

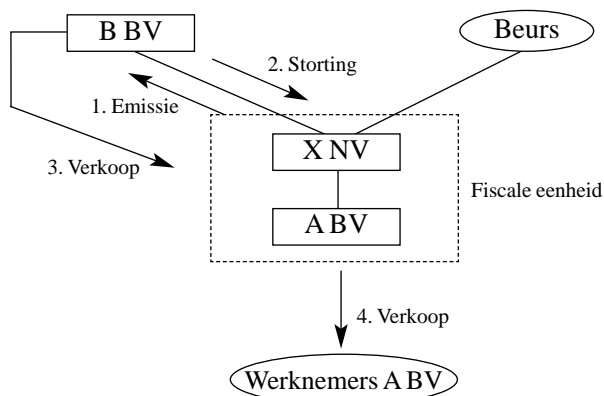
# Stockoptie-arresten

## Inleiding

Op 21 februari 2001 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen omtrent de fiscale behandeling van optierechten verleend aan werknemers. Inzet bij beide procedures was de vraag of de werkgever in de sfeer van de vennootschapsbelasting een aftrekpost kan claimen op grond van een *waardestijging* van optieverplichtingen. De Hoge Raad oordeelt dat een dergelijke aftrekpost niet mogelijk is. Enkel de waarde van de optierechten ten tijde van de optieverlening kan in aftrek komen bij de fiscale winstbepaling. Waardemutaties van de rechten na die datum hebben geen invloed op de fiscale winst. De arresten betekenen voor het Nederlandse bedrijfsleven een forse tegenvaller. Verder leidt het oordeel van de Hoge Raad tot (onverwachte) consequenties op het terrein van de dividendbelasting en kapitaalsbelasting.

### Korte samenvatting van de feiten (zaaknr. 35.639)

In het geval met zaaknummer 35.639 betrof het opties op (certificaten van) beursgenoteerde aandelen. De opties waren niet toegekend door de beursvennootschap zelf (X NV), doch door een dochtervennootschap (tevens werkgever). Deze dochtervennootschap (A BV) was echter met X NV in een fiscale eenheid gevoegd, zodat in de procedure moeder en dochter als één en dezelfde partij werden aangemerkt. De opties waren toegekend aan drie werknemers in 1988. Zij gaven (per werknemer) recht op 1% van het aandelenkapitaal in X NV. De waarde bij toekenning (NLG 1,4 miljoen) was in aftrek gebracht bij de winstberekening in dat jaar. In 1992 zijn de opties uitgeoefend. De afwikkeling van de opties kan samengevat als volgt worden weergegeven:



Stap 1: X NV geeft nieuwe aandelen uit aan haar grootaandeelhouder (B BV).

Stap 2: B BV stort per aandeel NLG 30, zijnde de beurskoers op dat moment.

Stap 3: A BV koopt de betreffende aandelen van B BV voor een koopprijs van NLG 30 per aandeel.

Stap 4: Ter voldoening aan haar verplichtingen uit hoofde van de optierechten verkoopt A BV de aandelen aan de werknemers voor een koopprijs van NLG 1.

Per aandeel leed A BV derhalve een verlies van NLG 29. Voor het gehele aandelenpakket kwam dit uit op een verliesbedrag van ruim NLG 2,7 miljoen. Hiervan was in 1988 (jaar van toekenning) al NLG 1,4 miljoen in aftrek gekomen. Het saldo (ruim NLG 1,3 miljoen) wensten A BV en X NV in mindering te brengen op de fiscale winst in het jaar van uitoefening van de optierechten (1992).

### Optiehouder is aandeelhouder

De Hoge Raad doet de zaak kort en bondig af met de volgende twee overwegingen:

‘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 de 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 die vennootschap of dat verbonden lichaam op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer worden afgewikkeld. Het waardeverloop van een optie heeft in zo’n geval derhalve geen invloed op het fiscale resultaat.’

Een nadere motivering ontbreekt, hetgeen erop kan duiden dat binnen de Hoge Raad verschillende visies werden aangehangen. Op het eerste gezicht valt er voor het oordeel van de Hoge Raad wel wat te zeggen. Twee argumenten die het oordeel van de Hoge Raad ondersteunen, worden genoemd in de conclusie van advocaat-generaal Van Kalmthout. In de eerste plaats wijst hij op de behandeling van kapitaalstortingen die een vennootschap op uitgegeven aandelen ontvangt.

