

2010/00942
Hof Amsterdam

Bel alg en IB 2001
4.34 en 4.46

Redelijke wetstoepassing leidde tot aftrek als verlies uit aanmerkelijk belang

Intrekking cassatieberoep staatssecretaris van 9 oktober 2012 nr. DGB 2012-5108 in lopende procedure Hoge Raad nr. 2012/04107 n.a.v. uitspraak Hof Amsterdam van 12 juli 2012 nr. 2010/00942, jaar 2004

B was bestuurder en enig aandeelhouder van X bv, die op haar beurt bestuurder en enig aandeelhouder was van Y bv en Z bv. B heeft zich eind 2001 persoonlijk borg gesteld voor de bankschulden van die bv's. Nadat de bv's failliet waren verklaard, werd op 30 november 2004 het faillissement opgeheven wegens de toestand van de boedel.

Op 18 juni 2004 heeft de bank B op grond van de borgstellingsovereenkomsten aangesproken tot het betalen van € 137 603 t.z.v. een krediet aan Y bv. In de periode september 2004 - november 2005 is door of namens B € 135 465 aan de bank betaald waarvan € 32 377 vóór de ontbinding van Y bv. In een herziene aangifte IB 2004 neemt B een verlies uit werk en woning op ad € 137 603. In bezwaar werd door de inspecteur € 32 377 gehonoreerd.

In geschil is of het niet in aftrek toegelaten bedrag van € 105 226 t.l.v. het inkomen uit werk en woning over 2004 kan worden gebracht.

De rechtbank stelde B in het gelijk waarop de inspecteur in hoger beroep zijn standpunt wijzigt. Voor het hof heeft hij zich primair op het standpunt gesteld dat de borgstelling heeft plaatsgevonden in de kapitaalsfeer, zodat achteraf gezien ook het in de bezwaarfase gehonoreerde bedrag van €32 377 niet t.l.v. het inkomen uit werk en woning had kunnen worden gebracht.

Hof

Volgens het hof maakt de inspecteur aannemelijk dat een onafhankelijke, zakelijk handelende derde op het relevante tijdstip niet tot de borgstellingen zou zijn overgegaan onder de voorwaarden en omstandigheden waaronder B deze hier is aangegaan. B heeft het uit de borgstellingsakten voortvloeiende risico dan ook aanvaard met de bedoeling het belang van zijn vennootschap in zijn hoedanigheid van aandeelhouder te dienen.

Het hof verwerpt B's beroep op onder meer het vertrouwensbeginsel. Wél bestaat bij de vaststelling van het i.c. gerealiseerde verlies uit aanmerkelijk belang (a.b.) aanleiding voor toepassing van het leerstuk van de redelijke wetstoepassing.

Het hof gaat vervolgens in op de consequenties van de onzakelijke borgstelling. En op de gevolgen indien sprake zou zijn geweest van een zakelijke borgstelling. Tevens honoreert het hof het verzoek duidelijkheid te verschaffen over de fiscale gevolgen van eventuele heropening van de vereffening van de bv('s). Dit nu eerst sprake zou kunnen zijn van een informele kapitaalstorting en een daarmee corresponderende verhoging van de a.b.-verrijingsprijs na bedoelde heropening en nadat B is overgegaan tot kwijtschelding van zijn regresvordering op de bv('s).

Aangezien het tijdstip van ontbinding van de vennootschappen het uiterste tijdstip is waarop nog rekening kan worden gehouden met een verlies uit a.b. moet een redelijke wetstoepassing er hier toe leiden dat met overeenkomstige toepassing van de artt. 4.34 en 4.46, lid 6, Wet IB 2001 de verkrijgingsprijs van het a.b van B in (uiteindelijk) Beheer bv wordt verhoogd met de na 30 november 2004 feitelijk verrichte betalingen uit hoofde van de borgstellingen. Niet in geschil is dat deze betalingen in totaal € 103 088 hebben bedragen.

De staatssecretaris heeft laten weten dat hij zijn cassatieberoepschrift heeft ingetrokken. Ter toelichting merkt hij het volgende op.

Belanghebbende heeft in het jaar van geschil aan de bank betalingen uit hoofde van borgstelling gedaan zowel vóór de ontbinding van de vennootschappen waarvoor belanghebbende zich had borggesteld als na de ontbinding van de vennootschappen waarvoor hij zich had borggesteld.

De vóór de ontbinding van de vennootschappen gedane betalingen zijn als box-1 verlies door de inspecteur in aftrek toegelaten. Ik kan mij vinden in het oordeel van het hof om met toepassing van het leerstuk van een redelijke wetstoepassing de na de ontbinding gedane betalingen als verlies uit aanmerkelijk belang in aftrek toe te laten, nu vaststaat dat belanghebbende de bij ontbinding van de vennootschappen resterende schuld aan de bank volledig heeft betaald.

Ik geef er de voorkeur aan het beroep in cassatie niet door te zetten.