



Belastingdienst

Kennisgroep fusies en fiscale eenheden
T.a.v. [5.1.2e] Bastiaens
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T [5.1.2e]
M [5.1.2e]

E-mailadres
[\[5.1.2e\]@belastingdienst.nl](mailto:[5.1.2e]@belastingdienst.nl)

Datum
17 september 2021

Ons kenmerk
21-023-0012

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste [5.1.2e],

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

[5.1.2e]

21-023-0012 Earn-outverplichting na een juridische fusie (13-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
17 september 2021

Aanleiding

buiten verzoek

Vraag

Aan de KG DVS is de vraag voorgelegd of waardemutaties op een earn-outverplichting – ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag overeenkomstig artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 – nog steeds onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 vallen, nadat de verworven deelneming door een juridische fusie in de koper is opgegaan?

Antwoord

De KG DVS is in casu van mening dat de deelnemingsvrijstelling ook op de earn-outverplichting van toepassing blijft nadat de koper de deelneming niet meer bezit als gevolg van de juridische fusie van de deelneming met de koper. Dit ondanks de duidelijke parlementaire uitlatingen bij artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969. De KG DVS is namelijk van mening dat kan worden gesteld dat deze parlementaire uitlatingen door latere jurisprudentie – BNB 2003/34, BNB 2006/7 en BNB 2013/70 – zijn achterhaald.

buiten verzoek

Casus

Bij de beantwoording van de vraag is de KG DVS van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Algemeen

De KG DVS is in casu van mening dat de deelnemingsvrijstelling ook op de earn-outverplichting van toepassing blijft nadat de koper de deelneming niet meer bezit als gevolg van de juridische fusie van de deelneming met de koper. Dit ondanks de duidelijke parlementaire uitlatingen bij artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 die expliciet regelt dat waardeveranderingen van een earn-outverplichting na voeging van de deelneming in de fiscale eenheid waar ook de koper deel vanuit maakt buiten de winst blijven.

De KG DVS is van namelijk mening dat deze parlementaire uitlatingen door latere jurisprudentie – BNB 2003/34, BNB 2006/7 en BNB 2013/70 – zijn achterhaald. Uit deze jurisprudentie maakt de KG DVS op dat de Hoge Raad het niet van belang

acht dat de deelneming na de fusie non-existent is: de earn-out is een afspraak tussen koper en verkoper en blijft hoe dan ook aangegaan in relatie tot de verkoop van de deelneming. De KG DVS is van mening dat kan worden gesteld dat artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 als gevolg van deze jurisprudentie zijn belang heeft verloren.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
17 september 2021

Earn-out en fiscale eenheid

In 2001 kwam – in het kader van de behandeling van het Belastingplan 2002, waarbij artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 werd ingevoerd - een soortgelijke vraag als onderhavige aan de orde in relatie tot een voeging van de gekochte deelneming in een fiscale eenheid. De Staatssecretaris antwoordde destijds¹:

"Indien de deelneming wordt opgenomen in een fiscale eenheid met de koper, is er vanaf het moment van voeging geen sprake meer van een deelneming en dus evenmin van voordelen uit hoofde van die deelneming. Dit heeft voor de koper tot gevolg dat met betrekking tot de winstrechtsverplichting vanaf dat moment de mutaties ten opzichte van de waarde in het economisch verkeer ten tijde van het aangaan van de fiscale eenheid, via de fiscale verlies en winstrekening lopen. Voor de verkoper van de deelneming heeft de vorming van de fiscale eenheid geen gevolgen."

Dit werd echter door de wetgever als ongewenst gevolg gezien. Hetgeen tot introductie van artikel 15ac, lid 6 (toen nog lid 7), Wet Vpb 1969 heeft geleid, zodat waardeveranderingen van een earn-outverplichting ook na voeging van de gekochte deelneming buiten de winstbepaling blijven.

In de Memorie van Toelichting² wordt ter zake opgemerkt:

"Indien de deelneming na verwerving wordt opgenomen in een fiscale eenheid, is vanaf het tijdstip van voeging geen sprake meer van een deelneming en dus evenmin van voordelen uit hoofde van die deelneming. Dit zou tot gevolg hebben dat de waarde van de verplichting op het voegingstijdstip moet worden geschat en dat latere waardeveranderingen met betrekking tot die verplichting via de winst- en verliesrekening lopen. Dit is evenwel niet een beoogd gevolg. Daarom wordt nu expliciet geregeld dat ook waardeveranderingen tijdens de fiscale eenheid buiten de fiscale winst- en verliesrekening blijven."

