

Betaling onzakelijke borgstelling bij reeds geliquideerde vennootschap

Vraag

Kort gezegd gaat het over betalingen [67 Awr] in [67 Awr] en [67 Awr] (nog te betalen) uit hoofde van onzakelijke borgstellingen ter zake van vennootschappen die zijn ontbonden wegens faillissement in [67 Awr]. Voor de samenvatting van de feiten verwijs ik naar de onderste e-mail van 2 augustus. In de overige tussenliggende e-mails is er discussie over de uitwerking van de casus.

Vragen:

1. Is er ter zake van de betalingen uit hoofde van borgstellingen sprake van een (nagekomen) AB-verlies
2. Zo ja, in welk jaar [67 Awr] en voor welk bedrag [67 Awr] of een ander bedrag)

Is er ter zake van de betalingen uit hoofde van borgstellingen sprake van een (nagekomen) AB-verlies.

Antwoord

Ook na een faillissement en ontbinding van de vennootschap kan er sprake zijn van verhoging van de VP (en navenant een AB-verlies) als gevolg van betalingen uit hoofde van een borgtochtverplichting. Uiteraard is het wel zo dat hier pas steeds sprake van kan zijn vanaf het moment dat er ook daadwerkelijk betaald is.

Beschouwing

1.

In het meest recente AB-besluit wordt de leer van de HR bevestigd dat een betaling uit hoofde van een onzakelijke borgstelling moet worden aangemerkt als informeel kapitaal die de VP van de aandelen verhoogt. Het is dus zo dat elke betaling tot een verhoging van de VP leidt, maar dus ook pas op dat moment. In jouw casus dus in [67 Awr] en volgende jaren als ik het goed begrijp.

2.

De vraag is of deze kwalificatie van de betalingen anders wordt indien er geen BV meer is omdat hij is ontbonden of omdat hij is opgeheven bij gebrek aan baten. In mijn ogen niet en het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam van 12 juli 2012, nr. 10/00942 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BX6093) bevestigt dat m.i. ook in de door jullie aangehaalde uitspraak. De betalingen vinden immers nog steeds plaats uit hoofde van de borgstelling die is aangaan op het moment dat er nog wel sprake was van een AB.

Of zoals het Hof het overweegt:

De omstandigheid dat de desbetreffende betalingen feitelijk hebben plaatsgevonden op tijdstippen waarop inmiddels (vanwege de ontbinding van de vennootschappen) geen aanmerkelijk belang meer aanwezig was, dient er niet aan in de weg te staan dat de desbetreffende betalingen worden aangemerkt als een informele kapitaalstorting die de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang verhoogt. Deze feitelijke afwikkeling vloeit immers voort uit het uit aandeelhoudersmotieven aangaan van borgstellingsverplichtingen op een tijdstip waarop nog wel van een aanmerkelijk belang sprake was.

In mijn ogen zegt het Hof hier min of meer dat de betalingen - ondanks het niet meer bestaan van een AB - toch in de AB sfeer (als informeel kapitaal) moeten worden afgewikkeld.

3.

Het moment van afwikkeling is dan volgens de tekst van de wet eigenlijk het moment van ontbinding, maar als we ons daar aan houden zou dat haaks staan op de redenering onder 2 hierboven dat de betalingen in de AB-sfeer moeten worden afgewikkeld. Of om in jouw woorden te spreken: moeten worden behandeld als een nagekomen AB-verlies, wat overigens volstrekt in lijn is met het leerstuk uit de winstsfeer over nagekomen baten en verliezen.

4.

Het naschrift van de staatssecretaris beschouw ik als een ruime toezegging dat betalingen uit hoofde van een onzakelijke borgstelling, zelfs gedaan na het opheffen van de vennootschap, tot een AB-

verlies leiden op het moment en in het jaar van betaling.

5.

Elke betaling leidt dus m.i. tot een nagekomen AB-verlies. Aangezien die waarschijnlijk niet binnen box 2 kunnen worden afgewikkeld kan belastingplichtige wel gebruik maken van de regeling van art. 4.53 Wet IB 2001. Na een wachttijd van 2 jaar heeft hij recht op een tax-credit in box 1.