

# Fiscale aspecten bij bedrijfsovernames

**Henk Verstraete**

*Vennoot Stibbe, Professor KU Leuven en Fiscale Hogeschool*

**Esther Everaert**

*Advocaat Stibbe, Praktijkassistent KU Leuven*



1

## Overzicht

- Inleiding
- SPA vs. APA
- Enkele hot topics
  - Excess-cash
  - Debt push down
  - Voorafgaandelijke carve-out
  - Actief aandeelhouderschap?
  - Verkoop holdingvennootschap
  - Herinvestering
  - Toepassing artikel 344, §1 WIB92
  - VVPRbis-regime
- Impact van de geplande fiscale hervorming?



2

# 1. Inleiding

## 1. Inleiding

### Verloop van de overname: fiscale punten

- Letter of intent
- Tax Due Diligence
  - Nazicht documenten in data room
  - Q&A / Tax expert calls
  - Due Diligence Report
- Doorwerking naar SPA/APA
  - Representations & Warranties
  - Covenants / Post-closing obligations / Indemnities
  - Andere specifieke clausules bij APA

## 2. SPA vs. APA

5

## 2. SPA vs. APA

### Share Purchase Agreement (SPA) vs. Asset Purchase Agreement (APA)?

- Aansprakelijkheidsredenen
  - Volledige aansprakelijkheid vs. beperkte aansprakelijkheid i.f.v. overgenomen activa
  - 'Tainted' assets en risico op witwasmisdrijf
- Fiscale redenen
  - Fiscale aansprakelijkheid
    - Belang van fiscale attestaten bij APA
  - Fiscale latenties
  - Vrijgestelde meerwaarde op aandelen vs. belastbare meerwaarde op activa

6

# Share Purchase Agreement (SPA)

7

## 2. SPA vs. APA

### SPA: belastingregime

- Verkoper = rechtspersoon
  - Meerwaarde op aandelen vrijgesteld mits DBI-voorwaarden voldaan (art. 192 *juncto* 202 en 203 WIB92):
    - 10% of 2,5 miljoen EUR deelneming
    - 1 jaar bezitsduur in volle eigendom
    - Normale belaste vennootschap (8 uitsluitingsgevallen, *case-by-case* analyse)
  - Minderwaarde niet aftrekbaar
  - Impact geplande fiscale hervorming op DBI-aftrek?
    - Omvorming tot vrijstelling
    - 2,5m EUR deelneming geboekt als financieel vast actief
    - Geen uitzonderingen meer op de minimumparticipatievoorwaarden

8

## 2. SPA vs. APA

### SPA: belastingregime

- Verkoper = natuurlijke persoon
  - Meerwaarde op aandelen vrijgesteld bij normaal beheer van het privévermogen (art. 90, eerste lid, 9°, eerste streepje WIB92)
  - Tenzij verkoop van belangrijke deelneming aan een niet-EER rechtspersoon (art. 90, eerste lid, 9°, tweede streepje, WIB92)
    - (On)rechtstreekse participaties van meer dan 25% in een Belgische vennootschap op enig tijdstip gedurende 5 jaar voorafgaand aan overdracht aan een rechtspersoon gevestigd in een niet-EER land onderworpen aan 16,5% belasting
      - Impact Brexit
    - Antimisbruikbepaling in geval van verkoop aan natuurlijke persoon of vennootschap in een EER-land ingeval van tweede overdracht binnen de 12 maanden aan een rechtspersoon gevestigd in niet-EER land (art. 94 WIB92) → Belang van overdrachtsbeperking tijdens eerste 12 maanden!
  - Minderwaarde niet aftrekbaar

