

BELONING & BELASTING



Vakblad gespecialiseerd in loonheffingen

Dit artikel wordt u aangeboden door Beloning & Belasting

Beloning & Belasting is hét vakblad voor professionals die op de hoogte willen zijn en blijven van de ontwikkelingen met betrekking tot loonbelasting en sociale verzekeringen. Beloning & Belasting biedt praktijkgerichte informatie over wetgeving, beleid en jurisprudentie. Dat is aangevuld met commentaren van deskundigen en lezersvragen. In Beloning & Belasting staat onmisbare informatie voor onder andere belastingadviseurs, accountants, boekhouders en HR-managers.

Dit kunt u verwachten van Beloning & Belasting:

- 12x per jaar vakblad - digitaal en/of op papier
- maandelijkse nieuwsbrief per e-mail
- informatie die u direct in de dagelijkse praktijk kunt gebruiken
- toegang tot online database
- laatste vier vakbladen offline beschikbaar op tablet.

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/beloning-belasting/abonneren/>

© 2021 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Lita Mannoe¹

Het nieuwe wetsvoorstel werknemersopties: de keuze is reuze!

2021-0117

Eindelijk is het dan zover! Ter consultatie² ligt momenteel het reeds in 2019 aangekondigde fiscale wetsvoorstel, waarmee het heffingsmoment voor werknemersopties kan worden verschoven naar het moment waarop de aandelen *verhandelbaar* zijn. Populair gezegd dus: heffing wanneer er ‘gecasht’ mag worden. Anders dan eerder aangekondigd, ziet het voorstel niet enkel op werknemersoptierechten bij start-up en scale-up bedrijven. Het moet een algemene werking krijgen, en dus bijvoorbeeld ook bij beursgenoteerde ondernemingen kunnen worden toegepast. Terug van weggeweest is: een keuzerecht. Dat hadden we al een tijd niet meer gezien. In dit artikel ga ik in vogelvlucht door de voorgestelde wetgeving en geef ik mijn visie op mogelijke knelpunten.

Voorgestelde ingangsdatum en overgangsrecht

De voorgestelde ingangsdatum van de nieuwe regeling is 1 januari 2022. Zij moet gaan gelden voor alle werknemersoptierechten die de loonsfeer vóór 1 januari 2022 nog niet hebben verlaten. Kort gezegd betekent dit dat optierechten die dan nog niet zijn uitgeoefend, onder de nieuwe regeling zullen vallen. De regeling ziet enkel op optierechten, en geldt dus onder meer niet wanneer een start-up haar werknemers direct aandelen verstrekt (bijvoorbeeld via “restricted shares”). De thans geldende faciliteit voor werknemersoptierechten bij start-ups met een S&O-startersverklaring³ vervalt per 1 januari 2022.

Definitie werknemersoptierecht

Allereerst zal vastgesteld moeten worden of een aandelenoptierecht onder de fiscale regeling voor *werknemersoptierechten* valt. Artikel 10a, leden 6 en 7 van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB) bepaalt dat onder een aandelenoptierecht wordt verstaan: “Een recht om één of meer aandelen of daarmee gelijk te stellen rechten te verwerven in de inhoudingsplichtige vennootschap of in een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap, of een daarmee gelijk te stellen recht.” Als een aandelenoptierecht niet aan deze definitie voldoet, zal het heffingsmoment zich normaliter voordoen wanneer het optierecht onvoorwaardelijk wordt.

Korte geschiedenis van het aandelenoptierecht

In de tweede helft van de vorige eeuw verstrekten vooral Amerikaanse en Engelse bedrijven aandelenoptierechten aan hun werknemers. Geleidelijk aan is dit

beloningsinstrument ook door Nederlandse bedrijven overgenomen. Hoewel minister-president Kok in dit verband eind jaren ‘90 nog sprak over ‘exhibitionistische zelfverrijking’, zijn werknemersopties nu een zeer gebruikelijk beloningsbestanddeel voor de moderne werkgever. Vooral bij start- en scale-ups vormen optierechten een belangrijk onderdeel van het beloningspakket, omdat dit soort bedrijven bij gebrek aan liquide middelen veelal geen hoog salaris in cash kunnen aanbieden. Ter compensatie hiervan, en ook om hun werknemers voor langere tijd aan zich te binden, verstrekken zij dan omvangrijke aandelenoptierechten, dan wel andere vormen van aandelengerelateerde beloningen. Het uiteindelijke doel van de relatie met de aandeelwaarde is om de werknemer te laten meedelen in toekomstige successen van de startende onderneming.

