

**Deel III: Vennootschapsbelasting .....**

1. Rb. Brugge, 16 oktober 2017, Fiscale Koerier, 2018, nr. 7, blz. 927;
2. Rb. Brugge, 19 februari 2018 (16/2904/A)
3. Gent, 9 januari 2018 (2016/AR/1618)
4. Antwerpen, 8 mei 2018 (2016/AR/2108)
5. Brussel, 23 november 2017, Fiscale Koerier, 2018, nr. 4, blz. 853;
6. Gent, 22 mei 2018, Fiscale Koerier, 2018, nr. 11, blz. 1033
7. Hof van Cassatie, 8 juni 2018
8. Luik, 18 april 2018;
9. Antwerpen, 12 juni 2018
10. Antwerpen, 16 januari 2018
11. Antwerpen, 4 september 2018 (2016/AR/2397)

## **DEEL III: VENNOOTSCHAPSBELASTING**

Nieuwsbrieven en tijdschriften - De Fiscale Koerier

*BEROEPSKOSTEN - SCHULDVORDERING - INBRENG IN KAPITAAL - CONVENTIONELE WAARDE INBRENG - INBRENG AAN NOMINALE OF TEGEN ECONOMISCHE WAARDE - GEEN DISCREPANTIE TUSSEN INBRENGER EN INBRENGGENIETENDE VENNOOTSCHAP - BOEKHOUDRECHT - Rechtspraak*

Vennootschapsbelasting - BEROEPSKOSTEN - SCHULDVORDERING - INBRENG IN KAPITAAL - CONVENTIONELE WAARDE INBRENG - INBRENG AAN NOMINALE OF TEGEN ECONOMISCHE WAARDE - GEEN DISCREPANTIE TUSSEN INBRENGER EN INBRENGGENIETENDE VENNOOTSCHAP - BOEKHOUDRECHT - Rechtspraak

---

## Rb. Brugge dd. 16.10.2017

### Vennootschapsbelasting

*BEROEPSKOSTEN - SCHULDVORDERING - INBRENG IN KAPITAAL - CONVENTIONELE WAARDE INBRENG - INBRENG AAN NOMINALE OF TEGEN ECONOMISCHE WAARDE - GEEN DISCREPANTIE TUSSEN INBRENGER EN INBRENGGENIETENDE VENNOOTSCHAP - BOEKHOUDRECHT - Rechtspraak*

**Fiscale koerier 2018/07**

**Pag. 927 - 930**

#### ● De feiten

Een holdingmaatschappij heeft een participatie van 50 % in een andere vennootschap. De holdingvennootschap geeft aan haar dochtervennootschap in de loop der jaren verschillende leningen zodat haar tegoed stelselmatig oploopt. Gezien de zwakke resultaten van de dochtervennootschap worden de intresten gekapitaliseerd. In 2011 bedraagt het totaal tegoed van de holdingvennootschap 8 867 558 EUR. De holdingvennootschap boekt op haar tegoed op haar dochter waardeverminderingen. Eind 2011 bedragen de waardeverminderingen 5 586 918 EUR.

Eind 2011 besluit de holding haar tegoed in kapitaal om te zetten. Het kapitaal van de dochtervennootschap wordt verhoogd met een bedrag van 8 161 100 EUR. De holdingvennootschap ontvangt in ruil 87 611 aandelen zonder nominale waarde.

De holdingvennootschap neemt n.a.v. de inbreng de waardeverminderingen die eerder waren geboekt terug en boekt op de ingebrachte schuldvordering een minderwaarde voor hetzelfde bedrag. De nieuw onderschreven aandelen worden geactiveerd voor een waarde gelijk aan het verschil tussen de nominale waarde van de vordering en de geboekte minderwaarde. De minderwaarde die n.a.v. de realisatie van de vordering wordt geboekt, wordt als een aftrekbare beroepskost in aftrek gebracht.

De fiscus betwist de werkwijze van de holdingvennootschap. De controlediensten laten weten dat de minderwaarde niet als beroepskost kan worden aanvaard. Volgens de fiscus moeten de aandelen die in ruil voor de inbreng in natura van de schuldvordering werden bekomen, tegen de nominale waarde van de ingebrachte schuldvordering worden

gewaardeerd. Een waardering aan de werkelijke waarde in combinatie met de aftrek als beroepskost van het verschil met de nominale waarde is volgens de fiscus niet mogelijk zodat de fiscale aftrek niet kan worden aanvaard.

De vennootschap legt zich niet neer bij de zienswijze van de controlediensten. De betwisting wordt voorgelegd aan de fiscale rechtbank.

## ● Rechtsvragen

Heeft de holdingvennootschap n.a.v. de inbreng van haar schuldvordering op haar dochtervennootschap een minderwaarde gerealiseerd die voor fiscale aftrek in aanmerking komt?

Is een discrepantie mogelijk tussen de waarde die de inbrengende vennootschap toekent aan de in ruil voor de inbreng ontvangen aandelen en de waardering van de ingebrachte vermogensbestanddelen door de inbrenggenietende vennootschap?

## ● De rechtbank

Voor de rechtbank herhaalt de administratie haar standpunt dat de waarde van de ingebrachte schuldvordering zowel in hoofde van de inbrenggenieter als in hoofde van de inbrenger met elkaar moeten overeenstemmen. *In casu* moet door beide partijen worden uitgegaan van de nominale waarde van de ingebrachte schuldvordering. Het standpunt van de belastingplichtige dat n.a.v. de inbreng in natura de schuldvordering werd gerealiseerd tegen de werkelijke waarde, kan niet worden aanvaard. De aandelen die in ruil voor de inbreng werden verkregen, moeten volgens de fiscus worden gewaardeerd tegen de nominale waarde van de schuldvordering.

De rechtbank stelt vast dat omtrent de waardering van aandelen die bij een inbreng in natura werden verkregen, in het fiscaal recht niets is bepaald. Bijgevolg moet worden gekeken naar het boekhoudrecht en het KB/W.Venn.

In artikel 39, lid 1 KB/W.Venn. is bepaald dat wanneer een vordering wordt ingebracht, de waarde van een ingebrachte schuldvordering overeenstemt met de bedongen waarde van de inbreng. Artikel 41, § 1, lid 1 KB/W.Venn. bepaalt dat de aanschaffingswaarde van deelnemingen of aandelen die worden ontvangen als vergoeding voor inbrengen die bestaan in contanten of die voortkomen uit de omzetting van vorderingen, gelijk is aan de conventionele waarde van de ingebrachte goederen of waarden of van de omgezette vorderingen.

Volgens de rechtbank volgt uit de samenlezing van beide artikelen dat zowel voor de waardering van de ingebrachte vermogensbestanddelen door de inbrenggenietende vennootschap als voor de waardering van de in ruil ontvangen aandelen door de inbrengende vennootschap de conventionele waarde bepalend is. Beide waarderingen moeten met elkaar overeenstemmen. Deze stelling wordt bevestigd door de commissie voor boekhoudkundige normen. In advies nr. 126-18 staat het volgende te lezen: "*De aanschaffingswaarde zal derhalve voor de ingebrachte goederen in hoofde van de inbreng ontvangende vennootschap, als voor de ontvangen aandelen in hoofde van de inbrengende vennootschap, overeenstemmen met de tussen partijen overeengekomen waarde van de ingebrachte goederen die gelijk is aan de 'werkelijke' waarde van de uitgegeven aandelen waarmee de inbreng wordt vergoed*" (Bull. CBN 2002, afl. 47).

Volgens de rechtbank volgt uit dit advies dat beide waarderingen "*principieel met elkaar moeten overeenstemmen*".

In advies nr. 2011/9 heeft de Commissie voor Boekhoudkundige Normen bepaald dat schuldvorderingen zowel tegen nominale waarde als aan de economische (werkelijke) waarde kunnen worden ingebracht. Het zal het bestuursorgaan van de inbrenggenietende vennootschap zijn die in de inbrengakte de waarde van de vordering bepaalt. De inbreng heeft voor de inbrenggenietende vennootschap in ieder geval tot gevolg dat het netto-actief

stijgt ten belope van de nominale waarde van de schuldvordering. De ingebrachte schuldvordering is dan immers niet langer een opeisbare schuld, maar werd omgezet in het eigen vermogen. Wanneer een schuldvordering door de inbrenggenietende vennootschap tegen de nominale waarde wordt geboekt, wordt de schuld voor deze waarde afgeboekt en wordt het kapitaal in dezelfde mate verhoogd. In dergelijk geval moet noch door de inbrenggenietende vennootschap noch door de inbrengende vennootschap een uitzonderlijk resultaat worden geboekt. Anders is het wanneer de inbrenggenietende vennootschap de vordering waardeert tegen de werkelijke waarde. In dat geval ontstaat er bij de inbrengende vennootschap een aftrekbaar verlies of een aftrekbare minderwaarde (S. VAN CROMBRUGGE, "Kroniek Boekhoudrecht (mei 2010-april 2011)", TRV 2001, afl. 4, 244).

Aangezien in het voorliggende geval de dochtervennootschap de ingebrachte schuldvordering tegen nominale waarde heeft gewaardeerd, werd door deze vennootschap geen uitzonderlijke opbrengst geboekt. Het gevolg hiervan is dat de inbrengende vennootschap evenmin een uitzonderlijke kost (minderwaarde) in aftrek kon brengen.

De rechtbank vindt het argument dat de holdingvennootschap "*niet anders kon doen dan een waardevermindering boeken omdat de aandelen die in ruil voor de inbreng werden verkregen nooit voor een prijs gelijk aan de nominale waarde verkoopbaar waren*" niet relevant.

Hetzelfde geldt voor het argument dat de vennootschap verplicht was een minderwaarde te boeken omdat ze verplicht was het "*voorzichtigheids- en het realiteitsbeginsel*" te respecteren.

De rechtbank is van oordeel dat de aangevoerde argumentatie van de belastingplichtige niet kan overtuigen. De rechtbank wijst er immers op dat de vennootschap haar schuldvordering niet voor de werkelijke waarde aan een onafhankelijke derde heeft verkocht, maar ze daarentegen heeft ingebracht in ruil voor aandelen die bij de inbrenger een waarde hadden gelijk aan de nominale waarde van de schuldvordering.

De rechtbank geeft de holdingvennootschap ongelijk en beslist dat de minderwaarde niet voor fiscale aftrek in aanmerking komt.

## ● Commentaar

Een vennootschap-schuldeiser die haar vordering op een andere vennootschap in kapitaal inbrengt, kan dit op twee manieren doen: de inbreng kan gebeuren tegen de werkelijke economische waarde (waarbij de vordering wordt gewaardeerd aan de hand van de recuperatiemogelijkheden) of de inbreng kan gebeuren tegen de nominale waarde.

Er wordt aangenomen dat het bestuursorgaan van de inbrenggenietende vennootschap de waarde van de vordering in de inbrengakte bepaalt (art. 602 W.Venn.).

Indien wordt ingebracht tegen de nominale waarde, zal bij de inbrenggenietende vennootschap het netto-actief stijgen ten belope van de nominale waarde van de schuldvordering. In dat geval vormt de ingebrachte schuldvordering niet langer een opeisbare schuld, maar wordt deze omgezet in eigen vermogen.

Een inbreng tegen nominale waarde gebeurt fiscaal neutraal. De inbrenggenietende vennootschap realiseert bij de inbreng tegen nominale waarde geen winst of verlies. Hetzelfde geldt voor de inbrenger (J.-L. GODEFROIT, "Le traitement fiscal des pertes", JDF 1982, 147).

Anders is het wanneer de schuldvordering niet wordt ingebracht tegen nominale waarde maar gebeurt tegen de economische waarde van de vordering. Wanneer in dat geval een minderwaarde wordt tot uiting gebracht, ontstaat er bij de gewezen schuldenaar een belastbare winst ten belope van het verschil tussen de nominale waarde en de economische waarde. De inbrengende vennootschap zal bij een inbreng aan economische waarde een aftrekbaar verlies realiseren dat voor fiscale aftrek in aanmerking komt.

In het hier besproken vonnis was er voor de rechtbank geen reden om deze logica te doorbreken. De rechtbank stelde dat er geen discrepantie kan bestaan tussen de manier waarop de inbrengende vennootschap en de inbrenggenietende vennootschap de inbreng van de schuldvordering verwerpen. Onder verwijzing naar het boekhoudrecht en het KB/W.Venn. en de bijhorende adviezen van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen stelde de rechtbank dat de wijze van verwerking bij beide vennootschappen "*principeel met elkaar moet overeenstemmen*" (S. VAN CROMBRUGGE, "Boekhoudrecht (mei 2010-april 2011)", TRV 2011, afl. 4, 242 e.v.).

- **Referentie**

Rb. Brugge 16 oktober 2017, rolNr. 16/1463/A

mnma12805389

**Rb. West-Vlaanderen (afd. Brugge) (burg.) (4e k.) nr. 16/2904/A, 19 februari 2018**

Rb. West-Vlaanderen (afd. Brugge) (burg.) (4e k.) nr. 16/2904/A, 19 februari 2018 Fisc.Koer. 2018 (weergave VAN DE WYGAERT, M.), afl. 10, 998 en <http://www.monkey.be/> (3 september 2018), noot VAN DE WYGAERT, M.

---

**Samenvatting**

Volgens de rechtbank heeft vennootschap A om het bedrag van de door haar ontvangen dividenden belastingvrij aan haar aandeelhouders te kunnen uitkeren "een volstrekt kunstmatige constructie opgezet die niet beantwoordt aan de economische werkelijkheid". Deze constructie is in strijd met de doelstellingen van artikel 18, lid 1 WIB92 dat uitkeringen van winsten en/of reserves en/of terugbetalingen van maatschappelijk kapitaal aan aandeelhouders belastbaar wil maken. De uitzondering op de belastbaarheid, nl. de terugbetaling van het gestort kapitaal in uitvoering van een regelmatige beslissing tot vermindering van het kapitaal overeenkomstig de vennootschapsrechtelijke regels, moet, gezien de doelstelling van artikel 18, lid 1 WIB92, eng worden geïnterpreteerd.

De fiscus heeft in casu de antimisbruikbepaling van artikel 344, § 1 WIB92 correct toegepast. Volgens de rechtbank blijkt uit het dossier dat vennootschap A geen niet-fiscale motieven had om tot de betwiste kapitaalvermindering van 2013 over te gaan. Aangezien het vereiste tegenbewijs niet is geleverd, kan de fiscus de kapitaalvermindering als dividend belasten.

**Trefwoorden:**

- ◆ Niet-tegenwerpelijkheid van juridische kwalificatie akte (inkomstenbelastingen)
- ◆ Kapitaalvermindering in N.V.
- ◆ Dividend (grondslag personenbelasting)
- ◆ Inbreng van aandelen (werkelijk gestort kapitaal vennootschapsbelasting)

# Hof van beroep - Gent - 5de kamer - Arrest van 9 januari 2018 - Rol nr 2016/AR/1618

09 januari 2018

## **Intrestlasten op een investeringskrediet dat dient tot uitkering van een superdividend om de overname van de eigen aandelen door een andere vennootschap te financieren - bewijslast artikel 49 WIB - vertrouwens- en gelijkheidbeginsel**

### **Samenvatting**

Arrest van het Hof van Beroep van Gent dd.09.01.2018 - De geïntimeerde is een naamloze vennootschap waarvan de aandelen in handen waren van twee broers die beiden al op pensioen waren. Zij hebben een overeenkomst bedongen waarmee een nv eigenaar werd van alle aandelen van de geïntimeerde. Diezelfde dag sloot de geïntimeerde een investeringskrediet af met als doel de gedeeltelijke financiering van de uitbetaling van een superdividend. Door de geïntimeerde werd daarna een overschrijving gedaan op de rekening van haar enige aandeelhouder, de nv, met als vermelding 'betaling superdividend'. Dat dividend werd door de nv gebruikt om de door haar eerder aangegane lening aangegaan voor de overname van de aandelen, terug te betalen. Een zelfde scenario herhaalde zich nog twee keer naar aanleiding van latere dividenduitkeringen. De taxatiedienst was van oordeel dat de intrestlasten op het investeringskrediet geen aftrekbare beroepskost waren in hoofde van de geïntimeerde omdat die kosten niet zouden zijn gemaakt om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. De controleagent stelde dat een superdividend gebruikt om de overname van de eigen aandelen door een andere vennootschap te financieren, niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 49 WIB92. De eerste rechter had de vordering gegrond verklaard. Het hof treedt echter de stelling van de fiscus bij. De verworpen kosten houden verband met een krediet waarmee een superdividend werd uitgekeerd. Het is zonder invloed op de beoordeling dat de bankinstelling dit krediet als een 'investeringskrediet' zag. Het uitkeren van dat superdividend was slechts nodig om de overname van de aandelen in de geïntimeerde mogelijk of toch minstens gemakkelijker te maken. Terecht benadrukt de appelland dat het kunnen overlaten van die aandelen in het voordeel van de aandeelhouders was. De financiering was niet nodig om de werkzaamheden van de geïntimeerde mogelijk te maken of in stand te houden. Zoals de appelland stelt werd het krediet aangegaan, niet om een eigen investering van de geïntimeerde te financieren, maar om een investering van de overnemer, de nv, te financieren. De opbrengsten van die investering zijn dus voor de nv en niet voor de geïntimeerde bedoeld. De appelland wijst ook nog terecht op de bewijslast die op de geïntimeerde rust en het feit dat zij zelfs niet aantoonde dat de overname gepaard ging met een garantie dat de overnemer de vennootschap zelf zou verderzetten. Waar de geïntimeerde met reden wijst op het feit dat artikel 52, 2° WIB92 ook andere 'lasten renten en soortgelijke uitkeringen betreffende onderneming' insluit, gaat zij er volgens het hof hoe dan ook aan voorbij dat de aftrekbaarheid als beroepskost hoe dan ook afhankelijk is van de vereiste gesteld in artikel 49 WIB92 dat die lasten, enz. door de belastingplichtige gedaan of betaald zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Zoals hoger vastgesteld



is aan die voorwaarde niet voldaan. Het hof weerhoudt ook geen schending van het vertrouwensbeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel of een schending van het EU-recht: recht op vrije vestiging en/of vrij verkeer van diensten en kapitaal.

## Arrest

Advocaten:

Meester VERBIST Ann - voor de geïntimeerde

### 1. De procedure voor het hof

Bij verzoekschrift van 13 september 2016 heeft de appellant hoger beroep ingesteld tegen het vonnis dat door de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, zesde kamer, op 28 juni 2016 werd uitgesproken in de zaak met rolnummer 14/4700/A.

De partijen hebben hun middelen en besluiten voorgedragen in de openbare terechtzitting van 12 december 2017, waarna het debat werd gesloten. Het hof nam vervolgens de zaak in beraad.

De partijen hebben verklaard dat het bestreden vonnis niet werd betekend.

Het hof heeft de Nederlandse taal gebruikt in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

### 2. De relevante feiten en de voorafgaande procedure

De geïntimeerde is een naamloze vennootschap waarvan de aandelen begin 2010 in handen waren van twee broers die beiden al op pensioen waren.

Zij hebben een overeenkomst van 3 mei 2010 bedongen waarmee E nv eigenaar werd van alle aandelen van de geïntimeerde.

Diezelfde dag, 3 mei 2010, sloot de geïntimeerde een investeringskrediet af van 2.500.000,00 euro bij Fortis Bank nv met als doel de gedeeltelijke financiering van de uitbetaling van een superdividend. Op 31 mei 2010 werd dat bedrag opgenomen en werd door de geïntimeerde 2.625.000,00 euro overgeschreven op de rekening van haar enige aandeelhouder, E nv, met als vermelding 'betaling superdividend'. Dat dividend werd door E nv gebruikt om de door haar eerder aangegane lening aangegaan voor de overname van de aandelen, terug te betalen. Een zelfde scenario herhaalde zich naar aanleiding van de dividenduitkeringen in juli en augustus 2010 en mei en december 2011. Het totaal bedrag van de dividenduitkeringen tussen mei 2010 tot eind 2011 bedroeg 3.500.000,00 euro.

De appellante heeft de intresten op dat investeringskrediet bij Fortis Bank nv als beroepskost

geboekt.

De taxatiedienst, meer bepaald de bbi van Brugge, heeft op 21 augustus 2013 aan de geïntimeerde een bericht van wijziging van de aangifte voor de aanslagjaren 2011 en 2012 verstuurd. De taxatiedienst was van oordeel dat de intrestlasten op het investeringskrediet geen aftrekbare beroepskost waren in hoofde van de geïntimeerde omdat die kosten niet zouden zijn gemaakt om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. De controleagent stelde dat een superdividend gebruikt om de overname van de eigen aandelen door een andere vennootschap te financieren, niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 49 WIB92.

Er werd een belastingverhoging van 10% aangekondigd.

Hoewel de geïntimeerde liet weten daarmee niet akkoord te gaan, bleef de taxatiedienst op zijn standpunt. Voor aanslagjaar 2011 werd weliswaar geen aanslag gevestigd wegens afwezigheid van belastbare grondslag na aftrek van de aftrek voor risicokapitaal.

De aanslag over aanslagjaar 2012 werd, zoals gemeld in de kennisgeving van beslissing tot taxatie van 2 december 2013, gevestigd overeenkomstig het bericht van wijziging van de aangifte met uitzondering van de aangekondigde belastingverhoging en dit op 10 januari 2014 onder kohierartikel 840.000.899 voor een te betalen bedrag van 22.062,19 euro. Het aanslagbiljet werd op 17 januari 2014 verstuurd.

Op 15 januari 2014 werd aan de geïntimeerde een bericht van wijziging van de aangifte voor het aanslagjaar 2013 verstuurd met eenzelfde standpunt als voor de aanslagjaren 2011 en 2012.

Ook nu liet de geïntimeerde weten niet akkoord te gaan, maar bleef de taxatiedienst op zijn standpunt, wat hij liet weten in zijn kennisgeving van beslissing tot taxatie van 18 maart 2014. In die zin werd op 11 april 2014 voor het aanslagjaar 2013 een aanslag in de vennootschapsbelasting gevestigd onder artikel 841.207.397 voor een te betalen bedrag van 61.285,47 euro.

Op 14 juli 2014 heeft de geïntimeerde tegen de aanslagen voor de aanslagjaren 2012 en 2013 een bezwaarschrift ingediend.

In zijn directeursbeslissing van 29 augustus 2014 wees de appellant het bezwaar af.

Met een verzoekschrift van 28 november 2014 stelde de geïntimeerde haar vordering in voor de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent.

In het vonnis van 28 juni 2016 heeft de zesde kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent als volgt uitspraak gedaan:

*Verklaart de vordering van eiseres ontvankelijk en als volgt gegrond:*

*Zegt voor recht dat de interestlasten van 43.274,34 euro voor aanslagjaar 2011 en van 101.246,02*

*euro voor aanslagjaar 2012 als een aftrekbare beroepskost kwalificeren in hoofde van eiseres.*

*Beveelt de herberekening van de aanslagen voor aanslagjaar 2012, gekend onder artikelnummer 840000899, en voor aanslagjaar 2013, gekend onder artikelnummer 841207397, met inbegrip van de (overgedragen) aftrek voor risicokapitaal en verliezen, en beveelt een passende ontheffing rekening houdende met bovenvermelde elementen.*

*Beveelt de terugbetaling van alle op grond van de voormelde aanslagen ten onrechte geïnde sommen, vermeerderd met de interest overeenkomstig artikel 418 WIB '92.*

*Veroordeelt verweerder tot de gedingkosten van deze aanleg. Naast zijn eigen kosten is dit in hoofde van eiseres een rechtsplegingsvergoeding van 3.300,00 euro.*

Het is tegen dat vonnis dat de appellant hoger beroep heeft ingesteld.

### 3. De vorderingen van de partijen

#### 3.1. De vordering van de appellant

De appellant vraagt in hoger beroep aan het hof om:

*- appellante akte te verlenen van het instellen van hoger beroep, dit ontvankelijk en gegrond te verklaren;*

*- dienvolgens het bestreden vonnis teniet te doen, en opnieuw wijzende, de oorspronkelijke vordering af te wijzen als ongegrond;*

*geïntimeerden te veroordelen tot de kosten der procedure*

#### 3.2. De vordering van de geïntimeerde

De geïntimeerde vraagt in hoger beroep aan het hof om:

*De vordering overeenkomstig artikel 569, eerste lid, 32° Ger.W. ontvankelijk en gegrond te verklaren*

*en derhalve:*

*IN HOOFDORDE*

*Het bestreden vonnis van de 6° burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, gewezen op 28 juni 2016 (rolnummer 14/4700/A), te bevestigen.*

*Bovenvermelde beslissing d.d. 29 augustus 2014 van de ambtenaar gedelegeerd door de Adviseur - Gewestelijke directeur te Gewestelijke Directie BBI Gent, met referthenummer 503-04-14/035606, niet te volgen, en voor recht te zeggen dat de interestlasten voor beide aanslagjaren (43.274,34 EUR voor aanslagjaar 2011 en 101.246,02 EUR voor aanslagjaar 2012) aftrekbare beroepskosten uitmaken in de zin van artikel 49 en 52,2° WIB 92;*

*Derhalve de overeenkomstige ontheffingen te verlenen van de betwiste aanslagen, gevestigd voor het aanslagjaar 2012 (art. 840000899) en 2013 (art. 841207397), met inbegrip van de bijhorende aanpassingen van de (overgedragen) notionele interestaftrek en vorige verliezen, alle verhogingen, boeten en kosten, en voor zover nodig deze aanslagen hiertoe te vernietigen.*

#### *IN ONDERGESCHIKTE ORDE*

*De betwiste aanslagen, gevestigd voor het aanslagjaar 2012 (art. 840000899) en 2013 (art. 841207397) te vernietigen, wegens schending van het vertrouwensbeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel,*

*minstens hieromtrent de volgende prejudiciële vraag voor te leggen aan het Grondwettelijk Hof:*

*'Schendt art. 49 juncto 52,2° WIB 92 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in die zin geïnterpreteerd dat interestlasten die gemaakt zijn binnen de maatschappelijk activiteit van de vennootschap en ook verband houden met de algemene bedrijfsuitoefening van de vennootschap, toch niet aftrekbaar zijn als beroepskost omdat zij gediend hebben om haar eigen overname (mee) te financieren, doordat ingevolge deze interpretatie geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat voor het gemaakte onderscheid tussen enerzijds (kleinere) niet-kapitaalkrachtige vennootschappen die beroep moeten doen op dergelijke financieringstechnieken via de overgenomen vennootschap om de overname te realiseren en die dus niet alleen geconfronteerd worden met een interestlast maar deze ook nog eens als niet-aftrekbaar wordt aangemerkt, en anderzijds (grotere) kapitaalkrachtige vennootschappen of vennootschapsgroepen die een dergelijke financiering niet nodig hebben. "*

#### *IN UITERST ONDERGESCHIKTE ORDE*

*De betwiste aanslagen, gevestigd voor het aanslagjaar 2012 (art. 840000899) en 2013 (art. 841207397) te vernietigen, wegens schending van EU-recht (artikelen 49 en 54 VWEU),*

*desgevallend hiertoe een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Europese Hof van Justitie.*

*Appellant te veroordelen tot de kosten van het geding, daarin inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding ten belope van 3.600,00 EUR in eerste aanleg en 3.600,00 EUR in hoger beroep (waarde van het geschil tussen de 60.000 tot 100.000 EUR), en voor zover nodig, tot terugbetaling van de ten onrechte betaalde belastingen, verhogingen en nalatigheidsintresten met inbegrip van de daarop, overeenkomstig artikel 418 WIB92, verschuldigde moratoriumintresten, alsmede tot terugbetaling van de ten onrechte aan verzoekster aangerekende en door haar betaalde vervolgingskosten.*

#### 4. De betwistingen en hun beoordeling

De geïntimeerde ontwikkelt drie middelen op grond waarvan ze de bestreden aanslagen nietig wenst verklaard te zien.

##### 4.1. Nietigheid wegens schending van de regels inzake de aftrekbaarheid van de beroepskosten (artikel 49 e.v. WIB92)

De geïntimeerde roept in dat de lening werd aangegaan om een dividend uit te keren aan de overnemer, waardoor de eigen overname van de geïntimeerde voor een deel werd gefinancierd. Zij stelt dat zij daarbij een economisch en wettelijk verantwoorde verrichting heeft betracht, met name het realiseren van haar eigen overname en bijgevolg de continuïteit van haar onderneming bewerkstelligen en de toekomstig winstcapaciteit gegarandeerd zien. Of het aangewezen was om hiervoor een lening aan te gaan of überhaupt een dividend uit te keren aan de overnemer, is volgens de geïntimeerde een opportuniteitsbeoordeling. De op korte termijn duidelijk zichtbare afname van de beschikbare middelen ("verarming"), weegt volgens haar niet op tegen de voordelen van de overname op lange termijn.

De appellant zou zich er ook niet kunnen op beroepen dat uitgaven inherent moeten zijn aan de maatschappelijke activiteit, terwijl het aangaan van het betreffende krediet volgens de geïntimeerde zelfs in overeenstemming is met haar maatschappelijk doel.

##### Beoordeling

Het hof treedt de stelling van de appellant bij.

Artikel 49 WIB92 luidt als volgt:

*Als beroepskosten zijn aftrekbaar de kosten die de belastingplichtige in het belastbare tijdperk heeft gedaan of gedragen om de belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en waarvan hij de echtheid en het bedrag verantwoordt door middel van bewijsstukken of, ingeval zulks niet mogelijk is, door alle andere door het gemeen recht toegelaten bewijsmiddelen, met uitzondering van de eed.*

*Als in het belastbare tijdperk gedaan of gedragen worden beschouwd, de kosten die in dat tijdperk werkelijk zijn betaald of gedragen of het karakter van zekere en vaststaande schulden of verliezen hebben verkregen en als zodanig zijn geboekt.*

Gelet op de recentste (gewijzigde) rechtspraak van het Hof van Cassatie is de vraag of bedrijfsuitgaven –of lasten aftrekbaar zijn, niet meer afhankelijk van het antwoord op de vraag of die uitgaven of lasten inherent zijn aan het maatschappelijk of statutair doel van de handelsvennootschap.

Gelet op wat artikel 49 WIB92 voorschrijft, moeten de bedrijfsuitgaven of –lasten gedaan of gedragen zijn ‘om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden’. Dat betekent dat er een aantoonbaar (causaal) verband moet bestaan met de ‘werkelijk uitgeoefende beroepswerkzaamheid’ van de vennootschap (S. VAN CROMBRUGGE, “Cassatierechtspraak over beroepskosten: minder spectaculair dan ze lijkt”, *Fiscoloog*, 2015, 1438, p. 2; Concl. Adv.-Gen. D. THYS bij Cass. 14 oktober 2016, rolnr. F. 15.0103.N, concl. randnr. 5, via [www.juridat.be](http://www.juridat.be)).

De verworpen kosten houden verband met een krediet waarmee een superdividend werd uitgekeerd. Het is zonder invloed op de beoordeling dat de bankinstelling dit krediet als een ‘investeringskrediet’ zag. Het uitkeren van dat superdividend was slechts nodig om de overname van de aandelen in de geïntimeerde mogelijk of toch minstens gemakkelijker te maken. Terecht benadrukt de appellant dat het kunnen overlaten van die aandelen in het voordeel van de aandeelhouders was. De financiering was niet nodig om de werkzaamheden van de geïntimeerde mogelijk te maken of in stand te houden.

Zoals de appellant stelt werd het krediet aangegaan, niet om een eigen investering van de geïntimeerde te financieren, maar om een investering van de overnemer, E nv, te financieren. De opbrengsten van die investering zijn voor E nv en niet voor de geïntimeerde bedoeld.

