

Een wetsontwerp waarop sinds 1990 wordt gewacht: de omzetting in Belgisch recht van de fiscale Fusierichtlijn

Jean-Marie Cougnon
Accountant-Belastingconsulent

“De tijd baart rozen”: dit gezegde kan perfect worden toegepast op het wetsontwerp dat op 24 juli 2008 bij de Kamer werd ingediend “houdende wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 teneinde het in overeenstemming te brengen met de richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE (Europese vennootschap) of een SCE (Europese coöperatieve vennootschap) van een lidstaat naar een andere lidstaat, gewijzigd bij de richtlijn 2005/19/EEG van de Raad van 17 februari 2005”.

De wijzigingsrichtlijn van 2005 diende voor sommige bepalingen uiterlijk op 1 januari 2006 en voor andere bepalingen uiterlijk op 1 januari 2007 omgezet te zijn. De Raad van State¹ betreurt het feit dat België deze termijnen niet

naleefde en bijgevolg door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen werd veroordeeld om de krachtens deze richtlijn op hem rustende verplichtingen niet te zijn nagekomen.² Daaraan zouden we kunnen toevoegen dat de voornaamste beginselen van de gewijzigde richtlijn reeds in de oorspronkelijke richtlijn waren vervat. Deze laatste, die vóór 1 januari 1992 moest worden omgezet, werd door de Wet van 28 juli 1992 alleen omgezet voor de inbrengen van bedrijfsafdelingen, onder het valse voorwendsel dat er geen richtlijn op het gebied van het vennootschapsrecht werd aangenomen.³ Inmiddels werd Richtlijn 2005/56/EG van 20 september 2005 betreffende de vennootschapsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen aangenomen en goedgekeurd.

Artikel 2, lid 2, van het ontwerp preciseert dat deze wet *mutatis mutandis* de bepalingen van deze nieuwe richtlijn

¹ Parl. St. Kamer, DOC 52, 1398/001, p. 79.

² Arrest van 8 mei 2007, zaak C-392/07.

³ Het wetgevend kader wordt uiteengezet in: J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale ‘Fusions’: état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l’UE*, Brussel, Bruylant, 2005, 41-44.

tot de zuiver binnenlandse verrichtingen uitbreidt en diverse andere verbeteringen aanbrengt. Dit is een loutere intentieverklaring zonder bindende kracht die in een wettekst duidelijk niet op haar plaats is.

Aandelenruil en meerwaarden op effecten

Natuurlijke personen

Eén van de “andere verbeteringen” in kwestie is de wijziging van artikel 90, 9° WIB, dat volgens de Raad van State helemaal niets te maken heeft met het onderwerp van het wetsontwerp. Het betreft het artikel krachtens hetwelk meerwaarden op belangrijke deelnemingen als diverse inkomsten worden aangemerkt. Er is sprake om aan deze categorie toe te voegen “de meerwaarden op aandelen die zijn gerealiseerd naar aanleiding van de overdracht onder bezwarende titel van die aandelen, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, indien ze geen verrichtingen van normaal beheer van een privévermogen zijn”.

De Raad van State⁴ meent dat deze toevoeging artikel 90, 1° dreigt te overlappen en tot gevolg zal hebben dat de belastinggrondslag wordt gewijzigd in sommige gevallen van overdracht van vennootschapsaandelen buiten de grenzen van het normale beheer van een privévermogen. Immers, wanneer een natuurlijke persoon onder bezwarende titel aandelen van een vennootschap overdraagt die hij niet met een speculatieve bedoeling met het oog op de verkoop ervan heeft verkregen, en de verrichting toch geacht wordt het normale beheer van een privévermogen te buiten te gaan, is het, volgens het arrest van het Hof van Cassatie van 30 november 2006, niet mogelijk om op basis van artikel 90, 1°, de meerwaarde te belasten die hij naar aanleiding van de overdracht heeft gerealiseerd.

In de Memorie van Toelichting⁵ wordt gesteld dat de opmerking van de Raad van State over het zogenaamde dubbel gebruik “ongegrond” is: moeten we daaruit niet afleiden dat, indien er geen dubbel gebruik is, er wel een nieuwe aanleiding tot belasting is?

Volgens het ontwerp gaat het erom “rekening te kunnen houden met de transparantie beoogd door de Fusierichtlijn”⁶, terwijl de Raad van State het beginsel van de kwalificatie van een inkomen als een belastbaar divers inkomen verwacht met de vaststelling van de belastbare grondslag.

En deze wordt wel degelijk gewijzigd, zoals blijkt uit de formulering:

- van het nieuwe artikel 95 WIB, volgens hetwelk “de gerealiseerde meerwaarde (...) gelijk is aan het verschil tussen de werkelijke waarde van de ontvangen aandelen en de aanschaffingswaarde van de oorspronkelijk gehouden aandelen”;
- het nieuwe artikel 96 WIB, volgens hetwelk “op aandelen die naar aanleiding van een fusie, een splitsing, een met fusie of splitsing gelijkgestelde verrichting of een aanneming van een andere rechtsvorm, in ruil zijn ontvangen, artikel 90, 9° wordt toegepast alsof de ruiling niet had plaatsgevonden, en zulks voor zover de in artikel 95 bedoelde tijdelijke vrijstelling van toepassing is.”⁷

Volgens het ontwerp “heeft de wijziging niet tot doel enige meerwaarde belastbaar te stellen die niet thans reeds eventueel belastbaar zou zijn op grond van artikel 90, 1°”.⁸

Alleen met de opmerking inzake de eventuele terugwerkende kracht van de toevoeging wordt rekening gehouden: dienaangaande zal de wet van toepassing zijn vanaf de dag van bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*.

Een andere wijziging van artikel 90, 9° is de aanpassing gedaan op bevel van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak-*De Baeck*.⁹ In het onderdeel van het artikel betreffende de belasting van de meerwaarden op belangrijke deelnemingen, zal voortaan een uitzondering worden voorzien voor overdrachten aan rechtspersonen (niet-inwoners) waarvan de maatschappelijke zetel, de voornaamste inrichting of de zetel van bestuur of beheer in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte is gevestigd.

⁴ O.c., 82.

⁵ Voor een bespreking van de artikelen, zie *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 28.

⁶ O.c., 29.

⁷ En inzonderheid indien de bij dit artikel voorziene voorwaarden inzake het behoud van de vrijstelling zijn nageleefd.

⁸ Voor een bespreking van de artikelen, zie *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 27.

⁹ Beschikking van 8 juni 2004, C-268/03. Zie dienaangaande: J.-M. Cougnon, o.c., 194 e.v.

De nieuwe tekst beperkt de vrijstelling van meerwaarden tot verrichtingen waarin sprake is van aandelenruilen

In ons werk¹⁰ schreven wij: “De belastingplichtigen – natuurlijke personen die aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 90, 9° WIB 1992 voldoen (belasting als diverse inkomsten van de meerwaarden gerealiseerd naar aanleiding van de overdracht onder bezwarende titel, buiten de uitoefening van de beroepswerkzaamheid, aan een niet inwonende rechtspersoon van aandelen die een belangrijke deelneming uitmaken) ontsnappen slechts aan deze belasting bij ruiling van aandelen in vennootschappen die een fusie aangaan, die zich splitsen of een andere rechtsvorm aannemen, tegen aandelen in de overnemende, verkrijgende of uit de omzetting ontstane vennootschappen” (artikel 95 WIB 92). Maar jammer genoeg verwijst de tekst van artikel 95 niet naar de eigenlijke aandelenruil zoals gedefinieerd in artikel 2, d) van de richtlijn. Door deze leemte is er een onverenigbaarheid met de richtlijn ontstaan”.