## 2. SPA vs. APA

### SPA: prijsaanpassing vs. schadevergoeding (Venn.B.)

- Prijsaanpassing:
  - In hoofde van koper: geen boekhoudkundig resultaat dus geen impact op de belastbare basis
  - In hoofde van verkoper: aanpassing initiële (vrijgestelde) meerwaarde of niet-aftrekbare minderwaarde
- Schadevergoeding:
  - In hoofde van koper: uitzonderlijk boekhoudkundig resultaat belastbaar in de Venn.B.
  - In hoofde van verkoper: uitzonderlijke kost die in principe fiscaal aftrekbaar is overeenkomstig art. 49 WIB92
- CBN-advies 126/15: vrijwaringsclausule wordt in principe beschouwd als 'prijsaanpassing'
- Tegenstrijdige belangen koper vs. verkoper
- Wie heeft recht op de vergoeding: koper, target, of andere groepsvennootschap?

## 2. SPA vs. APA

### SPA: Earn-out

- Gefaseerde betaling kan verschillende redenen hebben
  - Afhankelijk van bepaalde 'post closing' acties (bv. audit)
  - Afhankelijk van toekomstige prestaties van target
- CBN-advies 2012/9:
  - Activatie van variabele prijs bij investeringskarakter (*in concreto* te beoordelen)
    - Niet-voorwaardelijke prijs: onmiddellijke activatie bij overname
    - Voorwaardelijke prijs: activatie bij vervullen van de voorwaarde
  - Als kost van een betrokken boekjaar indien variabele prijs onmiddellijk gerelateerd is aan opbrengsten van dat boekjaar

## 2. SPA vs. APA

### SPA: Earn-out

- Verband met de winsten van de targetvennootschap:
  - Bijkomende meerwaarde op aandelen/risico op herkwalificatie als beroepsinkomen?
    - Geen invloed van feit dat de verkoper als natuurlijke persoon werkzaam blijft bij Target
- Geen verband met de winsten van de targetvennootschap:
  - Bijkomende meerwaarde op aandelen

# Asset Purchase Agreement (APA)

## 2. SPA vs. APA

### APA: belastingregime

- In hoofde van de verkoper rechtspersoon:
  - Meerwaarde op activa belastbaar aan 25 %
    - aan 20% op de eerste schijf van 100.000 EUR voor KMO's
  - Wederbeleggingsregime (art. 47 WIB92):
    - Meerwaarde belast a rato van afschrijving op goederen waarin wederbelegd werd
    - Mits wederbelegging van volledige verkoopprijs in afschrijfbaar materiële of immateriële activa binnen 3 jaar (5 jaar indien wederbelegging in gebouwd onroerend goed, vliegtuig of boot)
    - Quid bij *goodwill*, *clientèle*, etc.?

## 2. SPA vs. APA

### APA: belastingregime

- In hoofde van de koper:
  - Step-up
  - Registratierechten: onroerende goederen
    - 12% in Vlaanderen, 12,5% in Wallonië en Brussel

## 2. SPA vs. APA

### APA: belastingregime

- In hoofde van de koper:
  - BTW:
    - Overdracht in principe onderworpen aan 21 % BTW (of lager tarief afhankelijk van het actief)
    - Tenzij algemeenheid van goederen of bedrijfsafdeling (art. 11 en 18, § 3, WBTW):
      - BTW-neutraliteit als de koper (minstens gedeeltelijk) de BTW op de overdracht in aftrek zou kunnen nemen



## 2. SPA vs. APA

### APA: belastingregime

- Fiscale attestaten:
  - Anders is koper hoofdelijk gehouden tot de fiscale schulden van verkoper m.b.t. de overgenomen bedrijfstak
  - Overdracht slechts tegenwerpeijk aan de administratie na het verstrijken van 1 maand volgend op de maand waarin de overdracht aan de administratie kenbaar is gemaakt
- Inkomstenbelasting, BTW, registratiebelasting Vlaanderen, RSZ, sociale zekerheidsbijdragen zelfstandigen
- Timing
  - De administratie heeft 30 dagen voor de uitgifte vanaf aanvraag
  - Certificaten zijn slechts 30 dagen geldig na uitgifte
- Vrijwaring of betalingsuitstel voorzien indien attesten niet tijdig kunnen worden bezorgd
- Altijd overdrachtsovereenkomst notificeren tezamen met de attesten
- Zie Wetboek van invordering (sinds 1 januari 2020)