De overname door E nv had trouwens ook slechts tot doel mogelijk te maken dat de toenmalige aandeelhouders-zaakvoerders hun aandelen konden verzilveren. Ook daar ontbreekt het doel om belastbare inkomsten van de geïntimeerde te verkrijgen of te behouden.

Er is ook geen aantoonbaar verband tussen het enkele feit dat de onderneming via die overname kon blijven verder bestaan, en het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten. Het is immers niet de continuïteit zelf van het bedrijf die het behouden van belastbare inkomsten mogelijk maakt, maar wel het besturen van de onderneming en het (laten) uitvoeren van de verschillende opdrachten van dat bestuur (dus de eigenlijke werking van de onderneming in al zijn geledingen). Zoals de appellant met reden laat gelden, kon een continuïteit bovendien ook op andere manier bekomen worden; op de keper beschouwd was het enkele feit dat de overlatende aandeelhouders-zaakvoerder de pensioengerechtigde leeftijd bereikt hadden, geen noodzaak tot overlating van de aandelen of tot wijziging van het bestuur (dat blijkt zelfs uit het feit dat één van de overlatende aandeelhouders al 80 jaar was, terwijl de andere nog maar 67 jaar was, zodat het zelfs denkbaar was dat die laatste nog meerdere jaren kon doorgaan). Een overlating is overigens mogelijk zonder dat er een objectieve reden (zoals het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werkende vennoten) moet zijn. Dat er tussen het overlaten van de aandelen (en dus blijven verder bestaan van de vennootschap) en het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten door de overgenomen vennootschap een verband zou bestaan, is niet noodzakelijk het geval. Zoals de appellant stelt, is dat hier ook niet aangetoond. Waar de geïntimeerde wijst op de positieve evolutie van de economische cijfers van haar bedrijf sedert de betreffende overname, blijft gelden dat dit het gevolg is van het besturen en de eigenlijke werking van de vennootschap en niet van de overlating op zich en dus ook niet van het verder blijven bestaan van de geïntimeerde.

De appellant wijst ook nog terecht op de bewijslast die op de geïntimeerde rust en het feit dat zij zelfs niet aantoonde dat de overname gepaard ging met een garantie dat de overnemer de vennootschap zelf zou verderzetten.

De transactie had trouwens tot gevolg dat het eigen vermogen met 83,72% verminderd werd en een groot bedrag aan vreemd vermogen in de plaats kwam. Zoals de appellant stelt, hield dat risico's in voor de continuïteit van de onderneming.

Voor zoveel als nodig moet nog worden verduidelijkt dat de eerste rechter er ten onrechte van uit gaat dat de geïntimeerde verplicht zou geweest zijn de beslissing om het superdividend uit te keren uit te voeren waardoor zij de financiële middelen ter beschikking moest stellen en in de concrete omstandigheden geen andere keuze had dan een krediet aan te gaan. Zoals de appellant benadrukt, was de beslissing door de algemene vergadering om een superdividend uit te keren een eigen autonome beslissing van de geïntimeerde. De algemene vergadering trad op als orgaan van de geïntimeerde; als zodanig gaat het dus om een beslissing van de geïntimeerde zelf (artn. 61 en 531 W.Venn.). Een dergelijke beslissing tot toekennen van een superdividend, creëert slechts op een artificiële manier de noodzaak om een krediet aan te gaan.

De geïntimeerde stelt dat de appellant zich niet mag inlaten met de vraag of zij al dan niet kon kiezen voor de weg van de financiering omdat dit een opportuniteitsbeoordeling inhoudt. Dat argument gaat er evenwel aan voorbij dat het volstaat vast te stellen — zoals het hof hier bevestigt — dat niet voldaan is aan de voorwaarden van artikel 49 WIB92 om de interesten van de financiering als beroepskosten in aftrek te kunnen nemen.

De geïntimeerde kan zich ook niet beroepen op een autonoom recht op aftrek van de interesten op grond van artikel 52, 2° WIB92 dat als een van de specifieke soorten beroepskosten verduidelijkt: *interest van aan derden ontleende en in de onderneming gebruikte kapitalen alsmede lasten, renten en soortgelijke uitkeringen betreffende die onderneming.*

Zoals de appellant stelt gaat het niet om 'interest van aan derden ontleende en in de onderneming gebruikte kapitalen' aangezien het ontleende kapitaal voor het uitkeren van een superdividend bedoeld en gebruikt werd en dus niet in de (eigen) onderneming van de geïntimeerde werd gebruikt.

Waar de geïntimeerde met reden wijst op het feit dat artikel 52, 2° WIB92 ook andere 'lasten renten en soortgelijke uitkeringen betreffende onderneming' insluit, gaat zij er hoe dan ook aan voorbij dat de aftrekbaarheid als beroepskost hoe dan ook afhankelijk is van de vereiste gesteld in artikel 49 WIB92 dat die lasten, enz. door de belastingplichtige gedaan of gedragen zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Zoals hoger vastgesteld, is aan die voorwaarde niet voldaan.

#### 4.2. Nietigheid wegens schending van het vertrouwensbeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel

Volgens de geïntimeerde was het standpunt van de appelland, zoals hierboven bevestigd door het hof, niet voorzienbaar en daarom in strijd met het vertrouwensbeginsel. De overheid had dat inzicht moeten duidelijk maken zodat kon vermeden worden dat overnames van vennootschappen via een financiering door de overgenomen vennootschap kon gebeuren in de overtuiging dat de kosten die daaraan verbonden waren aftrekbaar zijn.

Het hof kan evenwel slechts vaststellen dat de toepassing van de wettelijke principes in verband met de aftrekbaarheid van kosten door de appelland en zoals hierboven door het hof bevestigd, bezwaarlijk als een nieuw en verrassend inzicht kan beschouwd worden.

Waar de geïntimeerde een schending van het gelijkheidsbeginsel ziet, stelt het hof vast – zoals overigens duidelijk blijkt uit de prejudiciële vraag die de geïntimeerde suggereert – dat de geïntimeerde er ten onrechte van uitgaat dat zijzelf de overname van haar aandelen zou gerealiseerd hebben. Zij maakt immers de vergelijking tussen (kleinere) niet kapitaalkrchtig vennootschappen en (grotere) kapitaalkrchtige vennootschappen of vennootschapsgroepen, telkens als potentiële overnemers van een bestaande vennootschap. De geïntimeerde is niet zelf overnemer zodat zij zich niet kan beroepen op de ongelijkheid die anderen eventueel zouden moeten ondergaan.

Overigens belet artikel 49 WIB92 op zich niet dat er een overname plaatsvindt (wat bewezen wordt door het feit dat ze ook hier onverminderd heeft kunnen gebeuren). Waar de geïntimeerde het verschil hekelt dat betrekking heeft op de aftrekbaarheid van de kosten van de financiering in de over te nemen vennootschap, valt niet in te zien dat in geval van een overname zonder financiering, want door een '(grotere) kapitaalkrchtige vennootschap of vennootschapsgroep' er een recht op aftrek van interesten zou kunnen bestaan en dus een verschil in behandeling.

Ook dit middel is ongegrond.

#### 4.3. Nietigheid wegens schending van het EU-recht: recht op vrije vestiging en/of vrij verkeer van diensten en kapitaal

De geïntimeerde toont niet aan dat de niet-aftrekbaarheid van de kosten van de lening om een overnemer van haar aandelen te kunnen aantrekken, een probleem stelt inzake (vrije) vestiging van ondernemingen (art. 49 en 54 VWEU) of van het recht op vrij verkeer van diensten en kapitaal.

De geïntimeerde toont immers niet aan dat ondernemingen in andere lidstaten van de Europese Unie niet geconfronteerd worden met een beperking zoals deze van de niet-aftrekbaarheid van interest zoals hier door het hof wordt vastgesteld.

Ook dit middel is ongegrond.



Het hoger beroep van de appellant is gegrond.

#### 5. De gerechtskosten

De geïntimeerde wordt in het ongelijk gesteld en moet daarom de gerechtskosten van de beide instanties dragen.

Overeenkomstig het eerste lid van artikel 1022 Ger.W., vervangen bij wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, heeft slechts de partij die in het gelijk gesteld wordt recht op een rechtsplegingsvergoeding. Nu de appellant, die in het gelijk wordt gesteld, niet door een advocaat vertegenwoordigd is, heeft hij geen recht op een rechtsplegingsvergoeding.

Er zijn ook geen andere gerechtskosten.

#### **OP DIE GRONDEN,**

#### **HET HOF,**

recht doende op tegenspraak;

verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

vernietigt het bestreden vonnis behoudens waar het de vordering van de geïntimeerde ontvankelijk verklaart;

doet opnieuw recht voor het overige en verklaart de vordering van de geïntimeerde ongegrond;

veroordeelt de geïntimeerde tot het betalen van de gerechtskosten van de beide instanties, vastgesteld als volgt:

- aan de kant van de appellant: *nihil*
- aan de kant van de geïntimeerde: *nihil*

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, **VIJFDE KAMER**, zitting houdende in fiscale zaken, van **9 januari 2018**.

Aanwezig:

Dries Vandeputte, raadsheer wn. voorzitter, alleenrechtsprekend



# Hof van beroep - Antwerpen - 6de kamer B - Arrest van 8 mei 2018 - Rol nr 2016/AR/2108

08 mei 2018

## **Aftrek als beroepskost van interesten ter financiering van een kapitaalvermindering en een dividenduitkering - bewijsvoorwaarden artikel 49 WIB - verrekening vorige verliezen - van ambtswege uitbreiding van bezwaar cfr. art. 367 WIB**

### **Samenvatting**

Arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen dd.08.05.2018 - Huidige betwisting heeft betrekking op de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013. In het bijzonder wordt de verwerping betwist van de aftrek als beroepskost van interestlasten van een lening die werd aangegaan bij een verbonden vennootschap en werd aangewend voor de financiering van een kapitaalvermindering en een dividenduitkering. De eerste rechter wees de vordering af. Eiseres in hoger beroep besluit tot de aftrekbaarheid van de interesten omdat aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 is voldaan. De omstandigheid dat de lening chronologisch werd aangewend om een uitkering te doen aan de aandeelhouders doet geen afbreuk aan het feit dat de lening werd aangegaan om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Er is geen sprake van een kunstmatige constructie van belastingontwijking. Of de interestlasten al dan niet gedaan of gedragen zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, is volgens het hof een feitenkwestie, waarvan de bewijslast rust op eiseres in hoger beroep. Het hof is van oordeel dat eiseres in hoger beroep in casu haar bewijslast niet invult. Zij blijft in gebreke aan te tonen dat de interestlasten van de lening, aangegaan ter financiering van de kapitaalvermindering en dividenduitkering, werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Uitsluitend uit de beslissing tot kapitaalvermindering, de leningovereenkomst en de jaarrekening met toelichting kan niet worden afgeleid dat de interestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Dat de kapitaalvermindering en dividenduitkering essentieel zouden zijn voor het voortbestaan van de vennootschap en dus voor het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten in de toekomst, zoals eiseres in hoger beroep beweert, wordt evenmin aangetoond, aldus het hof. Aldus wordt geen verboden opportuniteitsbeoordeling doorgevoerd. De opportuniteit en het nut van de kapitaalvermindering en dividenduitkering worden immers niet beoordeeld aangezien deze niet dienen te worden getoetst aan artikel 49 W.I.B. 1992. Er dient daarentegen te worden aangetoond dat de lening en de daaraan gerelateerde interestlasten werden aangegaan om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Het hof moet vaststellen dat eiseres in hoger beroep ook aan de hand van haar jaarrekening en toelichting niet aantoont dat de interestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te

verkrijgen of te behouden. Ten onrechte stelt eiseres in hoger beroep dat de eigenlijke intentie hiertoe niet zou dienen te worden aangetoond. Aldus miskent eiseres in hoger beroep de duidelijke wettekst van artikel 49 W.I.B. 1992 ter zake. Eiseres in hoger beroep werpt voorts een schending van het gelijkheidsbeginsel op indien sprake zou zijn van een principiële weigering van de aftrek van intrestkosten van een lening aangegaan na een beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering, hetgeen door het hof wordt afgewezen. Aangezien een principiële verwerping van het recht op aftrek van dergelijke lening niet aan de orde is, ligt geen kennelijke schending van het gelijkheidsbeginsel voor. Een prejudiciële vraag dient dan ook niet aan het Grondwettelijk Hof te worden voorgelegd. De aftrek van de intrestlasten werd in casu door de administratie immers verworpen omdat niet aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 werd voldaan, aldus het hof. Bij gebrek aan bewijs dat aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 is voldaan en in het bijzonder nu niet is aangetoond dat de intrestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, werd de aftrek van de intrestlasten als beroepskost terecht verworpen. Eiseres in hoger beroep verzoekt in subsidiaire orde, in acht genomen dat de aftrek van de intrestlasten niet wordt aanvaard door het hof, om rekening te houden met de overgedragen verliezen en met de overdraagbare investeringsaftrek. De eerste rechter had deze vordering ontoelaatbaar bevonden wegens gebrek aan bezwaarschrift. Volgens het hof geldt, in toepassing van artikel 367 W.I.B., een bezwaarschrift tegen een aanslag die gevestigd is op betwiste bestanddelen van ambtswege voor de andere aanslagen, gevestigd op dezelfde bestanddelen of als supplement vóór de beslissing over het bezwaarschrift. Het bezwaarschrift tegen de aanvankelijke aanslag, geldt derhalve van ambtswege tegen de in casu bestreden supplementaire aanslag die werd gevestigd voor tussenkomst van de directoriale beslissing over dit bezwaar. Er is dan ook geen sprake van enige verbeuring van de mogelijkheid tot verrekening van overdraagbare verliezen, ook al werd dit in het kader van de betwisting van de supplementaire aanslag voor het eerst opgeworpen in conclusie in eerste aanleg. De vordering van eiseres in hoger beroep tot verrekening van de fiscale verliezen is dan ook toelaatbaar en gegrond. De toepassing van een belastingverhoging van 10% is, met inachtneming van de goede trouw van eiseres in hoger beroep, is volgens het hof gerechtvaardigd en evenredig met de begane inbreuk.

De Belgische Staat vordert het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren en eiseres in hoger beroep in al haar eisen af te wijzen en haar te veroordelen tot de kosten van het geding.

## **Arrest**

Advocaten:

Mr. HUYGHE Alain en Mr. PERMEKE Julie - voor de appellante

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd waaronder een eensluitend afschrift van het bestreden tussenvonnissen van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen, van 26 juni 2016 alsmede het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Antwerpen op 19 oktober 2016, waarbij hoger beroep wordt ingesteld.

### **Feitelijke en procedurele retroacta.**

1.1. Huidige betwisting heeft betrekking op de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013, gekend onder artikel 842402178. In het bijzonder wordt de verwerping betwist van de aftrek als beroepskost van intrestlasten van een lening die werd aangegaan bij de verbonden vennootschap NV R en werd aangewend voor de financiering van een kapitaalvermindering en een dividenduitkering.

Op de buitengewone algemene vergadering van eiseres in hoger beroep dd. 18 juni 2012 werd beslist tot een kapitaalvermindering voor een bedrag van 350.000.000 EUR (stuk 1 van de administratie) en op de bijzondere algemene vergadering dd. 29 juni 2012 werd besloten tot uitkering van een tussentijds dividend ten bedrage van 100.000.000 EUR, betaalbaar per 1 juli 2012. Een stuk dienaangaande wordt niet bijgebracht.

Op 1 juli 2012 werd een leningovereenkomst gesloten met moedermaatschappij NV R voor een bedrag van 450.000.000 EUR (stuk 8 van eiseres in hoger beroep), waarmee het tussentijds dividend ten bedrage van 100.000.000 EUR werd uitbetaald. Op 10 september 2012 vond de kapitaalvermindering ten bedrage van 350.000.000 EUR plaats door aanwending van het saldo van de lening. Betalingsbewijzen liggen niet voor.

Eiseres in hoger beroep betaalde een bedrag van 9.689.900 EUR intresten aan NV R tijdens het betrokken aanslagjaar die als aftrekbare beroepskosten in de tijdige aangifte werden opgenomen. Ingevolge deze tijdige aangifte werd een aanvankelijke aanslag ingekohierd, gekend onder artikel 833722367, op 22 oktober 2013, waartegen bezwaar werd ingediend, ontvangen op 31 januari 2014, met het verzoek rekening te houden met de overdraagbaarheid van de ongebruikte FBB.

Op 6 februari 2014 werd een vraag om inlichtingen verzonden die onder meer betrekking had op de kapitaalvermindering en de lening, waarop eiseres in hoger beroep heeft geantwoord. Noch de vraag om inlichtingen, noch het daarop geformuleerde antwoord en de daarbij gevoegde stukken worden bijgebracht door partijen.

Op 8 april 2014 werd een bericht van wijziging van aangifte verzonden waarbij werd aangekondigd dat de aftrek van de intresten op de lening zou worden verworpen omdat niet aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 was voldaan. Tevens werd de toepassing van een belastingverhoging van 10% aangekondigd.

In weerwil van het niet-akkoord dd. 8 mei 2014 van eiseres in hoger beroep met de aangekondigde taxatie werd bij kennisgeving van beslissing tot taxatie dd. 20 juni 2014 meegedeeld dat de aanslag zou worden ingekohierd zoals aangekondigd.

De bestreden supplementaire aanslag voor aanslagjaar 2013 werd ingekohierd op 10 juli 2014 onder artikel 842402178. Er werd bezwaar aangetekend tegen deze aanslag bij brief van 16 oktober 2014. Hangende het bezwaar werden gedetailleerde vragen om inlichtingen gesteld aan eiseres in hoger beroep onder meer op 4 maart 2015 en 27 maart 2015 waarop blijkt te zijn

geantwoord. Deze antwoorden, noch de bij deze antwoorden gevoegde stukken worden bijgebracht door partijen. Na onderzoek van deze stukken werd het bezwaarschrift afgewezen bij directoriale beslissing dd. 16 april 2015.

1.2. Bij verzoekschrift op tegenspraak, neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen op 8 juli 2015, vorderde eiseres in hoger beroep haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren, te horen zeggen voor recht dat de aanvullende aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013 moet vernietigd worden, minstens volledig moet worden ontheven, te horen zeggen voor recht dat de belastingverhoging dient te worden kwijtgescholden, de Belgische Staat te veroordelen om alle sommen ontvangen uit hoofde van de betwiste aanslagen terug te betalen meer moratoriumintresten en haar te veroordelen tot de kosten van het geding.

In conclusie werd de vordering uitgebreid met de vordering te zeggen voor recht dat de overdraagbare fiscale verliezen m.b.t. aanslagjaar 2013 minstens 3.338.431 EUR bedragen en dat de overdraagbare investeringsaftrek m.b.t. aanslagjaar 2013 880.570,50 EUR bedraagt.

De eerste rechter verklaarde de vordering van eiseres in hoger beroep ontoelaatbaar in zover zij de verrekening van de uit de vonnissen van 4 december 2015 voortvloeiende vorige verliezen nastreeft. Voor het overige werd de vordering van eiseres in hoger beroep toelaatbaar doch ongegrond verklaard en eiseres in hoger beroep werd veroordeeld tot de kosten, niet begroot en niet vereffend.

De eerste rechter stelde dat de positieve bewijslast krachtens artikel 49 W.I.B. 1992 rust op eiseres in hoger beroep. Aangaande de aftrekbaarheid van de intrestlast op de lening van 450.000.000 EUR van NV R aan eiseres in hoger beroep stelde de eerste rechter dat de stelling tot behoud van bepaalde inkomsten uit Australië, doordat door benutting van de bron ook het inkomen ervan teloor zou gaan, eerder ontactisch voorkomt. *“Deze stelling bewijst niet de wettelijk vereiste doelstelling van kosten die werden gedaan of gedragen met het oog op verkrijging of behoud van belastbare inkomsten maar vormt een -post factum welgekomen-onterechte uitleg die hooguit slechts een neveneffect zonder eigen doel beschrijft. Eén en ander terwijl de lening immers financiering der kapitaalvermindering en/of uitkering van een dividend tot doel had”*. De eerste rechter stelde dat zulks niets met een opportuniteitsbeoordeling te maken had.

Wat de verrekening van de vorige verliezen betreft, oordeelde de eerste rechter dat geen nieuw bezwaar of geen nieuwe bijkomende vordering mocht worden ingesteld tegen een aanslag. De rechtsvordering is ontoelaatbaar, reeds het loutere gegeven van de afwezigheid van een voorafgaand bezwaar. Een louter voorbehoud bij de ingediende aangifte houdt geen vordering tot verrekening in. Het is niet omdat naar stelling van eiseres in hoger beroep de opname in de aangifte “technisch” niet mogelijk was dat zij geen daadwerkelijke aanspraak op verrekening had kunnen formuleren in plaats van zich te vergenoegen met de formulering van een louter voorbehoud. Eiseres in hoger beroep heeft aldus de mogelijkheid tot verrekening verbeurd, aldus de eerste rechter.

De toegepaste belastingverhoging werd tenslotte wettelijk geacht en in evenredigheid met de feiten.

Tegen dit vonnis heeft eiseres in hoger beroep bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het hof op 19 oktober 2016, hoger beroep ingesteld.

### **De vorderingen en standpunten in hoger beroep.**

Eiseres in hoger beroep vordert het bestreden vonnis te hervormen en dienvolgens,

- in hoofdorde de bestreden aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013 te vernietigen;
- in subsidiaire orde, minstens geen rekening te houden met de nieuwe materiële elementen in de directoriale beslissing die voortkomen uit een onderzoek na de betwiste aanslag en die dus niet als basis of rechtvaardigingsgrond van die aanslag kunnen worden weerhouden en te zeggen voor recht dat de verworpen intrestkosten wel degelijk aftrekbaar zijn en de bestreden aanslag volledig te ontheffen en tevens te zeggen voor recht dat de overdraagbare fiscale verliezen 23.253.262,74 EUR bedragen en de overdraagbare investeringsaftrek 880.570,50 EUR bedraagt;
- in meer subsidiaire orde, de bestreden aanslag te ontheffen ten gevolge van de bij wet voorziene verrekening van de fiscale aftrekken met de bijkomende belastbare basis en te zeggen voor recht dat de overdraagbare fiscale verliezen 13.563.362,84 EUR bedragen en de overdraagbare investeringsaftrek 880.570,50 EUR bedraagt;
- de Belgische Staat te veroordelen tot de terugbetaling van alle ontvangen sommen uit hoofde van de bestreden aanslag, meer moratoriumintresten en haar te veroordelen tot de kosten.

Eiseres in hoger beroep stelt dat de aanvullende aanslag dient te worden vernietigd aangezien de administratie haar wettelijke bevoegdheden in het kader van de behandeling van het bezwaarschrift heeft overschreden. Minstens zou geen rekening mogen worden gehouden met de nieuwe materiële elementen in de directoriale beslissing die voortkomen uit het onderzoek na de betwiste aanslag. Ter zitting dringt eiseres in hoger beroep niet langer aan op deze grief.

Eiseres in hoger beroep besluit voorts tot de aftrekbaarheid van de intresten omdat aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 is voldaan. De omstandigheid dat de lening chronologisch werd aangewend om een uitkering te doen aan de aandeelhouders doet geen afbreuk aan het feit dat de lening werd aangegaan om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Er is geen sprake van een kunstmatige constructie van belastingontwijking.

Minstens verzoekt eiseres in hoger beroep de verrekening van de vorige verliezen en de investeringsaftrek toe te staan.

De Belgische Staat vordert het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren en eiseres in hoger beroep in al haar eisen af te wijzen en haar te veroordelen tot de kosten van het geding.

De Belgische Staat stelt dat er geen sprake is van verboden compensatie, van nieuwe gronden en een nieuwe motivatie van de taxatie, evenmin als van een overschrijding van bevoegdheden. Ten gronde is niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992. In het bijzonder is niet aangetoond dat eiseres in hoger beroep de intentie had belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.

### **Bespreking.**

Wat betreft de opgeworpen schending van artikel 375 W.I.B. 1992.

In haar syntheseconclusie verzoekt eiseres in hoger beroep in hoofdorde (sub IV.B.1) om de vernietiging van de bestreden aanslag omdat de Belgische Staat haar wettelijke bevoegdheden in het kader van het bezwaarschrift zou hebben overschreden. Minstens zou geen rekening



mogen worden gehouden met de nieuwe materiële elementen in de directoriale beslissing die voortkomen uit het onderzoek na de betwiste aanslag. Er zou een schending voorliggen van artikel 375 W.I.B. 1992.

Het hof noteert dat eiseres in hoger beroep ter zitting niet aandringt op deze grief.

Voor zoveel als nodig stelt het hof vast dat hangende het bezwaar een onderzoek werd gevoerd door de adviseur-generaal directeur in het kader waarvan verschillende vragen om inlichtingen werden gesteld aan eiseres in hoger beroep. De daarop geformuleerde antwoorden, noch de gevoegde stukken worden door eiseres in hoger beroep bijgebracht. Deze stukken maken evenmin deel uit van het administratief dossier. Eiseres in hoger beroep toont in die context dan ook niet aan dat er in casu sprake zou zijn van enige schending van artikel 375 W.I.B. 1992. Enkel aan de hand van de directoriale beslissing kan zulks niet worden vastgesteld. De vaststelling dat door de gedelegeerd ambtenaar bij de beoordeling van het bezwaar elementen in aanmerking werden genomen die door de belastingplichtige werden aangeleverd hangende de bezwaarprocedure, vormt althans geen verboden compensatie aangezien de belastingplichtige aldus zelf de nieuwe belastingelementen heeft aangeleverd ter onderbouwing van zijn bezwaar (vgl. Luik 31 maart 2010, *F.J.F.*, nr. 2012/22).

De vordering tot vernietiging van de bestreden aanslag wegens verboden compensatie wordt ongegrond verklaard.

Ten gronde : wat betreft de (verwerping van de) aftrek als beroepskost van intresten van een lening aangewend ter financiering van een kapitaalvermindering en dividenduitkering.

De betwisting betreft de integrale verwerping van de aftrek als beroepskost van intrestlasten van een lening die werd aangegaan bij moedermaatschappij NV R en die werd aangewend door eiseres in hoger beroep voor de financiering van een kapitaalvermindering en een dividenduitkering.

Eiseres in hoger beroep stelt dat aan alle voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 zou zijn voldaan en in het bijzonder aan de voorwaarde dat de intrestkost gedaan of gedragen werd met het oog op het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten. De lening werd immers aangegaan naar aanleiding van de beslissing van de aandeelhouders tot kapitaalvermindering en dividenduitkering om, bij gebrek aan voldoende liquiditeiten om de kapitaalvermindering en dividenduitkering te kunnen uitvoeren in cash, alle inkomsten genererende activa te kunnen behouden in plaats van bepaalde activa te moeten verkopen of in natura uit te keren om aan de schuld die is ontstaan naar aanleiding van de kapitaalvermindering en dividenduitkering te kunnen voldoen. In het bijzonder zou de lening zijn aangegaan met het oog op het behoud van een intragroepsvordering, verschillende deelnemingen en al haar operationele activa (p. 16-17 syntheseconclusie eiseres in hoger beroep).

De Belgische Staat stelt vast dat de beslissing tot dividenduitkering en kapitaalvermindering een vrije beslissing betreft van eiseres in hoger beroep, niet opgelegd door een wettelijke, statutaire of andere bepaling. De feiten zouden aantonen dat de lening enkel werd aangegaan om de kapitaalvermindering en dividenduitkering te financieren. De kapitaalvermindering en dividenduitkering werd niet gerealiseerd om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Deze verarmen de vennootschap immers aanzienlijk en worden definitief toegekend aan de aandeelhouders zodat zij niet kunnen worden ingezet om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Er zou sprake zijn van een constructie van belastingontwijking, van het kunstmatig creëren van verliezen en deze constructie zou zijn opgezet opdat moedermaatschappij NV R geen verliezen zou lijden.

De aftrek als beroepskost van intrestlasten van een lening die werd aangegaan voor de financiering van een kapitaalvermindering en/of een dividenduitkering wordt niet uitgesloten in toepassing van de artikelen 49 e.v. io. de artikelen 195 e.v. W.I.B. 1992. Geen wettelijke bepaling voorziet in de principiële verwerping van de aftrek van intrestlasten van een lening aangegaan met deze doeleinden. Evenmin voorziet de wet principieel in de aanvaarding zonder meer van de aftrek van de intrestlasten van dergelijke lening.

Iedere argumentatie van partijen die uitgaat van de ene dan wel de andere hypothese is dan ook in strijd met de artikelen 49 e.v. io. de artikelen 195 e.v. W.I.B. 1992.

Opdat intrestlasten van een lening die werd aangegaan voor de financiering van een kapitaalvermindering en/of een dividenduitkering aftrekbaar zijn als beroepskost, dient derhalve te zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992.

Overeenkomstig artikel 49 W.I.B. 1992 zijn als beroepskosten aftrekbaar, de kosten die de belastingplichtige in het belastbare tijdperk heeft gedaan of gedragen om de belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en waarvan hij de echtheid en het bedrag verantwoordt door middel van bewijsstukken, of, ingeval zulks niet mogelijk is, door alle andere door het gemeen recht toegelaten bewijsmiddelen, met uitzondering van de eed. De bewijslast ter zake rust bij de belastingplichtige, eiseres in hoger beroep.

In casu betwist de Belgische Staat dat voldaan is aan de voorwaarde dat de intrestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, de zogenaamde finaliteitsvoorwaarde. Dat aan de overige voorwaarden is voldaan, wordt niet betwist.

Opdat kosten gedaan of gedragen zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, dient een noodzakelijk verband te bestaan tussen de kost en het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten (Cass. 10 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 136). Het is daarbij niet vereist dat daadwerkelijk inkomsten worden verkregen of behouden. De werkelijke intentie om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden volstaat (Cass. 27 januari 1959, *Arr. Verbr.*, 1959, 420; zie ook GNEDASJ, S., "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaftrek", *A.F.T.*, 2016, afl. 1, 61 en 66).

Om aftrekbaar te zijn, volstaat het niet dat de beroepskosten inherent zijn aan de beroepsactiviteit van de belastingplichtige. Ze moeten ze eveneens tot doel hebben belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden (Brussel 6 oktober 2016, 2014/AF/129, [www.monkey.be](http://www.monkey.be); zie ook GNEDASJ, S., *o.c.*, 71). Zulks moet worden afgeleid uit de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin werd gesteld dat uit artikel 49 W.I.B. 1992 niet volgt dat de aftrek van de beroepskosten afhankelijk is van de voorwaarde dat zij inherent zijn aan de maatschappelijke activiteit van de handelsvennootschap zoals die blijkt uit haar maatschappelijk doel (Cass. AR F.14.0080.N, 12 juni 2015, *Arr.Cass.*, 2015, afl. 6-8, 1563), zonder dat het hof echter heeft gesteld dat aan de finaliteitsvereiste niet meer dient te zijn voldaan. De causaliteitsvereiste, die een verband veronderstelt tussen de betrokken kost en de uitgeoefende beroepsactiviteit, dient dan ook duidelijk te worden onderscheiden van de finaliteitsvereiste, ingevolge dewelke de kosten dienen te zijn gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. De enkele omstandigheid dat de belastingplichtige een handelsvennootschap is die een winstgevende activiteit uitoefent, impliceert dan ook niet dat al haar uitgaven per definitie aftrekbare beroepskosten vormen (Cass. 18 januari 2001, *F.J.F.*, nr. 2001/220; Cass. 19 juni 2003, *F.J.F.*, 2003, 808; zie ook CHEVALIER, C., *Vademecum vennootschapsbelasting*, Larcier, Brussel, 2013, 92; TIBERGHIE, A., *Handboek voor fiscaal recht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, nr. 1500,

555). Nog steeds is derhalve vereist, zelfs voor kosten die inherent zijn aan de activiteit van de vennootschap, dat wordt aangetoond in concreto dat de kosten zijn gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.