Het wetsontwerp wil aan deze leemte tegemoetkomen. Het wijzigt artikel 95, dat geen uitzondering op artikel 90, 9° vormde, slechts voor het geval van aandelen in vennootschappen die een fusie aangaan, zich splitsen of een andere rechtsvorm aannemen. De nieuwe tekst wekt nochtans enige verwondering, want hij beoogt thans wel degelijk uitdrukkelijk het geval van aandelenruilen zoals gedefinieerd in artikel 2, d, van de richtlijn.¹¹ Hij lijkt de vrijstelling van de meerwaarden (ook deze in geval van fusie, splitsing, gelijkgestelde verrichtingen of omvorming) te beperken tot verrichtingen waarin sprake is van “aandelenruilen” in de zin van

de richtlijn.¹² In de zin van de richtlijn is er echter alleen sprake van “aandelenruil” bij inbrengen van aandelen.

Artikel 95 wordt ook aangevuld met een voorwaarde inzake de naleving van het nieuwe artikel 183bis WIB. In dit artikel is de zogenaamde “antimisbruikbepaling” ingeschreven, die analoog artikel 11.1.a van de richtlijn geformuleerd is. Tevens wordt de belastingplichtige een verplichting opgelegd: hij moet met name, tot staving van zijn aangiften in de personenbelasting, het bewijs leveren dat hij de betrokken aandelen nog in zijn bezit heeft en dat ze niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een gehele of gedeeltelijke terugbetaling (dit laatste deel van de bewijslast is niets anders dan een negatief bewijs).

Hoewel de ruil vrijgesteld is in het kader van het normaal beheer van het privévermogen van natuurlijke personen, zal het gestort kapitaal geacht worden overeen te stemmen met de werkelijke waarde van de ingebrachte aandelen in de mate dat de inbreng wordt vergoed in aandelen (art. 184, 4de lid, in ontwerp).¹³

Vennootschappen

Artikel 45 § 1 WIB, dat de meerwaarden op aandelen naar aanleiding van fiscaal neutrale verrichtingen vrijstelt, zal geen melding meer maken van aandelen “in binnenlandse vennootschappen of in vennootschappen die hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer in een andere lidstaat van de Europese Gemeenschappen hebben” maar wel van aandelen van “intra-Europese vennootschappen”, geïdentificeerd in artikel 2 § 1, 5°, b)bis bij verwijzing naar artikel 3 van de richtlijn.

Dit artikel zal ook uitdrukkelijk worden uitgebreid tot aandelenruilen in de zin van de richtlijn, met, zoals door de richtlijn bepaald, de precisering dat geen opleg in geld mag plaatsvinden die meer bedraagt dan 10 % van de nominale waarde, of bij gebreke aan nominale waarde, van de fractiewaarde van de nieuw uitgegeven aandelen. De aandacht wordt erop gevestigd¹⁴ dat de meerwaarde niet wordt vrijge-

¹⁰ O.c., 271.

¹¹ Het betreft de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt, waardoor zij een meerderheid van stemmen in die vennootschap krijgt, of waardoor zij, indien zij reeds over een meerderheid beschikt, haar deelneming vergroot.

¹² Bovendien is er in de Franse tekst eigenaardig genoeg sprake van de inbreng van *nieuwe* aandelen of deelbewijzen.

¹³ Voor een bespreking van de artikelen, zie *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 31.

¹⁴ Voor een bespreking van de artikelen, o.c., 24.

steld bij overdrachten die niet met aandelen worden vergoed, zelfs indien de grens van 10 % niet wordt overschreden.

Artikel 45 § 1 zal ook worden aangevuld met een voorwaarde inzake de naleving van het nieuwe artikel 183*bis* WIB (antimisbruikbepaling), die in de huidige tekst niet voorkomt, tenzij onder de vorm van een algemene verwijzing naar artikel 211 § 1 (voor fusies).

Het huidige artikel 192 § 1 WIB sluit de in artikel 45 § 1, lid 1 beoogde meerwaarden (zijnde de meerwaarden die worden behaald of vastgesteld naar aanleiding van fusie, splitsing, gelijkgestelde verrichting of omvorming) uit, uit de normale algemene regeling inzake definitieve en onvoorwaardelijke vrijstelling van de meerwaarden gerealiseerd op aandelen. Dienaangaande brengt het ontwerp een precisering aan: de uitsluiting uit het algemeen stelsel zal nog slechts betrekking hebben op één van de twee voortaan door artikel 45 § 1 beoogde gevallen, met name (zoals momenteel trouwens al het geval is voor) fusies, splitsingen, gelijkgestelde verrichtingen en omvormingen. Het ontwerp heeft ervoor gekozen om meerwaarden bij aandelenruil onder het algemeen stelsel van artikel 192 te laten vallen. Er moet nochtans op een belangrijk verschil worden gewezen, want er werd een nieuw derde lid toegevoegd dat bepaalt dat voor de meerwaarden gerealiseerd op aandelen of delen verkregen in ruil ten gevolge van een aandelenruil, de vrijstelling beperkt is tot het verschil tussen de vervreemdingsprijs en de werkelijke waarde van de aandelen of delen op het ogenblik van de inbrengverrichting. Bij ruil gaat het dus niet om een definitieve vrijstelling, aangezien de eventuele latere realisatie van de in ruil ontvangen meerwaarden zal worden beperkt tot de meerwaarde aangegroeid na de aandelenruil.¹⁵

In de Bespreking van de artikelen¹⁶ wordt ook aangegeven dat “door de invoeging van de aandelenruil, de aanvullende bepalingen vervat in artikel 190 ook van toepassing worden op de meerwaarde gerealiseerd bij aandelenruil”. Deze passage doet uitschijnen dat de “onaantastbaarheidsvoorwaarde” betrekking zou hebben op vrijgestelde aandelenruilen, hetgeen niet correct is. Aangezien de meerwaarden gerealiseerd op aandelenruilen, zoals we hebben gezien, onder artikel 192 zijn opgenomen, heeft artikel 190 er geen betrekking op, maar de regering vermeldt gevallen waarin wel een

meerwaarde wordt geboekt naar aanleiding van een aandelenruil¹⁷ (in tegenspraak met de boekhoudkundige continuïteit¹⁸): dan kan deze slechts worden vrijgesteld mits naleving van de onaantastbaarheidsvoorwaarde.

Is dergelijke voorwaarde in overeenstemming met artikel 8.1 van de richtlijn, dat bepaalt dat, indien bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil effecten van de ontvangende of de verwervende vennootschap worden toegekend aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap, in ruil voor effecten van deze laatste vennootschap, dit op zich niet tot enigerlei belastingheffing mag leiden? Volgens de regering wel. Daartoe roept ze artikel 8.4 van de richtlijn in (dat van art. 8.1 afwijkt indien de deelgerechtigde aan de in ruil ontvangen bewijzen een hogere waarde toekent dan de waarde die de geruilde bewijzen vóór de verrichting hadden) en schrijft dat “het stellen van de onaantastbaarheidsvoorwaarde niet strijdig is omdat de betrokken belastingplichtige zelf de fiscale waarde van de ingebrachte aandelen niet overneemt in de nieuw verkregen aandelen”.

In de toekomst zal geen rekening worden gehouden met de werkelijke waarde die hoger is dan de waarde onmiddellijk vóór de verrichting

Deze rechtvaardiging is slechts correct indien de betrokken belastingplichtige op de waarde van de in ruil verkregen aandelen een *step up* geniet (hetgeen niet het geval is), waardoor in de toekomst, als fiscale waarde, rekening wordt gehouden met een werkelijke waarde die hoger is dan de waarde onmiddellijk vóór de verrichting.

Het onderscheid tussen een “inbreng van aandelen waarvoor de meerwaarden zijn vrijgesteld” (als aandelenruil in de

¹⁵ O.c., 35.

¹⁶ O.c., 34.

¹⁷ O.c., 35.

¹⁸ Ingeschreven in art. 78, § 2, KB tot uitvoering van het W.Venn. Zie J.-M. Cougnon, o.c., 81 e.v.

zin van de richtlijn) en de “andere gevallen” (nl. inbrengen van aandelen zonder vrijstelling) zal ook een weerslag hebben op de vorming van het fiscaal gestort kapitaal. Indien de ruil wordt vrijgesteld (in toepassing van art. 45, § 1, lid 1, 2° in ontwerp) is er sprake van fiscale neutraliteit: het gestort kapitaal naar aanleiding van de uitgifte van nieuwe aandelen zal bij de inbrenger gelijk zijn aan de aanschaffingswaarde van de ingebrachte aandelen. Indien de ruil vrijgesteld is op grond van het algemeen stelsel van artikel 192, wordt het gestort kapitaal geacht overeen te stemmen met de werkelijke waarde van de ingebrachte aandelen in de mate dat de inbreng wordt vergoed in aandelen (art. 184, lid 3 en 4, in ontwerp).

