

Al openbaar

Casus Earn-outregeling

Avanti BV en Vooruit BV zijn niet gelieerd en hebben beiden 50% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal van Fortissimo BV. Avanti BV verkoopt haar aandelen in Fortissimo BV in 2017 aan Vooruit BV. In de verkoopovereenkomst is een **earn-outregeling** en een anti-speculatiebeding opgenomen. In 2019 verkoopt Vooruit BV haar belang in Fortissimo BV aan Toy BV. Avanti BV spant een civiele procedure aan tegen Vooruit BV en de rechter bepaalt dat Vooruit BV een schadevergoeding moet betalen aan Avanti BV.

Deze vergoeding is voor een deel gebaseerd op de **earn-out** regeling, is voor een deel gebaseerd op het anti-speculatiebeding; en is voor een deel de rentevergoeding over de vorige componenten.

Vragen

Geef gemotiveerd aan of de bedragen ontvangen uit de **earn-out** regeling, het anti-speculatiebeding en de rentevergoedingen over beide componenten, onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Uitwerking

De vergoeding, voor zover bestaande uit de contractueel overeengekomen **earn-out** regeling, valt onder de werking van de deelnemingsvrijstelling.

De vergoeding op basis van het anti-speculatiebeding valt volgens de AG onder de werking van de deelnemingsvrijstelling, omdat dit is overeengekomen in de verkoopovereenkomst.

De rente component vloeit in beide gevallen voort uit de te late betaling door Vooruit BV. Zij vormen geen onderdeel van de tegenprestatie voor de deelneming zelf en missen daardoor een causaal verband met de deelneming. De deelnemingsvrijstelling is derhalve niet van toepassing op de rentecomponent. (Conclusie A-G Wattel 19 december 2019, 19/03616, V-N 2020/9.9)

Wordt besproken door Wattel:

Conclusie A-G Wattel 19 december 2019, 19/03616, V-N 2020/9.9

En is visueel gemaakt in een taxvision van Wolters Kluwer: [Editie 14 februari 2020: Geen deelnemingsvrijstelling voor rente over **earn-out**- en anti-speculatievergoeding](#)

TaxVisions Thema, de deelnemingsvrijstelling, 1 januari 2021

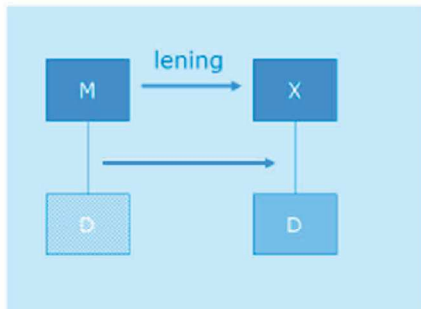
TaxVision 2 oktober 2020, geen deelnemingsvrijstelling voor rentevergoedingen

TaxVision 6 juli 2018, afwaarderingsverlies niet aftrekbaar vanwege earn out-regeling



Lopende zaken kennisgroep (2)

niet behandeld in het webinar



> HR BNB 2018/151 en 'earn-out'

- M verkoopt deelneming D aan X
- Koopsom schuldig, lening 5 jaar
- Aflossen uit dividend van D
- Restant na 5 jaar: prijsgegeven
- M neemt verlies op lening in jaar 3
- HR: geen aftrek, verlies valt onder art. 13, lid 6
- Vraag: moet dit arrest beperkt of ruim worden uitgelegd? ----->



Pollvraag

niet behandeld in het webinar

Visie 1: beperkt uitleggen.

Artikel 13 lid 6 is bedoeld voor 'echte' earn-outgevallen en niet voor (verkoop)leningen.

Visie 2: ruim uitleggen

Artikel 13 lid 6 is van toepassing op elke lening die materieel kwalificeert als 'earn-out'.

Ik ben het eens met:

- A. Visie 1
- B. Visie 2





Artikel 13, lid 6 Wet Vpb 1969: Earn-out

- › *'Indien een deelneming of een deel daarvan is vervreemd of verkregen tegen een **prijs welke geheel of ten dele** bestaat uit een recht op **een of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang** in het jaar van de vervreemding of de verkrijging nog niet vaststaat, behoren bij de vervreemder **de waardeveranderingen van dat recht** en bij de verkrijger de waardeveranderingen van de met dat recht corresponderende verplichting tot de **voordelen uit hoofde van de deelneming**.*
- › *De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing bij aanpassingen van de prijs waartegen is vervreemd of verkregen; (...)*
- › *De eerste volzin is eveneens van overeenkomstige toepassing bij de inkoop van aandelen.*



Earn out:

Artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 ziet op de earn-outregeling:

- Onzekere toekomstige termijnen
- Balansgaranties
- Inkoop van aandelen

Wettekst:

- De wettekst van de earn-outregeling is uiteraard van groot belang.
- Op de contactdag graag de nadruk op de dikgedrukte gedeelten leggen .
- De wetgever heeft niet gespecificeerd waaruit de onzekerheid omtrent de omvang moet bestaan.

Ratio:

- Het doel van de regeling is de waarderingsverschillen bij koper en verkoper oplossen.
- De reikwijdte van de letterlijke wettekst kan erg ruim worden opgevat.
- Het is de vraag of deze ruime uitleg altijd bij de ratio van de regeling aansluit.

Wetsgeschiedenis:

- "Dat is een verkoopovereenkomst waarbij de prijs van de deelneming (ten dele) bestaat uit een recht op toekomstige uitkeringen waarvan **het totale bedrag onzeker** is". MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 12.
- "De waardeveranderingen van een bij de verkoop van een deelneming verkregen winstrecht vallen dus voortaan onder de deelnemingsvrijstelling. Dit geldt ook bijvoorbeeld voor waardeveranderingen die het gevolg zijn van oprenting van de **contant gemaakte termijnen** en als gevolg van valutawijzigingen." MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p.29.

