



HOOFDELIJK AANSPRAKELIJK TON OOSTENRIJK

Tijden veranderen, de ene keer wat sneller dan de andere. Nu alweer 'volop' de eerste tekenen van herstel: beurzen vliegen omhoog, diverse organisaties en instellingen geven voorzichtig positieve geluiden af en de media zijn in het algemeen ook positiever. Voor zover er geen anticiperende taxplanning aan vooraf gaat hobbelt de fiscaliteit er een beetje achteraan, in ieder geval voor wat betreft het aangiftraject en de aanslagregeling. Maar ook worden de negatieve effecten van in de hoogtijdagen aangegane verplichtingen e.d. duidelijk, of anders gezegd, blijken wranger te zijn dan deze werden ingeschat dan op moment van aangaan daarvan. Aan de fiscalist wordt dan de vraag voorgelegd wat de fiscale gevolgen zijn of populistisch gezegd: kunnen we er fiscaal nog iets mee? Soms wel, soms niet. Mede afhankelijk van de vormgeving (en soms realiteitskarakter) van de aangegane verplichtingen. En soms had een stukje voorafgaand advies geholpen.

Maar daar ga ik het nu niet over hebben, dat klinkt namelijk een beetje als preken voor eigen parochie. Een van de aspecten is de volgende. De directeur-groootaandeelhouder (DGA) wordt privé aangesproken voor de verplichtingen (leningen) van zijn vennootschap jegens financiers waartoe de DGA zich hoofdelijk heeft verbonden. De destijds door de vennootschap gedane investeringen zijn helaas mislukt. De DGA besluit aan de 'wensen' van deze financiers tegemoet te komen en betaalt aan de financier de onder de leningsovereenkomst/borgstelling verschuldigde bedragen. De fiscale vraag die hier speelt is of de DGA een verlies kan claimen in zijn inkomstenbelastingaangifte (box 1, progressief tarief, max 52%) als gevolg van het niet waardevol zijn van de regresvordering die de DGA als gevolg van de betaling aan de financier op zijn vennootschap verkrijgt. Voor aanmerkelijk belanghouders (zoals de DGA) geldt dat garant staan (borgstelling) voor de vennootschap onder de zogenoemde terbeschikkingstelling (TBS) valt. De - zakelijke - (hoofdelijkheids)-vergoeding daarvoor is aftrekbaar bij de BV en belast bij de DGA (in box 1 en indien er geen/te lage vergoeding is overeengekomen volgt een fiscale correctie, vanwege het van toepassing zijn van het 'winstregime').

Daar gingen in de goede tijden altijd de vragen over (gelet op tariefsverschil tussen de vennootschaps- en inkomstenbelasting was de wens toch om de vergoeding zo laag mogelijk te houden). De vraag is nu, een ander fiscaal verlies of niet? De regresvordering op de vennootschap kan in box 1 te boek worden gesteld voor het bedrag dat aan de financier daadwerkelijk wordt betaald. Indien en voor zover de vennootschap niet in staat is door oninbaarheid/faillissement haar schuld te betalen. Ik maak hierbij overigens wel al meteen een fiscale stap. Ik ga er namelijk al vanuit dat de garant-/borgstelling zakelijk is en niet is ingegeven door aandeelhoudersmotieven (geen onzakelijke borgstelling). Van belang daarbij is dat vast komt te staan dat de borgstelling geen schijnhandeling was/is en tevens niet is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat het reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat aan een regresvordering geen enkele waarde toekomt (de bodemlozeputborgstelling).

Daarnaast is nog van belang vast te stellen dat indien de borgstelling is ontstaan vanuit een aandeelhoudersrelatie, en vereist werd door de financier, een willekeurige derde dit risico ook had willen lopen (is dit niet het geval dan is sprake van borgstellingsvergoeding die fiscaal een dividenduitkering door de vennootschap aan de DGA is en alsdan het verlies op de regresvordering niet aftrekbaar is). Met andere woorden, was de vennootschap op het moment van de borgstelling, naar verwachting, in staat zelf de leningen terug te betalen aan de financier? Later optredende, onverwachte, omstandigheden moeten er de aanleiding van zijn dat niet aan verplichtingen onder de leningsovereenkomst kan worden voldaan. Ik teken hierbij overigens wel aan dat een lagere rechter (rechtbank Breda) kortgeleden van mening was dat het onderscheid tussen zakelijk of onzakelijk niet tot een verschil in aftrekbaarheid van het verlies bij de DGA leidt. Kort en goed, soms is er ook zonder expliciete stimuleringsmaatregelen een bijdrage van de fiscus mogelijk.

Ton Oostenrijk MRE is belastingadviseur bij Rechtstaete