## 3. Enkele hot topics

## Excess-cash

### 3. Excess-cash

#### Overtollige liquide middelen bij target of onderliggende dochtervennootschappen

- Risico op herkwalificatie van (een deel van) de belastingvrije meerwaarde op aandelen in een *deemed dividend distribution*?
- Verhoogd risico bij *debt push down* structuren met *leveraged dividend distributions*?
- Vraag:
  - Moeten overtollige liquiditeiten in target of dochtervennootschap die niet noodzakelijk zijn voor de operationele activiteiten voorafgaand aan de verkoop van de aandelen worden uitgekeerd aan de bestaande aandeelhouders/verkopers?
    - Dividenduitkering in principe belastbaar aan 30% RV
  - Met reductie van de aandelenprijs rekening houdend met het uitgekeerde dividend
    - Beperkte belastingvrije meerwaarde op aandelen
- Wettelijke basis?

### 3. Excess-cash

#### Overtollige liquide middelen bij target of onderliggende dochtervennootschappen

- Vele vragen?
  - Wat is “overtollige cash”?
  - Relatie met de winst?
  - Relatie verkoper-koper?
  - Verjaringsproblematiek
  - Bewijsproblematiek
  
- Antwerpen 6 september 2022, 2021/AR/68
  - Verbreekt Rb. Hasselt 19 november 2020



Debt push down

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Bv. via met schuld gefinancierde dividenduitkering en/of kapitaalvermindering
- In principe aftrekbaarheid van de interestlasten van de leningen aangegaan op niveau van de operationele vennootschappen voor de financiering van dividenduitkeringen/kapitaalverminderingen
- Dus:
  - De interestlasten zijn gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te 'verkrijgen of te behouden' (art. 49 WIB92)
  - Via switchen van eigen vermogen in vreemd vermogen financiert de vennootschap op een andere manier haar activiteiten



23

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Cass. 12 december 2019, F.18.0085.N bevestigt Gent 9 januari 2018, 2016/AR/1618
- Vonnis rechtbank van eerste aanleg was positief voor de belastingplichtige
- Rb. Gent 28 juni 2016, 14/4700/A
  - Feiten:
    - X koopt 100% aandelen van Target en gaat hiervoor een lening aan
    - Target sluit een investeringskrediet af van 2,500,000 EUR dat wordt aangewend ter financiering van verschillende 'superdividenden' (in totaal 3,500,000 EUR)
    - X gebruikt deze dividenden om haar lening af te lossen



24

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Rb. Gent 28 juni 2016, 14/4700/A

- De rechtbank:

*“De beslissing om al dan niet een dividend uit te keren is een beslissing die is voorbehouden aan de algemene vergadering van een vennootschap, dit binnen de voorwaarden voorzien in artikel 617 W. Venn. Eens deze beslissing is genomen, is de (raad van bestuur van de) vennootschap verplicht om deze beslissing uit te voeren.*

*Eiseres (middels haar raad van bestuur) heeft terzake beslist om de verplicht door haar uit te voeren dividenduitkering te financieren deels middels geleend geld (2.500.000,00 euro) deels middels beschikbare gelden (1.000.000,00 euro). De kosten gedragen door de vennootschap voor het investeringskrediet dat werd aangegaan om de dividenduitkering gedeeltelijk te financieren, zijn ontegensprekelijk gedaan om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. De uitkering van een dividend is eigen aan de door eiseres uitgeoefende beroepswerkzaamheid. De externe financiering heeft eiseres toegelaten om de activa op haar balans verder te blijven gebruiken voor het uitoefenen van haar activiteiten. Indien eiseres geen externe financiering was aangegaan, zou zij verplicht zijn geweest om bepaalde activa te verkopen teneinde het dividend te kunnen uitkeren.”*



