

Tiberghien

Advocaten / Avocats / Lawyers

Opgelet met herstructurerings in de drie jaar na overdracht van een familiale vennootschap

Vlaams gewest

Fiscale Actualiteit nr. 2017/19, pag. 3-7

De huidige Vlaamse regeling voor overdracht van familiale vennootschappen bestaat al meer dan vijf jaar, maar alle onduidelijkheden zijn nog steeds niet van de baan. Dat blijkt ook uit de Vlabel-ruling over de gevolgen van een partiële splitsing op het gunstregime (ruling nr. 16048, 17 oktober 2016). De Vlaamse belastingdienst beschouwt een partiële splitsing blijkbaar als een bijzondere vorm van een reorganisatie, die er in alle gevallen toe leidt dat het gunstregime minstens gedeeltelijk verloren gaat.

Het gunstregime voor de overdracht van familiale vennootschappen in het Vlaamse Gewest – vrijstelling van schenkbelasting en verlaagd tarief in de erfbelasting (art. 2.8.6.0.3 en 2.7.4.2.2 VCF, Fisc. Act. 2015, 15/6) – kent diverse voorwaarden. Naast de basisvoorwaarden om überhaupt in aanmerking te komen voor het stelsel, is ook het behoud van het regime gekoppeld aan voorwaarden. Drie jaar lang – vanaf de datum van de authentieke schenkingsakte resp. het overlijden van de erflater (art. 2.8.6.0.6 § 2/2.7.4.2.3 § 2 VCF) – moet cumulatief voldaan zijn aan volgende voorwaarden:

- de vennootschap moet een familiale vennootschap blijven en een reële economische activiteit blijven aanhouden (art. 2.8.6.0.3 § 2 2°/2.7.4.2.2 § 2 2° VCF);
- een activiteit van de vennootschap moet zonder onderbreking worden voortgezet;
- het kapitaal mag niet dalen door uitkeringen en terugbetalingen;
- behoud van de zetel binnen de Europese Economische Ruimte.

Over de impact van reorganisaties op die voorwaarden bevat de VCF geen uitdrukkelijke regeling. In de omzendbrief 2015/2 van 15 december 2015 staat wel een summiere regeling, die echter in de praktijk tal van vragen doet rijzen. De hier besproken ruling betreft een partiële splitsing.

Vlabel over partiële splitsing vlak na overlijden

Bij het overlijden van de pater familias voldoet zijn vennootschap aan de voorwaarden van het gunstregime in de erfbelasting (art. 2.7.4.2.2 VCF). De echtgenote erft 50 % volle eigendom en 50 % vruchtgebruik van de aandelen, de drie kinderen erven elk 16,66 % blote eigendom van de aandelen.

De familiale vennootschap oefent haar handelsactiviteit uit in een eigen bedrijfspand. Daarnaast heeft ze nog vijf handelspanden en drie appartementen die worden verhuurd.

Twee van de drie kinderen werkten samen met hun vader in de vennootschap en besluiten dan ook na zijn overlijden het bedrijf verder te zetten. Het derde, 'niet-actieve' kind wil zijn geërfde aandelen verkopen aan de twee 'actieve' kinderen.

Om de overname van die aandelen financieel haalbaar te maken, overweegt men de niet-bedrijfsgerelateerde onroerende goederen af te splitsen naar een nieuw op te richten naamloze vennootschap.

Na die partiële splitsing zal de moeder de aandelen van de (afgeslankte) vennootschap aan haar drie kinderen schenken, waarna de twee 'actieve kinderen' hun aandelen in een nieuw op te richten holding zullen inbrengen. Ten slotte zal het derde kind zijn aandelen tegen marktwaarde verkopen aan de holding van de twee 'actieve kinderen'.

