

Earn-outs en loonheffingen

Risico's over het hoofd gezien?

Mr. J. Post en Mr. M.H. Troost

April 2025



In deze bijdrage onderzoeken de auteurs de (mogelijke) relatie tussen het gebruik van een earn-out regeling in een (ver)koopovereenkomst en de Wet op de loonbelasting 1964. Na een beschrijving van het earn-out mechanisme analyseren de auteurs de relatie met de loonheffingen en de relevantie daarvan voor de overnamepraktijk.

1. Introductie

In de overnamepraktijk wordt regelmatig gebruikgemaakt van zogenaamde earn-outs als onderdeel van een (ver)koopprijs. Een earn-out is een financieringsmechanisme dat wordt gebruikt bij de verkoop van een onderneming waarbij de verkoper een deel van de koopprijs pas ontvangt als de onderneming na de overname een bepaald 'doel' – dat bijvoorbeeld afhankelijk is van de omzet of de winst – heeft behaald. Het staat de koper en verkoper vrij om alle (contractuele) voorwaarden en doelstellingen in een earn-out op te nemen die zij wenselijk achten. Veelal bestaat een earn-out dan ook uit een combinatie van voorwaarden en doelstellingen.

De koop of verkoop van een onderneming leidt in beginsel niet tot gevolgen voor de loonheffingen. Het is echter denkbaar dat de (ver)koop van een onderneming op zodanige wijze wordt gestructureerd dat de verkoop wel tot gevolgen voor de loonheffingen kan leiden. De specifieke omstandigheid zal zich in dat geval voor moeten doen dat (een deel van) de earn-out een beloning vormt voor ná de verkoop, door de verkoper, te verrichten arbeid ten behoeve van de verkochte onderneming.

Dit kan ertoe leiden dat het desbetreffende gedeelte van de koopprijs niet de karakteristieken van 'winst' heeft maar van belast loon en daarmee niet thuishoort in de transactiesfeer, maar in de loonheffingsfeer.

In dit artikel gaan de auteurs in op de vraag waar, vanuit loonheffingen perspectief, de mogelijke risico's opkomen bij het opnemen van een earn-out regeling in een (ver)koopovereenkomst. De auteurs spitsen zich toe op de relatie tussen het toepassen van een earn-out als financieringsmechanisme en de loonheffingen. Ten eerste wordt ingaan op het mechanisme van een earn-out, vervolgens analyseren de auteurs de fiscale kwalificatie van een earn-out en wordt beoordeeld of dit voor één van de transactiepartijen tot een inhoudingsplicht kan leiden. Tot slot gaan de auteurs in op de vraag wat de gevolgen zijn van een eventuele fiscale (her)kwalificatie van (een deel van) de earn-out als loon voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

2. Het earn-out mechanisme uitgelegd

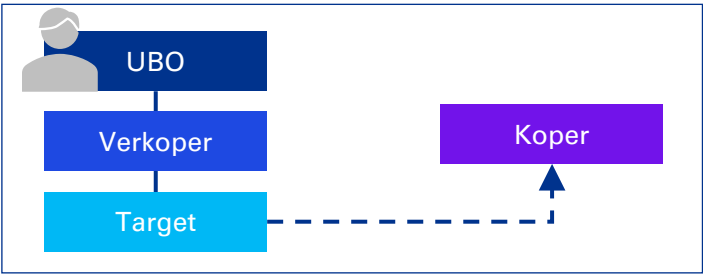
2.1 De transactie

Als een aandeelhouder een onderneming wil verkopen, zal dit veelal gebeuren via een activa-passivatransactie of een aandelentransactie. Een activa-passivatransactie heeft als voordeel dat de koper en de verkoper kunnen kiezen welke activa zij wel of niet overdragen, terwijl bij een aandelentransactie indirect alle activa en passiva worden overgenomen.

Beide soorten transacties hebben verschillende fiscale gevolgen maar kennen ook een andere verdeling van de fiscale en juridische risico's. Bij een activa-passivatransactie blijven de fiscale risico's in beginsel achter bij de verkoper, terwijl bij een aandelentransactie de koper alle fiscale risico's van de overgenomen vennootschap overneemt. Deze effecten worden meegenomen bij het opstellen van de transactiedocumentatie (de zogeheten 'Share Purchase Agreement' (SPA) en ook bij het bepalen van de uiteindelijke koopprijs. In dit artikel wordt vooral ingegaan op earn-outs in het kader van een aandelentransactie. Hoewel het theoretisch gezien mogelijk is om een earn-out overeen te komen bij een activa-passivatransactie, is dit onwaarschijnlijker gezien het 'cherry picking'karakter van een activa-passivatransactie.¹

Bij een aandelentransactie zal de holdingvennootschap (de 'verkoper') simpel gezegd de aandelen in de verkochte onderneming (de 'target') overdragen aan de kopende vennootschap (de 'koper').

De – mogelijk lange – weg naar een akkoord tussen koper en verkoper kent veelal verschillende fases en zou kunnen worden aangeduid als een 'dans' tussen koper en verkoper. Nadat de koper de target heeft vastgesteld, de (verkennde) gesprekken hebben



plaatsgevonden en de due diligenceonderzoeken zijn afgerond, is het moment aangebroken dat partijen in gesprek gaan met elkaar over de koopprijs, hetgeen de dans tussen partijen tot een hoogtepunt brengt. Een earn-out kan in deze fase soms een uitkomst bieden.

2.2 De (ver)koopprijs

In een gesimplificeerde weergave van een transactie zullen de partijen in de fase waarin de (ver)koopprijs wordt bepaald een afzonderlijke waardeanalyse maken, waarbij het van belang is om een onderscheid te maken tussen de zogeheten 'stand alone waarde' en de 'strategische waarde' van de vennootschap. De stand alone waarde is de waarde van de target zoals die voor de overname, als zelfstandige entiteit, opereert.² De strategische waarde is de waarde die de target voor de koper heeft. Die waarde zal veelal hoger zijn dan de stand alone waarde, omdat hierbij ook rekening wordt gehouden met de overige voordelen (onder andere synergievoordelen) die de overname met zich meebrengt.

Er zijn verschillende waarderingsmethoden aan de hand waarvan de stand alone waarde van een target kan worden bepaald. Zo kan bijvoorbeeld worden gekozen voor de Discounted Cash Flow-methode, de rentabiliteitswaardemethode of de intrinsieke-waardemethode.³ Daarmee wordt niet gezegd dat het bepalen van die waarde eenvoudig is. Bij het bepalen van de strategische waarde van de target speelt immers ook een zekere vorm van subjectiviteit een rol.





De mogelijkheid dat beide partijen hierover van zienswijze verschillen is groot, hetgeen ook geldt voor de verhouding waarin het strategische voordeel moet worden verdeeld.⁴

2.3 De earn-out

Een earn-out is volgens de wetgever een prijsclausule in een (ver)koopovereenkomst waarbij de prijs van de deelneming (ten dele) bestaat uit een recht op toekomstige uitkeringen waarvan het totale bedrag onzeker is.⁵ Een verkoper kan door middel van de earn-out – mits de earn-out doelstellingen⁶ worden gehaald – de door hem of haar beoogde verkoopprijs ontvangen. Een koper kan, aan de andere kant, door gebruik te maken van het earn-out mechanisme het waarderingsverschil met de verkoper overbruggen, de verkoper motiveren⁷ en de risico's beheersen. Een bijkomstig voordeel van het mechanisme voor de koper is dat – door het op een zodanige wijze inregelen van de earn-out doelstellingen – een gedeelte van de koopprijs zelf-financierend kan worden gemaakt.⁸ Hierbij kan worden gedacht aan een earn-out die is verschuldigd nadat een bepaalde verkoopopbrengst is behaald of nadat een product is doorontwikkeld. De earn-out kan zodoende worden 'betaald' uit de opbrengsten die worden behaald door middel van de verwezenlijking van de earn-out doelstellingen.