Specifiek met betrekking tot de aftrekbaarheid van intresten van leningen aangegaan met het oog op het uitkeren van dividenden of met het oog op het doorvoeren van een kapitaalvermindering en de toetsing aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 verwijst het hof ter zake naar het antwoord van de minister van Financiën van 23 december 2016 op de vraag van Peter VANVELTHOVEN (Parl. Vr. nr. 1381 dd. 22 december 2016 van Peter VANVELTHOVEN, Doc. Kamer 2016-2017, 54, 324). De minister van Financiën antwoordde dat kosten moeten voldoen aan een aantal wettelijke voorwaarden om fiscaal aftrekbaar te zijn, onder meer dat ze moeten worden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, voorwaarde die in een *“recent vonnis”* niet vervuld werd geacht. *“Ik sluit echter niet uit dat een vennootschap, rekening houdend met het geheel van de juridische en feitelijke omstandigheden die eigen zijn aan elk geval afzonderlijk, kan bewijzen dat aan deze voorwaarde is voldaan”*, aldus de minister. De minister van Financiën bevestigt derhalve dat voor de aftrekbaarheid van intresten van leningen aangegaan met het oog op een kapitaalvermindering en/of dividenduitkering moet voldaan zijn aan de voorwaarde dat deze kosten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.

Hierbij benadrukt het hof dat het de kosten, in casu de intrestlasten, zijn die moeten zijn gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en niet de kapitaalvermindering en/of de dividenduitkering zelf. Deze betreffen weliswaar schulden/uitgaven van de vennootschap die leiden tot een vermindering van het eigen vermogen dan wel van de gereserveerde winst, doch het zijn geen beroepskosten van de vennootschap als zodanig. Uitgekeerde dividenden maken daarentegen deel uit van de belastbare grondslag in toepassing van artikel 185, §1 W.I.B. 1992 en kapitaalverminderingen beïnvloeden het fiscaal resultaat van de vennootschap niet indien ze worden uitgevoerd in overeenstemming met het vennootschapsrecht en worden aangerekend op het werkelijk gestort kapitaal, zo niet worden ze aangemerkt als uitgekeerde belastbare dividenden (artikel 18, eerste lid, 2° W.I.B. 1992; zie ook CHEVALIER, C., *o.c.*, 1118 en 1407-1409).

Of de intrestlasten al dan niet gedaan of gedragen zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, is een feitenkwestie, waarvan de bewijslast rust op eiseres in hoger beroep.

Het hof is van oordeel dat eiseres in hoger beroep in casu haar bewijslast niet invult. Zij blijft in gebreke aan te tonen dat de intrestlasten van de lening, aangegaan ter financiering van de kapitaalvermindering en dividenduitkering, werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.

Eiseres in hoger beroep stelt dat de lening die aanleiding gaf tot de intrestlasten werd aangegaan na de beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering *“om, bij gebrek aan voldoende liquiditeiten om de kapitaalvermindering en dividenduitkering in cash te kunnen uitvoeren, alle inkomsten genererende activa van (eiseres in hoger beroep) (en in het bijzonder een intragroepsvordering, verschillende deelnemingen en al haar operationele activa) te kunnen behouden, in plaats van bepaalde van die activa te moeten verkopen of in natura uit te keren om aan de schuld die ontstaan is naar aanleiding van de kapitaalvermindering/dividenduitkering te kunnen voldoen”* (syntheseconclusie eiseres in hoger beroep p. 17).

Eiseres in hoger beroep brengt echter geen stukken bij waaruit blijkt dat de lening werkelijk werd aangegaan met het oog op het verkrijgen of het behoud van haar actiefbestanddelen en dat dienvolgens de intrestlasten werden gedaan of gedragen met het oog op het verkrijgen of het behoud van belastbare inkomsten uit deze activa. Eiseres in hoger beroep beperkt zich tot het voorleggen, als overtuigingsstuk, van haar jaarrekening per 31 december 2012 met toelichting (stuk 1) en van de leningovereenkomst dd. 1 juli 2012 (stuk 8). De andere neergelegde stukken betreffen stukken uitgaande van de administratie of hebben geen betrekking op de betwiste verwerping van de aftrek van de intrestlasten. In het administratief dossier bevindt zich nog de beslissing van de buitengewone algemene vergadering dd. 18 juni 2012 tot kapitaalvermindering (stuk 16). Geen beslissing tot dividenduitkering wordt gevoegd evenmin als betalingsbewijzen van de kapitaalvermindering en dividenduitkering of een beslissing van de raad van bestuur tot het aangaan van de lening. Er blijken verschillende gedetailleerde vragen om inlichtingen te zijn verzonden aan eiseres in hoger beroep, zowel tijdens de taxatieprocedure als tijdens de bezwaarprocedure, naar aanleiding waarvan door eiseres in hoger beroep diverse stukken blijken te zijn bezorgd aan de administratie die door partijen worden besproken in de directoriale beslissing en in conclusie. Eiseres in hoger beroep achtte het blijkbaar niet noodzakelijk deze stukken voor te leggen aan het hof.

Uitsluitend uit de beslissing tot kapitaalvermindering, de leningovereenkomst en de jaarrekening met toelichting kan niet worden afgeleid dat de intrestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.

Uit het verslag van de buitengewone algemene vergadering dd. 18 juni 2012 (stuk 16 A.D.) blijkt dat de aandeelhouders hebben beslist tot de vermindering van het maatschappelijk kapitaal met een bedrag van 350.000.000 EUR om het te brengen van 641.185.912 EUR op 291.185.912 EUR zonder vernietiging van aandelen. Er wordt beslist de kapitaalvermindering aan te rekenen op het fiscaal werkelijk gestort kapitaal en gemeld dat deze ertoe *“strekt (...) het kapitaal van de vennootschap in overeenstemming te brengen met de huidige en toekomstige noden van de vennootschap”*. Tevens wordt gestipuleerd dat de terugbetaling in speciën zal geschieden aan de aandeelhouders in evenredigheid tot hun aandelenbezit.

Welke ‘de huidige en toekomstige noden’ zijn van eiseres in hoger beroep wordt niet toegelicht in het verslag van de buitengewone algemene vergadering en dit blijkt evenmin uit de neergelegde jaarrekening en leningovereenkomst. In haar syntheseconclusie (p. 50 in fine) verwijst eiseres in hoger beroep ter zake naar een substantiële verandering van haar activiteiten in juli 2010 waardoor haar nood aan maatschappelijk kapitaal substantieel zou zijn verminderd om in een voetnoot daarbij (nr. 93) te verwijzen naar de verandering van businessmodel van de groep waardoor eiseres in hoger beroep *“bepaalde kapitaalintensieve activiteiten (en gerelateerde risico’s) niet meer diende uit te oefenen”*, haar vergoeding stabiel zou zijn geworden en daardoor de nood aan eigen vermogen zou zijn verminderd. Andermaal worden geen stukken voorgelegd waaruit zulks zou blijken, zodat zulks verwordt tot een loutere ongefundeerde bewering. Het bewijs van ‘de huidige en toekomstige noden’ van eiseres in hoger beroep wordt niet geleverd door een niet onderbouwde voetnoot in conclusie.

Terecht stelt eiseres in hoger beroep dat de beslissing van de algemene vergadering tot kapitaalvermindering en dividenduitkering, waarvan de laatste niet wordt bijgebracht, dient te worden onderscheiden van de evenmin bijgebrachte beslissing van de raad van bestuur tot het aangaan van de lening ter financiering van de kapitaalvermindering en dividenduitkering. De enkele beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering, die per definitie de aandeelhouders ten goede komt, heeft niet ipso facto tot gevolg dat de lening die hiervoor

werd aangegaan niet zou zijn gericht op het verkrijgen of behouden van inkomsten. Zulks zou immers leiden tot een nagenoeg principiële verwerping van de aftrek van intrestlasten van een lening aangewend voor de financiering van een kapitaalvermindering en dividenduitkering. Hiervoor werd reeds toegelicht dat zulks contra legem is (cfr. supra 3.2.2).

Bovendien dient, zoals eveneens reeds toegelicht (cfr. supra 3.2.3), niet de kapitaalvermindering en dividenduitkering te strekken tot het verkrijgen of het behoud van belastbare inkomsten, doch wel de lening en de daaraan gerelateerde intrestlasten. De eigenlijke beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering bewijst dan ook geenszins dat de lening die nadien daartoe was aangegaan, ipso facto strekt tot het verkrijgen of behouden van activa, doch sluit zulks evenmin uit.

Het enkele feit dat een kapitaalvermindering en dividenduitkering inherent is aan de bedrijfseconomische realiteit dat aandeelhouders verwachten dat hun investeringen rendement opbrengen (syntheseconclusie eiseres in hoger beroep p. 27), toont althans niet aan dat aan de finaliteitsvereiste is voldaan. Zulks gaat immers eerder uit van de causaliteitsvereiste, zijnde het verband met de beroepsactiviteit, zonder dat hieruit ipso facto blijkt dat ook aan de finaliteitsvereiste is voldaan (cfr. supra 3.2.3). De bedrijfseconomische werkelijkheid bewijst op zich niet dat aan de finaliteitsvereiste is voldaan. Bovendien primeert de juridische werkelijkheid op de economische (Cass. 9 maart 1998, *F.J.F.*, nr. 1998/125), zodat een economisch gezonde beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering niet noodzakelijk fiscaalrechtelijk moet worden gehonoreerd, door het toestaan van de aftrek van intrestlasten op een lening die werd aangegaan met het oog op de financiering ervan, indien niet is voldaan aan de voorwaarden die de fiscale wet daartoe stelt.

Er is dan ook hoegenaamd geen sprake van enige fiscale sanctionering van de beslissing de kapitaalvermindering en dividenduitkering te financieren middels een lening. Het betreft een loutere toepassing van de fiscale wet. De intrestlasten gerelateerd aan de lening zullen aftrekbaar zijn indien aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 is voldaan. Dat de vennootschap verplicht zou zijn om cash of liquiditeiten aan te houden met het oog op een kapitaalvermindering of dividenduitkering, gaat uit van de foute hypothese dat de aftrek van de intrestlasten van een lening hiertoe aangegaan per definitie niet aftrekbaar zou zijn -quod non (cfr. supra 3.2.2).

Dat de kapitaalvermindering en dividenduitkering essentieel zouden zijn voor het voortbestaan van de vennootschap en dus voor het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten in de toekomst, zoals eiseres in hoger beroep beweert, wordt althans niet aangetoond.

Aldus wordt geen verboden opportuniteitsbeoordeling doorgevoerd. De opportuniteit en het nut van de kapitaalvermindering en dividenduitkering worden immers niet beoordeeld aangezien deze niet dienen te worden getoetst aan artikel 49 W.I.B. 1992. De toetsing behelst de intrestlasten van de lening en de vraag of deze werden aangegaan om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en staat dan ook geheel los van de vraag naar de noodzaak of het nut van de kapitaalvermindering en dividenduitkering. De beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering is een vrije beslissing van de aandeelhouders en de noodzaak of het nut daartoe is niet van belang bij de beoordeling van de vraag of de intrestlasten van de lening aangegaan ter financiering ervan, al dan niet werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. De aftrek van de intrestlasten kan dan ook niet worden verworpen op grond van de overweging dat de kapitaalvermindering en dividenduitkering niet nodig zouden zijn geweest.

Er dient daarentegen te worden aangetoond dat de lening en de daaraan gerelateerde interestlasten werden aangegaan om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.

Eiseres brengt de leningovereenkomst dd. 1 juli 2012 bij (stuk 8) ingevolge waarvan moedermaatschappij NV R aan eiseres in hoger beroep een bedrag van 450.000.000 EUR leent en dit voor "*general corporate purposes*". Meer wordt ter zake niet gespecificeerd. De enkele specificatie dat de lening voor algemene bedrijfsdoeleinden werd aangegaan, bewijst niet dat de lening werd aangegaan met het oog op het behoud van de actiefbestanddelen van eiseres in hoger beroep en het verkrijgen of behouden van inkomsten uit deze activa. Een achterliggende beslissing van de raad van bestuur tot het aangaan van de lening wordt niet bijgebracht.

Zoals reeds toegelicht, volstaat het dat de werkelijke intentie tot het verkrijgen of het behoud van belastbare inkomsten wordt aangetoond en niet dat daadwerkelijk inkomsten werden verkregen of behouden door het aangaan van de lening. Het is aan eiseres in hoger beroep om deze werkelijke intentie te bewijzen. Er bestaat inderdaad geen wettelijke verplichting tot opstellen van een voorafgaand verslag, een toelichting of een business plan als bewijs ter zake, zoals eiseres in hoger beroep terecht opmerkt (syntheseconclusie eiseres in hoger beroep p. 42). De bewijslast rust echter op eiseres in hoger beroep en deze wordt in casu niet ingelost enkel door voorlegging van de leningovereenkomst, zelfs niet in samenlezing met de neergelegde beslissing tot kapitaalvermindering (cfr. supra 3.2.5) en de jaarrekening met toelichting (cfr. infra 3.2.7). Gelet op het financiële belang van de lening en de eraan gekoppelde interestlasten, verdiende het minstens aanbeveling om de beweerde intentie tot het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten te documenteren (GNEDASJ, S., *o.c.*, 66). De voorliggende stukken zijn in casu uiterst onvoldoende.

Eiseres in hoger beroep brengt tenslotte haar jaarrekening met toelichting bij over het betrokken boekjaar 2012.

Uit de jaarrekening en toelichting blijkt dat eiseres in hoger beroep tijdens het betrokken boekjaar beschikte over belangrijke actiefbestanddelen, waaronder deelnemingen in 'N.' Australië, Frankrijk en Duitsland, die financiële inkomsten opleverden en operationele activa die eveneens inkomsten genereerden. Deze enkele vaststelling houdt echter niet het bewijs in dat de lening die werd aangewend ter financiering van de kapitaalvermindering en dividenduitkering, in casu werd aangegaan om deze actiefbestanddelen te behouden, zoals eiseres in hoger beroep voorhoudt.

Eiseres in hoger beroep verwijst ter zake naar de "*ultieme boekhouddoctrine*" (syntheseconclusie eiseres in hoger beroep p. 28 - 29) ingevolge waarvan de passiva dienen ter financiering van de activa. Als een vennootschap dan een lening aangaat, komt dit neer op een herschikking van de passiva binnen het gesloten circuit van activa en passiva. De lening zou aldus "*ontegensprekelijk*" dienen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden (syntheseconclusie eiseres in hoger beroep p. 22). Eiseres in hoger beroep verwijst ter zake andermaal naar de bedrijfseconomische realiteit.

Volgens het boekhoudrecht houden activa en passiva elkaar in balans, zodat het aangaan van de lening in casu inderdaad een herschikking van de passiva tot gevolg had. Hieruit volgt echter niet ipso facto dat deze lening per definitie het verkrijgen of behoud van activa op het oog heeft. Eiseres in hoger beroep verliest immers uit het oog dat de regels van het burgerlijk recht en dus ook van het boekhoudrecht van toepassing zijn op het fiscaal recht voor zover dit laatste er niet anders over heeft beschikt (Cass. 9 juli 1931, *Pas.*, I, 1931, 218). Belastbare winsten van een onderneming worden dan ook slechts vastgesteld overeenkomstig de boekhoudkundige regels

tenzij de belastingwet er uitdrukkelijk van afwijkt (Cass. 20 februari 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 253). Artikel 49 W.I.B. 1992 is ter zake duidelijk en vereist dat kosten, om aftrekbaar te zijn, moeten gedaan of gedragen zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. De vaststelling dat alle schulden van een handelsvennootschap boekhoudkundig op de passiefzijde van de balans zijn terug te vinden en aldus in principe inherent mogen worden geacht aan de uitoefening van de beroepsactiviteit, heeft dan ook niet per definitie tot gevolg dat deze schulden ook fiscaal aftrekbaar zijn (GNEDASJ, S., *o.c.*, 32 en 71). Hiertoe is vereist dat de betrokken passiefbestanddelen, in casu de aan de lening gerelateerde intrestlasten, werkelijk moeten zijn gedaan en gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen en te behouden. Dit bewijs volgt niet uit het enkele feit te beschikken over activa die inkomsten genereren.

In deze context onderschrijft het hof de stelling van het Hof van Cassatie in haar arrest van 5 januari 1978 (Cass. 5 januari 1978, *Bull.Contr.*, 1980, 2264) waarbij de aftrek werd aanvaard van intrestlasten van een lening, aangewend om successierechten te betalen indien aangegaan om belastbare inkomsten te behouden. Hieruit kan echter geen principiële aftrek van de intrestlasten worden afgeleid enkel omdat de belastingplichtige beschikt over activa. De belastingplichtige, in casu eiseres in hoger beroep, blijft gehouden te bewijzen dat de lening werd aangegaan met het oog op het verkrijgen of het behoud van activa en dienvolgens dat de intrestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, bewijs dat in casu niet wordt geleverd.

Aldus wordt geenszins de bedrijfseconomische werkelijkheid miskend. Het betreft een loutere toepassing van de primauteit van het fiscaal recht, dat de juridische werkelijkheid volgt (cfr. supra 3.2.5), op het boekhoudrecht en een correcte toepassing van de finaliteitsvereiste die dient te worden onderscheiden van de causaliteitsvereiste (cfr. supra 3.2.3).

Eiseres in hoger beroep stelt voorts dat bij het aangaan van de lening duidelijk was dat het bedrag aan toekomstige inkomsten dat zij zou kunnen behouden dankzij de lening naar alle verwachting hoger zou zijn dan het bedrag van de intrestlasten. Dit toekomstig rendement blijkt niet uit de neergelegde jaarrekening over boekjaar 2012, zoals eiseres in hoger beroep erkent (syntheseconclusie p. 19, voetnoot 21). Eiseres in hoger beroep verwijst ter zake in haar syntheseconclusie (p. 19) naar het rendement op haar vordering op 'N.' Australië, het rendement op haar participaties in 'N.' Australië en Frankrijk en het rendement op haar operationele activa, onder verwijzing -in voetnoot- naar de geconsolideerde cijfers van haar dochtervennootschappen en naar een vergelijking van de operationele winst van de 'smelting'-activiteiten en de activa die hiervoor werden gebruikt. Ook wordt verwezen naar de transfer pricing policy van de groep. Ook hiervan werden geen stukken voorgelegd. Het betreft dan ook een loutere bewering dat de verwachte toekomstige inkomsten hoger zouden liggen dan de verwachte toekomstige intrestkosten. Hetzelfde geldt voor de bewering dat zonder de lening de verarming van de vennootschap groter zou zijn geweest.

Eiseres in hoger beroep verwijst nog naar haar debt/equity ratio die steeds onder de geconsolideerde debt/equity ratio van de groep zou zijn gebleven, eveneens zonder voorlegging van stukken die zulks zouden kunnen onderbouwen. De beweerdte vervroegde terugbetaling van de lening kan evenmin op haar waarachtigheid worden gecontroleerd, evenmin als de bewering dat het normaal zou zijn dat de externe financiering van de groep wordt gecentraliseerd bij de moedermaatschappij. De argumentatie van eiseres in hoger beroep ter zake kan, bij absoluut en totaal gebrek aan objectieve en controleerbare stukken, niet het vereiste bewijs leveren.

Eiseres in hoger beroep stelt dat de lening haar in staat stelde haar inkomsten genererende activa te behouden, zonder zulks aan te tonen. Dat zulks de enige doelstelling van de lening kan zijn geweest, wordt niet aangetoond. Althans is niet ondenkbaar dat een lening door een vennootschap per hypothese ook met andere doelstellingen wordt aangegaan, o.m. met de bedoeling belastbare inkomsten te drukken door creatie van kosten of om derden te bevoordelen.

Het hof kan dan ook maar vaststellen dat eiseres in hoger beroep ook aan de hand van haar jaarrekening en toelichting niet aantoont dat de intrestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Ten onrechte stelt eiseres in hoger beroep dat de eigenlijke intentie hiertoe niet zou dienen te worden aangetoond. Aldus miskent eiseres in hoger beroep de duidelijke wettekst van artikel 49 W.I.B. 1992 ter zake.

Eiseres in hoger beroep werpt voorts een schending van het gelijkheidsbeginsel op indien sprake zou zijn van een principiële weigering van de aftrek van intrestkosten van een lening aangegaan na een beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering.

Er bestaat geen aanleiding tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof in deze nu de opgeworpen schending ten onrechte uitgaat van de principiële verwerping van het recht op aftrek van intrestlasten van een lening aangewend voor de financiering van een kapitaalvermindering of dividenduitkering. Aangezien dergelijke principiële verwerping niet aan de orde is (cfr. supra 3.2.2), ligt geen kennelijke schending van het gelijkheidsbeginsel voor. Een prejudiciële vraag dient dan ook niet aan het Grondwettelijk Hof te worden voorgelegd.

De aftrek van de intrestlasten werd in casu door de administratie verworpen omdat niet aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 werd voldaan.

De administratie stelt in syntheseconclusie nog dat er sprake zou zijn van een kunstmatige constructie van belastingontwijking en van een artificiële overheveling van winsten. De naar moedermaatschappij NV R overgehevelde winsten zouden niet zijn belast. De administratie verwijst ook naar anomalieën met betrekking tot de toepassing van de leningovereenkomst.

Ter zake worden geen stukken bijgebracht die de beweringen van de administratie op objectieve en controleerbare wijze onderbouwen. Uit de beschikbare stukken kan het hof zulks in ieder geval niet afleiden. Belastingontwijking wordt niet bewezen. De aftrek van de intrestlasten als beroepskost kan dan ook niet worden verworpen op deze gronden.

Samenvattend besluit het hof dat zowel een principiële verwerping als een principiële aanvaarding van de aftrek van intrestlasten van een lening, aangewend ter financiering van een kapitaalvermindering en dividenduitkering in strijd is met de wet. Of de aftrek als beroepskost is toegestaan, dient te worden beoordeeld in het licht van artikel 49 W.I.B. 1992.

Het hof kan slechts vaststellen dat eiseres in hoger beroep, waar zij ter zake de bewijslast draagt, in gebreke blijft aan te tonen aan de hand van controleerbare stukken dat de intrestlasten van de lening, aangewend ter financiering van de kapitaalvermindering en dividenduitkering, werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Zij beperkt zich ter zake tot ongefundeerde beweringen. De neergelegde beslissing tot kapitaalvermindering, de leningovereenkomst en de jaarrekening met toelichting zijn in casu zonder meer onvoldoende. Achterliggende stukken werden niet gevoegd.

Het bewijs wordt althans niet geleverd door de enkele vaststelling dat eiseres beschikte over activa die inkomsten genereren. Eiseres in hoger beroep stelt dan ook ten onrechte dat de feiten in casu voor zich zouden spreken en dat bijzondere documentatie of bijkomende uitleg



overbodig zou zijn. Ter zake verwijst het hof opnieuw naar het antwoord van de minister van Financiën 23 december 2016 op de vraag van Peter VANVELTHOVEN (Parl. Vr. nr. 1381 dd. 22 december 2016 van Peter VANVELTHOVEN, Doc. Kamer 2016-2017, 54, 324) die de aftrek van de intrestlasten niet uitsluit als de vennootschap bewijst, *“rekening houdend met het geheel van de juridische en feitelijke omstandigheden die eigen zijn aan elk geval afzonderlijk”*, dat aan de finaliteitsvereiste is voldaan. Deze bewijslast werd in casu niet ingevuld.

Bij gebrek aan bewijs dat aan de voorwaarden van artikel 49 W.I.B. 1992 is voldaan en in het bijzonder nu niet is aangetoond dat de intrestlasten werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, werd de aftrek van de intrestlasten als beroepskost terecht verworpen.

Het hoger beroep van eiseres in hoger beroep is dan ook op dit punt ongegrond en het vonnis van de eerste rechter verdient bevestiging.

#### Wat betreft de verrekening van de vorige verliezen.

Eiseres in hoger beroep verzoekt in subsidiaire orde, in acht genomen dat de aftrek van de intrestlasten niet wordt aanvaard door het hof, om rekening te houden met de overgedragen verliezen ten bedrage van 13.563.362,84 EUR en met de overdraagbare investeringsaftrek ten bedrage van 880.570,50 EUR, zoals deze blijken uit de beslissing van de adviseur-generaal van 23 januari 2017 over het bezwaar tegen de aanvankelijke aanslag voor aanslagjaar en de supplementaire aanslag voor aanslagjaar 2013 dienovereenkomstig te ontheffen.

De administratie stelt vast dat eiseres in hoger beroep voor de verzending van het bericht van wijziging van aangifte dd. 8 april 2014 reeds op de hoogte was van het bestaan van deze fiscale aftrekken doch hiervan pas in conclusie in eerste aanleg voor het eerst melding maakte. Omdat de aftrek noch in de aangifte, noch in het antwoord op het bericht van wijziging van aangifte, noch in bezwaar en noch in het verzoekschrift in eerste aanleg werd gevraagd, zou eiseres in hoger beroep hierop niet kunnen terugkomen.

Het hof stelt vast dat tegen de aanvankelijke aanslag voor aanslagjaar 2013, gekend onder artikel 833722367, tijdig bezwaar werd aangetekend ontvangen ter directie op 31 januari 2014, waarbij onder meer werd gevraagd rekening te houden met de overdraagbaarheid van gebruikte FBB. Deze vordering werd uitgebreid in aanvullende bezwaarschriften.

De in casu bestreden aanslag voor aanslagjaar 2013, gekend onder artikel 842402178 betreft een supplement op de aanvankelijke aanslag, gekend onder artikel 833722367, en werd ingekohierd op 10 juli 2014, na indiening van het bezwaar tegen de aanvankelijke aanslag.

In toepassing van artikel 367 W.I.B. geldt een bezwaarschrift tegen een aanslag die gevestigd is op betwiste bestanddelen van ambtswege voor de andere aanslagen, gevestigd op dezelfde bestanddelen of als supplement vóór de beslissing over het bezwaarschrift. Het bezwaarschrift tegen de aanvankelijke aanslag, ontvangen ter directie op 31 januari 2014 geldt derhalve van ambtswege tegen de in casu bestreden supplementaire aanslag die werd gevestigd voor tussenkomst van de directoriale beslissing over dit bezwaar. Er is dan ook geen sprake van enige verbeuring van de mogelijkheid tot verrekening van overdraagbare verliezen, ook al werd dit in het kader van de betwisting van de supplementaire aanslag voor het eerst opgeworpen in conclusie in eerste aanleg.

Evenzeer is er aldus geen sprake van instelling van een nieuwe vordering, doch slechts van een toegestane uitbreiding van de oorspronkelijke vordering in de zin van artikel 807 Ger.W. Eiseres in hoger beroep vorderde in het verzoekschrift in eerste aanleg de vernietiging, minstens

onthefing van de bestreden supplementaire aanslag. Door in een latere conclusie te verzoeken om de onthefing van de bestreden aanslag door rekening te houden, bijkomend, met de overdraagbare verliezen wordt geen nieuwe vordering gesteld, doch wordt de vordering in de gedinginleidende akte uitgebreid door de aanvoering van een nieuw middel. De belastingplichtige die een belasting betwist en die in de loop van het geding andere middelen aanvoert tot staving van zijn betwisting, baseert de uitbreiding van zijn vordering op een tijdens de inleiding van het geding aangevoerde akte. (cfr. Cass. 4 juni 2010, *Arr.Cass.*, 2010, afl. 6-7-8, 1639; Cass. 15 december 2006, *Arr.Cass.*, 2006, afl. 12, 2645, concl. THijs, D.).

De vordering van eiseres in hoger beroep tot verrekening van de fiscale verliezen is dan ook toelaatbaar. Het vonnis van de eerste rechter dient op dit punt dan ook te worden hervormd.

Het hof stelt vast dat het bezwaarschrift tegen de aanvankelijke aanslag voor aanslagjaar 2013 bij directoriale beslissing dd. 23 januari 2017 deels werd ingewilligd. In het bijzonder werd, na vaststelling dat de grieven geen invloed hebben op de belastbare grondslag van de aanvankelijke aanslag, gestipuleerd dat kan worden aanvaard dat de belastingplichtige, net zoals de administratie, de overdraagbare verliezen kan wijzigen tot op het moment van de aanwending ervan, onder verwijzing, onder meer naar het arrest van het Hof van Cassatie dd. 18 juni 1963 (Cass. 18 juni 1963, *Pas.*, 1963, I, 1104). Vervolgens werd bepaald dat een bedrag van 20.649.931,49 EUR aan de overdraagbare verliezen kan worden toegevoegd (11.683.809,33 EUR + 8.511.701,17 EUR + 454.420,99 EUR). De FBB voor aanslagjaar 2013 werd bepaald op 1.193.892,89 EUR. Tevens werd gestipuleerd dat de in het bezwaarschrift aangehaalde grieven ook werden aangevoerd in de procedure tegen de supplementaire aanslag. *“De uiteindelijke impact van voormelde punten op de overdraagbare verliezen verbonden aan aanslagjaar 2013 moet, in toepassing van artikel 367 W.I.B. 1992, worden becijferd, rekening houdend met de uitkomst van voormelde procedure”*, besloot de directoriale beslissing.

Gelet op de beslissing van de administratie met betrekking tot de aanvankelijke aanslag voor aanslagjaar 2013 dient met inachtneming van artikel 367 W.I.B. 1992 voor aanslagjaar 2013 rekening te worden gehouden met een verhoging van de (overdraagbare) verliezen met een bedrag van 20.649.931,49 EUR. Tevens dient rekening te worden gehouden met de FBB voor aanslagjaar 2013 ten bedrage van 1.193.892,89 EUR.

Met inachtneming van de overdraagbare verliezen zoals aangegeven voor een bedrag van 1.409.438,36 EUR en gelet op de verhoging bij directoriale beslissing dd. 23 januari 2017 bedragen de overdraagbare verliezen voor aanslagjaar 2013, met inachtneming van de verwerping van de aftrek als beroepskost van de intrestlasten ten bedrage van 9.689.900 EUR, dienvolgens 13.563.362,74 EUR (1.409.438,36 EUR + 20.649.931,49 EUR + 1.193.892,89 EUR - 9.689.900 EUR). De vordering van eiseres in hoger beroep (13.563.362,84 EUR) wordt voor het meerdere afgewezen. Tevens dient rekening te worden gehouden met de overdraagbare investeringsaftrek ten bedrage van 880.570,50 EUR, zoals aangegeven.

De vordering van eiseres in hoger beroep tot verrekening van de overdraagbare verliezen en investeringsaftrek is dan ook gegrond. Het hof ontheft de bestreden aanslag en beveelt een herberekening van de aanslag in voormelde zin.

#### Wat de belastingverhoging betreft.

De betwisting omtrent de aftrek van beroepskosten vergt een feitelijke beoordeling door het hof. Een principiële betwisting ligt in casu niet voor aangezien de wet niet voorziet in een principiële verwerping van de aftrek van intrestlasten op een lening aangewend voor de

financiering van een kapitaalvermindering en dividenduitkering (cfr. supra 3.2.2). De toepassing van een belastingverhoging van 10% is, met inachtneming van de goede trouw van eiseres in hoger beroep, gerechtvaardigd en evenredig met de begane inbreuk.