Deze stortingen vormen het eigen vermogen van de vennootschap. De rechten van aandeelhouders op dit gestorte vermogen leveren in fiscale zin geen verplichtingen op die tot het vreemde vermogen van de vennootschap zijn te rekenen. De aanspraken die optiehouders hebben op de vennootschap, zijn niet wezenlijk anders en niet sterker dan die van aandeelhouders. Deze lijn doortrekkend ziet hij geen wezenlijk verschil voor de vennootschapsbelasting tussen de rechten van aandeelhouders en de rechten van personen die recht hebben op de verwerving van nieuwe aandelen. De optiehouder is 'aandeelhouder in wording' en ten aanzien van hem geldt a fortiori wat ten aanzien van de aandeelhouder geldt.

Het tweede argument betreft de samenhang tussen de vennootschapsbelasting (werkgever) en de inkomstenbelasting (werknemer). Wanneer werkgever en werknemer voor fiscale doeleinden op een met elkaar samenhangende wijze worden behandeld, heeft de aftrekpost ter zake van een optie voor de werkgever in de vennootschapsbelasting dezelfde omvang als het bedrag dat bij de werknemer ter zake van die optie als loon wordt belast. Of anders gezegd, wat bij de één niet belast wordt, behoort bij de ander geen aftrekpost te zijn. Samenhang tussen vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting is in de jurisprudentie eerder als richtinggevend aangemerkt. Als voorbeeld kan worden genoemd de winst die de houder van een converteerbare obligatie bij conversie behaalt. Deze winst was (tot 2001) niet onderworpen aan inkomstenbelasting en om die reden heeft de Hoge Raad aan de vennootschap die de obligaties heeft uitgegeven geen aftrekpost ter zake van de conversie willen geven (HR 19 juni 1996, BNB 1996/299 en 300). Uit de hiervoor weergegeven passage van het arrest blijkt duidelijk dat het eerstgenoemde argument (de optiehouder is 'aandeelhouder in wording') door de Hoge Raad in stelling wordt gebracht. Het argument van de samenhang wordt niet genoemd. Overigens heeft de wetgever zelf een inbreuk gemaakt op het beoogde evenwicht ten aanzien van werknemersopties. Uitoefening van de optie binnen drie jaren na toekenning leidt immers tot belastingheffing bij de werknemer over het gehele optieresultaat (inclusief de winst behaald bij uitoefening), terwijl de werkgever slechts de waarde van de optie 'aan het begin van de rit' (moment van toekenning) kan aftrekken. Dezelfde asymmetrische behandeling geldt als de werknemer gebruik maakt van de recent geïntroduceerde keuzemogelijkheid om niet bij toekenning maar bij uitoefening van de optie belast loon in aanmerking te nemen.

#### **Inkoop van aandelen ter afdekking van optieverplichtingen**

Toch geldt de slotsom van de Hoge Raad als zeer verassend. De gebezigde grondslag (optiehouder is 'aandeelhouder in wording') zag, naar algemeen werd aangenomen, op situaties waarin de afwikkeling van de optie bestaat uit de uitgifte van *nieuwe* aandelen bij uitoefening van de optie. De advocaat-generaal komt tot een andere slotsom dan de Hoge Raad in het geval de vennootschap (reeds bestaande) aandelen inkoop en deze vervolgens aan de optiehouder doorverkoopt bij uitoefening van het optierecht. Op grond van relatief oude jurisprudentie (HR 14 november 1956, BNB 1957/20) geldt als hoofdregel dat de inkoop van aandelen voor fiscale doeleinden als kapitaalvermindering geldt. Kortweg betekent dit dat de koopsom die de vennootschap betaalt in fiscale zin als dividend geldt voorzover die koopsom het op de aandelen gestorte kapitaal overtreft. Als de vennootschap vervolgens deze aandelen doorverkoopt aan een werknemer die opties heeft uitgeoefend, is fiscaalrechtelijk sprake van een herplaatsing van aandelen en het bijeenbrengen van nieuw kapitaal. Slechts bij uitzondering is het volgens BNB 1957/20 mogelijk dat de ingekochte aandelen als bezitting op de fiscale balans opgenomen kunnen worden, namelijk in geval van een beursvennootschap die zijn eigen aandelen als voorbijgaande belegging verwerft. In casu was sprake van beursgenoteerde (certificaten van) aandelen. Aangezien de aandelen prompt werden doorverkocht aan de optiehouders, lijkt het zeer wel verdedigbaar dat sprake was van een verwerving van voorbijgaande aard. De advocaat-generaal zelf brengt echter al een duidelijke nuancering aan bij de toepassing van de uitzondering genoemd in BNB 1957/20. Hij is van mening dat een inkoop van aandelen ter afdekking van optieverplichtingen aan werknemers alleen dan als uitzonderingsgeval kan worden aangemerkt, wanneer de aandelen ook los van die optieverplichtingen vatbaar zijn voor de wederverkoop. Niet duidelijk wordt waaruit die verkoopbaarheid moet blijken. Hoe dan ook, de Hoge Raad kiest voor een radicaal andere benadering en voegt aan de hiervoor reeds genoemde overwegingen de volgende toe:

'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.'

