

Het is niet meer zoals onder de oude antimisbruikbepaling dat de in de plaats gestelde kwalificatie soortgelijke niet-fiscale rechtsgevolgen moet hebben.

Dat zegt niets over de vraag wat de kenbare en door de Administratie te bewijzen doel en strekking van artikel 131 Vlaams W.Reg./artikel 2.8.4.1.1 VCF zijn.

Subjectief element van het fiscaal misbruik

Maar uiteindelijk haalt de belastingplichtige het toch op het vlak van het subjectief element van het fiscaal misbruik. Het hof laat zich inderdaad overtuigen door het tegenbewijs van de belastingplichtige : er zijn voldoende niet-fiscale motieven voor de keuze van de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen. Het hof aanvaardt de volgende niet-fiscale motieven.

1. De wens van het echtpaar om het patrimonium binnen de familie te houden. Dat wordt bevestigd door het fideïcommis de residuo ten behoeve van de kleindochter, die overigens al op 17 april 2013 tot zaakvoerder van de BVBA is benoemd. Door de inbreng van alleen de verhuurde onroerende goederen wordt een duidelijke scheiding gemaakt tussen enerzijds de ingebrachte en professioneel beheerde onroerende goederen en anderzijds de niet-ingebrachte privé aangehouden onroerende goederen, die een relatief omvangrijke waarde vertegenwoordigen (de eigen woning, een hoeve en een kasteel).

2. De beperking van de risico's en de aansprakelijkheid met betrekking tot het beheer van het verhuurde patrimonium en een professionalisering van dat beheer. De belastingplichtige is trouwens bediende van de BVBA geworden, met een arbeidsovereenkomst van 1 mei 2013.

3. Het beheer van de verhuurde onroerende goederen via een vennootschap stimuleert renovaties en investeringen, omdat de daarmee gepaard gaande kosten aftrekbaar zijn in de vennootschapsbelasting.

Uit de aanstelling van de belastingplichtige als bediende en van haar dochter als zaakvoerder blijkt dat het niet de bedoeling is om de aandelen op korte of middellange termijn te vervreemden aan derden. Tevens blijkt dat de ingebrachte onroerende goederen op de dag van het pleiten van de zaak nog steeds eigendom zijn van de BVBA en dat er nog steeds geen intentie is om ze te vervreemden.

Naar de mening van het hof tonen deze motieven en redenen duidelijk aan dat de keuze voor de geviseerde rechtshandelingen door andere motieven verantwoord is dan het ontwijken van de registratierechten. Het hof besluit dan ook dat fiscaal misbruik niet kan worden aangenomen.

Stefaan Van Crombrugge

Vennootschapsbelasting

Cassatie : effectiseringspremie dan toch uitgesloten van 'exit'-tax

In een recent arrest komt het Hof van Cassatie tot het besluit dat de zogenaamde 'effectiseringspremie' geen deel uitmaakt van de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen die als grondslag dient voor de 'exit'-tax waaraan bepaalde gereguleerde beleggingsvennootschappen onderworpen zijn (Cass. 28 november 2019, nr. F.18.0012.N, www.cass.be). Hiermee verbreekt het Hof een arrest waarin het hof van beroep te Antwerpen had geoordeeld dat met de 'effectiseringspremie' wel rekening moest worden gehouden.

Achtergrond

Hoewel het betrokken arrest specifiek betrekking had op een door de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten ('FSMA') erkende 'vastgoedbevak', is het ook van belang voor de andere gereguleerde beleggingsvennootschappen waarvoor de 'exit'-tax geldt, zoals bv. de vennootschappen die door de

FSMA worden erkend als 'gereguleerde vastgoedvennootschap' ('GVV') of de vennootschappen die door de FOD Financiën worden ingeschreven op de lijst van de gespecialiseerde vastgoedbeleggingsfondsen ('GVBF'). Praktisch alle vastgoedbevaks zijn de afgelopen jaren overigens omgevormd tot GVV's en dit omwille van regulatorische redenen (*Fisc.* 2014, nr. 1387, 6).

