

Aan: 5.1.2e
Van: Kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen VPB
Betreft: Verliesverdamping
Datum: 24 september 2019

1. VRAAG

Valt de sale en leaseback constructie onder de goedkeuring van de staatssecretaris in het besluit van 16 juli 2014, nr. BLKB2014/362M nu er tevens sprake is van een (onzakelijke) garantstelling?

2. ANTWOORD

Ja de sale- en leaseback constructie behoort tot de mogelijkheden om verliesverdamping tegen te gaan, mits:

- a. De transacties ook in derdenverhoudingen zouden kunnen voorkomen (het moet dus gaan om reële transacties); en
- b. De overdracht plaatsvindt tegen een waarde die ook in derdenverhoudingen zou zijn overeengekomen.

Of er sprake is van een zakelijke prijs is ter beoordeling aan de competente inspecteur. In casu zijn wij het met de inspecteur eens dat de prijs niet zakelijk is, nu een derde de garantstelling niet zonder meer zal accepteren.

De staatssecretaris heeft aangegeven dat de Belastingdienst zich redelijk en constructief zal opstellen bij dergelijke constructies. In dat kader lijkt het ons passend dat de inspecteur de glijclausule toestaat.

3. TOELICHTING

a. FEITEN

- X Beheer BV heeft compensabele verliezen.
- De enig aandeelhouder van X Beheer BV is X Holding BV;
- X Holding BV heeft een geldlening verstrekt en daarbij een pandrecht gevestigd op o.a. de bij X Beheer BV in het bezit zijnde 67 Awr;
- X Beheer BV richt een nieuwe vennootschap op, X 67 Awr BV;
- Om verliesverdamping te voorkomen draagt X Beheer BV haar 67 Awr over aan X 67 Awr BV en leaset die vervolgens terug. X Beheer BV beroept zich op de sale lease back constructie omschreven in het besluit van 16 juli 2014, nr. BLKB2014/362M.
- In de koopovereenkomst is onder paragraaf 4.3 een garantstelling opgenomen waarbij X 67 Awr BV volledig garant staat voor de schulden van X Beheer BV.

De vraag ligt voor of deze sale en leaseback constructie ter voorkoming van verliesverdamping kan worden geaccepteerd.

b. BESCHOUWING

In casu is sprake van de overdracht van activa binnen het concern gericht op verliesverdamping. Een dergelijke constructie wordt door de belastingdienst geaccepteerd indien:

- a. De transacties ook in derdenverhoudingen zouden kunnen voorkomen (het moet dus gaan om reële transacties); en

- b. De overdracht plaatsvindt tegen een waarde die ook in derdenverhoudingen zou zijn overeengekomen.

De overdracht van de [67 Awr] door X Beheer BV aan X [67 Awr] BV, gevolgd door terughuur, is een mogelijkheid die de Staatssecretaris in het besluit van 16 juli 2014, nr. BLKB2014/362M. heeft benoemd:

Er zijn ook belastingplichtigen die op andere wijze beogen het verdampen van verliezen te voorkomen. Gedacht kan worden aan het realiseren van stille reserves door middel van een verkoop van een bedrijfsmiddel met stille reserves aan een ongelieerde partij. Binnen het kader van wet en jurisprudentie en de toezegging van de redelijke en constructieve opstelling past ook nog de realisatie door verkoop van een dergelijk bedrijfsmiddel aan een (nieuw opgerichte) gelieerde partij (bijvoorbeeld een dochtervennootschap) of door een ruisende juridische afsplitsing. Dit geldt ook wanneer die verkoop of afsplitsing wordt gevolgd door terughuur van het desbetreffende bedrijfsmiddel (sale lease back). De overdracht en de huur moeten dan wel tegen voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

De belastingplichtige mag binnen de kaders van wet en jurisprudentie (en in concernverband) een afrekenmoment inbouwen. Daarbij moeten overdrachtprijs en eventuele latere gebruiksvergoeding uiteraard op zakelijke basis worden bepaald. De Belastingdienst zal zich daarbij redelijk en constructief opstellen. Dat houdt in dat bij reële transacties en tegen reële waarden de Belastingdienst een positieve grondhouding heeft (en voor zover het gaat om eigen verliezen). Wel moet het gaan om transacties met realiteitsgehalte. Ook juridisch moet een en ander in orde zijn. Aan kunstmatige structuren zonder realiteitsgehalte behoeft niet te worden meegewerkt".

Kortom: deze belastingplichtige mag - voor zover hij over stille reserves beschikt - zichzelf helpen door een afrekenmoment in te bouwen. Maar dan geldt wel dat zowel de overnameprijs als de huurprijs zakelijk moet zijn bepaald. De beoordeling hiervan ligt bij de competente inspecteur.

In casu is de kennisgroep met de inspecteur van mening dat een onafhankelijke koper niet zo maar zo'n garantstelling zou accepteren. Een dergelijke garantstelling heeft zeker een waardedrukkend effect. Wanneer er met een dergelijke garantstelling wordt verkocht, zal de koper een lagere prijs bedingen.

In casu is tevens een glijclausule opgenomen. Of en in hoeverre meegegaan kan worden met de glijclausule is ter beoordeling aan de competente inspecteur.

De staatssecretaris heeft desgevraagd opgemerkt (zie o.a. aant. 5.1 op art. 20 VPB in De Vakstudie):

Als de belastingplichtige verliesverdamping tracht te voorkomen binnen de kaders van wet en jurisprudentie, heb ik daar geen enkel bezwaar tegen. De Belastingdienst zal zich daarbij redelijk en constructief, om de woorden van de heer Essers maar weer eens te gebruiken, opstellen. Ik ga er daarbij van uit dat het gaat om eigen verlies van de onderneming en niet om gekochte verliezen.

In deze passage kan een aanknopingspunt worden gevonden voor een soepele benadering van de problematiek met betrekking tot de glijclausule. Als - in overleg met belastingplichtige - de overdrachtprijs wordt aangepast, lijkt het passend bij een redelijke en constructieve opstelling akkoord te gaan met toepassing van de glijclausule. Het gaat ons inziens te ver om - tenzij belastingplichtige niet bereid is tot aanpassing van de overdrachtprijs - de gehele verliesverjongingsconstructie af te wijzen.