Uit de stellige wijze waarop de Hoge Raad dit formuleert, volgt dat het in het geheel niet mogelijk is de uitzonderingssituatie als bedoeld in BNB 1957/20 toe te passen bij inkoop ter afdekking van optieverplichtingen. Deze opvatting staat lijnrecht tegenover die van de advocaat-generaal, alsmede de algemene opvatting verkondigd in de literatuur. Het oordeel van de Hoge Raad komt onverwacht en vormt een onaangename verrassing voor de fiscale praktijk. Immers, ook de Staatssecretaris van Financiën had bij herhaling verkondigd dat de inkoop van aandelen ter afdekking van optieverplichtingen in de winstsfeer plaatsvindt. Deze uitlatingen vonden echter vrijwel alle plaats in het kader van wetgevend overleg en volgens de heersende opvatting kan dit niet een in rechte te beschermen vertrouwen opleveren. Er bestaat evenwel een brief van 1 september 1987 waarin de Staatssecretaris van Financiën vragen beantwoordt over het beleid inzake aandelenopties. Hij stelt in deze brief onder meer dat de uitgifte en uitoefening van optierechten niet tot enige aftrek in de vennootschapsbelasting leidt indien ter zake van de uitoefening *nieuwe* aandelen worden uitgegeven (mijn cursivering, WB). Deze opmerking is alleen dan begrijpelijk als ten aanzien van *bestaande* aandelen iets anders geldt. In 1989 is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel vrijstelling aandelenoptierechten door de Tweede Kamer op dit punt gevraagd om een nadere argumentatie. Daarop heeft de staatssecretaris gereageerd met (onder meer) de opmerking dat 'naar gangbare opvatting' sprake is van een bedrijfslast wanneer de vennootschap eigen aandelen inkoop. Tegen deze achtergrond lijkt het pleitbaar de vertrouwensleer in te roepen. Of de Hoge Raad bereid is in deze situaties het vertrouwensbeginsel toe te passen, zal voorshands onduidelijk blijven, aangezien er in de procedure geen beroep op is gedaan.

### Het tweede optie-arrest (zaaknr. 35.075)

In de procedure met zaaknr. 35.075 betrof het opties op nieuwe aandelen die in 1989 aan werknemers waren toegekend. De opties werden in 1992 uitgeoefend. Van een beursnotering was geen sprake. De werkgever claimde primair een aftrekpost in 1992. De Hoge Raad wijst dit af met dezelfde overweging als in de hiervoor genoemde procedure (zaaknr. 35.639). Subsidiair meende de werkgever dat in het jaar van uitoefening alsnog een aftrekpost kon worden toegepast met toepassing van de foutenleer, nu zulks achterwege was gebleven in het eerdere jaar dat de opties waren toegekend. De Hoge Raad overweegt:

'Ten tijde van het toekennen van de optie vindt tot het bedrag van de waarde van de optie in belanghebbende 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.'

### Gevolgen voor de praktijk

Ondanks dat de Hoge Raad met deze optie-arresten een knoop heeft doorgehakt, doet zijn jurisprudentie een aantal vragen rijzen die belemmerend voor de praktijk zullen werken. Samenvattend kan uit de arresten en de huidige regelgeving de volgende systematiek worden afgeleid:

