



Aan: Belastingdienst | 5.1.2e |
Van: Kennisgroep ROW

Naam dienstonderdeel
Kennisgroep resultaat overige werkzaamheden

Contactpersoon
5.1.2e

5.1.2e
5.1.2e @
belastingdienst.nl

Datum
4 april 2019

Referentienummer

Behandeld door
5.1.2e / 5.1.2e

memo

Lucratief belang en negatief loon, bad leaverbepaling¹

Vraag 18-059-006

Feiten:

Werknemer X houdt aandelen in target Z die voor hem een lucratief belang vormen. X heeft de aandelen in jaar 1 verworven voor een bedrag van nihil. De aandelen hebben bij toekenning een waarde in het economische verkeer van € 100. In de overeenkomst die X met zijn werkgever A heeft gesloten bij het verwerven van de aandelen Z, is onder andere een good-leaver- en een bad-leaverbepaling opgenomen.²

X wordt in jaar 4 als bad leaver aangemerkt en hij moet op grond van de overeenkomst de lucratiefbelangaandelen aan zijn werkgever verkopen voor €500. De waarde in het economische verkeer van de aandelen is op dat moment €800.

Waarde economisch verkeer lucratief belang jaar 4: € 800
Bad-leaver clause, belanghebbende biedt aandelen aan voor: € 500.

X heeft een winst gemaakt van € 500 -/- € 0 = € 500. Hij heeft immers niets voor zijn aandelen hoeven betalen en hij biedt zijn aandelen te koop aan voor € 500.

Ware X geen bad leaver geweest, had hij zijn aandelen op de vrije markt kunnen verkopen en daarmee een winst kunnen maken van € 800 -/- € 0 = € 800.

¹ Het antwoord is tot stand gekomen met medewerking van de Private Equity Groep van Grote Ondernemingen N-W.

² Het betreft een fictieve casus. Dit voorbeeld is cijfermatig uitgewerkt in de bijlage, scenario 2.

Een ander veel voorkomend praktijkgeval betreft de situatie dat de werknemer de aandelen verwerft tegen de fiscale waarde. Dit voorbeeld is cijfermatig uitgewerkt in de bijlage, scenario 5.

X heeft door het zijn van bad leaver een (weliswaar papieren) verlies van € 300 gemaakt.

Vraag:

Wat is de invloed van HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:635 (negatief loon) op de afwikkeling van de lucratief belangpositie?

Antwoord:

HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:635 (negatief loon) heeft geen invloed op de afwikkeling van de lucratief belangpositie.

De verplichting tot het terug leveren van de aandelen tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer bij een bad leaver-event en het (de) daaruit voortvloeiende (kans op) verlies bevindt zich in de (negatief) loonsfeer.

Op grond van de rangorderegeling van art. 2.14, lid 1 Wet IB 2001 wordt voor deze bad leaververplichting niet aan de resultaatssfeer toegekomen.

Pre-advies van de indiener:

Het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016, negatief loon door gedwongen verkoop aandelen, kan als volgt worden samengevat. Een werknemer heeft (indirect) certificaten van aandelen in zijn werkgever. Niet in geschil is dat die certificaten vermogensrechten zijn en dat ze tot zijn privévermogen behoren. Als gevolg van een defungeringsregeling moet de werknemer bij zijn ontslag de certificaten aan zijn werkgever verkopen voor € 24. De marktwaarde van het onderliggende aandeel is op dat moment € 37,13. De werknemer lijdt daardoor een 'verlies' van € 289.611. Hij merkt dit bedrag aan als negatief loon.

Het hof oordeelde dat geen sprake is van negatief loon, omdat de certificaten tot de privésfeer behoorden en de winsten en verliezen daarom ook.

De Hoge Raad oordeelt dat als een werknemer op grond van een beding in een overeenkomst met (een concernmaatschappij van) zijn werkgever bij beëindiging van zijn dienstbetrekking een transactie moet verrichten, en hij met die transactie een nadeel lijdt in de vermogenssfeer, dat nadeel aan de dienstbetrekking toegerekend moet worden. Als gevolg daarvan kan het nadeel als negatief loon in aanmerking genomen worden. In dit geval is het negatief loon gelijk aan het verschil tussen de beurswaarde en de verkoopprijs van de certificaten (HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:635, V-N 2016/23.17).

Ik vraag mij af:

1) Of dit arrest alleen van toepassing is op box 3 vermogen of ook op lucratief belang / AB aandelen in box 1 of 2;

2) Stel dat het arrest ook van toepassing is op lucratief belang/AB aandelen:

Cijfervoorbeeld:

VP lucratief belang = € 100 (= wev bij verkrijging)³

WEV bij ontslag = € 800

als gevolg van bad leaver ontvangt men slechts € 500

Uitwerking: ?