Recupereerbare verliezen

Ook hier betreft het wijzigingen die niet door de richtlijn zijn vereist.

In ons werk schreven wij¹⁹: “Artikel 6 van de richtlijn voert een beginsel in inzake de non-discriminatie tussen nationale en transnationale verrichtingen. Het belet een lidstaat niet om de overdracht van de verliezen van de inbrengende vennootschap te beperken. Wel is het zo dat de richtlijn de beperking van de recuperatie van de verliezen van de overnemende of verkrijgende vennootschap, niet uitdrukkelijk toestaat. Gelet op de eis van de richtlijn dat de lidstaten transnationale verrichtingen even gunstig moeten behandelen als interne verrichtingen, en niet dat ze de volledige fiscale neutraliteit van de verrichting moeten verzekeren, kunnen we in deze omstandigheid geen indicatie zien dat artikel 206, § 2, 1° WIB 1992 strijdig zou zijn met de richtlijn”.

In het ontwerp²⁰ wordt bevestigd dat “vorige beroepsverliezen in het kader van grensoverschrijdende verrichtingen die onder de richtlijn vallen, een zelfde behandeling moeten kennen als de vorige beroepsverliezen in het kader van loutere Belgische verrichtingen”.

Het intern fiscaal recht werd aangevuld door er uitdrukkelijk de regel van de *recapture* van de in een land “met verdrag” geleden verliezen in op te nemen, dat momenteel in

veel dubbelbelastingverdragen is ingeschreven.²¹ Volgens de Memorie van Toelichting²² is dergelijke *recapture*bepaling enkel vereist voor verliezen geleden in verdragslanden omdat zich daar het probleem van de dubbele verliesaftrek gecombineerd met één heffingsbevoegdheid stelt.

Afgetrokken buitenlandse verliezen worden in de in België belastbare winst gere-integreerd

In het WIB zal uitdrukkelijk worden voorzien dat de aftrek van de Belgische binnen buitenlandse (in een land “met verdrag” gevestigde) inrichtingen opgelopen vorige beroepsverliezen slechts mogelijk is voor zover de vennootschap, op verzoek van de belasting vaststellende ambtenaar, aantoont (wellicht door overlegging van de buitenlandse belastingberekeningen voor de relevante belastbare tijdperken) dat deze verliezen niet in het buitenland in aftrek zijn genomen. Werden in enig belastbaar tijdperk buitenlandse verliezen van de Belgische winsten afgetrokken, dan worden deze afgetrokken bedragen in de in België belastbare winst gere-integreerd, en dit voor het belastbaar tijdperk voor hetwelk de vennootschap niet langer kan aantonen dat geen dergelijke buitenlandse aanrekening plaatsvond.²³

Dit beginsel zal positief worden geformuleerd in artikel 206, § 1, lid 2 in ontwerp (“*de verrekening (...) vindt slechts plaats op voorwaarde dat de vennootschap aantoont dat (...)*”) en negatief in artikel 185, § 3 in ontwerp (“*het bedrag van de beroepsverliezen (...) blijft buiten aanmerking (...) tenzij voor wat betreft het proportioneel gedeelte van deze verliezen waarvoor de vennootschap aantoont dat dit niet is afgetrokken van belastbare winsten van deze inrichting (...)*”).

²¹ Bijvoorbeeld: Frans-Belgisch verdrag, art. 19 A, 3: “de Belgische belastingen mogen worden geheven van inkomsten, waarvan de belastingheffing aan Frankrijk is toegekend in de mate dat deze inkomsten in Frankrijk niet werden belast omdat zij er werden gecompenseerd met verliezen die voor enigerlei dienstjaar ook van de in België belastbare inkomsten werden afgetrokken”.

²² Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 10.

²³ Bespreking van de artikelen, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 36.

¹⁹ *O.c.*, 269-270.

²⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 9.

Het doel is bijvoorbeeld de aftrek uit te sluiten in het jaar waarin dit buitenlands verlies wordt geleden, indien er een dadelijke aftrek in het buitenland plaatsvindt, bijvoorbeeld onder de toepassing van een buitenlands regime van *carry back* (aftrek van belastbare winsten van voorgaande jaren) of indien op het ogenblik dat hij ten opzichte van Belgische winsten aan de orde is, de geleden verliezen reeds in het buitenland van latere winsten werden afgetrokken. Aan de in België belastbare winst, wordt het bedrag van de buitenlandse verliezen dat tevoren van Belgische winsten werd afgetrokken toegevoegd.²⁴

We kunnen slechts betreuren dat in beide formuleringen een negatief bewijs wordt geëist

De vraag rijst waarom eenzelfde beginsel op twee verschillende plaatsen in andere bewoordingen moet worden geformuleerd. We kunnen slechts betreuren dat in beide formuleringen een negatief bewijs wordt geëist:

- ofwel dat de verliezen niet werden afgetrokken van de belastbare winst van de inrichting in de staat van vestiging, noch gecompenseerd met in België vrijgestelde winst van andere buitenlandse inrichtingen van de vennootschap;
- ofwel dat de verliezen niet (uitsluitend) werden afgetrokken van de winst van de buitenlandse inrichting;

en zulks niettegenstaande in de Bespreking van de artikelen²⁵ wordt bevestigd dat de aan de vennootschap opgelegde bewijslast geen negatief bewijs vereist.

De regels inzake de verrekening van vorige verliezen bij belastingvrije herstructureringsverrichtingen worden aangevuld tot het behoud:

- van de vóór de verrichting binnen een Belgische inrichting aanwezige geleden verliezen, ingeval het een overneming of verkrijging door een intra-Europese vennoot-

schap betreft, of in het geval van een zetelverplaatsing van een SE of een SCE naar een andere lidstaat van de EU;

- van de vóór de verrichting binnen de Belgische inrichting aanwezige verliezen ingeval een binnenlandse vennootschap een intra-Europese vennootschap overneemt of verkrijgt of in geval van een zeteloverdracht naar België.²⁶

De wijzigingen komen voor in artikel 206 § 2 (uitbreiding van de regelgeving bij fusies, splitsingen of gelijkgestelde verrichtingen waarbij een intra-Europese vennootschap de overgenomen of gesplitste vennootschap is en bij inbrengen van Belgische inrichtingen door een intra-Europese vennootschap aan een binnenlandse vennootschap) en in artikel 240bis (nieuw artikel voor fusies, splitsingen en gelijkgestelde verrichtingen waarbij een intra-Europese vennootschap de overnemende of verkrijgende vennootschap is en bij inbrengen van Belgische inrichtingen door een intra-Europese vennootschap aan een andere intra-Europese vennootschap).

Bij gebrek aan enige band met België kunnen de vóór de verrichting geleden buitenlandse verliezen van een overgenomen intra-Europese vennootschap niet worden afgetrokken van de winst van de vennootschap na de verrichting. Bovendien wordt elk misverstand uit de weg geruimd in verband met de interpretatie van de regels wanneer de fiscale nettowaarde van één van de betrokken vennootschappen negatief of nul is: een negatieve waarde zal als nul worden beschouwd.²⁷

De in het bovenstaande voorlaatste lid bedoelde regelgeving omvat verschillende luiken:

- de verhouding om de mate van aftrek van de verliezen van de overnemende of verkrijgende vennootschap te bepalen, gebaseerd op het fiscaal nettoactief van de vennootschap vóór de verrichting, wordt ook gebruikt als de overgenomen of gesplitste vennootschap een intra-Europese vennootschap is (art. 206 § 2, lid 1 en 3);
- hetzelfde geldt om de mate van aftrek te bepalen van de verliezen van de vennootschap die een inbreng van een bedrijfsafdeling of een algemeenheid van goederen die een Belgische inrichting of in België gevestigde bestand-

²⁴ Memorie van toelichting, in o.c., 10.

