

Bijlage B behorende bij het proces-verbaal van verhoor van H.W.C.G. ter Braack met code Braa45-01 d.d.
04-06-2002

**Concept
Memo**

Fiscale beschouwing aandelenregeling
Acon Infoservice BC
dossiernummer 0048 21 257

Aan FIOD Roosendaal
de heer M.C. Kooiman

Van mr. B. van Herwijnen

Datum 29 mei 2002

Kenmerk

Kopieën aan mr. G.C.P. Remie (BPO Breda)

Inleiding

Bij een onderzoek door de FIOD bij onder andere Acon Infoservice BV is gebleken dat de werknemers in dienst van deze vennootschap in de gelegenheid zijn gesteld aandelen te kopen in I.T. Management Ltd te Gibraltar. In dit memo geef ik een beschouwing over de fiscale behandeling van de resultaten uit deze aandelenkoop.

Feiten

De werknemers hebben een arbeidsovereenkomst met Acon Infoservice BV. Zij verrichten hun werkzaamheden op het gebied van de Informatie Techniek (IT) uiteindelijk bij ESP Nederland BV. De werknemers worden daarvoor uitgeleend door Acon Infoservice BV aan onder andere IT Management Ltd, die op haar beurt het personeel doorleent aan ESP Nederland BV.

ESP Nederland BV is werkzaam in de IT-branche voor in Nederland gevestigde opdrachtgevers.

De ondernemingen maken onderdeel uit van een economische entiteit waarvan de heer H.W.C.G. ter Braack direct of middellijk aandeelhouder, bestuurder of gevolmachtigde is.

Tot de arbeidsvoorwaarden van de werknemers behoort de mogelijkheid aandelen te kopen in IT Management Ltd (aandelenregeling). Deze aandelenregeling wordt met de werknemers besproken op het moment dat men in dienst treedt. Het aantal aandelen dat men mag kopen is afhankelijk van de geleverde arbeidsprestaties en wordt maandelijks vastgesteld. De aankoop kan worden gefinancierd met een renteloze lening van IT Management Ltd. Acon Infoservice BV bevestigt deze afspraak schriftelijk aan de werknemers.

De aandelen zijn niet vrij te verhandelen. Ze kunnen uitsluitend teruggekocht worden aan IT Management Ltd. Als een werknemer uit dienst treedt moeten de nog in zijn bezit zijnde aandelen worden teruggekocht aan IT Management Ltd.

Werknemers die geen gebruik maken van de aandelenregeling ontvangen een hoger loon in geld.

De aandelen worden steeds gekocht voor een bedrag van 10 cent en een agio van f 9,90 dus in totaliteit f 10 per aandeel. De aankoop wordt schriftelijk bevestigd door IT Management Ltd.

Bijlage B behorende bij het proces-verbaal van verhoor van H.W.C.G. ter Braack met code Braa45-01 d.d. 04-06-2002

Verkoop van de aandelen vindt plaats door middel van een overdracht van het economisch belang aan The Valmet Company Ltd. voor een prijs van f 110 per aandeel. Deze 'verkoop' wordt schriftelijk bevestigd. Er is steeds eenzelfde prijs betaald. Meestal verkopen de werknemers de aandelen na enkele maanden.

Beschouwing

Inhoudingsplicht

Acon Infoservice BV is inhoudingsplichtig voor het loon dat aan werknemers wordt verstrekt. In dit geval wordt het voordeel uit de aan- en verkoop van de aandelen niet door inhoudingsplichtige verstrekt, maar door een derde (IT Management Ltd). In de jurisprudentie is inmiddels uitgemaakt dat inhoudingsplicht bestaat voor loon dat de werkgever kent of behoort te kennen. Verder is uitgemaakt dat voor loon van derden de 'fooiën en dergelijke prestaties van derden regeling' zoals opgenomen in art. 12 van de Wet LB moet worden toegepast. Dit komt er op neer dat er inhoudingsplicht bestaat voor zover het gaat om loon waarop de werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst recht heeft. Prestaties van derden behoren hiertoe wanneer deze hetzij onderdeel uitmaken van het rechtens toekomende loon, hetzij het rechtens toekomende loon hebben verlaagd.

Nu een onderdeel van de arbeidsvoorwaarden is: of een beloning in geld voor (extra) arbeidsprestaties of de mogelijkheid aandelen te kopen vind ik voldoende duidelijk dat een voordeel uit de aandelenregeling behoort tot het loon waarvoor inhoudingsplicht bestaat.

