

2012/00019  
Hof Arnhem-  
Leeuwarden

IB 2001 3.92  
BW 3:231 en 6:150

### Terbeschikkingstellingsregeling vanaf zekerstelling door digra

*Toelichting staatssecretaris van 12 maart 2013 nr. DGB 2013-801 n.a.v. uitspraak Hof Arnhem-Leeuwarden van 29 januari 2013 nr. 2012/00019*

B is enig aandeelhouder van X Beheer bv, welke vennootschap van 4 mei 1998 t/m 21 april 2009 enig aandeelhouder was van Y bv. Bij notariële akte van 10 april 2002 heeft B een recht van hypotheek verstrekt aan een bank op zijn woning voor een hoofdsom van € 950 000 ter zekerheid van een in 2002 aan de vennootschap verstrekt rekening-courantkrediet. In maart 2008 verkoopt B de woning voor € 3 000 000. Uit de opbrengst betaalt B t.b.v. Y bv € 1 313 900 aan de bank.

Over 2007 geeft B een belastbaar inkomen uit werk en woning aan van negatief € 1 270 270 (verlies). Daarbij heeft hij de uit de betaling aan de bank voortvloeiende vordering op Y bv afgewaardeerd tot nihil, en daarvoor een voorziening gevormd. Het verlies is in aanmerking genomen als resultaat uit overige werkzaamheden. De inspecteur accepteert de voorziening echter niet. De rechtbank stelt de inspecteur in het gelijk en verklaart B's beroep ongegrond.

Voor het hof is in geschil of B t.z.v. de vordering op Y bv al in 2007 t.l.v. het resultaat uit overige werkzaamheden een passiefpost (voorziening) mag vormen ad € 950 000. Volgens B is sprake van een regresvordering uit hoofde van een overeenkomst uit borgtocht. Ter zake van deze vordering kan z.i. ultimo 2007 een voorziening worden gevormd. Echter ook indien zijn schuldvordering niet kan worden geduid als een regresvordering uit hoofde van een overeenkomst uit borgtocht is B van mening dat in 2007 de voorziening kan worden gevormd.

De inspecteur stelt dat B's vordering niet kan worden aangemerkt als een uit een overeenkomst van borgtocht voortvloeiende regresvordering noch van een regresvordering uit hoofde van een door B als hoofdelijk (mede-)schuldenaar aan de bank voldane schuld. In 2008 is pas sprake van een situatie van terbeschikkingstelling. Een voorziening ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden in 2007 is daarom niet aan de orde.

#### *Hof*

Het hof gaat eerst in op de aard van de overeenkomst. Op grond het BW en de inhoud van de notariële akte concludeert het hof dat van een regresvordering van B op Y bv uit hoofde van borgstelling, zoals de inspecteur terecht stelt, geen sprake is. Inzake de vordering van B op Y bv overweegt het hof dat door bedoelde verkoop en betaling, de vordering van de bank op Y bv krachtens art. 6:150, aanhef en onder b, BW voor het bedrag van die betaling, bij wijze van subrogatie over gaat op B. B heeft dan ook na de betaling aan de bank in maart 2008, uit dien hoofde een schuldvordering op Y bv.

Volgens het hof hangt de door B op de voet van art. 6:150 BW verkregen vordering op Y bv rechtstreeks samen met de in de notariële akten van 10 april 2002 en 23 juli 2007 door B aan de bank verstrekte zekerheid en bevoegdheden. Zoals volgt uit het arrest van 9 maart 2012 nr. 2010/03641 behoort deze verplichting daarom volgens art. 3.92, lid 1 Wet IB 2001 tot het werkzaamheidsvermogen en wordt ook de afwikkeling van die verplichting beheerst door de bepalingen van de Wet IB 2001 m.b.t. het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden. Nu de bedoelde verplichting van B uiterlijk ontstaat bij het aangegaan van de genoemde notariële akten, behoort de verplichting in elk geval al vanaf 2002 resp. 2007 tot het werkzaamheidsvermogen van B. Dat de vordering van B op Y bv uit hoofde van art. 6:150 BW pas in 2008 ontstaat, doet – anders dan de inspecteur stelt – aan het voorgaande niet af (vgl. Hoge Raad van 14 september 2012, nr. 2011/02105).

Zoals uit het arrest uit maart 2012 volgt, kan B bij de bepaling van het resultaat uit de werkzaamheid in een jaar voorafgaande aan de betaling t.z.v. een toekomstige uitgave een passiefpost vormen indien die uitgave haar oorsprong vindt in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend. En ter zake waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat zij zich zullen voordoen (vgl. Hoge Raad van 26 augustus 1998, nr. 33 417). Volgens het hof is in 2007 aan de voorwaarden voor de vorming van een voorziening op de werkzaamheidsbalans van B voldaan. B's beroep is gegrond.

