

Lucratief belang bij aankoop aandelen na uitdiensttreding (Vraag en Antwoord 15-059-0002)

Vraag:

De vraagsteller heeft de volgende casus geschetst: Dhr. [67 Awr] is gepromoveerd en hoogleraar in de [67 Awr] wetenschappen en is tot 1-1-2005 bij de R& D afdeling van X in dienst als 'lead scientist'. Hij heeft samen met een aantal andere collega's [67 Awr] ontwikkeld en het businessplan geschreven om de [67 Awr] te "vermarkten".

Y is een dochteronderneming ('target') van de 'venture capital'-tak van X. Y is opgericht op 11 januari 2006. In Y zijn de uitvindingen ingebracht (IP, intellectuele eigendom) die directe toepassing bij en voor X misten om, zo mogelijk, deze vennootschap binnen afzienbare tijd met winst te verkopen.

Na oprichting van Y heeft een team van werknemers (waaronder ex-X personeel in voorheen vergelijkbare posities als de heer [67 Awr]) deze portfolio van IP qua toepassingsmogelijkheden verder ontwikkeld en is men actief op zoek gegaan naar verkoop van deze IP en haar toepassingen in de markt. Dhr. [67 Awr] heeft nooit werkzaamheden verricht voor Y.

De aandelen Y zijn verdeeld in gewone aandelen en preferente aandelen. De prefs zijn in handen van de venture capital-houdster. De gewone aandelen (A t/m G) zijn toegekend aan managers en andere werknemers van Y. Dhr. [67 Awr] heeft 100 (gewone) A-aandelen. Er zijn in totaal 20.323 A-aandelen zijn uitgeven. De A-aandelen worden aangeduid als zgn. 'founder shares'. Deze A-aandelen (tezamen met min of meer vergelijkbare soortaandelen B en G) hebben als enige 'gewone' aandelen stemrecht. Dit stemrecht is door de heer [67 Awr] bij volmacht verplicht aan X Ventures afgestaan. De A-aandelen delen in alle opbrengsten bij verkoop na aftrek van uit te keren achterstallig dividend en teruggave gestort kapitaal op de prefs.

X heeft de heer [67 Awr] op 2 augustus 2006 als — voormalig betrokkene bij patenten die onderdeel uitmaken van de portfolio aan patenten die door Y tegen at arm's length prijzen zijn verkregen en verder ontwikkeld en 'gecommercialiseerd' —, in staat gesteld deze A-aandelen tegen kostprijs te verwerven.

Op 21 december 2011 is Y door X Ventures aan de Amerikaanse Z Group onherroepelijk verkocht. De verkoopprijs bestaat uit een directe betaling van € 30 miljoen en een potentiële additionele toekomstige betaling tot 2026 van € 20 miljoen in de vorm van 'redeemable loan notes' (= direct aflosbare vorderingen) in geval Y bepaalde verkoop resultaten tot deze datum zal weten te overtreffen. De directe opbrengst uit de verkoop van de 100 aandelen Y van de heer [67 Awr] (onherroepelijke verkoop 21 december 2011 met ontvangst verkoopopbrengst in de loop van 2012) bedroeg € 109.245.

Vragen 1. Kan er sprake zijn van een lucratief belang als de aandelen zijn gekocht anderhalf jaar nadat belanghebbende werkzaamheden heeft verricht c.q. uit dienst is getreden van het concern? Wordt voldaan aan art. 3.92b, eerste lid Wet IB als het gaat om het criterium 'mede een beloning beogen te zijn voor werkzaamheden van de belastingplichtige'? 2. In welk jaar dient heffing plaats te vinden? In 2011 (jaar van onherroepelijke verkoop) of 2012 (jaar van ontvangst verkoopopbrengst)?

Antwoord:

1. Er is sprake van een lucratief belang ook als de aandelen zijn toegekend anderhalf jaar na uitdiensttreding bij het concern.
2. In beginsel dient heffing plaats te vinden in het jaar 2011 (onherroepelijke verkoop plus levering).

Toelichting:

Ad 1. Is er sprake van een lucratief belang? Niet in geschil is dat er sprake is van een 'hefboom' in de aandelen die voldoet aan het tweede lid van artikel 3.92b Wet IB. De vraag is of de omstandigheid dat belanghebbende anderhalf jaar uit dienst is een beletsel vormt voor de lucratief belang kwalificatie. Artikel 3.92b, lid 1, letter a Wet IB luidt voor zover van belang als volgt: "... het onmiddellijk .. houden van aandelen als bedoeld in het tweede lid, ... indien de voordelen die met deze aandelen .. worden behaald, gelet op de feiten en omstandigheden waaronder deze aandelen.. zijn verkregen, naar moet worden aangenomen mede een beloning beogen te zijn voor werkzaamheden van belastingplichtige .. "

Mede een beloning voor werkzaamheden? Belanghebbende stelt dat, nu het dienstverband al anderhalf jaar is verbroken, er geen sprake is van het 'mede een beloning beogen te zijn voor werkzaamheden'. Er is nergens vastgelegd dat belanghebbende een afdwingbaar recht heeft op deze aandelen. In de wetsgeschiedenis is voorts een voorbeeld genoemd waarbij éérs de aandelen worden toegekend en pas daarna de werkzaamheden worden verricht (de omgekeerde situatie dus). De adviseur leidt daar uit af dat de wetgever niet het oog heeft gehad op het geval waarin eerst de werkzaamheden worden verricht en pas later de aandelen kunnen worden verworven. De inspecteur stelt dat het niet uitmaakt dat de werkzaamheden in het verleden zijn verricht. De aandelen zijn een beloning voor het ontwikkelen van de katalysatoren en het opstellen van een businessplan. De kennisgroep is het eens met deze analyse.