Het earn-out mechanisme wordt, zoals gezegd, niet enkel gebruikt in gevallen waarin een prijsverschil moet worden overbrugd. Ook situaties waarin de betrokkenheid van de uiteindelijke aandeelhouder (de zogeheten 'ultimate beneficial owner', ofwel de UBO) van de target (vaak de aandeelhouder van de verkoper) deels of grotendeels doorslaggevend is voor het

toekomstige succes van de transactie, laten zich uitstekend lenen voor het gebruik van een earn-out.⁹

2.3.1 Typen earn-outs

De complexiteit ontstaat bij earn-outs veelal bij de vormgeving van de earn-out doelstellingen, het zijn deze earn-out doelstellingen die de earn-out kleur geven.¹⁰ Het is onzes inziens mogelijk een onderscheid te maken tussen een drietal typen earn-outs.

Type I: Revenue based earn-outs

Revenue based earn-outs zijn earn-outs die gekoppeld zijn aan specifieke omzet of winstdoelstellingen. Denk hierbij aan de situatie waarin de toekomstige prestaties van een onderneming lastig te voorspellen zijn op basis van historische gegevens, hetgeen vaak het geval zal zijn bij start-ups, scale-ups en in turnaround situaties.¹¹ In dit soort situaties kan door het gebruik van een revenue based earn-out aansluiting worden gezocht bij de toekomstige resultaten van een onderneming voor het bepalen van de koopprijs.

Type II: Unpredictable earn-outs

Unpredictable earn-outs zijn earn-outs die gekoppeld zijn aan een bepaalde omstandigheid of gebeurtenis die (deels) buiten de macht van partijen ligt en een onzekere uitkomst hebben. De earn-out doelstellingen bepalen dat de earn-out slechts tot uitkering komt wanneer deze onzekere gebeurtenissen plaats hebben gevonden. Veelal wordt hiervoor gekozen indien de overgenomen onderneming: i) één of meerdere vergunningaanvragen heeft lopen, ii) een patent of octrooi kan worden verkregen voor een bepaald product of ontwerp of iii) wanneer de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving impact heeft op de onderneming van de target.¹²

Type III: Retention earn-outs

De retention earn-out is een earn-out die het behouden van bepaalde personen binnen de organisatie na een overname van de target tot doel heeft. Dit kan verschillende redenen hebben. Zo kan dit zijn ingegeven door het feit dat met het behoud van een bepaalde werknemer, bepaalde (sector) specifieke kennis behouden blijft of bestaande (zakelijke) relaties worden behouden. Het is ook mogelijk dat de onderneming nog bezig is met het ontwikkelen van een bepaald product waarvoor het behoud van de desbetreffende persoon cruciaal is.¹³ Denk hierbij aan een tech startup of scale-up waarbij de oprichters een innovatief product op de markt hebben gebracht en de tweede generatie van dat product – dat ten tijde van de overname nog in ontwikkeling is – de voornaamste beweegreden is voor de overname. Het behoud en de motivatie van de oprichters zijn in die gevallen veelal doorslaggevend om de doorontwikkeling van het tweede generatie product – en daarmee de overname – tot een succes te maken.

De retention earn-out kan op verschillende manieren worden ingevuld. Hierna zijn een tweetal voorbeelden van een retention earn-out opgenomen.

Voorbeeld I: uitvoerende werkzaamheden

De earn-out doelstellingen zijn gericht op het behoud en de motivering van de verkopende UBO wiens arbeid en betrokkenheid bij de doelstellingen doorslaggevend is voor het tot een succes brengen van de overname. De earn-out doelstellingen houden direct verband met de arbeid die de (verkopend) UBO post-closing verricht. De UBO heeft meer dan een toezichthoudende en leidinggevende rol en is daarmee direct betrokken bij de verwezenlijking van de earn-out doelstellingen.

Voorbeeld II: toezichthoudende werkzaamheden

De earn-out doelstellingen die in het kader van dit voorbeeld overeen worden gekomen, beschrijven bepaalde werkzaamheden; de afronding van een bepaald project of het behalen van bepaalde doelstellingen waar de UBO na verkoop toezicht op houdt of eindverantwoordelijk voor is. De UBO verricht niet zelf de werkzaamheden die leiden tot het verwezenlijken van de earn-out doelstellingen en is daarbij niet direct betrokken.



Indien een earn-out (onder andere) het behouden van de UBO, of bijvoorbeeld van ‘key employees’¹⁴, tot doel heeft, zal dit niet direct tot de conclusie leiden dat de earn-out ook tot doel heeft om een beloning te vormen voor toekomstig te verrichten arbeid. In veel sectoren vormen de werknemers, inclusief de UBO, een belangrijk onderdeel van een onderneming (onder andere door middel van kennis, ervaring en relatiebeheer). Bij het bepalen van de verkoopprijs van een onderneming zal er dan ook waarde toekomen aan het behouden van deze werknemers; met andere woorden, een target kan objectief gezien minder waard worden als de UBO of bepaalde key employees na afronding van de transactie de onderneming verlaten. Het voorgaande zal overigens sterk afhankelijk zijn van het type onderneming en de situatie van de onderneming; het is andersom ook denkbaar dat bepaalde werknemers, of zelfs de UBO, de waarde van een target – vooral in turnaround situaties – drukken (onder andere door inefficiëntie, vergrijzing, hoge loonkosten).

3. Earn-out in de loonheffingen

3.1 Fiscale behandeling koop prijs

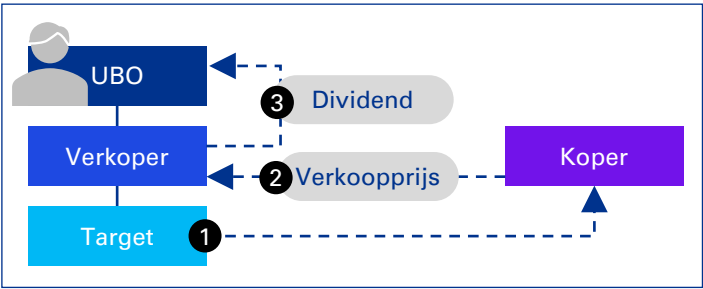
In een gesimplificeerde weergave van een aandelentransactie zal de verkoper, een holdingvennootschap, de aandelen in de target overdragen aan een koper. De daarmee behaalde verkoopwinst zal in beginsel onder de deelnemingsvrijstelling vallen.¹⁵ De deelnemingsvrijstelling is ook van toepassing op nabetalingen die de verkoper uit hoofde van een earn-out ontvangt.¹⁶ Indien de UBO de koop prijs geniet als dividend, zal er op dat niveau tevens een aanmerkelijkbelangheffing plaatsvinden.

Indien de verkoopwinst in de vorm van een dividend wordt uitgekeerd, zonder dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de verkoopwinst, ontstaat er een cumulatieve belastingdruk van circa 38% tot 50% die bestaat uit een vennootschapsbelastingheffing op het niveau van de holdingvennootschap en een aanmerkelijkbelangheffing op het niveau van de UBO. Indien de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is, zal de belastingdruk over de verkoopwinst - bij uitkering daarvan aan de UBO als dividend - slechts 33% (in 2024) bedragen.¹⁷ Er wordt dan slechts een aanmerkelijkbelangheffing geheven over de verkoopwinst.