Heffing werknemersoptierechten in Nederland tot heden

De Nederlandse belastingwetgeving omtrent werknemersoptierechten heeft zich mettertijd ontwikkeld, en is door de jaren heen diverse malen aanzienlijk gewijzigd. Een kort overzicht op hoofdlijnen:⁴

- 1985-1987: geen heffing indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan;
- 1987-1998: heffing op het moment van toekenning, of van onvoorwaardelijk worden. De waarde wordt bepaald op 7,5% van het onderliggende aandeel indien het optierecht aan bepaalde voorwaarden voldoet;
- 1998-2001: de waarde wordt bepaald op basis van een vastgestelde formule; heffing vindt plaats op

het moment van onvoorwaardelijk worden, met een aanvullende heffing indien wordt uitgeoefend binnen drie jaren na toekenning;

- 2001-2004: keuzerecht: heffing op het moment van onvoorwaardelijk worden, of van uitoefening (voor zover ziende op de verwachtingswaarde); keuze voor uitstel van heffing dient door werknemer en werkgever gezamenlijk aan de Belastingdienst gemeld te worden ;
- 2005-heden: heffingsmoment op het moment van uitoefening. De verkregen aandelen worden na uitoefening normaliter onderdeel van box 3 (dit ligt anders als sprake is van een aanmerkelijk belang of een lucratief belang).

Heffing werknemersoptierechten in Nederland volgens het nieuwe wetsvoorstel

Uitoefening van de optie

Het voorliggende wetsvoorstel onderscheidt drie mogelijke heffingsmomenten in de loonsfeer:

1. De verkregen aandelen zijn na uitoefening van het optierecht direct verhandelbaar

In deze situatie vindt heffing direct bij uitoefening plaats, dus conform de huidige wetgeving. De belastbare waarde is de marktwaarde van het aandeel bij uitoefening. Als de werknemer dus wil 'spelen' met het belastbare moment, kan hij dat alleen doen door te schuiven met het moment van uitoefening van de optie.

2. De verkregen aandelen zijn na uitoefening van het optierecht niet (direct) verhandelbaar

In deze situatie kan de werknemer ervoor kiezen om belast te worden op het moment van uitoefening (dus conform de huidige wetgeving), maar hij kan het heffingsmoment ook verschuiven naar het moment waarop de verkregen aandelen verhandelbaar worden. In wezen wordt hier dus een opnieuw een *keuzerecht* geïntroduceerd.

Als de werknemer belast wordt op het moment van verhandelbaarheid, wordt de economische waarde op dat moment in aanmerking genomen. Als de werknemer kiest voor heffing bij uitoefening, dient deze keuze schriftelijk vastgelegd te worden en moet de inhoudingsplichtige die bewaren bij de loonadministratie. De keuze dient uiterlijk op het moment van uitoefening te worden gemaakt.

Als de werknemer in dit geval wil 'spelen' met het belastbare moment, heeft hij een aantal mogelijkheden: niet uitoefenen, wel uitoefenen en direct afrekenen, of uitoefenen en belasting betalen op het moment van verhandelbaarheid van de aandelen. Daarbij rijst overigens

de vraag hoe om te gaan met een *partiële* keuze voor heffing bij uitoefening.

3. Een fictief heffingsmoment

Voor zowel beursgenoteerde, als aanvankelijk niet-beursgenoteerde ondernemingen na een beursgang, geldt dat aandelen *geacht kunnen worden verhandelbaar* te zijn, en dus in de heffing worden betrokken. Voor beursgenoteerde ondernemingen geschiedt dit volgens het voorstel vijf jaren na verkrijging van de aandelen. Voor aanvankelijk niet-beursgenoteerde ondernemingen is de termijn vijf jaren jaar na beursgang. Met dit fictieve heffingsmoment wordt ongewenst geacht uitstel van heffing voorkomen. Het fictieve heffingsmoment geldt ondanks eventuele nog lopende vervreemdingsrestricties (als gevolg van contractuele beperkingen). Hierna wordt ingegaan op het verschil tussen wettelijke en contractuele beperkingen.

