvoeringsregeling Loonbelasting 1964 forfaitair bepaalde bedrag . noot

Er dient te worden gewezen dat het nieuwe artikel niet alles bepaald. Zoals het geval wanneer een vennootschap opties aan haar werknemers verstrekt en die optieplichting afdekt door bestaande aandelen in te kopen maar de opties door de werknemers niet worden uitgeoefend. Het vermoedelijke op die ingekochte aandelen geleden verlies kan niet in aftrek worden gebracht. Het resultaat is dat door de werknemer wel loonbelasting is betaald maar geen voordeel heeft genoten en aan de andere kant voor de verstrekken vennootschap wel kosten, maar die kosten zijn beperkt tot het forfaitaire bepaalde bedrag van de Loonbelasting.

SLOT

Met de arresten van de Hoge Raad van 21 februari 2001 en de invoering van artikel 10c als reactie op deze arresten zijn veel van de openstaande vragen en de onzekerheden weg genomen en is in de ontwikkeling van het verlenen van optierechten aan werknemers in rustig vaarwater terechtgekomen

Althans zo lijkt het.

Inmiddels is er in de literatuur geluiden te vernemen die het rustig vaarwater weer in beweging brengen. Noot

Ook zijn aanverwante ontwikkelingen ter zake optierechten in dit stuk niet ter sprake gekomen. Noot

Hoe dan ook, bij het verlenen van optierechten aan werknemers blijft oplettendheid geboden. Noot.

Hierbij is waarschijnlijk het laatste woord nog niet gezegd. Hiertoe verwijs ik naar de ontwikkelingen die zijn ontstaan met en bij de invoering van artikel 9 lid 1 onderdeel i van de wet op de vennootschapsbelasting 1969. Noot

Het komt mij voor dat zulk een ontwikkeling zich zal herhalen.

Het verstrekken van opties blijft voor juristen een boeiend onderwerp. Noot

Alphen aan den Rijn,
Oktober 2003

Disclaimer

Dit werkstuk is door ondergetekende opgesteld in het kader van een universitaire studie en dateert uit 2003. Het document is uitsluitend bedoeld ter informatie en ter illustratie van de destijds geldende fiscale en juridische inzichten met betrekking tot werknemersopties.

Hoewel delen van de inhoud nog steeds relevant kunnen zijn, dient er rekening mee te worden gehouden dat wet- en regelgeving, jurisprudentie, beleid en uitvoeringspraktijk sinds 2003 kunnen zijn gewijzigd. Aan de inhoud van dit werkstuk kunnen daarom geen rechten worden ontleend.

Het werkstuk vormt nadrukkelijk geen fiscaal, juridisch, notarieel of financieel advies. Voor een beoordeling van een concrete situatie wordt aanbevolen deskundig advies in te winnen op basis van de actuele wet- en regelgeving.

© 2008 – Paul Vijzelman. Publicatie op deze website geschiedt uitsluitend ter informatie en educatieve doeleinden.

Voor extra bescherming kunt u nog toevoegen:

De auteur aanvaardt geen aansprakelijkheid voor enige schade, direct of indirect, die voortvloeit uit het gebruik van de informatie in dit document of uit beslissingen die op basis daarvan worden genomen.