#### Wat de rechtsplegingsvergoeding betreft.

Artikel 1022, derde lid Ger.W. voorziet in de mogelijkheid tot verhoging dan wel vermindering van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding met inachtneming van de financiële draagkracht van partijen, de complexiteit van de zaak, contractueel bepaalde vergoedingen en het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

Eiseres in hoger beroep vordert de maximale rechtsplegingsvergoeding omdat de administratie van huidige zaak een precedent zou willen maken en hangende de bezwaarprocedure een uitvoerig onderzoek heeft gevoerd dat heeft geleid tot een directoriale beslissing van 50 pagina's. Het belang dat aan een bepaalde betwisting wordt gehecht door partijen en het doorgedreven onderzoek dat wordt gevoerd, rechtvaardigt geen toekenning van de maximale rechtsplegingsvergoeding in de zin van artikel 1022, derde lid Ger.W. Enkel de vaststelling dat een ernstige betwisting wordt gevoerd, zowel door de administratie als door eiseres in hoger beroep, die tijdsintensief is en resulteert in een omvangrijke directoriale beslissing en omvangrijke conclusies, impliceert niet dat de betrokken zaak complex is.

Met inachtneming van het bedrag van de bestreden aanslag wordt de rechtsplegingsvergoeding begroot op 18.000 EUR in eerste aanleg en 18.000 EUR in hoger beroep. Partijen dienen elk als gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partij veroordeeld te worden tot de kosten van het geding, zoals hierna begroot en omgeslagen.

\* \*

Het hoger beroep van eiseres in hoger beroep is gedeeltelijk gegrond. Het bestreden vonnis dient deels te worden hervormd en de bestreden aanslag dient te worden herberekend.

#### **Beslissing.**

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep van eiseres in hoger beroep ontvankelijk en deels gegrond wat betreft de vordering tot verrekening van de fiscale verliezen, in de hierna vermelde mate. Voor het overige is het hoger beroep van eiseres in hoger beroep ongegrond.

Het hof verklaart de vordering van verweerder in hoger beroep tot bevestiging van het bestreden vonnis ontvankelijk doch deels ongegrond.

Het hof hervormt het bestreden vonnis gedeeltelijk en verklaart, opnieuw rechtdoende, de oorspronkelijke vordering van eiseres in hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond en ontheft de bestreden aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013 in de mate dat na verwerping van de aftrek van de intrestlasten ten bedrage van 9.689.900 EUR, bovenop de aangegeven overdraagbare verliezen rekening dient te worden gehouden met een verhoging van de (overdraagbare) verliezen met een bedrag van 20.649.931,49 EUR en met de FBB voor aanslagjaar 2013 ten bedrage van 1.193.892,89 EUR, evenals met de overdraagbare

investeringsaftrek ten bedrage van 880.570,50 EUR, zoals aangegeven. Het hof beveelt de herberekening van de aanslag in die zin. De vordering van eiseres in hoger beroep wordt voor het meerdere afgewezen.

Het hof beveelt de terugbetaling van alle bedragen die uit hoofde van de aldus ontheven aanslag ten onrechte werden betaald en / of ingehouden, vermeerderd met de moratoriumintresten overeenkomstig artikel 418 W.I.B. 1992.

Het hof vereffent de kosten van het geding op 18.000 EUR in eerste aanleg en 18.000 EUR in hoger beroep, slaat deze kosten om als volgt en veroordeelt verweerder in hoger beroep tot 9.000 EUR (1/2<sup>de</sup> van 18.000 EUR) rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg en 9.000 EUR (1/2<sup>de</sup> van 18.000 EUR) rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep en veroordeelt eiseres in hoger beroep tot 0 EUR rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg en 0 EUR rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep, bij gebrek aan vertegenwoordiging van verweerder in hoger beroep door een raadsman.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van **08 mei 2018** door

M. GHYSELEN Raadsheer dd. Voorzitter

C. PRINCEN Raadsheer

E. DE BRAUWER Raadsheer





Nieuwsbrieven en tijdschriften - De Fiscale Koerier  
*BELASTINGPLICHT - BUITENLANDSE VENNOOTSCHAP - PLAATS VAN WERKELIJKE LEIDING*  
*- LUXEMBURGSE HOLDINGVENNOOTSCHAP - Rechtspraak*  
Vennootschapsbelasting - BELASTINGPLICHT - BUITENLANDSE VENNOOTSCHAP - PLAATS  
VAN WERKELIJKE LEIDING - LUXEMBURGSE HOLDINGVENNOOTSCHAP - Rechtspraak

---

**Brussel dd. 23.11.2017**

## Vennootschapsbelasting

*BELASTINGPLICHT - BUITENLANDSE VENNOOTSCHAP - PLAATS VAN WERKELIJKE LEIDING*  
*- LUXEMBURGSE HOLDINGVENNOOTSCHAP - Rechtspraak*

**Fiscale koerier 2018/04**  
**Pag. 853 - 858**

### ● De feiten

Een Belgische telecomgroep richt een Luxemburgse holdingvennootschap op waarin aandelen van twee groepsvennootschappen worden ondergebracht. De transactie vindt plaats in het kader van een geplande beursintroductie.

De vennootschap wordt gedomicilieerd bij een externe accountant. Een lokaal advocatenkantoor levert de zaakvoerder die zich bezig houdt met de dagelijks leiding van de vennootschap. De overige zaakvoerders van de Luxemburgse vennootschap zijn twee kaderleden van de Belgische telecomgroep.

De Belgische fiscus is van oordeel dat de Luxemburgse vennootschap voor fiscale doeleinden als een Belgische vennootschap moet worden beschouwd. Volgens de fiscus wordt de Luxemburgse vennootschap *de facto* vanuit België bestuurd. Deze vaststelling volstaat om de vennootschap bij toepassing van artikel 2, 5°, b WIB92 *jo.* artikel 179 WIB92 aan de vennootschapsbelasting te onderwerpen. Volgens de controlediensten worden alle belangrijke beslissingen m.b.t. de Luxemburgse vennootschap in België voorbereid (o.m. via het coördinatiecentrum van de groep). Wat in Luxemburg gebeurt is louter van "formele" aard. De fiscus baseert zijn standpunt op basis van de volgende vaststellingen en overwegingen:

- de enige aandeelhouder van de Luxemburgse vennootschap is de Belgische moedervenootschap;
- de enige activa van de Luxemburgse vennootschap zijn aandelen in twee Belgische vennootschappen;
- de Luxemburgse vennootschap heeft in Luxemburg geen personeel en een daadwerkelijk kantoor;
-

de boekhouding en het domicilieadres van de vennootschap is toevertrouwd aan een externe accountant;

- de algemene vergadering en de zaakvoerders van de Luxemburgse vennootschap doen tijdens hun vergaderingen in Luxemburg niets meer dan bevestigen wat reeds eerder in België is beslist.

Aangezien de Luxemburgse vennootschap in België geen fiscale aangiften heeft gedaan – de fiscale aangiften worden in Luxemburg gedaan waar ook de jaarrekeningen worden neergelegd – wordt de Luxemburgse vennootschap door de Belgische fiscus van ambtswege belast in de vennootschapsbelasting.

De vennootschap betwist de zienswijze van de controlediensten en legt de betwisting voor aan de fiscale rechtbank.

De fiscale rechtbank geeft de vennootschap gelijk. De rechtbank beslist dat naar Belgisch fiscaal recht bij het bepalen van het (fiscaal) inwonerschap van vennootschappen inderdaad voorrang moet worden gegeven aan de plaats waar de werkelijke zetel zich bevindt. Het inwonerschap wordt immers niet bepaald door de plaats waar de maatschappelijke zetel gevestigd is, maar door de plaats van de werkelijke "zetel van bestuur of beheer" (art. 2, 5°, b WIB92). Bepalen waar de werkelijke zetel van een vennootschap gevestigd is, is een feitelijke aangelegenheid waarbij volgens de rechtbank verschillende elementen van belang zijn.

De rechtbank is van oordeel dat in het voorliggende geval de relevante aanknopingspunten waarmee rekening moet worden gehouden in Luxemburg zijn gesitueerd: de algemene vergadering en het college van zaakvoerders vergaderen in Luxemburg, de boekhouding wordt in Luxemburg gevoerd, de vennootschap heeft er een bankrekening, etc. Het feit dat de centrale diensten van de Belgische groep voor de werking van de Luxemburgse vennootschap "voorbereidend" werk leveren en de Luxemburgse vennootschap zelf over geen personeel beschikt, is voor de rechtbank geen reden om anders te beslissen. De daadwerkelijke beslissingen werden immers in Luxemburg genomen. De rechtbank wijst erop dat de Luxemburgse vennootschap door de Luxemburgse autoriteiten voor fiscale doeleinden als een inwoner wordt beschouwd. De rechtbank laat zich tevens ontvallen dat de persoonlijke overtuiging van de taxatiediensten in fiscale zaken niet als bewijs volstaat. De rechtbank ontheft de betwiste taxaties (Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF*, No. 2014/286).

De fiscus tekent beroep aan tegen het vonnis van de eerste rechter.

## ● **Rechtsvragen**

Kan een buitenlandse (holding)vennootschap die deel uitmaakt van een Belgische groep voor fiscale doeleinden als een "inwoner" (lees: binnenlandse vennootschap) worden gekwalificeerd om reden dat de voorbereiding van de meeste beslissingen die door de organen van de Luxemburgse vennootschap in Luxemburg worden genomen in België gebeurt?

Welke invulling moet worden gegeven aan het begrip "plaats van werkelijke leiding"?

## ● **Het hof**

Het hof stelt dat voor de uitspraak van het fiscaal geschil de volgende bepalingen relevant zijn:

- 1) de tekst van artikel 179 WIB92 dat bepaalt dat "binnenlandse vennootschappen" aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen;

- 2) de tekst van artikel 2, 5°, b WIB92 dat een definitie bevat van het begrip "binnenlandse vennootschap" en deze definieert als *"enigerlei vennootschap die in België haar maatschappelijke zetel, haar voornaamste inrichting of zetel van bestuur heeft en niet van de vennootschapsbelasting is uitgesloten"*;
- 3) artikel 4 van het dubbelbelastingverdrag tussen België en Luxemburg dat stelt dat *"voor de toepassing van de overeenkomst, de uitdrukking 'verblijfhouder van een overeenkomstsluitende staat' betekent 'iedere persoon van wie het inkomen, ingevolge de wetgeving van die Staat, aan belasting is onderworpen op grond van zijn woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid'"*.

Het hof van beroep stelt dat bij de bepaling van de plaats van werkelijke leiding van de vennootschap – wat een feitelijke kwestie is – rekening moet worden gehouden met de aard van de activiteit van de betrokken vennootschap en de wijze waarop deze geïntegreerd is in de groep waartoe ze behoort. In het licht daarvan is het hof van oordeel dat de administratie ten onrechte aanstoot neemt aan het feit dat de Luxemburgse vennootschap over geen eigen personeel beschikt en zich voor haar werking bedient van een domiciliëringscontract en de diensten van een externe boekhouder. Gezien de beperkte activiteit van de vennootschap is het volgens het hof niet abnormaal dat de Luxemburgse vennootschap zich ter plaatse als dusdanig heeft georganiseerd. Hetzelfde geldt voor het feit dat de Luxemburgse vennootschap zich voor een deel van haar activiteiten laat bijstaan door de centrale diensten van de groep waartoe ze behoort (o.a. het coördinatiecentrum dat diensten verleent voor alle groepsvennootschappen).

Het hof is van oordeel dat de vennootschap in de discussie terecht verwijst naar o.m. de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het insolventierecht en het concept van centrum van de voornaamste belangen waarbij werd beslist dat dit centrum vermoed wordt gelokaliseerd te zijn op de statutaire zetel zolang het tegendeel niet is bewezen (HvJ 2 mei 2016, zaak C-341/04, Eurofood IFSC Ltd., randnummers 31-36). Dit vermoeden kan slechts worden weerlegd indien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van die welke de aanknopng bij de statutaire zetel wordt geacht te weerspiegelen (wat het geval is bij een zogenaamde "brievbusmaatschappij").

Wanneer een vennootschap haar activiteiten op het grondgebied waar haar statutaire zetel is gevestigd uitoefent, volstaat het loutere feit dat haar economische keuzen door haar Belgische moedermaatschappij worden of kunnen worden bepaald niet om het vermoeden naast zich neer te leggen.

Ook de verwijzing naar het standpunt van de rullingdienst die in gelijkaardige omstandigheden besliste dat een Luxemburgse vennootschap door de Belgische fiscus voor fiscale doeleinden daadwerkelijk moet worden erkend (Voorafg.Besliss. nr. 800.430, 20 januari 2009) is terecht.

Het hof is van oordeel dat de argumenten van de fiscus niet volstaan om de Luxemburgse vennootschap voor fiscale doeleinden als een binnenlandse vennootschap te kwalificeren.

Gelet op het feit dat:

- de vennootschap volgens Luxemburgs recht is opgericht en al haar lokale verplichtingen vervult;
- de Luxemburgse fiscus een woonplaatsattest afleverde;
- de Luxemburgse vennootschap haar boekhouding ter plaatse voert;



- de Luxemburgse vennootschap ter plaatse fiscale aangiften indiende;
- de algemene vergaderingen en de vergaderingen van de zaakvoerders in Luxemburg worden gehouden,

beslist het hof dat er geen reden is om de plaats van werkelijke leiding in België te lokaliseren.

Het hof ziet geen graten in het feit dat heel wat voorbereidend werk voor de Luxemburgse vennootschap in België plaatsvindt. Het hof verwijst daarbij trouwens naar artikel 5 en 524, § 5 W.Venn. die voorzien dat aandeelhouders (en dus ook moedervenootschappen) het recht hebben hun filialen te controleren.

Het hof bevestigt het vonnis van de eerste rechter.

## ● Commentaar

1. De administratie hanteert de afgelopen jaren meer en meer het begrip "zetel van bestuur" uit de definitie van het begrip binnenlandse vennootschap van artikel 2, § 1, 5<sup>o</sup>, b WIB92 om de strijd aan te gaan tegen het gebruik van buitenlandse vennootschappen die in fiscaal interessante jurisdicties (bv. Luxemburg, Hongkong etc.) worden opgericht. Het feit dat een vennootschap in het buitenland wordt opgericht en daar haar maatschappelijke zetel heeft, volstaat immers niet om aan Belgische (vennootschaps-)belasting te ontsnappen.

Het is uiteraard aan de fiscus om het vermoeden dat verband houdt met de plaats waar de statutaire zetel is gevestigd? te weerleggen. Het feit dat de woonplaats van de enige aandeelhouder en de zaakvoerder(s) zich in België bevindt, is op zichzelf – zoals ook het hof stelt – onvoldoende om dit vermoeden te weerleggen (vgl. Rb. Leuven 6 april 2012, *TFR* 2013, afl. 438, 272, noot L. BROSENS).

*In fiscalibus* wordt hoofdzakelijk belang gehecht aan de plaats waar de vennootschapsorganen regelmatig vergaderen en hun mandaat uitoefenen (J.-P. LAGAE, "Fiscale erkenning of niet-erkenning van de vennootschap of van haar tussenkomst", *TFR* 1999, 839; J. MALHERBE, *Droit fiscal international*, Brussel, Larcier, 1994, 57; L. HINNEKENS, "De niet-erkenning van Delaware-achtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van Belgisch belastingrecht", *TRV* 1993, 438). Bij deze beoordeling wordt vermoed dat de belangrijkste beslissingen van een vennootschap op deze vergaderingen worden genomen en dat een vennootschap wordt geleid op de plaats waar de leiding en het bestuur vergaderen. Het gaat daarbij evenwel slechts om een vermoeden dat weerlegbaar is. Voor de bepaling van de plaats van de werkelijke leiding zal de realiteit immers doorslaggevend zijn (Luik 9 november 1988, *Bull.Bel.* 1991, afl. 709, 2299).

2. Indien de plaats van waaruit de vennootschap wordt bestuurd, niet eenduidig kan worden vastgesteld, blijkt uit de fiscale rechtspraak dat verschillende criteria worden weerhouden om de plaats van werkelijke leiding te lokaliseren (L. HINNEKENS, "De basis- en brievenbusvennootschap in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 1983, 93).

In de rechtspraak werd o.m. rekening gehouden met het adres waarop de briefwisseling gebeurt, de plaats waar een mandataris actief is, de plaats waar de boekhouding en het actief wordt bijgehouden, etc. De rechter kan uit deze feiten feitelijke vermoedens afleiden op basis waarvan de plaats van de werkelijke leiding kan worden bepaald (Cass. 30 januari 1962, *Pas.* 1962, I, 630; Cass. 12 september 1961, *Pas.* 1962, I, 61).

De rechtbank te Gent besliste bv. dat uit het feit dat een Luxemburgse vennootschap (het ging destijds over een "holding 29") in België bankrekeningen had, bepaalde bankuittreksels aan de Belgische aandeelhouders werden geadresseerd, het kantoor was gevestigd bij een trustkantoor en in de praktijk was vastgesteld dat het trustkantoor niet tussenkwam in het daadwerkelijk beheer, niet met zekerheid kon worden afgeleid dat de werkelijke leiding zich

in België zou bevinden (Rb. Gent 21 mei 2008, *Fisc.Koer.* 2008/509, nadien bevestigd door Gent 15 december 2009, *Fisc.Koer.* 2010/349) (B. SPRINGAEL, "Gebruik van Luxemburgse Holding 29: geen simulatie", *Fiscoloog (I.)* 2008, afl. 297, 3).

3. Uit de rechtspraak blijkt dat de vraag waar de werkelijke zetel van een vennootschap gevestigd is, steeds een feitenkwestie blijft (voor een overzicht: G. GEMIS, "Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan?(1)", *AFT* 1991, 48).

In het kader van het internationaal gangbaar concept van "*place of effective management*" wordt er eveneens van uitgegaan dat om de fiscale woonplaats van vennootschappen te bepalen rekening moet worden gehouden met het criterium waar de "relevante" managementactiviteiten en de plaats waar de beslissingen daadwerkelijk worden genomen. De plaats waar dergelijke beslissingen worden voorbereid en uiteindelijk uitgevoerd, is ter zake minder relevant (G. MAISTO, *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law in EC and International Tax Law Series*, IBFD, 115 e.v.).

4. In het hier besproken arrest volgde het hof van beroep te Brussel deze benadering. Het feit dat een Belgische groep via zijn bestaande centrale diensten "voorbereidend" werk levert voor een Luxemburgse vennootschap die slechts een passieve activiteit heeft (beheer van twee participaties en bepaalde financiële operaties), was voor het hof niet voldoende om het vermoeden van de statutaire woonplaats te weerleggen en dus de plaats van werkelijke leiding in België te lokaliseren.

De veronderstelde economische realiteit, die zou toelaten om vanuit een fiscale context in België te belasten, mag ook volgens het hof niet voorbijgaan aan de juridische realiteit zolang er geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie met als doel aan de Belgische wetgeving te ontsnappen.

De fiscus had *in casu* het kuntsmatig karakter van de constructie blijkbaar niet aangetoond.

5. Het valt evenwel ten zeerste te betwijfelen of op basis van dit arrest mag worden besloten dat Belgisch inwonerschap wordt vermeden door aantoonbaar en werkelijk vergaderingen op de buitenlandse statutaire zetel te houden. Rechtspraak in voornamelijk het Verenigd-Koninkrijk toont aan dat het zogenaamde "rubber-stamping" (m.n. het formeel houden van de vergaderingen op de statutaire zetel terwijl de beslissingen elders werden genomen) duidelijk niet voldoende is. Voor fiscaal inwonerschap is vereist dat de relevante beslissingen daadwerkelijk op de plaats worden genomen waar de statutaire zetel is gevestigd (bv. *Laerstate BV v HMRC* [2009] UKFTT 209 (TC) besproken door D. HUGHES, "The Determination of UK Corporate Residence: *Laerstate BV*", *ET* 2010, 115-119).

## ● Referentie

Brussel 23 november 2017, rolnr. 2014/AF/271

mnma12802409

Nieuwsbrieven en tijdschriften - De Fiscale Koerier  
*BELASTBARE WINST - MEERWAARDEN - AANDELEN - KAPITAAL-VERMINDERING - GEEN  
VERNIETIGING VAN AANDELEN - FISCAAL -STATUUT - Rechtspraak*  
Vennootschapsbelasting - BELASTBARE WINST - MEERWAARDEN - AANDELEN - KAPITAAL-  
VERMINDERING - GEEN VERNIETIGING VAN AANDELEN - FISCAAL -STATUUT - Rechtspraak

---

**Gent dd. 22.05.2018**

## Vennootschapsbelasting

*BELASTBARE WINST - MEERWAARDEN - AANDELEN - KAPITAAL-VERMINDERING - GEEN  
VERNIETIGING VAN AANDELEN - FISCAAL -STATUUT - Rechtspraak*

**Fiscale koerier 2018/11**  
**Pag. 1033 - 1036**

### ● De feiten

Een managementvennootschap die de opdracht krijgt een industriële onderneming die in moeilijkheden verkeert te herstructureren, verwerft voor een prijs van 0,00 EUR een pakket aandelen van de betrokken vennootschap ( $\pm 26\%$  van de aandelen). Wanneer enkele jaren later de toestand gesaneerd is, beslissen de aandeelhouders van de industriële onderneming het kapitaal van de vennootschap te verminderen. Het kapitaal wordt verminderd met terugbetaling aan de aandeelhouders van een bedrag van 2 055 000 EUR. De kapitaalverlaging wordt volledig aangerekend op het gestort kapitaal. Er worden bij de kapitaalverlaging geen aandelen vernietigd.

De managementvennootschap ontvangt n.a.v. de kapitaalvermindering een bedrag van 543 000 EUR. De vennootschap boekt dit bedrag als een meerwaarde op aandelen. Om de opbrengst vrij te stellen verhoogt de vennootschap in haar fiscale aangifte de begintoestand van de belaste reserves (toepassing art. 74, lid 2 KB/WIB92).

De fiscus ziet de zaken anders. Volgens de controlediensten komt de som die de vennootschap n.a.v. de terugbetaling van het kapitaal heeft ontvangen niet in aanmerking voor belastingvrijstelling. Het bedrag dat werd ontvangen n.a.v. de kapitaalvermindering van gestort kapitaal, kan volgens de fiscus niet aangemerkt worden als een belastingvrije meerwaarde op aandelen (in de zin van art. 192 WIB92). De ontvangen som kan evenmin beschouwd worden als een dividend die voor de dbi-regeling in aanmerking komt. De ontvangen som wordt als een gewone opbrengst belast.

De vennootschap betwist de zienswijze van de controlediensten en legt de betwisting voor aan de fiscale rechtbank.

De fiscale rechtbank geeft de vennootschap ongelijk. De rechtbank beslist dat de vennootschap ten onrechte voorhoudt dat n.a.v. de kapitaalvermindering een meerwaarde op aandelen in de zin van artikel 43 en 192 WIB92 zou zijn gerealiseerd. Aangezien de vennootschap na de kapitaalverlaging eigenaar is gebleven van evenveel aandelen, werd

een gewone opbrengst gerealiseerd en geen meerwaarde. De vennootschap komt evenmin in aanmerking voor de dbi-vrijstelling omdat er geen sprake is geweest van de uitkering van een dividend in de zin van artikel 18 WIB92 (Rb. Brugge 7 september 2016, niet gepubl.).

De vennootschap tekent beroep aan tegen het vonnis van de eerste rechter.

## ● **Rechtsvraag**

Komt het bedrag dat een vennootschap (aandeelhouder) ontvangt n.a.v. een kapitaalvermindering door een terugbetaling aan de aandeelhouders zonder vernietiging van de aandelen, in aanmerking voor fiscale vrijstelling (regime meerwaarde op aandelen of dbi-aftrek)?

## ● **Het hof**

Het hof overloopt de diverse bepalingen van het WIB92 die het fiscaal resultaat van vennootschappen bepalen. Artikel 183 WIB92 bepaalt dat *“de inkomsten die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting of daarvan vrijgesteld zijn, dezelfde zijn als die welke inzake personenbelasting worden beoogd”*. Artikel 24, lid 1, 1<sup>o</sup> WIB92 bepaalt dat (inzake personenbelasting) winst bestaat *“uit inkomsten van alle nijverheids-, handels- of landbouwondernemingen die voortkomen uit alle verrichtingen gedaan door de inrichtingen van die ondernemingen of door toedoen daarvan”*.

Artikel 43 WIB92 definieert een verwezenlijkte meerwaarde *“als het positieve verschil tussen eensdeels de ontvangen vergoeding of de verkoopwaarde bij de vervreemding van het goed verminderd met de kosten van vervreemding en anderdeels de aanschaffings- of beleggingswaarde ervan verminderd met de voorheen aangenomen waardevermindering of afschrijvingen”*.

Artikel 190 WIB92 bepaalt dat het meerwaardestelsel dat inzake personenbelasting geldt, ook voor vennootschappen van toepassing is. Specifiek voor vennootschappen bepaalt artikel 192, § 1, lid 1 WIB92 dat meerwaarden op aandelen waarvan de inkomsten in aanmerking komen om, overeenkomstig de bepalingen van artikel 201, § 1 en 203 WIB92 van de winst te worden afgetrokken (de zgn. dbi-aftrek), van belasting zijn vrijgesteld. Volgens het hof volgt uit de wetsbepaling dat de vrijstellingsregeling van artikel 192, § 1, lid 1 WIB92 vereist dat er sprake is van een *“vervreemding en/of verwezenlijking”*.

In het geval van de belastingplichtige is er van een vervreemding of een verwezenlijking geen sprake. Een kapitaalvermindering (van gestort kapitaal) zonder vernietiging van aandelen kan volgens het hof niet worden aangemerkt als een *“vervreemding of een realisatie in de zin van de artikelen 43 e.v. of de artikelen 190 e.v. WIB92 of een gerealiseerde meerwaarde op aandelen”*. Een dergelijke verrichting betreft volgens het hof *“een interne handeling”*, aangezien de aandelen en de erop geldende rechten gewoon blijven bestaan. Bij gebrek aan vervreemding of verwezenlijking heeft de vennootschap in haar fiscale aangifte ten onrechte toepassing gemaakt van de regeling van artikel 74, lid 2 KB/WIB92 (aanpassing van de begintoestand van de belastbare reserves).

De vennootschap kon volgens het hof evenmin toepassing maken van de dbi-aftrek.

Artikel 18, lid 1, 1<sup>o</sup> en 2<sup>o</sup> WIB92 bepaalt dat dividenden zijn:

*“1<sup>o</sup> alle voordelen toegekend door een vennootschap aan aandelen en winstbewijzen hoe ook genaamd, uit welchen hoofde en op welke wijze ook verkregen;*

*2<sup>o</sup> gehele of gedeeltelijke terugbetalingen van maatschappelijk kapitaal, met uitzondering van het gedeelte van de terugbetaling dat overeenkomstig het tweede lid is aangerekend op het gestort kapitaal of op de in 2<sup>o</sup>bis bedoelde bedragen die met gestort kapitaal zijn gelijkgesteld, naar aanleiding van een terugbetaling van kapitaal verkregen ter uitvoering van een regelmatige beslissing tot vermindering van het maatschappelijk kapitaal,*

*overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen of overeenkomstig bepalingen van het vennootschapsrecht van toepassing op de buitenlandse vennootschap”.*

Volgens het hof kunnen de twee onderdelen van artikel 18 WIB92 niet los van elkaar worden gelezen. Artikel 18, lid 1, 2° WIB92 omschrijft de situaties waarin een terugbetaling van kapitaal als een dividend wordt aangemerkt en sluit deze kwalificatie uitdrukkelijk uit bij de terugbetaling van gestort kapitaal waarbij de vennootschapsrechtelijke voorschriften die hiervoor gelden worden nageleefd.

Volgens het hof kan de vennootschap *“niet redelijk voorhouden dat een terugbetaling van gestort kapitaal, die uitdrukkelijk op grond van artikel 18, lid 1, 2° WIB92 niet kan worden aangemerkt als een dividend, toch een dividend is op basis van de ruime omschrijving van een dividend in artikel 18, lid 1, 1° WIB92”.*

Het bedrag dat de vennootschap n.a.v. de kapitaalverlaging heeft ontvangen, kan volgens het hof niet als een dividend kwalificeren, zodat geen toepassing kan worden gemaakt van de zgn. dbi-aftrek van artikel 202, § 1 WIB92.

Het hof beslist dat er in het voorliggende geval *“geen rechtsgrond bestaat om af te wijken van de belastbaarheid van de ontvangen uitkering op grond van de artikelen 24 en 183 WIB92”.* De taxatiediensten hebben de ontvangen som daarom terecht als een normale winst belast.

Het hof bevestigt het vonnis van de eerste rechter.

## ● Commentaar

Meerwaarden die worden verwezenlijkt op aandelen zijn in de vennootschapsbelasting niet belastbaar wanneer de meerwaarde betrekking heeft op aandelen waarvan de eventuele inkomsten in aanmerking komen om als definitief belaste inkomsten (dbi) van de winst te worden afgetrokken. Vanaf aanslagjaar 2019 wordt de vrijstelling van meerwaarden op aandelen verder afgestemd op de dbi-voorwaarden. Dit impliceert dat naast de taxatievoorwaarden en de voorwaarde dat de aandelen minstens één jaar in volle eigendom moeten zijn behouden, voortaan ook de participatiedrempel (10 % van het kapitaal van de vennootschap of minimaal 2,5 miljoen EUR aanschaffingswaarde; art. 202, § 2, lid 1, 1° WIB92) geldt om van de meerwaardevrijstelling te genieten (art. 191 § 1, lid 1, 1° WIB92, zoals gewijzigd door art. 24 wet 25 december 2017).

Opdat de opbrengst die een vennootschap m.b.t. een aandelenportefeuille realiseert voor bovenvermelde regeling in aanmerking komt, is vereist dat er sprake is van een verwezenlijkte meerwaarde (in de zin van art. 24, lid 1, 2° WIB92).

In het hier besproken arrest probeerde de vennootschap het bedrag dat ze had ontvangen n.a.v. de gedeeltelijke terugbetaling van het kapitaal van de aandelen die ze in portefeuille had, als een verwezenlijkte meerwaarde te doen doorgaan. Aangezien de vennootschap eigenaar bleef van de aandelen (het kapitaal werd terugbetaald zonder vernietiging van de aandelen) besliste het hof terecht dat de opbrengst niet het resultaat was van de verwezenlijking van enige meerwaarde op de aandelen.

Het hof besliste eveneens terecht dat de genoten opbrengst niet in aanmerking kwam voor de dbi-vrijstelling aangezien terugbetaling van het kapitaal overeenkomstig de tekst van artikel 18, lid 1, 1° en 2° WIB92 fiscaaltechnisch niet als een dividend kon kwalificeren. Het hof besliste dat alhoewel terugbetalingen van kapitaal principieel als dividenden worden gekwalificeerd, deze gelijkstelling niet geldt indien de terugbetaling betrekking heeft op gestort kapitaal en bij de terugbetaling de voorwaarden van het Wetboek Vennootschappen worden nageleefd (P. SMET, *Handboek roerende voorheffing*, Kalmthout, Biblo, 2003, 76 e.v.).

## ● Referentie

Gent 22 mei 2018, rolno. 2017/AR/673

mnma12811029

## Cour de cassation de Belgique

### Arrêt

N° F.16.0106.F

**ÉTAT BELGE**, représenté par le ministre des Finances, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de la Loi, 12, poursuites et diligences du directeur du centre Grandes entreprises à Charleroi, dont les bureaux sont établis à Charleroi, Petite rue, 4, faisant élection de domicile en l'étude de l'huissier de justice Pierre Fontaine, établie à Charleroi, rue du Parc, 19,

demandeur en cassation,

**contre**

**SIFACO BENELUX**, société anonyme, dont le siège social est établi à Manage, rue Jean Perrin, 1,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Simone Nudelholc, avocat à la Cour de cassation, et ayant pour conseil Maître Daniel Garabedian, avocat au barreau de Bruxelles, dont le

cabinet est établi à Bruxelles, boulevard de l'Empereur, 3, où il est fait élection de domicile.

