



Aan:  
Van: Kennisgroep ROW

**Naam dienstonderdeel**  
Kennisgroep resultaat overige werkzaamheden

**Contactpersoon**  
5.1.2e

M 5.1.2e  
5.1.2e@belastingdienst.nl

**Datum**  
23 juli 2019

**Referentienummer**

**Behandeld door**  
5.1.2e

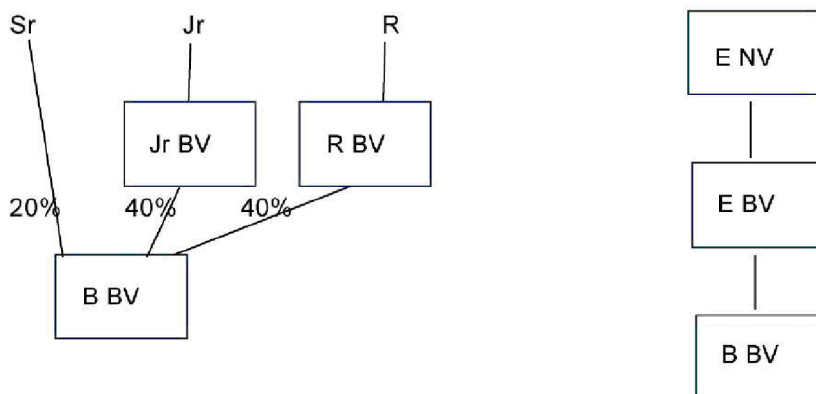
# memo

## Onderwerp

**Is bij deze earn-out regeling sprake van een lucratief belang?  
Vraag 19-059-007**

### 1. Feiten

Drie eigenaars (Sr, Jr en R) van een onderneming verkopen op  hun aandelen in de vennootschap B BV aan E BV (onderdeel van E NV). Schematisch als volgt:



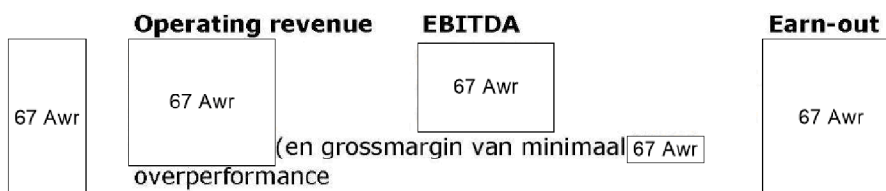
Sr is gepensioneerd, Jr en R treden per de verkoopdatum in dienst bij E NV. Het salaris van Jr en R bestaat uit vast loon (€  per jaar) en een bonus van €  (met name afhankelijk van opleiding van opvolgers en doorontwikkeling van het product, niet van verkopen).

De verkoopprijs van B BV is een vast bedrag (€ ) en een earn-out (maximaal € ).

De earn-out bestaat uit verschillende onderdelen en is afhankelijk van de EBITDA van de komende 3 jaar en de orderportefeuille op de einddatum (dus na 3 jaar).

De opbrengst (inclusief earn-out) wordt conform de eigendomsverhoudingen over de drie verkopers Sr, Jr en R verdeeld.

### Earn-out regeling



Earn-out vervalt op het moment van uitdiensttreding binnen de referentieperiode. In een aantal gevallen vervalt ook de earn-out voor de andere verkopers als er één uit dienst treedt.

### Bad leaver en voluntary leaver principles

#### Collectief:

- Bad leaver voor 31 dec [67 Awr] geen earn-out voor alle verkopers.
- Voluntary leaver voor 31 dec [67 Awr] geen earn-out voor alle verkopers.
- Voluntary leaver in [67 Awr] geen earn-out [67 Awr] en verder voor alle verkopers.

#### Niet collectief:

- Bad leaver na 31 dec [67 Awr] geen verdere earn-out voor betreffende verkoper en 50% van sr.
- Voluntary leaver in [67 Awr] geen verdere earn-out voor betreffende verkoper en 50% van sr.
- Voluntary leaver in [67 Awr] geen verdere earn-out voor betreffende verkoper en 50% van sr.

