

Belastingdienst

Belastingdienst, Postbus 58944, 1040 EE Amsterdam



[Port betaald]

Grote ondernemingen Kantoor Amsterdam

Kingsfordweg 1
1043 GN Amsterdam
Postbus 58944
1040 EE Amsterdam
www.belastingdienst.nl

Doorkiesnummer

E-mailadres

@belastingdienst.nl

Datum

2 februari 2022

Team

Unit 2

Behandeld door

Onze referentie

Wob

Betreft: Beslissing op uw Wob-verzoek van 9 september 2021

Geachte

In uw brief van 9 september 2021 heeft u met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (hierna; Wob) informatie verzocht over het beleid met betrekking tot de toepassing van artikel 13, lid 6, Wet Vpb (de earn-outregeling) door de Belastingdienst.

Na onderling overleg zijn we tot een verdere precisering van uw verzoek gekomen. Buiten het verzoek blijft het deel van de bepaling dat betrekking heeft op de inkoop van aandelen. In de tijd beperkt het verzoek zich tot documenten die zijn opgesteld sinds 1 januari 2010.

Bij mail van 30 september 2021 heb ik u bericht dat de beslistermijn is opgeschort met vier weken. Helaas is het niet mogelijk gebleken uw verzoek binnen die nadere termijn af te doen. Voor de vertraging in de behandeling bied ik u mijn verontschuldiging aan.

Wettelijk kader

Uw verzoek valt onder de reikwijdte van de Wob. Voor de relevante Wob-artikelen verwijs ik u naar bijlage 1.

Inventarisatie documenten

Op basis van uw verzoek zijn in totaal dertien documenten aangetroffen. De aangetroffen documenten zijn opgenomen in een inventarisatielijst, die als bijlage 2 bij dit besluit is gevoegd. In dit besluit wordt verwezen naar de corresponderende nummers uit die lijst, zodat per document duidelijk is wat is besloten.

Het document onder nummer 1 bevat een (concept) discussiememo met een bespreking van de problematiek van de zgn. vendor loans door de kennisgroep Deelnemingsvrijstelling van de Belastingdienst. Dit (concept) discussiememo is bedoeld om binnen deze kennisgroep de gedachtevorming over vendor loans te stroomlijnen. De beleidsvorming over dit onderwerp is nog in ontwikkeling.

Besluit

Ik heb besloten deels aan uw verzoek tegemoet te komen.

Grote ondernemingen
Kantoor Amsterdam

Datum
2 februari 2022

Onze referentie
Wob

(Gedeeltelijk) openbaar

In de inventarisatielijst is aangegeven welke documenten (gedeeltelijk) openbaar worden gemaakt. Van de niet openbaar gemaakte delen daaruit is in de inventarisatielijst aangegeven welke artikelen van de Wob van toepassing zijn. Daarnaast is in de documenten zelf bij de informatie die niet openbaar wordt gemaakt, de toepasselijke uitzonderingsgrond opgenomen. Zoals u kunt zien, heb ik de artikelen 10, tweede lid, aanhef en onder d, e en g van de Wob en art. 67 van de AWR toegepast.

Niet openbaar

Een deel van de aangetroffen documenten sluit ik integraal uit, omdat de stukken vallen onder de geheimhoudingsplicht van artikel 67 van de AWR. Het betreft hier met name stukken waarin praktijkcasus worden behandeld waarin de problematiek van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 aan de orde is.

Voor zover in de wel geopenbaarde documenten passages voorkomen die geen betrekking hebben op uw verzoek, heb ik de onleesbaar gemaakt, onder de vermelding "Buiten bereik". Ook heb ik passages onleesbaar gemaakt waarin lesstof uit extern gepubliceerde bronnen zijn opgenomen, onder de vermelding "Al openbaar".

Voor de motivering verwijs ik naar het onderdeel "Overwegingen" van dit besluit.

Overwegingen

Algemene overwegingen

Ingevolge artikel 3, vijfde lid van de Wob, wordt een verzoek om informatie ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11 van de Wob.

Het recht op openbaarmaking op grond van de Wob dient uitsluitend het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering. Het komt iedere burger in gelijke mate toe. Daarom kan ten aanzien van de openbaarheid geen onderscheid worden gemaakt naar gelang de persoon of de bedoeling of belangen van de verzoeker. Bij de te verrichten belangenafweging worden dan ook betrokken het algemene belang bij openbaarmaking van de gevraagde informatie en de door de weigeringsgronden te beschermen belangen, maar niet het specifieke belang van de verzoeker.

Evenmin kent de Wob een beperkte vorm van openbaarmaking. Dit betekent dat openbaarmaking van de gevraagde documenten uitsluitend aan u op grond van de Wob niet mogelijk is. Indien ik aan u de betreffende documenten verstrek, moet ik deze voor iedereen toegankelijk publiceren. In dat licht vinden de onderstaande belangenafwegingen dan ook plaats.

Informatie die geen betrekking heeft op uw Wob-verzoek

Sommige documenten bevatten informatie die niet gerelateerd is aan uw Wob-verzoek. Voor zover de informatie niet onder de reikwijdte van uw verzoek valt heb ik de informatie verwijderd en daarbij vermeld dat de informatie buiten de reikwijdte van het verzoek valt. Sommige documenten bevatten pagina's die geheel buiten de reikwijdte vallen. Deze pagina's heb ik uit het document verwijderd. Onder "Toelichting" in de inventarisatielijst heb ik vermeld welke documenten pagina's bevatten die geheel buiten de reikwijdte van het verzoek vallen en daarom uit de documenten verwijderd zijn.

Inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen

Op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wob blijft verstrekking van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen.

In enkele van de aangetroffen documenten staan passages die, bij openbaarmaking, het toezicht op naleving van de regelgeving door belastingplichtigen zouden bemoeilijken of belemmeren. Ik acht het belang van dat toezicht zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking. Ik openbaar deze passages daarom niet. Ik heb die passages aangeduid met "10,2,d".

De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

Op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wob blijft verstrekking van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang dat de persoonlijke levenssfeer wordt geëerbiedigd.

In de aangetroffen documenten staan persoonsgegevens. Dit betreft namen, e-mailadressen en telefoonnummers. Deze gegevens maak ik niet openbaar. Ik ben van mening dat ten aanzien van de genoemde persoonsgegevens de privacy van betrokkenen prevaleert boven het belang van openbaarmaking. Hierbij heb ik in de beoordeling betrokken of de betrokken personen vanuit hun functie regelmatig in de openbaarheid treden of hebben getreden. De genoemde persoonsgegevens heb ik verwijderd uit de documenten.

Op de inventarisatielijst en in de gedeeltelijk openbaar gemaakte documenten, heb ik de toepassing van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wob aangeduid met "10,2,e".

Voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling

Op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft verstrekking van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden.

In enkele van de aangetroffen documenten staan passages die, bij openbaarmaking, rechtspersonen of derden zouden kunnen bevoordelen. Ik acht het belang van voorkoming daarvan zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking. Ik openbaar deze passages daarom niet. Ik heb die passages aangeduid met "10,2,g".

Geheimhouding op grond van artikel 67 AWR

Op grond van artikel 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) rust op mijn een geheimhoudingsplicht. Artikel 67 vormt een lex specialis ten opzichte van de Wob. Dit brengt met zich dat de bijzondere geheimhoudingsbepaling van artikel 67 AWR, waarin ook is opgenomen wanneer er wel informatie mag worden verstrekt, prevaleert boven de Wob. In dit artikel is geregeld dat het een ieder verboden is hetgeen hem uit of in verband met enige werkzaamheid bij de uitvoering van de belastingwet over de persoon of zaken van een ander blijkt of wordt meegedeeld, verder bekend te maken dan noodzakelijk is voor de uitvoering van de belastingwet of voor de invordering van enige rijksbelasting.

In twee documenten (nrs. 9 en 11) zijn passages opgenomen die het mogelijk zou maken de casus te herleiden naar een specifieke belastingplichtige. Daarom acht ik het niet openbaren van deze passage noodzakelijk uit hoofde van mijn geheimhoudingsplicht. Deze passages zijn aangeduid met "67 AWR"

Grote ondernemingen
Kantoor Amsterdam

Datum
2 februari 2022

Onze referentie
Wob

Wijze van openbaar maken

De documenten die door mij openbaar worden gemaakt treft u bij dit besluit in kopie aan. De openbaar gemaakte documenten en dit besluit in beginsel worden geplaatst op www.rijksoverheid.nl, zodat deze voor een ieder beschikbaar zijn.

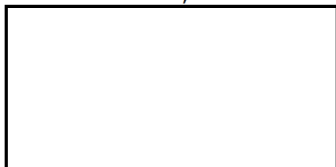
Hoogachtend,

De staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst

namens deze,

De directeur van Belastingen GO

namens deze,



Grote ondernemingen
Kantoor Amsterdam

Datum
2 februari 2022

Onze referentie
Wob

Rechtsmiddelverwijzing

Als u het niet eens bent met deze beslissing, kunt u binnen zes weken na dagtekening van deze brief een bezwaarschrift indienen bij de staatssecretaris van Financiën, p/a Belastingdienst Amsterdam, postbus 58944, postcode 1040 EE Amsterdam.

Houd hierbij rekening met het volgende:

1. Het bezwaarschrift moet door de indiener zijn ondertekend;
2. Het bezwaarschrift bevat tenminste de naam en het adres van de indiener, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar zich richt en de gronden waarop het bezwaar rust;
3. Ten aanzien van de geheimhoudingsplicht van artikel 67 AWR staat geen bezwaar of beroep open op grond van de Awb. Dit betekent dat het bezwaar zich beperkt tot de vraag of uw verzoek om openbaarmaking op grond van de Wob terecht (deels) is afgewezen met een beroep op artikel 67 AWR.