### **I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 8 mars 2016 par la cour d'appel de Liège, statuant comme juridiction de renvoi ensuite de l'arrêt de la Cour du 25 septembre 2014.

Le conseiller Sabine Geubel a fait rapport.

Le premier avocat général André Henkes a conclu.

### **II. Le moyen de cassation**

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, le demandeur présente un moyen.

### **III. La décision de la Cour**

#### **Sur le moyen :**

En vertu de l'article 201, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, du Code des impôts sur les revenus 1992, dans sa version applicable au litige, la déduction pour investissement est réservée aux sociétés résidentes dont les actions ou parts, représentant la majorité des droits de vote, sont détenues pour plus de la moitié par une ou plusieurs personnes physiques et qui ne font pas partie d'un groupe auquel appartient un centre de coordination visé à l'arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982 relatif à la création de centres de coordination.

Cette disposition suppose que les personnes physiques qui détiennent en usufruit plus de la moitié des actions ou parts, représentant la majorité des droits de vote, de la société résidente concernée, puissent exercer seules les droits de



vote attachés auxdites actions ou parts, sans dépendre des instructions de vote des nu-proprétaires si ceux-ci sont des personnes morales.

L'arrêt attaqué constate que, « durant les exercices d'imposition litigieux, 1.470 des 2.500 actions de la [défenderesse] étaient détenues en usufruit et en pleine propriété par deux personnes physiques : A. B., détenant 1.400 actions en usufruit et 50 actions en pleine propriété, et son épouse, D. S., détenant 20 actions en pleine propriété », que « la nue-propriété des 1.400 actions était détenue par la société Dosyma et que le solde des actions, soit 1.030 actions, était détenu jusqu'à concurrence de 225 actions par la société Sigeo, jusqu'à concurrence de 375 actions par la société Sifaco France et jusqu'à concurrence de 430 actions par la société Travel » et qu'ainsi, « 1.470 des 2.500 actions de la [défenderesse] étaient détenues jusqu'à concurrence de 1.400 actions en usufruit et 70 actions en pleine propriété par des personnes physiques, ce qui correspond à un pourcentage de plus de 58 p.c., soit plus de la moitié des actions ».

Il ajoute que « les statuts de la [défenderesse] (sous le titre IV 'Assemblées générales', article 22 'Représentation') prévoient qu'une seule personne doit être désignée comme mandataire commun du nu-proprétaire et de l'usufruitier pour l'exercice du droit de vote : 'Tout propriétaire de titre peut se faire représenter à l'assemblée générale par un fondé de pouvoirs, pourvu que celui-ci soit lui-même actionnaire et qu'il ait le droit d'assister à l'assemblée. (...) Les copropriétaires, les usufruitiers et nu-proprétaires, créanciers et débiteurs gagistes doivent se faire représenter respectivement par une seule et même personne' ».

Il en déduit que, « comme il y a deux mandants, le mandataire doit nécessairement recevoir des instructions identiques des deux mandants et le droit de vote appartient tant à l'usufruitier qu'au nu-proprétaire ».

Sur la base de ces énonciations, l'arrêt attaqué n'a pu, sans violer l'article 201, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, précité, confirmer le jugement du premier juge « en ce qu'il a décidé que [la défenderesse] répondait aux conditions légales lui permettant de bénéficier de la déduction pour investissement en application de [cette disposition] et, partant, a annulé les impositions litigieuses ».

Le moyen est fondé.

**Par ces motifs,**

La Cour

Casse l'arrêt attaqué ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause devant la cour d'appel de Bruxelles.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, les conseillers Didier Batselé, Michel Lemal, Marie-Claire Ernotte et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du huit juin deux mille dix-huit par le président de section Christian Storck, en présence du premier avocat général André Henkes, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

S. Geubel

M.-Cl. Ernotte

M. Lemal

D. Batselé

Chr. Storck

## Requête

**Requête : Version électronique non disponible.**

COPIE NON CORRIGÉE

# Hof van beroep - Luik - 9de kamer - Arrest van 18 april 2018 - Rol nr 2014/RG/1557

Arrest

Avocats :

Maître FEKENNE Jacques - pour l'Etat Belge, appelant  
Maître WARZEE Julien loco Maître BUBLLOT Jean - pour l'intimée

Les faits et l'objet du litige

Sur ces points, la Cour se réfère à l'exposé repris dans l'arrêt rendu le 21 avril 2017.

Il suffit de rappeler que le litige concerne le rejet, en application de l'article 198 §1er, 7° du CIR/92, de la déduction d'une moins-value de 156.658,25 € postulée par l'intimée suite à l'aliénation de titres et sur la cotisation à l'impôt des sociétés enrôlée en conséquence à sa charge pour l'exercice d'imposition 2009 sous l'article n°894.423.886 (supplément à l'article 893.683.972 – pièces n°206 à 208 du dossier administratif).

Par décision du 11 juin 2014, le premier juge a dit la demande fondée, a ordonné le dégrèvement de la cotisation querellée, le remboursement de toutes sommes indûment perçues du chef de celle-ci et a réservé les dépens.

L'appelant demande à la Cour la réformation du jugement dont appel, la confirmation « des » cotisations établies et la condamnation de l'intimée aux dépens des deux instances liquidés à 2.200 € par instance.

L'intimée conclut quant à elle au non fondement de l'appel, à la confirmation du jugement entrepris et sollicite de la Cour la condamnation de l'appelant aux dépens, liquidés à 4.400 € par instance.

Par arrêt du 21 avril 2017, la Cour a reçu l'appel et rouvert les débats suite au constat que la moins-value litigieuse résulterait de ventes portant sur des ETF et des SICAV afin de permettre aux parties de préciser, pour chaque titre concerné, la nature juridique de l'entité sur laquelle il porte (fonds commun de placement ou société d'investissement), son prix d'acquisition et de vente ainsi que pour s'expliquer sur les conséquences juridiques au niveau de la déductibilité des moins-values si certains titres litigieux portaient sur des SICAV.

Discussion

Fondement de la demande

Suite à la réouverture des débats, il apparaît que la moins-value litigieuse résulte partiellement de la vente de SICAV, à savoir les titres :

- 'MS' (ISIN LU[...]) dont la part dans la moins-value déclarée est de 10.504,78 € (cf. pièces n°1, 12 et 14 du dossier de l'intimée);
- 'FT' GRTH (ISIN LU[...]) dont la part dans la moins-value déclarée est de 7.560,21 € (pièces n°2, 12 et 14 du dossier de l'intimée) ;
- 'JB' (ISIN LU[...]) dont la part dans la moins-value déclarée est de 1.105,11 € (pièces n°3, 12 et 14 du dossier de l'intimée) ;
- 'AF' (ISIN FR[...]) dont la part dans la moins-value déclarée est de 3.661,55 € (pièces n°4, 12 et 14 du dossier de l'intimée) ;
- 'UL' (ISIN LU[...]) dont la part dans la moins-value déclarée est de 4.111,46 € (pièces n°11, 13 et 16 du dossier de l'intimée).

En vertu de l'article 198 §1er, 7° du CIR/92 « Ne sont pas considérés comme des frais professionnels: (...) les réductions de valeur et les moins-values sur les actions ou parts, à l'exception des moins-values actées à l'occasion du partage total de l'avoir social d'une société jusqu'à concurrence de la perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts ».

Il n'est pas contesté qu'une SICAV est une société dotée de la personnalité juridique dont les titres tombent sous la notion d' « actions ou parts » visée à l'article 198 §1er, 7° du CIR/92.

Il en résulte que la quotité de la moins-value litigieuse résultant de la vente des titres repris ci-dessus n'est pas déductible à titre de frais professionnel, à savoir 26.943,11 € (10.504,78 € + 7.560,21 € + 1.105,11 € + 3.661,55 € + 4.111,46 €).

Quant à la quotité de la moins-value se rapportant aux ventes des autres titres (129.714,83 €), qui sont des fonds commun de placement, l'arrêt de la Cour de céans du 21 avril 2017 a dit pour droit que ces titres ne peuvent pas être assimilés à des « actions ou parts » au sens de l'article 198 §1er, 7° du CIR/92.

En outre, même à admettre la thèse selon laquelle il conviendrait d'examiner la composition du patrimoine de ces fonds, considérés comme « transparents », afin d'en déterminer la proportion d'actions ou parts, au sens de l'article 198 §1er, 7° du CIR 92, et ainsi de fixer en cas de moins-value la quotité de celle-ci constituant une dépense non admise, encore faudrait-il constater que l'application des règles relatives à la charge de la preuve ne peut en l'espèce mener au rejet de la déduction de la somme de 129.714,83 €.

En effet, l'article 198 du CIR/92 définit un certain nombre de frais professionnels qui ne sont pas déductibles des revenus professionnels.

Il s'agit de charges qui, moyennant le respect des conditions prévues à l'article 49 du CIR/92, en l'espèce rencontrées dans la mesure où les titres générateurs de la moins-value participaient à des placements de trésorerie figurant dans la comptabilité de l'intimée, seraient déductibles à titre de frais professionnels, mais que la loi exclut, nonobstant la réunion de ces conditions, de la catégorie des frais professionnels.

Or, la charge de la preuve qui repose sur le contribuable est, dans ce cas, uniquement celle du respect des conditions prévues par l'article 49 du Code.

Dès le moment où il respecte ces conditions, ces frais sont professionnels et en principe déductibles à ce titre sauf le droit de l'administration, qui entend les exclure de la catégorie des frais professionnels pour le motif qu'ils figurent dans l'énumération prévue par l'article 198, d'alléguer et de rapporter la preuve qu'il s'agit de dépenses non admises visées par cette disposition (cf. T. AFSCHRIJFT, Traité de la preuve en droit fiscal, 2e éd., Larcier, 2004, p.113).

En dépit de la collaboration à la preuve de l'intimée, qui produit les différents prospectus relatifs aux fonds commun de placement litigieux (pièces n°1 à 11 du dossier déposé le 15 juin 2017), l'appelant n'allègue, et a fortiori ne démontre, rien quant à leur composition.

La Cour constate de surcroît que ceux-ci sont susceptibles d'incorporer des actions ou parts mais aussi des actifs divers en proportions variables, étrangers à la notion « d'actions ou parts » visée à l'article 198 §1er, 7° du CIR 92, dont les parties sont dans l'incapacité concrète de fixer les quotités, tels que des obligations ou des actifs monétaires (cf., entre autres, la pièce n°5 du dossier de l'intimée: « CCR Opportunity est un fonds d'allocation flexible. En effet, le gérant décide de l'allocation en les classes d'actifs (actions, obligations, monétaire) selon ses anticipations d'évolution de ces différents marchés » et la pièce n°6 de son dossier : « Les investissements du fonds RP Sélection Convertibles sont constitués principalement d'obligations convertibles et autres instruments assimilables, obligations indexée, échangeables, 'O', titres participatifs, etc.... (70 % minimum). Le fond pourra investir à titre accessoire en actions internationales de toutes tailles (10 % maximum). Le solde pouvant être investi en titres monétaires ou en obligations d'entreprise ou d'Etat »).

Il en résulte que la moins-value litigieuse doit être admise à hauteur de 129.714,83 € ce qui entraîne le dégrèvement intégral de la cotisation querellée.

### Dépens

En vertu de l'article 1022 du Code judiciaire, l'indemnité de procédure est une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause.

L'intimée considère comme manifestement déraisonnable la situation à laquelle elle a été confrontée du fait de la position soutenue par l'administration. Elle relève ainsi que, sans la position dissidente adoptée par les fonctionnaires chargés du contrôle, les présents débats n'auraient jamais eu lieu et sollicite une indemnité de procédure majorée à 4.400 € par instance.

Elle ne développe cependant aucune argumentation permettant de considérer que l'indemnité de procédure de base, à savoir 2.400 € par instance, ne couvrirait pas de manière adéquate ses frais et honoraires de conseil.

Par ailleurs, l'intimée n'obtient pas intégralement gain de cause dans la mesure où, bien que la cotisation querellée doit être intégralement dégrévée, la somme admissible à titre de moins-value déductible est inférieure à celle postulée, à savoir 129.714,83 € au lieu de 156.658,25 €.

Il lui sera par conséquent délaissé un cinquième de ses dépens et la somme de 1.920 € lui sera octroyée par instance.

PAR CES MOTIFS :

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

La cour, statuant contradictoirement,

DIT l'appel largement non fondé.

CONFIRME le jugement entrepris sous la précision que la moins-value sur actifs circulants admissible à titre de frais professionnel pour l'exercice d'imposition 2009 est limitée à la somme de 129.714,83 €.

En outre,

CONDAMNE l'ETAT BELGE aux dépens d'instance, réservés par le premier juge, de la SPRLU 'V' liquidés à la somme de 1.920 € (indemnité de procédure), ceux-ci étant compensés pour le surplus.

CONDAMNE l'ETAT BELGE aux dépens d'appel de la SPRLU 'V' liquidés à la somme de 1.920 € (indemnité de procédure), ceux-ci étant compensés pour le surplus.

Cour :

Philippe GARZANITI, président, Isabelle DIJON et Simon CLAISSE, conseillers

**Antwerpen (burg.) (B6e k.) nr. 2016/AR/2253, 12 juni 2018 (rolnr : 2016/AR/2253)**

C. GCV, met maatschappelijke zetel te, met ondernemingsnummer

eiseres in hoger beroep,

vertegenwoordigd door Mr. MAES Philippe loco Mr. TUERLINCKX Jan, advocaat te 2018 ANTWERPEN, Van Putlei 14

vertegenwoordigd door Mr. MAES Philippe loco Mr. VAN VOSSSEL Julie, advocaat te 2018 ANTWERPEN, Maria-Henriëttalei 1 bus 2

tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen van 19 oktober 2016, met rolnummer 15/4244/A

tegen

DE BELGISCHE STAAT, in de persoon van de Minister van Financiën, te 1000 BRUSSEL, Wetstraat 12, handelend ten verzoeken van de Adviseur-generaal - Directeur te KMO Centrum Antwerpen, met kantoor te 2000 ANTWERPEN, Italiëlei 4 bus 2,

verweerder in hoger beroep,

vertegenwoordigd door Mr. AERNAUDTS Linda, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Frankrijklei 37 bus 12

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd waaronder een eensluidend afschrift van het bestreden vonnis van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen, van 19 oktober 2016 alsmede het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Antwerpen op 18 november 2016, waarbij hoger beroep wordt ingesteld.

## **1. Feitelijke en procedurele retroacta**

1.1. Huidige betwisting heeft betrekking op de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013, gekend onder artikel. In het bijzonder is eiseres in hoger beroep niet akkoord met de verwerping van de aftrek van de betaalde premies voor de bedrijfsleidersverzekering van haar zaakvoerder.

Er werd een tijdige aangifte in de vennootschapsbelasting ingediend, conform dewelke een aanvankelijke aanslag werd ingekohierd onder artikel.

Per mail dd. 17 april 2014 werden aan eiseres in hoger beroep verschillende vragen gesteld onder meer betreffende de bedrijfsleidersverzekering. Er werd verzocht aan te tonen dat aan de 80 %-regel is voldaan. Hierop werd tijdig geantwoord.

Bij bericht van wijziging van aangifte dd. 29 juli 2014 werd onder meer aangekondigd dat de bedrijfsleidersverzekering ten bedrage van 107.489,61 EUR aan de verworpen uitgaven zou worden toegevoegd omdat niet voldaan zou zijn aan de voorwaarden in artikel 195, § 1, 2°



W.I.B. 1992 nu de loonbetalingen niet gebeurden om de maand. Tevens werd de toepassing van een belastingverhoging van 10 % aangekondigd wegens eerste overtreding zonder kwade trouw.

Bij monde van haar raadsman verklaarde eiseres in hoger beroep zich tijdig bij brief van 1 september 2014 niet akkoord met de aangekondigde wijzigingen. De administratie deelde bij kennisgeving van beslissing tot taxatie dd. 17 oktober 2014 mee deze niettemin te zullen behouden en de bestreden aanslag werd aldus ingekohierd op 12 november 2014 onder artikel.

Er werd tijdig bezwaar aangetekend bij brief van 19 januari 2015. Na aanvullend bezwaar en bijkomende duiding werd een gedeeltelijk akkoord gesloten op 19 juni 2015 voor aanslagjaar 2013. Het akkoord had geen betrekking op de bedrijfsleidersverzekering. Bij directoriale beslissing dd. 22 juni 2015 waarbij de bestreden aanslag ingevolge het gedeeltelijke akkoord werd ontheven voor een bedrag van 249.127,06 EUR. Het bezwaar werd voor het meerdere, wat betreft de bedrijfsleidersverzekering, afgewezen.

1.2. Bij verzoekschrift op tegenspraak, neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen op 23 juli 2015, vorderde eiseres in hoger beroep haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren, dienvolgens het bezwaarschrift ontvankelijk en gegrond te verklaren, de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013 gedeeltelijk te vernietigen, minstens gedeeltelijk te ontheffen en terugbetaling te bevelen van de ten onrechte betaalde en/of ingehouden bedragen, meer moratoriumintresten en verweerster te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

De eerste rechter verklaarde de vordering toelaatbaar doch ongegrond en veroordeelde eiseres in hoger beroep tot de kosten, niet vereffend, bij gebrek aan begroting.

De eerste rechter oordeelde dat er geen sprake is van verboden compensatie bij behoud van de belastbare grondslag. Ten gronde is de betwisting beperkt tot de premie bedrijfsleidersverzekering, waaromtrent werd vastgesteld dat geen regelmatige, ten minste om de maand gedane betalingen zijn geschied. Er is geen schending van het vertrouwensbeginsel. De aftrekbaarheid onder artikel 195 W.I.B. 1992 vormt een fiscaal wettelijke regel die niet ongedaan kan worden gemaakt door enige feitelijke gedraging die tot vertrouwen zou kunnen leiden, aldus de eerste rechter.

Tegen dit vonnis heeft eiseres in hoger beroep bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het hof op 18 november 2016, hoger beroep ingesteld.

## **2. De vorderingen en standpunten in hoger beroep**

2.1. Eiseres in hoger beroep vordert het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, het bestreden vonnis teniet te doen, de directoriale beslissing te vernietigen en, opnieuw rechtdoende de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2013 gedeeltelijk te vernietigen, minstens gedeeltelijk te ontheffen voor zover de aftrekbaarheid van de bedrijfsleidersverzekering niet aanvaard wordt. Tevens wordt gevorderd de Belgische Staat te

veroordelen tot de terugbetaling van ten onrechte betaalde bedragen, meer moratoriumintresten en tot de kosten van het geding, begroot op de rechtsplegingsvergoeding.

Eiseres in hoger beroep stelt dat er sprake is van verboden compensatie omdat de gewestelijk directeur zich baseerde op andere motieven dan diegene die in acht werden genomen in de taxatieprocedure. Ten gronde stelt zij dat aan de voorwaarden van artikel 195 W.I.B. 1992 werd voldaan. Minstens ligt een schending van het vertrouwensbeginsel voor.

2.2. De Belgische Staat vordert het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren, het bestreden vonnis en de bestreden aanslag te bevestigen en eiseres in hoger beroep te veroordelen tot de kosten begroot op de rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep.

De Belgische Staat stelt dat aan de voorwaarden inzake de betaling van regelmatige bezoldigingen niet is voldaan, zodat de kost bedrijfsleidersverzekering niet aftrekbaar is. Er is geen sprake van verboden compensatie, evenmin als van een schending van het vertrouwensbeginsel.

## 3. Bespreking

### 3.1. Schending van artikel 375, § 2 W.I.B. 1992: verboden compensatie?

In toepassing van artikel 375, § 2 W.I.B. 1992 is het de adviseur-generaal van de administratie of diens gedelegeerde ambtenaar niet toegestaan bij zijn beslissing een aanvullende aanslag te vestigen, noch de compensatie te verwezenlijken tussen een rechtmatig bevonden ontheffing en een ontoereikendheid van de aanslag die zou zijn vastgesteld. Er is sprake van verboden compensatie wanneer de adviseur-generaal in zijn beslissing over het bezwaar een ander bewijsmiddel hanteert dan de taxatieambtenaar (vgl. Antwerpen 14 april 1987, *J.D.F.*, 1988,25) of indien hij zich steunt op andere materiële elementen bekomen tijdens het onderzoek van het bezwaar die niet door de taxatieambtenaar in aanmerking zijn genomen (vgl. Antwerpen 22 maart 1994, *Fisc. Koer.*, 1994, 380; Bergen 25 januari 2002, *F.J.F.*, nr. 2002/111).

Eiseres in hoger beroep besluit tot verboden compensatie omdat in het bericht van wijziging van aangifte werd gesteld dat niet voldaan is aan de voorwaarden van artikel 195 W.I.B. 1992 omdat niet maandelijks een bezoldiging werd betaald aan de bedrijfsleider, zonder de effectieve berekening van de 80 %-regel in vraag te stellen, wat in de directoriale beslissing wel wordt gedaan. De bestreden aanslag zou aldus gehandhaafd zijn op basis van een nieuw materieel element, met name het niet voldoen aan de 80 %-regel.

Aldus werd echter geen aanvullende aanslag gevestigd. De toestand van de belastingplichtige werd niet verzwaaard. Evenmin werd een rechtmatig bevonden ontheffing gecompenseerd met een ontoereikendheid van de aanslag. De gedelegeerd ambtenaar steunde zich in zijn beslissing op dezelfde materiële elementen als door de taxatieambtenaar in aanmerking werden genomen, met name de verwerping van de aftrek van de kost bedrijfsleidersverzekering op dezelfde gronden, met name in toepassing van artikel 195 W.I.B. 1992. Er werd, naast de vaststelling dat de kost geen betrekking heeft op regelmatig en ten minste om de maand betaalde bezoldigingen, enkel bijkomend vastgesteld dat ook dient te

zijn voldaan aan de 80 %-regel voor de aftrekbaarheid van de premies, wat blijkbaar niet kon worden gecontroleerd. Er werd aldus niet gesteund op materiële elementen die bekomen zijn door de gedelegeerde ambtenaar zelf tijdens onderzoek van het bezwaarschrift en die vervolgens in de plaats zouden zijn gesteld van de door de taxatieambtenaar in aanmerking genomen gegevens (vgl. Luik 31 maart 2010, *F.J.F.*, nr. 2012/22). Er is dan ook geen sprake van verboden compensatie in deze doch slechts van een aanvulling van de motieven van de taxatieambtenaar.

De vordering van eiseres in hoger beroep tot vernietiging van de directoriale beslissing is dan ook ongegrond.

## **3.2. Ten gronde: omtrent de aftrekbaarheid van de bijdragen bedrijfsleidersverzekering in toepassing van artikel 195 W.I.B. 1992**

3.2.1. Eiseres in hoger beroep betwist de verwerping van de aftrek van de premies van de bedrijfsleidersverzekering omdat aan de voorwaarden voor de aftrekbaarheid zou zijn voldaan. In het bijzonder stelt zij dat een periodieke bezoldiging werd toegekend aan de bedrijfsleider en dat voldaan is aan de 80 % regel. Minstens zou sprake zijn van een schending van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

De Belgische Staat betwist dat aan de voorwaarden van artikel 195, § 1 W.I.B. 1992 is voldaan.

3.2.2. Artikel 195, § 1 W.I.B. 1992 bepaalt als volgt:

"§ 1 Bedrijfsleiders worden voor de toepassing van de bepalingen inzake beroepskosten met werknemers gelijkgesteld en hun bezoldigingen en de ermede verband houdende sociale lasten worden als beroepskosten aangemerkt.

Stortingen van sociale verzekering of voorzorg zijn slechts aftrekbaar in zover zij betrekking hebben op bezoldigingen die regelmatig en ten minste om de maand worden betaald of toegekend vóór het einde van het belastbare tijdperk waarin de ertoe aanleiding gevende bezoldigde werkzaamheden zijn verricht en mits zij door de vennootschap op de resultaten van dat tijdperk worden aangerekend.

§ 2 Behalve indien de overeenkomsten enkel voorzien in voordelen bij overlijden, worden premies van levensverzekeringen betreffende overeenkomsten die in het voordeel van de onderneming zijn gesloten, met de in artikel 52, 3°, b, vermelde bijdragen gelijkgesteld en zijn zij, onder dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde grens, slechts aftrekbaar indien deze overeenkomsten werden gesloten op het hoofd van een bedrijfsleider als bedoeld in artikel 32, eerste lid, 1°, en tewerkgesteld buiten een arbeidsovereenkomst.

Om het aftrekbare deel van de premies te bepalen komen uitsluitend de in § 1, tweede lid, omschreven bezoldigingen in aanmerking."

Premies betaald voor een bedrijfsleidersverzekering zijn in toepassing van artikel 195, § 1, tweede lid W.I.B. 1992 slechts aftrekbaar in de mate ze betrekking hebben op bezoldigingen die regelmatig en ten minste om de maand worden betaald of toegekend voor het einde van

het belastbare tijdperk waarin de ertoe aanleiding gevende bezoldigde werkzaamheden zijn verricht. Onder regelmatig wordt een gelijke spreiding over het jaar verstaan en ten minste om de maand veronderstelt een bij de bezoldigingen van het personeel aanleunende periodiciteit (Com.IB., nr. 195/8). De premies zijn slechts aftrekbaar onder de voorwaarden en binnen de grens van artikel 59 W.I.B. 1992 (Com.IB., nr. 195/16) en derhalve slechts indien de wettelijke en bovenwettelijke uitkeringen naar aanleiding van de pensionering niet meer bedragen dan 80 % van de laatste normale brutojaarbezoldiging en berekend zijn op basis van de normale duur van de beroepswerkzaamheid.

3.2.3. In casu blijkt uit de bankrekeninguittreksels dat betalingen werden verricht aan de heer D., zaakvoerder van eiseres in hoger beroep. Deze betalingen werden geboekt als bedrijfsleidersbezoldigingen bij eiseres in hoger beroep. Dat deze werden opgenomen op fiche 281.50 en als baten in de personenbelasting werden aangegeven kan geen afbreuk doen aan de kwalificatie als bedrijfsleidersbezoldiging. Volgende bedragen, die effectief werden betaald, kunnen derhalve ter beoordeling van de aftrekbaarheid van de premies in toepassing van artikel 195 W.I.B. 1992 in aanmerking worden genomen:

4 maart 2012	2.000 EUR
29 maart 2012	1.500 EUR
13 april 2012	1.500 EUR
7 mei 2012	1.500 EUR
21 mei 2012	1.500 EUR
25 juni 2012	1.500 EUR
2 oktober 2012	1.500 EUR
13 oktober 2012	1.500 EUR
27 december 2012	20.000 EUR

Uit deze betalingshistoriek blijkt dat in casu geen sprake is van een bezoldiging die regelmatig en ten minste om de maand werd betaald of toegekend. Er werden immers geen effectieve bezoldigingen betaald of toegekend in de maanden januari, februari, juli, augustus, september en november 2012 (vgl. Antwerpen 24 september 2013, A.R. nr. 2012/AR/110, [www.monkey.be](http://www.monkey.be); Gent 20 december 2011, A.R. nr. 2011/439; [www.monkey.be](http://www.monkey.be)). Er is dan ook geen sprake van een bij de bezoldigingen van het personeel aanleunende periodiciteit (Com.IB., nr. 195/8) en evenmin van een regelmatige, gelijkmatig over het jaar gespreide vergoeding.

Ten onrechte suggereert eiseres in hoger beroep dat een alternatieve voorwaarde voorligt, met name dat de bezoldigingen regelmatig en ten minste om de maand zouden moeten zijn betaald óf dat de bezoldigingen zouden moeten zijn toegekend voor het einde van het belastbaar tijdperk. Zulks steunt op een onjuiste lezing van artikel 195, § 1, tweede lid W.I.B. 1992 waarin duidelijk is gestipuleerd dat een regelmatige én ten minste om de maand betaalde of toegekende bezoldiging vereist is voor de aftrek. De specificatie voor het einde van het belastbaar tijdperk viseert de uitsluiting van toekenningen die aan de bestuurders worden verleend bij de algemene vergadering (Com.IB., nr. 195/8) zodat er niet uit kan worden afgeleid dat de toekenning voor het einde van het belastbaar tijdperk zou volstaan.

Eiseres in hoger beroep verwijst naar sociale kwartaalbijdragen betaald door de vennootschap die als bezoldiging in de zin van artikel 195 W.I.B. 1992 zouden moeten worden beschouwd

evenals naar de toegekende voordelen van alle aard. In casu blijken geen sociale bijdragen te zijn betaald voor de zaakvoerder van eiseres in hoger beroep, enig bewijs ter zake wordt niet bijgebracht, zodat deze in casu niet in aanmerking kunnen genomen worden ter beoordeling van de vereiste van een regelmatige betaling, ten minste om de maand. Er blijkt uit de fiche 281.50 wel een bedrag van 5.500 EUR als voordeel van alle aard te zijn toegekend, zonder dat echter duidelijk is waarop dit voordeel betrekking heeft en of er sprake is van een regelmatige toekenning ten minste om de maand.

De door eiseres in hoger beroep aangehaalde rechtspraak is niet relevant in deze nu zij zich in een feitelijke situatie bevindt die niet vergelijkbaar is met deze zoals beoordeeld door de rechtbanken van eerste aanleg in Luik en Namen. Ook de rechtspraak betreffende de ten laste neming van verliezen door bedrijfsleiders is niet relevant in casu nu de ten laste neming daarvoor afhankelijk is van de voorwaarde dat een bezoldiging die periodiek uit de vennootschap wordt verkregen (artikel 53, 15° W.I.B. 1992) waar in casu vereist is dat de bezoldiging regelmatig en ten minste om de maand wordt betaald of toegekend. Van enige toepassing mutatis mutandis kan dan ook geen sprake zijn.

3.2.4. Wat de beoordeling van de 80 %-begrenzing betreft, stelt het hof vast dat het attest van AG Insurance niet vermeldt welk bedrag zal worden uitgekeerd naar aanleiding van de pensionering, terwijl net dit bedrag samen met het wettelijk pensioen niet meer mag bedragen dan 80 % van de laatste normale brutojaarbezoldiging en berekend op basis van de normale duur van de beroepswerkzaamheid. De enkele vermelding van het maximum verzekeraar pensioenkapitaal is onvoldoende. Aangezien het onmogelijk is na te gaan in casu of de 80 %-grens werd gerespecteerd, is evenmin van belang dat enkel het overschrijdend gedeelte van de premie onder de verworpen uitgaven kan worden opgenomen, net bij gebrek aan mogelijkheid tot berekening van -ook- het overschrijdend gedeelte.

Aan de voorwaarden voor de aftrekbaarheid van de betaalde premies voor de bedrijfsleidersverzekering is niet voldaan.

3.2.5. Eiseres in hoger beroep stelt dat het vertrouwensbeginsel zou zijn geschonden omdat bij controles over de aanslagjaren 2005, 2006 en 2010 geen opmerkingen werden gemaakt door de administratie betreffende de aftrekbaarheidsvoorwaarden van de betaalde bijdragen. Voor aanslagjaar 2012 werd de aftrek aanvaard omdat geen kennisgeving van beslissing tot taxatie werd verzonden terwijl in bericht van wijziging van aangifte werd opgeworpen dat de bezoldigingen niet maandelijks werden betaald.

Ingevolge het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel moet de burger kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan (vgl. o.m. R.v.St. EECKHOUT, nr. 32893 van 28 juni 1989). Het moet gaan om gerechtvaardigde verwachtingen die bij de burger zijn opgewekt als wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel.