Spanning:

- Er ontstaat bijvoorbeeld spanning tussen wettekst, ratio en wetsgeschiedenis als het totale bedrag vast is (stel € 1.000.000) maar de (renteloze) termijnen worden vastgesteld afhankelijk van de solvabiliteit van de debiteur (bijvoorbeeld 2 x € 500.000 of 4 x € 250.000).

Praktijksignaal:

10,2,d
10,2,g



Earn-out



Uit hoofde van de deelneming?



Voorbeeld

X verkoopt deelneming Z in 2018 aan Y tegen een winstrecht. Het winstrecht bestaat uit 1 termijn van 5 keer de winst van 2019. De winst 2019 is ten tijde van de verkoop in 2018 uiteraard nog niet bekend. Zowel X als Y moeten dit winstrecht waarderen. Als de werkelijke opbrengst hoger of lager is dan het geschatte bedrag, is het verschil niet belast of aftrekbaar, maar valt (ook) onder de deelnemingsvrijstelling.

Stel X schat de waarde van het winstrecht en daarmee de verkoopopbrengst op € 30.000. Die opbrengst (-/- boekwaarde) brengt hij onder de deelnemingsvrijstelling. De earn-outregeling zorgt ervoor dat latere waarde aanpassingen ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Als X uiteindelijk maar € 25.000 ontvangt, is het mindere ('verlies') van € 5.000 niet alsnog aftrekbaar.

Als X echter € 35.000 ontvangt, wordt het meerdere ('winst') van € 5.000 niet alsnog belast.

10,2,d
10,2,g



Enkele andere afbakeningen.

➤ 1. RB Gelderland 12/5922

Indien de termijnen in vreemde valuta zijn, is (alleen daardoor) nog geen sprake van een earn out.

➤ 2. RB ZWB 17/500

Onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 vallen niet a) rente op vastgestelde termijn en b) wettelijke rente omdat de termijn te laat werd vastgesteld en voldaan. *(uitspraak is inmiddels bevestigd door Hof 's-Hertogenbosch op 21 juni 2019)*

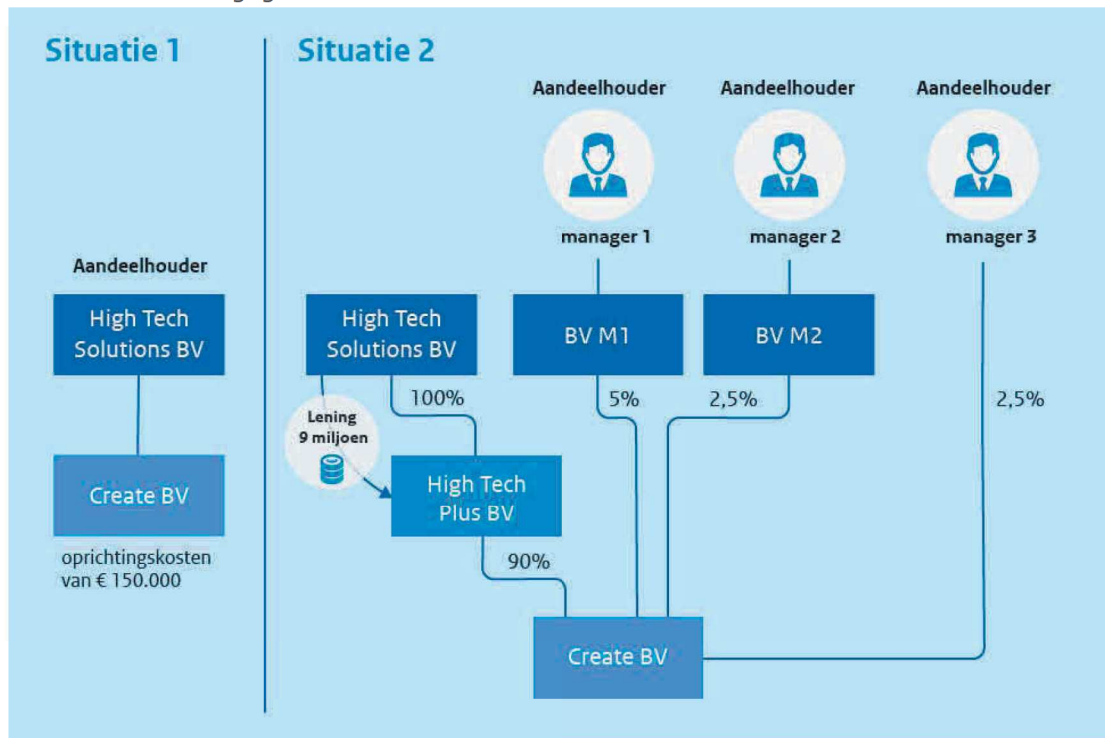
➤ 3. Let op dat bij vervreemding tegen bijvoorbeeld een renteloze of achtergestelde lening waarbij de samenhang ontbreekt, de lening mogelijk anderszins op minder dan nominaal moet worden gewaardeerd.