Bijlage 1

Grote ondernemingen
Kantoor Amsterdam

Datum
2 februari 2022

Onze referentie
Wob

Artikel 10 van de Wob luidt, voor zover relevant, als volgt:

1. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit:
 - a. de eenheid van de Kroon in gevaar zou kunnen brengen;
 - b. de veiligheid van de Staat zou kunnen schaden;
 - c. bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;
 - d. persoonsgegevens betreft als bedoeld in de artikelen 9, 10 en 87 van de Algemene verordening gegevensbescherming, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt.
 2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:
 - a. de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties;
 - b. de economische of financiële belangen van de Staat, de andere publiekrechtelijke lichamen of de in artikel 1a, onder c en d, bedoelde bestuursorganen;
 - c. de opsporing en vervolging van strafbare feiten;
 - d. inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;
 - e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
 - f. het belang, dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie;
 - g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
 3. Het tweede lid, aanhef en onder e, is niet van toepassing voor zover de betrokken persoon heeft ingestemd met openbaarmaking.
- (...)

Artikel 11 van de Wob luidt, voor zover relevant, als volgt:

1. In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, wordt geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.
2. Over persoonlijke beleidsopvattingen kan met het oog op een goede en democratische bestuursvoering informatie worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.
3. Met betrekking tot adviezen van een ambtelijke of gemengd samengestelde adviescommissie kan het verstrekken van informatie over de daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen plaatsvinden, indien het voornemen daartoe door het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat aan de leden van de adviescommissie voor de aanvang van hun werkzaamheden kenbaar is gemaakt.
4. In afwijking van het eerste lid wordt bij milieu-informatie het belang van de bescherming van de persoonlijke beleidsopvattingen afgewogen tegen het belang van openbaarmaking. Informatie over persoonlijke beleidsopvattingen kan worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Het tweede lid, tweede volzin, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 8:79 van de Awb luidt, voor zover relevant, als volgt:

1. (...)
2. Anderen dan partijen kunnen afschriften of uittreksels van de uitspraak of van het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak verkrijgen. Met betrekking tot de kosten is het bij en krachtens de Wet tarieven in strafzaken bepaalde van overeenkomstige toepassing.
3. (...)

Bijlage 2

Inventarisatielijst Wob-verzoek

Nr.	Datum/periode	Document	Beoordeling	Weigerings -grond
1	Actueel	Concept Discussiememo kennisgroep Deelnemingsvrijstelling inzake reikwijdte art. 13 lid 6 bij vendor loans	Deels openbaar	10,2,d 10,2,e 10,2,g
2	Actueel	Opleidingsmateriaal vraagstukken	Openbaar	
3	Actueel	Opleidingsmateriaal Powerpoint Earn out	Openbaar	
4	Actueel	Opleidingsmateriaal	Deels openbaar	10,2,d 10,2,g
5	December 2018	Mededeling kennisgroep Deelnemingsvrijstelling t.b.v. Landelijk Vaktechnisch Overleg	Openbaar	
6	Februari 2013	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2013-02	Deels openbaar	10,2,e
7	Mei 2013	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2013-04	Deels openbaar	10,2,e
8	Juli 2013	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2013-05	Deels openbaar	10,2,e
9	Juni 2015	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2015-06	Deels openbaar	10,2,e 67 AWR
10	Maart 2018	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2018-02	Deels openbaar	10,2,e
11	April 2020	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2020-04	Deels openbaar	10,2,e 67 AWR
12	Oktober 2020	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2020-09	Deels openbaar	10,2,d 10,2,e 10,2,g
13	Juni 2021	Verslag vergadering kennisgroep Deelnemingsvrijstelling 2021-05	Deels openbaar	10,2,e

Toelichting:

De documenten met de nummers 2 en 4 t/m 13 bevatten pagina's die geheel buiten de reikwijdte van het verzoek liggen.

Concept discussiememo KG DVS inzake Reikwijdte artikel 13 lid 6 Wet Vpb 1969 bij vendor loans

Inleiding

Aanleiding voor dit discussiememo vormt een aantal aan de Kennisgroep deelnemingsvrijstelling voorgelegde casus over de toepassing van art. 13, zesde lid, eerste volzin, Wet Vpb (verder 13.6) in het kader van zogenoemde vendor loans. Om de discussie te stroomlijnen is besloten dit discussiememo op te stellen.

Dit discussiememo gaat in op de reikwijdte van de earn-out regeling zoals neergelegd in 13.6. Het gaat hierbij primair over de vraag of waardeveranderingen van een vordering/schuld, die is ontstaan bij de verkoop van een deelneming, in de praktijk ook wel genoemd de "vendor loan", onder 13.6 valt. In het geval een vendor loan onder 13.6 valt noemen we dit verder de earn-out lening. Niet elke vendor loan is echter een earn-out lening. Daarnaast gaan we in op de vraag of de rente, betaald of ontvangen op deze earn-out lening, onder 13.6 valt.

In dit discussiememo is beschreven langs welke lijnen de KG DVS deze casusposities zal beoordelen. Het discussiememo kan op dit moment echter niet al als beleid van de Kennisgroep worden opgevat. Het is een hulpmiddel om uiteindelijk tot een gedragen lijn te komen. De definitieve standpunten worden pas ingenomen naar aanleiding van concrete casuïstiek.

Voorlopige Conclusie

Er zit spanning tussen tekstuele uitleg van 13.6 en de ratio van de bepaling.

Hoewel op basis van de letterlijke tekst van art. 13.6 een vendor loan snel onder 13.6 kan vallen, is de KG DVS vooralsnog voorstander van een uitleg van de bepaling overeenkomstig de ratio van de regeling.

De mening van de KG DVS is dat alleen een vendor loan, waarbij de waarde van de lening door bijzondere omstandigheden onzeker is, een earn-out lening is die onder 13.6 valt.

Die bijzondere omstandigheden kunnen zijn gelegen in tussen partijen afgesproken toekomstige onzekere gebeurtenissen waardoor de waarde wijzigt, of in een bij aanvang reeds verhoogd debiteurenrisico.

De KG DVS is tevens van mening dat in situaties die niet onder de tekst van 13.6, maar wel onder de ratio/schattingsjurisprudentie vallen, de waardemutaties (maar ook de rente) van de lening onder de deelnemingsvrijstelling verantwoord dienen te worden.

Alle waardemutaties op de lening en de verschuldigde rente die is inbegrepen in de ter zake van de vervreemding overeengekomen vergoedingen, vallen in dat geval onder de deelnemingsvrijstelling.

In geval van een normale lening, waarbij een zakelijke marktrente in aanmerking wordt genomen, en er geen sprake is van materiële onzekerheid door een verhoogd debiteurenrisico, is geen sprake van een earn-out lening als bedoeld in 13.6. Waardemutaties en rente daarop vallen niet onder de deelnemingsvrijstelling.

Wettekst

Art. 13, zesde lid, eerste volzin, Wet Vpb luidt als volgt:

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.

Beschouwing

De problematiek inzake de earn-out lening is zeer actueel geworden na het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2018, nr. 17/03220, ECLI:NL:HR:2018:1019, BNB 2018/151. De belangrijkste passages van het arrest zijn opgenomen in de bijlage.

Uit de behandeling van de casuïstiek die aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling is voorgelegd bleek dat deze problematiek zich in verschillende gedaantes kan voordoen. Uit de jurisprudentie kan een aantal vragen worden gedestilleerd op basis waarvan een vendor loan al dan niet als een earn-out lening kan worden gekwalificeerd in de zin van art. 13.6 Wet Vpb: De volgende onderwerpen moeten in elke casus worden behandeld:

1. Vormt de vendor loan de prijs voor de deelneming?
2. Verbintenisrechtelijke onzekerheid:
 - a. Wettekst 13.6
 - b. Ratio 13.6
 - c. Prioriteit tekst of de ratio.
3. Materiële onzekerheid (solvabiliteit schuldenaar);
4. Objectieve of subjectieve beoordeling prijs
5. Rente op earn-out leningen.
6. Bewijslast inspecteur

1. Vendor loan is prijs deelneming

Allereerst moet worden vastgesteld of de vendor loan de prijs voor de aandelen vormt. De HR verwoordt dit in het arrest BNB 2018/151 als volgt: "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.*" Dat kan dus de vendor loan zijn. Voor die kwalificatie is volgens r.o. 2.4.3. voldoende als er "(...) een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de verkoop van de certificaten en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds(...)".¹

Samenhang lening en koopsom aandelen

Of er sprake is van samenhang tussen de verstrekte lening en de (ver)koop van de deelneming, en dus de prijs vormt, is een feitelijke toets. Bij de verkoop van een deelneming kunnen partijen overeenkomen dat de koopsom schuldig wordt gebleven en op een later moment wordt betaald, met of zonder rentebetaling. In dat geval ligt de samenhang van de lening met de verkoop van de deelneming voor de hand.

¹ Het Hof had in deze zaak de vendor loan met het leerstuk van de zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie (BNB 2000/126) als koopprijs gekwalificeerd, maar de HR lijkt aan die redenering voorbij te gaan.

Partijen kunnen ook overeenkomen dat de koopschuld wordt voldaan vanuit een door de verkoper te verstrekken lening. Dan zijn er dus twee stappen. Er wordt een lening verstrekt en met de verkregen gelden wordt de koopschuld voldaan. Meestal is geen sprake van daadwerkelijke bankoverschrijvingen, maar gebeurt alles via ondertekening van akten bij de notaris met gesloten beurzen. In die akten wordt de voldoening van de koopschuld vanuit de lening vastgelegd. Achtergrond van die 2 stappen is dat op het moment dat de koopschuld is voldaan de mogelijkheid om de koop te ontbinden, in verband met het niet geheel voldoen van de koopsom, juridisch niet meer mogelijk is² (6:265 BW³). Dat was ook de reden voor het aangaan van een lening in de casus BNB 2018/151.