De reguliere heffing van loonbelasting vindt in principe plaats tegen een progressief tarief van maximaal 49,5%. Bezien vanuit het perspectief van de verkoper zal het dus voordeliger zijn om een toekomstige betaling aan de UBO als onderdeel van de verkoop prijs in aanmerking te nemen, in plaats van de UBO, in de hoedanigheid van werknemer, te belonen door middel van een reguliere loonbetaling. Een reguliere betaling van loon leidt overigens wel tot een aftrek in de vennootschapsbelasting; loon drukt immers de belastbare winst van een vennootschap, indien en voor zover geen aftrekbeperking geldt in de vennootschapsbelasting. De deelnemingsvrijstelling geldt in principe ook voor aan- en verkoopkosten van een deelneming waarmee deze in feite niet aftrekbaar zijn voor de vennootschap; in paragraaf 4 van dit artikel wordt daar nader op ingegaan.¹⁸

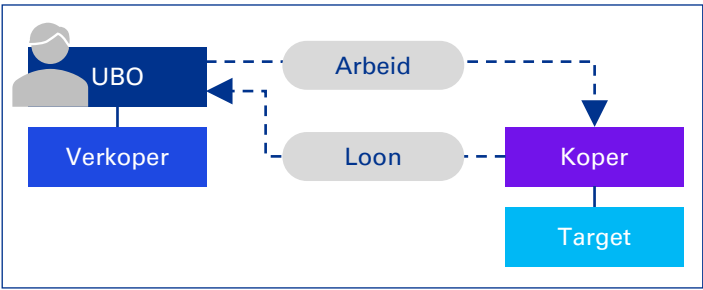
Hierna zijn illustratief de verschillende situaties toegelicht.

Voorbeeld I – Belastingheffing gesimplificeerde transactiestructuur



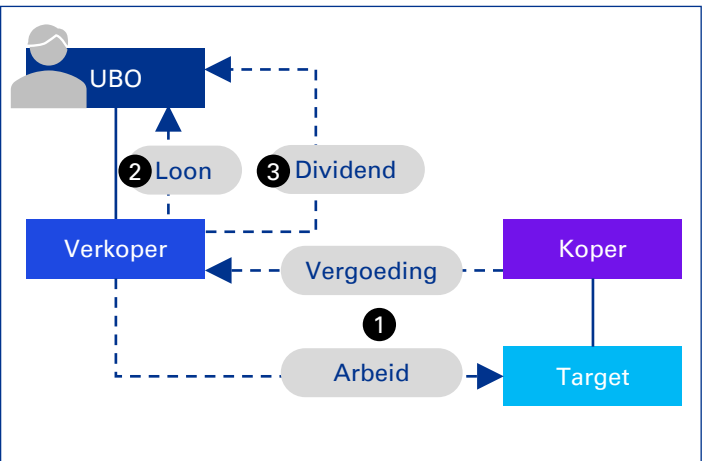
In een gesimplificeerde transactiestructuur vindt geen belastingheffing plaats bij verkoop van een deelneming op het niveau van de verkoper als gevolg van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Slechts bij de uitkering van dividend door de verkoper vindt een aanmerkelijkbelangheffing plaats tegen maximaal 33% (in 2024).

Voorbeeld II – Post-closing dienstbetrekking



Indien een UBO in een post-closing situatie, als werknemer zijnde, werkzaamheden blijft verrichten voor de koper of de target, vindt belastingheffing progressief plaats op het niveau van de UBO (maximaal 49,5% in 2024). De betaling van loon zal voor de koper aftrekbaar zijn in de vennootschapsbelasting.

Voorbeeld III – Post-closing management-overeenkomst



Indien een UBO in een post-closing situatie, via een persoonlijke holdingvennootschap (i.e. verkoper), werkzaamheden blijft verrichten voor de koper of de target, vindt belastingheffing plaats op het niveau van de persoonlijke holdingvennootschap én de UBO. De UBO zal een (gebruikelijk) loon dienen te genieten van de persoonlijke holdingvennootschap.¹⁹ De overgebleven winst wordt in de vennootschapsbelasting betrokken bij deze vennootschap, waarna de eventuele uitgekeerde dividenden in de aanmerkelijkbelangheffing worden betrokken (i.e. cumulatieve belastingdruk circa 38% tot 50%).

De betaling van de managementvergoeding zal voor de betalende vennootschap aftrekbaar zijn in de vennootschapsbelasting

3.2 Earn-out in de loonheffingen

Het is in de transactiepraktijk niet ongebruikelijk dat een UBO na de afronding van een transactie werkzaamheden blijft verrichten voor de target. De hoedanigheid waarin de UBO deze werkzaamheden verricht, kan verschillen. Zo kan de UBO de werkzaamheden rechtstreeks als natuurlijk persoon verrichten of op basis van een managementovereenkomst via een persoonlijke houdstervenootschap. Het (direct of indirect) blijven verrichten van werkzaamheden door de UBO voor de target kan tevens een onderdeel vormen van de earn-out doelstellingen.

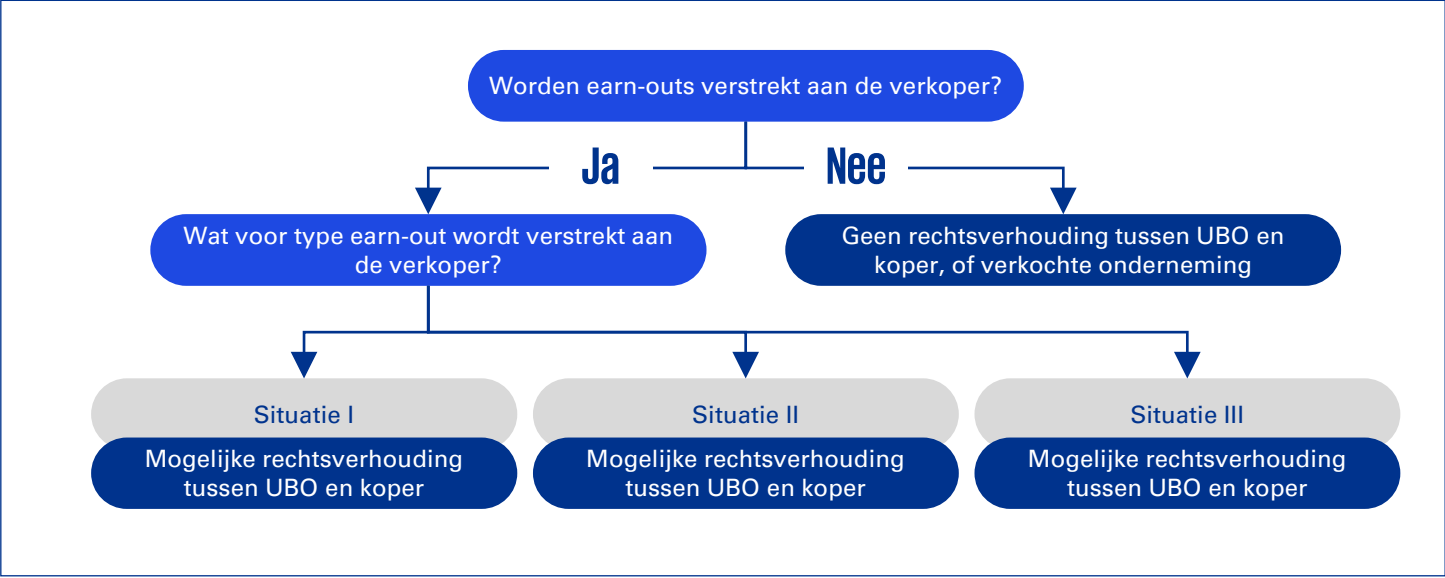
Het opnemen van een earn-out regeling in een SPA leidt in beginsel niet tot gevolgen voor de loonheffingen. Discussie zou kunnen ontstaan indien de earn-out regeling zodanig wordt vormgegeven dat het voornaamste doel van de regeling is om na de overname de UBO aan zich te binden en de UBO voor de betreffende werkzaamheden te belonen. In dat geval kan de vraag opkomen of de desbetreffende earn-out niet onder de reikwijdte van Wet op de loonbelasting 1964 (hierna Wet LB) valt. Er zijn een drietal belangrijke antimisbruikleerstukken op basis waarvan gesteld kan worden dat bepaalde civielrechtelijke afspraken (fiscaal) kunnen – of zelfs moeten – worden genegeerd of fiscaal zelfstandig dienen te worden gekwalificeerd. Dit betreft de leerstukken van (i) de schijnhandeling, (ii) de fiscale kwalificatie van de feiten en (iii) *fraus legis*.