1) lucratief belang winst € 500 -/- € 100 = € 400

2) (negatief) loon € 800 -/- € 500 = € 300 -/-

Deze uitwerking is onredelijk, het verlies wordt dubbel in aanmerking genomen.

Uitwerking moet zijn:

A) geen negatief loon;

óf

B) lucbel winst € 800 -/- € 100 = € 700 en negatief loon € 300-/-

Analyse:

1. *Is HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:635 van toepassing?*

In HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:635 heeft de Hoge Raad in r.o. 2.3 bepaald:

Indien een werknemer op grond van een beding in een overeenkomst met (een concernmaatschappij van) zijn werkgever gehouden is om bij beëindiging van zijn dienstbetrekking een transactie te verrichten, en hij met die transactie een nadeel lijdt in de vermogenssfeer, moet dat nadeel aan de dienstbetrekking worden toegerekend en als gevolg daarvan als negatief loon in aanmerking worden genomen.

Gelet op de ruime bewoordingen van de Hoge Raad is duidelijk dat het arrest van toepassing is in een situatie waarbij een werknemer aandelen houdt die in het kader van werknemersparticipatie zijn verkregen waarbij in een (aandeelhouders)overeenkomst tussen werkgever en werknemer een badleaverbepaling is overeengekomen. Zie ook het [antwoord](#) van de kennisgroep Loonheffingen algemeen van 9 november 2017.

Ook in de commentaren⁴ wordt opgemerkt dat de Hoge Raad deze regel zeer ruim formuleert, zonder rekening te houden met specifieke elementen zoals de onverplichtheid van de participatieregeling en de omstandigheid dat de keuze om al dan niet deel te nemen aan de participatieregeling geen deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden.

Hoewel de keuze om al dan niet deel te nemen aan de participatieregeling op zichzelf geen deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden, oordeelt de Hoge Raad in r.o. 2.3 dat het door de

³ In het pre-advies wordt een rekenvoorbeeld uitgewerkt waarbij A € 100 heeft betaald voor de aandelen (in de bijlage: scenario 1). In de uitwerking is gekozen voor een rekenvoorbeeld waarbij A de aandelen om niet heeft verkregen (in de bijlage: scenario 2).

⁴ Zie onder meer J.P. Boer in NTFR 2016/1166.

overeenkomst geleden nadeel toegerekend moet worden aan de dienstbetrekking. Doet de medewerker naar eigen keus mee in de participatieregeling, dan moeten eventuele nadelen die hieruit voor hem voortvloeien worden toegerekend aan de dienstbetrekking. Deze verplichting en de daaruit voortvloeiende nadelen blijven zich dus in de loonsfeer bevinden, ook al vormen de aandelen een lucratief belang.

Merk op dat de vraag of de verplichting voortvloeit uit een overeenkomst met de werkgever en de vervolgstap dat het met die transactie geleden nadeel moet worden toegerekend aan de dienstbetrekking getoetst moet worden aan de feiten en omstandigheden van het geval. Vloeit de verplichting bijvoorbeeld voort uit het zijn van aandeelhouder (en niet uit de hoedanigheid van werknemer) dan is HR 15 april 2016 niet van toepassing. Ook indien het met de transactie geleden nadeel niet kan worden toegerekend aan de dienstbetrekking is HR 15 april 2016 niet van toepassing.

2. Bad leaververplichting blijft in de loonsfeer

Nu in de onderhavige casus de bad leaververplichting zich in de loonsfeer bevindt, verhindert het bepaalde in art. 2.14, lid 1 Wet IB 2001 (de rangorderegeling) dat deze verplichting in aanmerking wordt genomen in de lucratiefbelangssfeer⁵.

Er is sprake van twee losse vermogensbestanddelen: het lucratiefbelangaandeel en de 'bad leaververplichting'. Het lucratiefbelangaandeel verlaat de loonsfeer en komt te vallen onder het resultaatsregime van de artt. 3.94, 3.95 en 3.95b Wet IB 2001. Het lucratiefbelangaandeel komt op de (openings)balans. De waarde van het lucratiefbelangaandeel zal moeten worden vastgesteld zonder rekening te houden met de bad leaververplichting. De bad leaververplichting blijft namelijk achter in de loonsfeer op grond van art. 2.14 lid 1 Wet IB 2001. De bad leaververplichting raakt de resultaatssfeer niet; en komt dus ook niet op de (openings)balans.