²⁵ Bespreking van de artikelen, o.c., 34.

²⁶ Memorie van toelichting, o.c., 11.

²⁷ Bespreking van de artikelen, o.c., 37. Art. 184ter § 3, in ontwerp, bevestigt het standpunt van de administratie.

delen bevatten: de verhouding gebaseerd op het fiscaal nettoactief van de inbrengverkkrijgende vennootschap vóór de verrichting wordt ook gebruikt als de inbrengende vennootschap een intra-Europese vennootschap is (art. 206 § 2, lid 1 en 5);

- er geldt een analoge regel voor de verliezen geleden door de Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap die haar maatschappelijke zetel, haar voornaamste inrichting of haar zetel van bestuur of beheer naar België overbrengt: de verhouding is ook gebaseerd op het fiscaal nettoactief van die Belgische inrichting (art. 206 § 3, in ontwerp);
- wanneer de overnemende of verkrijgende vennootschap een intra-Europese vennootschap is, blijven de vorige verliezen van haar Belgische inrichting aftrekbaar in volgende verhouding: FNW (fiscale nettowaarde) van die inrichting vóór de verrichting / FNW van de inrichting + FNW van de ingebrachte of overgenomen bestanddelen en in de inrichting aangehouden bestanddelen (art. 240bis § 1, 1°, in ontwerp);
- de verhouding om de mate van aftrek van de verliezen van de overgenomen of gesplitste vennootschap te bepalen, gebaseerd op het fiscaal nettoactief van de overgenomen bestanddelen vóór de verrichting, wordt ook gebruikt als de overgenomen of gesplitste vennootschap een intra-Europese vennootschap is, maar wordt beperkt tot de verliezen en het actief van de Belgische inrichting (art. 206 § 2, lid 2 en 6);
- wanneer de overnemende of verkrijgende vennootschap een intra-Europese vennootschap is, blijven de vorige verliezen van een overgenomen of gesplitste binnenlandse vennootschap, of wanneer de overgenomen of gesplitste vennootschap intra-Europees is die van haar Belgische inrichting, aftrekbaar bij de Belgische inrichting van de overnemende of verkrijgende vennootschap in volgende verhouding: FNW (fiscale nettowaarde) van de verkregen of overgenomen bestanddelen vóór de verrichting / FNW van de overnemende inrichting + FNW van de verkregen of overgenomen en in de inrichting aangehouden bestanddelen (art. 240bis § 1, 2°, in ontwerp).

Louter Belgische fusies, splitsingen en gelijkgestelde verrichtingen

De auteurs van het ontwerp hebben ervoor gekozen om de eenvormigheid te voorzien tussen de bepalingen die louter Belgische verrichtingen betreffen en de bepalingen die intra-Europese grensoverschrijdende verrichtingen betreffen. Er geldt dus geen afzonderlijke of bijkomende fiscale regeling voor de intra-Europese grensoverschrijdende verrichtingen.²⁸

Op twee gebieden werd echter een inhoudelijke wijziging aangebracht die een weerslag heeft op louter Belgische verrichtingen.

Moeder-dochterfusie

Dergelijke verrichtingen worden gekenmerkt door de vermindering van eigen vermogensbestanddelen van de dochteronderneming, in de mate van het verdwijnen van de aandelen van de dochter die de moeder bezat. Om te verhinderen dat vrijgestelde reserves worden weggewerkt zonder belastingheffing, worden ze thans belast in de mate dat de vermindering van de eigen vermogensbestanddelen van de dochter wordt aangerekend op haar vrijgestelde reserves.

“In zover de inbrengen niet worden vergoed omdat de overnemende of verkrijgende vennootschappen in het bezit zijn van aandelen van de overgenomen of gesplitste vennootschap wordt, in afwijking van het tweede lid, de vermindering verhoudingsgewijs aangerekend op het gestorte kapitaal en de reserves, waarbij de vermindering van de reserves bij voorrang op de belaste reserves wordt aangerekend (artikel 211, § 2, lid 3, WIB). Dergelijke verdwijning wordt gelijkgesteld met een dividenduitkering, in de mate ze betrekking heeft op belaste reserves of op vrijgestelde reserves, andere dan louter uitgedrukte meerwaarden en meerwaarden onderworpen aan de gespreide belasting van artikel 47, hetgeen in feite resulteert in een effectieve belasting in de vennootschapsbelasting van het dividend dat afgenomen wordt van de vrijgestelde reserves, andere dan louter uitgedrukte en gespreid te belasten meerwaarden (ar-

²⁸ Memorie van toelichting, in o.c., 1 en 11. We stelden reeds dat het onaanvaardbaar is dat een grensoverschrijdende herstructurering anders, of zelfs gunstiger, wordt behandeld dan een nationale verrichting. Zie J.-M. Coughon, o.c., 45-47.

tikel 211, § 1, 2°, *a contrario*, WIB)²⁹. De schending van artikel 5 van de richtlijn, dat de reserves die met belastingvrijstelling zijn gevormd beoogt, is duidelijk.³⁰

In de Bespreking van de artikelen³¹ wordt gesteld dat “een alternatieve benadering werd uitgewerkt, aangezien de tekst van de richtlijn in artikel 5 voorziet in een in te voeren regime van doorschuiving van de vrijgestelde reserves naar de vaste inrichting die achterblijft na een verrichting, en dit zonder enig onderscheid tussen de situatie of de overgenomen of gesplitste vennootschap en de overnemende of verkrijgende vennootschap al dan niet een moeder-dochterverhouding kennen”. We onderstrepen dat het gevaar op strijdigheid alleen in een moeder-dochterrelatie bestaat. Voorts wordt opgemerkt dat de kenmerkende invoeging in artikel 211 § 1, lid 1, 2° werd gedaan. Daar wordt bepaald dat “belastingheffing ingevolge artikel 209 achterwege blijft in de mate dat, of in de gevallen (waarin de overnemende of verkrijgende vennootschappen aandelen van de overgenomen of gesplitste vennootschap bezitten), de eerste de vrijgestelde reserves van de tweede die niet zijn verbonden aan een buitenlandse inrichting van deze vennootschap gelegen in een Staat waarmee België een overeenkomst ter vermijding van de dubbele belasting heeft ondertekend, overnemen³²”.

De wijze waarop deze overname moet geschieden, wordt door de tekst niet gepreciseerd. Aan de overnamevoorwaarde (de Bespreking van de artikelen heeft het hier over on-aantastbaarheid, zoals de door art. 190 geëiste voorwaarde) kan worden voldaan door een vrijgestelde reserve aan te leggen (via het debet van een resultatenrekening). De voorwaarde is ook vervuld wanneer de vrijgestelde reserves in een afzonderlijke subrekening van het kapitaal wordt opgenomen, tegen de vorming, voor eenzelfde bedrag, van een negatieve in het kapitaal opgenomen belaste reserve.³³

In twee gevallen zal belasting plaatsvinden:

- bij een opleg in geld aangerekend op de vrijgestelde reserves;
- de overnemende of verkrijgende vennootschap is een intra-Europese vennootschap en de ingebrachte bestanddelen worden niet in een Belgische inrichting aangehouden.

De overname van de vrijgestelde reserves bij splitsing of gelijkgestelde verrichtingen wordt geregeld in lid 2 en 3 in ontwerp van artikel 211 § 1, door een afwijking te voorzien voor het geval de fiscale nettowaarde van de gesplitste vennootschap nul is.

In artikel 212, lid 1, worden aan de lijst van de bestanddelen die bij de overnemende of verkrijgende vennootschap in aanmerking moeten worden genomen alsof de fusie of splitsing nooit had plaatsgevonden, het belastingkrediet voor onderzoek en ontwikkeling en de aftrek voor risicokapitaal toegevoegd.