Van een schijnhandeling is sprake als men de schijn wekt dat een bepaalde rechtshandeling is verricht, terwijl in werkelijkheid geen (absolute simulatie) of een andere (relatieve simulatie) rechtshandeling is

verricht.²⁰ Vaste jurisprudentie in belastingzaken is 'dat het voor de toepassing van de belastingwetten aankomt op de werkelijke verhoudingen en niet op de voorstelling, die de daarbij betrokkenen in afwijking van de feiten geven'.²¹ In het geval van absolute simulatie moet de schijnhandeling derhalve worden genegeerd. In het geval van relatieve simulatie moet het recht worden toegepast op de daadwerkelijk beoogde rechtshandeling.²² Een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie kan, volgens de Hoge Raad²³, plaatsvinden indien de fiscale gevolgen van de gekozen rechtsvorm niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat van de gepresenteerde civielrechtelijke werkelijkheid en de strekking van de belastingwet.²⁴ Toepassing van dit leerstuk leidt dus niet tot een ontkenning van de civielrechtelijke werkelijkheid, maar tot andere fiscale gevolgen dan op grond van de gekozen civielrechtelijke vormgeving aanvankelijk voorzien.²⁵ Tot slot zal van *fraus legis* sprake kunnen zijn als in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld en de verijdeling van belastingheffing het doel van belastingplichtige is.²⁶

Van absolute simulatie kan nooit sprake zijn indien een earn-out wordt opgenomen in een SPA; immers, deze rechtshandeling zal altijd een civielrechtelijke betekenis hebben. In bepaalde gevallen zal het, onzes inziens, wel mogelijk zijn dat het opnemen van een earn-out in een SPA – in samenhang met de overige rechtshandelingen – tot fiscale gevolgen leidt die economisch niet aanvaardbaar zijn en strijdig zijn met de strekking van de belastingwet. Dit met als gevolg dat het leerstuk van de zelfstandige fiscale kwalificatie kan worden toegepast. Gedacht kan worden aan de situatie waarin partijen een (toekomstige) arbeidsbeloning verlagen en deze verlaging toe doen komen aan de verkoopprijs, bijvoorbeeld door het verhogen van de earn-out, waardoor (slechts) belastingheffing in box 2 plaatsvindt in plaats van box 1. Het leerstuk van de relatieve simulatie, als mede onder omstandigheden *fraus legis*, zal in vergelijkbare situaties eveneens mogelijk toepasbaar zijn.

In de volgende paragrafen zullen wij nader ingaan op de specifieke omstandigheden waar onzes inziens sprake van zou moeten zijn voordat een earn-out onderworpen kan zijn aan de loonheffingen. Aan deze heffing wordt toegekomen indien sprake is van een (i) een rechtsverhouding die als (fictieve) dienstbetrekking kan worden aangemerkt (ii) ten opzichte van een inhoudingsplichtige waarbij (iii) een voordeel wordt verstrekt dat kwalificeert als loon.²⁷ Of voldaan wordt aan deze voorwaarden zal in de navolgende paragrafen van dit artikel worden geanalyseerd.



3.2.1 Rechtsverhouding en dienstbetrekking

Om toe te komen aan de heffing van loonbelasting dient sprake te zijn van een rechtsverhouding tussen partijen die kwalificeert als (fictieve) dienstbetrekking.²⁸ Voor de vraag of een rechtsverhouding aangemerkt wordt als privaatrechtelijke dienstbetrekking is doorslaggevend of sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 Burgerlijk Wetboek (hierna BW).²⁹ Eén van de voorwaarden om te spreken van een arbeidsovereenkomst is de verplichting van een natuurlijk persoon om persoonlijk arbeid te verrichten.³⁰ Hoewel door de Hoge Raad recentelijk meer kleur is gegeven aan de invulling van het criterium om persoonlijk arbeid te verrichten,³¹ kan nog steeds worden gesteld dat indien geen sprake is van het verrichten van arbeid door een natuurlijk persoon, niet toegekomen kan worden aan een rechtsverhouding die kwalificeert als dienstbetrekking.³²

De overige voorwaarden om toe te komen aan een arbeidsovereenkomst zijn de aanwezigheid van een verplichting om loon te betalen en de aanwezigheid van een gezagsverhouding.³³ Bij de beoordeling van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst moet acht worden geslagen op alle feiten en omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien, hetgeen ook wel de ‘holistische toets’ wordt genoemd.³⁴ In de literatuur wordt, onzes inziens terecht, gesteld dat deze holistische toets voor de loonheffingen lastig toepasbaar is.³⁵

De reden daarvoor is dat voor de loonheffingen op het genietingsmoment moet worden bepaald of er een inhoudingsverplichting is, hetgeen betekent dat niet

‘alle omstandigheden van het geval’, zoals relevant voor de beoordeling van art. 7:610 BW, zich al hebben voorgedaan.³⁶

Van een (fictieve) dienstbetrekking kan volgens de Hoge Raad slechts sprake zijn indien degene die arbeid verricht een vergoeding daarvoor ontvangt van degene tot wie hij in een rechtsverhouding staat.³⁷ Een rechtsverhouding tussen twee vennootschappen, zoals een SPA gesloten tussen koper en verkoper, zal in de regel niet als dienstbetrekking worden aangemerkt. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor een overeenkomst van opdracht gesloten tussen een holdingvennootschap van een manager en een opdrachtgever.³⁸

Een SPA, tussen koper en verkoper, waarin overeengekomen wordt dat de UBO na afronding van een transactie werkzaamheden zal (blijven) verrichten voor de verkochte vennootschap, zal eveneens niet leiden tot een dienstbetrekking. In deze situaties bestaat immers geen rechtsverhouding tussen de UBO en de andere partij. Het voorgaande zou anders kunnen zijn indien één van de antimisbruikleerstukken van toepassing is.

Hiervan kan sprake zijn indien de rechtsverhouding tussen de twee vennootschappen fiscaalrechtelijk moet worden gekwalificeerd als rechtsverhouding tussen de UBO en de koper of de verkochte vennootschap, omdat de contractueel gekozen opzet leidt tot een toepassing van de wet waarvan de fiscale gevolgen gelet op het economische resultaat niet aanvaardbaar zijn en leidt tot strijdigheid met de strekking van de belastingwet.³⁹

Een SPA zou onzes inziens op twee manieren kunnen leiden tot een rechtsverhouding tussen de UBO en de target:

- (i) indien in de SPA een zelfstandige verplichting is opgenomen voor de UBO om werkzaamheden te verrichten voor de target en de UBO contractspartij is bij de SPA (situatie I), en
- (ii) de SPA gesloten tussen koper en verkoper (gedeeltelijk) wordt gekwalificeerd als rechtsverhouding tussen de UBO en de koper (situatie II).

Verder zou de UBO ook direct een rechtsverhouding kunnen hebben met de target (zie figuur hierboven) (situatie III).

Voorbeeld situatie I

Een Data Analytics onderneming (DA BV) wordt verkocht aan Koper BV (Koper). De verkoper van DA BV is een holdingvennootschap (Verkoper). Aangezien de UBO voor een belangrijk deel bijdraagt aan het succes van DA BV wensen partijen, door het opnemen van een earn-out, de UBO te bewegen tot het persoonlijk blijven verrichten van arbeid voor DA BV, ook na verkoop daarvan aan Koper. De UBO is contractspartij bij de SPA en zal een aparte vergoeding – in de vorm van een earn-out – krijgen van Koper voor de verrichte werkzaamheden. De UBO heeft in de beschreven situatie een rechtsverhouding met Koper.