De twee voornaamste vragen die aan de Vlaamse belastingdienst werden voorgelegd, waren de volgende:

Vraag 1:

Of de partiële splitsing van de familiale vennootschap waarbij de niet-bedrijfsgerelateerde onroerende goederen worden overgedragen aan een nieuw op te richten vennootschap, geen invloed zal hebben op de wijze waarop de 'a posteriori-controle' plaatsvindt, m.a.w. dat het vervullen van de voorwaarden voor het behoud van het gunsttarief louter zal worden beoordeeld in hoofde van de 'afgeslankte' familiale vennootschap.

Vraag 2:

Of de omdeling/vermindering van het eigen vermogen – waaronder het fiscaal gestort kapitaal – in het kader van de partiële splitsing ingevolge de toepassing van artikel 213 WIB 92 geen kapitaalvermindering door uitkering of terugbetaling uitmaakt (wat verboden is door art. 2.7.4.2.3 § 2 3° VCF).

Vlabel levert negatieve ruling af

Geen specifieke regeling voor partiële splitsing

M.b.t. de eerste vraag vertrekt Vlabel van de relevante passage uit de omzendbrief die betrekking heeft op reorganisaties: "In geval van splitsing of fusie in de drie jaren na de schenking of het overlijden zal de a posteriori controle op gelijkaardige wijze gebeuren. [D.w.z.] dat indien voor een vennootschap de gunstmaatregel werd genoten en deze vennootschap nadien gesplitst wordt in twee vennootschappen, elk van deze vennootschappen aan de voorwaarden zal dienen te blijven voldoen opdat de gunstmaatregel zou worden behouden."

In dit geval is echter geen sprake van een 'splitsing' maar van een 'partiële splitsing'. Daarom besluit Vlabel dat, aangezien de omzendbrief geen specifieke regels bevat voor het geval van een partiële splitsing, de voorwaarden voor het behoud van de gunstmaatregel enkel geëvalueerd moeten worden in hoofde van de partieel te splitsen familiale vennootschap (en dus niet in hoofde van de

familiale vennootschap en de naar aanleiding van de partiële splitsing nieuw op te richten vennootschap samen). Dat standpunt van Vlabel is in lijn met de stelling van de belastingplichtige.

Kapitaalvermindering

Het eigen vermogen (waaronder het fiscaal gestort kapitaal) van de familiale vennootschap zal door de partiële splitsing verminderen, evenredig met de fiscale nettowaarde van het vermogen dat naar de nieuw op te richten vennootschap wordt afgesplitst. Vlabel beschouwt zo'n afsplitsing van vermogen wel degelijk als een kapitaalvermindering "door uitkering" (art. 2.7.4.2.3 § 2 3° VCF). De wet zegt immers nergens onder welke vorm de uitkering moet gebeuren.

Dat doet Vlabel besluiten dat een partiële splitsing het behoud van het verlaagd tarief in het gedrang brengt. De kapitaalvermindering op het niveau van de familiale vennootschap die met de partiële splitsing gepaard gaat, zal dus belast worden tegen het normale tarief in de erfbelasting.

Bedenkingen bij de beoordeling van de voorwaarden

Zoals vermeld, zegt alleen de omzendbrief (kort) iets over de impact van reorganisaties op de voorwaarden voor het behoud van het gunstregime.

Het standpunt in de omzendbrief verschilt niet van het standpunt in de eerdere omzendbrief 2012/1 van 20 juli 2012. De bewoordingen in beide omzendbrieven, in het bijzonder de termen 'fusie en splitsing', lijken geïnspireerd te zijn op bewoordingen in het oude artikel 60bis, § 1, lid 4 VI. W.Succ. (de voorloper van het huidige gunstregime, dat voorzag in een vrijstelling van successierecht bij overdracht van familiale vennootschappen – wel in enigszins andere context).

Verder is het uiterst onwaarschijnlijk dat de decreetgever een onderscheid heeft willen instellen tussen splitsingen en partiële splitsingen. Zoals vermeld, zijn de in de omzendbrief opgenomen bewoordingen historisch te verklaren en hebben zij betrekking op alle mogelijke vormen van fusies en splitsingen. Die conclusie wordt nog versterkt door het feit dat de VCF nergens uitdrukkelijk naar een partiële splitsing verwijst.

