

RECHTSPRAAK

DCE Consultants/KPMG X BV

***Participatieplan Aandelencertificaten vormt fiscaal loon.
Genietingsmoment is het moment van verkrijging van de aandelen.
Waardebepaling conform HR 23 december 2005. Geen sprake van
beroepsfout adviseur***

Op 12 juni 1992 is een participatieplan opgesteld voor de werknemers van DCE Holding en DCE, op basis waarvan aandelen in DCE Holding of certificaten daarvan tegen een vaste prijs door DCE aan haar werknemers konden worden toegekend. Het participatieplan is op 26 juni 1996 gewijzigd. Ingevolge het gewijzigde participatieplan had de statutaire directie van DCE Holding het recht periodiek – tegen een vaste prijs – gewone aandelen in DCE Holding of certificaten van dergelijke gewone aandelen te verstrekken aan werknemers van DCE Holding en DCE. Het gewijzigde participatieplan kende diverse restricties. Zo konden de werknemers van DCE hun aandelen alleen onderling tegen een vaste prijs overdragen. Daarnaast golden voor ‘Manager Participanten’ restricties ten aanzien van het aantal te verkopen aandelen. De restricties zijn in 1997 opgeheven na een overdracht van DCE naar Altran. De prijs die destijds werd berekend voor het aandeel bedroeg fl. 25 voor werknemers tegen een waarde van de aandelen in het economische verkeer van fl. 300. Bij de betrokken werknemers is door DCE geen loonbelasting ingehouden als voorheffing op eventueel in verband met de verkrijging of de verkoop van de aandelen verschuldigde inkomstenbelasting. De Belastingdienst heeft vervolgens op en na 11 december 2001 naheffingsaanslagen loonbelasting/premie volksverzekeringen met boete opgelegd over de jaren 1996 tot en met 2003. Uiteindelijk is men tot een schikking gekomen met de Belastingdienst inhoudende dat DCE nog 15 miljoen aan naheffing moest afdragen. DCE heeft haar fiscaaladviseur, X, aansprakelijk gesteld voor onjuiste, onvolledige, dan wel niet voldoende indringende advisering. DCE heeft ten eerste betoogd dat X haar had moeten waarschuwen voor het risico dat de Belastingdienst zich op het standpunt zou stellen dat de werknemers van DCE een loonvoordeel toegekend kregen door de opheffing van de verkooprestricties van het participatieplan in juli/augustus 2007 (het opheffingsargument). Dit betoog heeft de rechtbank verworpen op de grond dat een dergelijk standpunt onjuist is en in 1997 onbekend was en dat X daarom niet had behoeven te voorzien dat de Belastingdienst het zou innemen. DCE heeft ten tweede betoogd dat X haar had moeten waarschuwen, althans: indringender had moeten waarschuwen, voor het risico dat de Belastingdienst zich op het standpunt zou stellen dat de verkoopopbrengst van de aandelen als loon dient te worden aangemerkt omdat een deel van die opbrengst in de toekomst zou worden uitbetaald en dan slechts aan degenen die dan nog bij DCE in loondienst zouden zijn

(het earn out-argument). Dit betoog heeft de rechtbank verworpen op de grond dat niet kan worden aangenomen dat dit risico zo groot was dat X niet mocht volstaan met de passage die hierover was opgenomen in zijn memorandum van 22 augustus 1997 (het advies een ruling van de inspecteur te vragen). DCE heeft ten derde betoogd dat X haar had moeten waarschuwen voor het risico dat het de Belastingdienst door de verkoop van de aandelen aan Altran duidelijk zou worden dat de aandelen in 1996 en 1997 tegen een te lage prijs aan de werknemers waren toegekend (het verkrijgingsprijsargument). De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Indien een belanghebbende voordeel geniet doordat hem uit hoofde van zijn dienstbetrekking aandelen worden toegekend tegen een verkrijgingsprijs die lager is dan de waarde van de aandelen in het economische verkeer, is er sprake van fiscaal loon. Het genietingsmoment is dan het moment van verkrijging van de aandelen. In overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in HR 23 december 2005, LJN AU8536, moet bij de waardebepaling van de aandelen op het moment van verkrijging reeds rekening worden gehouden met de objectieve kans dat later het gehele aandelenpakket zal worden verkocht, bij welke verkoop het participatieplan zal worden opgeheven. Deze regels zijn onverenigbaar met de gedachte dat, als die kans zich later verwezenlijkt doordat daadwerkelijk wordt overgegaan tot verkoop van het aandelenpakket en tot de – daarmee samenhangende – opheffing van het participatieplan en van de daaraan verbonden restricties, opnieuw sprake zou zijn van fiscaal loon. Die gedachte – het door de Belastingdienst gehanteerde opheffingsargument – moet dan ook als onjuist worden verworpen. X had hiervoor derhalve niet hoeven te waarschuwen. Ook de overige verwijten treffen geen doel.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-11-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BY7577

Zaaknummer: 200.064.473/01

Rechters: G.C.C. Lewin, R.H. de Bock en J.C. Toorman

Wetsartikelen: Wet loonbelasting 1964 en 6:74 BW