Voorbeeld situatie II

DA BV wordt verkocht aan Koper, waarbij de overige omstandigheden gelijk zijn aan situatie I. Partijen wensen dat de UBO na de transactie werkzaamheden verricht voor DA BV. De UBO is geen partij bij de SPA. Partijen hebben afgesproken dat de UBO geen directe beloning ontvangt van DA BV voor de verrichte werkzaamheden, maar dat overgegaan wordt tot een hogere verkoopprijs in de vorm van een earn-out betaling door Koper aan Verkoper. De earn-out betaling vormt in feite een beloning voor de in de earn-out doelstellingen opgenomen te verrichten arbeid door de UBO, maar wordt via de transactiesfeer vormgegeven om tot een belastingvoordeel voor de UBO te komen ten opzichte van de vormgeving via de loonheffingsfeer. De UBO zal in de beschreven situatie geen directe rechtsverhouding krijgen met Koper op basis van de contractueel gekozen opzet. De contractueel gekozen opzet kan echter in strijd met doel en strekking van de wet worden beschouwd aangezien deze vormgeving enkel is gekozen voor het behalen van een belastingvoordeel. De contractuele opzet kan zodoende worden geherkwalificeerd tot een rechtsverhouding tussen de UBO en de Koper.⁴⁰

Voorbeeld situatie III

DA BV wordt verkocht aan Koper, waarbij de overige omstandigheden gelijk zijn aan situatie I. De UBO zal een arbeidsovereenkomst met de verkochte onderneming aangaan. De hoogte van het loon opgenomen in de arbeidsovereenkomst is (onzakelijk) laag. De Koper heeft ingestemd met een hogere verkoopprijs in de vorm van een earn-out indien de UBO na de afronding van de transactie werkzaamheden blijft verrichten voor DA BV. De UBO heeft in de beschreven situatie een rechtsverhouding met de verkochte onderneming.



Dat er een rechtsverhouding bestaat tussen de UBO betekent niet dat deze direct zal worden aangemerkt als dienstbetrekking. De rechtsverhouding dient te voldoen aan de criteria arbeid, loon en gezag. Het ontbreken van een rechtsverhouding tussen de UBO en de koper of target leidt er, onzes inziens, per definitie toe dat geen sprake is van een gedeelte van de earn-out die onderworpen is aan de loonheffingen. Gelet op het voorgaande is onze conclusie dat in bepaalde specifieke omstandigheden, op basis van de antimisbruikleerstukken, een (als dienstbetrekking kwalificerende) rechtsverhouding tussen de UBO en de koper of target aanwezig kan zijn.

3.2.2 Inhoudingsplichtige

Een volgend vereiste om toe te komen aan onderworpenheid aan de loonheffingen is de aanwezigheid van een inhoudingsplichtige.⁴¹ De definiëring van het begrip 'inhoudingsplichtige' is relatief breed. Volgens de parlementaire geschiedenis is de inhoudingsplichtige niet enkel degene tot wie een of meer personen in dienstbetrekking staan (de eigenlijke werkgever) maar ook hij die uit een vroegere dienstbetrekking tot hemzelf of tot een ander loon verstrekt.⁴² Met het laatste gedeelte van deze zinssnede wordt specifiek bedoeld op bijvoorbeeld pensioenfondsen of verzekeringsmaatschappijen die pensioen uitkeren. De Wet LB kent een onderscheid tussen de inhoudingsverplichting voor wat betreft regulier loon en loon van een derde. De inhouding op het loon vindt door de inhoudingsplichtige plaats op het tijdstip waarop het loon is genoten.⁴³ Loon van een derde kent specifieke regels voor wat betreft de inhoudingsverplichting.⁴⁴ Deze specifieke regels komen

er in beginsel op neer dat de heffing van loonbelasting achterwege blijft en slechts via de aanslagregeling inkomstenbelasting wordt geheven.⁴⁵

In de drietal eerder beschreven situaties waarin sprake kan zijn van een dienstbetrekking is de inhoudingsplichtige niet telkens dezelfde vennootschap. In situatie I en II kan een dienstbetrekking aanwezig zijn op het niveau van de koper, hetgeen betekent dat de koper een inhoudingsplicht heeft voor wat betreft het gedeelte van de earn-out dat als loon dient te worden aangemerkt. In situatie III is geen dienstbetrekking tussen de koper en de UBO aanwezig, waardoor de vraag opkomt of er een mogelijke inhoudingsverplichting is op het niveau van de target. In deze situatie zal de earnout niet door de formele werkgever van de UBO worden toegekend, noch zullen de kosten door deze vennootschap worden gedragen.

De koper zal op het moment van betaling van de earn-out houder zijn van alle aandelen van de verkochte onderneming. Volgens de Hoge Raad wordt de verstrekking van loon door een ander dan de werkgever in fiscale zin op één lijn gesteld met het loon verstrekt door de werkgever indien sprake is van een zodanige verwevenheid dat het voordeel op één lijn kan worden gesteld met het loon verstrekt met medeweten van de werkgever.⁴⁶ Gelet op het feit dat de partij die de earn-out toekent in situatie III vaak het bestuur vormt van de vennootschap of in de gelegenheid is om dit bestuur aan te stellen, is dit bij earn-out situaties veelal een gegeven.

Het voorgaande kan worden samengevat door te stellen dat in situaties waarbij er een rechtsverhouding is tussen de UBO en de koper, de inhoudingsplicht rust op de koper (i.e. situatie I en II); terwijl in situaties waarbij geen rechtsverhouding bestaat tussen de UBO en de koper de inhoudingsplicht zal rusten op de target. De hoofdregel daarbij is dat loonheffingen in beginsel verhaald kunnen worden op de persoon die het loon ontvangt, tenzij de contractuele afspraken andersluidend zijn.⁴⁷

3.2.3 Loon in de zin van de Wet LB

In de vorige paragrafen is vastgesteld dat een SPA kan leiden tot een rechtsverhouding tussen de UBO en de koper of de target met mogelijk een inhoudingsplicht tot gevolg. Naast de aanwezigheid van een dienstbetrekking is tevens vereist dat sprake is van 'loon' om te komen tot onderworpenheid aan de loonheffingen.⁴⁸ De invulling en reikwijdte van het begrip 'loon' voor de loonheffingen is door de wetgever neergelegd in het loonartikel (i.e. art. 9 jo. 10 Wet LB). De vraag of een earn-out kan kwalificeren als loon in de zin van de Wet LB én daarmee meer is dan enkel een uitgesteld deel van de verkoopprijs, dient te worden beoordeeld in het licht van deze artikelen.

Uit jurisprudentie rondom art. 10 Wet LB is door de jaren heen een drietal vereisten te destilleren waaraan dient te worden voldaan om te spreken over loon, hetgeen Mertens beschrijft als de voordeelseis, verstrekkingseis en causaliteitseis.⁴⁹ Om betalingen – zoals een earn-out – te kwalificeren als loon dient te worden voldaan aan alle drie de vereisten op het moment dat het potentiële heffingsobject wordt genoten (i.e. het genietingsmoment).⁵⁰ Dat een betaling volgend uit een earn-out voldoet aan de voordeelseis⁵¹ is volgens ons een gegeven, gezien het feit dat de beschikkingsmacht van de ontvanger wordt vergroot. In de navolgende paragrafen worden dan ook uitsluitend de verstrekkingseis en causaliteitseis besproken.