De omstandigheid dat er niets is vastgelegd over een eventuele beloning voor de uitvindingen maakt dit niet anders. De aandelen zijn 'niet zomaar' toegekend. Er moet een reden voor zijn. Die kan (zonder nadere feiten die door belanghebbende moeten worden gesteld) uitsluitend zijn gelegen in de het in het verleden verrichte arbeid. De kennisgroep acht het aannemelijk dat dhr⁶⁷ Aw heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van patenten die nu in Y zitten. Zou X het risico hebben willen afdekken/afkopen dat dhr⁶⁷ Aw zoveel jaar na dato, als er in Y een succesvol veel verdienend patent zit alsnog met een claim komt dat zijn arbeid daarvoor cruciaal was en dat dat patent hem feitelijk toekomt, althans de opbrengsten daaruit? Een en ander is voor een uitvinder in loondienst mogelijk op grond van art. 12 van de Rijksoctrooiwet 1995. Los van de vraag of dat succesvol zal kunnen zijn levert dat allerlei mogelijke onzekerheden op die de verhandelbaarheid/uitoefening van het octrooi kunnen beïnvloeden. Dat risico koop je als ex-werkgever af door belanghebbende aandelen te geven/verkopen.

De zinsnede 'naar moet worden aangenomen' maakt dat er een zekere objectivering mogelijk is. Dat is in de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk aangegeven. De bewijspositie van de inspecteur werkt naar onze mening dan ook zo uit, dat wij met deze feiten en omstandigheden (ex-dienstbetrekking, aandelen in een BV die onderdeel is van een venture capital-mij, oog op verkoop van de BV op termijn, octrooi) aannemelijk hebben gemaakt dat 'naar moet worden

aangenomen' sprake is van (mede) beloning voor werkzaamheden. Uit de wettekst valt niet af te leiden wanneer de werkzaamheden moeten zijn verricht. Het voorbeeld in de wetsgeschiedenis sluit niet uit dat er ook andere gevallen denkbaar zijn, nl. eerst werkzaamheden verrichten en daarna aandelen kunnen kopen.

Founder shares. In de wetsgeschiedenis is een voorbeeld opgenomen waarbij de wetgever opmerkt dat 'initial owners' of 'founders' van een onderneming niet onder het lucratief belang vallen. De adviseur merkt op dat hier sprake is van 'founder' shares, dus dat deze niet onder het lucratief belang vallen. Ik ben met de inspecteur van oordeel dat de wetsgeschiedenis het oog heeft op een andere situatie. In die situatie gaat het om initiële oprichters van een bedrijf, het voorbeeld ging over drie ondernemers die een medicijn ontwikkelen en hun onderneming daarna gaan financieren (met vreemd vermogen), hierdoor ontstaat een hefboom. Deze 'founders' vallen volgens de wetsgeschiedenis niet onder het lucratief belang.

Dhr⁶⁷ Awis is in onze ogen geen 'founder', geen oprichter van het bedrijf. Hij is steeds in dienst geweest van X. Hij heeft geen initieel kapitaal gestort. De vergelijking met het geval in de wetsgeschiedenis gaat dan ook niet op. Wij komen dan ook tot de conclusie dat er sprake is van een lucratief belang. NB. De loonstelling kan ook nog worden ingenomen, maar stuit af op een aantal hobbels, o.a. aankoop tegen nominale waarde. Ook kan nog worden gekeken naar 'row'-klassiek, maar dan moeten we aannemelijk zien te maken dat belanghebbende op het moment van aankoop al redelijkerwijs voordeel kon verwachten. De eerste jaren was de BV evenwel verliesgevend. Ook is geen sprake van een (soort) AB. Lucratief belang is m.i. dan ook de meest kansrijke stelling.

Ad 2. Jaar van heffing. De inspecteur heeft het voordeel in het jaar 2012 in de heffing betrokken. Dat is het jaar waarin het voordeel voor het eerst zichtbaar is geworden in de aangifte IB. De aandelen zijn is als box 3-vermogensbestanddeel opgenomen. Ter behoud van rechten is ook een navorderingsaanslag IB 2011 opgelegd. De aandelen zijn in december 2011 onherroepelijk verkocht aan een derde partij. De verkoopopbrengst is door belanghebbende ontvangen in januari 2012. Nadere informatie bij de vraagsteller: de aandelen zijn geleverd in 2011.

De adviseur stelt dat de voordelen, als al sprake is van een lucratief belang, in 2011 in de heffing moeten worden betrokken. De bepaling van het resultaat gaat volgens de winstregels, i.c. goed koopmansgebruik. In het algemeen kan gesteld worden dat goed koopmansgebruik meebrengt dat een bate verantwoord mag worden op het moment dat de obligatoire overeenkomst is gesloten en uiterlijk moet worden verantwoord als gevolg wordt gegeven aan de obligatoire overeenkomst (HR 17 juni 1959, nr. 13.902, BNB 1959/304). De ondernemer mag ook op het moment van sluiten van de obligatoire overeenkomst de winst verantwoorden. Verkoop en levering hebben beide plaatsgevonden in 2011. Dit is dan ook het uiterste moment van winstneming. Dat de betaling heeft plaatsgevonden in 2012 doet daar niet aan af.