De ratio legis van de 'exit'-tax is te vinden in het fiscaal gunststelsel dat collectieve beleggingsvennootschappen genieten. Principieel zijn deze vennootschappen aan de vennootschapsbelasting onderworpen, maar zij zijn slechts belastbaar op een beperkte belastbare basis; met name op het totaal van de ontvangen abnormale of goedgeunstige voordelen, de niet als beroepskosten aftrekbare uitgaven en kosten (andere dan waardeverminderingen en minderwaarden op aandelen), en (recentelijk ook) het niet als beroepskosten aangemerkte 'financieringskosten-surplus' (zoals bedoeld in het kader van de nieuwe interestaftrekbepijking ter uitvoering van de ATAD-Richtlijn; zie over deze nieuwe beperking, *Fisc.* 2020, nr. 1642, 3); (art. 185bis, § 1 WIB 1992). Bovendien kunnen ze het voorwerp uitmaken van de bijzondere aanslag op geheime commissielonen. Een en ander betekent dat dergelijke beleggingsvennootschappen niet belastbaar zijn op hun boekhoudkundig resultaat, met inbegrip van enige meerwaarde.

Stel dat een bestaande 'normale' vennootschap bv. wordt erkend als vastgoedbevak of GVV. Dit zou dan (gelet op het voormelde fiscaal gunststelsel) tot een definitieve vrijstelling leiden van de op dat moment bestaande maar latente (en nog niet gerealiseerde) meerwaarden en reeds geboekte vrijgestelde reserves. Precies om dat te beletten, heeft de wetgever een eenmalige belasting ingevoerd : de 'exit'-tax. Het tarief ervan was destijds vastgesteld op de helft van het normaal tarief inzake vennootschapsbelasting. Bijgevolg bedroeg het tarief van de 'exit'-tax tot voor kort 16,995 % (33,99 % : 2). In 2018 werd dit tarief evenwel tijdelijk verlaagd naar 12,5 % (plus crisisbelasting); (van toepassing op de 'verrichtingen die hebben plaatsgevonden vanaf 1 januari 2018'). Maar voor de verrichtingen die plaatsvinden vanaf 1 januari 2020 is het tarief verhoogd naar 15 % (art. 217 WIB 1992), hetgeen meer is dan 50 % van het huidig normaal vennootschapstarief (25 %); (*Fisc.* 2020, nr. 1639, 9).

De 'exit'-tax is concreet van toepassing bij de erkenning door de FSMA van een vastgoedvennootschap als bv. vastgoedbevak of thans als GVV (of bij de inschrijving op de lijst van de GVBF's door de FOD Financiën). Dergelijke erkenning (of inschrijving) wordt fiscaal behandeld als een ontbinding en vereffening (art. 210, § 1, 5° en 6° WIB 1992). Verder geldt de 'exit'-tax onder meer ook bij een fusie, splitsing of een met fusies of splitsingen gelijkgestelde verrichting, waaraan een door de FSMA erkende vastgoedbevak of GVV (of een door de FOD Financiën ingeschreven GVBF) deelneemt. Dergelijke reorganisatie valt dus buiten het stelsel van de fiscale neutraliteit (art. 211, § 1, zesde lid WIB 1992).

Belastbare grondslag

Bij dergelijke verrichtingen die fiscaal met een ontbinding en vereffening worden gelijkgesteld (erkenning of fusie, splitsing en gelijkgestelde transacties), wordt "de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen op de datum" van de verrichting "gelijkgesteld met een bij verdeling van maatschappelijk vermogen uitgekeerde som" (art. 210, § 2 WIB 1992). Het positieve verschil tussen deze bij wettelijke fictie uitgekeerde som en de gerevaloriseerde waarde van het gestort kapitaal wordt dan aangemerkt als een 'uitgekeerd dividend' waarop de 'exit'-tax van toepassing is.