Het feit dat de VCF niet naar een partiële splitsing verwijst, is bovendien logisch te verklaren. 'Partiële splitsing' als begrip staat immers ook niet in het Wetboek van Vennootschappen. Dat wetboek noemt, naast splitsingen, met splitsingen gelijkgestelde verrichtingen. Dat zijn splitsingen waarbij de te splitsen vennootschap niet ophoudt te bestaan en (dus slechts) een deel van het vermogen van de te splitsen vennootschap aan een bestaande en/of nieuw op te richten vennootschap wordt overgedragen. Het begrip 'partiële splitsing' is een creatie van de rechtsleer. Het komt daarom ook niet voor in het WIB (en de VCF), waar wel het begrip 'met splitsing gelijkgestelde verrichting' gebruikt wordt.

Wat er ook van zij, uit de parlementaire voorbereidingen bij de totstandkoming van het gunstregime en de omzendbrief kan afgeleid worden dat reorganisaties in principe het vervullen van de voorwaarden voor het behoud van het gunstregime niet in het gedrang brengen. De omzendbrief geeft een voorbeeld: een splitsing binnen drie jaar na de schenking of het overlijden heeft geen impact op de gunstmaatregel, als elk van de bij de splitsing betrokken vennootschappen aan de voorwaarden blijft voldoen.

Rekening houdend met het voorgaande gaat de stelling van de belastingplichtige dan ook geheel in tegen de ratio legis van het gunstregime.

Wij kunnen ons dan ook niet aansluiten bij de stelling van de belastingplichtige, daarin gevolgd door Vlabel. O.i. moest Vlabel op de eerste vraag antwoorden dat onderzocht moet worden of de voorwaarden voor het behoud van het gunstregime vervuld zijn in hoofde van de partieel te splitsen vennootschap én de nieuw op te richten vennootschap. Analoog dus aan de regeling bij splitsingen, zoals uiteengezet in de omzendbrief. Over de wijze waarop de voorwaarden dan effectief moeten worden beoordeeld, bestaat overigens onzekerheid, in het bijzonder over de reële-economische-activiteit-test (zie Fisc. Act. 2014, 25/1). De vraag is meer bepaald of we de voorwaarden 'geconsolideerd' mogen beoordelen (beide vennootschappen samen) of dat elke vennootschap apart de voorwaarden moet vervullen. Een geconsolideerde beoordeling zou o.i. eerder aansluiten bij de ratio legis van het gunstregime en gelijke behandeling bieden van herstructurerings (incl. splitsing/partiële splitsing).

Bedenkingen bij de 'kapitaalvermindering'

Zoals gezegd, onderscheidt een partiële splitsing zich van een splitsing door het feit dat een partiële splitsing niet leidt tot ontbinding (zonder vereffening) van de partieel te splitsen vennootschap. M.a.w. bij een partiële splitsing wordt slechts een deel van het vermogen overgedragen en blijft de partieel te splitsen vennootschap voor het overige verder bestaan. De aandeelhouders behouden hun aandelen in de partieel te splitsen vennootschap en ontvangen naar aanleiding van een partiële splitsing nieuwe aandelen in de verkrijgende vennootschap, als vergoeding voor het overgedragen vermogen.

Boekhoudkundig wordt een partiële splitsing verwerkt volgens het continuïteitsbeginsel. Dienovereenkomstig worden de actief- en passiefbestanddelen die worden overgedragen, in de boekhouding van de verkrijgende vennootschap opgenomen tegen de waarde waarvoor zij in de boekhouding van de partieel te splitsen vennootschap voorkwamen.

Het eigen vermogen van de partieel te splitsen vennootschap moet (op een bepaalde wijze) verdeeld worden tussen de partieel te splitsen vennootschap en de verkrijgende vennootschap, met dien verstande dat de optelsom van activa en passiva van beide vennootschappen gelijk zal zijn aan de activa en passiva van de partieel te splitsen vennootschap vóór de partiële splitsing.