1.  RB Gelderland 12/5922: De rechtbank interpreteert bedoelde wetsgeschiedenis en dit arrest aldus dat in basis eerst sprake dient te zijn van a) een (gedeelte van een) koopsom van een deelneming die bestaat uit een recht op één op meer termijnen waarvan het aantal en/of de omvang in het jaar van verkrijging c.q. vervreemding onzeker is, alvorens b) de daarmee samenhangende rentes en/of valutaresultaten onder het bereik van de earn-outregeling kunnen worden gebracht. Je zou ook kunnen stellen dat niet de termijn onzeker is, maar de waarde van de termijn.
2. RB ZWB 17/500: Beide rentebedragen maken geen deel uit van de tegenprestatie voor de geleverde aandelen, maar zijn vergoedingen voor de overschrijdingen van de betaaldata. Op 21 juni 2019 heeft Hof Den Bosch het standpunt van de inspecteur en de Rechtbank bevestigd. De uitspraak (18/00358-00359. ECLI:NL:GHSHE:2019:2254) was ten tijde van het actualiseren van deze powerpoint in september 2019 (nog) niet gepubliceerd.
3. Hof Den Haag 97/1317: De hiervoor en in 3.3 aangehaalde bepalingen uit de verkoopovereenkomst dienen aldus te worden uitgelegd dat de vordering uit de verkoop is genoveerd in een vordering uit geldlening, waarvoor in een afzonderlijke overeenkomst de voorwaarden zijn vastgelegd. Dit neemt niet weg dat de vordering haar oorzaak vindt in de verkoop van de aandelen, zodat voor de beoordeling van de fiscale gevolgen die worden verbonden aan deze vordering, de in 6.1 omschreven criteria dienen te worden toegepast. (...) Evenwel dient, naar het oordeel van het Hof, rekening te worden gehouden met de achterstelling van de vordering. Weliswaar betreft het een rentedragende vordering, waarvan gesteld noch gebleken is dat het rentepercentage niet marktconform zou zijn, maar de achterstelling brengt mee dat tijdige aflossing, overeenkomstig het bepaalde in de overeenkomst van geldlening, afhankelijk werd gesteld van het voldaan zijn door B aan haar verplichtingen ten opzichte van ABN-AMRO. De waarde in het economische verkeer van de vordering is de cessiwaarde en een derde zal slechts bereid zijn de onderhavige vordering met een disconto over te nemen. Het Hof schat het waardedrukkende effect van de achterstelling in goede justitie op twintig procent,

zodat de waarde van de vordering per 1 april 1993 moet worden gesteld op f 200 000.

Casus **earn-out**regeling

Schematisch weergegeven:



Omschrijving casus:

High Tech Solutions BV is 100% aandeelhouder van Create BV. Create BV is een startende high tech onderneming met zeer goede perspectieven, maar nog geen winst. Create BV staat voor de oprichtingskosten van € 150.000 op de balans van High Tech Solutions BV.

High Tech Solutions BV wil de managers van Create BV laten participeren in Create BV. Daartoe wil Create BV 10% van de aandelen aan de drie managers (5%, 2,5%, respectievelijk 2,5%) verkopen voor € 500.000, € 250.000, respectievelijk € 250.000. De managers voelen de rijkdom achter de horizon en willen instappen, ook al zijn de risico's erg groot. Banken lenen BV M1 (aandeelhouder Manager 1), BV M2 (aandeelhouder Manager 2) en Manager 3 50% van de koopsom van Create BV. De rest komt uit privé spaargeld van de managers. Manager 1 en Manager 2 storten dit spaargeld als kapitaal in hun BV.

De adviseur bedenkt de volgende structuur:

High Tech Solutions BV richt tussenhouders High Tech Plus BV op en verkoopt en levert alle aandelen in Create BV aan High Tech Plus BV voor € 10.000.000. High Tech

Solutions BV verleent High Tech Plus BV kwijting voor de koopsom van € 10.000.000, tegen schuldigerkenning van High Tech Plus BV aan High Tech Solutions BV.

Voorwaarden:

- hoofdsom € 10.000.000
- 5% rente
- aflossing in eerste termijn, meteen na levering aandelen aan managers, van € 1.000.000 en 18 jaartermijnen van € 500.000
- zekerheid is een niet achtergesteld pandrecht op 90% aandelen Create BV.

In samenhang met deze transactie verkoopt tussenhoudster High Tech Plus BV 10% van de aandelen Create BV aan BV M1, BV M2 en Manager 3 voor € 1.000.000. High Tech Plus BV lost € 1.000.000 af op de schuld aan High Tech Solutions BV. High Tech Solutions BV keert € 1.000.000 dividend uit aan haar aandeelhouder.

De balans van High Tech Plus BV bestaat na deze transactie uit deelneming Create BV € 9.000.000 en schuld aan High Tech Solutions BV € 9.000.000. Het eigen vermogen is nihil.

Vragen

- a) Wat is de winst van High Tech Solutions BV uit deze transacties? Geef daarbij aan welk deel onder de deelnemingsvrijstelling valt en hoe de rente en waardemutaties op de vordering van € 10.000.000 worden belast.

Vervolg jaar 1:

Na 1 jaar blijkt, niet geheel onverwacht, dat Create BV geen kasmiddelen heeft om dividend uit te keren. Tussenhoudster High Tech Plus BV betaalt geen € 450.000 rente. Deze rente wordt schuldig gebleven. Ook wordt er geen € 500.000 afgelost. High Tech Solutions BV neemt in haar aangifte geen rentebate op. De vordering blijft op € 9.000.000 gewaardeerd.

- b) Is dit aanvaardbaar voor jou als inspecteur of ga je een correctie voorstellen?

Vervolg jaar 2

In jaar 2 van haar bestaan, maakt Create BV slechte tijden door. De technische doorbraak wil op korte termijn niet lukken. Create BV heeft ernstige kastekorten en behoefte aan meer kapitaal. Technisch is Create BV failliet. Beurs NV koopt alle aandelen in Create BV van High Tech Plus BV voor € 556.000, naar rato van het aandelenbelang betaald aan de aandeelhouders. Beurs NV brengt nieuw kapitaal en know how in.

High Tech Plus BV ontvangt € 500.000 en maakt dat bedrag over aan High Tech Solutions BV. De schuld bedroeg civielrechtelijk op dat moment inclusief bijgeschreven rente € 9.800.000. High Tech Solutions BV heeft fiscaal geen renteontvangst aangegeven. De vordering stond op € 9.000.000. High Tech Solutions BV boekt de ontvangen € 500.000 af op de vordering en waardeert de vordering commercieel af tot nihil. Verdere betalingen zijn objectief bezien niet te verwachten.

- c) Wat zijn de fiscale gevolgen voor High Tech Solutions BV van deze feiten?