Loon

Loon is al hetgeen uit een dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking wordt genoten (art 10, eerste lid Wet LB). Dit ruime begrip vindt zijn grens in het causale verband met de dienstbetrekking. Van een genoten voordeel dient te worden bepaald of er een voldoende verband is met de dienstbetrekking dat het als daaruit genoten moet worden aangemerkt.

Als een werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking in de gelegenheid gesteld wordt aandelen te kopen voor een reële prijs en na pakweg drie jaar zijn deze aandelen 30 procent meer waard, dan is dit geen voordeel uit dienstbetrekking. Weliswaar was de dienstbetrekking een voorwaarde om de aandelen te kopen, het behaalde voordeel vindt niet zijn oorzaak in de dienstbetrekking maar in de waardeverhoging van de aandelen door, zo mogen we veronderstellen, beursontwikkelingen en/of ondernemingsresultaten.

Van belang is dus zuiver te bepalen of een genoten voordeel zijn oorzaak vindt in de dienstbetrekking of in een andere relatie (van de werknemer).

Voor de werknemers van Acon geldt dat ze aandelen kopen voor f 10 die later bij verkoop steeds f 110 opbrengen. Vastgesteld moet worden of de aan- en verkoopprijs reëel zijn. Nu de aandelen bij verkoop zonder uitzondering f 110 opbrengen kan er van worden uitgegaan dat dit de waarde (voor de werknemer) is. Dit betekent vervolgens dat bij het bepalen van de aankoopprijs met deze toekomstige waarde rekening gehouden moet worden. Gezien de opbrengst bij verkoop zal een waarde in het economisch verkeer op het moment van aankoop (ook) op f 110 gesteld moeten worden. Hierbij merk ik nog op dat er geen feiten en omstandigheden bekend zijn die in dit concrete geval de waarde anderszins beïnvloeden.

Daar komt nog bij dat het voordeel dat de werknemer behaalt (f 100) gehanteerd wordt voor de bepaling van de tegenwaarde voor het vaststellen van het aantal aandelen dat een werknemer mag kopen. Immers als hij op grond van zijn geleverde arbeidsprestaties recht heeft op bijvoorbeeld een beloning van f 5.000, dan wordt hij in de gelegenheid gesteld 50 aandelen te kopen. Dus op het moment dat de werknemer de aandelen mag kopen gaan partijen er van uit dat het voordeel f 100 per aandeel zal zijn.

Bijlage B behorende bij het proces-verbaal van verhoor van H.W.C.G. ter Braack met code Braa45-01 d.d. 04-06-2002

Primair ben ik van mening dat de werknemer op grond van zijn arbeidsvoorwaarden in de gelegenheid gesteld wordt aandelen te kopen voor een prijs van f 10 die in werkelijkheid een waarde van f 110 hebben zodat voor de heffing van loonbelasting een voordeel wordt genoten van f 100. Dit voordeel (in natura) wordt genoten op het moment dat de aandelen gekocht worden.

Als **subsidiair** standpunt acht ik te verdedigen dat er geen sprake is van aandelen, maar dat het er in wezen om gaat werknemers een (vaststaande) beloning te verstrekken onder het mom van koerswinst op aandelen.

De werknemers weten immers nauwelijks dat men aandeelhouder is. Zeker weet men, zoals verklaard, niets van de onderneming waarin men de aandelen heeft. Aandelenkapitaal, jaarrekeningen of andere gegevens van deze vennootschap worden hen niet bekend gemaakt. Er bestaat geen inzicht in de bedrijfsactiviteiten, de toekomstverwachtingen of de te volgen of gevolgde dividendpolitiek. Of de betaalde of de gerealiseerde prijs voor een aandeel op de cijfers van de vennootschap is gebaseerd is evenmin bekend. Kortom van de vennootschap is niets bekend.

Wat men als werknemer weet is dat als men kiest voor de aandelenregeling men korte tijd later f 100 voor een 'aandeel' krijgt uitbetaald.

Conclusie

Primair, op het moment dat de aandelen worden gekocht geniet de werknemer een voordeel van f 100 per aandeel (loon in natura) omdat de betaalde prijs niet in overeenstemming is met de waarde van het aandeel.

Subsidiair, op het moment dat f 100 wordt uitbetaald, vanwege de verkoop van de 'aandelen' geniet de werknemer dit voordeel als loon in geld.

In beide situaties geldt dat Acon Infoservice BV als inhoudingsplichtige moet worden aangemerkt.