Door het Hof zijn in haar uitspraak in de casus BNB 2018/151 duidelijk criteria voor het vaststellen van die samenhang opgenomen:

1. Gelijktijdige verkoop aandelen en overeenkomen financiering;
2. De voorwaarden van de schuldgerekening waren afgestemd op mogelijkheden kopers;
3. De omzetting van de koopschuld in een lening is opgenomen in de akte verkoop deelneming;
4. de voorwaarden van die schuldgerekening zijn eveneens in de koopovereenkomst opgenomen.

Dit zijn de omstandigheden van deze casus, op grond waarvan door het Hof de samenhang is vastgesteld. Of aan alle voorwaarden moet zijn voldaan voor samenhang, of dat ook andere relevante omstandigheden een rol spelen, hangt uiteraard af van de feitelijke omstandigheden in de te beslissen casus.

2. Verbintenisrechtelijke onzekerheid.

Om een lening onder art 13.6 te kunnen kwalificeren is nodig dat er onzekerheid bestaat *"op één of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang (...) niet vaststaat"*.

Die onzekerheid kan bestaan uit tussen partijen overeengekomen voorwaarden (verbintenisrechtelijke onzekerheid) of onzekerheid of de overeengekomen koopsom wel betaald kan worden (materiële onzekerheid door verhoogd debiteurenrisico). De materiële onzekerheden worden in onderdeel 3 van dit memo behandeld.

In de casus van BNB 2018/151 hadden partijen opgenomen dat de jaarlijkse aflossing van de lening samenhangt met de dividenden van de verkochte deelneming en na 8 jaar zelfs formeel zou worden kwijtgescholden. Dit was duidelijk een onzekerheid wanneer zou worden betaald (termijnen), en of de totale koopsom zou worden betaald (omvang).

Echter, ook in vele andere leningsovereenkomsten staat het aantal of de omvang van de toekomstige termijnen niet vast. Daarbij kan sprake zijn van een zakelijke of onzakelijke rente⁴ en onzekerheid over het moment van aflossing. Dat kan zich op vier verschillende wijzen manifesteren:

² Of dit in het algemeen zal werken is civielrechtelijk kwestieus gezien de standaardarresten Jans/FCN (HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97) en HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907 (Eureco/X). In die gevallen kon ondanks de afzonderlijke lening de koop toch ongedaan worden gemaakt omdat sprake was van samenhangende overeenkomsten.

³ 6:265 BV lid 1: Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of aard en betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

⁴ Bij earn-outs moet onder onzakelijke rente worden verstaan: een voor zakelijke financieringssituaties ongebruikelijke rente, die slechts lijkt te worden aanvaard vanuit het oogmerk de deelneming te kunnen verkopen.

1. Aantal en omvang van de toekomstige termijnen staan vast en de contante waarde van de koopsom ook (Lening met zakelijke rente en vaste termijnen). Contante waarde is gelijk aan nominale waarde.
2. Aantal of omvang van de toekomstige termijnen staan niet vast en de contante waarde van de koopsom ook niet (Lening met onzakelijke rente zonder vaste termijnen).
3. Aantal of de omvang van de toekomstige termijnen staat niet vast, maar de contante waarde van de koopsom wel (Lening met zakelijke rente zonder vaste termijnen; moment aflossing variabel). Contante waarde is gelijk aan nominale waarde.
4. Aantal en de omvang van de toekomstige termijnen staan vast, maar de contante waarde van de koopsom niet (Lening met onzakelijke rente met vaste termijnen, maar het moment van betaling staat niet vast) Voorbeeld: stel, renteloos moet € 100 worden betaald in 10 vaste termijnen van € 10, waarbij de timing nog niet bekend is. In dat geval staan aantal en omvang vast, maar de contante waarde van de koopsom niet vanwege het ontbreken van een zakelijke rente.

Met opmerkingen 10,2,e Geen 13.6 volgens wet, ook niet volgens ratio -> Geen schattingsprobleem: CW = Nom -> Geen 13.6, tenzij materieel.

Met opmerkingen 10,2,e Wel 13.6 volgens wet, ook volgens ratio -> Wel schattingsprobleem: CW niet Nom -> Wel 13.6

Met opmerkingen 10,2,e Wel 13.6 volgens wet, maar niet volgens ratio -> Geen schattingsprobleem: CW = Nom -> Geen 13.6, tenzij materieel

Met opmerkingen 10,2,e Geen 13.6 volgens wet, maar wel volgens ratio -> Wel schattingsprobleem: CW niet Nom -> Wel 13.6 (Onduidelijk of dit praktisch mogelijk is)

Is er sprake van verbintenisrechtelijke onzekerheid, waardoor wordt voldaan aan 13.6?

- In situatie 1 niet (niet voldaan aan tekst en ratio)
- In situatie 2 wel (wel voldaan aan tekst en ratio)
- In situatie 3 twijfel (wel voldaan aan tekst, niet aan ratio)
- In situatie 4 twijfel (mogelijk niet voldaan aan tekst, wel aan ratio)

2.a. Wettekst

Naar de letter van 13.6 is in hiervoor genoemde gevallen 2 en 3 voldaan aan de definitie van een earn-out. Immers, omvang en aantal termijnen zijn onzeker en voor 13.6 is vereist dat één van beide onzeker is. In beginsel kan op veel vendor loans 13.6 worden toegepast, maar daarmee is niet alles gezegd. In situatie 3 is er namelijk helemaal geen schattingsprobleem. Mogelijk is alleen vervroegde aflossing toegestaan en dan wordt alleen minder rente verschuldigd. (waarde = nominale waarde). Maar deze situatie valt wel onder de letterlijke tekst van 13.6. En situatie 4 kent wel een schattingsprobleem, maar die valt niet onder de letterlijke tekst van 13.6. Waarbij moet worden opgemerkt dat situatie 4 in de praktijk niet vaak zal voorkomen.

2.b. Ratio van 13.6

Voor de wetwijziging in 2003 waren belastingplichtigen verplicht bij de (ver)koop van een deelneming op het moment van verkoop de opbrengst en de kostprijs van de deelneming vast te stellen, ook als deze prijs afhankelijk was van toekomstige onzekere gebeurtenissen, zoals resultaten van de verkochte deelneming. Die moeilijk beprijzbare toekomstige gebeurtenissen zorgden voor waarderingdiscussies tussen belastingplichtige en inspecteur. Complicatie daarbij was dat koper en verkoper tegengestelde belangen hadden, waardoor een gat in de heffing kon ontstaan (en ook daadwerkelijk regelmatig ontstond).

De Hoge Raad spreekt in de oude schattingsjurisprudentie over onzekerheid ten aanzien van het "totale bedrag" (HR 3 maart 1993, *BNB 1993/180*) en het "uiteindelijke beloop" (HR 6 maart 1996, *BNB 1996/365*) van de koopsom. De wetgever heeft zich bij de vormgeving van 13.6 door deze overwegingen laten leiden.

Volgens de (uiterst summiere) memorie van toelichting (*Kamerstukken II, 2001-2002, 28 034, nr. 3, p. 12*) is een earn-out een verkoopovereenkomst waarbij de verkoopprijs van de deelneming (ten dele) bestaat uit een recht op toekomstige uitkeringen waarvan het totale bedrag onzeker is op het moment dat de verkoop plaatsvindt. Op basis van de parlementaire geschiedenis kan geconcludeerd worden dat 13.6 is ingegeven door

Met opmerkingen 10,2,e Of lijkt?

Met opmerkingen 10,2,e MvT: 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. Dus "heeft" klopt volgens mij.

onzekerheid over de totale koopsom.

Zoals duidelijk zal zijn is in de hiervoor genoemde vier situaties niet altijd sprake van de onzekerheid zoals in de arresten is bedoeld. In sommige gevallen (situatie 1 en 3) is de contante waarde van de lening wel zeker. Er is geen sprake van schattingsproblemen. Voor de wetwijziging in 2003 zou dat geen discussie met de inspecteur hebben opgeleverd.

Uit de oude jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis maakt de KG DVS op dat de ratio van de regeling is om een oplossing te bieden in die gevallen dat er een schattingsprobleem bestaat, en als er geen schattingsprobleem is, is twijfelachtig of 13.6 dient te worden toegepast.

2.c. Prioriteit tekst of ratio.

De wettekst staat dus mogelijk op gespannen voet met doel en strekking. De tekst van de wet is ruimer dan de schattingsjurisprudentie (situatie 3) en de tekst is beperkter in situatie 4. De vraag komt dan op of de wetgever er impliciet vanuit gaat dat, wanneer het aantal termijnen vast is, maar de omvang van elke termijn onzeker is (of andersom), daarmee ook de totale koopsom onzeker is zoals bedoeld in 13.6. Het is de vraag of de wetgever situatie 3 en 4 heeft onderkend.

Bij de beoordeling van wetteksten gaat de grammaticale uitleg meestal voor op de ratio van de wet, tenzij er sprake is van een "te ongerijmd gevolg" bij toepassing van de letterlijke tekst. Dat lijkt zich hier voor te doen. Uit de historie, de parlementaire behandeling of jurisprudentie komt niet naar voren dat de wetgever de bedoeling had normale leningen zonder schattingsprobleem onder 13.6 te brengen, danwel de ontoereikende tekst voor situatie 4 heeft onderkend.

Daarnaast kan worden vastgesteld dat een uitsluitend grammaticale uitleg aanleiding geeft tot misbruik danwel onbedoelde toepassing van deze regeling. Een voorbeeld om dit duidelijk te maken:

V BV (NL) verkoopt haar deelneming in Singapore aan K Ltd (UK). De koopsom bedraagt € 700 mln waarvan € 200 mln gefinancierd wordt door een 10 jarige vendor loan met een 5% (zakelijk bepaalde) rente, met een waardevolle garantie op andere activa van de solvabele K Ltd. De contante waarde van de lening is € 200 mln, gelijk aan de nominale waarde. Op zich lijkt dit een reële prijs voor deze deelneming en een normale lening. Partijen spreken echter af dat K Ltd jaarlijks 50 mln extra mag aflossen. Als K Ltd extra aflost wordt minder rente verschuldigd. Dit heeft echter geen invloed op de contante waarde, omdat er een zakelijke rente wordt berekend. Als gevolg van deze onzekerheid over hoogte en omvang van de termijnen kan V BV volgens de tekst van 13.6 de rente (zie onderdeel 5) onder 13.6 (en dus belastingvrij) genieten. 10,2,d en 10,2,g

10,2,d en 10,2,g

Met opmerkingen 10,2,e Lopen we hier niet vooruit op wat nog moet komen in onderdeel 5?