- d) Wat is het fiscale gevolg voor BV M1? BV M1 wil het verlies onder artikel 13d Wet Vpb 1969 brengen. Kan dat?
- e) Wat is het fiscale gevolg voor BV M2? BV M2 wil al het verlies op de aandelen aftrekken. Kan dat?
- f) Wat is het fiscale gevolg voor Manager 3? Hij claimt een verlies in de inkomstenbelasting.

Uitwerking

- a) In deze casus zijn er meerdere antwoorden en standpunten mogelijk. Het gaat erom de **earn-outproblematiek** te onderkennen en de juiste stellingen in te nemen bij het vooroverleg en de aanslagregeling.

Toelichting:

De Kennisgroep deelnemingsvrijstelling studeert momenteel naar aanleiding van BNB 2018/151 op de vraag of er bij een verkoop van een deelneming per definitie een samenhang van overeenkomsten is als er sprake is van een zogenoemde *vendor loan*, waarbij de koper de koopsom schuldig blijft en de verkoper (tegelijktijd) een lening aan de koper verstrekt (zie in dit kader BNB 2018/151). Of dat dit afhankelijk is van enerzijds 1) de formele/verbintenisrechtelijke voorwaarden en anderzijds 2) de materiële/goederenrechtelijke omstandigheden. Bij de contractuele voorwaarden spelen diverse factoren een rol, zoals data, omvang, kwijtscheldingsbepalingen, enzovoorts. Bij de materiele omstandigheden speelt met name een rol of de kopende vennootschap beschikt over voldoende eigen vermogen en eigen betaalcapaciteit. Dat wil zeggen dat zij voor de verschuldigde termijnen niet (uitsluitend) afhankelijk is van de waardeontwikkeling van de gekochte deelneming. De Kennisgroep verzoekt casuïstiek in voorkomende gevallen voor te leggen.

Toepassing op de casus:

Feitelijk kan de tussenhouderster High Tech Plus BV alleen aflossen vanuit de resultaten van Create BV. Als de technische doorbraak niet ontstaat, is vrijwel zeker dat High Tech Solutions BV - afgezien van de initiële aflossing van € 1.000.000 - geen rente en aflossing gaat ontvangen,.

Mogelijkheid 1: Onzakelijke lening

De eerste stap is om te toetsen of hier sprake is van een onzakelijke lening. De aan te leggen toets is dan of een derde bereid zou zijn deze lening tegen dezelfde voorwaarden te verstrekken, mogelijk tegen een hoger rentepercentage, zonder dat die rente feitelijk winstafhankelijk wordt. Aangezien de enige zekerheid bestaat uit de aandelen Create BV en Create BV slechte vooruitzichten op mogelijke winst heeft, is het niet aannemelijk dat een derde bereid zou zijn deze lening te verstrekken. De stelling is dan dat hier sprake is van een onzakelijke lening.

De rente op een onzakelijke lening is belast, maar mogelijk dat het rentepercentage nog moet worden aangepast. De hoogte van deze rente laten we nu echter rusten.

Het bedrag dat onder de deelnemingsvrijstelling wordt aangegeven is waarschijnlijk € 10.000.000 -/- € 150.000 (boekwaarde) = € 9.850.000. De inspecteur doet hier bij aanslagregeling geen uitspraak over. Hij stelt slechts de aanslag vast. De inspecteur hoeft dus feitelijk nog niets te doen en wacht af of de vordering in de toekomst wordt afgewaardeerd.

*Mogelijkheid 2: **Earn-outregeling** (artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969)*

In de casus die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad 29 juni 2018 (BNB 2018/151) was tussen de verkoper en de koper afgesproken dat de vordering, voor zover die niet uit dividenden van de overgenomen vennootschap kon worden afgelost, na 8 jaar zou worden kwijtscholden (verbintenisrechtelijke voorwaarde). Deze potentiële kwijtschelding was in verband met de onzekerheid van het aantal en de hoogte van de termijnen voor de inspecteur, het Hof en de Hoge Raad aanleiding de vordering onder de **earn-outregeling** van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 te brengen. Hierdoor waren de voorziening die de koper/crediteur in jaar 6 vormde en de uiteindelijke kwijtschelding door verkoper in jaar 8 niet aftrekbaar. Hier was dus sprake van een formele/verbintenisrechtelijke voorwaarde tot kwijtschelding.

In onderhavige casus is echter geen formele/verbintenisrechtelijke voorwaarde tot kwijtschelding overeengekomen, maar materieel lag dit wel in de lijn der verwachtingen als Create BV geen doorslaand succes zou worden. Het is niet geheel zeker welke weg de Hoge Raad zal volgen: de formeel/verbintenisrechtelijke weg of de meer materieel/goederenrechtelijke weg. De Kennisgroep deelnemingsvrijstelling bepleit enige terughoudendheid bij het in stelling brengen van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. Met name als de onzekerheid uitsluitend voortvloeit uit de mogelijke insolventie van de debiteur (materieel/goederenrechtelijke omstandigheid) en er geen sprake is van onderlinge afspraken over kwijtschelding (formele/verbintenisrechtelijke voorwaarde).

Het standpunt bij een uitsluitend materieel/goederenrechtelijke onzekerheid is echter anders als de verkopers (schuldeisers) bekend zijn met de precaire financiële situatie van High Tech Plus BV en daarvoor geen harde zekerheden zijn overeengekomen. Dit is in casu het geval. Het pandrecht op 90% van de aandelen Create BV is namelijk onder de geschetste omstandigheden geen harde zekerheid. In feite heeft de verkoper dan alsnog welbewust de onzekerheid geaccepteerd of de rente en de aflossingen worden betaald (aantal en hoogte van de termijnen).