Earn-out en fusie

De vraag die de KG FFE voorlegt is zoals gezegd soortgelijk. In artikel 14b Wet Vpb 1969 heeft de wetgever echter geen met artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 vergelijkbare regeling opgenomen. Hierdoor zou op basis van de hierboven geciteerde parlementaire geschiedenis kunnen worden gesteld dat door de fusie vanwege het opgaan in van de deelneming de earn-outverplichting ook niet meer onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 valt. In dat geval zouden de waardeveranderingen van deze verplichting voortaan in de belaste sfeer zitten.

Na 2001 heeft de Hoge Raad evenwel jurisprudentie gewezen waaruit de conclusie kan worden getrokken dat de zinsnede van de wetgever *"...is vanaf het tijdstip van voeging geen sprake meer van een deelneming en dus evenmin van voordelen uit hoofde van die deelneming"* is achterhaald. In het verlengde daarvan kan tevens de conclusie worden getrokken dat artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 zijn belang heeft verloren.

¹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920, Bijvoegsel Handelingen I 2001/02, nr. 12-636, V-N 2001/66.2.

² MvT, Kamerstukken II 2002/03, 28 608, nr. 3, p. 11.

Wat betreft de jurisprudentie kunnen worden genoemd het zogenoemde Falconsarrest³ (BNB 2003/34) en het zogenoemde Netwerkorganisatiearrest⁴ (BNB 2006/7). In beide arresten was sprake van onder de deelnemingsvrijstelling vallende voordelen, hoewel de belanghebbende in kwestie geen deelneming (meer) bezat:

- In BNB 2003/34 bezat de belanghebbende opties (falcons) die recht gaven op een aandelenbelang van meer dan 5%. De Hoge Raad oordeelde dat op de resultaten uit die opties de deelnemingsvrijstelling van toepassing was.
- In BNB 2006/7 oordeelde de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op een nabetaling uit hoofde van een deelneming die inmiddels al weer was doorverkocht.

Daarnaast kan ook BNB 2013/70⁵ worden genoemd. Uit dit arrest over de vraag of bij verkoop van een gevoegde dochter sprake kan zijn van verkoopkosten, kan worden afgeleid dat het (fiscaal zichtbare) bezit van een deelneming niet vereist is om artikel 13 Wet Vpb 1969 te kunnen toepassen. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

"3.3. Met het opnemen in de Wet van de bepaling dat de kosten ter zake van de vervreemding van een deelneming niet aftrekbaar zijn, heeft de wetgever beoogd de verkoopkosten van een belang dat voldoet aan de in artikel 13, lid 2, van de Wet gestelde vereisten van aftrek uit te sluiten. Aangezien artikel 14, lid 1, van het Besluit fiscale eenheid 2003 bepaalt dat, indien de aandelen van een dochtermaatschappij worden vervreemd en in samenhang daarmee de fiscale eenheid ten aanzien van die dochtermaatschappij wordt verbroken, de vervreemding wordt geacht plaats te vinden na de ontvoering van die dochtermaatschappij en niet in geschil is dat het belang dat belanghebbende in de dochtermaatschappij hield, voldeed aan de in artikel 13, lid 2, van de Wet gestelde vereisten, komen de ter zake van de verkoop van de deelneming gemaakte kosten niet in aftrek. Daaraan doet niet af dat de verkoopkosten zijn gemaakt in de periode waarin de dochtermaatschappij deel uitmaakte van de fiscale eenheid met belanghebbende als moedermaatschappij. Dat ontnemt immers aan de onderhavige kosten niet hun karakter van kosten ter zake van de vervreemding van een deelneming."

Naar analogie van dit arrest en in het licht van de twee eerdergenoemde arresten, is de KG DVS van mening dat kan worden gesteld dat de voeging van een gekochte deelneming niet wegneemt dat die deelneming in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 is verkregen tegen een prijs die geheel of ten dele bestaat uit een recht (...) (earn-outverplichting). Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de waardeveranderingen van een dergelijke earn-outverplichting, stelt artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 immers alleen de eis dat de deelneming 'is verkregen tegen' een earn-outverplichting. En dat is en blijft het geval, ook nadat de deelneming is doorverkocht, gevoegd in een fiscale eenheid of bij wege van een juridische fusie is verdwenen.

³ Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, BNB 2003/34 met noot De Vries.

⁴ Hoge Raad 14 oktober 2005, nr. 41275, ECLI:NL:HR:2005:AU0841, BNB 2006/7 met noot De Vries.

⁵ Hoge Raad 11 januari 2013, nr. 12/01616, ECLI:NL:HR:2013:BY0612, BNB 2013/70 met noot Egelie.