3. Uitwerking twee varianten

Hierna worden twee varianten uitgewerkt:

- A: met de bad leaververplichting is bij de verkrijging van de aandelen al rekening gehouden in de waardering van het aandeel.
- B: met de bad leaververplichting is bij de verkrijging van de aandelen nog geen rekening gehouden in de waardering van het aandeel.

A) Bad leaververplichting is al meegenomen in waarde bij verkrijging
Voorafgaand aan het lucratief belang dienen eventuele loonelementen (de aankoop tegen een waarde lager dan de waarde in het economische verkeer) bij toekenning in aanmerking te worden genomen. Veelal wordt de waardering van de aandelen bij toekenning vooraf afgestemd met de belastingdienst. Indien bij deze waardering

⁵ Idem voor ROW, aanmerkelijk belang en box 3.

'up front' reeds rekening gehouden is met de kans dat een verlies door de werknemer wordt gerealiseerd als hij in de toekomst mogelijk als bad leaver zal worden aangemerkt, kan dit verlies indien het zich daadwerkelijk voordoet, niet nogmaals worden vergolden⁶.

Het is dus van belang na te gaan of er bij de verkrijging van de aandelen een 'up front' waarderingsofspraak is gemaakt en zo ja, of er bij deze waardering reeds rekening is gehouden met de (kwade) kans dat de werknemer als bad leaver kan worden aangemerkt. Is dit laatste het geval, dan kan op enig later moment in de loonsfeer geen rekening meer worden gehouden met een daadwerkelijk gerealiseerd verlies.⁷

Stel dat in deze casus de waardedruk van het potentieel zijn van bad leaver ('de discount') wordt vastgesteld op € 50. Deze € 50 waardedruk vormt in feite de uitdrukking van de kans dat werknemer A⁸ in de toekomst daadwerkelijk een bad leaver zal worden. Deze € 50 vermindert het op dat moment in de heffing te betrekken bedrag aan loonelementen bij de verkrijging van het aandeel. Door rekening te houden met deze afwaardering bij toekenning is in wezen de potentiële toekomstige negatief loonclaim al vergolden.

A heeft zijn aandeel om niet verworven, het aandeel had een waarde in het economisch verkeer van € 100 en de discount in verband met de bad leaververplichting is € 50. Per saldo wordt dus een bedrag van € 50 in de loonheffing betrokken.

Nadat up front met de loonelementen rekening is gehouden, gaan de aandelen tot het lucratief belang behoren. De aandelen maken hierdoor deel uit van het resultaat uit overige werkzaamheden. De aandelen dienen op de resultaatsbalans te worden geplaatst. Bij aanvang van het lucratief belang wordt het opgeofferd bedrag van de aandelen bepaald, art. 3.95b lid 1 Wet IB 2001.

Bij variant A) is 'up front' al rekening gehouden met de bad leaververplichting en wordt het aandeel op de ROW-balans gezet voor het door werknemer A voor zijn aandelen opgeofferde bedrag (ter grootte van het bedrag dat in de loonheffing is betrokken) van € 50.

⁶ Bij een statutaire verplichting ligt het meer voor de hand om dit reeds up front te verdisconteren in de waarde. Maar ook bij een niet-statutaire verplichting dan een up front discount aan de orde zijn. Zie ook rapport 'PE en fiscaliteit', onderdeel 9.4.7.2.3, pag. 287.

⁷ Zie ook drs. J. Visbeen, TFO 2018/157.3, het fiscale kader van de managementparticipatie. 'Als de waardering met de Belastingdienst vooraf wordt afgestemd is het nog wel de vraag wat allemaal in deze waarderingsofspraak is begrepen. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan garanties die worden gegeven aan medewerkers als zij als 'good leaver' kwalificeren. Is een eventueel voordeel dat hieruit voortkomt onderdeel van de waardering of dient hier een separate loontoets te worden toegepast? Andersom, indien bij einde dienstverband een verlies door medewerkers wordt gerealiseerd kan dit onder omstandigheden kwalificeren als negatief loon. Dit is anders indien is overeengekomen dat dit reeds is verdisconteerd in de waardering. Het is daarom raadzaam om ingeval van afstemming met de Belastingdienst goed vast te leggen wat hierbij in aanmerking is genomen.'

⁸ En al zijn mede-participanten/collega's

Als het bad leaver-event zich in jaar 4 voordoet, worden de aandelen verplicht verkocht aan de werkgever tegen een prijs die lager is dan de waarde in het economische verkeer op dat moment. Op grond van de overeenkomst moet de werknemer de aandelen verplicht verkopen voor een prijs van € 500.