Verstrekkingseis

Ten aanzien van een earn-out dient volgens de auteurs onderscheid te worden gemaakt tussen de eerder beschreven situaties; situaties I en II waarin de rechtsverhouding is gelegen op het niveau van de koper die de daadwerkelijke betaling van de earn-out verricht. In deze situaties is sprake van de klassieke vorm van de verstrekkingseis alsaangehaald door de Hoge Raad in het 'Verduisteringsarrest'.⁵² De klassieke vorm van de verstrekkingseis betreft de

situatie waarin de werkgever het voordeel direct verstrekt aan de werknemer. Het feit dat de betaling wordt verstrekt onder de noemer 'verkoopprijs' doet – gelet op het 'Verduisteringsarrest' – niet af aan deze kwalificatie. Ook in situatie III waarin de dienstbetrekking is gelegen op het niveau van de dochtervennootschap (c.q. de overgenomen target) wordt voldaan aan de verstrekkingseis. Hoewel in het 'Verduisteringsarrest' kan worden gelezen dat vereist is dat de werkgever het voordeel aan de werknemer dient te verstrekken, dient dit arrest echter niet dermate eng te worden gelezen, zo blijkt uit het in 2001 gewezen 'Dow Chemical-arrest'.⁵³ De Hoge Raad overweegt dat ook wanneer een voordeel in opdracht en voorrekening van de formele werkgever of bijvoorbeeld door een concernmaatschappij met medeweten van de werkgever wordt verstrekt, wordt voldaan aan de verstrekkingseis.⁵⁴ Bepaald dient te worden of sprake is van een zodanige verwevenheid dat het verstrekte voordeel op één lijn kan worden gesteld met loon verstrekt met medeweten van de werkgever zelf.⁵⁵ Het feit dat niet de werkgever – de dochtervennootschap – in situatie III de earn-out verstrekt, maar de moedervennootschap, maakt onzes inziens dat sprake is van een zodanige verwevenheid dat het voordeel op één lijn kan – of zelfs 'moet' – worden gesteld met loon verstrekt met medeweten van de werkgever zelf. De betaling van een earn-out voldoet derhalve aan de verstrekkingseis, zowel in het geval dat de betaling wordt verricht door de werkgever (i.e. situatie I en II), als wanneer de betaling wordt verricht door een ander dan de werkgever (zoals bijvoorbeeld een koper bedoeld in situatie III).

Causaliteitseis

Voor de invulling van de causaliteitseis is het niet zozeer de vraag of sprake is van een verband tussen de verrichte arbeid en de beloning (i.e. de earn-out), maar of sprake is van een voldoende causaal verband tussen de beloning en de als dienstbetrekking kwalificerende rechtsverhouding.⁵⁶ In algemene zin zijn er in het kader van het loonbegrip drie causaliteitstheorieën. De leer van de 'conditio sine qua non', de leer van de redelijke toerekening en de finaliteitsleer.⁵⁷ De tweede, de leer van de redelijke toerekening, wordt beschouwd als de causaliteitstheorie die wordt toegepast voor de invulling van de causaliteitseis in de zin van art. 10

Wet LB.⁵⁸ Volgens deze theorie dient te worden getoetst of de earn-out betaling zozeer haar grond vindt in de dienstbetrekking dat zij als daaruit genoten moet worden aangemerkt. Hoewel het lastig is om aan te geven waar de grens van de causaliteitstheorie exact ligt, biedt het 'Smeerkuil II-arrest' enige handvatten. In het arrest, gewezen in het kader van schadevergoedingen, werd door de Hoge Raad beslist dat voor zover zo een schadevergoeding direct voortvloeit uit het civiele recht – bijvoorbeeld een aanspraak op grond van onrechtmatige daad – onvoldoende sprake is van een causaal verband met de dienstbetrekking. Wordt door de werkgever echter een hogere schadevergoeding verstrekt dan hetgeen waar de werknemer op grond van het civiele recht aanspraak op maakt, dan is ten aanzien van dat meerdere wel sprake van een causaal verband met de dienstbetrekking.⁵⁹ De causaliteitseis gaat hiermee – mede gelet op eerdere rechtspraak van de Hoge Raad – verder dan enkel een verband tussen het voordeel en de dienstbetrekking. De hoedanigheid waarin een voordeel wordt genoten, is eveneens van belang.⁶⁰ Is dit in het geval van een earn-out de hoedanigheid van werknemer, omdat de earn-out doelstellingen worden verwezenlijkt door middel van de uitoefening van een als dienstbetrekking kwalificerende rechtsverhouding of is dat in de hoedanigheid van verkoper van een aandelenbelang?

Het verschil – gezien vanuit een loonheffingsperspectief – tussen de verschillende categorieën earn-outs (d.w.z. revenue based earn-out, unpredictable earn-out en retention earn-out) laat zich goed illustreren door de toetsing aan de leer van de redelijke toerekening. Een revenue based en unpredictable earn-out worden door de verkopende aandeelhouder, die al dan niet werknemer is van de

target of de koper, niet ontvangen in de hoedanigheid van werknemer van die vennootschap.

De betaling van de revenue based en unpredictable earn-out vinden niet zozeer hun aard in de dienstbetrekking, zodat zij onzes inziens niet voldoen aan de causaliteitseis. Zelfs onder de ruimere causaliteitsleer van de 'conditio sine qua non' wordt onzes inziens in het kader van deze twee categorieën earn-outs niet toegekomen aan het vereiste causale verband. Dit ligt genuanceerder ten aanzien van de retention earn-out. Het gegeven dat de hoogte van een retention earn-out afhankelijk is van het verwezenlijken van de earn-out doelstellingen die bestaan uit de te verrichten arbeid, toont onzes inziens aan dat sprake is van een voldoende causaal verband tussen de betaling van de earn-out en hetgeen bepaald in de earn-out doelstellingen. Beide zijn als het ware versmolten met elkaar. De vraag die in dit kader moet worden beantwoord, is of de retention earn-out wordt genoten in de hoedanigheid van werknemer of in de hoedanigheid van verkoper. Terugkijkend naar de geschetste voorbeelden in het kader van de retention earn-out is het voor de beantwoording van de vraag of wordt voldaan aan de causaliteitseis doorslaggevend welke afspraken danwel welke rechten en plichten partijen met elkaar zijn overeengekomen en in hoeverre de werkzaamheden van een eventueel bestaande dienstbetrekking de earn-out doelstellingen doorkruisen. Hierbij merken wij op dat uitvoerende en toezichthoudende werkzaamheden in de functie die de verkoper post-closing zal vervullen veelal met elkaar verweven zijn, hetgeen maakt dat de scheidslijn op dit punt dun is. Of in dat kader voldaan wordt aan de causaliteitseis zal dan ook afhankelijk zijn van de contractuele vormgeving van de earn-out doelstellingen in samenhang met de feiten en omstandigheden van het geval.





4. Keerzijde van de medaille

Voordelen ontvangen uit hoofde van een deelneming (zoals dividenden) evenals de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (zoals bijvoorbeeld adviseurskosten bij een verkoop) zullen, op basis van de deelnemingsvrijstelling, niet worden meegenomen bij het bepalen van de fiscale winst van een onderneming voor de vennootschapsbelasting.⁶¹ Dit betreft zowel de 'opbrengstenkant' als de 'kostenkant'. Reguliere kosten die niet gerelateerd zijn aan de aankoop of verkoop van een deelneming zijn in beginsel wel aftrekbaar van de fiscale winst.

Volgens de Hoge Raad worden uitgaven aangemerkt als kosten 'ter zake van de verwerving of de vervreemding van een deelneming' als sprake is van een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de gemaakte kosten en de verkoop van de deelneming; dit betekent dat de kosten niet zouden zijn gemaakt als de vennootschap niet de deelneming had gekocht of verkocht. Voor het bepalen of sprake is van een oorzakelijk verband dient te worden beoordeeld of de gemaakte kosten objectief bezien nuttig of nodig zijn om de vervreemding tot stand te laten komen.⁶²

Indien een koper een earn-out verstrekt aan een verkopende aandeelhouder, dan zal de earn-out in beginsel niet aftrekbaar zijn van de winst in de vennootschapsbelasting voor de koper. Het betreft immers een uitgesteld deel van de koopprijs, hetgeen kosten zijn ter verwerving van een deelneming.⁶³ Dergelijke uitgaven staan in een rechtstreeks oorzakelijk verband tot de aankoop van een deelneming en zijn nuttig dan wel nodig om tot de vervreemding te komen.