Vervreemding van het optierecht

Daarnaast blijft er een heffingsmoment bestaan wanneer het optierecht zelf wordt vervreemd, net zoals dit onder de huidige wetgeving het geval is.

Samenvattend voorbeeld

Stelt u zich voor dat de start-up Olé-Olé BV in juni 2021 een aandelenoptierecht uitdeelt aan één van haar werknemers. Het optierecht heeft een uitoefenprijs van € 1 per te verkrijgen aandeel, en de werknemer kan 10 aandelen verkrijgen. De aandelen Olé-Olé BV zijn niet verhandelbaar. De werknemer oefent zijn optierecht in december 2022 uit. De waarde van het aandeel is op dat moment € 1,50. De werknemer verkrijgt dus 10 aandelen, en betaalt € 10 om deze aandelen te verkrijgen. Op dat moment moet de werknemer dus nagaan of hij (i) voldoende liquide middelen heeft om naast de uitoefenprijs ook de belasting te kunnen betalen (ii) of dit fiscaal gezien ook wenselijk is.

Als de werknemer denkt dat de waarde van het aandeel Olé-Olé BV verder zal stijgen, kan hij de keuze maken om bij uitoefening fiscaal af te rekenen, zodat de waarde van zijn aandelen enkel nog in box 3 in aanmerking wordt genomen. Als hij niet fiscaal afrekent op het moment van uitoefening, blijft het aandeel in de loonsfeer, en zal pas bij verhandelbaarheid het voordeel volledig belast worden (even afgezien van het hierboven behandelde fictieve heffingsmoment na vijf jaren), tegen de dan geldende box 1 tarieven.

Hierin ligt dus het dilemma voor de werknemer: als hij niet over voldoende liquide middelen beschikt en voorzichtig wil zijn, zal hij waarschijnlijk afwachten en pas bij verhandelbaarheid direct uitoefenen en afrekenen. Vanuit fiscaal en financieel perspectief is dit achteraf bezien echter niet de meest optimale uitkomst geweest.

Voordeel van het wetsvoorstel is dat discussies over de waarde van de onderneming ten tijde van de uitoefening van het optierecht mogelijk gemakkelijker verlopen, wanneer er gekozen wordt voor uitstel van heffing tot het moment van verhandelbaarheid. Zoals bekend kan het bereiken van overeenstemming met de fiscus over de waardering van een niet-beursgenoteerde onderneming zeer tijdrovend zijn. Een verschil van mening met de Belastingdienst ligt in dit soort situaties steevast op de loer. Niet uitgesloten is dat de Belastingdienst deze wetgeving zal gebruiken om onderhandelingen over de waardering uit de weg te gaan. Als er sprake is van verhandelbaarheid, zal de waarde immers (veel) gemakkelijker te bepalen zijn, mits met derden is/wordt gehandeld.

De definitie van verhandelbaarheid

Naar mijn mening bestaat er een gerede kans dat de definitie van wat onder 'verhandelbaarheid' moet worden verstaan, én de kwantificering van het aantal aandelen dat verhandelbaar is, tot discussie zullen leiden.

Onder het verhandelbaar worden van de bij uitoefening verkregen aandelen wordt verstaan: het eerste moment waarop de betreffende werknemer de mogelijkheid heeft deze aandelen te vervreemden. Dat is niet alleen het geval wanneer de aandelen aan een willekeurige derde verkocht kunnen worden, maar ook wanneer ze slechts aan een selecte groep personen verkocht kunnen worden (zoals aan andere personen die werkzaam zijn binnen de onderneming). Het creëren van een zogenaamde 'interne markt' bij niet-beursgenoteerde ondernemingen, kan dus al leiden tot verhandelbaarheid.

In de toelichting op de voorgestelde wetgeving worden voorbeelden gegeven van wanneer sprake is van verhandelbaarheid. Het gaat dus niet om de feitelijke verhandeling van het aandeel, maar om de *mogelijkheid* om te verhandelen. Gelet op de soms exotische voorwaarden in optieregelingen en de voorwaarden bij een eventuele beursgang of verkoop van (een onderdeel van) start- en scale-ups, zal het bepalen van dit moment dit niet altijd zonder discussie geschieden. Het is daarom van belang om de optieplannen goed te lezen, en om mogelijke beleidswijzigingen binnen de onderneming scherp in de gaten te houden. Men kan immers zo maar (onbewust) verhandelbaarheid creëren in de zin van het wetsvoorstel.