Conclusie: Indien er sprake is van formele/verbintenisrechtelijke voorwaarden tussen partijen (zoals bijvoorbeeld in BNB 2018/151), of materiele/goederenrechtelijke omstandigheden (bijvoorbeeld als de verkoper bekend is met de onzekere financiële situatie van de koper en toch geen (effectieve) garanties krijgen) dan lijkt het in stelling brengen van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 wel mogelijk. Maar de Kennisgroep is dit dus nog aan het bestuderen.

Ook in dit geval is er voor de inspecteur geen aanleiding in het jaar van de transactie actie te ondernemen bij de aanslagregeling. De inspecteur doet bij de aanslagregeling

geen uitspraak over de aangegeven hoogte van het deelnemingswinst. Pas bij een eventuele afwaardering is er aanleiding tot actie.

De rente:

Vaststaat dat de renten (en de valutaresultaten) die ontstaan doordat een renteloze **earn-outvordering** of -schuld contant is gemaakt en vervolgens oprent onder de deelnemingsvrijstelling vallen (zie MvT Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, [p. 29](#)).

In onderhavige casus is echter sprake van een rentedragende civielrechtelijke vordering die door de fiscale herkwalificering als **earn-outtermijnen** worden aangemerkt. Er bestaat materiële/goederenrechtelijke onzekerheid over de omvang van de te ontvangen termijnen. In de jurisprudentie is nog niet beslist of een rente op een geherkwalficeerde **earn-outlening** belast is of onder de **earn-outregeling** valt. Dat staat op dit moment nog open en de Kennisgroep deelnemingsvrijstelling heeft hier nog geen standpunt over. De Kennisgroep verzoekt in voorkomende gevallen de casus voor te leggen aan de Kennisgroep.

10,2,d
10,2,g

Mogelijkheid 3: Waardebepaling vordering

Een derde stelling grijpt terug op de zogenoemde schattingsjurisprudentie. Indien door omstandigheden niet kan worden gesteld dat sprake is van een onzakelijke lening of een **earn-outvordering**, dan moet de waarde van de tegenprestatie bij levering van de aandelen worden gewaardeerd. Een verkoper heeft namelijk niet direct een prijs ontvangen voor de aandelen, maar een beloning in natura, de vordering.

Deze vordering moet worden gewaardeerd. Vergelijk in dit kader BNB 2018/151 (r.o. 2.4.2): *'Uit de bewoordingen van artikel 13, lid 6, van de Wet en de hiervoor in 2.4.1 bedoelde totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling volgt dat het daarin gehanteerde begrip 'prijs' moet worden opgevat als hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt.'*

In onderhavige casus moet worden bepaald wat voor de verkoper de waarde van de vordering van € 10.000.000 is. Deze vordering is in ieder geval € 1.000.000 waard (de initiële aflossing). Een waardebepaling zal echter niet eenvoudig zijn.

Na vaststelling van de juiste waarde van de vordering zijn toekomstige waardemutaties belast, alsmede de rente op de vordering. Een voorbeeld: Stel dat een derde 40% van de nominale waarde zou willen betalen voor de rentedragende vordering van € 9.000.000. Dan is de opbrengst € 4.600.000 (= € 1.000.000 vermeerderd met € 3.600.000 (= 40% van € 9.000.000)). Dat wordt de

fiscale boekwaarde van de vordering en de opbrengst van de deelneming. Wordt er vervolgens rente of een aflossing ontvangen dan wordt dat belast. De rente op het moment van ontvangst; een aflossing vanaf het moment dat meer dan € 3.600.000 is afgelost.

- b) Als de realisatie van een rentevordering zeer twijfelachtig is, staat goed koopmansgebruik toe, een voorziening op te nemen voor de rentevordering (voorzichtigheid). Over de hoogte van de voorziening valt te twisten, maar in de onderhavige casus lijkt dat onvoldoende om de aangifte van dit jaar te corrigeren. De rente is niet betaald, maar het is ook zeer de vraag of dat in de toekomst wel gebeurt. Verder is geen sprake van een afwaardering op de vordering, dus geen bedrag ten laste van de fiscale winst en daarom ook geen aanleiding voor een correctie.
- c) Evenals bij vraag a is geen ondubbelzinnig antwoord te geven. De visie van de belastingplichtige wordt in ieder geval niet gevolgd.

Bij vraag a waren de mogelijkheden: 1) Onzakelijke lening, 2) **Earn-outregeling** en 3) Schattingsjurisprudentie.

Mogelijkheid 1: Onzakelijke lening:

De afboeking van € 9.000.000 (of € 8.500.000) is niet aftrekbaar. Dan moet er nog wel iets gebeuren met de € 800.000 commercieel bijgeboekte rente en de daadwerkelijk ontvangen € 500.000. Een eenduidig antwoord is niet te geven, maar redelijk lijkt om de € 800.000 niet als winst te belasten en de € 500.000 als aflossing te beschouwen. De aflossing wordt dan niet belast. Bedenk echter dat civielrechtelijk de betaling primair aan de rente wordt toegerekend. Dan zou de stelling kunnen zijn dat de € 500.000 rente belast is en de € 9.000.000 als afwaardering niet aftrekbaar. Dat zou echter heel erg streng.

*Mogelijkheid 2: **Earn-outregeling***

De afwaardering valt onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 en vermindert dus de kostprijs deelneming. Geen recht aftrek. De rente betreft geen oprenting van een contant gemaakte **earn-outvordering**. Het is dus niet absoluut zeker dat deze onder de **earn-outregeling** valt. In onderhavige casus lijkt dat echter wel verdedigbaar: dus verhoging kostprijs deelneming.

Mogelijkheid 3: Waardebepaling vordering

Na het maken van de schatting en het daarop baseren van de kostprijs van de deelneming, staat de vordering verder los van de deelneming. De latere afwaardering is aftrekbaar. De rente is een opbrengst. Of dit nu belast is als rente of als lagere afwaardering is minder relevant. Gezien de civielrechtelijke kwalificatie ligt als rente belasten meer voor de hand (bijvoorbeeld als artikel 15b Wet Vpb 1969 (de earningstrippingregeling) moet worden toegepast.