“Op de meerwaarde die wordt gerealiseerd op de door de overnemende vennootschap aangehouden effecten van de overgenomen vennootschap, die volledig, definitief en zonder mogelijkheid tot afwijking zou moeten worden vrijgesteld, wanneer het een deelneming van ten minste (...) 15 % (vanaf 1 januari 2009: 10 %) betreft, kan het stelsel van de definitief belaste inkomsten (DBI) worden toegepast, waarbij de aftrek is begrepen tussen nul en 95 % (artikel 204 WIB 1992), en zelfs nul kan bedragen indien er geen belastbare grondslag is of indien de belastbare grondslag ontoereikend is”.³⁴ Dienaangaande zullen de artikelen 202 § 2 en 204, lid 2, worden gewijzigd, teneinde tegemoet te komen aan de door de richtlijn vereiste volledige vrijstelling van het positieve verschil bij een moederonderneming die, bij een (al dan niet grensoverschrijdende) fusie of splitsing, het nettovermogen (of nettovermogensbestanddelen) van haar dochteronderneming verkrijgt.³⁵

²⁹ J.-M. Cougnon, *o.c.*, 265 en 266.

³⁰ *O.c.*, 87.

³¹ Bespreking van de artikelen, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 39.

³² Dienaangaande zou het onzes inziens volstaan dat de tekst een “in het buitenland gelegen inrichting” beoogt.

³³ Bespreking van de artikelen, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 39 en 40. In de Wet van 22 december 1998 werd de belastingplichtigen reeds dezelfde keuze gelaten voor de louter Belgische verrichtingen: zie J.-M. Cougnon, *o.c.*, 108-117.

³⁴ J.-M. Cougnon, *o.c.*, 270.

³⁵ Bespreking van de artikelen, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 36.

Antimisbruikbepaling

Uit het algemene stelsel van de richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in zijn arrest-*Leur-Bloem*³⁶, blijkt dat de neutraliteit de regel is en dat de lidstaten de toepassing van dit beginsel enkel mogen weigeren indien de verrichting als hoofddoel of één van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.

Zelfs het Hof van Cassatie erkende dat het aan de fiscus is het tegenovergestelde te bewijzen

Derhalve dienen de belastingautoriteiten te bewijzen dat het doel van de belastingplichtige belastingontduiking of -ontwijking was en dat er geen geldige economische motieven aanwezig waren. Zelfs het Hof van Cassatie erkende in een arrest van 13 december 2007 dat de verrichting wordt geacht op grond van zakelijke overwegingen te hebben plaatsgevonden en het aan de overheid staat het tegenovergestelde te bewijzen.

De opmerking in de Memorie van Toelichting³⁷ dat “de belastingplichtige dus het bewijs kan leveren dat de verrichting niet als hoofddoel of één der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft” is niet in tegenspraak met het voorafgaande, want het geldt enkel voor het tweede deel van artikel 183*bis* in ontwerp, dat een vermoeden instelt in het geval van een verrichting die niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen.

Grensoverschrijdende fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting waarbij een binnenlandse vennootschap wordt overgenomen of gesplitst

De eerste voorwaarde van artikel 211 § 1, lid 4, werd gewijzigd: om toepassing van de fiscale neutraliteit te kunnen maken, moet de overnemende of verkrijgende vennootschap een binnenlandse of een intra-Europese vennootschap zijn.

Dezelfde verminderingen van de fiscale eigen vermogensbestanddelen zullen worden toegepast als in geval van de toekenning van een opleg in geld (art. 211 § 2, lid 1 en 2), voor zover, in geval van overneming of verkrijging door een intra-Europese vennootschap, de ten gevolge van de verrichting overgenomen of verkregen bestanddelen niet aangewend worden binnen een inrichting waarover de overnemende of verkrijgende vennootschap in België, al dan niet ten gevolge van deze verrichting, beschikt, of niet bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten van deze inrichting die in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de belastinggrondslag (art. 211 § 2, lid 6).

Artikel 228 § 2 wordt aangevuld met een 3°*bis* dat aan de in de BNI/Ven. belastbare inkomsten toevoegt:

- de afnamen van de binnen de Belgische inrichting aanwezige vrijgestelde reserves, evenals van de vrijgestelde reserves voor zover deze naar aanleiding van de zetelverplaatsing van een buitenlandse vennootschap naar België niet worden overgenomen door de ten gevolge van de zetelverplaatsing binnenlands geworden vennootschap;
- elke meerwaarde of minderwaarde vastgesteld naar aanleiding van de onttrekking door de maatschappelijke zetel uit het vermogen van de inrichting van bestanddelen die niet binnen de inrichting behouden blijven.³⁸

³⁶ Arrest van 17 juli 1997, C-28/95. Zie aangaande dit arrest en de hier behandelde problematiek: J.-M. Cougnon, o.c., 19-23.

³⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 15.

³⁸ Deze bepaling bevat een nodeloze herhaling en stelt minderwaarden gelijk met winst.

Artikel 229 § 4, lid 1, definieert gedetailleerd de eigen vermogensbestanddelen van een Belgische inrichting: het “pseudo-eigen vermogen” van de inrichting³⁹, dat bestaat uit vrijgestelde reserves, belaste reserves en de ter beschikking gestelde kapitaaldotatie. Lid 2 stelt dat “het eigen vermogen van een Belgische inrichting wordt *vermindert* met het bedrag aan ten name van de maatschappelijke zetel ontleende middelen met betrekking tot dewelke de interesten ten laste van het belastbaar resultaat van de Belgische inrichting worden gelegd”. Deze bepaling moet waarschijnlijk aldus worden gelezen dat de genoemde ontleende middelen niet in aanmerking worden genomen als eigen vermogen van een Belgische inrichting.

Afschrijvingen zijn slechts aftrekbaar in de mate waarin de boekwaarde lager is dan de fiscale waarde

Artikel 229 § 4, leden 4 en 5 in ontwerp, behandelen de bestanddelen van het eigen vermogen van een Belgische inrichting. Een onderscheid wordt gemaakt tussen belaste en vrijgestelde verrichtingen. Voor de eerste is de werkelijke nettowaarde van het ontvangen vermogen (die overeenstemt met de werkelijke waarde die de ingebrachte bestanddelen in de overgenomen of gesplitste vennootschap op de dag van de verrichting hadden) bepalend. Voor de tweede worden de vrijgestelde of belaste reserves van de overgenomen of gesplitste binnenlandse vennootschap die in de totale nettowaarde van de Belgische inrichting worden teruggevonden, in aanmerking genomen. In hetzelfde geval van een vrijgestelde verrichting worden in lid 5 de diverse bestanddelen opgesomd die bepaald worden alsof de verrichting niet had plaatsgevonden.

³⁹ Bespreking van de artikelen, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 43. Het doel is de ontwikkeling van het eigen vermogen te kunnen opvolgen wanneer dit, bijvoorbeeld na grensoverschrijdende fusie met oprichting van een Belgische inrichting, opnieuw ingelijfd wordt in een binnenlandse vennootschap (*ibid.*).

De in lid 6 vervatte verminderingsregels komen overeen⁴⁰ met het huidige artikel 211, lid 2, voor de binnenlandse verrichtingen.

Het 8ste en 9de lid zijn het spiegelbeeld van het 2de en 3de lid van artikel 212 voor de louter Belgische verrichtingen.