25

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Rb. Gent 28 juni 2016, 14/4700/A

- De rechtbank:

*“De rechtbank merkt op dat een vennootschap de vrije keuze heeft om zich te financieren met kapitaal of met geleend geld. Het komt niet aan de fiscale administratie toe om zich in dit beleid te mengen. Op fiscaal vlak heeft de wetgever onder andere middels artikel 198, 11° WIB '92 bepaalde beperkingen ingevoerd teneinde de fiscale gevolgen te bestrijden van een onderkapitalisatie die is bestemd om de belastbare grondslag van de aan de inkomstenbelasting onderworpen vennootschap te verminderen. De beperkingen voorzien in artikel 198, 11° WIB '92 zijn in voorliggend geval evenwel niet van toepassing.*

*Dat de uitkering van het superdividend deels middels externe financiering kadert binnen een, volgens de fiscale administratie, fiscale constructie die geen economische en financiële logica heeft, is, voor toepassing van artikel 49 WIB '92 en in afwezigheid van simulatie of toepassing van artikel 344 WIB '92, niet van belang.”*



26

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Gent 9 januari 2018, 2016/AR/1618

- Het hof:

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

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

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



27

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Cass. 12 december 2019, F.18.0085.N

- Het Hof:

*“4. Aldus geeft de appelrechter te kennen dat de kosten niet in enig verband staan met de beroepswerkzaamheid van de eiseres, maar uitsluitend tot doel hadden een voordeel te verstrekken aan de overnemer en de toenmalige aandeelhouders-zaakvoerders.*

*5. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat de appelrechter als voorwaarde voorop stelt dat de kost exclusief verband houdt met de bedrijfsactiviteit of uitsluitend aan de belastingplichtige ten goede komt, berust op een onjuiste lezing van het arrest en mist bijgevolg feitelijke grondslag.”*



28

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Zie ook Antwerpen 8 mei 2018, 2016/AR/2108
  - Feiten:
    - Er werd een lening aangegaan door de vennootschap bij een groepsvennootschap ter financiering van een kapitaalvermindering en de uitkering van een superdividend
  - Het hof:

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

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Zie ook Antwerpen 8 mei 2018, 2016/AR/2108
  - Het hof:

*Het bewijs wordt althans niet geleverd door de enkele vaststelling dat eiseres beschikte over activa die inkomsten genereren. Eiseres in hoger beroep stelt dan ook ten onrechte dat de feiten in casu voor zich zouden spreken en dat bijzondere documentatie of bijkomende uitleg overbodig zou zijn. Ter zake verwijst het hof opnieuw naar het antwoord van de minister van Financiën 23 december 2016 op de vraag van P.V. (Parl. Vr. nr. 1381 dd. 22 december 2016 van P.V., Doc. Kamer 2016-2017, 54, 324) die de aftrek van de intrestlasten niet uitsluit als de vennootschap bewijst, rekening houdend met het geheel van de juridische en feitelijke omstandigheden die eigen zijn aan elk geval afzonderlijk, dat aan de finaliteitsvereiste is voldaan. Deze bewijslast werd in casu niet ingevuld.*

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

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Bevestigd door Cass. 19 maart 2020, F.19.0025.N

- Het hof:

*“8. Een vennootschap die een lening aangaat voor de financiering van de betalingen die voortvloeien uit een beslissing tot kapitaalvermindering of dividenduitkering, kan de aan die lening verbonden interestlasten als beroepskost aftrekken met toepassing van artikel 49 WIB92 indien zij aantoonst dat de interestlasten, en dus niet de kapitaalvermindering of dividenduitkering zelf, voldoen aan de toepassingsvoorwaarden van de genoemde wetsbepaling.*

