

HvJ over terugname waardevermindering aandelen na zetelverplaatsing

Auteurs: B. De Cock/B. Van Vlierden

Editie: Fiscooloog Internationaal 468 p. 1

Publicatiedatum: 30 november 2022

Rechtbank/Hof: H.v.J.

Datum van uitspraak: 10 november 2022

Op 10 november 2022 heeft het Europees Hof van Justitie geoordeeld dat de (toenmalige) Belgische regeling over de taxatie van de terugname van een waardevermindering op aandelen na een inbound-zetelverplaatsing niet strijdig is met het vrij verkeer van vestiging (HvJ 10 november 2022, C-414/21, VP Capital NV t. Belgische Staat).

Achtergrond en historiek

De zaak handelt over een in Luxemburg opgerichte vennootschap die in mei 2009 haar zetel overbracht naar België. De vennootschap werd omgevormd in een vennootschap naar Belgisch recht. Er werd geen vaste inrichting in Luxemburg behouden. De vennootschap had vóór de zetelverplaatsing waardeverminderingen op aandelen geboekt. Na de zetelverplaatsing werden de waardeverminderingen in datzelfde jaar deels teruggenomen.

In de Belgische vennootschapsbelasting zijn waardeverminderingen en minderwaarden op aandelen niet aftrekbaar, behoudens (o.m.) indien ze worden geleden n.a.v. de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van een vennootschap tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd (art. 198, § 1, 7^o WIB 1992). Een gelijkaardige regeling bestond niet in Luxemburg. Daar waren de geboekte waardeverminderingen principieel aftrekbaar. Gelet op de verliespositie van de vennootschap vóór de zetelverplaatsing, hadden deze kosten echter geen onmiddellijk effect op de fiscale positie van de vennootschap; de overdraagbare verliezen namen enkel toe met dit bedrag. Aangezien België de aftrek van deze Luxemburgse verliezen van vóór de zetelverplaatsing niet aanvaardt, kon de vennootschap deze verliezen niet benutten na de zetelverplaatsing (art. 206, § 3 WIB 1992).

De vennootschap meende dat de terugname van de waardeverminderingen in België kon worden vrijgesteld via een aanpassing in meer van de begintoestand van de reserves op grond van het toenmalige artikel 74, al. 2, 1° KB/WIB 1992 (sinds de codificatie van deze bepaling opgenomen in art. 206/1, al. 2, 1°, c) WIB 1992). Dit artikel stelde dat de tijdens het belastbare tijdperk teruggenomen waardeverminderingen op aandelen "die voorheen krachtens artikel 198, [§ 1], 7°, van hetzelfde Wetboek als verworpen uitgaven zijn belast, in zover die waardeverminderingen op het einde van dat belastbare tijdperk niet meer verantwoord zijn", worden vrijgesteld. De fiscus ging hier echter niet mee akkoord.

Hof van beroep Antwerpen

De rechtbank en het hof van beroep te Antwerpen gaven de fiscus gelijk : aan de vrijstellingsvoorwaarden was niet voldaan, vermits de waardeverminderingen in Luxemburg principieel in aftrek waren gebracht, ook al waren ze niet effectief benut door de verliespositie van de vennootschap (Antwerpen 4 september 2018, 2016/AR/2064, Fisc. Int. 2018, nr. 418, 1).

Bovendien meende het hof dat dit niet hoefde te betekenen dat de terugnames altijd in België moesten worden belast, gelet op artikel 184ter, § 2, tweede lid WIB 1992. Op grond van dit artikel (in zijn toenmalige versie) was de boekwaarde op het ogenblik van de zetelverplaatsing te beschouwen als de fiscale aanschaffingswaarde van de activa in België. Dit had volgens het hof tot gevolg dat de terugname op fiscaal vlak niet als een terugname moest worden beschouwd, maar als een uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarde. Dergelijke meerwaarden zijn vrijgesteld, indien voldaan is aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde van artikel 190 WIB 1992 (art. 44, § 1, 1° WIB 1992). Aangezien de vennootschap deze voorwaarde niet had gerespecteerd, speelde de vrijstelling echter niet.

De visie van het hof, dat een dergelijke terugname op fiscaal vlak moet worden beschouwd als een uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarde, was reeds door de Dienst Voorafgaande Beslissingen ingenomen in 2012 (voorafgaande beslissing nr. 2012.034 van 29 mei 2012). Onder verwijzing naar het arrest van het hof van beroep heeft de DVB deze visie nadien herhaald (voorafgaande beslissing nr. 2018.1050 van 14 mei 2019).

Het hof ging niet in op de vraag van de vennootschap om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Het hof meende dat er geen schending van het vrij verkeer van vestiging voorlag.