In de rubriek *Vorige verliezen*, laatste lid, 4de en 6de gedachtestreep (art. 240bis in ontwerp) hebben we reeds gezien op de effecten van de verrichting op de vorige verliezen, en zowel deze van de Belgische inrichting die aanwezig waren in de overnemende vennootschap als deze van de overgenomen of gesplitste vennootschap. Indien de overnemende of verkrijgende intra-Europese vennootschap vóór de verrichting geen Belgische inrichting bezat, zullen de verliezen van de overgenomen vennootschap (bij fusie) in de naar aanleiding van de fusie opgerichte Belgische inrichting behouden blijven. Bij splitsing geldt hetzelfde maar op proportionele basis. De verliezen die afkomstig zijn van buitenlandse inrichtingen waarover de overgenomen of gesplitste vennootschap vóór de verrichting beschikte, zijn niet aftrekbaar van de winst van de vaste inrichting van de overnemende of verkrijgende vennootschap na de verrichting.⁴¹

Grensoverschrijdende fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting waarbij een intra-Europese vennootschap wordt overgenomen of gesplitst

De leden 1 en 2 van het nieuwe artikel 184bis § 4, in ontwerp, behandelen de fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting van een intra-Europese vennootschap waarbij een binnenlandse vennootschap een buitenlandse inrichting of in het buitenland aangewende bestanddelen ontvangt. Hier wordt de regel geformuleerd van de overname van het gestort kapitaal dat (bij de buitenlandse vennootschappen, bepaald volgens de Belgische normen) vóór de verrichting aanwezig was, en de vorming, voor het overige, van belaste reserves met inachtneming van de boekwaarde van de overgenomen bestanddelen die zich in het buitenland bevinden.⁴²

⁴⁰ De Franse tekst maakt gewag van een proportionele vermindering in de *belaste reserves* van de Belgische inrichting. Het geursiveerde woord is overbodig.

⁴¹ *O.c.*, 46.

⁴² *O.c.*, 32; Memorie van toelichting, in *o.c.*, 17. Daarin wordt gesteld dat het nettovermogen van de buitenlandse vennootschap tot belaste

Lid 3 van het nieuwe artikel 184*bis* § 4, is analoog aan artikel 211 § 2.

Uit het nieuwe artikel 184*ter* § 2, lid 1, blijkt dat de later gerealiseerde meerwaarden met betrekking tot de in de binnenlandse vennootschap verkregen buitenlandse bestanddelen, worden vastgesteld uitgaande van de boekwaarde die zij hebben op het ogenblik van de verrichting. Meerwaarden die betrekking hebben op de periode vóór de verrichting, zijn dus niet in België belastbaar, en meerwaarden die vastgesteld worden na de verrichting zijn volledig belastbaar. Afschrijvingen, waardeverminderingen en minderwaarden kunnen geen fiscale *step-up* doen ontstaan: bijgevolg zijn deze maar aftrekbaar in de mate waarin deze leiden tot een vermindering van de fiscale nettowaarde van deze elementen bestaand op het ogenblik van de verrichting (dit is de boekwaarde op het ogenblik van de verrichting, verminderd met de niet belaste herwaarderingsmeerwaarden).⁴³ Met andere woorden “zijn ze slechts aftrekbaar voor zover de boekwaarde van deze elementen lager is dan hun fiscale nettowaarde op het ogenblik van de verrichting (= aanschaffingswaarde verminderd met toegepaste afschrijvingen)⁴⁴”.

Mijns inziens had men de woorden “of voor zover” beter kunnen vervangen door “en alleen indien”

Artikel 184*ter* § 3 beoogt een wettelijke basis te verschaffen voor de bepaling van de fiscale nettowaarde van een bestanddeel, dewelke momenteel in nr. 211/37 van de Administratieve Commentaar op het WIB wordt teruggevonden.

reserves leidt voor doeleinden van de Belgische vennootschapsbelasting voor zover “het nettovermogen geen actiefbestanddelen van een Belgische inrichting vertegenwoordigt”. Deze tekst is nogal onduidelijk. In het wetsontwerp (§ 4, lid 2) wordt dezelfde idee teruggevonden.

⁴³ Memorie van toelichting, in o.c., 17.

⁴⁴ Bespreking van de artikelen, o.c., 33. De tekst van het wetsontwerp zegt niet hetzelfde, en zelfs het omgekeerde: “de afschrijvingen, enz. worden slechts in aanmerking genomen voor zover ze leiden tot een lagere fiscale nettowaarde dan de boekwaarde”.

den. Lid 2 van § 3 definieert het nieuwe begrip “fiscale nettowaarde van een overgenomen bestanddeel”.

Fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting tussen intra-Europese vennootschappen

Het 5de en 6de lid van het nieuwe artikel 229 § 4, in ontwerp⁴⁵, zijn ook van toepassing ingeval een intra-Europese vennootschap, naar aanleiding van een verrichting, bestanddelen in een Belgische inrichting die afkomstig zijn van een andere intra-Europese vennootschap verkrijgt, voor zover de in artikel 231 § 2, lid 1, beoogde vrijstelling op de inbrengende vennootschap van toepassing is. De bedragen van vrijgestelde en belaste reserves en de overgedragen kapitaaldotatie in de Belgische inrichting, worden respectievelijk teruggevonden in de vrijgestelde en belaste reserves en in de kapitaaldotatie in de Belgische inrichting van de overnemende vennootschap en zijn onderworpen aan de in lid 6 beoogde verminderingen (nieuw art. 229 § 4, lid 7).⁴⁶

Bij dergelijke verrichtingen geldt geen voorwaarde dat de andere lidstaat, waar één van de bij de verrichting betrokken vennootschappen is gevestigd, een gelijkaardige fiscale neutraliteit moet toepassen. De Belgische fiscale orde is immers een sluitend stelsel met toepassing van een fiscale afrekening van zodra bestanddelen of nettovermogen (die tevooren fiscaal neutraal zijn overgegaan in het kader van een reorganisatie) onttrokken worden aan het vermogen van de Belgische inrichting.⁴⁷

Grensoverschrijdende inbreng van een bedrijfsafdeling of een algemeenheid van goederen

Artikel 229 § 4, lid 3 beoogt de volgende gevallen:

- de inbreng van een bedrijfsafdeling of een algemeenheid van goederen aan een intra-Europese vennootschap onder de voorwaarden voor de toepassing van de in artikel 46 § 1, eerste lid, 2°, vermelde vrijstelling; of
- de inbreng verricht door een intra-Europese vennootschap, onder de voorwaarden van artikel 231 § 2 of van een gelijkaardige vrijstelling van toepassing in de lidstaat waar de intra-Europese vennootschap is gevestigd.

⁴⁵ Reeds besproken onder de rubriek *Grensoverschrijdende fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting waarbij een binnenlandse vennootschap wordt overgenomen of gesplitst*.

⁴⁶ Memorie van toelichting, in o.c., 17.

⁴⁷ Bespreking van de artikelen, o.c., 44 en 45.

In die gevallen is het door deze inbreng ontstane bedrag aan kapitaalsdotatie gelijk aan de fiscale nettowaarde (zie voor dit begrip de rubriek *Grensoverschrijdende fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting waarbij een intra-Europese vennootschap wordt overgenomen of gesplitst*) die de in België aangehouden bestanddelen van deze inbreng hadden bij de inbrenger.

Aan artikel 231 § 2, lid 1 en 5, worden wijzigingen aangebracht.

Primo wordt de fiscale neutraliteit in het kader van een reorganisatie, van een Belgische inrichting naar een binnenlandse vennootschap, uitgebreid naar de overdracht in het kader van een reorganisatieverrichting tussen twee intra-Europese vennootschappen.⁴⁸ Wij schreven reeds: “De door deze bepaling beoogde inbrengen die een Belgische inrichting omvatten, moeten gedaan worden aan een buitenlandse vennootschap. Deze laatste precisering kan worden afgeleid uit de voorwaarde dat de inrichting (of de actiefbestanddelen ervan waarop een meerwaarde wordt vastgesteld) in België moet(en) behouden blijven, zoals trouwens blijkt uit de situering van artikel 231, § 2 WIB 1992, in titel V die de belasting van niet-inwoners betreft. Dat is trouwens ook het standpunt van de administratie.^{49, 50}” Het is dus niet correct dat het een uitbreiding van het geval van de overdracht aan een binnenlandse vennootschap betreft, zoals de Bespreking van de artikelen voorhoudt: in werkelijkheid gaat het om het omgekeerde, aangezien de goederen voortaan “door een binnenlandse vennootschap of door een intra-Europese vennootschap” zullen kunnen worden verkregen.

