



# Ingangstijdstip van de TBS-regeling bij borgtocht

22 april 2011

**De directeur-grotaandeelhouder die voor zijn BV borg staat bij de bank, valt met die borgstelling onder de terbeschikkingstellingsregeling. De vergoeding die hij van de BV krijgt voor het aangaan van de borgtocht – de borgstellingsprovisie – moet hij in box 1 tot zijn inkomen rekenen; de BV kan die vergoeding als bedrijfskosten boeken.**

**Als de DGA als borg aangesproken wordt en hij de schuld van de BV bij de bank moet voldoen, verkrijgt hij een regresvordering op zijn BV. Ook die vordering valt onder de TBS-regeling: de DGA kan die vordering afwaarderen ten laste van zijn inkomen in box 1. De vraag is per wanneer de regresvordering onder de TBS komt te vallen. Direct bij het aangaan van de borgtocht, of pas als de bank de DGA als borg aanspreekt, of nog later als de DGA daadwerkelijk aan de bank betaalt. Hof Amsterdam kiest voor de eerste mogelijkheid, Hof Den Haag voor de laatste, zo blijkt uit twee recente uitspraken, die – opmerkelijk genoeg – betrekking hebben op de twee DGA's van dezelfde BV!**

A en B waren beiden directeur en aandeelhouder van BV X; zij hadden ieder – via hun personal holding – 50% van de aandelen in de BV. Begin 2004 nam BV X een substantiële lening op bij de bank, A en B moesten zich ieder voor € 500.000 borg stellen.

BV X ging niet goed: eind 2005 werden de activiteiten stilgelegd. De BV had ultimo 2004 nog een eigen vermogen van € 300.000, ultimo 2005 was dat € 1,2 mln negatief. BV X kon niet meer aan haar betalingsverplichtingen voldoen, en op 1 september 2006 sprak de bank beide DGA's aan als borg, ieder tot betaling van € 0,5 mln.

A en B voerden in hun aangiften inkomstenbelasting over 2005 ieder een verlies op van € 0,5 mln in verband met de afwaardering van hun regresvordering op BV X tot op nihil.

De inspecteur weigerde die aftrekpost. Hij motiveerde dat met een verwijzing naar het standpunt van Financiën dat een regresvordering pas onder de TBS-regeling valt als de borg daadwerkelijk aan de schuldeiser heeft betaald. In de gegeven situatie had de bank beide borgen pas in 2006 aangesproken, en in dat jaar hadden zij de (eerste) betalingen aan de bank gedaan: verliesneming in 2005 was derhalve niet mogelijk.

A en B verzetten zich daartegen. A legde de zaak voor aan Rechtbank Den Haag, B aan Rechtbank Haarlem. Beide rechtbanken kwamen tot eenzelfde uitspraak en bevestigden het standpunt van de inspecteur dat de regresvordering pas onder de TBS-regeling viel vanaf het tijdstip waarop de borg de schuldeiser had betaald. De afwaardering in 2005 kon niet als verlies uit hoofde van de terbeschikkingstellingsregeling worden aanvaard.

A en B gingen beiden in beroep, A bij Hof Den Haag en B bij Hof Amsterdam.

Hof Den Haag bevestigde de uitspraak van Rechtbank Den Haag: A kreeg de gevraagde aftrekpost niet. Zie ook BelastingBelangen augustus 2010: [Regresvordering na borgstelling: tbs-regeling gaat](#)



[in bij betaling.](#)

Hof Amsterdam besliste anders. Volgens dit Hof ontstond de regresvordering – civielrechtelijk – direct bij het aangaan van de borgtocht, zij het onder de opschortende voorwaarde dat de borg als zodanig aan de schuldeiser had betaald. Rechtens was sprake van een vordering zodra de borgtocht tot stand kwam. Die vordering viel volgens het Hof vanaf dat tijdstip onder “het hebben van een vordering” zoals de wet dat bepaalt voor toepassing van de TBS-regeling. Naast die vordering viel ook de daarmee samenhangende (voorwaardelijke) schuld aan de schuldeiser, de bank, onder de TBS-regeling. Ook direct vanaf het aangaan van de borgtocht. De borg moest de (voorwaardelijke) vordering en schuld samenhangend waarderen. Ultimo 2004 saldeerde dat op nihil, maar ultimo 2005 was dat niet meer het geval: belanghebbende kon de regresvordering, gelet op het negatieve vermogen van BV X, op nihil waarderen, en de schuld, de verplichting uit hoofde van de borgtocht, op de nominale waarde van € 500.000. Dat leidde tot een verliesneming in 2005 van € 500.000: B kreeg de gevraagde aftrekpost.

Onlangs heeft Hof Den Bosch in een soortgelijke procedure eenzelfde uitspraak als Hof Amsterdam gedaan. Financiën heeft besloten om tegen beide uitspraken in cassatie te gaan.

### **Commentaar**

*Het ingangstijdstip van de TBS-regeling bij borgtocht is problematisch omdat de wetgever de borgtocht zelf niet onder de TBS-regeling heeft gebracht. De vergoeding, de borgstellingsprovisie valt daar wél onder, en als de borg wordt aangesproken en hij een regresvordering op de BV verkrijgt, valt die vordering sowieso onder de TBS-regeling. Hof Amsterdam en Hof Den Bosch constateren terecht dat die regresvordering (civielrechtelijk) ontstaat – onder opschortende voorwaarde – bij het aangaan van de borgtocht. En daarmee staat vast dat de DGA al veel eerder een vordering op zijn BV heeft, ver vóórdat hij wordt aangesproken of aan de bank betaalt. De DGA heeft dan feitelijk nog geen liquide middelen aan de BV ter beschikking gesteld – de regresvordering kent een opschortende voorwaarde – maar de DGA heeft al wel de juridische verplichting om dat te doen zodra de BV in gebreke blijft jegens de bank.*

*De Hoge Raad heeft begin vorig jaar beslist dat het feitelijk ter beschikking stellen niet beslissend is voor het ingangstijdstip van de TBS-regeling bij de verhuur van vastgoed aan de BV; de TBS-regeling gaat al in zodra de DGA en de BV de gezamenlijke bedoeling hebben om het nog te (ver)bouwen pand aan de BV ter beschikking te gaan stellen. Zie ook BelastingBelangen februari 2010: [Het ingangstijdstip van de TBS-regeling](#). Als de Hoge Raad deze aanpak ook voor de borgtocht aanhoudt, is de kans groot dat de uitspraak van Hof Amsterdam bevestigd zal worden. De tijd zal het leren....*