

# Betaalt de bedrijfsleider belastingen op de meerwaarde bij verkoop van de aandelen van zijn onderneming?

De Tijd van 8 juni 2011 kopt “Fiscale chaos bij bedrijfsdeals”. Met de term bedrijfsdeals bedoelt men de verkoop door een bedrijfsleider van (de aandelen van) zijn vennootschap(pen). In normale omstandigheden is de meerwaarde die daarbij gerealiseerd wordt belastingvrij. In het artikel wordt echter gewag gemaakt van willekeurige rechtspraak die dan wel en dan weer niet de belasting van zulke meerwaarden goedkeurt. Er is echter – anders dan het artikel doet uitschijnen – vooralsnog geen reden tot onrust voor de gewone bedrijfsoverdrachten.

In de komende pagina's gaan we verder in op:

- **HUIDIGE WETGEVING EN RECHTSPRAAK**
- **WETSWIJZIGINGEN**
- **ANTICIPATIE**

## HUIDIGE WETGEVING EN RECHTSPRAAK

Indien een onderneming, bedrijf of vrij beroep uitgebaat wordt onder de vorm van een vennootschap, heeft de ondernemer, exploitant of vrij beroeper veelal twee hoedanigheden: aandeelhouder en bedrijfsleider (afgevaardigd bestuurder, zaakvoerder, werkend vennoot, ...). De aandelen (in voorkomend geval van de holding) maken in dat geval deel uit van het privaat vermogen van de betrokkene. Dat hij of zij in de hoedanigheid van bedrijfsleider (of anderszins) beroepsmatig actief is in en ten behoeve van de vennootschap verandert daar niets aan.

Wanneer deze aandelen verkocht worden is een eventuele minderwaarde niet aftrekbaar. Zo men niet (rechtstreeks, of in bepaalde gevallen ook onrechtstreeks) verkoopt aan een buiten de Europese Economische Ruimte gevestigde rechtspersoon, is een meerwaarde in regel ook niet belastbaar. Dat is het geval indien de meerwaarde voortkomt uit een normale verrichting van beheer van een privé-vermogen (het vroegere artikel 90, 1° WIB 1992, nu een onderdeel van artikel 90, 9° WIB 1992). Is dat niet het geval, dan wordt de meerwaarde belast aan een basistarief van 33%.

Wat onder “normaal beheer van een privé-vermogen” verstaan moet worden, geeft in de praktijk in vele gevallen aanleiding tot controverse. Maar minstens tot voor kort werd algemeen aangenomen dat een gewone overdracht van de eigen onderneming door verkoop van de aandelen aan een onafhankelijke koper, zonder ingewikkelde of bijzondere constructies of omkaderende verrichtingen, zulk een normale verrichting uitmaakt en bijgevolg belastingvrij is. Andersluidende rechtspraak betreft dan ook veelal interne verrichtingen (bv. de verkoop aan de eigen holding), fiscaal gedreven of andere buitengewone constructies (bv. kasgeldconstructies) en speculatieve, risicovolle verrichtingen (bv. “doorverkoopverrichtingen”). Let wel: ook in die gevallen is de rechtspraak over het algemeen milder dan de fiscus wel zou willen.

Een strekking binnen de Bijzondere Belastinginspectie (en in het bijzonder binnen de BBI van Brugge en de BBI van Gent) is echter – kort gezegd – van oordeel dat een bedrijfsleider-aandeelhouder door en via zijn activiteiten in de vennootschap een beheer van zijn aandelen voert dat niet meer als normaal kan beschouwd worden. En dus dat de ondernemer die zijn aandelen met een meerwaarde verkoopt daar altijd 33% belastingen op moet betalen.

Deze stelling, ook wel eens aangeduid als “de theorie van het actief aandeelhouderschap”, is om vele juridisch-fiscale redenen voor ernstige kritiek vatbaar. Bovendien zijn recent de twee testcases die men in het kader van deze problematiek voor de rechtbanken van eerste aanleg te Brussel en te Antwerpen heeft gebracht (de zaken Voeten-Cash Fresh en Verbiest-Studio 100, die uitgebreid in de media belicht zijn geweest), afgewezen.