*9. De loutere omstandigheid dat een vennootschap op het ogenblik dat zij betalingen moet uitvoeren, over onvoldoende liquiditeiten beschikt en bijgevolg een lening aangaat om die betalingen uit te voeren, volstaat niet als bewijs dat de aan die lening verbonden interestlasten als beroepskost aftrekbaar zijn. De vennootschap dient immers te bewijzen dat die interestlasten strekken tot het verkrijgen of het behouden van belastbare inkomsten. Zij kan dit onder meer door aan te tonen dat de lening werd aangegaan om het verlies te voorkomen van activa die worden gebruikt om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.*



31

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Bevestigd door Cass. 19 maart 2020, F.19.0025.N

- Het hof:

*10. De appelrechters stellen vast dat “[de eiseres] stelt dat de lening die aanleiding gaf tot de interestlasten werd aangegaan na de beslissing tot kapitaalvermindering en dividenduitkering om, bij gebrek aan voldoende liquiditeiten om de kapitaalvermindering en dividenduitkering in cash te kunnen uitvoeren, alle inkomsten-genererende activa van [de eiseres] (en in het bijzonder een intragroepsvordering, verschillende deelnemingen en al haar operationele activa) te kunnen behouden, in plaats van bepaalde van die activa te moeten verkopen of in natura uit te keren om aan de schuld die ontstaan is naar aanleiding van de kapitaalvermindering/dividenduitkering te kunnen voldoen”.*

*De appelrechters oordelen dat “[de eiseres] echter geen stukken [bijbrengt] waaruit blijkt dat de lening werkelijk werd aangegaan met het oog op het verkrijgen of het behoud van haar actiefbestanddelen en dat dienvolgens de interestlasten werden gedaan of gedragen met het oog op het verkrijgen of het behoud van belastbare inkomsten uit deze activa”.*

*Ook al betwisten de appelrechters niet dat de eiseres op het moment van de kapitaalvermindering en dividenduitkering niet over voldoende liquiditeiten beschikte om de betalingen aan de aandeelhouders te doen, vermochten zij aldus de toepassing van artikel 49 WIB92 uit te sluiten.*

*In zoverre kan het subonderdeel niet worden aangenomen.”*



32



### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Zie ook Antwerpen 28 september 2021, 2020/AR/454
  - Zeer grondig arrest
  - Bewijslast?
  - Hof vertrekt van het verkeerd uitgangspunt?
  - Artikel 49 WIB92 te beoordelen op het niveau van de vennootschap – niet op het niveau van de aandeelhouder
  - Impact van het arrest op de praktijk?

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Zie ook arrest Antwerpen 28 september 2021, 2020/AR/454
  - Feiten:
    - Er werd een lening aangegaan door de vennootschap bij drie banken ter financiering van een dividenduitkering
  - Het hof:

*“De vaststelling dat alle schulden van een handelsvennootschap boekhoudkundig op de passiefzijde van de balans zijn terug te vinden en aldus in principe inherent mogen worden geacht aan de uitoefening van de beroepsactiviteit, heeft niet per definitie tot gevolg dat deze schulden ook fiscaal aftrekbaar zijn (GNEDASJ, S., o.c., 32 en 71). Dat passief naar boekhoudrecht actief financiert en dat een lening aldus boekhoudkundig eenerschikking van passiva tot gevolg heeft, impliceert niet ipso facto dat deze lening per definitie het verkrijgen of behoud van activa op het oog heeft. Hiertoe is vereist dat de betrokken passiefbestanddelen, in casu de aan de lening gerelateerde intrestlasten, werkelijk moeten zijn gedaan en gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen en te behouden. Dit bewijs volgt niet uit het enkele feit te beschikken over activa die inkomsten genereren (cfr. Antwerpen 8 mei 2018, 2016/AR/2018, [www.monkey.be](http://www.monkey.be)).”*

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Zie ook arrest Antwerpen 28 september 2021, 2020/AR/454