Het definitieprobleem van het begrip 'verhandelbaarheid' zou opgelost kunnen worden door bij de daadwerkelijke vervreemding aan te sluiten. De wetgever heeft dit echter een te ver strekkende faciliteit gevonden om op te nemen in dit voorstel.

Contractuele en wettelijke beperkingen

Als er een wettelijke of contractuele beperking geldt op basis waarvan een werknemer de bij uitoefening verkregen aandelen gedurende een bepaalde periode na de verwerving niet mag vervreemden, zijn deze aandelen voor deze werknemer in beginsel geen 'verhandelbare aandelen' in de zin van het wetsvoorstel. Dit geldt in elk geval zolang de betreffende *wettelijke* beperking geldt.

Ten aanzien van *contractuele* beperkingen is het voorgaande in beginsel eveneens van toepassing, doch hierover wordt opgemerkt:

"Echter, als de onderneming waarin de aandelen worden gehouden naar de beurs gaat dan wel indien de onderneming waarin de aandelen worden gehouden op het moment van uitoefening van het aandelenoptierecht al beursgenoteerd is, wordt hierop een uitzondering gemaakt. Om oneigenlijk gebruik en langdurig uitstel van heffing te voorkomen geldt in die situatie (contractuele beperking) een maximale termijn van vijf jaar. Na die periode worden de bij uitoefening verkregen aandelen geacht verhandelbaar te zijn. Dit is opgenomen in het voorgestelde artikel 10a, negende lid, Wet LB 1964. De aandelen worden na afloop van de periode van de contractuele beperking en uiterlijk vijf jaar na beursgang of uiterlijk vijf jaar na uitoefening bij een bij uitoefening al bestaande beursnotering geacht verhandelbaar te worden – en worden op dat moment dus in de heffing betrokken – ook als de contractuele beperking een langere periode dan vijf jaar beslaat. Als naast de contractuele beperking ook een wettelijke beperking geldt en deze wettelijke beperking na de periode van vijf jaar nog van toepassing is, wordt aangesloten bij het moment waarop de wettelijke beperking vervalt".

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat het heffingsmoment desgewenst (door middel van contractuele restricties) ook bij werknemersoptierechten op *beursgenoteerde* aandelen naar de toekomst kan worden verschoven.

Overige aandachtspunten

Aandelenfusies et cetera

Als sprake is van een aandelenfusie, een splitsing van een rechtspersoon, een fusie van een rechtspersoon of een overname van 50% of meer van de aandelen, geldt (i) voor nog niet uitgeoefende aandelenoptierechten en (ii) bij uitoefening verkregen aandelen die nog niet verhandelbaar zijn geworden, dat de overname 'fiscaal geruisloos' mag plaatsvinden. Als voorbeeld wordt in het voorstel de volgende situatie genoemd: Opties A worden omgezet in opties B, en aandelen A worden omgezet naar aandelen B. De opties B en aandelen B worden vervolgens in de heffing betrokken, wanneer de

bij uitoefening verkregen aandelen vervreemd kunnen worden (tenzij op basis van de keuzeregeling sprake is van heffing bij uitoefening).

Artikel 32bb Wet LB 1964

Het wetsvoorstel werkt door naar de regeling voor optierechten in de pseudo-eindheffing voor 'excessieve' vertrekvergoedingen.

Dividend

De vraag is als dividenden worden genoten voordat de aandelen het loonsfeer verlaten, of deze voordelen als loon dienen te worden aangemerkt of dat door het aandeelhouderschap deze als reguliere dividenden in aanmerking worden genomen. De rangorderegeling impliceert dat deze dividenden in box 1 (als loon) dienen te worden aangemerkt. Is dit bewust bedoeld? Nu zal bij startups en scale ups een dividenduitkering niet zo vaak voorkomen.

Sociale zekerheid

In een zuivere Nederlandse situatie zal het voordeel ook in aanmerking worden genomen voor de sociale zekerheid. In internationale situaties waarbij de werknemer in andere land sociaal verzekerd is, zal nagegaan dienen te worden wanneer premies verschuldigd zijn (bijvoorbeeld bij de daadwerkelijke uitoefening in plaats van verhandelbaarheid).