En belangrijk: de fiscus heeft zich neergelegd bij deze uitspraken.

Omdat de betrokken BBI-taxatiediensten niet gelukkig waren met deze beslissing, heeft men tezelfdertijd wereldkundig gemaakt dat de berusting in die twee vonnissen niet uitsluit dat er in de toekomst toch nog gelijkaardige taxaties zouden volgen. Allicht zullen de betrokken diensten nog wel acties ondernemen tegen enkele ongelukkige belastingplichtigen, maar zelfs binnen de administratie lijkt een meerderheid te twifelen aan de haalbaarheid van de “theorie van de actieve aandeelhouder”.

De concrete aanleiding voor de Tijd om – ons inziens onterecht, wat gewone bedrijfsdeals betreft – gewag te maken van willekeurige rechtspraak en “fiscale chaos” en zodoende de discussie omtrent de “actieve aandeelhouder” weer aan te wakkeren, is een arrest van het Hof van Cassatie van 6 mei jl. In dit arrest stelt het Hof wel dat er, bij de beoordeling of een handeling al dan niet een normale verrichting van beheer van een privé-vermogen is, rekening mag gehouden worden met andere verrichtingen, zelfs als die gesteld zijn in de hoedanigheid van bestuurder en voor rekening van een vennootschap. Maar het Hof verwijst daarbij wel uitdrukkelijk naar “een groter geheel van verrichtingen waarbinnen die handeling heeft plaatsgevonden, zeker wanneer er sprake is van een fiscaal geïnspireerde constructie”. De verrichtingen voor rekening van de vennootschap die in rekening mogen gebracht worden zijn dus de verrichtingen die deel uitmaken van het grotere geheel van verrichtingen die er samen toe strekken de verkoop van de aandelen te bewerkstelligen. Uit het arrest a quo blijkt dat het ging om “een aaneenschakeling van beslissingen van de betrokken vennootschap die ingegeven zijn door persoonlijke doeleinden of het verwezenlijken van belastingvrije inkomsten als natuurlijk persoon”: het ging daarbij om een agressieve fiscale optimalisatie“truk” van eind de jaren '90, waarbij een vennootschap voor net iets meer dan het vereiste jaar werd ingeschakeld om belastingvrij reserves te kunnen uitkeren als (toen nog vrijgestelde) liquidatiebonus in het kader van de vereffening van de vennootschap. Bovendien blijken er nog

andere merkwaardigheden uit het feitenrelaas. Met andere woorden, een feitsituatie waarin begrip kan opgebracht worden voor het oordeel van de rechter dat dit de grenzen van het normaal beheer van een privé-vermogen te buiten gaat. Dat beslissingen in de hoedanigheid van bedrijfsleider die geïnspireerd zijn door het belang als aandeelhouder en die deel uitmaken van of nauw samenhangen met de verkoopverrichting, in rekening mogen gebracht worden is op zichzelf niet zo verrassend en bevestigt de theorie van de actieve aandeelhouder op zichzelf niet.

Wij menen dan ook te mogen besluiten dat er vooralsnog geen reden is om aan te nemen dat aandelen-transacties door natuurlijke personen nu sneller dan voorheen belastbaar zullen gesteld worden. Er is nog steeds een risico dat de administratie ook een gewone aandelen-transactie zal trachten te belasten, maar de theorie die met name de BBI van Brugge en van Gent daartoe aanwenden, overtuigt niet en de rechtspraak ondersteunt die theorie vooralsnog niet.

## WETSWIJZIGINGEN ?

De dag na het bewuste krantenartikel maakten enkele parlementsleden (o.m. Dirk Van der Maelen) reeds gewag van hun intentie om een wetsvoorstel in te dienen om de meerwaarden op aandelen altijd, en dus ook in het kader van normale verrichtingen van beheer van een privé-vermogen, belastbaar te stellen aan 33%, met een verlaagd tarief van 16,5% voor familiebedrijven. Het is echter zeer de vraag of hieromtrent een politieke consensus gevonden zal kunnen worden.