Een schending van het vertrouwensbeginsel ligt in casu niet voor nu aan eiseres in hoger beroep op geen enkel moment door de administratie concrete toezeggingen of beloften werden gedaan wat betreft de al dan niet aftrekbaarheid van de betaalde bijdragen. Er blijkt een onderzoek te hebben plaatsgevonden voor de aanslagjaren 2005 en 2006, doch uit de door eiseres in hoger beroep voorgelegde vraag om inlichtingen (stuk 4) blijkt dat dit onderzoek geen betrekking heeft gehad op de betaalde verzekeringsbijdragen. Uit de akkoordverklaringen voor de aanslagjaren 2005, 2006 en 2010 kan evenmin worden afgeleid

dat zou zijn onderzocht of aan de voorwaarden voor de aftrekbaarheid van de betrokken bijdragen was voldaan. Eiseres in hoger beroep kon uit de eerdere controles dan ook geen gerechtvaardigde verwachtingen putten.

Hetzelfde geldt voor aanslagjaar 2012 waar de controle plaatsvond tegelijkertijd met de controle voor aanslagjaar 2013 aangezien de berichten van wijziging van aangifte op dezelfde datum werden verzonden. Dat voor aanslagjaar 2012 geen supplementaire aanslag werd ingekohierd kon dan ook geen gerechtvaardigd vertrouwen opwekken voor aanslagjaar 2013.

Het hoger beroep van eiseres in hoger beroep is ongegrond en het vonnis van de eerste rechter dient te worden bevestigd.

Eiseres in hoger beroep dient, als in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld te worden tot de kosten van het hoger beroep, zoals hierna begroot.

## **4. Beslissing**

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep van eiseres in hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond en bevestigt het bestreden vonnis.

Het hof veroordeelt eiseres in hoger beroep tot de kosten van het hoger beroep, in hoofde van verweerder in hoger beroep begroot op en door het hof vereffend op 3.300 EUR rechtsplegingsvergoeding.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 12 juni 2018 door

M. GHYSELEN Raadsheer dd. Voorzitter

C. PRINCEN Raadsheer

E. DE BRAUWER Raadsheer

Ph. BAILYU Griffier

ARREST 300111084

**Antwerpen (burg.) (B6e k.) nr. 2016/AR/1239, 16 januari 2018 (rolnr : 2016/AR/1239)**

ICL BELGIUM (SALES) NV, (voorheen: ICL Finance Belgium), met maatschappelijke zetel te 2280 GROBBENDONK, Industrieweg 20, met ondernemingsnummer 0828.364.756

eiseres in hoger beroep,

vertegenwoordigd door Mr. CROMMEN Mark, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Amerikalei 215

tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen van 13 april 2016, met rolnummer 15/271/A

tegen

DE BELGISCHE STAAT, Federale Overheidsdienst Financiën, vertegenwoordigd door de Minister van Financiën, van wie het kabinet gevestigd is te 1000 BRUSSEL, Wetstraat 12, vertegenwoordigd door de heer Adviseur-Generaal van de Gewestelijke Directie BBI GENT, waarvan de burelen gevestigd zijn te 9050 LEDEBERG (GENT), Gaston Crommenlaan 6, bus 801 en voor wie optreedt Christiaan DEWULF, Adviseur – Juridische Afdeling BBI Gent, met burelen te 8200 BRUGGE, Koning Albert I-laan 1/5 – bus 3

verweerder in hoger beroep,

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd waaronder het bestreden vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Antwerpen van 13 april 2016, waarvan geen akte van betekening wordt voorgelegd, alsmede het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Antwerpen op 8 juni 2016, waarbij een tijdig hoger beroep wordt ingesteld.

# **1. Voorafgaande feiten en procedure**

## **1.1. Voorwerp van de betwisting**

De betwisting betreft een aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011 en meer bepaald de vraag of de vennootschap terecht toepassing gemaakt heeft van de aftrek voor risicokapitaal voor een bedrag van 5.283.561,64 EUR.

NV ICL Finance Belgium (sinds de naamswijziging op 1 januari 2017 NV ICL Belgium (Sales), hierna NV ICL) werd op 4 augustus 2010 opgericht door BV Ashli Chemicals, een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap met maatschappelijke zetel in Israël (hierna Ashli) en Dead Sea Works Ltd. (hierna Dead Sea), een Israëlische vennootschap (stuk 2 ICL).

Het maatschappelijk kapitaal van 350.000.000,00 EUR was verdeeld in 350.000 aandelen van 1.000,00 waarvan Ashli 349.000 aandelen en Dead Sea 1 aandeel onderschreef.

Het kapitaal werd volledig volstort.

De vennootschap had tot doel, zowel in België als daarbuiten:

- Hoofdzakelijk het verstrekken van kredieten of betalingsfaciliteiten, leningen, kredietopeningen, voorschotten en elke andere kredietvorm onder eender welke vorm of duur aan (groeps-)vennootschappen; en daarnaast tevens
- Het beheer van activa in de ruimste zin van het woord, en in het bijzonder het beheer van financiële activa, waaronder gelden en andere roerende waarden van vennootschappen;
- Het waarborgen van verbintenissen en borg stellen, zowel tot waarborg van eigen verbintenissen als tot waarborg van verbintenissen van derden, onder meer door haar goederen in pand of hypotheek te geven;
- Het beleggen in, het intekenen op, vast overnemen, plaatsen, kopen, verkopen en verhandelen van gelden, aandelen, deelbewijzen, obligaties, warrants, certificaten, schuldvorderingen, en andere roerende waarden, uitgegeven of gehouden door Belgische of buitenlandse ondernemingen;
- Het beheren van beleggingen en participaties in vennootschappen, het verlenen van advies, management en andere diensten;
- De deelname aan onroerende investeringen en elke activiteit verbonden aan onroerende goederen, bebouwd of onbebouwd;
- Het verlenen van advies, management en andere diensten aan of in overeenstemming met de activiteiten die de vennootschap zelf voert.

Deze opsomming was niet limitatief, doch bepaalde activiteiten werden uitgesloten. De vennootschap kon alles doen wat rechtstreeks of onrechtstreeks verband hield met bovengenoemd doel of wat van aard was de verwezenlijking ervan geheel of ten dele te bevorderen of te vergemakkelijken.

## **1.2. Aanslag en bezwaar**

Er werd voor aanslagjaar 2011 een tijdige aangifte ingediend. Daarin werd onder code 104 103 een bedrag opgenomen van 5.283.561,64 EUR als aftrek voor risicokapitaal (stuk II/1 administratief dossier).

Er werd een aanvankelijke aanslag gevestigd (stuk I/1 administratief dossier) en er volgde een onderzoek.

Op 21 mei 2012 stuurde de administratie een bericht van wijziging (stuk II/2 administratief dossier).

Daarin werd gesteld dat het bedrag van 5.283.561,64 EUR zou worden beschouwd als een saldo van de aftrek voor risicokapitaal dat overdraagbaar is naar het volgende belastbare tijdperk.

Er werd op gewezen dat de maatschappelijke activiteit van de vennootschap zich, ondanks het uitgebreid maatschappelijk doel beperkte tot het ontvangen van commissies vanwege verbonden ondernemingen uit Nederland voor klantenbezoek en prospectie inzake de mogelijke verkoop van kunstmeststoffen en dat het bedrijfsresultaat negatief was. Verder werd erop gewezen dat de vennootschap niet over immateriële, materiële of financiële vaste activa beschikte. Het bedrag van 350.000.000,00 EUR dat bij oprichting werd volstort werd onmiddellijk onder de vorm van een rentegevende lening doorgegeven aan ICL Finance BV (Nederland), zijnde een financieringsvennootschap van de groep, waarvoor interesten bekomen werden voor een bedrag van 5.627.343,76 EUR.



Volgens de administratie werd NV ICL Belgium (Sales) enkel opgericht om fondsen (350.000.000,00 EUR), afkomstig uit het buitenland door te geven aan een Nederlandse financieringsvennootschap van de groep onder de vorm van een rentegevende lening en de doorgerekende interestopbrengsten in België fiscaal vrij te stellen via de aftrek voor risicokapitaal. Deze tussenstap had dus geen economische redenen en het betrof het opzetten van een kunstmatige constructie ter ontwijking van belastingen.

Volgens de administratie was het krachtens artikel 207 WIB 92 verboden om de aftrek voor risicokapitaal en de aftrek van verliezen te verrichten op het deel van het resultaat dat voortkwam van verkregen abnormale en goedgeunstige voordelen uit een onderneming waarvan zij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enige band van wederzijdse afhankelijkheid bevond. De interesten, verkregen van ICL Finance BV werden niet in normale economisch verantwoorde omstandigheden bekomen, maar enkel met het oog op de fiscale vrijstelling. Zo kon de vennootschap interesten innen, zonder voor de geldelijke financiering in te staan.

Er diende aldus volgens de administratie een belastbare basis weerhouden te worden, gelijk aan het verkregen voordeel, zijnde 5.627.343,76 EUR. De aftrek voor risicokapitaal (5.283.561,64 EUR) en de fiscaal recupereerbare verliezen ten belope van 52.909,44 EUR werden overdraagbaar naar volgende belastbare tijdperken.

Tevens werd een belastingverhoging aangekondigd van 10 %, vermits er sprake was van een kunstmatig opgezette constructie om op een onrechtmatige wijze de aftrek voor risicokapitaal te kunnen toepassen.

De belastingplichtige verklaarde zich op gemotiveerde wijze niet akkoord met de voorgenomen wijziging (stuk II/3 administratief dossier).

In een kennisgeving van beslissing tot taxatie van 24 januari 2013 liet de administratie weten waarom ze meende geen rekening te kunnen houden met de opmerkingen van de belastingplichtige (stuk II/4 administratief dossier).

De bestreden aanslag, kohierartikel 332011 werd gevestigd op 11 april 2013 voor een te betalen bedrag van 2.040.690,15 EUR (stuk I/1 administratief dossier).

De belastingplichtige diende een bezwaarschrift in, dat de gewestelijke directie bereikte op 21 augustus 2013 (stuk I/2 administratief dossier).

Het bezwaarschrift werd slechts gedeeltelijk gegrond verklaard bij beslissing van de ambtenaar, gedelegeerd door de gewestelijke directeur van de BBI te Brugge van 16 oktober 2014 (stuk I/7 administratief dossier). Enkel de grief met betrekking tot de verkeerde berekening van de verhoging wegens onvoldoende voorafbetalingen werd ingewilligd.

### **1.3. Procedure voor de eerste rechter**

NV Finance Belgium legde op 16 januari 2015 een verzoekschrift neer ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Antwerpen.

De vennootschap vorderde om haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienvolgens de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011, kohierartikel 332011 te vernietigen, evenals de directoriale beslissing van 16 oktober 2014 te

vernietigen en om in elk geval de belastingverhoging te vernietigen. De vennootschap vorderde om de Belgische Staat te veroordelen tot terugbetaling van alle reeds betaalde bedragen, meer moratoriuminteressen en de kosten van het geding.

De eerste rechter oordeelde ten gronde als volgt:

“5. Art. 207 WIB 92 vereist dat de belastingdienst voorafgaandelijk het bestaan van abnormale en/of goedgunstige voordelen onderbouwt.

Uit de gegevens van het dossier, onderbouwd in het bericht tot wijziging, komt naar voren dat eiseres werd opgericht als vehikel ter realisatie van een abnormaal en goedgunstig voordeel.

Art. 207 WIB 92 maakt geen onderscheid tussen genoten voordelen uit het buitenland, dan wel uit het binnenland (Antwerpen, 4 oktober 2011, *FJF* 2012/257).

Deze regelgeving kadert overigens in de fiscale consistentie van de Belgische belastingwet (z. en vgl. HvJ C-311/08 van 21 januari 2010 inzake *SGI/B.Staat*).

6. Eiseres werd voor omzeggens 100 % opgericht middels een van gelieerde vennootschap Ashli Chemicals Holland bv afkomstig kapitaal, naast voor een sprokkel van de eveneens gelieerde vennootschap Dead Sea Works Ltd uit Israël.

Met een kapitaal van liefst 350.000.000,00 EUR stond eiseres toendertijd zonder immateriële, materiële of financiële vaste activa.

Haar maatschappelijke zetel werd met name op het ogenblik van oprichting geplaatst ten huize van haar dagelijks bestuurder en de lening voor zowaar het volle bedrag van het kapitaal werd toegestaan op reeds de dag zelf van haar oprichting (met het contract gehecht aan het verslag van de Raad van Bestuur van deze zelfde vierde augustus 2010).

De lening blijkt in volle vertrouwen en zonder zicht op enig risico toegestaan aan gelieerde bv ICL Finance.

Kapitaalbrenger Ashli Chemicals (Holland) deed, ter realisatie van haar inbreng, zelf beroep op de verwante bv Eurocil Holding (z. hogerop onder randnummer 1).

Ten overvloede geldt de vraag wat de waarde is van een kapitaal dat direct wordt omgezet in een lening gelijk aan het volledige kapitaal (leningsakte) met dan, alvast in de eerste tijd, een gebrek aan middelen voor een normale dagelijkse werking (vgl., weliswaar *mutatis mutandis*, de beoordeling in Cass. 4 januari 1991, rolnummer 1359, *TBH* 1991 880 en *TRV* 1991, 167).

7. De bedrijfsactiviteit van eisers beperkte zich tot het ontvangen van commissies van gelieerde Nederlandse vennootschappen.

De belastingdienst heeft zich uiteraard niet te bemoeien met de wijze waarop eiseres activiteit ontplooit, maar inzet van zulk respectabel kapitaal voor zulk restrictief oogmerk versterkt, in het licht van wat werd uiteengezet onder randnummer 6 de besluitvorming van het abnormale karakter van het genoten voordeel.

Naar verweerder bovendien opmerkt heeft de activiteit die eiseres voert (vertegenwoordiging tegen commissie) weinig of geen voeling met de doelstelling van financieringsvennootschap.

8. Nagaan of tegenover de toegestane lening normale tegenprestatie(s) staat/staan, vormt geen criterium.

Het abnormale voordeel bestaat te dezen in de aan eiseres door haar oprichting geboden kans (mogelijkheid) vanuit België een groepslid te financieren, zonder economische noodzaak om dit bepaaldelijk vanuit België te doen, zonder zelfs enige verantwoording hoe dan ook.

Dit vormt geen opportuniteitsbeoordeling, maar wél beoordeling van al dan niet abnormaliteit in het kader van art. 79 en 207 WIB 92, buiten art. 344 § 1 WIB 92 (in welke versie ook).

9. Het voordeel ligt gesitueerd in 2010 voor alzo aanslagjaar 2011.

Uitbreiding van activiteit vanaf januari 2011 (syntheseconclusies eiseres, randnummer 48) ligt buiten dit aanslagjaar en alleszins buiten het ter aftrek voor risicokapitaal benutte abnormaal voordeel.

Wat eiseres aanbrengt als onderbouwing tot haar oprichten en geschetste wijze van handelen, met name beperkingen en/of wegwerking van koersverschillen wordt door geen enkel tastbaar gegeven onderbouwd.

10. Vanuit wat voorafgaat dient dan ook te worden besloten tot terechte verwerping van de door eiseres nagestreefde aftrek voor risicokapitaal.

De in de directeursbeslissing besliste ontheffing wegens (in de bestreden aanslag) toegepaste onterechte vermeerdering bij niet verrichte voorafbetaling(en) blijft daarbij overeind.

11. Het gaat geenszins om een beginselkwestie.

De voorgenomen en naderhand toegepaste belastingverhoging (te dezen 10 %) is wettelijk en ook evenredig met de feiten.

Zij vindt geenszins oorzaak buiten de wil van eiseres”.

De vordering van de vennootschap werd ontvankelijk, doch ongegrond verklaard en ze werd veroordeeld tot de kosten, niet vereffend, bij gebrek aan opgave en begroting.

## **1.4. Procedure voor het hof van beroep**

NV ICL Belgium (Sales) (voorheen NV ICL Finance Belgium), thans eiseres in hoger beroep vordert om haar hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en het bestreden vonnis te hervormen. Ze vordert om, opnieuw rechtdoende haar bezwaarschrift ontvankelijk en gegrond te verklaren en om de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011, kohierartikel 332011 te vernietigen, minstens te ontheffen en om dienvolgens de vernietiging van de directoriale beslissing van 16 oktober 2014 uit te spreken. Ze vordert om in elk geval de belastingverhoging te vernietigen en te oordelen dat geen subsidiaire aanslag kan worden voorgelegd in toepassing van artikel 356 WIB 92. De vennootschap vordert om de terugbetaling te bevelen van alle geldsommen die werden betaald of ingehouden, te

vermeerderen met de moratoriuminteressen overeenkomstig artikel 418 WIB 92 en om de Belgische Staat te veroordelen tot de kosten van het geding, waaronder een rechtsplegingsvergoeding van 18.000,00 EUR per aanleg.

Ter zitting van 11 december 2017 laat NV ICL Belgium (Sales) acteren dat ze voor de procedure in eerste aanleg een rechtsplegingsvergoeding vordert van 16.500,00 EUR.

De Belgische Staat, verweerder in hoger beroep, vordert om het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren en om de vennootschap ervan af te wijzen, met veroordeling van de vennootschap tot alle kosten van het geding.

De Belgische Staat verklaarde zich ter zitting van 11 december 2017 defensief akkoord met de begroting van de door eiseres in hoger beroep gevorderde rechtsplegingsvergoedingen.

## **2. Bespreking**

### **2.1. Overzicht van de ingeroepen argumenten**

#### **• Belastingplichtige**

Volgens de belastingplichtige is artikel 207 WIB 92 in deze niet van toepassing en zijn de interesten, bekomen van ICL Finance BV in geen geval als verkregen abnormale en/of goedgunstige voordelen te beschouwen. Volgens de belastingplichtige waren de interesten die door BV ICL Finance aan NV ICL werden uitbetaald perfect normaal: ze beantwoordden aan een normale markttrente voor dergelijke lening en waren at arm's length.

Volgens de belastingplichtige moet voor het beantwoorden van de vraag of er sprake is van een abnormaal of goedgunstig voordeel enkel gekeken worden naar de lening zelf en de daarop betaalde interesten. Het was niet de bedoeling van de wetgever om ook de onderliggende verrichtingen in aanmerking te nemen.

Bovendien was de tussenplaatsing van NV ICL volgens de belastingplichtige wel verantwoord, met name om de impact van de aanzienlijke koersschommelingen tussen de NIS en de EUR te beperken. Door de helft van de vordering van Ashli op BV ICL Finance om te zetten in een participatie in NV ICL werd het wisselkoersrisico gehalveerd.

Volgens de belastingplichtige had NV ICL wel een reële activiteit in België.

#### **• Belgische Staat**

De belastingplichtige kon de aftrek voor risicokapitaal volgens de administratie niet toepassen op de interesten die ze verkreeg van BV ICL Finance ingevolge de door haar aan deze vennootschap toegestane lening, omdat die interesten als een abnormaal of goedgunstig voordeel in de zin van artikel 207 WIB 92 dienen te worden aangemerkt.

Voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een abnormaal voordeel moet niet enkel gekeken worden naar de marktconformiteit van de interesten die NV ICL verkreeg op de lening verstrekt aan BV ICL Finance, maar ook naar de onderliggende constructie. De

administratie verwijst hierbij naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie en naar de circulaire van 2008. Volgens de administratie is er sprake van een volstrekt kunstmatige constructie. De fiscus stelt dat de tussenschakeling van NV ICL er enkel op gericht was om de aftrek voor risicokapitaal te genieten. Deze vennootschap werd enkel met dit doel opgericht, had geen andere activiteiten en heeft haar doel niet nagestreefd.

Volgens de administratie is het geld, dat door Ashli werd ingebracht in NV ICL nog diezelfde dag via deze vennootschap terugbezorgd aan Ashli, als gevolg waarvan de vordering die Ashli had op ICL Finance BV werd gehalveerd. Er is derhalve sprake van een carousel van gelden.

NV ICL kon volgens de administratie na de verrichting ook niet langer fungeren als financieringsvennootschap, vermits zij niet meer over financiële middelen beschikte: het volledige ingebrachte kapitaal was de eerste dag al uitgeleend.

Bovendien beschikte de groep reeds over een financieringsvennootschap, met name ICL Finance BV (Nederland).

Het feit dat voor de lening aan ICL Finance BV een marktconforme rente werd bekomen doet aan dit alles volgens de administratie geen afbreuk. Het wisselrisico had ook kunnen worden gehalveerd door een rechtstreekse inbreng van de vordering door Ashli in ICL Finance BV en hiertegen konden de banken geen bezwaren hebben. Bovendien wordt geen bewijs geleverd van de afspraken dienaangaande met de banken.

## 2.3. Toepasselijke wetgeving

Artikel 205*bis* WIB 92 luidt als volgt:

Bij de bepaling van het belastbaar inkomen wordt de belastbare basis verminderd met het overeenkomstig artikel 205*quater* vastgesteld bedrag. Deze vermindering wordt aftrek voor risicokapitaal genoemd.

Artikel 205*ter* WIB 92:

“§ 1. Om de aftrek voor risicokapitaal voor een belastbaar tijdperk te bepalen, stemt het in aanmerking te nemen risicokapitaal, onder voorbehoud van de bepalingen van de §§ 2 tot 7, overeen met het bedrag van het eigen vermogen van de vennootschap, aan het eind van het voorgaande belastbare tijdperk, en dat overeenkomstig de wetgeving betreffende de boekhouding en de jaarrekening van vennootschappen werd bepaald en voor het bedrag waarvoor die bestanddelen op de balans voorkomen.

Het overeenkomstig het eerste lid bepaald risicokapitaal wordt verminderd met:

- a. de fiscale nettowaarde aan het einde van het voorgaande belastbare tijdperk van de eigen aandelen en de financiële vaste activa die uit deelnemingen en andere aandelen bestaan, en
- b. de fiscale nettowaarde aan het einde van het voorgaande belastbare tijdperk van de aandelen van beleggingsvennootschappen waarvan de eventuele inkomsten in aanmerking komen om krachtens de artikelen 202 en 203 van de winst te worden afgetrokken.

§ 2. Wanneer de vennootschap over één of meer inrichtingen in het buitenland beschikt waarvan de inkomsten vrijgesteld zijn krachtens overeenkomsten tot het vermijden van dubbele belasting, wordt het overeenkomstig § 1 bepaalde risicokapitaal verminderd met het positieve verschil tussen enerzijds de netto boekwaarde van de activabestanddelen van de buitenlandse inrichtingen, met uitzondering van de aandelen bedoeld in artikel 205<sup>ter</sup>, § 1, tweede lid, en anderzijds het totaal van de passivabestanddelen die niet behoren tot het eigen vermogen van de vennootschap en die op deze inrichtingen aanrekenbaar zijn.

§ 3. Wanneer in het buitenland gelegen onroerende goederen of rechten met betrekking tot dergelijke onroerende goederen tot de bestanddelen van de activa van de vennootschap behoren en niet behoren tot een buitenlandse inrichting, en wanneer de inkomsten uit deze activa vrijgesteld zijn krachtens overeenkomsten tot het vermijden van dubbele belasting, wordt het overeenkomstig de §§ 1 en 2, bepaalde risicokapitaal verminderd met het positieve verschil tussen de netto boekwaarde van deze activabestanddelen en het totaal van de passivabestanddelen die niet behoren tot het eigen vermogen van de vennootschap en die op deze onroerende goederen of rechten aanrekenbaar zijn.

§ 4. Het overeenkomstig de §§ 1 tot 3, bepaalde risicokapitaal wordt verminderd met de volgende waarden aan het eind van het voorgaande belastbare tijdperk:

1° de netto boekwaarde van de materiële vaste activa of gedeelten ervan in zover de erop betrekking hebbende kosten op onredelijke wijze de beroepsbehoeften overtreffen;

2° de boekwaarde van de bestanddelen die als belegging worden gehouden en die door de aard ervan niet bestemd zijn om een belastbaar periodiek inkomen voort te brengen;

3° de boekwaarde van onroerende goederen of andere zakelijke rechten met betrekking tot dergelijke goederen waarvan natuurlijke personen die in de vennootschap een opdracht of functies als bedoeld in artikel 32, eerste lid, 1°, uitoefenen, hun echtgenoot of hun kinderen wanneer die personen of hun echtgenoot het wettelijk genot van de inkomsten van die kinderen hebben, het gebruik hebben.

§ 5. Het overeenkomstig de §§ 1 tot 4 bepaalde risicokapitaal wordt bovendien verminderd met de in artikel 44, § 1, 1°, bedoelde uitgedrukte maar niet verwezenlijkte meerwaarden, die geen betrekking hebben op activabestanddelen als bedoeld in de §§ 2 tot 4, de belastingkredieten voor onderzoek en ontwikkeling en kapitaalsubsidies.

§ 6. Wanneer de in de §§ 1 en 3 tot 5 bedoelde bestanddelen tijdens het belastbaar tijdperk wijzigen, wordt het in aanmerking te nemen risicokapitaal naar gelang van het geval vermeerderd of verminderd met het bedrag van deze wijzigingen, berekend als gewogen gemiddelde en waarbij de wijzigingen geacht worden te hebben plaatsgevonden de eerste dag van de kalendermaand volgend op die waarin ze zich hebben voorgedaan. De wijzigingen in de in § 2 bedoelde bestanddelen die tijdens het belastbaar tijdperk voorkomen, worden onder de voorwaarden en volgens de regels bepaald door de Koning bij een na overleg in de Ministerraad vastgesteld besluit in aanmerking genomen.

§ 7. Voor de toepassing van § 1, ten name van de kredietinstellingen bedoeld in artikel 56, § 1, de verzekeringsondernemingen bedoeld in artikel 56, § 2, 2°, h, en de beursvennootschappen bedoeld in artikel 47 van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en

de beleggingsadviseurs, moet onder financiële vaste activa die uit deelnemingen en andere aandelen bestaan, worden verstaan de in artikel 202, § 2, tweede lid, bedoelde aandelen die de aard van financiële vaste activa hebben.

§ 8. Voor de belastingplichtigen die aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, op wie de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen van toepassing is, wordt onder eigen vermogen, als bedoeld in § 1, het eigen vermogen verstaan zoals blijkt uit de balans die door deze belastingplichtigen is opgemaakt.”

#### Artikel 205<sup>quater</sup> WIB 92

“§ 1. De aftrek voor risico-kapitaal is gelijk aan het overeenkomstig artikel 205<sup>ter</sup> bepaalde risicokapitaal vermenigvuldigd met een tarief dat in de volgende paragrafen wordt bepaald.

§ 2. Voor aanslagjaar 2007 is het toe te passen tarief gelijk aan het gemiddelde van de door het Rentenfonds maandelijks bekendgemaakte referte-indexen J (lineaire obligatie 10 jaren), als bedoeld in artikel 9, § 1, van de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet, voor het jaar 2005.

§ 3. Voor de volgende aanslagjaren wordt het toe te passen tarief bepaald met inachtneming van het gemiddelde van de in § 2 vermelde referte-indexen J voor het voorlaatste jaar dat voorafgaat aan het jaar waarnaar het aanslagjaar wordt genoemd. Het toe te passen tarief om het bedrag van de in artikel 205<sup>bis</sup> bedoelde aftrek voor risicokapitaal te bepalen, mag voor elk in het vorig lid bedoeld aanslagjaar, niet meer dan één procentpunt afwijken van het tarief dat voor het vorige aanslagjaar werd toegepast.

§ 4. De Koning kan, bij een na overleg in de Ministerraad vastgesteld besluit, beslissen de in § 3, tweede lid, bedoelde begrenzing niet toe te passen en buiten die begrenzing een ander tarief vastleggen om het bedrag van de aftrek voor risicokapitaal te bepalen, maar beperkt tot het tarief dat overeenstemt met de in § 2 vermelde referte-index J voor het voorlaatste jaar dat voorafgaat aan het jaar waarnaar het aanslagjaar wordt genoemd.

§ 5. Het overeenkomstig de §§ 2 tot 4 bepaalde tarief mag niet meer dan 6,5 pct bedragen. De Koning kan, bij een na overleg in de Ministerraad vastgesteld besluit, van het in het eerste lid vermelde tarief afwijken.

§ 6. Ten name van de vennootschappen die op grond van de in artikel 15, § 1, van het Wetboek van vennootschappen bepaalde criteria als kleine vennootschappen worden aangemerkt voor het aanslagjaar dat verbonden is aan het belastbare tijdperk waarin de aftrek voor risicokapitaal wordt genoten, wordt het overeenkomstig de §§ 2 tot 5 bepaalde tarief verhoogd met een half procentpunt.

§ 7. De Koning bepaalt, bij een na overleg in de Ministerraad vastgesteld besluit, de regels voor de berekening van de aftrek voor risicokapitaal voor het eerste belastbare tijdperk van een vennootschap en wanneer het belastbare tijdperk langer of korter is dan twaalf maanden.”

#### Artikel 205<sup>quinquies</sup> WIB 92:

Indien er voor een belastbaar tijdperk geen of onvoldoende winst is om de aftrek voor risicokapitaal te kunnen in mindering brengen, wordt de voor dat belastbaar tijdperk niet verleende vrijstelling achtereenvolgens overgedragen op de winst van de zeven volgende jaren.

Artikel 205<sup>septies</sup> WIB 92:

Om het voordeel van de aftrek voor risicokapitaal te rechtvaardigen moet de vennootschap bij haar aangifte in de vennootschapsbelasting een opgave voegen waarvan het model door de Minister van Financiën of zijn afgevaardigde wordt vastgesteld, voor het aanslagjaar waarvoor de aftrek wordt genoten.

Artikel 205<sup>octies</sup> WIB 92:

“De artikelen 205<sup>bis</sup> tot 205<sup>septies</sup> zijn niet van toepassing voor de volgende vennootschappen:

1° de erkende coördinatiecentra die van de bepalingen voorzien in het koninklijk besluit nr. 187 van 30 december 1982 betreffende de oprichting van coördinatiecentra, blijven genieten;

2° de vestigingen in een reconversiezone, in toepassing van de herstelwet van 31 juli 1984, zolang ze, voor het betreffend belastbaar tijdperk, nog van de bepalingen van artikel 59 van de voornoemde wet genieten;

3° de beleggingsvennootschappen met veranderlijk kapitaal (BEVEK), met vast kapitaal (BEVAK) of in schuldvorderingen (VBS) respectievelijk bedoeld in de artikelen 14, 19 en 24 van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles;

4° de coöperatieve participatievennootschappen, in toepassing van de wet van 22 mei 2001 betreffende de werknemersparticipatie in het kapitaal en in de winst van de vennootschappen;  
5° de zeescheepvaartvennootschappen die aan belasting worden onderworpen met inachtneming van de artikelen 115 tot 120 of van artikel 124 van de programmawet van 2 augustus 2002.”

Artikel 207 WIB 92, zoals van toepassing voor aanslagjaar 2009, luidt als volgt:

“De Koning regelt de wijze waarop de in de artikelen 199 tot 206 bepaalde aftrekken worden verricht.

Geen van deze aftrekken noch compensatie met het verlies van het belastbare tijdperk mag worden verricht op het gedeelte van het resultaat dat voortkomt van abnormale of goedgeunstige voordelen vermeld in artikel 79, noch op verkregen financiële voordelen of voordelen van alle aard vermeld in artikel 53, 24°, noch op de grondslag van de bijzondere afzonderlijke aanslag op niet verantwoorde kosten of voordelen van alle aard ingevolge artikel 219, noch op het gedeelte van de winst dat bestemd is voor de uitgaven bedoeld in artikel 198, eerste lid, 12°, noch op het gedeelte van de winst uit de niet-naleving van artikel 194<sup>quater</sup>, § 2, vierde lid en de toepassing van artikel 194<sup>quater</sup>, § 4. In geval van verwerving of van wijziging tijdens het belastbaar tijdperk van de controle van een



vennootschap die niet beantwoordt aan rechtmatige financiële of economische behoeften, zijn, noch aftrekbaar van de winst van dat tijdperk, noch van deze van enig later belastbaar tijdperk:

- in afwijking van artikel 72, de niet-verleende investeringsaftrek wegens geen of onvoldoende winst van de belastbare tijdperken welke voorafgaan aan eerstgenoemde tijdperk;
- in afwijking van artikel 205*quinquies*, de niet-verleende aftrek voor risicokapitaal wegens geen of onvoldoende winst van de belastbare tijdperken welke voorafgaan aan eerstgenoemd tijdperk;
- in afwijking van artikel 206, de vorige beroepsverliezen.”