Internationale aspecten

Bij de verdeling van heffingsrechten in grensoverschrijdende arbeidssituaties hanteert Nederland in het algemeen de regel dat de verdeling plaatsvindt op basis van de periode tussen toekenning ("grant") en onvoorwaardelijk worden ("vesting") van een werknemersoptierecht. Deze verdeling van heffingsrechten blijft ook onder het wetsvoorstel ongewijzigd. Echter, met het voorstel creëert Nederland wel de mogelijkheid om het heffingsmoment te verplaatsen naar het moment van verhandelbaarheid, en dit kan natuurlijk leiden tot een hogere (of juist lagere) heffingsgrondslag.

Daarnaast dient nagegaan te worden wat gebeurt als buitenlandse werknemers naar Nederland komen met aandelen die voortvloeien uit door hen uitgeoefende werknemersoptierechten, terwijl deze aandelen nog niet verhandelbaar zijn. Betekent dit dat zij de aandelen in hun aangifte Inkomstenbelasting moeten aangeven op het moment van verhandelbaarheid (als loon in box 1), en (indien mogelijk) aanspraak moeten maken op voorkoming van dubbele belasting?

Ook zal bij grensoverschrijdende werknemers steeds per land in kaart gebracht moeten worden wat de gevolgen zijn bij uitoefening van de optie, en bij verkoop

van de aandelen. Uit een recent door Ernst & Young aan de regering uitgebrachte rapportage⁵ blijkt weliswaar dat er landen zijn die bij vervreemding belasten, maar de meerderheid der jurisdicties belast nog steeds bij uitoefening van de optie.

Ten slotte moet men bij de keuzeregeling bedacht zijn op de toepassing van de Nederlandse 30%-regeling. Want wat gebeurt er, als de 30%-regeling wél geldt op het moment van uitoefening, maar niet langer op het moment van verhandelbaarheid? Volgens mij is het duidelijk dat de 30%-regeling moet gelden op het genietingsmoment. Indien de 30%-regeling niet langer geldt op het moment van verhandelbaarheid, dan is voordeel volledig belast. Zoals bekend werken er bij starten scale-ups veel werknemers die gebruik maken van de 30%-regeling. Zij dienen in voorkomende gevallen een lastige inschatting te maken om te bepalen of het voordeel van de 30%-regeling nu, opweegt tegen het uitstel van heffing tot een moment waarop deze regeling wellicht niet langer geldt.

Conclusie

De vraag dient zich aan of het thans voorliggende wetsvoorstel nog aangepast zal worden naar aanleiding van de lopende internetconsultatie. De aandachtspunten die ik hierboven heb vermeld, zouden hier mijns inziens wel aanleiding toe geven. Daarnaast zou een toelichting op de internationale aspecten van het voorstel zeer wenselijk zijn. Laten wij toch voorkómen dat dit pas in de uitvoeringspraktijk moet worden uitgekristalliseerd, zoals al zo vaak het gevolg is van al te haastig ingevoerde wetgeving.

Alles overziende denk ik dat het denkproces over de heffing van werknemersoptierechten met het huidige voorstel nog niet afgerond is. Wellicht zou beter een alternatief stelsel ontworpen kunnen worden waarbij de huidige heffing in box 1, box 2 en/of box 3 over arbeidsbeloningen in de vorm van aandelen, opties, winstrechten, lucratieve belangen et cetera wordt geïntegreerd in een aparte box, met een eigen tarief. Gezien de verregaande automatiseringsperikelen die de Belastingdienst maar blijft ondervinden, is dit wellicht enkel toekomstmuziek, en moeten we voorlopig gewoon blij zijn met wat het huidige voorstel ons al biedt...

Noten:

1. Mw. mr L. Mannoe is als fiscalist verbonden aan Witscraft BV.
2. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/aandelenoptieregeling>.
3. Zie onder meer D. T. J. Jol, 'Belonen in aandelen: wanneer de werknemer bedrijfsseigenaar wordt', PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging, januari 2017.
4. Zie artikelen van L. Mannoe, 'Personeelsoptierechten: heffing bij uitoefening of vervreemding?', Aanspraak, maart 2005, p. 22-26, en van T. el Ouardi, 'Aandelenoptierechten in de loonbelasting', MBB 2019/11.
5. Brief Min. van EZK 31 mei 2021, nr. DGBl-O / 21136965; zie Fida 20212751.