Met opmerkingen 10,2,e : Ja, vandaar de verwijzing. Zonder deze opmerking wordt het belang van het voorbeeld lastig te begrijpen.

De KG DVS heeft een voorlopige keuze gemaakt over de prioriteit van tekst of ratio. Op grond van hetgeen hiervoor is opgenomen over de jurisprudentie voorafgaand aan de wetwijziging en de parlementaire behandeling is de KG de mening toegedaan dat de ratio van de wet voor dient te gaan op de tekst van de wet.

⁵ Zie ook de noot bij BNB 2020/169

Art. 13 lid 6 biedt koper en verkoper de (contractuele) mogelijkheid om rente die verband houdt met de verkoop van een deelneming al dan niet onder de deelnemingsvrijstelling te brengen. Die planningsmogelijkheid zal vooral benut worden als de verkoper of de koper van de deelneming niet onderworpen is aan de Nederlandse vennootschapsbelasting.

Als gevolg hiervan wordt het standpunt ingenomen dat bij onzekerheid over het moment van aflossing van de lening of betaling van termijnen niet leidt tot toepassing van 13.6, indien de contante waarde van de lening niet onzeker is. Dus hoewel de nominale betalingen van termijn incl. rente tot een afwijking in de totale betaling leiden, en dus onzekerheid over de termijnen bestaat, is art. 13.6 niet van toepassing. Dit geldt dus voor situatie 3.

Dit standpunt houdt in dat - ongeacht eventuele variabele termijnen - bij een normale lening, waarbij een zakelijke markrente in aanmerking wordt genomen en er geen sprake is van materiele onzekerheid door een verhoogd debiteurenrisico (zie onderdeel 3), geen sprake is van een earn-out lening als bedoeld in 13.6.

Mocht een adviseur zich op het standpunt stellen dat op basis van de letterlijke wettekst van 13.6 een vendor loan (en daarmee de rente daarop) onder de deelnemingsvrijstelling valt, zonder dat sprake is van een schattingsprobleem, dan moet dat per casus beoordeeld worden en eventueel worden gecorrigeerd en de uitkomst van een procedure, waarin de Belastingdienst zeer waarschijnlijk de ratio primair zal stellen, worden afgewacht.

Het voorgaande houdt tevens in dat bij die normale lening de nominale waarde van de lening de bruto-opbrengst en kostprijs (en opgeofferd bedrag) vormt van de verkoop van de deelneming. Rente op de lening opgekomen na de verkoop van de deelneming valt in de winstfeer, alsmede vermogensmutaties op de lening (zie ook RB Gelderland van 9 september 2014, nr. 12/5922 [ECLI:NL:RBGEL:2014:5692](#), V-N 2014/58.13 inzake valutaresultaten).

De KG DVS is tevens van mening dat in de vooralsnog meer theoretische situatie 4, variabel aflossingsmoment met onzakelijke rente, art. 13.6 dan wel de schattingsjurisprudentie nog steeds van toepassing is, omdat er sprake is van een schattingsprobleem, omdat de contante waarde niet gelijk is aan de nominale waarde van de lening. Dus ook in die gevallen, ook al is de tekst van 13.6 hier mogelijk niet grammaticaal op van toepassing, vallen de waardemutaties volgens de KG DVS vooralsnog onder de deelnemingsvrijstelling. Daarbij kan ook de stelling worden betrokken dat door het variabele aflossingsmoment geen sprake is van (vaste) termijn waarvan de omvang vaststaat. De termijn kan immers uitgesteld worden. Dit zal per casus worden beoordeeld. De KG DVS vraagt zich overigens af of deze situatie zich meer dan zeer incidenteel zal voordoen.

Varia: Aard van de onzekerheid

In de literatuur komen exotische voorwaarden voor, waardoor voldoening van termijnen onzeker wordt. In een voorbeeld wordt de verschuldigdheid van termijnen afhankelijk van de temperatuur in De Bilt gemaakt. Dit kunnen ook gebruikelijke voorwaarden zijn, waarvan echter op voorhand zeer zeker is dat deze zich wel of juist niet zullen voordoen. In feite is die verwachte (on)zekerheid juist het kenmerk waarom deze gevallen niet in de schattingsproblemen van 13.6 thuishoren.

De KG DVS is vooralsnog van mening dat deze exotische voorwaarden zich bij zakelijk handelende partijen niet voor zullen doen. Indien deze voorwaarden toch zijn opgenomen heeft het er alle schijn van dat partijen deze hebben opgenomen om de lening juist wel onder 13.6 te kunnen kwalificeren. In voorkomende gevallen kan de KG DVS zich voorstellen dat de inspecteur deze exotische constructie zal dienen te bestrijden, bijvoorbeeld met toepassing van het leerstuk van schijnhandeling of *fraus legis*.

10,2,d en 10,2,g

Met opmerkingen 10,2,e : Mogelijk is dit een escape om situatie 4 toch onder de wettekst te brengen. De omvang van een termijn is niet vast, maar kan ook nihil worden. De grammaticale uitleg kan dat voldoende zijn voor een passende wettoepassing. Dat is toch eenvoudiger dan het opzij zetten van de tekst.

Met opmerkingen 10,2,e : Niet langer opnemen, omdat het hierdoor wel een handreiking lijkt.

Met opmerkingen 10,2,e : Dat klopt

Met opmerkingen 10,2,e : Het woord (on) begrijp ik niet 10,2,e Als er wel onzekerheid is dan is volgens de ratio 13.6 wel van toepassing. Het gaat om de aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat aan een voorwaarde juist wel of niet wordt voldaan.

3. Materiële onzekerheid

De vraag over de materiële onzekerheid, volgt op de vraag over de verbintenisrechtelijke onzekerheid. Als een lening verbintenisrechtelijk niet onder 13.6 valt, zou dat alsnog het geval kunnen zijn als de lening materieel wel onzeker is. Het is echter de vraag of materiële onzekerheid ten aanzien van de voldoening van de contractueel vaststaande prijs relevant is voor de kwalificatie van een vendor loan als earn-out lening. Het gaat dan om risico's in verband met de solvabiliteit van de schuldenaar, het debiteurenrisico.

Volgens de wettekst is vereist dat het aantal of de omvang van de termijnen nog niet vaststaat. Aan de wettekst kunnen geen aanknopingspunten worden ontleend ten aanzien van de aard of de oorzaak van de onzekere termijnen. Op basis van de wettekst zou elke vorm van onzekerheid met betrekking tot de termijnen als earn-out lening kunnen worden gekwalificeerd, dus ook een materiële onzekerheid omtrent de voldoening van de contractueel vaststaande prijs.

De parlementaire geschiedenis geeft op dit punt geen concrete voorbeelden, maar sluit ook niet uit dat, indien sprake is van materiële onzekerheid, van een earn-out lening sprake zou kunnen zijn.

Uit de jurisprudentie is ook niet af te leiden of de Hoge Raad de aard van de onzekerheid (verbintenisrechtelijk of materieel) omtrent toekomstige termijnen relevant acht voor de vraag of sprake is van een earn-out lening.

Geconcludeerd zou kunnen worden dat ook materiële onzekerheid onder 13.6 kan worden geschaard.

Het voorgaande kan betekenen dat in beginsel iedere 'vendor loan' onder 13.6 kan worden gebracht, omdat altijd sprake zal zijn van in ieder geval enig debiteurenrisico, zelfs bij een lening met goede zekerheden. In de literatuur⁶ is echter opgemerkt dat materiële onzekerheid slechts in bijzondere omstandigheden onder 13.6 kan worden gebracht. Dan komen er enkele vragen op.

1. *Wanneer is er sprake van een kwalificerend vergroot materieel debiteurenrisico.* Een gebruikelijk debiteurenrisico is volgens de KG DVS onvoldoende om voor 13.6 te kwalificeren. Het is dan nagenoeg zeker dat de volledige termijnen zullen worden voldaan. Het risico is ook verdisconteerd in het toegepaste rentepercentage (zie ook punt 5).

Indien echter sprake is van een debiteurenrisico dat een derde niet zou hebben aanvaard zonder dat de lening in wezen winstdelend wordt, dan geeft de KG DVS er de voorkeur aan te spreken van een kwalificerend vergroot materieel debiteurenrisico.

Een oplettend lezer ziet uiteraard meteen de relatie met het OZL leerstuk. Inderdaad kan hierbij hetzelfde toetsingskader worden aangelegd en de jurisprudentie daarover kan naar analogie worden toegepast. Echter, er is bij vendor loans vaak geen sprake van gelieerdheid tussen partijen in de zin van de OZL-jurisprudentie. Dus het OZL leerstuk kan, afgezien van zeer bijzondere omstandigheden, niet een-op-een op een vendor loan worden toegepast.

Of sprake is van een verhoogd materieel risico is een feitelijke vraag en het zal dus in belangrijke mate afhangen van de vraag of dit bewezen kan worden door belastingplichtige of inspecteur. Op wie de bewijslast drukt wordt later nog ingegaan.

⁶ Zie noten bij HR 29-6-2018: FEB 2018/145, VN 2018/35.12 twijfelt

Met opmerkingen 10,2,e : Hier zijn een aantal bronnen dan wel op zijn plaats.

Met opmerkingen 10,2,e : Afgezwakt, er is nog geen heersende opinie.

Met opmerkingen 10,2,e : Ik dacht dat we juist hadden besloten tot het naar analogie toepassen van het ozl-leersuk?