Een meer genuanceerde aanpak van deze problematiek zou misschien meer kans op slagen hebben en zou ook de rechtszekerheid voor de betrokken belastingplichtigen ten goede kunnen komen. Daarbij dient vastgesteld te worden dat er in de huidige versie van het wetboek van inkomstenbelasting reeds een wettelijke basis aanwezig is om, onder bepaalde voorwaarden, over te gaan tot de belasting van een meerwaarde die gerealiseerd wordt op een belangrijke aandelenparticipatie (zogenaamd "aanmerkelijk belang" van tenminste 25%), zelfs indien die meerwaarderealisatie het gevolg is van een normale handeling van het beheer van het privé vermogen (art. 90,9°, tweede streepje WIB). Die wettelijke basis is echter helemaal uitgehold door het Europees Hof van Justitie. Zij zou echter opnieuw de basis kunnen vormen, na aanpassing via wetwijziging, voor een belasting van elke meerwaarde die gerealiseerd wordt op een aanmerkelijk belang (bijv. participatie van tenminste 20 of 25%) al dan niet binnen een bepaalde termijn (variërend van bijv. 6 maanden tot 5 jaar), ongeacht de identiteit van de koper. Zeker is alvast dat door de (nieuwe) regering bij de opmaak van de volgende begroting aanzienlijke financiële middelen gevonden moeten worden om de schatkist te spijzen en dat nieuwe/hogere belastingen niet uitgesloten kunnen worden. In dat opzicht circuleren er al enige tijd hardnekkige geruchten over een andere maatregel die eveneens een belangrijke impact kan hebben voor ondernemers, vrije beroepers en andere belastingplichtigen die gebruik maken van een vennootschap voor de structureren van hun vermogen: de invoering van een uniform tarief van roerende voorheffing van 25%. Dit zou een eenvoudige ingreep zijn die zou leiden tot hogere belastingopbrengsten, tot een vereenvoudiging van de fiscale wetgeving en tevens een aantal vermeende "misbruiken" (en betwistingen dienaangaande) ongedaan zou maken. Immers ook bij inkoop van eigen aandelen of ontbinding en vereffening van de vennootschap zou

het toepasselijk tarief aan RV gelijk zijn aan 25% (en niet langer aan 10%).

## ANTICIPATIE?

Hoewel het niet zeker is dat er ook effectief een vorm van meerwaardebelasting op aandelen of een uniform tarief van roerende voorheffing ingevoerd zal worden op korte termijn, kan het zeker ook geen kwaad om hiermee rekening te houden en te trachten hierop te anticiperen.

Dat kan relatief eenvoudig voor vennootschappen met (overtollige) liquide middelen en reserves waarvan de uitkering als dividend aanleiding geeft tot een verlaagd tarief van RV (15%), nl. door niet langer te wachten met dergelijke dividenduitkering. Indien de aandeelhouders geen aanspraak kunnen maken op het verlaagde tarief van dividendbelasting, kan nagegaan worden of een inkoop van eigen aandelen of eventueel zelfs een volledige ontbinding en vereffening van de vennootschap overwogen kan worden. Zoals hierboven vermeld, is de winstuitkering in deze laatste hypothesen onderworpen aan 10% roerende voorheffing.

Daarbij dient wel rekening gehouden te worden met de algemene anti-misbruikbepaling (art. 344§1 WIB) die door de fiscus zou ingeroepen kunnen worden om, onder bepaalde voorwaarden, over te gaan tot herkwalificatie van de verrichting in een “gewone” dividenduitkering, onderworpen aan het normale tarief van roerende voorheffing (per hypothese 25%). Dit risico speelt voornamelijk in geval van een proportionele inkoop van eigen aandelen.

Ook het onderbrengen van de aandelen van de (werk) vennootschap(pen) in een eigen holding is een techniek om (op termijn) de toepassing van de RV op de reserves en overgedragen winst binnen de (werk)vennootschap(pen) volledig te vermijden. De uitkering van die reserves en winsten aan de holding kan immers genieten van een vrijstelling van RV, en de verdere uitkering door de holding aan de aandeelhouders (door middel van kapitaalvermindering of aflossing van de schuld t.g.v. de aankoop van de aandelen) kan in principe eveneens belastingvrij gebeuren.