De verdeling van het eigen vermogen heeft tot gevolg dat er op het niveau van de partieel te splitsen vennootschap strikt juridisch een kapitaalvermindering wordt doorgevoerd. Dat wordt ook in de regel als dusdanig in de akte m.b.t. de partiële splitsing verwerkt.

Het feit dat een partiële splitsing aanleiding geeft tot vermindering van het kapitaal van de partieel te splitsen vennootschap, doet Vlabel besluiten dat aan de voorwaarden van artikel 2.7.4.2.3, § 2, 3° VCF niet wordt voldaan. Dus is erfbelasting evenredig met de 'kapitaalvermindering' verschuldigd tegen het normale tarief.

Vlabel vindt dus dat ingevolge de partiële splitsing het kapitaal van de partieel te splitsen vennootschap daalt door uitkeringen of terugbetalingen. Als reden haalt de dienst daarvoor aan dat "nergens wordt bepaald onder welke vorm de uitkering dient te gebeuren", m.a.w. gelijk welke manier van 'uitkeren' zou onder de omschrijving in de wet vallen.

Die zienswijze is merkwaardig en weinig genuanceerd op een aantal punten.

Ten eerste is het zo dat de omzendbrief zich weinig bekommert om de voorwaarde van het kapitaalbehoud in geval van reorganisaties: hij bevat daarvoor geen uitdrukkelijke regeling. Dat strookt natuurlijk met de vermelde algemene filosofie dat reorganisaties in principe het behoud van het gunstregime niet in het gedrang brengen. Als Vlabel een andere mening toegedaan zou zijn, zou ook elke (zuivere) splitsing aanleiding geven tot verlies van het gunstregime. Want een splitsing lijkt een verder reikende impact te hebben voor het gunstregime dan een partiële splitsing aangezien de te splitsen vennootschap dan volledig ophoudt te bestaan.

Ten tweede kan de ingevolge een partiële splitsing doorgevoerde kapitaalvermindering niet worden gelijkgesteld met een kapitaalvermindering door terugbetaling of uitkering. Zoals gezegd, wordt het kapitaal ingevolge de partiële splitsing verdeeld tussen de partieel te splitsen vennootschap en de verkrijgende vennootschap. De partiële splitsing leidt dan ook boekhoudkundig niet tot enige uitkering noch terugbetaling aan de aandeelhouders.

Voor de goede orde: op het vlak van directe belastingen zou wel van een fictieve uitkering sprake kunnen zijn als de (partiële) splitsing niet belastingneutraal kan worden doorgevoerd. De omzendbrief lijkt daaraan echter weinig belang te hechten.

Gedurende drie jaar moet de familiale vennootschap over een voldoende buffer beschikken om haar activiteiten voor te zetten. Het kapitaal is bij een partiële splitsing echter volledig terug te vinden, deels bij de partieel te splitsen vennootschap en deels bij de verkrijgende vennootschap. Er verdwijnt dan ook geen kapitaal, waardoor de buffer niet wordt aangetast.

Samengevat: o.i. moet het antwoord op beide vragen van de belastingplichtige gewoon omgedraaid worden. Om te beoordelen of de voorwaarden vervuld zijn, moet men wel degelijk naar beide vennootschappen kijken. Er is geen reden om een partiële splitsing op dat punt anders te behandelen dan een (zuivere) splitsing. Of die conclusie voordelig of nadelig is voor de belastingplichtige, hangt af van de omstandigheden en ook van de manier waarop de voorwaarden effectief beoordeeld worden ('geconsolideerd' of niet – zie hoger). Als men beide vennootschappen samen mag bekijken, zou men kunnen zeggen dat er zeker geen sprake is van een kapitaalvermindering. En zelfs los daarvan gaat het niet om een kapitaalvermindering door uitkering of terugbetaling (aan de aandeelhouders). O.i. kan alvast die laatste voorwaarde dus geen aanleiding zijn om het gunstregime te weigeren in het geval van de rulingaanvrager. Maar Vlabel ziet dat blijkbaar anders ...