Met opmerkingen 10,2,e : Jazeker. Geen echte OZL, maar gelijk toetsingskader. Tekst aangepast

2. *Het debiteurenrisico is materieel afhankelijk van de resultaatontwikkeling van de verkochte deelneming.*

Dit neemt niet weg dat niet uit het toetsingskader van het OZL-leerstuk kan worden geput. Het komt regelmatig voor dat een deelneming wordt verkocht aan een (tussen)holding zonder noemenswaardig vermogen, relatief en absoluut beoordeeld. Betaling van rente en aflossing kan uitsluitend geschieden vanuit de opbrengsten van de verkochte deelneming (winstuitkeringen/verkoopopbrengst). Verhaal op iets anders dan de verkochte deelneming is er niet. In dat geval is de crediteur van de vendor loan materieel gezien ~~nagenoeg alleen~~ in sterke mate afhankelijk van het resultaat van de deelneming. De tussenhoudster is zogezegd een kale kip zonder verhaalsmogelijkheden. Deze casusposities komen zeer dicht bij BNB 2018/151. In dat geval is op de vendor loan art. 13.6 van toepassing en is sprake van een earn-out vordering. De meest gerede partij kan dan bewijzen dat er sprake is van een "in wezen winstdelende lening".

Hetzelfde fenomeen kan spelen bij inkoop van aandelen waarbij de inkoopsoom schuldig wordt gebleven. Betaling van de lening is direct afhankelijk van de resultaten van de deelneming. Ook dan dient te worden getoetst of sprake is van een "in wezen winstdelende lening".

Het gevolg is dat waardemutaties en rente die is inbegrepen in de ter zake van de vervreemding overeengekomen vergoedingen (zie ook paragraaf 5), onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

3. *Kennis van de crediteur van materiele onzekerheid.*

In de literatuur⁷ wordt soms de wetenschap van de crediteur, dat sprake is van zeer groot debiteurenrisico, van belang geacht. Vooralsnog is de KG DVS van mening dat de subjectieve wetenschap van de crediteur -in beginsel- niet van betekenis. Het gaat om de kennis welke redelijkerwijs (geobjectiveerd dus) aan de crediteur kan worden toegerekend. Van een crediteur mag worden verwacht dat hij de gebruikelijke onderzoeksvragen stelt bij het verstrekken van een lening. Daarbij hoort ook onderzoek naar de juridische structuur en de gegoedheid van de debiteur, alsmede de sterkte van zekerheden. Het achterwege laten van deze onderzoeken, waardoor een crediteur geen kennis heeft (of zegt te hebben) van de verhoogde debiteurenrisico, heeft niet tot gevolg dat 13.6 niet kan worden toegepast. Dit is mogelijk anders indien aannemelijk is dat de crediteur slachtoffer is van misleiding, oplichting of fraude. Deze zeer feitelijke situatie zal per casus moeten worden beoordeeld.

4. Ook wordt in de literatuur genoemd dat het een bewuste keuze van belastingplichtige zou moeten zijn om een vendor loan door de voorwaarden te laten kwalificeren als earn-out vordering. De KG DVS acht dit onjuist. De wet wordt toegepast op de vastgestelde feiten, niet op de bedoelingen van partijen. Dit neemt niet weg dat de bedoeling van partijen wel relevant kan zijn bij de uitleg van een overeenkomst (NJ 1981/635 Haviltex).

5. Nu er een relatief zware toets wordt aangelegd voor het voldoen aan de materiele onzekerheid voor toepassing 13.6 (in wezen winstdelende lening), kan het voorkomen dat bij een niet voor 13.6 kwalificerende lening de overeengekomen rente (stel 2%) veel lager is dan een zakelijk handelende partij zou moeten worden betaald, en die lagere rente wordt veroorzaakt door de relatie koper/verkoper (stel

Met opmerkingen 10,2,e Ik heb deze literatuur niet meer kunnen vinden. Iemand anders?

Met opmerkingen 10,2,e Kan aan mij liggen, maar eigenlijk snap ik deze zin niet zo goed?

Met opmerkingen 10,2,e Bedoeld wordt dat het geen vrije keuze is. Je kunt ook onder 13.6 vallen zonder dat je dat wilt (zoals bij vrijwel alle belastingwetartikelen, dwingend recht). Maar je kunt wel de voorwaarden aanpassen.

Met opmerkingen 10,2,e Is dit hier wel op zijn plek nu het niet gaat om materiele onzekerheid? Hooft dit niet eerder thuis bij de verbinteniseretelike toets? Maar ook dit kan aan mijn begrip liggen?

Met opmerkingen 10,2,e Je opmerking is terecht, deze constatering staat in feite geheel los van 13.6. maar hoort bij 13.1. Dus ook niet bij de verbinteniseretelike toets. Het is alleen een volgende stap in de beoordeeling om de juiste opbrengst/kostprijs van de deelneming vast te stellen, indien 13.6 niet van toepassing is. Maar voor een discussiememo, uitsluitend voor KG gebruik, zou ik mij er niet druk om maken.

⁷ FED 2018/145

10%, maar nog niet winstdelend)⁸. In dat geval is 13.6 niet van toepassing, maar moet wel de waarde van de lening en daarmee de opbrengst van de deelneming worden aangepast aan de te lage rente. De waarde van hetgeen de koper heeft opgeofferd (waarde 2% lening) is lager dan de nominale waarde van die lening. De rente en de aangroei van de lening naar nominaal vallen in de winstsfeer.

4. Objectieve (omvang) of subjectieve (waarde) beoordeling prijs.

Dit betreft de vraag of het aantal of de omvang van de termijnen en de omvang van de totale prijs objectief (omvang in natura) of subjectief (waarde) bepaald moeten worden.

Zoals hiervoor opgemerkt kan geconcludeerd worden dat elke vorm van verbintenisrechtelijke onzekerheid onder 13.6 zou kunnen worden geschaard. De vraag is of deze onzekerheid omtrent toekomstige termijnen objectief of subjectief bepaald moet worden. Gaat het met andere woorden om onzekerheid over de prestatie in natura (objectief), of om onzekerheid over de waarde van de prestatie in de aangiftevaluta (subjectief).

Uit de uitspraak van Rechtbank Gelderland van 9 september 2014 zou kunnen worden afgeleid dat de objectieve benadering de juiste is. De omvang van de prijs in vreemde valuta (dus toekomstige termijnen in natura) was in die casus immers niet onzeker. Daarom concludeert de rechtbank wellicht dat van een earn-out geen sprake is. Indien de rechtbank zou zijn uitgegaan van een subjectieve benadering (de waarde van de termijnen in euro) zou de rechtbank wellicht tot een andere conclusie zijn gekomen. De waarde van de termijnen uitgedrukt in euro is immers wel onzeker.

De ratio van 13.6 sluit hier ook bij aan. Bij een koopsom in vreemde valuta is er geen schattingsprobleem. Op moment van ontstaan van de vordering is de waarde (in euro) bekend.

Uitgaande van de juistheid van de objectieve benadering kan ook worden geconcludeerd dat puur moet worden gekeken naar de bepaalbaarheid van de prijs. Niet alleen als dat een prijs in een andere valuta is, maar ook indien dat een prijs in natura is (betalen met x kilo goud). Als de prijs bij ontstaan van de vordering (meestal bij levering van de deelneming) (in cash of in natura) vast staat, dan geen 13.6, ongeacht of de waarde van die vordering in euro's kan wijzigen.

Steun voor de 'objectieve benadering' kan worden ontleend aan HR 3 mei 2013 [ECLI:NL:HR:2013:BY8105](#): r.o. 3.6.2. *Bij de beoordeling van dit onderdeel van het middel moet worden vooropgesteld dat van vaste uitkeringen niet alleen sprake is indien de uitkeringen zijn uitgedrukt in een vaste hoeveelheid in Nederland gangbaar geld. Van vaste uitkeringen is evenzeer sprake in een geval als het onderhavige, waarin de uitkeringen zijn uitgedrukt in een vaste hoeveelheid van bepaalde certificaten van aandelen.*

5. Rente op leningen die onder 13.6 vallen

Op het moment dat is vastgesteld dat een lening onder 13.6 valt, en derhalve de waardemutaties onder de deelnemingsvrijstelling vallen, dan is de KG DVS vooralsnog van mening dat de rentebetalingen op die lening bij schuldenaar en schuldeiser ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Dit standpunt is gebaseerd op de volgende alinea uit de parlementaire behandeling: *De waardeveranderingen van een bij de verkoop van een deelneming verkregen winstrecht vallen dus voortaan onder de deelnemingsvrijstelling. Dit geldt ook bijvoorbeeld voor*

⁸ De prijs van de deelneming is in feite afhankelijk van de wijze van financieren van de koopsom. Lage rente, hogere nominale waarde.

waardeveranderingen die het gevolg zijn van oprenting van de contant gemaakte termijnen en als gevolg van valutawijzigingen.
(Kamerstukken II 2001/2002, nr. 3, pag. 29)

Steun voor deze visie kan worden gevonden in de jurisprudentie:

HR 08-02-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0731 BNB 2013/93:

Het gaat in deze casus om de oprentingslast uit een contant gemaakte 13.6 schuld. Hof en HR zijn van mening dat de oprentingslast niet aftrekbaar is en onder 13.6 valt.
r.o. 3.3.1.: *Dit geldt ook bijvoorbeeld voor waardeveranderingen die het gevolg zijn van oprenting van de contant gemaakte termijnen en van valutawijzigingen (Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 29).*

Let wel, dit is geen rente op een lening, maar oprenting op contant gemaakte (onzekere) termijnen. Vooralsnog zou dit volgens de KG DVS echter geen verschil moeten uitmaken.

BNB 2018/151:

2.4.4. *Uitgaande van dit oordeel heeft het Hof, gelet op het hiervoor in 2.4.2 overwogene terecht, met een beroep op de strekking van die bepaling geoordeeld dat de vorderingen die uit de schuldkerkenningen voortvloeien, moeten worden aangemerkt als de prijs waarvoor de certificaten zijn vervreemd als bedoeld in de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet, en niet de in de Overeenkomst vermelde koopsommen van € 122.551,16.*

Daaruit volgt dat de lening inclusief rentetermijnen tot de prijs behoort.