- d) BV M1 bezit 5% van de aandelen in Create BV. Dit is een deelneming en het verlies bij verkoop van de aandelen € 472.000 (= € 500.000 verminderd met € 28.000) valt

onder de deelnemingsvrijstelling. Verkoop van aandelen is geen liquidatie. Er is dus er geen beroep mogelijk op de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet Vpb 1969.

- e) BV M2 bezit 2,5 % van de aandelen in Create BV. Dit is geen deelneming, want voldoet niet aan het 5% criterium. Het verlies is aftrekbaar van de fiscale winst. Belastingplichtige heeft gelijk.

Manager 3 valt onder de inkomstenbelasting. Manager 3 bezit 2,5% van de aandelen in Create BV. Dit vormt geen aanmerkelijk belang. De aandelen vallen daardoor in Box 3 en de waardedaling van € 236.000 (= € 250.000 verminderd met € 14.000) is niet aftrekbaar. Overigens zou een potentiële waardestijging ook niet belast zijn geweest. Er is namelijk geen sprake van een lucratief belang, omdat het normale aandelen zijn.

Mededelingen kennisgroep deelnemingsvrijstelling 12 december 2018

Geen afwaardering vordering omdat er sprake is van een earn out

HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1019; VN 2018/35.12

Belanghebbende heeft in 2008 een deel van haar deelneming verkocht aan derden. De kopers blijven de koopprijzen schuldig. Belanghebbende doet afstand van haar vorderingsrechten op de kopers ter grootte van de koopprijzen, onder de verplichting van ieder van de kopers om gelijktijdig aan belanghebbende uit hoofde van lening een even groot bedrag schuldig te erkennen.

Voorwaarden lening (samengevat): rente van 5%, dividenden moeten worden aangewend voor betaling van rente en aflossing, periodiek wordt (interim)dividend uitgekeerd, zodat aan het einde van het boekjaar de solvabiliteit van de deelneming circa 25 percent zal bedragen. Indien de vanaf 1 januari 2008 uit te keren dividenden niet toereikend zijn om de leningen volledig af te lossen op uiterlijk 31 december 2016, zullen de resterende saldi van de leningen en de niet voldane rente worden kwijtgescholden.

In 2012 waardeert belanghebbende de vordering op de kopers af.

De inspecteur heeft de afwaardering ten laste van de winst niet geaccepteerd met een beroep op (onder meer) de earn out bepaling.

De Hoge Raad oordeelt als volgt:

Het begrip 'prijs' moet worden opgevat als hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt. Deze uitleg strookt met de doelstelling van de wetgever om waarderingsgeschillen te voorkomen in gevallen waarin de totale omvang van de tegenprestatie op voorhand onzeker is.

De Hoge Raad volgt het Hof dat er een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de verkoop van de deelneming en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds. Dit betekent dat als tegenprestatie de laatstgenoemde vordering geldt.

Met een beroep op de strekking van de earn out bepaling moeten de vorderingen die uit de schuldigerkenningen voortvloeien, worden aangemerkt als de prijs waarvoor de deelneming is vervreemd als bedoeld in de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet, en niet de in de Overeenkomst vermelde koopsommen.

Reikwijdte arrest

De praktijk zal moeten uitwijzen wat de reikwijdte van dit arrest is. In het arrest is sprake van een kwijtschelding van de schuld als de dividenduitkeringen op het eind van de looptijd van de lening niet voldoende zijn gebleken om de schuld af te lossen. Dit gecombineerd met het feit dat rente en aflossing afhankelijk zijn van dividenden, maakt de conclusie dat er sprake is van een earn out (vermoedelijk) onontkoombaar.

De earn out regeling kan een ruime werking hebben. Naar aanleiding van een paar praktijkcasussen hebben wij de indruk dat de reikwijdte van het arrest door de BD in sommige gevallen echter te ver wordt opgerekt. De aflossing van een vordering is in beginsel altijd onzeker maar dat maakt het vervreemden van een deelneming tegen een vordering nog geen earn out. Stel dat tussentijdse aflossingen (deels) afhankelijk zijn van dividenden uit de deelneming, hoeft dit nog niet te betekenen dat er sprake is van een earn out. Of er sprake is van een earn out, vereist een materiële beoordeling van alle feiten en omstandigheden.

De kennisgroep houdt zich aanbevolen voor casussen op dit gebied teneinde een beter zicht te kunnen krijgen op de reikwijdte van het arrest.

Buiten reikwijdte verzoek

Verslag vergadering kennisgroep deelnemingsvrijstelling 2013-

Datum : 21 februari 2013

02

Aanwezig : 10,2,e

Afwezig :

Buiten bereik

Buiten bereik

F. Jurisprudentie

- **Dvs09066: Hoge Raad, 08-02-2013, 12/03657, Earn out en oprenting**

N.a.v. dit arrest heeft ^{10,2,}_e de vraag gesteld of iedere onzekere termijn onder de wettelijk earn out valt of slechts indien er tenminste enige onzekerheid is over de ontwikkelingen in de waarde van de onderneming en/of de aandelen. Bij een eerdere vergadering waren de meningen verdeeld en nu ook nog ^{10,2,e} vraagt naar de afloop van dvs12025 ^{10,2,e} zal dit nagaan bij de vraagsteller en de volgende vergadering terugkoppelen. ^{10,2,e} verwijst nog naar zijn reactie inzake dvs12021 (casus van ^{10,2,e}) waarin hij heeft geopperd dat ook een (onzakelijke) lening mogelijk onder art 13 lid 6 Wet Vpb kan worden gebracht.