Gevolgen van de stelling van Vlabel

Als men de stelling van Vlabel over de beoordeling van de criteria zou volgen (dus dat men alleen naar de partieel gesplitste vennootschap moet kijken en niet naar de gesplitste en verkrijgende samen), brengt dat met zich mee dat men bij een partiële splitsing steeds rekening moet houden met de wijze waarop de partiële splitsing wordt doorgevoerd. Bij de familiale vennootschap moeten voldoende in aanmerking komende activiteiten achterblijven opdat die vennootschap blijft voldoen aan de voorwaarden van het gunstregime. We mogen immers van Vlabel geen rekening houden met de activiteiten die bij de verkrijgende vennootschap terechtkomen. Als er dus voor geopteerd zou worden om de onroerende goederen te behouden en de activiteiten af te splitsen, zou dat tot gevolg kunnen hebben dat de toepassing van het gunstregime volledig teniet gaat. De oorspronkelijke

familiale vennootschap heeft dan immers geen reële economische activiteit meer, waardoor zij niet meer in aanmerking komt.

Anderzijds heeft de ruling wel tot gevolg dat, als er onzekerheid over bestaat of men na de herstructurering (splitsing of partiële splitsing) in beide vennootschappen een van de vereiste activiteiten zal hebben – voorwaarde om het gunstregime te behouden –, men alsnog kan opteren voor een partiële splitsing. Want als een vennootschap recht geeft op de gunstmaatregel maar nadien (zuiver) gesplitst wordt in twee vennootschappen, moet volgens de omzendbrief “elk van deze vennootschappen aan de voorwaarden blijven voldoen opdat de gunstmaatregel zou worden behouden”. Maar op basis van deze ruling kan men, via een partiële splitsing, de impact van de herstructurering op het gunstregime beperken pro rata de ‘kapitaalvermindering’. Zoals al gezegd, moet men er daarbij dan zorg voor dragen dat de activiteit wordt behouden in de oorspronkelijke vennootschap.

Conclusie

Bovenstaande vaststellingen geven o.i. nogmaals aan dat deze ruling van Vlabel strijdig is met de ratio legis van de gunstregeling. Noch in de voorbereidende werken bij de huidige regeling, noch in de voorbereidende werken bij het oude artikel 60bis W.Succ. was sprake van een verschillende behandeling van partiële splitsingen en splitsingen. Louter op basis van een zeer strikte lezing van de omzendbrief ondergraaft Vlabel nu de neutrale behandeling van herstructureringen voor toepassing van het gunstregime.

Een onredelijk gevolg van de stelling is dat de partiële splitsing van een familiale vennootschap de facto aanleiding geeft tot erfbelasting, vanwege de ‘kapitaalvermindering’ – zelfs als de familiale vennootschap en de nieuw op te richten vennootschap beide nog steeds aan de voorwaarden van de gunstmaatregel voldoen. In zo'n scenario zou dan steeds voor een (zuivere) splitsing moeten worden gechopt, wat echter een meer verregaande vorm van herstructurering is.

Onnodig gezegd dat dit alles een zeer belangrijk aandachtspunt vormt als men overgaat tot herstructurering, eventueel gevolgd door een verkoop, van familiale vennootschappen. Zeker als de aandelen van de familiale vennootschap vererfd zijn onder toepassing van het verlaagde tarief in de erfbelasting (3 % of 7 %), kan de impact dermate ingrijpend zijn (tarieven tot 65 %) dat een eventuele naheffing de verkoop van de afgesplitste activa noodzakelijk maakt om de bijkomende heffing te kunnen betalen.

Ten slotte is het ook uitkijken naar de beoordeling van deze problematiek door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Daar is immers sinds kort ook een gunstregeling van toepassing die geïnspireerd is op de Vlaamse regeling (zie Fisc. Act. 2017, 4/8 en volgend nummer).

Eldar Mingalejev en Pieter Souffriau

Tiberghien Advocaten