Kernvraag is hoe de 'werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen' moet worden bepaald. De administratieve commentaar op het WIB 1992 blijft redelijk op de vlakte; daarin staat enkel te lezen dat het niet om de boek- of balanswaarde gaat en dat het bijvoeglijk naamwoord "werkelijke" in zijn normale en gewone betekenis moet worden begrepen, met name het saldo dat overblijft na aftrek van alle op het maatschappelijk vermogen drukkende schulden ongeacht hun aard en oorsprong en onverschillig of de uitgaven waaruit de schuld is ontstaan al dan niet fiscaal als aftrekbare uitgaven in aanmerking kunnen komen (*Com. IB* 92, nr. 210/14).

In een circulaire van eind 2004 heeft de Administratie wel bijkomende toelichting gegeven (Ci. RH. 423/567.729 (AOIF 43/2004) van 23 december 2004). Daarin heeft zij (onder druk van de sector) bv. aanvaard dat de werkelijke waarde van het onroerend vermogen niet de toekomstige overdrachtsbelastingen op het onroerend goed omvat : de schattingswaarde van het onroerend vermogen, zoals dat blijkt uit het schattingsverslag van een onafhankelijk vastgoeddeskundige, mag worden verminderd met de registratierechten of de BTW op de onroerende goederen of onroerende zakelijke rechten begrepen in het maatschappelijk vermogen.

Daarnaast is de Administratie van oordeel dat de zogenaamde 'effectiseringspremie' wel deel uitmaakt van de belastbare basis van de 'exit'-tax. Bedoeld is de premie die beleggers bereid zijn te betalen bovenop het nettoactief omwille van de uit de beursnotering resulterende hogere liquiditeit. Volgens de circulaire mag de 'werkelijke waarde' niet lager zijn dan een bedrag dat overeenstemt met "de waarde van het maatschappelijk vermogen zoals dat, volgens het geval, zou bepaald geweest zijn in vergelijking met de waarde van de uitgegeven aandelen of de prijs van de aandelen die werden verworven of aangeboden aan het publiek, verminderd met de rechten of BTW die in de hiervoor vermelde schattingswaarde werden opgenomen" (zie *Fisc.* 2005, nr. 966, 4).

Cassatiearrest

De zaak die recentelijk voor het Hof van Cassatie kwam, handelt over de vraag of de effectiseringspremie al dan niet in aanmerking komt voor de bepaling van de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen voor de toepassing van de 'exit'-tax.

Kort gezegd, ging het over een overneming door fusie van vennootschap C door vastgoedvennootschap S die als vastgoedbevak werd erkend. Aangezien het om een fusie ging waarin een vastgoedbevak betrokken was, betrof het een belaste fusie. Bijgevolg moest de belastbare basis van de 'exit'-tax worden bepaald; zijnde dus "de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen" van vennootschap C op datum van de fusie vermindert met de gerevaloriseerde waarde van haar gestort kapitaal. Dit laatste bedroeg 10 miljoen BEF. Daarover bestond geen betwisting. Wel bestond er betwisting over de eerste term.

Volgens de Administratie bedroeg de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen 54 miljoen BEF (zodat er sprake was van een te belasten uitgekeerd dividend van 44 miljoen BEF), terwijl volgens de belastingplichtige deze werkelijke waarde minder dan 10 miljoen BEF bedroeg (zodat er geen sprake was van een uitgekeerd dividend). Het verschil tussen beide visies zat hem in het feit dat de belastingplichtige louter uitging van de werkelijke waarde van het nettoactief van C, terwijl de Administratie ook rekening hield met de 'effectiseringspremie'.

De Administratie steunde zich namelijk op het feit dat de partijen blijkbaar een 'effectiseringspremie' hadden onderhandeld en aanvaard. Tot tweemaal toe was immers 54 miljoen BEF als waarde gehanteerd bij transacties met betrekking tot aandelen in vennootschap C (een verkoop en een inbreng in natura). Die transacties hadden kort vóór de fusie met vennootschap S plaats en de bedrijfsrevisor had die waarde geattesteerd.

Dezelfde revisor bracht ook verslag uit over het fusievoorstel betreffende de fusie door overneming van vennootschap C door vennootschap S, waarbij vertrokken werd van een theoretische beurswaarde van vennootschap C van 54 miljoen BEF.