HR 25-09-2020, ECLI:NL:HR:2020:1503, BNB 2020/169

In discussie was of rente i.v.m. te late betaling van termijnen onder 13.6 viel. Het antwoord is negatief omdat deze te late betalingen niet als 13.6 rentebetalingen worden gekwalificeerd. Maar in r.o. 2.4.2. zegt de HR wel wat over rentetermijnen in de prijs/tegenprestatie zelf: r.o. 2.4.2. (...) *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.* In de noot verwijst de HR naar BNB 2013/93.

Ook AG Wattel verkondigt in zijn conclusie bij dit arrest in punt 1.11 de mening dat overeengekomen rente over onzekere toekomstige earn-out termijnen onderdeel is van de prijs.

Dit laatste arrest maakt nogmaals duidelijk dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de termijnen zelf en de daarin opgenomen rente (deelnemingssfeer) en de rente die verschuldigd wordt omdat de reeds vervallen termijn te laat wordt betaald (winstsfeer). Hierbij is een verschil met de behandeling van rente in de OZL leer te constateren. Dat is verklaarbaar. Bij een OZL treedt de crediteur als financier op en wordt het risico aanvaard vanwege de gelieerdheid/onzakelijke belangen. Bij een 13-6 vendor loan aanvaardt de verkoper van de deelneming het risico vanuit een ander oogpunt: het verkopen van de deelneming voor een hoge prijs.

6. Bewijslast

De vraag op wie de bewijslast rust voor de toepassing van art. 13.6 is afhankelijk van welke partij de toepasselijkheid hiervan inroept. Heeft een belastingplichtige belang bij het inroepen van 13.6, bijvoorbeeld om waardevermeerdering van of rente op de vordering onbelast te genieten, dan dient de belastingplichtige te bewijzen dat aan de voorwaarden is voldaan. In omgekeerde gevallen (geen aftrek afwaardering vordering of betaling rente) ligt de bewijslast bij de inspecteur.

Degene die zicht beroept op de toepassing van 13.6 op een vendor loan dient derhalve onder andere het volgende te bewijzen:

- Samenhang verkoopopbrengst en vendor loan

Met opmerkingen 10,2,e Is deze passage niet ook een argument voor de objectieve benadering?

Met opmerkingen 10,2,e Dat is voor mij onduidelijk. Alleen een valutarisico is onvoldoende voor 13.6. maar in combinatie met andere onzekerheden, die voor 13.6 kwalificeren, vallen valutaresultaten er wel onder.

- Verbintenisrechtelijke onzekerheid (indien van toepassing).
- Bij exotische voorwaarden of voorwaarden zonder reële onzekerheden dient de partij die de aanwezigheid daarvan stelt deze te bewijzen.
- Materiele onzekerheid aanwezig in de zin van een in wezen winstdelende lening.
- Objectieve prijs.
- Bij situatie 4 (wel voldaan aan ratio 13.6, niet aan de tekst) dient de gerede partij te bewijzen dat sprake is van een schattingsprobleem. Vervolgens is, als de situatie grammaticaal niet onder 13.6 kan worden gebracht, het een rechtsvraag of 13.6 direct vanuit de ratio toepasbaar is of dat de schattingsjurisprudentie nog toepasbaar is.

CONCEPT

Bijlage: Jurisprudentie

Hoge Raad 29 juni 2018, nr. 17/03220, BNB 2018/151:

Deze casus betrof de verkoop van een deelneming, waarbij de koopsom werd voldaan uit een door de verkopers verstrekte lening. De HR heeft in ro 2.4.2. en 2.4.3. bepaald dat het begrip "prijs" in 13.6 moet worden opgevat als hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt. Normaal gesproken is dat de koopsom in geld. In dit geval is de koopsom voldaan uit een lening verstrekt door verkopers. Het Hof had bepaald dat er een onverbreekelijke samenhang bestond tussen de koopsom voor de deelneming en de verkregen lening. De lening was dus de prijs en daarmee de opbrengst van de deelneming, en niet de overeengekomen koopsom. Het aantal en/of omvang van de aflossingen op deze lening stond niet vast, en daarmee werd het een earn-out lening. Tussen verkopers(schuldeisers) en kopers(schuldenaren) is namelijk contractueel overeengekomen dat, indien de door de verkochte deelneming uit te keren dividenden niet toereikend zullen zijn om de leningen volledig af te lossen binnen een bepaalde termijn, de resterende saldi van de leningen en de niet voldane rente worden kwijtscholden.⁹ Gezien die onzekerheid over de totale omvang van de tegenprestatie valt de lening onder 13.6 Wet Vpb en daarmee vallen waardeveranderingen onder de deelnemingsvrijstelling.

Gedeeltelijke tekst Hoge Raad 29 juni 2018, nr. 17/03220.

Het Gerechtshof oordeelde als volgt:

4.7.

Belanghebbende betoogt dat de in artikel 13, lid 6, van de Wet opgenomen regeling niet van toepassing kan zijn omdat de koopsom voor de vervreemding van de certificaten bij levering is voldaan en de overeenkomst van schuldigerkenning volledig los van de verkoop staat. Dit standpunt komt erop neer dat de civielrechtelijke kwalificatie van de verrichte rechtshandelingen beslissend is. Het Hof verwerpt dit standpunt. Uit de jurisprudentie volgt dat onder omstandigheden voor de belastingheffing kan worden afgeweken van de civielrechtelijke kwalificatie. Voor een dergelijke zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie, met als consequentie daarvan andere fiscale gevolgen dan de contracterende partijen op grond van de gekozen civielrechtelijke vorm verwachtten, en daardoor veelal een hogere of lagere belastingheffing, kan plaats zijn indien de aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet. Voor een zodanige kwalificatie is niet noodzakelijk dat de betrokken belastingplichtige partij is geweest bij of anderszins heeft deelgenomen aan alle handelingen die tot dat resultaat hebben geleid (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 15 december 1999, nr. 33830, ECLI:NL:HR:1999:AA3862, BNB 2000/126).

4.8.

Naar het oordeel van het Hof bestaat er in het onderhavige geval een onverbreekelijke samenhang tussen de verkoop van de certificaten en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds. Die samenhang blijkt uit de omstandigheid dat de verkoop van de aandelen en de financiering van de koopsom gelijktijdig tussen kopers en verkopers zijn overeengekomen, dat de voorwaarden van de schuldigerkenning zodanig zijn opgesteld dat overname van die certificaten door de twee personeelsleden mogelijk was, dat in de overeenkomst waarin de verkoop van de aandelen is vastgelegd tevens de omzetting van de koopsom in een vordering wegens schuldigerkenning is opgenomen en dat de voorwaarden van die schuldigerkenning eveneens in de koopovereenkomst zijn opgenomen. Het risico op niet-betaling van de koopsom is weliswaar door de kwijting in

⁹ Zie bijlage

formele zin tenietgegaan, maar is door de schuldigerkenning in materiële zin in stand gebleven. Dat, zoals belanghebbende heeft gesteld, kopers en verkopers in de akte van levering ter voorkoming van een beroep op ontbinding wegens wanprestatie (6:265 BW) hebben laten opnemen dat de koopsom is voldaan, doet hier niet aan af. Uit hetgeen tussen kopers en verkopers is overeengekomen vloeit naar het oordeel van het Hof voort dat tussen de ter zake van de verkoop van de certificaten bedongen koopsom, de kwijting daarvan en de schuldigerkenning een zodanige samenhang bestaat dat zij in economische zin als één geheel moeten worden beschouwd en dat, gelet op de uit de wetshistorie blijken de ruime strekking van de earn-outregeling, de rechten die voortvloeien uit de vordering wegens schuldigerkenning voor de toepassing van die regeling moeten worden aangemerkt als de prijs waarvoor de certificaten zijn vervreemd als bedoeld in de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet.

4.9.

Uit de voorwaarden die in de overeenkomst van 29 mei 2008 met betrekking tot de schuldigerkenning zijn opgenomen vloeit voort dat de kopers in beginsel een bedrag van € 122.551,16 per pakket certificaten aan belanghebbende (en haar mede-aandeelhouders) zijn verschuldigd, waarbij een rente van vijf percent per jaar in aanmerking wordt genomen. Daarnaast is bepaald dat de kopers verplicht zijn de door hen van [C] BV te ontvangen dividenden volledig aan te wenden voor betaling van rente en aflossing. Die aflossings- en rentebetelingsverplichtingen zijn echter beperkt tot maximaal het bedrag dat uit de jaarlijkse dividenduitkeringen door [C] BV kan worden voldaan. De schuldenaren hebben geen andere aflossings- en rentebetelingsverplichtingen. Indien de dividenduitkeringen door [C] BV ultimo 2016 niet voldoende zijn om aan deze verplichtingen te voldoen, volgt uit de overeenkomst dat het restant van de schuld, met inbegrip van nog niet voldane rente, wordt kwijtgescholden.

4.10.

Deze voorwaarden leiden er naar het oordeel van het Hof toe dat belanghebbende in het jaar 2008 haar certificaten heeft vervreemd tegen een prijs die geheel bestaat uit een recht op een of meer in de jaren 2008 tot en met 2016 uit te keren termijnen waarvan het aantal of de omvang in 2008 nog niet vaststonden als bedoeld in de eerste volzin van het zesde lid van artikel 13 van de Wet (earn-outvordering). Het aantal termijnen stond in het jaar 2008 nog niet vast. Dit aantal bedroeg maximaal negen, maar kon ook minder zijn omdat betaling van een termijn afhankelijk was van de vraag of [C] BV (vanaf 2011 [G] BV), gelet op de vastgelegde vereiste solvabiliteit, in staat zou zijn dividend uit te keren. Ook de hoogte van de termijnen stond in het jaar 2008 nog niet vast omdat iedere termijn afhankelijk was van de (onzekere) hoogte van een uitkering van dividend door [C] BV. De omstandigheid dat het totaalbedrag was gemaximeerd tot € 122.551,16 verhoogd met rente, doet aan de toepasselijkheid van voornoemd artikel niet af (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013, nr. 12/03657, [ECLI:NL:HR:2013:BZ0731](#), waarin werd geoordeeld dat een overeengekomen minimumbetaling niet aan de toepassing van artikel 13, lid 6, van de Wet in de weg staat).