*De staatssecretaris heeft laten weten dat hij afziet van cassatieberoep. Ter toelichting merkt hij het volgende op.*

Het hof oordeelt op grond van het arrest HR 9 maart 2012, nr. 10/03641, BNB 2012/188 (LJN: BR6345) en HR 14 september 2012, nr. 11/02105, BNB 2013/12 (LJN: BX7157) dat het tijdstip waarop de vordering ontstaat niet relevant is. Er kan gewoon een voorziening worden gevormd. De Hoge Raad overwoog in het arrest van 14 september 2012:

3.4. Tot cassatie kan dit evenwel niet leiden. Zoals is overwogen in het arrest van de Hoge Raad van 9 maart 2012, nr. 10/03641, LJN BR6345, BNB 2012/188, behoort in een geval als het onderhavige de uit een borgstellingsovereenkomst voortvloeiende verplichting een betaling te doen aan de crediteur van de hoofdschuldenaar ingevolge artikel 3.92, lid 1, Wet IB 2001 tot het werkzaamheidsvermogen en wordt ook de afwikkeling van die verplichting beheerst door de bepalingen van de Wet IB 2001 met betrekking tot het resultaat uit overige werkzaamheden. Immers, de regresvordering vloeit voort uit de betaling die de borg aan de crediteur van de hoofdschuldenaar doet. Hierdoor moet de verplichting van de borg aan die hoofdschuldenaar als ten grondslag liggend aan de regresvordering worden aangemerkt als een rechtstreeks samenhangende schuld in de zin van artikel 3.92, lid 1, van de Wet IB 2001. Aangezien deze verplichting ontstaat door het aangaan van de borgstelling, behoort zij reeds vanaf dat moment tot het werkzaamheidsvermogen. De overeenkomstige toepassing van artikel 3.25 Wet IB 2001 op grond van artikel 3.95 van die wet brengt mee dat bij de bepaling van het resultaat uit de werkzaamheid van een jaar voorafgaande aan de betaling uit hoofde van de borgtocht ter zake van een toekomstige uitgave een passiefpost kan worden gevormd indien die uitgave haar oorsprong vindt in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend, en ter zake waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat zij zich zal voordoen. Aangezien tussen partijen niet in geschil is dat, naar de Hoge Raad verstaat, voor het geval in het onderhavige jaar ter zake van de borgstelling een bedrag ten laste van het inkomen zou kunnen komen, aan het onderhavige jaar een bedrag van €25.000 is toe te rekenen, kan belanghebbende een voorziening vormen in de zojuist bedoelde zin en is de beslissing waartoe het Hof is gekomen, juist.

#### *Beoordeling*

Blijkens art. 3.92, lid 2, Wet IB 2001 wordt onder werkzaamheid in de zin van art. 3.90 van deze wet mede verstaan het hebben van een schuldvordering op een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden.

Een subrogatievordering uit hoofde van een door een aanmerkelijkbelanghouder overeengekomen hypotheekakte tot zekerheid van de financiering van zijn bv is een zodanige schuldvordering. Omdat deze vordering rechtstreeks samenhangt met de verplichting een betaling te doen aan de crediteur van de hoofdschuldenaar, behoort ingevolge art. 3.92, lid 1, Wet IB 2001 deze verplichting tot het werkzaamheidsvermogen en wordt ook de afwikkeling van die verplichting beheerst door de bepalingen van de Wet IB 2001 met betrekking tot het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden. Aangezien deze verplichting ontstaat door het aangaan van de zekerheidsstelling, behoort zij reeds vanaf dat moment tot het werkzaamheidsvermogen.

Op het tijdstip waarop de aanmerkelijkbelanghouder, na door de crediteur te zijn aangesproken voor de voldoening van de vordering die deze op de vennootschap

heeft, uit dien hoofde aan de crediteur een bedrag voldoet, onttrekt de aanmerkelijkbelanghouder dat bedrag aan zijn overige vermogen en verricht hij tot dat bedrag een storting in zijn werkzaamheidsvermogen. Het verschil tussen de betaling aan de crediteur en de waarde van de regresvordering ter zake komt ten laste van het resultaat van de werkzaamheid. De overeenkomstige toepassing van art. 3.25 Wet IB 2001 op grond van art. 3.95 van die wet brengt mee dat bij de bepaling van het resultaat uit de werkzaamheid in een jaar voorafgaande aan de betaling uit hoofde van de borgtocht ter zake van een toekomstige uitgave een passiefpost kan worden gevormd indien die uitgave haar oorsprong vindt in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend, en ter zake waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat zij zich zullen voordoen (vgl. HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, LJN: AA2555, BNB 1998/409).

Gelet hierop heeft het hof op goede gronden kunnen oordelen dat een voorziening gevormd kan worden. Gelet op voorgaande zal ik geen cassatie instellen tegen deze uitspraak.

*Aanvullende opmerking*

Ik merk nog wel op dat in deze zaak door de inspecteur niet de stelling is ingenomen dat de zekerheidsstelling door de DGA slechts is verstrekt in zijn hoedanigheid als aandeelhouder. Zulks is in casu echter zeker verdedigbaar nu bij de bv kennelijk adequate zekerheden ontbraken. Daarmee is verdedigbaar dat geen vergoeding kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde zekerheidsstelling te geven ten behoeve van de bv, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, en moet worden verondersteld dat bij die zekerheidsstelling door de DGA een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Alsdan moet - behoudens bijzondere omstandigheden - ervan worden uitgegaan dat de DGA dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met hem gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de later ontstane geldlening niet op het resultaat van de DGA in mindering kan worden gebracht (vgl. HR 9 mei 2008, nr. 43 849, LJN: BD1108, BNB 2008/191).

Een voorbeeld van een dergelijk aanpak in een zaak met een borgstelling is te vinden in de uitspraak van Rechtbank Oost-Nederland, 5 februari 2013, nr. 12/461, LJN: BZ0214.