- Het hof:

*“3.7. Het hof is van oordeel dat eiseres in hoger beroep haar bewijslast echter niet invult. Zij blijft in gebreke aan te tonen dat de intrestlasten van de lening, aangegaan ter financiering van de dividenduitkering, werden gedaan of gedragen om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden. Uit de procedurestukken van het dossier blijkt immers een andere finaliteit van de aangegane lening en daaraan gekoppelde intrestlast, met name de terugbetaling van de overbruggingskredieten die werden aangegaan door BV H en NV F ter financiering van de beursexit van eiseres in hoger beroep.*

[...]

*Uit het voorgaande blijkt dat de lening niet zonder meer een 'herfinanciering van activa' van eiseres in hoger beroep beoogde. De lening hield geenszins verband met een op inkomenscreatie of behoud gerichte exploitatie, zoals eiseres in hoger beroep voorhoudt, doch wel met de afbetaling van de overbruggingskredieten die haar aandeelhouders zijn aangegaan voor de inkoop van de aandelen van eiseres in hoger beroep in het kader van de beursexit.”*



35

### 3. Debt push down

#### Schuld plaatsen op operationeel niveau na overname

- Zie ook arrest Antwerpen 28 september 2021, 2020/AR/454

- Het hof:

*“Het enkele feit dat de lening, zoals in de kredietovereenkomst gestipuleerd, diende te worden aangewend voor algemene bedrijfsdoeleinden doet geen afbreuk aan vaststelling dat de eigenlijke finaliteit van de lening en daaraan gekoppelde intrestlasten, de financiering van de beursexit betrof, zoals uitgebreid toegelicht in het verzoekschrift in hoger beroep door eiseres in hoger beroep. Dat de beursexit eiseres in hoger beroep uiteindelijk de vrijheid zou bieden om opnieuw acquisities te kunnen verrichten en een omzetgroei op termijn te kunnen realiseren en dat eiseres in hoger beroep deze ook daadwerkelijk realiseerde, doet geen afbreuk aan de eigenlijke finaliteit van de lening. Dat eiseres in hoger beroep niettemin en in weerwil van de dividenduitkering succesvol investeerde en een daadwerkelijke groei kende in het boekjaar van de dividenduitkering en de daarop volgende boekjaren, bewijst, gelet op de eigenlijke finaliteit van de lening, dan ook geenszins dat de lening in casu werd aangegaan voor het verkrijgen en behouden van inkomsten in de zin van artikel 49 W.I.B. 1992.”*



36

## Voorafgaandelijke carve-out

37

### 3. Voorafgaandelijke carve-out

#### Voorafgaandelijke verhangning van participaties/assets

- Fiscale behandeling van de carve-out
- Impact op de fiscale behandeling van de daaropvolgende verkoop van de aandelen?

38

## Actief aandeelhouderschap

### 3. Actief aandeelhouderschap?

#### Investerings in target door managers/werknemers

- Bv. Rb. Brussel 16 februari 2011, 2009/14246/A (*Danny Verbiest case*)
- Bestaat er zoiets als de theorie van het actieve aandeelhouderschap?
- Quid bij investeringen door managers/werknemers?
- Quid bij investeringen middels toepassing van de stockoptiewet?
  
- Impact geplande fiscale hervorming?
  - Disproportionele meerwaarde belast als een beroepsinkomen aan 35% (plus gemeentebelastingen, plus sociale zekerheidsbijdragen)

## Verkoop holdingvennootschap

41

### 3. Verkoop holdingvennootschap

#### Verkoop holdingvennootschap i.p.v. onderliggende operationele dochtervennootschap(pen)

- Rol en functie van de holdingvennootschap
- Risico op belasting als een *deemed dividend distribution / liquidation proceeds?*
- Verhoogd risico bij post closing fusie of liquidatie van holdingvennootschap
- Huidige positie rulingcommissie
- Belang van eventueel post closing fusie- of liquidatieverbod in de SPA
  