### Uit de brief van de adviseur:

4.1 De verkoopprijs van in totaal maximaal € [67 Awr] komt overeen met de marktwaarde van de aandelen in de onderneming. Dit is een prijs die door onderhandelingen tussen onafhankelijke partijen en met behulp van adviseurs tot stand is gekomen. De verkoopprijs bestaat uit een basisbedrag van ([67 Awr] plus maximaal € [67 Awr] aan earn outs. De earn outs vertegenwoordigen dus een deel van de marktwaarde van B BV maar worden pas (na)betaald bij het behalen van de doelstellingen,

4.2. Door een deel van de verkoopprijs of te spreken in de vorm van een earn out, is de koopprijs beter financierbaar. Enkel het deel dat direct wordt uitbetaald moet meteen worden gefinancierd. De nabetalings bij het behalen van de doelstellingen hoeven pas te worden gefinancierd ten tijde van de nabetaling. Dit verbetert de financieringspositie van BV voor het kopen van de aandelen.

4.3 Ook wordt de groei van de onderneming beter gewaarborgd door het overeenkomen van een earn out. De onderneming heeft veel potentie en dit is vertaald in de verwachte stijging van de opbrengsten en EBITDA. Er is

namelijk steeds meer vraag naar groene energie en het ontwikkelen van  
67 Awr Indien de verwachte groei van de opbrengsten en EBITDA de komende jaren daadwerkelijk wordt behaald, worden de laatste delen van de verkoopprijs ook uitbetaald. In dit kader waarborgt de earn out de potentieel aanwezige groeimogelijkheden van de onderneming en komt het daardoor ook ten goede aan de verkopers.

4.4. Bovendien is de verwachte toekomstige groei van de opbrengsten en EBITDA ook meegenomen in het bepalen van de totaalprijs voor de aandelen. De toekomstige groei is echter nog onzeker op het moment van aandelenoverdracht. De earn out zorgt ervoor dat die delen van de verkoopprijs pas worden uitbetaald als de verwachte groei ook daadwerkelijk wordt gerealiseerd.

4.5 De taakstellingen hebben als doel ervoor te zorgen dat R en jr. een vijftal andere werknemers opleiden om het ontwerpen van 67 Awr  
67 Awr en het verbreden van het biologisch beheren van 67 Awr binnen enkele jaren zelfstandig voort te kunnen zetten. Het salaris en de prestatiebonus worden verkregen in het kader van de dienstbetrekking de komende jaren en houden minder verband met de aandelenverkoop. Er worden dus aparte vergoedingen betaald voor de werkzaamheden in het kader van de dienstbetrekking. Deze vergoedingen staan los van de earn out.

4.6. De verkopers zijn afhankelijk van elkaar om de laatste delen van de verkoopprijs uitbetaald te krijgen. Indien R of jr. uit dienst treedt, vervalt de (resterende) earn out voor alle drie de verkopende partijen, dus ook voor degene die niet uit dienst treedt en voor sr. die reeds met pensioen is. Dit benadrukt de hoedanigheid van verkopers in het kader van de aandelentransactie.

**Vraag:**

Is sprake van een lucratief belang?

**Antwoord:**

Nee, in dit geval is geen sprake van een lucratief belang.

## **2. Beschouwing**

### **2.1 Opmerkingen vooraf bij de feiten**

De kennisgroep gaat uit van de feiten zoals deze zijn aangeleverd door de vraagsteller. Mogelijk kunnen de bij de bepaling van de verkoopprijs gehanteerde uitgangspunten tussen kopende en verkopende partijen nog nader licht werpen op de vraag of de aandelen al dan niet zijn verkregen in het kader van een beloning van R, Jr en Sr.

### **2.2 Is er al dan niet sprake van loon?**

In een dergelijke casus is altijd de eerste vraag of sprake is van loon. De beantwoording van deze vraag valt buiten het gebied van de kennisgroep ROW. Nu de earn out regeling mede afhankelijk is van bepaalde door Jr en R te bereiken managementdoelstellingen, is er een link met de door Jr en R te verrichten arbeid. Er zal nader moeten worden beoordeeld of de earn out voortvloeit uit de dienstbetrekking.

Deze vraag dient op grond van de rangorderegeling van art. 2.14, lid 1 en 2 Wet IB 2001 te worden beantwoord voorafgaand aan de toepassing van de lucratiefbelangregeling.

## **3. Lucratief belang**

De vraagsteller vraagt de kennisgroep of er in deze casus, waarbij sprake is van een earn-out, voldaan is aan het beloningsoogmerk van de lucratief belangregeling. Met name is de vraag of voldaan kan zijn aan het beloningsoogmerk indien de aandelen zijn verkocht en er pas daarna sprake is van een uitkering in verband met de earn-out regeling.