De Hoge Raad oordeelde als volgt:

2.3.

Het Hof heeft die vraag ontkennend beantwoord, en daartoe overwogen dat de afwaardering wordt verhinderd door de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst sinds 1 januari 2007; hierna: de Wet). Het Hof heeft daartoe geoordeeld dat uit hetgeen is overeengekomen voortvloeit dat tussen de ter zake van de verkoop van de certificaten bedongen koopsom, de kwijting daarvan en de vordering uit de schuldigerkenning een zodanige samenhang bestaat, dat zij in economische zin als één geheel moeten worden beschouwd. Op grond daarvan heeft het Hof vervolgens geoordeeld dat, gelet op de uit de wetshistorie blijken de ruime strekking van de zogenoemde earn-outregeling, de rechten die voortvloeien uit de vordering wegens

schuldigerkenning voor de toepassing van die regeling op basis van een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie moeten worden aangemerkt als de prijs, als bedoeld in de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet, waarvoor de certificaten zijn vervreemd.

2.4.1.

Indien een (gedeelte van een) deelneming is vervreemd of verkregen tegen een prijs die 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 volgens artikel 13, lid 6, eerste volzin, van de Wet 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 geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling wijst uit dat de wetgever met de regeling heeft beoogd de waardeontwikkeling van het als tegenprestatie verkregen recht onder de deelnemingsvrijstelling te brengen teneinde te voorkomen dat koper en verkoper bij de waardering van dat recht van een verschillende schatting uitgaan, met langdurige discussies met de inspecteur tot gevolg (Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 3, blz. 12).

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. 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.

2.4.3.

In het oordeel van het Hof dat een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de verkoop van de certificaten en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds, ligt besloten dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie heeft verkregen, die laatstgenoemde vordering behelst. Dit oordeel van het Hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige kan dit oordeel van het Hof, als verweven met waarderingsgeschillen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het is toereikend gemotiveerd. De klachten falen daarom voor zover zij zich richten tegen dit oordeel.

2.4.4.

Uitgaande van dit oordeel heeft het Hof, gelet op het hiervoor in 2.4.2 overwogene terecht, met een beroep op de strekking van die bepaling geoordeeld dat de vorderingen die uit de schuldigerkenningen voortvloeien, moeten worden aangemerkt als de prijs waarvoor de certificaten zijn vervreemd als bedoeld in de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet, en niet de in de Overeenkomst vermelde koopsommen van € 122.551,16. Daarom falen de klachten eveneens voor zover deze zich richten tegen dat oordeel, wat er zij van de daartoe voor het overige door het Hof gebezigde gronden.

Commentaar bij Hoge Raad 29 juni 2018, nr. 17/03220:

NTFR 27/1534:

Uit de parlementaire geschiedenis bij deze earn-outregeling volgt dat met de regeling een ruime werking is beoogd. (...) Om waarderingsverschillen tussen koper en verkoper én discussies met de inspecteur te voorkomen heeft de wetgever gekozen voor de earn-outregeling in huidige vorm met, naar nu blijkt – niet alleen op basis van de letterlijke

tekst van de wet maar tevens op basis van de doel en strekking daarvan – een ruime werking.

FED 2018/145:

Resteert de vraag onder welke voorwaarden een schuldig gebleven koopprijs (een zgn. vendor loan) onder art. 13 lid 6 VPB 1969 kan vallen. Een vordering kent inherent een debiteurrisico, zodat theoretisch altijd een onzekerheid bestaat over het aantal of de omvang van de te ontvangen termijnen. Betoogd zou kunnen worden dat iedere vendor loan onder art. 13 lid 6 VPB 1969 valt. Dat gaat er bij mij evenwel niet in. Mijns inziens moet de onzekerheid over omvang of aantal van de termijnen in beginsel blijken uit de contractuele leningsvoorwaarden. Is sprake van een rechttoe-rechtaan lening (bijvoorbeeld vaste looptijd, niet-winstafhankelijke rente en geen kwijtschelding) dan valt zij niet onder de wettelijke earn out-regeling. Daarbij kan ik mij voorstellen dat een uitzondering wordt gemaakt voor de situatie waarbij de contractuele leningsvoorwaarden niet tot onzekerheid over omvang of aantal van de termijnen leidt, maar dat deze onzekerheid evenwel materieel aanwezig is én bij verkoper bekend is.

BNB 2018/151:

De wetgever heeft aan de earn-outregeling een zeer ruime strekking willen toekennen. De earn-outregeling is niet beperkt tot de gevallen waarin deelnemingen worden vervreemd tegen winst- of omzetafhankelijke vergoedingen. (...) Ten tijde van de vervreemding stond niet vast welke tegenprestatie belanghebbende precies zou ontvangen, aangezien deze afhankelijk was van de door de deelneming in de toekomst uit te keren maar qua omvang onzekere dividenden. Tegen die achtergrond hoeft het dan ook geen verbazing te wekken dat de Hoge Raad het niet nodig heeft geoordeeld aan de maximering aandacht te besteden. Het belang van het arrest zit in de duiding van de term 'prijs'. Indien 2.4.2 en 2.4.3 worden gecombineerd met het gegeven dat noch het aantal termijnen noch de totale omvang van die termijnen in het jaar van de vervreemding vaststond, lijkt rechtstreeks uit de wettekst voort te vloeien dat de betrokken partijen in feite een earn-out overeenkomst hebben gesloten.

V-N 2018/35.12:

In navolging van de wetgever lijkt de Hoge Raad namelijk niet relevant te achten waarvan de waardeontwikkeling van de tegenprestatie afhankelijk is.

In dit geval is de waardeontwikkeling van de vordering – de prijs respectievelijk de tegenprestatie – materieel gezien afhankelijk van de resultaten van de verkochte deelneming. Naar onze mening blijkt uit het arrest niet dat de Hoge Raad voor zijn oordeel relevant heeft geacht dat de waardeontwikkeling van de vordering respectievelijk tegenprestatie materieel gezien afhankelijk is van de resultaten van de verkochte deelneming. Het is naar onze mening daarom nog de vraag of de Hoge Raad tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen als de waardeontwikkeling van de vordering uitsluitend afhankelijk zou zijn geweest van de solvabiliteit van de koper/schuldenaar.

Rechtbank Gelderland 9 september 2014, nr. 12/5922:

Het betrof de verkoop van een deelneming tegen een koopsom in vreemde valuta.

"Verder volgt de rechtbank de stelling van eiseres dat uit de wetsgeschiedenis en uit het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013, nr. 12/03657, ECLI:NL:HR:2013:BZ0731, BNB 2013/93, kan worden afgeleid dat ook het onderhavige valutaresultaat onder de reikwijdte van artikel 13, lid 6, van de Wet Vpb 1969 behoort te vallen, niet. De rechtbank interpreteert bedoelde wetsgeschiedenis en dit arrest aldus dat in basis eerst sprake dient te zijn van 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 de daarmee samenhangende rentes en/of valutaresultaten onder het bereik van de earn-outregeling kunnen worden gebracht. Een ruimere interpretatie doet naar het oordeel van de rechtbank afbreuk aan doel en strekking van de regeling".

Hieruit volgt de conclusie dat ook het betalen van meer of minder rente, bijvoorbeeld als gevolg van eerder of later terugbetalen van de hoofdsom, volgens deze Rechtbank niet tot gevolg heeft dat de vordering onder art. 13 lid 6 Wet Vpb valt.

Commentaar bij Rechtbank Gelderland 9 september 2014, nr. 12/5922:

NTFR 2014/2578:

De vrijstelling kan slechts van toepassing zijn als de onderliggende voorwaardelijke vordering het wettelijke karakter heeft van een earn-outrecht. Welnu, van een schuldig gebleven koopsom die luidt in een vreemde valuta zou kunnen worden betoogd dat de omvang ervan, gemeten in euro's, nog niet vaststaat. Daarmee zou deze onder de ruim geformuleerde letterlijke wettelijke definitie vallen. Niekel wees reeds op deze mogelijkheid in zijn artikel 'Enkele onzekerheden rond de wettelijke earn-outregeling', WFR 2003/706. Rechtbank Gelderland wil hier niets van weten en heeft in deze zaak dan ook moeten teruggrijpen naar het doel en de strekking van art. 13, lid 6, Wet VPB 1969 om te oordelen dat een valutaresultaat op een uitgestelde betaling niet onder de werking van deze bepaling valt (r.o. 4.1.5).

Overige literatuur:

Freudenthal, WFR 2000/1650:

De beperking van de werking van art. 20h, vierde lid, tot die soorten "afhankelijkheid" blijkt echter niet uit de letterlijke wettekst, en mijns inziens is daarvan ook geen sprake. Weliswaar worden in de parlementaire behandeling deze twee gevallen genoemd, maar ook andere bases zijn mijns inziens denkbaar (maximum personeelsverloop, een minimale toename van het aantal klanten, of het verlenen van een bouwvergunning).

Niekel, WFR 2003/706:

Ik onderschrijf derhalve de mening van Freudenthal dat de earn-outregeling niet is beperkt tot omzet- of winstrechten, maar dat afhankelijkheid van enige onzekere factor voldoende is. In het bijzonder kan niet worden gezegd dat de onzekerheid van dien aard zou moeten zijn dat de verkoper nog een bepaald economisch belang bij de vennootschap blijft behouden. Helaas moet worden geconstateerd dat de wetsgeschiedenis rond de earn-outregeling in de inkomstenbelasting overigens geen verdere helderheid verschaft omtrent de interpretatie van de earn-outregeling in de vennootschapsbelasting.