De earn-out is immers (mede) de tegenprestatie voor de verwerving van de aandelen in de deelneming. Om een earn-out te kwalificeren tot loon zal onder andere moeten worden aangetoond dat sprake is van een voldoende causaal verband tussen het genoten voordeel en de als dienstbetrekking kwalificerende rechtsverhouding. Het voorgaande impliceert – volgens ons – dat indien vast is komen te staan dat er een voldoende causaal verband bestaat tussen het genoten voordeel en de als dienstbetrekking kwalificerende rechtsverhouding, automatisch sprake is van een onvoldoende oorzakelijk verband tussen de earn-out en de aankoop van een deelneming. Bij een earn-out die voldoet aan de causaliteitseis zal de ontvangende partij deze namelijk ontvangen in de hoedanigheid van werknemer en zal er een voldoende sterk verband zijn tussen de te ontvangen beloning en verrichte arbeid. Daarmee zal de beloning niet aangemerkt kunnen worden als 'prijs waartegen een deelneming wordt vervreemd of verkregen'⁶⁴, maar enkel als beloning voor de arbeid verricht ten behoeve van de koper of de verkregen deelneming. Het is volgens ons niet de verkoop van de deelneming die de earn-out betaling oproept, maar de arbeid die dient ter verwezenlijking van de earn-out doelstellingen.

Samenvattend zal een earn-out die (gedeeltelijk) als loon dient te worden aangemerkt voor de loonheffingen, onzes inziens, (gedeeltelijk) aftrekbaar zijn voor de vennootschapsbelasting en buiten de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling vallen. Dit betekent dat de keerzijde van de medaille van de kwalificatie van een earn-out als loon is dat deze kwalificatie tevens leidt tot kostenaf trek in de vennootschapsbelasting.⁶⁵

5. Conclusie

In dit artikel zijn wij ingegaan op de mogelijke gevolgen voor de loonheffingen bij het overeenkomen van een earn-out in de SPA. Een earn-out is, volgens de wetgever, een recht op toekomstige uitkeringen – dat onderdeel vormt van de (ver)koop prijs – waarvan het totale bedrag onzeker is. Earn-outs worden opgenomen in een SPA om verschillende (commerciële) redenen, zoals het overbruggen van een waarderingsverschil, het motiveren van een verkoper, of het verdelen van de risico's tussen koper en verkoper. In het artikel is een onderscheid gemaakt tussen drie typen earn-outs; te weten de revenue based earn-out, de unpredictable earn-out en de retention earn-out.

Het opnemen van een earn-out in een SPA leidt in beginsel niet tot gevolgen voor de loonheffingen, de earn-out vormt namelijk een onderdeel van de (ver)koop prijs. Slechts onder specifieke omstandigheden, waarbij het voornaamste doel is om de UBO te binden en de UBO te belonen, zal de vraag opkomen of de desbetreffende earn-out niet – op basis van één van de antimisbruikleerstukken – onder de reikwijdte van de Wet LB valt.

In het artikel zijn de verschillende typen earn-outs langs de lat van de Wet LB gelegd. Onze conclusie is dat een SPA onder bijzondere omstandigheden kan leiden tot een rechtsverhouding tussen de UBO en de koper of de target, die mogelijk als dienstbetrekking kwalificeert. Daarnaast is geconcludeerd dat een inhoudingsplicht getriggerd kan worden door het opnemen van de earn-out in de SPA, zowel op het niveau van koper als op het niveau van de target. Tot slot is geconcludeerd dat een earn-out onder bepaalde omstandigheden voldoet aan de criteria van 'loon'. Het grootste risico op gevolgen voor de loonheffingen zien wij bij het gebruik van een retention earn-out. Een revenue based earn-out en een unpredictable earn-out zullen veelal een minder groot risico bevatten gezien de doelstellingen waar deze earn-outs van afhankelijk zijn.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat zowel de koper als de verkoper bij het opnemen van een earn-out in de SPA in kaart moet brengen wat voor gevolgen dit kan hebben voor de loonheffingen, ondanks dat slechts in uitzonderlijke situaties daadwerkelijk toe zal worden gekomen aan onderworpenheid aan de loonheffingen. Op welke wijze partijen de eventuele fiscale risico's bij het gebruik van een earn-out wensen te ondervangen, zal vervolgens afhankelijk zijn van de voorkeur van partijen. De 'dans' tussen partijen zal daarmee ten einde komen.

Bronnen (1)