- Gent 3 januari 2023, 2021/AR/280
  - *“Daarmee voorziet de tekst van artikel 344 § 1 WIB 92 op zichzelf evenwel nog niet in de mogelijkheid om de feiten te wijzigen. De niet tegenstelbaarheid van de rechtshandelingen, reikt immers niet zo ver. Waar het herstel erin moet bestaan de verrichting (in het Frans: l'opération) anders aan een belastingheffing te onderwerpen, lijkt de wettekst eerder te bevestigen dat de feiten onaangeroerd blijven.”*

42

Herinvestering



43

Roll-over



44

### 3. Herinvestering – Roll-over

#### Diverse scenario's:

- Inbreng van (een deel van) de aandelen in NewCo
- Verkoop van (een deel van) de aandelen aan NewCo gevolgd door
  - Inbreng in cash na (gedeeltelijke) verkoop van de aandelen tegen uitgifte van aandelen in NewCo
  - Inbreng van de vordering na (gedeeltelijke) verkoop van de aandelen tegen uitgifte van aandelen in NewCo

#### Aandachtspunten:

- Interne meerwaarden
  - Fiscaal gestort kapitaal
- 



45

### 3. Herinvestering – Roll-over

#### Interne meerwaarde problematiek

- Klassiek scenario: inbreng van aandelen aan FMV in eigen (holding)vennootschap
  - Meerwaarde op aandelen belastingvrij mits normaal beheer van het privé vermogen
  - Creatie van fiscaal gestort kapitaal bij HoldCo?
- NewCo = eigen (holding)vennootschap?



46

### 3. Herinvestering – Roll-over

#### Fiscaal gestort kapitaal

- Inbreng van aandelen:
  - Fiscaal gestort kapitaal ten belope van de historische aanschaffingswaarde van de aandelen (art. 184, vierde lid WIB92)
    - Saldo = belaste reserves
  - Step-up?
    - Enkel als inbreng een belastbare realisatie betreft en overeenkomstig werd belast (art. 184, vijfde lid WIB92)
  - Circulaire 2017/C/85 van 20 december 2017 betreffende het begrip gestort kapitaal in het kader van bepaalde verrichtingen
- Inbreng van cash/vordering:
  - Vrijwillige toepassing van art. 184, vierde lid WIB92?



47

### 3. Herinvestering – Roll-over

#### Belang van het fiscaal gestort kapitaal?

- Liquidatie/inkoop van aandelen
  - Belastingvrije terugbetaling van fiscaal gestort kapitaal
  - Liquidatie/inkoopbonus = dividenduitkering
- Kapitaalvermindering:
  - Pro rata toerrekning op het werkelijk gestort fiscaal kapitaal en de reserves sinds 1 januari 2018



48



### 3. Herinvestering – Roll-over

#### Belang van het fiscaal gestort kapitaal?

- Toepassing nieuwe *pro rata*-toerekeningsregel voor beslissingen tot kapitaalvermindering vanaf 1 januari 2018 (art. 18, tweede lid WIB92)
  - Pro rata toerekening op werkelijk gestort fiscaal kapitaal en de reserves
  - Volgorde van aanrekening op reserves:
    - 1) in het kapitaal geïncorporeerde belaste reserves
    - 2) niet in het kapitaal geïncorporeerde belaste reserves
    - 3) in het kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserves
  - Uitkering uit de reserves belast als dividend in hoofde van de ontvanger: inhouding 30% RV
  - Circulaire 2018/C/103 van 2 augustus 2018 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal
  - CBN-advies 2019/13

### 3. Herinvestering – Roll-over

#### Belang van het fiscaal gestort kapitaal?

- Aandeelhouder = vennootschap: geen belasting mits DBI-voorwaarden (art. 202 en 203 WIB92) vervuld (cf. impact geplande fiscale hervorming?)
  - 10% of 2,5 miljoen EUR deelneming
  - 1 jaar bezitsduur in volle eigendom
  - Normale belaste vennootschap (8 uitsluitingsgevallen, case-by-case analyse)