Buiten bereik

Verslag vergadering kennisgroep deelnemingsvrijstelling 2013-

Datum : 30 mei 2013

Aanwezig : 10,2,e

Afwezig :

Buiten bereik

Buiten bereik

▪ **Dvs13022:Art 13 lid 6, onzekerheden en rente;**

Er dienen nog wel enige feiten worden uitgezocht echter het feit dat de rentevergoeding expliciet is overeengekomen (Euribor, te bereken over de periode dat de juridische eigendom wordt verkregen tot de dag dat de onzekerheden zich voordoen) in plaats van impliciet mag niet terzake doen. Ook in dit geval zou de rente onder de toepassing van art 13 lid 6 Wet Vpb dienen te vallen. Zie ook de aantekening in VN 2013/9.13 **10,2,e** bericht de vraagsteller.

Buiten bereik

Verslag vergadering kennisgroep deelnemingsvrijstelling 2013-

Datum : 4 juli 2013

05

Aanwezig : 10,2,e

Afwezig :

Buiten bereik

Buiten bereik

- Dvs13022:Art 13 lid 6, onzekerheden en rente;

De conclusie tijdens de vorige vergadering wordt (gedeeltelijk) herzien:

1 De bepalingen opgenomen in het contract zijn zodanig dat gesproken kan worden van een situatie die valt te rangschikken onder art 13 lid 6 Wet Vpb danwel als earn out achtige danwel als

prijsaanpassing. De nabetalingen die volgen uit het contract dienen dan ook te worden aangemerkt als aanvulling op de overeengekomen koopprijs.

2 De rente die is verschuldigd over de nabetalingen is niet te rangschikken onder art 13 lid 6 Wet Vpb gelet op de ratio(het voorkomen van discussies en waarderingsverschillen tussen koper en verkoper). Partijen zijn namelijk een vast rentepercentage overeengekomen waarmee gerekend gaat worden waardoor er geen sprake meer is van een schattingsprobleem op dit onderdeel. Verder wordt in de parlementaire behandeling (MvT) uitsluitend aangegeven dat de oprenting van contant gemaakte termijnen onder art 13 lid 6 vallen. **10,2,e** koppelt terug richting de vraagsteller.

Buiten bereik

■ **Dvs13025: Casus earn out en omvang termijnen niet vast** **10,2,e**
10,2,e stelt dat de verkoper na de aandelentransactie een crediteur is geworden van een rentedragende lening met een looptijd van 4 jaar welke onder omstandigheden deels eerder afgelost dient te worden (bij dividend). De rentebaten zijn normaal belast. **10,2,e** stelt dat dit een schoolvoorbeeld is van een situatie die valt onder art 13 lid 6 Wet Vpb. De reden voor het verschil is de uitleg van "de hoogte van de jaarlijkse aflossing is gelijk aan de maximaal door de schuldenaar te ontvangen dividenduitkering". **10,2,e** veronderstelt dat dit wijst op de plicht tot eerdere aflossing bij dividend, **10,2,e** veronderstelt dat alleen aflossing bij dividend dient plaats te vinden en dat na 4 jaar de schuld vervalt. Ofwel de feiten zijn niet volledig duidelijk. **10,2,e** deelt de opinie van **10,2,e** indien zijn uitleg van de feiten juist is **10,2,e** stuurt zijn preadvies door aan de vraagsteller waarbij de veronderstelling van de uitleg van de feiten nog wordt verduidelijkt. **10,2,e** merkt nog wel op dat er geen sprake kan zijn van een onzakelijke lening, het zijn derde partijen.

Buiten bereik

Verslag vergadering kennisgroep deelnemingsvrijstelling³⁶**Datum** : 4 juni 2015**2015-06****Aanwezig** : 10,2,e**Afwezig** :

Buiten bereik

Buiten bereik

Dvs15013 Art 13 lid 6 valuta en indexatie 10,2,e

Voor zowel de optie van alles in de vrijgestelde als de optie van alles in de belaste sfeer zijn argumenten te benoemen. Voor de optie van de adviseur (rente aftrekbaar, valutaresultaten onbelast) zijn geen argumenten benoemd. Na een lange discussie komen we tot het volgende standpunt: art 13 lid 6 Wet Vpb is niet van toepassing, de prijs in 67 AWR staat vast en daarmee de koopsom. De koppeling van de betaling in termijnen aan de ontwikkelingen van de prijsindex doet aan deze conclusie niet af aangezien dit gezien dient te worden als ware het een variabele rente is. Het is een vergoeding voor het feit dat je in termijnen betaalt.

10,2,e koppelt terug richting vraagsteller.

Buiten bereik

Verslag vergadering kennisgroep deelnemingsvrijstelling 2018-02**Datum** : 8 maart 2018**Aanwezig** : 10,2,e**Afwezig** :

Buiten bereik

Buiten bereik

Dvs18006: Rente earn out en te late betaling, ter info 10,2,e

De reacties zijn eensgezindheid (en overeenkomstig standpunt vraagsteller): rente terzake te late betaling earn out termijn valt niet onder de deelnemingsvrijstelling. 10,2, heeft reacties reeds teruggekoppeld aan vraagsteller. Casus kan van de agenda. e

Buiten bereik

Buiten bereik

10,2,e

- Earn out, vreemde valuta

Prijs is afgesproken in vaste termijnen luidend in een andere valuta. Is dit aanleiding om dit onder de earn out art 13 lid 6 te laten vallen? Nee, de lijn van dvs12025 wordt voortgezet

Buiten bereik



Belastingdienst

verslag

Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2020-4

Vergaderdatum	Donderdag 9 april 2020
Vergaderplaats	Over de mail door Coronamaatregelen
Aanwezig	-
Afwezig	-

Buiten bereik

11,1

[Dvs20007](#) Earn-out, prijsaanpassing en valutaresultaten (13-6)

In deze casus is de vraag of sprake is van een earn-outregeling, dan wel een prijsaanpassing en valutaverlies al dan niet aftrekbaar is. 10,2, heeft in samenspraak met de vraagsteller een preadvies geschreven. De conclusie is dat - gelet op doel en strekking en de ruime werking van art. 13, lid 6, Wet Vpb 1969 tezamen met de uitspraak van Rechtbank Gelderland op 9 september 2014, nr. 12/5922 - sprake is van een earn-out. Tevens kan sprake zijn van een prijsaanpassing op basis van de tweede volzin van art. 13, lid 6, Wet Vpb 1969 en de parlementaire geschiedenis.