Het hof van beroep te Antwerpen gaf de Administratie gelijk. Het hof leidde uit het voorgaande af dat er wel degelijk rekening werd gehouden met een effectiseringspremie bij het bepalen van de ruilverhouding zoals die werd aanvaard door alle partijen. Die premie maakt volgens het hof deel uit van de 'werkelijke waarde' van het maatschappelijk vermogen van vennootschap C. "Uit geen enkel gegeven blijkt" volgens het hof dat voor de bepaling van deze werkelijke waarde louter zou moeten worden uitge-

gaan van het nettoactief. Dit laatste betreft "een zuiver boekhoudkundig begrip dat in deze niet dienstig is om de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen te bepalen".

Voorts meende het hof dat "uit geen enkel gegeven" blijkt dat de grondslag van de 'exit'-tax "beperkt moet worden tot de latente meerwaarden op de onroerende goederen van de overgenomen vennootschap [C] en dat geen rekening zou mogen gehouden worden met andere elementen die de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen kunnen beïnvloeden".

Het hof besloot dan ook dat er rekening mag worden gehouden met toekomstperspectieven, en dus ook met een effectiseringspremie (Antwerpen 25 april 2017, 2015/AR/1880).

De belastingplichtige voorzag zich in cassatie tegen het beroepsarrest. Met succes. In zijn arrest van 28 november 2019 verbreekt het Hof van Cassatie het arrest van het Antwerpse hof. In heel summiere bewoordingen stelt het Hof dat "de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen de werkelijke waarde van de activa van de vennootschap [is], vermindert met de voorzieningen en schulden. *Van deze vermogensbestanddelen maakt de effectiseringspremie, zijnde de meerprijs, bovenop het netto-actief van de vennootschap, die de belegger bereid is te betalen voor de aandelen in de vastgoedbevak wegens haar bijzondere karakteristieken, geen deel uit*".

Commentaar

Met deze uitspraak komt het Hof van Cassatie tegemoet aan de zienswijze uit de sector dat de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen niets anders kan zijn dan de werkelijke waarde van het nettoactief van de overgenomen vennootschap, d.i. de werkelijke waarde van de actiefbestanddelen, vermindert met de voorzieningen en de schulden. De effectiseringspremie komt bovenop het nettoactief en is de prijs die beleggers willen betalen voor de hogere liquiditeit, alsook voor het bijzonder fiscaal statuut van de vastgoedbevak of GVV. Deze premie staat *in se* echter los van de werkelijke waarde van de activa van de opgeslorpte dochtervennootschap.

Het Hof bevestigt aldus dat de grondslag van de 'exit'-tax enkel te maken heeft met de betrokken activa, waarvan de reeds opgebouwde latente meerwaarden niet volledig aan vennootschapsbelasting mogen ontsnappen; deze grondslag heeft dus niets te maken met de toekomstperspectieven van de overnemende vennootschap als vastgoedbevak of GVV (bijzonder fiscaal statuut, beursnotering, liquiditeit, ...).

Gelet daarop zal de Administratie haar circulaire van 2004 best zo spoedig mogelijk actualiseren,

De grondslag van de 'exit'-tax heeft niets te maken met de toekomstperspectieven van de vennootschap als vastgoedbevak of GVV

zodat er volledige duidelijkheid komt over hoe de werkelijke waarde van het maatschappelijk vermogen in concreto dient berekend te worden.

Ten slotte rijst de vraag naar de impact van het cassatiearrest op andere (al dan niet hangende) geschillen. Kan dit arrest aangegrepen worden als een 'nieuw feit' (in de zin van art. 376, § 1 WIB 1992) op basis waarvan andere belastingplichtigen een verzoek tot ambtshalve ontheffing zouden kunnen indienen? Of gaat het eerder om een wijziging van jurisprudentie die de wetgever uitdrukkelijk als 'nieuw feit' heeft uitgesloten (art. 376, § 2 WIB 1992)? Traditioneel worden

enkel arresten waarin het Europees Hof van Justitie of het Belgisch Grondwettelijk Hof zich n.a.v. een prejudiciële vraag uitspreken over de compatibiliteit van een wettelijke regeling met het Europees of grondwettelijk recht, aangemerkt als een nieuw feit of gegeven, en niet als een wijziging van jurisprudentie. In casu handelt de uitspraak van het Hof van Cassatie louter over een interpretatievraag en vindt er geen toetsing plaats aan een hogere rechtsnorm, zodat de kans reëel is dat het om een wijziging van jurisprudentie gaat.