Artikel 79 WIB 92 luidt als volgt:

Beroepsverliezen worden niet afgetrokken van het gedeelte van de winst of de baten dat voortkomt uit abnormale of goedgeunstige voordelen die de belastingplichtige, in welke vorm of door welk middel ook, rechtstreeks of onrechtstreeks heeft verkregen uit een onderneming ten aanzien waarvan hij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enige band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt.

## 2.4. Simulatie?

Het hof stelt vast dat de realiteit van de betrokken verrichtingen door de administratie, op wie terzake de bewijslast rust, nooit werd betwist. Simulatie wordt niet ingeroepen.

Inderdaad blijkt dat NV ICL werd opgericht op 4 augustus 2010 (stuk 2 ICL).

Tussen ICL Finance Belgium NV en ICL Finance BV werd op 4 augustus 2010 effectief een leningsovereenkomst gesloten (stuk 5 ICL). Daarin werd overeengekomen dat het bedrag van 350.000.000,00 EUR zou worden uitgeleend (artikel 1) en dit vanaf 4 augustus 2010 tot 31 december 2018 (artikel 2). Er werden afspraken gemaakt in verband met de verschuldigde interesten (artikel 3) en over de terugbetaling van de lening (artikel 4). Er werd een strafbeding voorzien (artikel 5) en er werd overeengekomen wat er diende te gebeuren indien de ontlener in gebreke zou blijven (artikel 6).

Het toestaan van deze lening werd goedgekeurd door de raad van bestuur van NV ICL op de vergadering van 4 augustus 2010 (stuk 4 ICL).

Het bedrag van 350.000.000,00 EUR, dat op 4 augustus 2010 door Ashli was overgemaakt op de rekening van NV ICL Belgium (Sales), werd op diezelfde dag effectief overgeschreven naar NV ICL Finance (stuk 3 ICL). Op deze lening werden door ICL Finance BV interesten betaald, waarvan door de administratie niet wordt betwist dat ze marktconform en at arm's length zijn.

Het hof stelt aldus vast dat de lening effectief werd gesloten en uitgevoerd. Hoewel al deze verrichtingen elkaar kort opeen opvolgden wordt niet aangetoond dat ze het voorwerp zouden uitmaken van één globale vooraf gemaakte afspraak tussen alle betrokken actoren. Zo wordt er niet aangetoond dat NV ICL niet vrij zou geweest zijn om naar eigen goeddunken over het ingebrachte geld te beschikken en dat ze dus verplicht was om het geld uit te lenen aan ICL Finance BV.

Er wordt derhalve niet beweerd (laat staan aangetoond) dat betrokken handelingen geveinsd zouden zijn of dat de belastingplichtige niet alle gevolgen van de door haar gestelde handelingen zou hebben aanvaard.

## **2.5. Toepasselijkheid van artikel 207 WIB 92?**

De administratie houdt evenwel staande dat er sprake is van abnormale en/of goedgunstige voordelen, vermits de door de vennootschap opgezette constructie volstrekt kunstmatig zou zijn en enkel opgezet om NV ICL te laten genieten van de aftrek voor risicokapitaal.

De administratie verwijst in deze onder meer naar een aantal arresten van het Hof van Cassatie betreffende de toepassing van de artikelen 79 en 207 WIB 92, en meer bepaald de arresten Craft, Au Vieux Saint-Martin en A.B.M.International.

Zo betrof het arrest Craft van het Hof van Cassatie van 26 april 1966 (*Bull.Bel.*, nr. 442, p.1073) de overdracht door een vennootschap van de meest lonende tak van haar bedrijf aan een met veel verlies werkende en economisch ten dode opgeschreven onderneming, zodat deze laatste haar verliezen kon afzetten tegen de winsten die dankzij deze winstgevende bedrijfstak werden gerealiseerd.

Het Hof van Cassatie verwees toen naar de bedoeling van de wetgever bij de invoering van het verbod om vorige verliezen af te trekken van bekomen abnormale of goedgunstige voordelen en baten (de voorloper van artikel 79 WIB 92): Dat de wetgever met de bepaling (...) een einde heeft willen maken aan de belastingontduiking die men met toepassing van het tweede lid trachtte te bewerkstelligen door het batig saldo van een onderneming over te dragen aan een onderneming die haar vorige bedrijfsverliezen in mindering kon brengen; Dat hij daartoe dit in mindering brengen heeft afgeschaft in zover de voordelen en baten die rechtstreeks of zijdelings van de overheersende onderneming voortkomen, onder economisch abnormale omstandigheden verkregen zijn, ook al waren de aangewende middelen of procédés juridisch niet ongeoorloofd en al waren zij niet door simulatie aangetast.

Het Hof besloot om niet tot cassatie over te gaan, overwegende “dat het arrest derhalve uit de feiten van de zaak wettelijk heeft kunnen afleiden dat, al was de winst van verzoekster niet abnormaal hoog ten aanzien van de opgenomen lasten en de gedane investeringen, het batig saldo dat de bedoelde overdracht uiteindelijk heeft gegeven, onbetwistbaar abnormaal was, want op abnormale wijze verkregen ten gevolge van een overeenkomst die enkel ten doel had de vroegere, normaal onverhaalbare verliezen fiscaal goed te maken door haar (...) winsten over te dragen die normaal zoals voorheen uit de exploitatie van de Laboratoire Radio-Electrique hadden moeten voortkomen.

Niet het feit op zich dat de overgedragen bedrijfstak winsten opleverde werd aldus abnormaal bevonden, wel het feit dat de bedrijfstak werd overgedragen aan de verlieslatende vennootschap, zodat deze dankzij deze overdracht winsten kon genereren waarop ze de verliesrecuperatie kon toepassen.

In het arrest van 23 februari 1995 (Au Vieux Saint-Martin, *Arr.Cass.*, 1995, p.206) kreeg het Hof van Cassatie opnieuw de gelegenheid om over deze problematiek te oordelen. Deze zaak betrof de overname door fusie door een zwaar verlieslatende vennootschap van een winstgevende vennootschap, waarna de overnemende vennootschap haar vorige verliezen wenste te recupereren dankzij de winsten die sinds de fusie werden gerealiseerd. Het hof van

beroep had geoordeeld dat uit de voorbereidende werkzaamheden bij de invoering van de voorloper van artikel 79 WIB 92 bleek dat abnormale voordelen die zijn welke niet door het belang van de onderneming worden gerechtvaardigd en die belastingontwijking beogen. Het hof van beroep had geoordeeld dat de inbreng van het hele maatschappelijke vermogen van de winstgevende vennootschap in de verlieslatende vennootschap een abnormale overdracht was, alleen maar met de bedoeling om haar winsten naar een zieltogende onderneming over te dragen en te compenseren met de vroegere verliezen van de onderneming die normalerwijze niet kunnen worden teruggewonnen.

Het Hof van Cassatie verwees ook hier naar de bedoeling van de wetgever bij de invoering van de voorloper van artikel 79 WIB 92, met name tot bestrijding van de fiscale ontwijking, waarbij de wetgever aldus een einde heeft willen maken aan de ontwijking, die gezocht en gevonden werd in de overdracht van de winstgevende resultaten van een onderneming naar een onderneming die, wegens haar vroegere bedrijfsverliezen, de aftrek ervan kon doen gelden. Het Hof oordeelde dat, om vast te stellen of de winsten en baten waarvan de overnemende vennootschap haar vroegere bedrijfsverliezen wou aftrekken, uit abnormale voordelen voortkwamen diende te worden nagegaan of de voordelen die de overnemende onderneming rechtstreeks of onrechtstreeks uit de overgenomen vennootschap heeft behaald, in economisch verantwoorde omstandigheden zijn verkregen en niet alleen om, met het oog op belastingontwijking, de aftrek van voormelde bedrijfsverliezen mogelijk te maken. Vermits dat laatste hier wel het geval was, besloot het Hof dat het hof van beroep zijn beslissing om de aftrek van de vorige verliezen te weigeren naar recht had verantwoord en werd de voorziening verworpen.

Het derde arrest terzake van het Hof van Cassatie (Cass., 29 april 2005, inzake A.B.M. International tegen Belgische Staat, F.03.0037.N, *T.F.R.*, 2005, nr. 286, p.703) betrof een vereffening van een vennootschap, waarbij de bedrijfsgebouwen werden ingebracht in een zieltogende vennootschap, met als doel de winsten uit de verhuring van deze gebouwen te compenseren met de vroegere verliezen van de zieltogende vennootschap. Het hof van beroep had de verliescompensatie verworpen, vermits de huuropbrengsten te beschouwen waren als verkregen abnormale en goedgunstige voordelen in de zin van artikel 79 WIB 92. Het hof van beroep had hierbij rekening gehouden met het abnormaal of niet economisch verantwoord karakter van de onderliggende verrichting, met name de inbreng van de bedrijfsgebouwen in de zieltogende vennootschap. De belastingplichtige had tegen dit arrest een voorziening in cassatie ingesteld, erop wijzende dat de verkregen huurgelden perfect normaal waren en er dus geen sprake was van een abnormaal en/of goedgunstig voordeel. Doch het Hof van Cassatie heeft dit cassatieverzoek verworpen, opnieuw verwijzende naar de bedoeling van de wetgever bij de invoering van voormelde bepaling en overwegende: dat de rechter die geroepen wordt te toetsen of de door de belastingplichtige gerealiseerde fiscale voordelen als abnormaal of goedgunstig dienen aangemerkt in de zin van artikel 79, wetboek van de inkomstenbelastingen (1992) derhalve mag nagaan of bedoelde voordelen onder abnormale omstandigheden werden verkregen in het raam van verrichtingen die niet op grond van economische doelstellingen maar enkel op grond van fiscale oogmerken konden worden verklaard. Dat het middel, dat ervan uitgaat dat de rechter zich bij zijn beoordeling dient te beperken tot het onderzoek van de evenwaardigheid van de tegenprestatie in de betwiste rechtshandeling, zonder acht te kunnen slaan op de economische verantwoording van de onderliggende verrichting in het raam waarvan het voordeel is gerealiseerd, faalt naar recht. Ook hier werd dus gesproken van abnormale voordelen, gelet op het abnormaal karakter van de onderliggende verrichting, met name de inbreng van de gebouwen in een zieltogende

vennootschap, ondanks het feit dat er niets abnormaals was aan de uit de gebouwen gehaalde huuropbrengsten.

Het hof oordeelt evenwel dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake Craft, Au Vieux Saint-Martin en A.B.M. International niet zonder meer toegepast kan worden om te stellen dat er in onderhavige zaak sprake is van een abnormaal of goedgunstig voordeel.

Deze rechtspraak had immers specifiek betrekking op de overheveling van een winstgevende onderneming of bedrijfstak naar een verlieslatende vennootschap, teneinde deze toe te laten de vorige verliezen te compenseren. In elk van die gevallen betrof de betwisting de toepassing van (de voorloper van) artikel 79 in combinatie met artikel 207 WIB 92.

Er kan weliswaar niet betwist worden dat artikel 207 WIB 92 ook van toepassing is voor de aftrek voor risicokapitaal. In het eerste lid van artikel 207 WIB 92 wordt immers verwezen naar de aftrekken van de artikelen 199 tot 206 en in het tweede lid van artikel 207 WIB 92 wordt uitdrukkelijk gesteld dat deze aftrekken niet mogen worden verricht op het gedeelte van het resultaat dat voortkomt van abnormale of goedgunstige voordelen vermeld in artikel 79 WIB 92.

Artikel 207 WIB 92, dat dateert van vóór de invoering van de regeling van de aftrek voor risicokapitaal, werd naar aanleiding van de invoering van de artikelen 205*bis* tot 205*nonies* WIB 92 evenwel niet gewijzigd (met uitzondering weliswaar van de invoering van artikel 207, derde lid, tweede streepje WIB 92, dat hier verder niet aan de orde is).

Er werd in de voorbereidende werken bij de invoering van de regeling voor de aftrek voor risicokapitaal nergens verwezen naar artikel 207, tweede lid WIB 92 of naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie in verband met de verliesrecuperatie. Het is pas in de circulaire van 2008 dat de administratie deze rechtspraak ook toepasselijk achtte voor wat de aftrek voor risicokapitaal betreft.

Het hof stelt evenwel vast dat het Hof van Cassatie in de arresten in verband met de verliesrecuperatie telkens uitdrukkelijk verwees naar de ratio legis van (de voorloper van) artikel 79 WIB 92:

“Overwegende dat de bepaling die de grondslag vormt van genoemd artikel 79 in de vroegere wetgeving is ingevoerd door de wet van 13 juli 1959 tot wijziging van de op 15 januari 1948 samengeordende wetten betreffende de inkomstenbelastingen tot bestrijding van de fiscale ontwijing, waarbij de wetgever aldus een einde heeft willen maken aan de ontwijing, die het gevolg was van de overdracht van de winstgevende resultaten van een onderneming naar een andere onderneming die wegens haar vroegere bedrijfsverliezen, de aftrek ervan kon doen;

dat de rechter die geroepen wordt te toetsen of de door de belastingplichtige gerealiseerde fiscale voordelen als abnormaal of goedgunstig dienen aangemerkt in de zin van artikel 79, wetboek van de inkomstenbelastingen (1992) derhalve mag nagaan of bedoelde voordelen onder abnormale omstandigheden werden verkregen in het raam van verrichtingen die niet op grond van economische doelstellingen maar enkel op grond van fiscale oogmerken konden worden verklaard”(Cass., 29 april 2005, A.B.M.International).

In het verslag namens de commissie voor de financiën bij het wetsontwerp tot wijziging van de op 15 januari 1948 samengeordende wetten betreffende de inkomstenbelastingen, tot bestrijding van de fiscale ontwijing (*Parl.St.*, Kamer, 1958-1959, nr. 194/3, p.9; ontwerp dat uitmondde in de wet van 13 juli 1959, waarvan door artikel 4 artikel 32 van de gecoördineerde wetten werd ingevoerd, voorloper van het huidige artikel 79 WIB 92) wordt de invoering van de voorloper van artikel 79 WIB 92 als volgt verantwoord:

“Bij artikel 32 van de gecoördineerde wetten wordt bepaald dat de winsten van het belastbare jaar of boekjaar in voorkomend geval worden verminderd met de tijdens de vijf vorige jaren geleden verliezen.

Ook deze regel, die niet meer dan logisch leek, heeft aanleiding gegeven tot betreurenswaardige misbruiken.

Bedrijven die zeer grote winsten boeken hebben gepoogd andere bedrijven te kopen die verliezen geleden hadden. Door ingevolge verkopen tegen bespottelijke prijzen of door andere handelsvoordelen hun winstoverschot over te schrijven op het met een tekort sluitend bedrijf, bereikten zij het tweevoudig voordeel, in belastingopzicht hun eigen winst te verminderen, terwijl aan de filiaal de mogelijkheid werd verschaft ze door haar verliezen op te vangen.

Het betreft, zoals een commissielid zegde, de aankoop van verliezen met het oog op een fiscaal voordeel.

Aan dit misbruik zal een einde gemaakt worden door de tekst van het nieuw artikel 4 (...), waarbij de compensatie van winst en verlies slechts toegestaan wordt indien de winst niet voortkomt uit abnormale voordelen toegekend door het bedrijf zelf waarvan de filiaal afhankelijk was.

Er weze echter aangestipt dat, om onder de vrij strenge toepassing van dit artikel te vallen, het voordelen moet betreffen die niet te verantwoorden zijn in het belang van de onderneming.(...)”.

Deze ratio legis verschilt totaal van de redenen waarom de aftrek voor risicokapitaal werd ingevoerd. De invoering van de aftrek voor risicokapitaal door de wet van 22 juni 2005 (*B.S.*, 30 juni 2005, van toepassing vanaf aanslagjaar 2007) werd als volgt verantwoord (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.*, Kamer, 2004-2005, doc.51 1778/001):

“Om de grote handicaps van de Belgische economie ten aanzien van haar voornaamste concurrerende landen te verkleinen, moeten de ondernemingen die in ons land bedrijvig zijn, absoluut hun kosten op alle niveaus terugschroeven.

Voor hun financiering moeten ondernemingen gebruik maken van vreemd vermogen, waarvan de vergoeding volledig fiscaal aftrekbaar is (leningen en obligaties), en van risicokapitaal, waarvan de vergoeding daarentegen volledig belast wordt (eigen vermogen gevormd door inbreng van extern kapitaal en/of door autofinanciering). Er bestaat bijgevolg op fiscaal vlak een economisch ongerechtvaardigde discriminatie tussen deze beide financieringsvormen.

Het ontwerp van de regering is erop gericht deze discriminatie van risicokapitaal ten opzichte van kapitaal dat van derden geleend is te verminderen via de invoering van een aftrek voor

risicokapitaal. Het principe van deze aftrek steunt op de financiële theorie die sedert lang aangetoond heeft dat men in de risicokapitaalkosten makkelijk een component kan afzonderen die overeenstemt met een risicovrije rentevoet.

Het ontwerp van de regering is erop gericht deze component van de risicokapitaalkosten te erkennen door de fiscale aftrekbaarheid ervan te organiseren. Hierdoor zal het mogelijk worden, ten belope van deze component, een zelfde fiscale behandeling van eigen en geleende middelen te garanderen, met behoud van de belasting op de reële winst van de ondernemingsactiviteit.

In de praktijk zal de aftrek gelijk zijn aan een bepaald percentage van het eigen vermogen dat overeenkomstig de wetgeving betreffende de boekhouding en de jaarrekening van vennootschappen werd bepaald aan het eind van het voorgaande belastbare tijdperk verminderd met hetzij de fiscale netto waarde, hetzij de netto boekwaarde van bepaalde activabestanden en tevens verminderd met de kapitaalsubsidies en bepaalde uitgedrukte maar niet verwezenlijkte meerwaarden voor de waarde die deze bestanddelen hebben aan het einde van het voorgaande belastbare tijdperk en waarbij de wijzigingen aan de in aanmerking genomen bestanddelen tijdens het belastbare tijdperk in aanmerking worden genomen, risicokapitaal genoemd.

Het tarief van de aftrek wordt telkens voor elk aanslagjaar vastgelegd (...). Voor vennootschappen die op grond van de in artikel 15, § 1, van het Wetboek van vennootschappen bepaalde criteria als kleine vennootschappen worden aangemerkt voor het aanslagjaar dat verbonden is aan het belastbare tijdperk waarin de aftrek voor risicokapitaal wordt genoten, wordt het tarief verhoogd met een half procentpunt.

Aangezien deze nieuwe aftrek voornamelijk de KMO's ten goede zal komen, zal hij het mogelijk maken het doel van de regering te bereiken dat erin bestaat de versterking van het eigen vermogen van de ondernemingen te stimuleren. De voordelen ervan zijn namelijk vooral bedoeld voor de ondernemingen met de zwaarste handicaps op dit ogenblik en waarvan het behoud en de ontwikkeling onmisbaar zijn voor de economie van een land, in het bijzonder KMO's en ondernemingen die aanzienlijke kapitalen moeten kunnen vastleggen daar waar hun operationele activiteiten worden ontwikkeld, evenals de banen die eruit voortvloeien via de duurzame investeringen die er worden gedaan.

De regering vindt ook dat kapitaalintensieve ondernemingen diegene zijn die van nature een hoog peil van solvabiliteit en dus van bescherming tegen faillissementsrisico's hebben. Hun verankering in het land, via de investeringen die zij er doen, is ook een niet te verwaarlozen voordeel ten aanzien van de delokalisatierisico's. Met dit voorstel kan ten slotte het enige geloofwaardige en concurrerende alternatief worden geboden voor het behoud van de beslissingscentra in België, in het bijzonder de coördinatiecentra en de financiële beroepen die eraan gekoppeld zijn en waarvoor België al meer dan 20 jaar een knowhow heeft weten op te bouwen die enig is in de wereld.

De voorgestelde aftrek zal worden toegepast op alle vennootschappen die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting of aan de belasting op de niet-inwoners/vennootschappen, met uitzondering van deze die al een van het gemeen recht afwijkende belastingregeling genieten. Hij is volledig in overeenstemming met de grondwettelijke beginselen van het Belgische recht en met de regels van het Europees recht. Daarbij is hij bijzonder aantrekkelijk en vernieuwend

ten aanzien van de hervormingen die thans in de 24 andere landen van de Europese Unie worden uitgedacht of doorgevoerd.”

Daar waar de ruime interpretatie die het Hof van Cassatie geeft aan het begrip abnormale of goedgunstige voordelen verantwoord is in het licht van de ratio legis van artikel 79 WIB 92 voor wat betreft de compensatie van vorige verliezen (bestrijding van fiscale ontwijking), is dit niet het geval in het licht van de ratio legis van de aftrek voor risicokapitaal (het wegwerken van de economisch ongerechtvaardigde discriminatie tussen de financiering door vreemd vermogen en de financiering door risicokapitaal).

Het begrip abnormaal of goedgunstig voordeel moet aldus strikt worden geïnterpreteerd, waarbij rekening gehouden moet worden met de verrichting die het voordeel zou hebben opgeleverd, zonder een al te ruime context in aanmerking te nemen (zie ook L. Ketels en E. Vandingenen, Artikel 207, lid 2 WIB 1992: antimisbruikbepaling voor notionele interestaftrek?, *A.F.T.*, 2014, afl.4, p.45).

Bovendien kon men in de zaken in verband met de verliescompensatie (Craft, Au Vieux Saint-Martin en A.B.M. International) het inbrengen van een winstgevende bedrijfstak of vennootschap in een zwaar verlieslatende vennootschap onmiskkenbaar als economisch onverantwoord beschouwen. In verband met onderhavige zaak beschouwde de administratie de gehele constructie als abnormaal, waarbij die constructie duidelijk bestaat uit verschillende van elkaar te onderscheiden rechtshandelingen: als de stelling van de administratie zou worden gevolgd, zouden de volgende verrichtingen moeten worden beschouwd als zijnde ongebruikelijk in de betrokken economische omstandigheden: het oprichten van NV ICL, het toestaan door NV ICL van een lening aan ICL Finance BV en het toekennen van interesten door ICL Finance BV aan NV ICL.

Het oprichten van NV ICL kan niet als abnormaal beschouwd worden, enkel en alleen omdat er binnen de groep reeds een financieringsvennootschap voorhanden was.

Ook de opvatting dat NV ICL geen enkele economische activiteit heeft gehad in België kan niet worden aanvaard. Het verstrekken van een lening en het beheer daarvan impliceren economische activiteiten en het eventueel beperkt karakter daarvan kan niet tot gevolg hebben dat die activiteit wordt genegeerd. Bovendien heeft de administratie in het bericht van wijziging van 21 mei 2012 zelf toegegeven dat de vennootschap zich bezighield met klantenbezoek en prospectie inzake mogelijke verkopen van kunstmeststoffen.

Ook het feit dat deze vennootschap weinig activa zou hebben, kan niet als abnormaal worden bestempeld, vermits het eigen is aan de betrokken activiteit dat ze slechts in beperkte mate activa en personeel vergt. De administratie mag zich bij dit alles niet inlaten met de beoordeling van de kwantiteit van de verrichtingen van een belastingplichtige, noch met het economisch nut daarvan. Dat het niet nodig was om NV ICL te schakelen in de groep betreft een opportuniteitsbeoordeling en kan niet als abnormaal beschouwd worden om de enkele reden dat vastgesteld werd dat de reeds bestaande financieringsvennootschap had kunnen worden gebruikt of dat BV Ashli Chemicals de inbreng rechtstreeks in ICL Finance BV had kunnen doen.

De administratie betwist verder niet dat de interesten die ICL Finance BV aan NV ICL toekende marktconform en dus niet abnormaal waren. De hele constructie kan ook niet als

abnormaal worden beschouwd om de eenvoudige reden dat zij (mede) zou zijn ingegeven door fiscale overwegingen.

Het hof stelt bovendien vast dat de aftrek voor risicokapitaal in de wet op gedetailleerde wijze werd geregeld en van eigen voorwaarden werd voorzien, teneinde misbruiken te voorkomen.

Zo wordt het risicokapitaal dat in aanmerking komt voor de aftrek verminderd met de activa, opgesomd in artikel 205ter, § 1, tweede lid WIB 92 en werd de toepassing van de regeling ook beperkt om rekening te houden met goederen waarvan de inkomsten zijn vrijgesteld op basis van een dubbelbelastingverdrag.

Verder werd in deze regeling een anti-misbruikbepaling opgenomen, met name artikel 205ter, § 4 WIB 92, die in de Memorie van Toelichting als volgt werd verantwoord (*Parl.St.*, Kamer, 2004-2005, doc.51 1778/001, p.13):

C. Anti-misbruikbepalingen Artikel 205ter, § 4, WIB 92, in ontwerp, wil manoeuvres voorkomen die erin bestaan activa kunstmatig in een vennootschap onder te brengen om de basis voor de berekening van de aftrek voor risicokapitaal op te trekken. In de praktijk kan dit soort manoeuvres redelijkerwijs alleen voor materiële activa worden bedacht, zodat de bepaling alleen op die activa van toepassing is, met uitsluiting van de immateriële activa en de financiële activa (volgens het traditionele boekhoudrechtelijke onderscheid tussen deze drie categorieën activa). Er worden drie gevallen in overweging genomen. (...)

De fiscale administratie heeft nooit beweerd noch aangetoond dat de belastingplichtige in onderhavig geval niet zou voldoen aan de wettelijke voorwaarden voor de toepassing van de aftrek voor risicokapitaal of dat toepassing zou moeten worden gemaakt van de anti-misbruikbepaling van artikel 205ter, § 4 WIB 92.

Een verrichting of een reeks van verrichtingen kan dan ook niet als abnormaal worden beschouwd enkel en alleen omdat zij erop gericht zouden zijn toepassing te kunnen maken van de aftrek voor risicokapitaal van de artikelen 205bis tot 205nonies WIB 92. Voor de toepassing van de aftrek voor risicokapitaal werden geen voorwaarden gesteld inzake tewerkstelling, investeringen of te verrichten activiteit. Voorstellen om de aftrek voor risicokapitaal afhankelijk te maken van de vereiste dat de verrichting diende te beantwoorden aan rechtmatige behoeften van financiële of economische aard werden niet aanvaard (zie hierover H. Vanhulle, *Circulaire verduidelijkt antimisbruikbepalingen m.b.t. notionele interestaftrek*, *Fiscale Actualiteit*, 2008, nr. 14, p.1). De discussie over de vraag of de tussenschakeling van NV ICL in deze nodig of nuttig was in economisch of financieel opzicht doet hierbij derhalve zelfs niet terzake. Het volstaat om vast te stellen dat aan alle voorwaarden van de artikelen 205bis en volgende WIB 92 is voldaan en dat de anti-misbruikbepaling van artikel 205ter, § 4 WIB 92 niet van toepassing is.

Het hof oordeelt dat de administratie aldus een voorwaarde toevoegt aan de wet door te poneren dat geen toepassing gemaakt kan worden van de aftrek voor risicokapitaal als er sprake is van het oprichten van een vennootschap in België en het genereren van opbrengsten in deze vennootschap, wanneer blijkt dat dit gebeurde teneinde de aftrek voor risicokapitaal toe te passen. Gelet op de ratio legis van deze bepaling kan aan het begrip abnormale of goedgunstige voordelen in deze niet dezelfde ruime interpretatie gegeven worden als inzake verliesrecuperatie. Integendeel moet dit begrip strikt geïnterpreteerd worden, mede gelet op het feit dat artikel 207, tweede lid WIB 92 een uitzondering vormt op de principiële



toepasbaarheid van de aftrek voor risicokapitaal, van zodra de belastingplichtige heeft aangetoond dat hij aan de voorwaarden daarvan heeft voldaan.

Er is door de administratie nooit beweerd dat de algemene anti-misbruikbepaling van 344, § 1 WIB 92, zoals van toepassing vóór de wet van 29 maart 2012 kon worden toegepast. In dit verband dient trouwens te worden vastgesteld dat geen andere kwalificatie in de plaats zou kunnen worden gesteld van de door de partijen aan de verrichtingen gegeven kwalificatie, zonder dat de niet fiscale gevolgen van de verrichtingen zouden worden miskend.

Verder stelt het hof vast dat de algemene anti-misbruikbepaling van artikel 344, § 1 WIB 92, zoals vervangen door de Programmawet van 29 maart 2012 (*B.S.*, 6 april 2012) nog niet in voege was in het litigieuze aanslagjaar en derhalve niet kon worden toegepast. Er kan in deze dan ook (nog) geen gebruik gemaakt worden van het begrip fiscaal misbruik van deze bepaling.

Er kan in deze derhalve niet voorgehouden worden dat rekening zou moeten worden gehouden met een economische werkelijkheid die anders is dan wat partijen zonder simulatie en zonder de wet te schenden zijn overeengekomen.

Aan NV ICL werd in deze trouwens zelfs geen voordeel toegekend: er wordt niet betwist dat de interesten die haar werden toegekend marktconform en at arm's length waren.

Aan dit alles kan geen afbreuk gedaan worden door de circulaire nr.Ci.RH.840/592.613 (AOIF 14/2008) van 3 april 2008, waarin in verband met de toepassing van artikel 207, tweede lid WIB 92 op de aftrek voor risicokapitaal wordt bepaald:

“23. Met abnormaal wordt een voordeel bedoeld dat in strijd is met de normale gang van zaken, de regels en de gevestigde gebruiken of nog, dat in strijd is met wat in soortgelijke gevallen gebruikelijk is (Com.IB 26/16).

Goedgunstige voordelen zijn voordelen die worden verleend zonder dat zij in uitvoering van een verbintenis zijn of die worden verleend zonder enige tegenprestatie (Com.IB 26/16). Deze commentaar is mutatis mutandis van toepassing op artikel 79 van het WIB 92 (Com.IB 79/5).

24. De aandacht wordt erop gevestigd dat deze bepaling van toepassing is zelfs indien de vennootschap een prestatie verricht waarvan de waarde overeenkomt met het voordeel dat zij verkrijgt.

In zijn arrest in de zaak ABM International van 29 april 2005 heeft het Hof van Cassatie immers duidelijk gesteld dat de rechter die geroepen wordt te toetsen of de door de belastingplichtige gerealiseerde fiscale voordelen als abnormaal of goedgunstig dienen aangemerkt in de zin van artikel 79 ... mag nagaan of bedoelde voordelen onder abnormale omstandigheden werden verkregen in het raam van verrichtingen die niet op grond van economische doelstellingen maar enkel op grond van fiscale oogmerken konden worden verklaard en dat de rechter gehouden is zich te beperken tot het onderzoek van de evenwaardigheid van de tegenprestatie in de betwiste rechtshandeling, zonder acht te kunnen slaan op de economische verantwoording van de onderliggende verrichtingen in het raam waarvan het voordeel is gerealiseerd (zie eveneens in deze zin Cass. 23 februari 1995).

De belastingambtenaar zal in voorkomend geval moeten nagaan of het resultaat waarop de vennootschap de aftrek voor risicokapitaal wil verrichten, niet afkomstig is van een verrichting die onder abnormale omstandigheden werd verkregen en niet verantwoord is door economische doelstellingen, maar enkel door fiscale oogmerken.

25. In beginsel vindt deze bepaling geen toepassing op de vennootschappen waarvan de erkenning als coördinatiecentrum verlopen is (...).