Hof van Cassatie

De vennootschap diende tegen dit arrest een voorziening in cassatie in. Het Hof van Cassatie bevestigde in eerste orde de taxatie van de terugname (Cass. 25 juni 2021, Fisc. Int. 2021, nr. 452, 1). Het Hof besloot dat de terugname moest worden aangemerkt als een uitgedrukte maar niet-verwezenlijkte meerwaarde in de zin van artikel 44, § 1, 1^o WIB 1992. Een dergelijke meerwaarde is in de vennootschapsbelasting slechts vrijgesteld, mits naleving van de onaantastbaarheidsvoorwaarde. Deze voorwaarde was in casu echter niet nageleefd. Ons inziens rijst de vraag of, door de boekhoudkundige verwerking van de terugname als opbrengst (en niet conform de regels voor herwaarderingsmeerwaarden, die niet via de resultatenrekening verloopt), de vennootschap niet kon argumenteren dat er een schending van het boekhoudrecht en/of een materiële vergissing voorlag waarvan een correctie zich ook opdrong aan de fiscus. M.a.w., diende de vennootschap in haar boekhoudkundige verwerking niet reeds rekening te houden met de fiscale verwerking, niettegenstaande de principiële boekhoudkundige continuïteit van een zetelverplaatsing ?

Vervolgens ging het Hof van Cassatie in op de Europeesrechtelijk geïnspireerde argumenten van de vennootschap. Het Hof verwijst ter zake naar het arrest Aures Holdings van het Hof van Justitie (HvJ 27 februari 2020, C-405/18). In deze zaak moest het Hof uitspraak doen over de aanwending van fiscale verliezen na een (feitelijke) zetelverplaatsing, waarbij deze verliezen geleden waren in de lidstaat van herkomst vóór de zetelverplaatsing. Volgens het HvJ verzet de vrijheid van vestiging zich niet tegen een regeling van een lidstaat die uitsluit dat een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel (en daarmee haar fiscale woonplaats) naar deze lidstaat heeft verplaatst, een fiscaal verlies kan aftrekken dat zij vóór deze verplaatsing heeft geleden in een andere lidstaat, waar zij haar statutaire zetel behoudt.

Het Hof van Cassatie vroeg zich af of deze zienswijze (inzake verliesverrekening na zetelverplaatsing) ook kon worden toegepast op de situatie in casu. Anders dan het hof van beroep, meende het Hof van Cassatie dat een prejudiciële vraag zich opdrong. Meer bepaald wou het Hof vernemen of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een regeling op grond waarvan :

* een Luxemburgse vennootschap die in Luxemburg waardeverminderingen op aandelen boekt die weliswaar principieel in mindering van haar resultaat worden gebracht, maar niet daadwerkelijk wegens het bestaan van een fiscale verliespositie, na verplaatsing van haar statutaire zetel naar België op de terugname van die waardeverminderingen in België wordt belast (tenzij de waardeverminderingen die achter de terugname schuil gaan op een onbeschikbare rekening van het passief worden geboekt),

* terwijl een Belgische vennootschap die in België waardeverminderingen op aandelen boekt, niet wordt belast op de terugname van die waardeverminderingen, mits die waardeverminderingen voorheen niet in mindering van het Belgisch fiscaal resultaat werden gebracht, en dat zonder dat de waardeverminderingen die achter de terugname schuil gaan, moeten worden geboekt op een onbeschikbare rekening van het passief.

Hof van Justitie

Het Hof brengt in eerste instantie, zoals verwacht, zijn conclusies uit het arrest Aures Holdings in herinnering. Zo stelt het Hof dat het vrij verkeer van vestiging voor een vennootschap ook het recht omvat om haar statutaire zetel, haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging naar een andere lidstaat te verplaatsen. Een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap die haar statutaire zetel naar een andere lidstaat verplaatst, kan zich dus op het vrij verkeer van vestiging beroepen ter betwisting van de fiscale gevolgen van die verplaatsing naar de lidstaat van ontvangst.

Het Hof herhaalt echter ook dat dit geen garantie biedt dat die verplaatsing fiscaal neutraal is. Gelet op de verschillen tussen de regelingen van de lidstaten, kan de verplaatsing, naargelang het geval, fiscaal voor- of nadelig uitvallen. Volgens het Hof leidt de vrijheid van vestiging er dus niet toe dat een lidstaat verplicht is zijn belastingregeling af te stemmen op die van andere lidstaten teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting zo wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen.

Uit de systematiek van de Belgische regeling leidt het Hof af dat er een verschil in behandeling bestaat ten nadele van vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een lidstaat en hun vrijheid van vestiging uitoefenen. Waardeverminderingen op aandelen die zijn geboekt door een dergelijke vennootschap worden immers uitgesloten van de vrijstelling ex artikel 74 KB/WIB 1992, zelfs wanneer deze overeenstemmen met de terugname van waardeverminderingen die vóór de zetelverplaatsing werden geboekt (en in de lidstaat van herkomst niet als beroepskosten in aftrek konden worden gebracht op het belastbare resultaat). Dit verschil in behandeling kan ertoe leiden dat dergelijke vennootschappen ervan afzien hun statutaire zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen (om hun economische activiteit daar uit te oefenen). Een dergelijk verschil in behandeling kan enkel worden aanvaard indien het betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of indien het wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is.