10,2,e heeft het preadvies tegen gelezen en sluit zich aan bij de conclusie. Hij zegt dat als al sprake is van een fiscaal zelfstandig in aanmerking te nemen *prijsaanpassing* (en niet simpelweg van een langgerekte *prijsbepaling*), en als er fiscaal al een valutaverlies tot uitdrukking zou komen ter zake van de met deze aanpassing samenhangende voorziening, naar zijn mening dan sprake is van een prijsaanpassing in de zin van artikel 13 lid 6 Wet Vpb 1969, het valutaverlies dezelfde behandeling ten deel valt als de betaling uit hoofde van het prijsaanpassingsmechanisme zelf: beide zouden onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Voor het vervolg neemt hij aan dat sprake is van een prijsaanpassing. 10,2,e zijn het met de analyse van 10,2,e eens.

10,2,e vraagt of hij de behandelaar - die binnenkort een gesprek met belastingplichtige heeft - alvast kan meegeven dat of sprake is van een valutaverlies afhankelijk is van de vraag

wanneer de verplichting is ontstaan. Echter, hij vult dit aan met de constatering dat, nu in de SPA wordt gesproken over een finale prijsbepaling bij closing, geen sprake is van aanpassing van de overeengekomen prijs, maar een nadere bepaling van de prijs en dat het valutaverlies hoe dan ook niet aftrekbaar is. Hierin kunnen ^{10,2,e} zich vinden.

Na gedachtenuitwisseling komen ^{10,2,e} tot de conclusie dat in casu sprake is van een binnenjaarse prijsaanpassing, die o.g.v. art. 13, lid 6, tweede volzin, Wet Vpb 1969 onder de deelnemingsvrijstelling valt en o.g.v. art. 13d, lid 2, onderdeel c, Wet Vpb 1969 tot het opgeofferd bedrag moet worden gerekend. Daarnaast hebben zij ^{10,2,e} van de

Buiten bereik

^{10,2,e} denkt dat we goed voor ogen moeten houden wat het verlies is dat belastingplichtige presenteert. Volgens hem wil belastingplichtige een ongerealiseerde, tussentijdse waardeverandering van de (geschatte) verplichting als gevolg van valutaschommelingen die zich tussen ^{67 AWR} hebben voorgedaan in aftrek brengen. Volgens hem valt een eventueel in aanmerking te nemen discrepantie tussen de schatting en de *settlement* geheel onder art. 13, lid 6, Wet Vpb 1969.

Ook ^{10,2,e} denkt dat de Kennisgroep Winstbepaling ons wellicht moet helpen bij de bepaling of hier een resultaat te onderkennen valt, zodat wij ons daarna over de toepassing van art. 13, lid 6, Wet Vpb 1969 kunnen buigen.

Buiten bereik



Belastingdienst

verslag

Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2020-9

Vergaderdatum en -tijd: Donderdag 1 oktober 2020, 9.00 -12.30 uur

Vergaderplaats: Webex

Afmeldingen: 10,2,e

Buiten bereik

10a Earn-outarrest ([ECLI:NL:HR:2020:1503](#))

10,2,e schetst het earn-outarrest van 25 september 2020. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen enerzijds de contractuele rente over de earn-out en anderzijds de rente over de anti-speculatievergoeding. De contractueel overeengekomen rente valt onder de deelnemingsvrijstelling op grond van 13-6 indien deze onderdeel uitmaakt van de overeengekomen tegenprestatie. Tot die tegenprestatie behoren alle ter zake van de vervreemding overeengekomen vergoedingen, met inbegrip van een eventueel daarin begrepen bedrag dat als rente zou kunnen worden aangemerkt. Rente die het gevolg is van te late betaling door de koper valt hier niet onder. Een anti-speculatievergoeding valt niet onder 13-6, maar – evenals in BNB 2006/7 is bepaald – rechtstreeks onder 13-1 als voordeel uit opgesplitst belang. Rente over een anti-speculatievergoeding valt dan weer niet onder de deelnemingsvrijstelling, omdat de rente geen voordeel uit opgesplitst belang is. Een vraag die opkomt is hoe de in het arrest gewezen lijn doorwerkt naar casus inzake een vendor loan. De Hoge Raad schaaft de rente onder de earn-out indien het onderdeel uitmaakt van de overeengekomen tegenprestatie. Dit geldt volgens 10,2,e ook voor oprenting gezien de verwijzing naar BNB 2013/93. 10,2,d en 10,2,g

10,2,d en 10,2,g

10,2,e zoekt uit wat over de earn-out in de DVS-cursus wordt gezegd en of het Memo Earn-out naar aanleiding van dit arrest moet worden aangepast.



Belastingdienst

verslag

Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2021-5

Vergaderdatum en -tijd: Donderdag 3 juni 2021, 9.00-15.00 uur
Vergaderplaats: Webex
Afmeldingen: -

Buiten bereik

Buiten bereik

11a Discussiememo Earn-out 10,2,e

Nu de KG op veel facetten een visie op een potentiële de aanpak van de earn-out in het discussiememo heeft neergelegd, is het plan om deze visie aan de hand van concrete casus aan FJZ voor te leggen en af te stemmen. Op dit moment komen Dvs20025, Dvs20030, Dvs21002 en Dvs21006 daarvoor in aanmerking.

Verder is dit discussiememo op het punt van 'nagenoeg geheel' kort besproken bij de behandeling van de Dvs21006.

Buiten bereik