- de toekenning van opties op *nieuwe* aandelen aan een werknemer als zodanig leidt tot een aftrekpost voor de vennootschapsbelasting (deze is sinds de wet van 1 november 1993 gemaximeerd tot het bedrag dat bij de werknemer als loon in aanmerking wordt genomen of is vrijgesteld krachtens de Wet op de loonbelasting 1964; zie art. 9 lid 1 onderdeel i Wet op de vennootschapsbelasting 1969, hierna: Wet Vpb 1969);
- hetzelfde geldt voor de toekenning van opties op *bestaande* aandelen (ook die aftrekpost is gemaximeerd sinds de wet van 24 juni 1998, die leidde tot een uitbreiding van de reikwijdte van art. 9 lid 1 onderdeel i Wet Vpb 1969);
- nog onduidelijk is of bijzondere aftrekbeperkingen deze aftrekpost ongedaan kunnen maken (bijvoorbeeld indien de opties betrekking hebben op buitenlandse deelnemingen en onder de reikwijdte van art. 13 lid 1 Wet Vpb 1969 vallen);
- duidelijk is wel dat er geen ruimte is voor een additionele aftrekpost in verband met waardemutaties van de opties die zich voordoen na het moment van toekenning;
- de aftrekpost bij toekenning komt niet tot uitdrukking in de boeken (extracomptabel);
- bij toekenning van de optie wordt als het ware het bedrag dat als loon in natura in aanmerking is genomen in de vennootschap teruggestort in de vorm van informeel kapitaal. Per saldo wordt het vermogen van de vennootschap derhalve niet verminderd of vermeerderd;
- deze teruggestorting in de vorm van informeel kapitaal is onderworpen aan kapitaalsbelasting, tenzij geen sprake is van een verhoging van het economisch potentieel van de aandelen. De Hoge Raad laat zich hierover niet uit. Als de Hoge Raad de

- kwalificatie van informele kapitaalstorting had willen beperken tot louter de vennootschapsbelasting, had het voor de hand gelegen dat een aanwijzing daartoe in zijn arrest was opgenomen;
- als de vennootschap bestaande aandelen inkoop ter afdekking van haar optieverplichtingen, moeten die aandelen als ingetrokken worden beschouwd. Voorzover de koopsom meer bedraagt dan het fiscaal erkende kapitaal is sprake van een dividend. Dit dividend is onderworpen aan dividendbelasting (25%). Ingeval sprake is van beursgenoteerde aandelen, bestaat het risico dat de dividendbelasting gebruteerd dient te worden door de inkopende vennootschap (betaalde beurskoers is inclusief het bedrag aan netto-dividend);
  - de intrekking betekent tevens dat wanneer vervolgens de ingekochte aandelen aan de werknemer verkocht worden tegen de optie-uitoefenprijs, de vennootschap op die ingekochte aandelen geen belastbaar resultaat behaalt. Ook hier geldt dus een samenhang: op de passiefzijde van de balans is geen waardemutatie te constateren en het daarmee verband houdende bezit (het ingekochte aandelenpakket) is in fiscale zin geen bezitting, zodat bij de verkoop ook geen verkoopresultaat te constateren valt;
  - verkoop van ingekochte aandelen die als ingetrokken moeten worden beschouwd, geldt echter fiscaal als herplaatsing, hetgeen (voor de tweede maal) aanleiding geeft tot heffing van kapitaalsbelasting.

In de praktijk is veelvuldig vertrouwd op de stelling van de staatssecretaris dat de inkoop van aandelen ter afdekking van optieverplichtingen jegens werknemers als een tijdelijke belegging kon gelden. Men ging er dus van uit dat een dergelijke inkoop zonder heffing van dividendbelasting kon plaatsvinden. In de arresten van de Hoge Raad ligt besloten dat dit met dezelfde resoluutheid als de geclaimde additionele aftrekpost voor de vennootschapsbelasting wordt afgewezen. Op de andersluidende visie van de staatssecretaris wordt niet ingegaan. Wellicht geldt ook hier als verklaring dat deze mededelingen zijn gedaan door de staatssecretaris als medewetgever, zodat zij niet bij belastingplichtigen het in rechte te beschermen vertrouwen hebben opgeroepen dat deze mededelingen gestand worden gedaan. De vraag rijst nu of de Belastingdienst terug kan komen op reeds gedane inkooptransacties (in de vorm van heffing van dividendbelasting en kapitaalsbelasting; in de praktijk zal de Belastingdienst niet akkoord zijn gegaan met de additionele aftrekpost in de vennootschapsbelasting

omdat bekend was dat daarover geprocedeerd werd). Naar mijn mening moet daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de Belastingdienst nadrukkelijk heeft bevestigd dat de inkoop als tijdelijke belegging zou gelden en gevallen waarin men alleen is afgegaan op de mededelingen van de staatssecretaris. Deze laatste groep zou dan niet 'beschermd' zijn, tenzij de Belastingdienst bereid is om via een aanschrijving of anderszins te verduidelijken dat ook in die gevallen de inkoop behandeld mag worden als een tijdelijke belegging.