Ten eerste dient getoetst te worden of aan het beloningsoogmerk van art. 3.92b, lid 1 Wet IB 2001 wordt voldaan, voordat aan de financieringstoets(en) van art. 3.92b, lid 2 en lid 4 Wet IB 2001 wordt toegekomen. Dit wordt behandeld in 3.1. Daarna zullen we de earn-out regeling toetsen aan de financieringstoets uit lucratief belang aan de hand van de relevante regelgeving (3.2). Vervolgens sluiten we af met een conclusie (3.3).

### **3.1 Beloningsoogmerk (art. 3.92b, lid 1 Wet IB 2001)**

Voordat aan de financieringstoets van het tweede, derde of vierde lid van art. 3.92b Wet IB 2001 wordt toegekomen, dient getoetst te worden of al dan niet aan het beloningsoogmerk van art. 3.92b, lid 1 Wet IB 2001 is voldaan. Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord, wordt aan de overige leden van art. 3.92b Wet IB 2001 niet toegekomen.

De vraag of aan het beloningsoogmerk van het eerste lid is voldaan, moet naar de feiten en omstandigheden worden beoordeeld. Het gaat hierbij om een subjectieve toets, met dien verstande dat met de in de wettekst opgenomen woorden 'naar moet worden aangenomen' een zekere objectivering is beoogd (kamerstukken II 2007/2008, 31 459, nr. 3, pag. 10).

De bewijslast in deze casus ligt bij de inspecteur. In de onderhavige casus zijn aanwijzingen dat voldaan is aan het beloningsoogmerk van art. 3.92b, lid 1 Wet IB 2001. Er zijn ook feiten die de andere kant op wijzen. De vraag is of het toegekende earn-out recht 'mede een beloning beoogt te zijn voor werkzaamheden van de belastingplichtige' of dat het puur een vergoeding is voor de verkochte aandelen B BV.

Feiten en omstandigheden die wijzen op een verband tussen de earn-out en de verrichte werkzaamheden:

- Jr. en R. treden na verkoop van de aandelen in dienst bij E NV (aandeelhouder van B BV). Zij krijgen een vast salaris en daarnaast recht op een bonus onder voorwaarden.
- In de earn-out regeling is sprake is van leaverbepalingen. Dergelijke bepalingen kunnen een aanwijzing zijn voor de omstandigheid dat het earn-out recht is verkregen (mede) als beloning voor verrichte of te verrichten werkzaamheden.
- De earn out is afhankelijk van door Jr en R te behalen managementdoelstellingen.
- Voor de vraag of aan het beloningsoogmerk is voldaan, is de waarde in het economisch verkeer van de verkochte aandelen van belang. Zijn deze aandelen daadwerkelijk €7 Awmio waard (zoals gesteld door adviseur)? In dat geval lijkt geen ruimte voor het aannemen van een beloningsoogmerk. Is de waarde aantoonbaar lager, dan ligt een beloningsoogmerk voor de hand<sup>1</sup>. Het zal echter lastig zijn om dit aannemelijk te maken. De verkoopprijs is overeengekomen tussen derden.

Feiten en omstandigheden die wijzen op een verband tussen de earn-out en de hoedanigheid van aandeelhouder:

- Er is sprake van een start-up, een sterk groeiende onderneming, zodat de verwachtingen omtrent de groei van de onderneming van verkoper enerzijds en koper anderzijds sterk uiteen kunnen lopen. Daarnaast is sprake van een hoog risicoprofiel. Deze factoren hebben een grote invloed op de waarde van de onderneming. Een earn-out afspraak is dan een logische keuze. Koper beperkt zo zijn risico en verkoper maximeert zijn opbrengst. Bij een earn-out afspraak is gebruikelijk dat de verkoper nog een tijdje betrokken blijft bij de onderneming.
- In onderhavige casus is het earn-out recht niet alleen gekoppeld aan te behalen doelstellingen, maar ook aan de dienstbetrekking van Jr. en R. Ook Sr. is deels afhankelijk van de dienstbetrekking van Jr. en R. Als bijvoorbeeld één van beide bad leaver is voor 31 december <sup>67 Awr</sup>vervalt het gehele earn-out recht voor alle verkopers. Vraag is of deze koppeling voldoende is voor een beloningsoogmerk.
- De adviseur noemt als argumenten dat er geen relatie is met de werkzaamheden, dat Sr. niet meer werkzaam is voor de onderneming en dat de verkopers afhankelijk van elkaar zijn voor uitbetaling van de earn-out.