Evenzo, moet deze bepaling in beginsel niet gebruikt worden om legitieme handelingen op de helling te zetten, zoals die welke er voor een groep in bestaan financieringsactiviteiten in een gespecialiseerde vennootschap te centraliseren of de activiteiten met betrekking tot een bepaald vak of tot bijzondere producten onder te brengen in een gespecialiseerde dochteronderneming, aangezien deze handelingen zinvol zijn uit economisch oogpunt en dus geen louter kunstmatige constructies met uitsluitend fiscaal oogmerk vormen. Als voorbeeld kan men de beslissing nr. 600.167 van 3 oktober 2006 van de Dienst voorafgaande beslissingen in fiscale zaken raadplegen.

Daarentegen zal de belastingambtenaar de verrekening kunnen weigeren van de aftrek voor risicokapitaal op de winst die gerealiseerd werd in louter kunstmatige constructies”.

Zoals gezegd is voormelde circulaire niet van aard om afbreuk te doen aan hetgeen hierboven reeds werd beslist:

- Niet alleen werd deze circulaire tot stand gebracht op 3 april 2008, hetzij bijna drie jaar na de totstandkoming van de desbetreffende wetgeving.
- Maar bovendien wordt door de minister aldus een standpunt vooropgesteld dat niet eerder werd ingenomen en dat evenmin blijkt uit de voorbereidende werkzaamheden bij de wet van 22 juni 2005.
- Verder is het standpunt van de administratie gesteund op eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie (zaken A.B.M. International en Au Vieux Saint-Martin). Hierboven werd reeds geoordeeld dat deze rechtspraak, die betrekking heeft op de recuperatie van vorige verliezen niet zonder meer kan doorgetrokken worden naar de aftrek voor risicokapitaal.
- Tot slot stelt het hof vast dat de administratie voorwaarden toevoegt aan de wet die er niet zijn in bepaald, hetgeen niet toegelaten is, gelet op het grondwettelijk gewaarborgd legaliteitsbeginsel.

Het hof oordeelt, gelet op al het voorgaande, dat niet werd aangetoond dat het resultaat waarop NV ICL de aftrek voor risicokapitaal wil toepassen (de interesten, ontvangen van ICL Finance BV) voortkomt van abnormale of goedgunstige voordelen, met als gevolg dat artikel 207, tweede lid WIB 92 in deze ten onrechte werd toegepast door de fiscale administratie. De overige argumenten zijn niet van aard afbreuk te doen aan dit oordeel en kunnen dan ook afgewezen worden als zijnde niet dienstig.

## **2.6. Subsidiaire aanslag**

Door artikel 2 van de wet van 22 december 2009 houdende fiscale bepalingen, verschenen in het *Belgisch Staatsblad* van 31 december 2009, werd artikel 356 WIB 92 vervangen.

Overeenkomstig artikel 3 van de wet van 22 december 2009 is deze nieuwe bepaling onmiddellijk van toepassing ongeacht het aanslagjaar.

Partijen namen in besluiten reeds standpunt in over de toepasselijkheid in deze van artikel 356 WIB 92. De belastingplichtige betwist de mogelijkheid om nog een subsidiaire aanslag te vestigen. De administratie verzoekt om haar die mogelijkheid te bieden.

Het hof stelt vast dat de discussie in deze beperkt is tot de vraag of de interesten die NV ICL heeft verkregen van ICL Finance BV te beschouwen zijn als verkregen abnormale of goedgunstige voordelen, en de gevolgen daarvan voor de door NV ICL toegepaste notionele interestaftrek. Er werd geoordeeld dat er in deze geen sprake is van een verkregen abnormaal of goedgunstig voordeel, zodat de aftrek voor risicokapitaal niet kan worden verworpen in toepassing van artikel 207, tweede lid WIB 92. Er werd ook nooit betwist dat aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de notionele interestaftrek was voldaan.

De belastingplichtige stelt dan ook terecht dat de administratie in deze niet meer beschikt over de mogelijkheid om de toepassing van de aftrek voor risicokapitaal te verwerpen, zodat geen heropening der debatten dient te worden bevolen, teneinde de Belgische Staat de mogelijkheid te bieden om binnen de zes maanden te rekenen vanaf onderhavige uitspraak, een subsidiaire aanslag aan het hof ter beoordeling voor te leggen.

## **2.7. Rechtsplegingsvergoeding**

Voor wat de rechtsplegingsvergoeding hoger beroep betreft zijn partijen het er terecht over eens dat betwistingen inzake belastingen geen onbepaalde waarde hebben, doch dat ze kunnen gewaardeerd worden naar het bedrag van de betwiste aanslag. De rechtsplegingsvergoeding dient dan ook bepaald te worden volgens het pecuniair bedrag van de vordering (Cfr.Cass., 12 maart 2010, *F.J.F.*, nr. 2010/183, p.720).

Gelet op het bedrag van de betwiste aanslagen, bedraagt het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding 16.500,00 EUR, met ingang van 1 juni 2016 geïndexeerd tot 18.000,00 EUR. Er is geen reden om van dit basisbedrag af te wijken, zodat het kan worden toegekend aan de belastingplichtige als in het gelijk gestelde partij.

## **3. Beslissing**

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep van NV ICL Belgium (Sales) toelaatbaar en gegrond.

Het hof hervormt het beroepen vonnis.

Het hof verklaart de vordering van NV ICL Belgium (Sales) toelaatbaar en als volgt gegrond.

Het hof beveelt de ontheffing van de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011, kohierartikel 332011 en beveelt de terugbetaling van alle geldsommen die ingevolge

deze aanslag werden ingehouden of betaald, te vermeerderen met de moratoriuminteressen overeenkomstig artikel 418 WIB 92.

Het hof verwijst de Belgische Staat in de gedingkosten, begroot en vereffend aan de zijde van NV ICL Belgium (Sales) op een rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg van 16.500,00 EUR en een rechtsplegingsvergoeding hoger beroep van 18.000,00 EUR.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 16 januari 2018 door

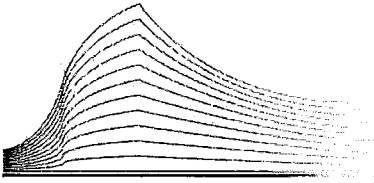
M. GHYSELEN Raadsheer dd. Voorzitter

C. PRINCEN Raadsheer

E. DE BRAUWER Raadsheer

Ph. BAILYU Griffier

ARREST 300108585



F 1601 p. 10

Repertoriumnummer <b>2018 /</b>
Datum van uitspraak <b>04 september 2018</b>
Rolnummer <b>2016/AR/2397</b>

**Uitgifte**

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Eindarrest  
- Fiscaal

*Hoekwalficatie  
interessen in dividende  
UZW*

# Hof van beroep Antwerpen

## Arrest

kamer B6  
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

**CLUB (...) VZW,**

eiseres in hoger beroep,

vertegenwoordigd door Mr. B[REDACTED] [REDACTED], advocaat te 2000 ANTWERPEN, [REDACTED]  
[REDACTED]

tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen van 06 april 2016, met rolnummer 15/1578/A

tegen

**DE BELGISCHE STAAT,** in de persoon van de Minister van Financiën, te 1000 BRUSSEL, Wetstraat 12, handelend ten verzoeken van de Adviseur-generaal – Directeur te KMO Centrum Antwerpen, met kantoor te 2000 ANTWERPEN, Italiëlei 4 bus 2, verweerder in hoger beroep,

vertegenwoordigd door Mr. AERNAUDTS Linda, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Frankrijklei 37 bus 12

---

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd waaronder het bestreden vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Antwerpen van 16 april 2016, waarvan geen akte van betekening wordt voorgelegd, alsmede het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Antwerpen op 13 december 2016, waarbij een tijdig hoger beroep wordt ingesteld.

**1. Voorafgaande feiten en procedure**

**1.1. Voorwerp van de betwisting.**

De betwisting betreft een aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011 en aanslagen in de roerende voorheffing voor de aanslagjaren 2008, 2009, 2010 en 2011 en meer bepaald :

- De vraag of artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 ook van toepassing is op de interesten op voorschotten, aan een VZW (onderworpen aan de vennootschapsbelasting) verstrekt door een voorzitter van de raad van beheer van die VZW;
- De toepassing van artikel 219 WIB92 op de sommen uitgekeerd aan zogenaamde vrijwilligers van de VZW.

### 1.2. Aanslag en bezwaar.

Er werd door VZW Club (...) voor aanslagjaar 2011 een tijdige aangifte in de vennootschapsbelasting ingediend (stuk 7 administratief dossier).

Op 24 juni 2013 werd naar de VZW een vraag om inlichtingen verstuurd in verband met de aanslagjaren 2011 en 2012 (stuk 8 administratief dossier).

Er werd hierop deels geantwoord op 22 juli 2013, met overmaking van stukken en voor het overige werd een uitstel bekomen tot en met 6 september 2013 (stuk 9 administratief dossier).

Op 6 september 2013 werden bijkomende inlichtingen bezorgd en er werd aangekondigd dat bijkomende stukken zouden worden bezorgd (stuk 9 administratief dossier).

Er werd afgesproken dat de administratie een bezoek ter plaatse zou brengen op 28 oktober 2013 (stuk 10 administratief dossier).

Bij mail van 28 oktober 2013 werden bijkomende stukken opgevraagd (stuk 11 administratief dossier). Er werden diezelfde dag bijkomende stukken bezorgd (stuk 12 administratief dossier).

Op 12 november 2013 verstuurde de administratie een kennisgeving van aanslag van ambtswege voor de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011 (stuk 13 administratief dossier). De aanslag zou van ambtswege worden gevestigd omdat niet tijdig was geantwoord op de vraag om inlichtingen van 24 juni 2013. Meer bepaald werden de voor aanslagjaar 2011 in punt 7 gevraagde verantwoordingsstukken van de onkostennota's van de leden ten bedrage van 71.000,00 EUR niet bezorgd binnen de toegestane termijn.

Er werd aangekondigd dat zou worden overgegaan tot de herkwalificatie van interesten in dividenden in toepassing van artikel 18, eerste lid, 4° WIB92. Er was immers vastgesteld dat de heer VB, bestuurder van de VZW aan de VZW op 31 december 2010 een lening had toegestaan van 653.116,65 EUR, waarop een interest werd betaald van 37.389,46 EUR.

Vermits de VZW noch over belaste reserves, noch over gestort kapitaal beschikte, zou het volledige bedrag worden beschouwd als een geldlening.

Verder werd aangekondigd dat een bedrag van 48.000,00 EUR, uitbetaald aan de leden en door de VZW beschouwd als 'onkostenvergoedingen vrijwilligers', onderworpen zou worden aan de bijzondere aanslag geheime commissielonen van artikel 219 WIB92, vermits geen fiches en een samenvattende opgave waren opgesteld. De administratie meende dat niet voldaan was aan de voorwaarden met betrekking tot deze vrijwilligersvergoedingen (boven het maximumbedrag en uitbetaald in opdracht van een vereniging die zich bezighield met verrichtingen van winstgevende aard).

Op 14 november 2013 werd eveneens een kennisgeving van aanslag van ambtswege verstuurd voor de roerende voorheffing voor de aanslagjaren 2008, 2009, 2010 en 2011 (stuk 14 administratief dossier). De aanslag zou van ambtswege worden gevestigd omdat geen aangifte in de roerende voorheffing werd ingediend binnen de wettelijke termijn.

Er werd aangekondigd dat de interesten op de lening, toegestaan door de heer VB aan de VZW, waarvan hij bestuurder is, zouden worden geherkwalificeerd als dividenden in toepassing van artikel 18, eerste lid, 4° WIB92. Het betrof de volgende interesten :

2008 : 39.188,72 EUR

2009 : 48.946,00 EUR

2010 : 37.389,46 EUR

2011 : 24.799,26 EUR

Er zou toepassing gemaakt worden van de aanslagtermijn van artikel 358, §1, 1° WIB992.

De belastingplichtige verklaarde zich telkens op gemotiveerde wijze niet akkoord met de wijzigingen, aangekondigd in de betrokken kennisgevingen (stukken 15 en 16 administratief dossier).

In kennisgevingen van beslissing tot taxatie van 19 december 2013 liet de administratie weten waarom ze bij haar standpunt bleef, zij het dat in verband met de aanslagen in de roerende voorheffing artikel 268 WIB92 niet zou worden toegepast (stukken 18 en 19 administratief dossier).

Op 20 december 2013 werden de volgende aanslagen uitvoerbaar verklaard (stuk 20 tot en met 24 administratief dossier) :

- Roerende voorheffing aanslagjaar 2008, kohierartikel (...)281 : 7.797,18 EUR
- Roerende voorheffing aanslagjaar 2009, kohierartikel (...)291 : 12.236,50 EUR



- Roerende voorheffing aanslagjaar 2010, kohierartikel (...)301 : 9.347,37 EUR
- Roerende voorheffing aanslagjaar 2011, kohierartikel (...)311 : 6.199,82 EUR
- Vennootschapsbelasting aanslagjaar 2011, kohierartikel (...)901 : 148.320,00 EUR

De belastingplichtige diende tegen elk van deze aanslagen bij monde van zijn raadsman een bezwaarschrift in, dat de administratie bereikte op 17 maart 2014 (stuk 25 tot en met 29 administratief dossier).

De bezwaarschriften inzake de roerende voorheffing werden bij beslissingen van de ambtenaar, gedelegeerd door de adviseur-gewestelijk directeur van 16 december 2014 afgewezen (stuk 2 tot en met 5 administratief dossier).

Het bezwaarschrift inzake de vennootschapsbelasting werd afgewezen bij beslissing van de ambtenaar, gedelegeerd door de adviseur-gewestelijk directeur van 19 december 2014 (stuk 6 administratief dossier).

### 1.3. Procedure voor de eerste rechter.

VZW Club (...) legde op 17 maart 2015 een verzoekschrift neer ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen. De VZW vorderde om haar akte te verlenen van het feit dat zij een vordering instelde tegen de directoriale beslissingen van 16 en 19 december 2014. De VZW vorderde om haar bezwaarschriften ontvankelijk en gegrond te verklaren en om de aanslagen in de roerende voorheffing voor de aanslagjaren 2008, 2009, 2010 en 2011, gekend onder de kohierartikelen (...)281, (...)291, (...)301 en (...)311 en de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011, gekend onder kohierartikel (...)901 te ontheffen. Ze vorderde om haar te ontslaan van deze belastingen en om de terugbetaling te bevelen van alle reeds betaalde en/of ingehouden bedragen, meer moratoriuminteressen. Ze vorderde eveneens om de Belgische Staat te veroordelen tot de kosten van het geding, hierin begrepen de rechtsplegingsvergoeding.

Betreffende de herkwalificatie van de interesten in dividenden stelde de eerste rechter vast dat niet betwist werd dat de VZW aan de vennootschapsbelasting was onderworpen en hij oordeelde dat dit volstond voor de toepassing van artikel 18, eerste lid, 4° WIB92.

Hij oordeelde verder dat die bepaling ook geldt wanneer voorschotten door de voorzitter van de raad van beheer van een VZW (onderworpen aan de vennootschapsbelasting) aan die VZW worden verstrekt. In zoverre de administratieve commentaar in een enger toepassingsgebied voorziet is hij strijdig met de wet.

Vermits de VZW niet beschikte over belaste reserves of over gestort kapitaal, werd het volledig bedrag van de interesten volgens de eerste rechter terecht als dividenden geherkwalificeerd.

Betreffende de toepassing van de afzonderlijke aanslag van artikel 219 WIB92 oordeelde de eerste rechter dat de betaalde vergoeding van 48.000,00 EUR niet kon worden beschouwd als een onkostenvergoeding aan vrijwilligers, vermits de VZW zich bezighield met activiteiten van winstgevende aard en dus onderworpen was aan de vennootschapsbelasting. Deze vergoedingen dienden dan ook op fiches te worden vermeld en vermits geen dergelijke fiches waren opgesteld, waren ze onderworpen aan de aanslag van artikel 219 WIB92. Deze aanslag, bedroeg volgens de eerste rechter sinds de wet van 19 december 2014 100%.

De belastingverhoging van 10% was volgens de eerste rechter wettelijk, voldoende gemotiveerd en in een redelijke verhouding met de gepleegde inbreuk en de ernst van de feiten.

De vordering van VZW Club (...) werd enkel toelaatbaar en gegrond verklaard in de mate dat een afzonderlijke aanslag werd toegepast aan een hoger tarief dan 100%. De herberekening van de aanslag werd bevolen in die mate, alsook de terugbetaling van alle teveel betaalde of geïnde bedragen, meer moratoriuminteresten. VZW Club (...) werd veroordeeld tot de kosten van het geding, niet vereffend, bij gebrek aan opgave en begroting.

#### 1.4. Procedure voor het hof van beroep.

VZW Club (...), thans eiseres in hoger beroep vordert om het bestreden vonnis te hervormen en om de directoriale beslissingen van 16 en 19 december 2014 te hervormen.

In hoofdde vordert de VZW om haar bezwaarschriften ontvankelijk en gegrond te verklaren en om de aanslagen in de roerende voorheffing voor de aanslagjaren 2008, 2009, 2010 en 2011, gekend onder de kohierartikelen (...)281, (...)291, (...)301 en (...)311 en de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011, gekend onder kohierartikel (...)901 te ontheffen.

Ondergeschikt vordert de VZW om de aanslag geheime commissielonen te verminderen tot 50% voor zover ze betrekking heeft op betalingen aan BVBA's.

De VZW vordert om haar te ontslaan van de ten onrechte ingekohierde belastingen en om de terugbetaling te bevelen van alle reeds betaalde en/of ingehouden bedragen, vermeerderd met de moratoriuminteresten overeenkomstig artikel 418 WIB92.

Ze vordert eveneens om de Belgische Staat te veroordelen tot de kosten van het geding, hierin begrepen de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 3.000,00 EUR.

Ter zitting laat VZW Club (...) acteren dat een rechtsplegingsvergoeding gevorderd wordt van 2.750,00 EUR in eerste aanleg en 3.000,00 EUR in hoger beroep.

De Belgische Staat, verweerder in hoger beroep, vordert om het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren en om het bestreden vonnis te bevestigen in al zijn beschikkingen, alsook de gevestigde aanslagen te bevestigen, rekening houdend met een ontheffing in de mate dat voor het aanslagjaar 2011 de afzonderlijke aanslag werd toegepast aan een hoger tarief dan 100%.

De Belgische Staat vordert om VZW Club (...) te veroordelen tot de kosten van het geding, begroot op een rechtsplegingsvergoeding hoger beroep van 3.000,00 EUR.

## 2. Bespreking

### 2.1. Artikel 18, eerste lid, 4° WIB92.

Artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 is volgens belastingplichtige niet van toepassing omdat een VZW geen kapitaal- of personenvennootschap is. Er wordt verwezen naar de administratieve commentaar (Com IB 92, nr.18/43).

Deze bepaling kan evenmin worden toegepast volgens de belastingplichtige, vermits een VZW geen belaste reserves of gestort kapitaal heeft.

Artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 luidt als volgt :

*“Dividenden omvatten : (...)*

*4° interest van voorschotten wanneer één van de volgende grenzen wordt overschreden en in de mate van die overschrijding :*

*- ofwel de in artikel 55 gestelde grens,*

*- ofwel wanneer het totaal bedrag van de rentegevende voorschotten hoger is dan de som van de belaste reserves bij het begin van het belastbaar tijdperk en het gestort kapitaal bij het einde van dit tijdperk.*

*Als voorschot wordt beschouwd, elke al dan niet door effecten vertegenwoordigde geldlening verstrekt door een natuurlijk persoon aan een vennootschap waarvan hij aandelen bezit of door een persoon aan een vennootschap waarin hij een opdracht of functies als vermeld in artikel 32, eerste lid, 1° uitoefent, alsmede in voorkomend geval, elke geldlening verstrekt aan die vennootschap, door hun echtgenoot of hun kinderen wanneer die personen of hun echtgenoot het wettelijk genot van de inkomsten van die kinderen hebben, met uitzondering van :*

*1° obligaties en andere gelijksoortige effecten uitgegeven door een openbaar beroep op het spaarwezen ;*

*2° geldleningen aan coöperatieve vennootschappen die door de Nationale Raad van de Coöperatie zijn erkend;*

*3° geldleningen verstrekt door in artikel 179 vermelde vennootschappen.”*

Overeenkomstig artikel 32, eerste lid, 1° WIB92 zijn bezoldigingen van bedrijfsleiders alle beloningen verleend of toegekend aan een natuurlijk persoon die *“een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of gelijksoortige functies uitoefent”*.

Er bestaat in deze geen betwisting over het feit dat de heer VB in 2010 bestuurder was van VZW Club (...) (Voorzitter van de raad van beheer) en dat hij in 2010 een geldlening had toegestaan aan de vennootschap van 653.116,65 EUR. Er bestaat evenmin betwisting over het feit dat hem in de jaren 2008, 2009, 2010 en 2011 respectievelijk 39.188,72 EUR, 48.946,00 EUR, 37.389,46 EUR en 24.799,26 EUR aan interesten werden toegekend omwille van die lening en dat geen roerende voorheffing werd ingehouden.

Er bestaat ook geen betwisting over het feit dat VZW Club (...) in België gevestigd is en ondanks haar rechtsvorm voor het betrokken aanslagjaar onderworpen is aan de vennootschapsbelasting. De VZW betwist niet dat ze een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard.

De enige betwisting betreft in deze de vraag of artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 van toepassing is op de interesten die ingevolge deze lening aan de heer VB werden toegekend. Volgens de belastingplichtige is dat niet het geval, vermits een VZW niet beschikt over een gestort kapitaal en belaste reserves. Volgens de Belgische Staat daarentegen geldt deze bepaling wel, vermits de VZW fiscaal als een vennootschap dient te worden beschouwd en derhalve aan de vennootschapsbelasting onderworpen is.

Overeenkomstig artikel 179 WIB92 zijn de binnenlandse vennootschappen aan de vennootschapsbelasting onderworpen.

Overeenkomstig artikel 2, §1, 5° wordt verstaan onder vennootschap *“enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die, regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard”*.

Onder voorbehoud van de inzake vennootschapsbelastingen omschreven afwijkingen zijn, wat hun aard betreft, de inkomsten die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting of daarvan vrijgesteld zijn, dezelfde als die welke inzake de personenbelasting worden beoogd. Het bedrag ervan wordt vastgesteld volgens de regels die van toepassing zijn op winst (artikel 183 WIB92).

Vermits VZW Club (...) fiscaal gezien een vennootschap is die onderworpen is aan de vennootschapsbelasting, en terzake niet in een afwijkende regeling wordt voorzien, is artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 op de VZW van toepassing.

Dit werd reeds aangenomen vóór de wijziging van artikel 32 WIB92 door het Volmachtenbesluit van 20 december 1996 (L. Plas en P. Verbanck, 'Herkwalificatie van interesten in dividenden', *A.F.T.*, 1993, (p.3), p.6) en dit werd door de minister bevestigd naar aanleiding van de totstandkoming van voormeld Volmachtenbesluit (zie Jan Van Dyck, 'Zijn beheerders van een VZW ook bedrijfsleiders?', *Fiscoloog*, 1997, nr.620, p.6; A. Bailleux en C. Goossens, 'Zijn beheerders van VZW's altijd bedrijfsleiders?', *Fiscoloog*, 1997, nr.623, p.6; *Gedr.St.*, Senaat, 1996-1997, nr.1-612/7, p.8). Dit werd ook later nog expliciet bevestigd door de minister van financiën in antwoord op een parlementaire vraag (*V&A, Senaat*, 25 februari 2003, nr.2-69, p.3854; X., 'Wanneer zijn "beheerders" van een VZW "bedrijfsleiders"?', *Fiscoloog*, 2003, nr.892, p.1). Een passage van de administratieve commentaar kan geen afbreuk doen aan de tekst van de wet.

Indien een VZW aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, zijn de beheerders van die VZW derhalve te beschouwen als natuurlijke personen die een gelijksoortige functie uitoefenen als een bestuurder, zaakvoerder of vereffenaar in de zin van artikel 32, eerste lid, 1° WIB92.

Het feit dat de VZW niet beschikt over belaste reserves en een gestort kapitaal kan de toepassing van artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 niet beletten en heeft, overeenkomstig de tekst en de geest van deze bepaling tot gevolg dat het volledig bedrag van de interesten van de door de bedrijfsleider aan de VZW verstrekte lening als dividenden moeten worden geherkwalificeerd.

De visie van de belastingplichtige kan derhalve niet worden gevolgd, de aanslagen in de roerende voorheffing en de vennootschapsbelasting zijn terecht en het eerste vonnis dient op dit punt te worden bevestigd.

## 2.2. Artikel 219 WIB92.

Partijen zijn het erover eens dat in de loop van 2010 de volgende bedragen werden uitbetaald :

- 1.000,00 EUR aan P.M..
- 9.000,00 EUR aan MVA
- 15.000,00 EUR aan DVA
- 15.000,00 aan OVA
- 8.000,00 EUR aan GH
- TOTAAL : 48.000,00 EUR

Volgens de belastingplichtige zijn deze uitkeringen te beschouwen als onkostenvergoedingen voor vrijwilligers. Voor zover ze het maximum toegelaten bedrag overschrijden, zijn ze volgens de belastingplichtige niet onderworpen aan de bijzondere aanslag in de mate dat er facturen werden opgemaakt door BTW-plichtigen. Bovendien werden de verkrijgers tijdig geïdentificeerd, zodat de bijzondere aanslag niet verschuldigd is. Minstens dient de belasting gereduceerd te worden tot 50% in de mate dat er betaald werd aan vennootschappen.

Volgens de administratie dienen deze bedragen te worden onderworpen aan de bijzondere aanslag geheime commissielonen van artikel 219 WIB92, vermits hiervoor geen individuele fiches en een samenvattende opgave werden opgemaakt. Deze uitkeringen vallen volgens de administratie niet onder de regeling van de onkostenvergoeding voor vrijwilligers, vermits de VZW zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard en vermits in de meeste gevallen het maximum toegelaten bedrag werd overschreden.

Het hof oordeelt dat de belastingplichtige ten onrechte verwijst naar de circulaire Ci.RH.241/509.803 van 5 maart 1999 die betrekking heeft op onkostenvergoedingen, betaald aan vrijwilligers. Samen met de administratie oordeelt het hof immers dat deze regeling in deze niet kan worden toegepast, omdat ze enkel geldt in de mate dat de betalende instantie niet kan beschouwd worden als een vennootschap, vereniging, inrichting of instelling, met of zonder rechtspersoonlijkheid, die een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard en die aldus aan de vennootschapsbelasting of de belasting niet inwoners/vennootschappen onderworpen is. In onderhavig geval bestaat er immers geen betwisting over het feit dat VZW Club (...) een onderneming exploiteert en aan de vennootschapsbelasting onderworpen is. Het feit dat de uitkering aan P.M. aldus het in de circulaire voorgeschreven maximum niet zou overschrijden is aldus niet relevant.

Overeenkomstig artikel 219, 7<sup>de</sup> lid WIB92, zoals het van toepassing is ingevolge de Programmawet van 19 december 2014, wordt de bijzondere aanslag niet toegepast indien de verkrijger op ondubbelzinnige wijze werd geïdentificeerd uiterlijk binnen 2 jaar en 6 maanden volgend op 1 januari van het betreffende aanslagjaar.

Het hof stelt vast dat de verantwoordingsstukken in verband met de onkostennota's door de belastingplichtige slechts werden bezorgd bij mail van 28 oktober 2013, hetzij meer dan twee en een half jaar vanaf 1 januari van aanslagjaar 2011. Bovendien blijkt dat de belastingplichtige tot op de dag van vandaag blijft volhouden dat de vergoedingen voor de prestaties, verricht door MVA, DVA en OVA toekwamen aan BTW-plichtige BVBA's. Er is dus in geen geval sprake van een tijdige en ondubbelzinnige identificatie van de verkrijgers in de zin van artikel 219, zevende lid WIB92.

Het hof stelt vast dat, ondanks het feit dat op het 'overzicht van de onkosten 2010' vermeld stond dat voor de bedragen, betaald aan P.M., MVA en OVA facturen zouden worden opgemaakt, dit overzicht pas werd overgemaakt in het najaar van 2013. Dat het niet vermelden van een post 'te ontvangen facturen' in de boekhouding van de VZW een vergissing zou betreffen, betreft een loutere bewering die door geen enkel gegeven wordt ondersteund.

Facturen, uitgaande van BVBA MVA en BVBA MRE voor respectievelijk 9.000,00 EUR en 15.000,00 EUR werden pas bezorgd als bijlage bij het bezwaarschrift van 11 maart 2014 (stuk 29 administratief dossier). Op deze facturen, telkens gedateerd op 26 november 2013 wordt enkel vermeld dat het ging om 'diensten mgt Club (...)', zonder verdere detaillering, zodat hieruit niet kan worden afgeleid dat het ging om prestaties die in 2010 werden verricht door MVA en DVA.

Het hof oordeelt dan ook dat niet is aangetoond dat de vergoedingen werden betaald aan BVBA's, laat staan dat daarvoor door BTW-plichtigen facturen werden opgemaakt. De bijzondere aanslag geheime commissielonen is derhalve verschuldigd, en dit wel degelijk aan het tarief van 100%.

De aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011 is volkomen terecht.

### 2.3. Belastingverhoging.

Volgens de belastingplichtige dient te worden afgezien van de belastingverhoging van 10%, gelet op de goede trouw van de belastingplichtige.

Het hof oordeelt dat de administratie niet verplicht is om af te zien van de belastingverhoging van 10% in geval van goede trouw. Bovendien werd in deze duidelijk ten onrechte gebruik gemaakt van de circulaire Ci.RH.241/509.803 van 5 maart 1999, voormeld, zodat bezwaarlijk kan gesproken worden van goede trouw. De belastingverhoging is wettelijk, voldoende gemotiveerd en ze staat in redelijke verhouding tot de aard en de ernst van de gepleegde inbreuken. Er is dan ook geen reden om tot kwijtschelding over te gaan.

#### 2.4. Rechtsplegingsvergoeding.

De Belgische Staat is in deze te beschouwen als de in het gelijk gestelde partij, zodat VZW Club (...) tot de kosten van het geding moet worden veroordeeld. De Belgische Staat liet zich in eerste aanleg niet bijstaan of vertegenwoordigen door een advocaat, zodat ze voor die aanleg geen aanspraak kan maken op een rechtsplegingsvergoeding.

Partijen zijn het erover eens dat betwistingen inzake belastingen geen onbepaalde waarde hebben, doch dat ze kunnen gewaardeerd worden naar het bedrag van de betwiste aanslag. De rechtsplegingsvergoeding dient dan ook bepaald te worden volgens het pecuniair bedrag van de vordering (Cfr.Cass., 12 maart 2010, *F.J.F.*, nr.2010/183, p.720).

Gelet op het bedrag van de betwiste aanslagen, bedraagt het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding hoger beroep 3.000,00 EUR. Er is geen reden om van dit basisbedrag af te wijken.

### **3. Beslissing**

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep van VZW Club (...) toelaatbaar doch ongegrond.

Het hof bevestigt het bestreden vonnis in al zijn beschikkingen.

Het hof verwijst VZW Club (...) in de gedingkosten in hoger beroep, vereffend aan de zijde van de Belgische Staat op een rechtsplegingsvergoeding hoger beroep van 3.000,00 EUR.



Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van **04 september 2018** door

M. GHYSELEN Raadsheer dd. Voorzitter

C. PRINCEN Raadsheer

E. DE BRAUWER Raadsheer

Ph. BAILYU Griffier

Ph. BAILYU

E. DE BRAUWER

C. PRINCEN

M. GHYSELEN