Vervolgens wordt de overdracht van een Belgische inrichting afhankelijk van de effectieve toepassing van een belastingvrijstellingsregeling in het buitenland die in overeenstemming is met de richtlijn. De Bespreking van de artikelen laat evenwel na om het belangrijkste te vermelden, namelijk dat de vrijstelling slechts van toepassing is indien de verrichting in overeenstemming met het Wetboek van Vennootschappen of analoge buitenlandse bepalingen wordt verricht én beantwoordt aan het voorschrift van artikel 183bis (antimisbruikbepaling). Dienaangaande onderstreepten we in ons werk: “Let op de paradox waartoe de

vrijstelling van de inbrengen verricht door niet-binnenlandse vennootschappen, waarvan sprake in § 2 van artikel 231 leidt, op voorwaarde dat de verrichting beantwoordt aan rechtmatige financiële of economische behoeften, zoals vereist door artikel 46, § 1, lid 3, WIB 1992 (hetgeen discriminatie kan inhouden jegens inbrengen verricht door binnenlandse vennootschappen).⁵¹”

Merk ook op dat de vrijstelling van de bij artikel 231 § 3 beoogde verrichting (zijnde de inbreng van een Belgische inrichting aan een binnenlandse vennootschap) niet altijd afhankelijk is van de naleving van de antimisbruikbepaling.

Terwijl de richtlijn zelf nauwelijks 16 korte artikelen bevat, telt het ontwerp niet minder dan 34 artikelen, waarvan sommige meer dan een bladzijde in beslag nemen

Ook is voorzien dat belastingheffing achterwege blijft voor zover de inbrengen worden vergoed met nieuwe aandelen, “of voor zover (...) de overnemende of verkrijgende vennootschap binnen een Belgische inrichting de vóór de verrichting binnen de Belgische inrichting van de overgenomen of gesplitste vennootschap aanwezige vrijgestelde reserves overneemt” (art. 231 § 2, lid 1, 2°, in ontwerp). Mijns inzien had men de recursieve woorden beter vervangen door: *en alleen indien*.

Bij gedeeltelijke belasting in het buitenland, bijvoorbeeld wegens een gedeeltelijke vergoeding in aandelen, geeft de Bespreking van de artikelen⁵² de reden aan waarom hier op het ogenblik van de verrichting geen correctie van de waarde van de bestanddelen van de inrichting moet worden voorzien: de fiscale nettowaarde zal worden aangemerkt om

⁴⁸ O.c., 45.

⁴⁹ Circulaire nr. Ci.D.19/483.966 van 30 april 1996.

⁵⁰ J.-M. Cougnon, o.c., 177.

⁵¹ O.c., 178.

⁵² Bespreking van de artikelen, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 45.

het resultaat van de Belgische inrichting te bepalen indien deze bestanddelen het eigen vermogen van de inrichting in kwestie zullen verlaten.

Paragrafen 1 tot 3 van artikel 184*bis*, in ontwerp, zetten de gevolgen van de diverse inbrengverrichtingen op het gestorte kapitaal uiteen, dat gelijk zal zijn aan:

- de fiscale nettowaarde die de inbreng had bij de inbrenger, in de vrijstellingsgevallen bedoeld door artikel 46 § 1, lid 1, 2°;
- de werkelijke waarde van de inbreng ingeval de verrichting niet onder gezegd artikel 46 valt “met als enige reden dat er niet is voldaan aan de voorwaarde” inzake de overeenstemming met het voorschrift van artikel 183*bis* (antimisbruikbepaling);
- de fiscale nettowaarde die de inbreng bij de inbrenger had, na aftrek van de belaste en vrijgestelde reserves, in de vrijstellingsgevallen bedoeld bij artikel 231 § 2 en 3;
- de boekwaarde van de verkregen buitenlandse inrichting of van de naar aanleiding van de verrichting verkregen bestanddelen, bij inbreng aan een binnenlandse vennootschap door een buitenlandse vennootschap.⁵³

Overbrenging van de zetel

Van het buitenland naar België

De zetelverplaatsing wordt geregeld door § 5 van artikel 184*bis*, die in parallelle bepalingen voorziet als § 4 van hetzelfde artikel. Die werden besproken in de rubriek *Grensoverschrijdende fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting waarbij een intra-Europese vennootschap wordt overgenomen of gesplitst*.

Hier gelden dezelfde regels als voor een binnenlandse vennootschap die een buitenlandse inrichting of in het buitenland aangewende bestanddelen verkrijgt.⁵⁴ Eén uitzondering is voorzien: de andere uit het buitenland overgebrachte bestanddelen van het eigen vermogen worden als vrijgestelde reserves aangemerkt, indien de overbrenging gebeurt vanuit een vennootschap die niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen of gevestigd is in een land

waar de gemeenrechtelijke bepalingen inzake belastingen veel gunstiger zijn dan in België, behalve wanneer die vennootschap gevestigd is in een lidstaat van de EU en daar aan de gemeenrechtelijke bepalingen inzake belastingen is onderworpen.

Artikel 184*ter* § 2 geeft de waarde aan die bij de vennootschap in aanmerking moet worden genomen om de later op deze in het buitenland gelegen activa gerealiseerde meerwaarden en minderwaarden te bepalen, en wel in dezelfde bewoordingen als ingeval een binnenlandse vennootschap, bij fusie, splitsing of een gelijkaardige verrichting, een buitenlandse inrichting of in het buitenland aangewende bestanddelen verkrijgt. Wanneer het een vennootschap zoals bedoeld in het vorige lid betreft, geldt echter een uitzondering op de waardering tegen boekwaarde.

De berekeningsgrondslag van de afschrijvingen, waardeverminderingen en minderwaarden wordt in soortgelijke termen geregeld als voor grensoverschrijdende fusies, splitsingen en gelijksoortige verrichtingen waarbij een intra-Europese vennootschap wordt overgenomen of gesplitst.

De verliezen geleden door de Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap die haar maatschappelijke zetel, haar voornaamste inrichting of haar zetel van bestuur of beheer naar België overbrengt, kunnen slechts worden gerecupereerd volgens de bij artikel 206 § 3, in ontwerp, voorziene verhouding.

Van België naar een andere lidstaat van de EU

Dit geval wordt slechts gereguleerd met betrekking tot overdrachten van SE's of SCE's in overeenstemming met hetgeen de richtlijn bepaalt (art. 10*ter* tot 10*quinquies*). De beperking van deze regeling tot de SE's en de SCE's, terwijl de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het arrest-*Centros*⁵⁵ het recht inzake de vrijheid van vestiging en de vrije keuze van de plaats van de maatschappelijke zetel van alle vennootschapsvormen erkent, valt te betreuren.⁵⁶

⁵³ Deze bestanddelen ontsnapten volledig aan de Belgische belastingregels vóór de verrichting en er kan dus geen sprake zijn van fiscale neutraliteit ten aanzien van de Belgische regelgeving (Bespreking van de artikelen, o.c., 31 en 32).

⁵⁴ O.c., 32.

⁵⁵ Zaak nr. C 212/97 van 9 maart 1999.

⁵⁶ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, (COM (2003) 613 def. – 2003/0239 (COD), PB. C. 110/32 van 30 april 2004. Zie voor de regeling van de richtlijn: J.-M. Cougnon, o.c., 245-254.

We kunnen niet genoeg betreuren dat het ontwerp de zetelverplaatsing van België naar een andere lidstaat voor andere vennootschappen dan de SE's en de SCE's niet reguleert, terwijl het de zetelverplaatsingen in omgekeerde richting voor alle vennootschapsvormen wel regelt.

In het enige beoogde geval (overbrengingen van SE's of SCE's) is lid 5 van artikel 229 § 4, in ontwerp (besproken onder de rubriek *Grensoverschrijdende fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting waarbij een binnenlandse vennootschap wordt overgenomen of gesplitst*), van toepassing wat betreft de bestanddelen en het eigen vermogen die blijvend aangewend worden binnen een Belgische inrichting waarover deze vennootschap na de overbrenging beschikt (art. 229 § 4, lid 10, in ontwerp).

Artikel 214*bis*, in ontwerp, verleent, in het bijzondere geval, vrijstelling van belastingheffing ingevolge artikel 208, lid 2, of artikel 209.