De vergelijkbaarheid van een binnenlandse situatie met een grensoverschrijdende situatie moet worden beoordeeld in het kader van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel. Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter (het Hof van Cassatie), gaat het Hof van Justitie er in casu van uit dat de maatregel door België is genomen om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. In dat geval bevindt een vennootschap die waardeverminderingen op aandelen in lidstaat X heeft geboekt, zich in beginsel niet in een vergelijkbare situatie als een vennootschap die haar statutaire zetel naar lidstaat X heeft verplaatst na dergelijke waardeverminderingen te hebben geboekt in lidstaat Y. Een vennootschap die haar zetel verplaatst, valt immers achtereenvolgens onder de fiscale bevoegdheid van twee lidstaten.

De lidstaat van ontvangst (in casu België) had voor het tijdvak waarin de waardeverminderingen op aandelen werden geboekt geen fiscale bevoegdheid. Bijgevolg bevindt deze vennootschap zich niet in een vergelijkbare situatie als een vennootschap die reeds op het ogenblik van het boeken van de waardeverminderingen onder de fiscale bevoegdheid van die lidstaat viel. "Om dezelfde reden" is ook de situatie van een vennootschap die haar zetel verplaatst naar een andere lidstaat (X) en vervolgens de vóór die zetelverplaatsing geboekte waardeverminderingen terugneemt, niet vergelijkbaar met (i) een in lidstaat X gevestigde holding die in een verliespositie verkeert, (ii) een vennootschap die aan de rechtspersonenbelasting onderworpen was toen zij in lidstaat X waardeverminderingen heeft geboekt, of (iii) een in lidstaat X gevestigde vennootschap die een vaste inrichting sluit in lidstaat Y, waar waardeverminderingen waren geboekt.

Het feit dat de vennootschap de door de (aanvaarde) waardeverminderingen ontstane verliezen in Luxemburg niet kon benutten, is volgens het Hof louter het gevolg van de door de vennootschap gemaakte keuze om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen en haar zetel te verplaatsen. Het Hof ziet overigens, eveneens onder verwijzing naar het arrest Aures Holdings, ook geen strijdigheid met zijn eerdere rechtspraak in het arrest Bevola en Jens W. Trock (HvJ 12 juni 2018, C-650/16). Deze rechtspraak heeft immers betrekking op de inaanmerkingneming in de lidstaat waar de moedermaatschappij is gevestigd, van definitieve verliezen die zijn geleden door een dochteronderneming of door een gedurende hetzelfde belastbare tijdperk in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting. Dit is niet hetzelfde als een zetelverplaatsing waarbij men wil dat de vóór de zetelverplaatsing in de eerste lidstaat geboekte transacties in aanmerking worden genomen in de tweede lidstaat.

Gelet op het feit dat beide situaties niet vergelijkbaar zijn, kan het verschil in behandeling worden aanvaard. Het Hof weerhoudt bijgevolg geen schending van het vrij verkeer van vestiging.

Gevolg

Het Hof van Cassatie had in zijn voormeld arrest van 25 juni 2021 reeds uitspraak gedaan over de niet-toepassing van artikel 74 KB/WIB 1992 (zoals voorheen van toepassing) en de behandeling van de terugname als uitgedrukte niet-verwezenlijke meerwaarde (op fiscaal vlak). Het oordeelde dat deze correct waren toegepast door het hof van beroep te Antwerpen. Het Hof wenste wel nog van het Hof van Justitie te vernemen of er Europeesrechtelijke bezwaren bestonden tegen de Belgische wetgeving. Dat blijkt nu - onder voorbehoud van finale verificatie door het Hof van Cassatie van het door de Belgische regeling nagestreefde doel (zie hoger) - niet het geval. Aangezien het Hof van Cassatie reeds had aangegeven dat artikel 184ter, § 2, tweede lid WIB 1992 tot doel had de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen staten te bewerkstelligen, lijkt de kans klein dat het Hof zal afwijken van de zienswijze van het Hof van Justitie.

In zijn verwijzingsarrest heeft het Hof van Cassatie klaarblijkelijk nog niet alle grieven van de vennootschap onderzocht en beoordeeld. Deze grieven werden aangehouden tot het Hof van Justitie uitspraak deed over de prejudiciële vraag. Over de andere middelen zal het Hof dus ook nog zijn oordeel moeten vellen.

In elk geval lijkt dit nog niet het finale einde van deze zaak. Voor het hof te Antwerpen had de vennootschap ook een vordering tot gemeenverklaring ingesteld tegen haar voormalige adviseurs, om het gezag van gewijde van de uitspraak tot hen uit te breiden. Zij blijkt dit ook voor het Hof van Cassatie te hebben herhaald. Mogelijks heeft deze uitspraak dus ook nog gevolgen voor de aansprakelijkheid van de adviseurs.

Bart De Cock

Ben Van Vlierden