(...)

Een vaste koopsom betaalbaar op een vaste termijn behelst geen risico op waarderingsdiscussies tussen fiscus en belastingplichtige. De wetgever heeft dergelijke situaties daarom bewust buiten de earn-outregeling gelaten. Aldus kan de aangroei van contante naar nominale waarde van vaste, toekomstige termijnen niet delen in de deelnemingsvrijstelling en wordt deze naar tijdsgelang in de belastingheffing betrokken.

(...)

6.1. Omvang of waarde

Het is denkbaar dat een deelneming wordt verkocht tegen een uitgestelde betaling in natura. Omdat de term "prijs" mijns inziens ruim moet worden opgevat (zie onderdeel 3), kan in dergelijke gevallen de earn-outregeling in beeld komen.

Voorbeeld 1: stel dat een deelneming wordt verkocht tegen 100 000 vaten olie, te leveren over zes maanden. Ik vermoed dat slechts weinigen een dergelijke transactie in verband zullen brengen met de earn-outregeling. Op het eerste gezicht ligt dit ook voor de hand: objectief gezien staan zowel het aantal termijnen als de omvang van de koopsom vast: 100 000 vaten olie is 100 000 vaten olie. Niettemin mag duidelijk zijn dat voor zowel koper als verkoper de waarde van de verplichting respectievelijk vordering niet vaststaat. De uiteindelijke verkoopopbrengst van de deelneming is immers afhankelijk van de olieprijs over zes maanden.

Voorbeeld 2. Stel dat een deelneming wordt verkocht tegen x vaten olie, te leveren over zes maanden, waarbij x wordt berekend als € 2 miljoen gedeeld door de prijs per vat olie over zes maanden. In dit voorbeeld staat de omvang van de koopprijs objectief gezien niet vast. Afhankelijk van de ontwikkeling van de olieprijs kan het aantal te leveren olievaten uiteindelijk meer of minder dan 100 000 bedragen. De waarde van de verplichting/vordering staat echter wel vast: € 2 miljoen, zodat subjectief gezien geen onzekerheid bestaat en er derhalve ook geen aanleiding bestaat de earn-outregeling toe te passen.

Voor de vraag of de earn-outregeling in deze situaties toepassing kan vinden, is beslissend of een subjectieve, danwel objectieve toets moet worden aangelegd bij de beoordeling van het al dan niet vaststaan van de omvang van de termijnen. Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat de wetgever met de invoering van de earn-outregeling waarderingsdiscrepancies tussen koper en verkoper heeft willen voorkomen. Dit wijst in de richting van een subjectieve benadering. Daar staat tegenover dat de wetgever voor de uiteindelijke wettelijke tekst blijkbaar de voorkeur heeft gegeven aan de term "omvang" in plaats van "waarde", hetgeen duidt op een meer objectieve benadering. Vooralsnog volsta ik hier met het signaleren van deze kwestie.

Van de Streek, Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.4.E.16.V:

Het is opvallend te moeten constateren dat de aard van de nabetalingen niet relevant is voor de toepassing van art. 13 lid 6. Normaal gesproken zullen de nabetalingen bijvoorbeeld afhankelijk zijn van de resultaten van de onderneming van de deelneming. Het is echter ook denkbaar dat verkoper en koper afspreken dat de nabetalingen afhankelijk zullen zijn van ontwikkelingen die in het geheel niets met de deelneming of diens onderneming te maken hebben. Om een extreem voorbeeld te geven, verkoper en koper zouden kunnen afspreken dat de nabetalingen afhankelijk zijn van de gemiddelde temperatuur in De Bilt in het jaar volgende op de verkoop van de deelneming. Naar de letter van de wet, zullen de nabetalingen / ontvangsten dan onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling vallen.

Artikelsgewijs commentaar NDFR:

7.2.1.1.2. Waardeveranderingen als gevolg van de solvabiliteit van de koper

De waarde van een earn-out kan ook veranderen als gevolg van de (verminderde) kredietwaardigheid van de koper ontstaan door ontwikkelingen na de verkoop. art. 13, lid 6, eerste volzin, lijkt dergelijke waardeveranderingen (bijvoorbeeld afwaarderingsverliezen) als gevolg van de financiële positie van koper niet te bestrijken. Immers, de nominale waarde van het recht en de corresponderende verplichting wijzigen niet als gevolg van de (in)solvabiliteit van de koper. Dit is in lijn met de ratio achter de regeling: het voorkomen dat verliezen ten laste van de winst worden gebracht die eigenlijk onder de deelnemingsvrijstelling zouden moeten vallen omdat zij worden gezien als onderdeel van de prijs waartegen de deelneming uiteindelijk is vervreemd. Tevens kan een parallel worden getrokken met een deelneming die tegen een vaste prijs is verkocht

en waarvoor de koopprijs geheel of gedeeltelijk schuldig is gebleven. Een verlies op de ontstane vordering in verband met de (in)solvabiliteit van de koper valt evenmin onder de deelnemingsvrijstelling.

CONCEPT

Buiten reikwijdte verzoek

Informatie

Aankoop van aandelen

Schoon BV heeft op 31 mei 2014 van Beheer BV alle aandelen in Kraakhelder BV gekocht.

Schoon BV en Beheer BV zijn een prijs overeengekomen die bestaat uit een basisdeel en een resultaatafhankelijk deel, met voor de gehele koopprijs een bepaald minimum- en maximumbedrag. De minimumkoopprijs kan naar beneden worden bijgesteld indien het nettoresultaat in 2014 negatief is. Het resultaatafhankelijke deel van de koopprijs is gerelateerd aan het cumulatieve resultaat van Kraakhelder BV over de jaren 2015 tot en met 2020.

Daarnaast is de koopprijs afhankelijk van het al dan niet bij Kraakhelder BV in dienstbetrekking werkzaam zijn van de heer De Vries. De heer De Vries vervulde belangrijke acquisitiefunctie in het bedrijf.

Slecht resultaat

Door een slecht resultaat van Kraakhelder BV in 2014 is het basisdeel van de koopprijs verminderd en vervolgens is eveneens de minimumkoopprijs aangepast.

Schoon BV heeft Kraakhelder BV voor het jaar 2014 geactiveerd voor de som van 1) het basisdeel

van de (bijgestelde) koopprijs en 2) de contante waarde van de toekomstige nabetalingsverplichtingen. Schoon BV heeft ook deze contante waarde van de toekomstige nabetalingsverplichtingen als nabetalingsverplichting op haar balans opgenomen.

Bij de berekening van de nabetalingsverplichting is Schoon BV uitgegaan van 1) de bijgestelde minimumkoopprijs, 2) een geschat verloop van de jaarlijkse betalingen en 3) een rekenrente van 5%. Aan het einde van 2014 heeft Schoon BV haar nabetalingsverplichting verhoogd met een oprentingslast.

Vraag 11

Waar of niet waar?

Bij Schoon BV is de verhoging van de nabetalingsverplichting met de oprentingslast niet aftrekbaar.

Kies het juiste antwoord uit de volgende mogelijkheden



Waar



Niet waar

Feedback

Het juiste antwoord is waar .

Voor verkopen van deelnemingen met een earn-outregeling is de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing op deze earn-outregeling. Artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 zorgt er namelijk voor dat de waardeontwikkeling van het als tegenprestatie verkregen recht onder de deelnemingsvrijstelling wordt gebracht.

Het basisdeel van de koopprijs van Kraakhelder BV is afhankelijk van het resultaat van de deelneming over 2014. Er is dan geen sprake van een vaste minimumkoopprijs. Ook voor het gehele resultaatafhankelijke deel van de koopprijs bestaat onzekerheid met betrekking tot aantal en omvang van de termijnen. Omdat sprake is van een earn-outregeling, blijven alle wijzigingen in de omvang van de nabetalingsverplichting van Schoon BV bij het bepalen van de winst buiten aanmerking. Dit geldt ook voor de wijzigingen van de omvang van de nabetalingsverplichting die voortvloeien uit een eventuele oprenting daarvan (zie BNB 2013/93).

Buiten reikwijdte verzoek



Deelnemingsvrijstelling

Earn-outregeling

BelastingdienstAcademie
Laat leren voor je werken



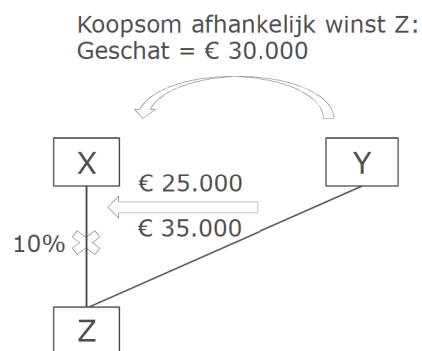
Artikel 13, lid 6 Wet Vpb 1969: Earn-out

- › *'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



Uit hoofde van de deelneming?



HR 29 juni 2018 (BNB 2018/151)

- › Verwijzing naar wetsgeschiedenis: voorkomen verschillende schattingen bij koper en verkoper
- › De 'prijs' is hetgeen als tegenprestatie heeft te gelden
- › Als er een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de transactie, de koopsom en de daaruit voortvloeiende vordering/schuld, dan is de tegenprestatie deze vordering/schuld
- › Als de vordering/schuld daarbij onzekerheden bevat in aantal of omvang, dan valt deze vordering/schuld (ook) onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969





BNB 2018/151 en hoe nu verder?

› Hoe ver gaat BNB 2018/151?

- Altijd samenhang indien sprake is van een vendor loan?
- Of: slechts samenhang bij een vendor loan met bijzondere verbintenisrechtelijke bepalingen?
 - Bijvoorbeeld een kwijtschelding onder voorwaarden?
- Of: zelfs samenhang bij bijzondere goederenrechtelijke omstandigheden?
 - Stel de vendor loan wordt aangegaan met een kale houdstervernootschap (nauwelijks eigen vermogen) en slechts één asset: de gekochte deelneming.
- **Casus melden bij de kennisgroep**





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.

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