De kwestie van de overdracht van de vorige verliezen van deze SE's en SCE's wordt geregeld in artikel 240*bis* § 2, dat reeds werd besproken onder de rubriek *Vorige verliezen*, en wel derwijze dat de door de vennootschap vóór de overbrenging in België geleden beroepsverliezen enkel aftrekbaar zijn binnen de Belgische inrichting waarover de vennootschap na deze overbrenging beschikt.

Andere wijzigingen

Het ontwerp wil het mogelijk maken dat, in geval van fusie en splitsing, de belastbare inkomsten behaald door de overgenomen of gesplitste vennootschap tot en met de voornoemde verrichting, binnen de aanslagtermijnen voorzien bij de artikelen 353 tot 356 en 358 WIB, ten name van de overnemende vennootschap of de verkrijgende vennootschappen kunnen worden belast, zelfs op een tijdstip waarop de overgenomen of gesplitste vennootschap als rechtspersoon niet langer bestaat.

Deze wijziging, ingeschreven in een nieuw artikel 365, in ontwerp, strekt ertoe het risico uit te sluiten dat een nieuwe beslissing wordt genomen, zoals deze van het Hof van Beroep van Brussel⁵⁷, volgens dewelke een belasting die verschuldigd is op de door de overgenomen vennootschap, vóór de overneming, verwezenlijkte inkomsten, na de overneming nog slechts wettelijk kan worden gevestigd ten name van de overnemende vennootschap. Om rekening te houden met de opmerkingen ter zake van de Raad van State⁵⁸, zal het nieuwe artikel pas van toepassing zijn op verrichtingen uitgevoerd vanaf de bekendmaking van de wet in het *Belgisch Staatsblad*.

Om het de fiscus gemakkelijker te maken om nieuwe aanslagen, (art. 355 WIB) of subsidiaire aanslagen (art. 356 WIB) te vestigen, wijzigt het ontwerp artikel 357 WIB, en wel derwijze dat, voor de toepassing van deze artikelen, aan de lijst van de met dezelfde belastingschuldige gelijkgestelde personen wordt toegevoegd: "de overnemende of de verkrijgende vennootschappen, naar gelang het geval".

Ten slotte beperkt artikel 399*ter*, in ontwerp, de invordering van de belasting van een gesplitste vennootschap ten name van de verkrijgende vennootschappen *a rato* van de werkelijke waarde van het nettoactief dat ze elk ontvangen hebben, tenzij in de akte die de verrichting vaststelt anders wordt vermeld.

Conclusies

We mogen er ons zeker over verheugen dat België de voornaamste bepalingen van de fiscale Fusierichtlijn eindelijk zal omzetten, zij het met grote vertraging.

De auteurs van het ontwerp hebben kosten noch moeite gespaard om de diverse noodzakelijke artikelen op logische wijze in het WIB in te voegen. Het valt op dat het ontwerp tot

⁵⁷ Arrest van 11 januari 2008 waartegen cassatieberoep werd ingesteld. In de voorbereidende werkzaamheden van de Wet van 29 juni 1993 tot wijziging, wat de fusies en splitsingen van vennootschappen betreft, van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935, werd bevestigd dat de belasting in dergelijk geval niet meer ten name van de verdwenen vennootschap kan worden gevestigd.

⁵⁸ Advies, *Parl. St. Kamer*, DOC 52, 1398/001, p. 86-88.

omzetting van de richtlijn niet minder dan 34 artikelen telt, waarvan sommige meer dan een bladzijde in beslag nemen, terwijl de richtlijn zelf nauwelijks 16, veeleer korte artikelen bevat (als we art. 10bis *Transparente entiteiten*, dat door het ontwerp niet wordt omgezet, buiten beschouwing laten).

Als conclusie dienen we de volgende, reeds hierboven gemaakte opmerkingen te herhalen:

- de richtlijn eiste niet dat de stof van de belasting als diverse inkomsten van meerwaarden op aandelen zo ingrijpend werd gewijzigd;
- in artikel 95 WIB wordt de belastingplichtige een reeks negatieve bewijzen inzake de niet-terugbetaling van aandelen opgelegd;
- de vrijstelling van de vennootschapsbelasting van aandelenruilen in de zin van artikel 2.d) van de richtlijn onder verwijzing naar de voorwaarden gesteld in artikel 45 § 1 WIB, hetgeen in voorkomend geval aanleiding geeft tot de naleving van de onaantastbaarheidsvoorwaarde, is strijdig met artikel 8.1 van de richtlijn, en kan niet door artikel 8.4 van de richtlijn worden gerechtvaardigd;
- de regelgeving inzake de *recapture* van vorige verliezen was niet noodzakelijk en het is jammer dat ze gebaseerd is op een reeks door de belastingplichtige te verstrekken negatieve bewijzen;
- waar vermeld staat dat “het eigen vermogen van een Belgische inrichting wordt *verminderd* met het bedrag aan ten name van de maatschappelijke zetel ontleende middelen met betrekking tot dewelke de interesten ten laste van het belastbaar resultaat van de Belgische inrichting worden gelegd”, moet ongetwijfeld worden begrepen dat de ontleende middelen niet in aanmerking worden genomen als eigen vermogen van een Belgische inrichting;
- de tekst van het wetsontwerp luidens dewelke de afschrijvingen, minderwaarden en waardeverminderingen met betrekking tot de in het buitenland aangewende activa, slechts in aanmerking worden genomen “voor zover deze leiden tot een fiscale nettowaarde die lager is dan de boekwaarde” is vrij duister;
- het ontwerp reglementeert de zetelverplaatsing van België naar een andere lidstaat voor andere vennootschappen dan de SE's en de SCE's niet, terwijl het de zetelverplaatsingen in omgekeerde richting voor alle vennootschapsvormen wel regelt. ●



**HANDBOOK
FINANCIËLE ANALYSE
VAN DE ONDERNEMING
DEEL I**
Hubert Ooghe en Charles Van Wymeersch
intersentia

Handboek financiële analyse van de onderneming (derde druk)

De bedoeling van dit *Handboek financiële analyse van de onderneming* is een overzicht te geven van de diverse technieken van financiële analyse, deze aan te vullen met persoonlijke inzichten en resultaten van empirisch onderzoek en ze praktisch toe te passen op de jaarrekening. Na een inleidend hoofdstuk worden in deel I de jaarrekening en de vermogensstromen besproken. Deel II betreft de klassieke ratioanalyse, de analyse van de sociale balansen en de interpretatie ervan. In deel III wordt de verkorte jaarrekening en in deel IV de geconsolideerde jaarrekening besproken. Modellen voor succes en falen, waarbij financiële informatie wordt geïntegreerd, worden besproken in deel V. De gegevens van een cijfervoorbeeld, de herwerkte schema's van balans en resultatenrekening en de toepassingen van de verschillende analysetechnieken zijn opgenomen in een afzonderlijk tweede boekdeel.

Deze derde editie van het handboek is aangepast tot en met het Koninklijk Besluit van 27 april 2007 alsook aan de daarmee verbonden nieuwe XBRL-modellen van de volledige en verkorte jaarrekening. Tegelijk is van de gelegenheid gebruikgemaakt om een aantal tabellen te vereenvoudigen en een aantal te gedetailleerde berekeningen weg te laten.

Dit handboek richt zich o.a. tot bestuurders en directieleden, financiële directeuren, leden van de ondernemingsraad, revisoren, accountants, boekhouders, fiscale consultants, financiële en kredietanalisten, bedrijfsadviseurs, magistraten, bedrijfsjuristen en studenten van het economisch hoger onderwijs. Dit handboek is eveneens in het Frans gepubliceerd met als titel *Traité d'analyse financière*.

· Hubert Ooghe en Charles Van Wymeersch
· 2008
· ISBN 978-90-5095-836-3
· 2 delen: xxv + 453 blz. / vii + 203 blz.
· Paperback
· Prijs: 99 euro



Groenstraat 31
BE-2640 Mortsel - België

T +32 3 680 15 50
F +32 3 658 71 21
mail@intersentia.be
www.intersentia.be