---

<sup>1</sup> Bij een overdrachtsprijs die niet onder normale omstandigheden is bedongen, wordt deze voor het ab gecorrigeerd worden naar wev op basis van artikel 4.22 Wet IB 2001. Het deel boven de wev zou dan mogelijk als loon/beloning kunnen kwalificeren. Dit artikel ziet vooral op transacties tussen familieleden. Werkgevers/werknemers zouden hier theoretisch ook onder kunnen vallen, maar in de jurisprudentie zijn hier niet veel voorbeelden van.

- Wat opvalt in deze casus is dat Sr na verkoop van de aandelen geen werkzaamheden meer verricht voor de onderneming. Toch heeft hij naar evenredigheid van zijn aandelenbelang recht op earn-out betalingen. Op zich hoeft het feit dat Sr. geen werkzaamheden hoeft te verrichten voor betaling van de earn-out niet te betekenen dat geen sprake is van een beloningsoogmerk. Ook in geval van een beloning voor reeds verrichte werkzaamheden kan sprake zijn van lucratief belang, zie Rechtbank Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12843.
- Het recht op earn-out betalingen is afhankelijk van de dienstbetrekking van Jr en R. Echter, in de overeenkomst is een onderscheid gemaakt tussen collectieve vervalbepalingen en niet-collectieve vervalbepalingen. Bij de collectieve vervalbepalingen vervalt het recht op verdere earn-out betalingen voor **alle** verkopers. Bij de niet-collectieve vervalbepalingen, vervalt uitsluitend het recht op verdere earn-out betalingen voor de vertrekkende werknemer en voor 50% van verdere earn-out betalingen van Sr, R en Jr zijn dus niet volledig afhankelijk van elkaar voor uitbetaling van de earn-out. Dit duidt erop dat er toch een relatie is met de werkzaamheden.
- De overige directeuren van E NV hebben geen earn-out regeling.
- De persoonlijke houdster-BV's van R en Jr staan garant voor bepaalde uitgangspunten bij de verkoop. Het bedrag waarvoor zij garant staan, wordt verhoogd naarmate er earn-out betalingen zijn gedaan.

#### *Concluderend*

Het earn-out recht heeft zeker een relatie met de werkzaamheden. Maar of het is toegekend mede met het oog op beloning voor deze werkzaamheden is de vraag. Het ligt meer voor de hand dat de koper zijn risico wil beperken en verkoper de verkoopopbrengst van zijn aandelen wil maximaleren. Gezien het feit dat het de oud-dga's betreft, ze van elkaar afhankelijk zijn, ze een beloning krijgen voor hun werkzaamheden en de onderneming lastig te waarderen is, is het lastig om een beloningsoogmerk aannemelijk te maken. Gelet op de overige omstandigheden ligt het meer voor de hand dat de earn-out is overeengekomen in de hoedanigheid van aandeelhouder.

### **3.2 Kwalificeert het earn-out recht als lucratief belang?**

Mocht toch aannemelijk gemaakt kunnen worden dat er een beloningsoogmerk is, dan is alleen sprake van een lucratief belang als het earn-out recht onder lid 2, 3 of 4 van artikel 3.92b IB 2001 kan worden gebracht. Vaststaat dat de verkochte aandelen geen lucratieve aandelen zijn. De winst bij verkoop wordt belast als aanmerkelijk belangwinst dan wel valt onder de deelnemingsvrijstelling. De waardeveranderingen van het earn-out recht worden op dezelfde manier belast.

Het earn-out recht zou een overig recht als bedoeld in tweede deel van lid 4 van artikel 3.92b Wet IB 2001 kunnen zijn. Het is een zelfstandig recht waarvan het waardeverloop afhankelijk is van management- of aandeelhoudersdoeleinden, zoals winst, omzet etc. Het waardeverloop is namelijk afhankelijk van omzet en EBITDA. Wel moet er, om aan de financieringstoets te kunnen voldoen, sprake zijn van een bepaalde achterstelling. Daar is hier niet van gebleken.

### **3.3 Conclusie**

Concluderend, in deze casus wordt niet voldaan aan het beloningsoogmerk van art. 3.92b, lid 1, a Wet IB 2001.