1. M.P.P. van Buuren & H. Koster, <i>Bedrijfsovername</i> , Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 1.5.3. Zie ook Kamerstukken II, 2004/05, 24036, nr. 311, p. 134 (begrippenlijst).	17. Voor de eerste € 67.000 geldt een tarief van slechts 24,50% (in 2024).	ECLI:NL:HR:1999:AA3862, BNB 2000/126.
2. M.P.P. van Buuren & H. Koster (red.), <i>Bedrijfsovername</i> , Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 176.	18. Zie onder anderen D.P. Elling & P.J. Tulp, 'Aan- en verkoopkosten deelneming; de Hoge Raad spreekt zich opnieuw uit', WFR 2019/72.	41. Art. 2 jo. art. 6 Wet LB 1964.
3. M.P.P. van Buuren & H. Koster (red.), <i>Bedrijfsovername</i> , Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 162.	19. 19 Art. 12a Wet LB 1964.	42. Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 7, p. 8 (MvT).
4. Het strategisch voordeel – dat de auteurs beschrijven – is het verschil tussen de stand alone waarde en de strategische waarde van de target.	20. HR 4 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3823, BNB 1988/206; HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, BNB 1988/217.	43. Art. 27 Wet LB 1964.
5. Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 3 (MvT).	21. HR 27 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AX4640, BNB 1973/187; H.J. Hofstra, <i>Inleiding tot het Nederlands belastingrecht</i> , Deventer: Wolters Kluwer 1974, p. 155.	44. Alleen als er bij de vaststelling van het loon rekening is gehouden met 'fooien en dergelijke prestaties van derden', zoals in de horecasector, is inhouding van loonbelasting van toepassing (art. 12 Wet LB 1964 jo. art. 3.6 URLB 2011 en art. 33 lid 1 onderdeel e Wet LB 1964 jo. art. 4 UBLB 1965). Zie ook HR 20 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4359, BNB 1990/318.
6. Earn-out doelstellingen zijn de te realiseren voorwaarden waarvan de verschuldigdheid van de earn-out afhankelijk is gesteld.	22. R.E.C.M. Niessen & H.J. Hofstra, <i>Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht (Fiscale Handboeken nr. 1)</i> 2010/11.7.1.	45. Zie art. 3.81 Wet IB 2001.
7. Door in de SPA een bepaling op te nemen die de verkoper een toekomstige beloning in het vooruitzicht stelt, kan de verkoper worden gemotiveerd om zich ook na de overname in te zetten voor de verdere groei van de onderneming. De beloning is in dit kader afhankelijk van de door de verkoper – in de hoedanigheid die hij na verkoop aanneemt – te verrichten arbeid.	23. HR 15 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3862, ro. 3.4, BNB 2000/126.	46. HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:15, BNB 2022/43.
8. M.P.P. van Buuren & H. Koster (red.), <i>Bedrijfsovername</i> , Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 212-215; A.M. van Hekesen, 'Earn-outs: smeerolie voor overname deals?', <i>Contracteren</i> 2010/4.2, p. 124.	24. Het is daarbij niet noodzakelijk dat de betrokken belastingplichtige partij is geweest bij de handelingen die tot dat resultaat hebben geleid.	47. Zie HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2011:BN6299, BNB 2011/139. Dit geldt overigens niet voor de premies werknemersverzekeringen (zie art. 20 jo. 125 Wfsv), tenzij er tussen twee rechtspersonen een verhaalsbeding is overeengekomen.
9. A.G. Colenbrander, 'Earn-out perikelen – over de inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out periode', <i>Maandblad voor Ondernemingsrecht</i> 2020, nr. 5 & 6, p. 142; A.M. van Hekesen, 'Earn-outs: smeerolie voor overname deals?', <i>Contracteren</i> 2010/4.2, p. 125.	25. HR 15 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3862, ro. 3.4, BNB 2000/126. Zie ook T. El Ouardi, O. Ben Taleb & R. rommelaars, 'De werkende binnen de managementstructuur; al dan niet in (fictieve) dienstbetrekking (loonbelasting)', <i>MBB</i> 2023/48, p. 32.	48. Art. 2 jo. art. 9 jo. art. 10 jo. art. 27 lid 1 Wet LB 1964.
10. M.P.P. van Buuren & H. Koster (red.), <i>Bedrijfsovername</i> , Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 214.	26. HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78, NJ 1926, 723; HR 21 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8603, BNB 1985/32.	49. A.L. Mertens, <i>Het beginsel van de minste pijn</i> , Nijmegen: Ars Aequi Libri 2023, p. 95-106.
11. A.G. Colenbrander, 'Earn-out perikelen – over de inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out periode', <i>Maandblad voor Ondernemingsrecht</i> 2020, nr. 5 & 6, p. 142. In een turnaround situatie is het doel van de koper om een bedrijf dat in financiële problemen verkeert, weer gezond te maken.	27. Art. 2 lid 1 Wet LB 1964.	50. HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:348, ro. 3.2.2, BNB 2022/52.
12. A.G. Colenbrander, 'Earn-out perikelen – over de inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out periode', <i>Maandblad voor Ondernemingsrecht</i> 2020, nr. 5 & 6, p. 143.	28. Art. 2 lid 1 Wet LB 1964.	51. HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:BW9842, ro. 3.3.2, BNB 2012/288; HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7207, ro. 3.3.4, BNB 2011/93.
13. A.G. Colenbrander, 'Earn-out perikelen – over de inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out periode', <i>Maandblad voor Ondernemingsrecht</i> 2020, nr. 5 & 6, p. 142-143.	29. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, BNB 2011/205.	52. HR 24 juni 1992, ECLI:NL:HR:ZC5026, ro. 3.3, BNB 1993/19. De Hoge Raad beslist in het Verduisteringsarrest dat tot het loon behoren de door de werkgever verstrekte voordelen en niet de van een ander dan de werkgever afkomstige voordelen.
14. Hoewel het denkbaar is dat een earn-out afhankelijk wordt gemaakt aan het behouden van key employees, zullen deze werknemers niet profiteren van een earn-out tenzij zij tevens aandeelhouder zijn. Om deze werknemers na de transactie te blijven motiveren, zijn andere regelingen nodig, zoals een aanblijfbonus of een SAR-regeling. Zie in dit kader ook A.M. van Hekesen, 'Earn-outs: smeerolie voor overname deals?', <i>Contracteren</i> 2010/4.2, p. 124.	30. Art. 7:610 BW stelt dat van een arbeidsovereenkomst wordt gesproken als 'de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'.	53. HR 24 juni 1992, ECLI:NL:HR:ZC5026, ro. 3.3, BNB 1993/19.
15. Art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.	31. HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, BNB 2023/95.	54. HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:AB3150, ro. 3.3, BNB 2001/354. Zie ook HR 1 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7993, ro. 4.2, BNB 2001/82.
16. Art. 13 lid 6 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.	32. Dit is slechts anders indien en voor zover een rechtsverhouding op basis van de bestaande jurisprudentie gekwalificeerd dient te worden als dienstbetrekking.	55. HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:15, ro. 4.2.1 en 4.2.2, BNB 2022/43.
	33. Er kan discussie bestaan over de vraag of de gezagsverhouding wel één van de voorwaarden is om toe te komen aan een arbeidsovereenkomst. Zie bijvoorbeeld HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, BNB 2023/95 (Deliveroo-arrest) waarin de Hoge Raad de gezagsverhouding niet aanhaalt als relevante voorwaarde om te spreken van een arbeidsovereenkomst.	56. HR 13 juni 1956, ECLI:NL:HR:1956:AY2102, BNB 1956/238; HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3896, ro. 3.3, BNB 2008/82.
	34. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.	57. T. El Ouardi & C. Chaoui, 'Onder de loop: het (fiscale) leed bij letselschadevergoedingen', <i>MBB</i> 2021/24.
	35. Zie bijvoorbeeld T. El Ouardi, O. Ben Taleb & R. Rommelaars, 'De werkende binnen de managementstructuur; al dan niet in (fictieve) dienstbetrekking (loonbelasting)', <i>MBB</i> 2023/48.	58. HR 29 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW9439, BNB 1984/2; T. El Ouardi & C. Chaoui, 'Onder de loop: het (fiscale) leed bij letselschadevergoedingen', <i>MBB</i> 2021/24.
	36. Art. 27 Wet LB 1964.	59. HR 25 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:444, ro. 4.2, BNB 2022/81.
	37. HR 5 november 1980, ECLI:NL:HR:1980:AW9868, BNB 1981/127.	60. HR 24 juni 1992, ECLI:NL:HR:ZC5026, ro. 3.3, BNB 1993/19. Discussie zou onzes inziens kunnen ontstaan over de vraag of de hoedanigheid niet een zelfstandig criterium binnen het loonbegrip moet worden toegedicht, waarbij de toets van de hoedanigheid waarin een voordeel wordt genoten fungeert als poortwachter voor toepassing van de causaliteitseis.
	38. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, BNB 2022/65.	61. Art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
	39. HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, BNB 2009/123.	62. HR 22 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1793, ro. 4.4.1.
	40. Zie bijvoorbeeld HR 15 december 1999,	

Bronnen (2)

63. Art. 13 lid 6 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
64. De conclusie dat een earn-out op basis van één van de antimisbruikleerstukken fiscaal (gedeeltelijk) zelfstandig gekwalificeerd moet worden als loon voor toepassing voor de Wet LB, dient onzes inziens voor toepassing voor de Wet op de vennootschapsbelasting als zodanig te worden gevolgd. Een earn-out die (gedeeltelijk) moet worden gekwalificeerd als loon zal derhalve niet (langer) worden aangemerkt als 'prijs' – als bedoeld in art. 13 lid 6 Wet op de vennootschapsbelasting 1964 – waartegen de deelneming is verkocht.
65. Indien de hoogte van (een gedeelte van) de earn-out dat gekwalificeerd dient te worden als loon tevens afhankelijk is van de waarde van de aandelen van de gekochte deelneming, vertoont (dat gedeelte van) de earn-out gelijkenissen met een stock appreciation right. Deze gelijkenissen hebben mogelijk tot gevolg dat de aftrekbeperking als neergelegd in art. 10 lid 1 sub j Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing is, indien het loon van de als werknemer kwalificerende ontvanger van de earn-out meer dan € 699.000 (2024) bedraagt. Zie Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 2, p. 67.

Contact



Jelmer Post

Senior Tax Manager

post.jelmer@kpmg.com



Melvin Troost

Tax Consultant

De informatie in dit document is van algemene aard en is niet bedoeld om de omstandigheden van een bepaalde persoon of entiteit te beoordelen. Hoewel we ernaar streven om accurate en tijdige informatie te verstrekken, kan er geen garantie worden gegeven dat dergelijke informatie accuraat is op de datum waarop deze wordt ontvangen of dat deze accuraat zal blijven in de toekomst. Zonder professioneel advies en na een grondig onderzoek van de specifieke situatie dient niemand te handelen op basis van dergelijke informatie.

Meijburg & Co is een Nederlandse maatschap van besloten vennootschappen, staat ingeschreven in het Handelsregister onder nummer 53753348 en is aangesloten bij de wereldwijde KPMG organisatie van onafhankelijke entiteiten verbonden aan KPMG International Limited, een Engelse private company limited by guarantee. De algemene voorwaarden van Meijburg & Co, gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel, zijn jegens een ieder van toepassing op alle door Meijburg & Co te verrichten werkzaamheden en te verlenen diensten. De algemene voorwaarden zijn te vinden op de website van Meijburg & Co (<http://www.meijburg.nl/algemenevoorwaarden>) en worden op verzoek toegestuurd.

Dit artikel is verschenen in MBB Belasting Beschouwingen nummer 3, 16 februari 2025 / SDU 41