Marc De Munter

Voordelen van alle aard

Voordeel van alle aard bij beëindiging vruchtgebruik annex recht van opstal

In de rechtspraak is het probleem van eventuele voordelen van alle aard (art. 32, al. 2, 2° WIB 1992) die een zaakvoerder verkrijgt uit een vruchtgebruik dat hij heeft toegekend aan of dat is aangekocht door zijn vennootschap, tot nu toe steeds opgedoken onder twee gedaanten. In de eerste plaats rijst de vraag of de vennootschap bij de gezamenlijke aankoop niet te veel betaald heeft voor het vruchtgebruik (*Fisc.* 2016, nr. 1469, 11 en nr. 1485, 8-10; *Fisc.* 2018, nr. 1555, 10-11). In de tweede plaats komt het voor dat de vennootschap tijdens de duur van het vruchtgebruik allerlei kosten op zich neemt, die de verplichtingen van een vruchtgebruiker te boven gaan (*Fisc.* 2017, nr. 1522, 1-3; *Fisc.* 2018, nr. 1577, 7-9). In beide gevallen heeft de blote eigenaar daar voordeel bij.

Maar het probleem kan zich ook onder een derde gedaante voordoen, die tot nu toe in de rechtspraak steeds met betrekking tot het recht van opstal aan de orde is gekomen (over deze rechtspraak, zie *Fisc.* 2019, nr. 1632, 6). In feite gaat het om hetzelfde probleem. De houder van een vruchtgebruik heeft burgerrechtelijk een onzelfstandig recht van opstal (A. VAN OEVELEN, "Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht en het recht van opstal", in *Het zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 353) : gebouwen die hij tijdens zijn vruchtgebruik optrekt, zijn en blijven zijn eigendom tot de beëindiging van het vruchtgebruik. Wanneer die gebouwen, op grond van de overeenkomst tussen de blote eigenaar en de vruchtgebruiker, op het ogenblik van de beëindiging van het vruchtgebruik zonder vergoeding eigendom worden van de gew-

zen blote eigenaar, rijst de vraag of die kosteloze verkrijging een voordeel van alle aard is voor de blote eigenaar-zaakvoerder.

De rechtbank van eerste aanleg van West-Vlaanderen, afdeling Brugge, beantwoordt deze vraag zonder veel omhaal bevestigend, in het volgende geval (Rb. West-Vlaanderen, afd. Brugge, 22 oktober 2019, nog niet gepubliceerd).

Op 12 december 2002 kopen een BVBA en haar zaakvoerder en zijn toenmalige echtgenote een stuk grond aan, de BVBA voor het vruchtgebruik voor 15 jaar, en de zaakvoerder en zijn toenmalige echtgenote voor de blote eigendom. De BVBA trekt op die grond een nieuwbouw van een eensgezinswoning op, die ter beschikking wordt gesteld van de blote eigenaars. In de akte van 12 december 2002 is overeengekomen dat de blote eigenaars bij de beëindiging van het vruchtgebruik geen vergoeding verschuldigd zullen zijn voor het bouwen van de woning. Op 15 september 2014 wordt de BVBA vrijwillig ontbonden en wordt zij vereffend. Het vruchtgebruik wordt dan beëindigd en de gewezen blote eigenaars worden zonder vergoeding eigenaars van de woning.

De fiscus voegt met betrekking tot het aanslagjaar 2016 een voordeel van alle aard toe aan de bedrijfsleidersbezoldiging van de zaakvoerder, omdat hij van de vennootschap als blote eigenaar door de beëindiging van het contract van vruchtgebruik kosteloos de volle eigendom van het onroerend goed heeft verkregen.