Indien up front al rekening is gehouden met de bad leaververplichting staan de aandelen op de ROW-balans voor € 50. Werknemer X moet deze verkopen voor € 500. In het ROW-resultaat wordt geheven over € 450. Het bad leaververlies kan niet nogmaals in de heffing worden betrokken, want er is al rekening mee gehouden in de lagere waardering van € 50.

Met het zijn van bad leaver is al rekening gehouden door een lagere waardering bij verkrijging waardoor bij verkrijging de potentiële toekomstige negatiefloonclaim reeds is vergolden. Per saldo wordt in box 1 een bedrag van € 500 (€ 50 loon en € 450 lucratief belang) in de heffing betrokken.

Samenvattend komt het rekenvoorbeeld op het volgende neer:

| Leaverbepaling upfront meegewaardeerd | ROW | LOON | TOTAAL |
|--|-----|------|--------|
| Loon bij toekenning 100 -/- 50 (discount) | 0 | 50 | |
| Resultaat bij exit 500 -/- 50 (opgeofferd) | 450 | 0 | |
| Loon bij exit | 0 | 0 | |
| | 450 | 50 | 500 |

B) Bad leaververplichting is nog niet meegenomen in waarde bij verkrijging

Indien op het moment van verkrijging nog geen rekening is gehouden met de bad leaververplichting wordt er bij verkrijging een bedrag van € 100 in de loonheffing betrokken. Dit bedrag vormt het verschil tussen de waarde van de aandelen op het moment van verkrijging (€ 100) en het bedrag dat belanghebbende voor de aandelen heeft betaald (€ 0).

Nadat de loonelementen in de heffing zijn betrokken vormen de aandelen een lucratief belang en staan deze op de ROW-balans voor € 100. De bad leaververplichting speelt zich af buiten het resultaat (want in de loonsfeer).

Bij de verkoop van de aandelen eindigt het lucratief belang. De waarde in het economische verkeer is € 800. Voor het lucratief belang dient te worden uitgegaan van de wev van € 800. De bad leaververplichting speelt zich af in de loonsfeer.

Het resultaat uit lucratief belang wordt vastgesteld op € 800 -/- € 100 = € 700. Vervolgens verlaten de aandelen de resultaatssfeer en kan het vermogensverlies van € 800 -/- € 500 = € 300 met een beroep op HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:635 als negatief loon in aanmerking worden genomen.

Per saldo wordt in box 1 aldus een loonvoordeel van € 100 plus een lucratiefbelangvoordeel ad € 700 minus een verlies aangaande negatief loon ad € 300 is een bedrag van € 500 in de heffing betrokken.

Samenvattend komt het rekenvoorbeeld op het volgende neer:

| | ROW | LOON | TOTAAL |
|--|-----|---------|--------|
| Leaverbepaling upfront meegewaardeerd | 0 | 100 | |
| Loon bij toekenning 100 | 0 | 100 | |
| Resultaat bij exit 800 -/- 100 (opgeofferd) | 700 | 0 | |
| Loon bij exit 500 - / - 800 (HR 15 april 2016) | 0 | 300 -/- | |
| | 700 | 200 -/- | 500 |

In beide varianten wordt dus uiteindelijk hetzelfde bedrag in de heffing betrokken.

Conclusie

Ten eerste zal moeten worden nagegaan of HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:635 van toepassing is.

Zo ja, dan speelt een eventueel verlies dat als negatief loon in aanmerking kan worden genomen zich af in de loonsfeer en niet in de resultaatssfeer.

Bij de bepaling van het resultaat uit lucratief belang wordt geen rekening gehouden met de bad leaververplichting⁹. Eerst ná sfeerovergang kan met het negatief loon rekening worden gehouden, als daar voorafgaand aan het lucratiefbelangregime nog geen rekening mee is gehouden.

⁹ Mocht een belastingplichtige het verlies in mindering hebben gebracht op zijn resultaat uit overige werkzaamheden dan is hij kennelijk van mening dat het verlies de loonsfeer heeft verlaten en zich afspeelt in de resultaatssfeer. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval zal moeten worden beoordeeld of het verlies zich afspeelt in de resultaatssfeer óf in de loonsfeer. In ieder geval is duidelijk dat een verlies hooguit één maal (en niet dubbel) kan worden vergolden.