### Is de optiehouder aandeelhouder?

Uit de overwegingen van de Hoge Raad kan licht de indruk ontstaan dat de optiehouder in het algemeen als aandeelhouder geldt voor toepassing van de fiscale wetgeving. De overwegingen zijn algemeen gesteld en zijn niet beperkt tot optierechten die aan werknemers zijn toegekend. De Hoge Raad gaat zelfs zover dat er bij het verstrekken van een optie informeel kapitaal gestort wordt, alhoewel op dat moment nog geheel niet vaststaat dat die opties ooit worden uitgeoefend en derhalve tot aandeelhouderschap zullen leiden. In hoeverre moet deze lijn doorgetrokken worden, bijvoorbeeld voor opties die niet aan werknemers zijn verstrekt? Geldt de optiehouder nu als een zodanig 'volwassen' aandeelhouder dat hij bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling deelachtig kan worden? Naar mijn mening is dit laatste niet het geval. Voor de deelnemingsvrijstelling geldt niet als toets dat men aandeelhouder is, maar dat men deelneemt in het gestorte kapitaal. Aandelen die nog niet bestaan, kunnen ook nog geen recht geven op de deelnemingsvrijstelling (HR 15 maart 1995, BNB 1995/177). Ook rijst de vraag of de 'intrekkingsleer' geldt wanneer de werkgever zijn optieverplichtingen afdekt door callopties te verwerven in plaats van aandelen. Staat de werkgever dan tegenover zichzelf in een relatie die zodanig overeenkomt met die van aandeelhouder dat alle transacties terzake buiten de winstsfeer worden afgewikkeld? Naar mijn mening is dat niet het geval en zal afwikkeling van die callopties wel tot belastbare winst aanleiding kunnen geven (waardoor de samenhang weer verdwenen is, want tegenover de winst behaald op die callopties staat een niet aftrekbaar verlies op de optieverplichting jegens de werknemer). Overigens zijn nog diverse zaken aanhangig bij de Hoge Raad waarin de fiscale gevolgen van opties aan de orde komen, zodat op termijn duidelijk zal worden in hoeverre de Hoge Raad de lijn van de 'aandeelhouder in wording' wil doortrekken.

### Samenvatting

De optie-arresten van 21 februari 2001 maken duidelijk dat de werkgever slechts fiscaal als aftrekpost in aanmerking kan nemen het bedrag dat bij de werknemer als loon is belast (of vrijgesteld). Er is geen ruimte voor verdere aftrek, ook niet als de opties recht geven op bestaande aandelen, zulks in tegenstelling tot expliciete toezeggingen daarover door de Staatssecretaris van Financiën tijdens (onder meer) de parlementaire behandeling van de wet van 26 juni 1998. Op het moment van optietoekenning vindt een informele kapitaalbreng plaats. Nog verrassender is de 'intrekkingsleer' van de Hoge Raad. Als de vennootschap aandelen inkoop ter afdekking van optieverplichtingen, is het niet mogelijk deze aandelen in fiscale zin als bezitting aan te merken. De aandelen gelden fiscaal als ingetrokken en kunnen niet als tijdelijke belegging worden aangemerkt. Dit impliceert een uitdeling bij inkoop die onderworpen is aan dividendbelasting. Bij verkoop van de ingekochte aandelen aan de werknemer die zijn opties uitoefent, worden de aandelen herplaatst en is kapitaalsbelasting verschuldigd. De introductie van de 'intrekkingsleer' is onverwacht. De intrekking is naar mijn mening ook niet een onafwendbaar gevolg (of oorzaak) van de plaatsing van de optieverplichting in de kapitaalsfeer. Een verklaring voor de 'intrekkingsleer' zou kunnen zijn dat de Hoge Raad de werkgever heeft willen behoeden voor een belasting op de waardeaan groei van ingekochte aandelen omdat de daarmee corresponderende waardeaan groei van de optieverplichting niet aftrekbaar is. Overtuigend is dit niet, want de werkgever die geld/vermogen aanwendt voor een ander doel dan de inkoop van aandelen, zal doorgaans wel belast zijn. Tot slot moet worden opgemerkt dat de arresten van de Hoge Raad betrekking hebben op situaties waarin de werkgever aan werknemers opties verstrekte op aandelen in de werkgever. Dit is niet altijd het geval. Met name bij concerns waarvan het hoofdkantoor buiten Nederland is gelegen, komt het vaak voor dat Nederlandse werknemers rechten krijgen om aandelen in de buitenlandse moeder te verwerven. De vraag of ook in deze situaties geen additionele aftrekpost voor de vennootschapsbelasting mogelijk is, is nog onbeantwoord. Ook is het onduidelijk of de 'intrekkingsleer' analoog moet worden toegepast als de Nederlandse dochter aandelen in de buitenlandse moeder verwerft ter afdekking van de optieverplichtingen. Is dan sprake van een middellijke inkoop die doorwerkt op het niveau van de dochter?

*Mr. W. Bon  
Loyens & Loeff*