Belangrijke veronderstelling daarbij is dat de meerwaarde die gerealiseerd wordt door de aandeelhouders (natuurlijke personen) bij de overdracht van de aandelen van de (werk) vennootschap(pen) aan de eigen holding (zogenaamde “interne” meerwaarde) belastingvrij is, want anders wordt de toekomstige belastingbesparing volledig ongedaan gemaakt en zelfs overtroffen door de belasting op de “papieren” meerwaarde die gerealiseerd is.

In het verleden is er reeds een zware discussie gevoerd over de vraag of de realisatie van een “interne” meerwaarde wel past binnen het normaal beheer van het privé vermogen als goede huisvader. Uiteindelijk leidde dit tot een “compromis”, vertaald in een algemeen standpunt van de Dienst voor Voorafgaande Beslissingen in fiscale zaken (zogenaamde “rulingcommissie”), waarbij, onder bepaalde voorwaarden (o.a. “stand still” gedurende 3 jaren), de inbreng van aandelen in het kapitaal van de holding geacht kon worden te beantwoorden aan de vereiste van normale verrichting van beheer van privé vermogen, doch de verkoop niet.

In de praktijk wordt vastgesteld dat er momenteel vele holdingvennootschappen opgericht worden en er dus veelvuldig gebruik gemaakt wordt van deze techniek. De ervaring leert ook dat een golf van gelijk-

aardige, fiscaal geïnspireerde verrichtingen, enkele jaren later aanleiding kan geven tot een (algemene) reactie van de fiscus en een golf van aanslagen en betwistingen. De hierboven weergegeven reactie van de BBI Gent en Brugge m.b.t. “externe” meerwaarden en het bij uitstek feitengebonden karakter van de problematiek, noopt ons inziens alleszins tot de nodige voorzichtigheid, zeker indien de holdingconstructie louter fiscaal geïnspireerd is.

Om onaangename verrassingen achteraf te vermijden, kan overwogen worden om op voorhand een ruling aan te vragen. Daarbij leert de ervaring ons dat de rulingcommissie, die ondertussen haar bovenvermeld algemeen standpunt aangepast heeft, en nu verwijst naar de criteria die in de rechtspraak gehanteerd worden, niet over één nacht ijs gaat en een uitvoerige toelichting wenst over de historiek van de betrokken vennootschappen en het geheel van de verrichtingen die de transactie voorafgaan. Een dergelijke aanvraag vereist m.a.w. een grondige voorbereiding en de kans op succes is mede afhankelijk van de zakelijke overwegingen bij de oprichting van een holdingvennootschap (bijvoorbeeld in het kader van een successieplanning). Dit kost dus tijd en geld, maar kan mogelijkerwijze ook veel geld, tijd, energie en frustratie besparen voor de belastingplichtige.

## BESLUIT

We zien op dit moment geen algemene gegronde fiscale redenen voor ondernemers en andere (actieve) aandeelhouders om af te zien van de geplande verkoop van hun participatie in de onderneming aan derden.

De invoering van een meerwaardebelasting op aandelen en van een uniform tarief van roerende voorheffing in de (nabije) toekomst kan niet uitgesloten worden. Dit kan een aanleiding vormen om op korte termijn overtollige liquiditeiten uit de vennootschap te halen aan een verlaagd tarief van RV, eventueel niet langer te wachten met de uitkoop van bepaalde aandeelhouders (al dan niet via een inkoop van eigen aandelen door de vennootschap) of een holdingstructuur op te zetten (al dan niet in het kader van een successieplanning). Zeker die laatste techniek vereist echter de nodige voorzichtigheid gelet op het risico van belasting van de “interne” meerwaarden die daarbij gerealiseerd worden. Een ruling kan hier de nodige rechtszekerheid brengen.

Kristof Spagnoli en Philippe Hinnekens