Bijlage bij antwoord 18-059-006

Uitgangspunten: Kostprijs aandeel 100
Discount leaverbepaling 50
WEV aandeel bij exit 800
Terugleverprijs bij exit 500

SCENARIO 1 (werknemer betaalt 100) (*)

| | | ROW | LOON | | TOTAAL |
|---|--|-----|------|-----|--------|
| Leaverbepaling upfront meegewaardeerd (variant A) | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 -/- 50 (discount) -/- 100 (eigen bijdr.) | 0 | 0 | (*) | |
| Resultaat bij exit | 500 -/- 100 (opgeofferd) | 400 | 0 | | |
| Loon bij exit | | 0 | 0 | | |
| | | 400 | 0 | | 400 |
| Leaverbepaling upfront niet meegewaardeerd (variant B) | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 -/- 100 (eigen bijdr.) | 0 | 0 | | |
| Resultaat bij exit | 800 -/- 100 (opgeofferd) | 700 | 0 | | |
| Loon bij exit | 500 -/- 800 (HR 15 april 2016) | 0 | 300 | -/- | |
| | | 700 | 300 | -/- | 400 |

SCENARIO 2 (werknemer betaalt 0)

| | | ROW | LOON | | TOTAAL |
|---|--------------------------------|-----|------|-----|--------|
| Leaverbepaling upfront meegewaardeerd (variant A) | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 -/- 50 (discount) | 0 | 50 | | |
| Resultaat bij exit | 500 -/- 50 (opgeofferd) | 450 | 0 | | |
| Loon bij exit | | 0 | 0 | | |
| | | 450 | 50 | | 500 |
| Leaverbepaling upfront niet meegewaardeerd (variant B) | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 | 0 | 100 | | |
| Resultaat bij exit | 800 -/- 100 (opgeofferd) | 700 | 0 | | |
| Loon bij exit | 500 -/- 800 (HR 15 april 2016) | 0 | 300 | -/- | |
| | | 700 | 200 | -/- | 500 |

SCENARIO 3 (werknemer betaalt 50)

| | | ROW | LOON | | TOTAAL |
|---|---|-----|------|-----|--------|
| Leaverbepaling upfront meegewaardeerd (variant A) | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 -/- 50 (discount) -/- 50 (eigen bijdr.) | 0 | 0 | | |
| Resultaat bij exit | 500 -/- 50 (opgeofferd) | 450 | 0 | | |
| Loon bij exit | | 0 | 0 | | |
| | | 450 | 0 | | 450 |
| Leaverbepaling upfront niet meegewaardeerd (variant B) | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 -/- 50 (eigen bijdr.) | 0 | 50 | | |
| Resultaat bij exit | 800 -/- 100 (opgeofferd) | 700 | 0 | | |
| Loon bij exit | 500 -/- 800 (HR 15 april 2016) | 0 | 300 | -/- | |
| | | 700 | 250 | -/- | 450 |

SCENARIO 4 (werknemer betaalt fiscale waarde) ()**

| | | ROW | LOON | | TOTAAL |
|---|---|-----|------|-----|--------|
| Leaverbepaling upfront meegewaardeerd (variant A) | | | | | |
| Werknemer betaalt 50 | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 -/- 50 (discount) -/- 50 (eigen bijdr.) | 0 | 0 | | |
| Resultaat bij exit | 500 -/- 50 (opgeofferd) | 450 | 0 | | |
| Loon bij exit | | 0 | 0 | | |
| | | 450 | 0 | | 450 |
| Leaverbepaling upfront niet meegewaardeerd (variant B) | | | | | |
| Werknemer betaalt 100 | | | | | |
| Loon bij toekenning | 100 -/- 100 (eigen bijdr.) | 0 | 0 | | |
| Resultaat bij exit | 800 -/- 100 (opgeofferd) | 700 | 0 | | |
| Loon bij exit | 500 -/- 800 (HR 15 april 2016) | 0 | 300 | -/- | |
| | | 700 | 300 | -/- | 400 |

(*) Wij zijn van mening dat het in aanmerking nemen van "negatief loon" up front, met als gevolg: het op een negatief bedrag uitkomen sinds de invoering van artikel 13, zevende lid Wet LB (en artikel 10a, tweede lid Wet LB in geval van personeelsopties) niet meer kan. Op grond van dit artikel wordt de waarde tenminste op nihil gesteld. Daar staat tegenover dat we bij het bepalen van het resultaat uitgaan van een opgeofferd bedrag van 100 (i.p.v. 50). Upfront heeft de werknemer de discount ter grootte van 50 immers niet kunnen vergelden.

(**) Scenario 4 toont onze uitwerking ingeval de werknemer de fiscale waarde betaalt (i.p.v. een vast bedrag onafhankelijk van de vraag of sprake zou moeten zijn van een discount). Dit is een situatie die zich in de praktijk ook vaak zal voordoen.