### 3. Herinvestering – Roll-over

#### Recente tendenzen?

- Recent standpunt DVB:
  - Vrijwillige toepassing van artikel 184 WIB92 bij inbreng van cash of vordering na verkoop van de aandelen tegen uitgifte van aandelen in NewCo in het kader van de beoordeling van artikel 344, §1 WIB92
  - Ook in geval van een herinvestering via managementvennootschap: zowel beperkt fiscaal gestort kapitaal bij ManCo als bij NewCo
    - Zie bv. Voorafgaande beslissing 2022.0492

*“Op grond van artikel 184, vierde lid WIB92, dient de herinvestering door de heer P, onrechtstreeks via zijn managementvennootschap, van een deel van de uit de overdracht van de aandelen van vennootschap X ontvangen koopsom in het kapitaal van vennootschap Y, in toepassing van artikel 344, §1 WIB92, te worden geherkwalificeerd in een rechtstreekse inbreng door de heer P van aandelen van vennootschap X zodat er slechts fiscaal gestort kapitaal bij vennootschap Y en de managementvennootschap zal worden gecreëerd ten belope van de aanschaffingswaarde van een overeenstemmend deel van de aandelen van vennootschap X. Voor het overige zal de inbreng beschouwd worden als een belaste reserve.”*

- Quid met de praktijk?



51

POLLVRAAG VOOR LIVESTREAM  
GELIEVE UIT FULLSCREENMODUS TE GAAN  
VIA DE ESCAPEKNOP



52

# Poolingvehikel

## 3. Herinvestering – Poolingvehikel

### Pooling van (her)investerend management

- Verschillende mogelijkheden:
  - Normaal belaste vennootschap
  - Maatschap
  - Belgische private stichting
  - Nederlandse STAK
    - Kaaimantaks?

## MIPs en carried interest

### 3. Herinvestering – MIPs en carried interest

#### MIPs en carried interest

- MIPs
  - Sweet equity
    - Envy ratio
    - Gewone aandelen vs. preferente aandelen / aandeelhoudersleningen
  - Ratchet
    - (opties op) preferente aandelen / winstbewijzen
- Carried interest
  - (opties op) carried interest aandelen / winstbewijzen

### 3. Herinvestering – MIPs en carried interest

#### Recente rulings en rechtspraak

- Voorafgaande beslissing 2021.0289 van 11 mei 2021
  - Disproportionele meerwaarde op de gewone C-aandelen
    - Geen normaal beheer van het privévermogen
    - Meerwaarde belast als divers inkomen
- Voorafgaande beslissing 2022.0015 van 8 maart 2022
  - Management co-investeringsplan waarbij begunstigden kunnen inschrijven op zowel gewone als preferente aandelen tegen dezelfde inschrijvingsprijs
  - Disproportionele meerwaarde bij exit belast als divers inkomen
- Voorafgaande beslissing 2022.0649 van 20 september 2022
  - Exit preferentie op D-aandelen (i.e. disproportionele meerwaarde op de D-aandelen bij exit) belast als divers inkomen



57

### 3. Herinvestering – MIPs en carried interest

#### Recente rulings en rechtspraak

- Gent 28 juni 2022, 2020/AR/1768 en 2021/AR/678
  - Meerwaarde op aandelen kan niet worden belast als een beroepsinkomen (2020/AR/1768)
  - Volledige meerwaarde op aandelen kadert binnen het normaal beheer van het privévermogen en is in principe dus belastingvrij
  - De rechtbank is van oordeel dat de disproportionele verdeling tussen de aandeelhouders niet contractueel was overeengekomen. Daarom wordt het disproportioneel deel van de meerwaarde belast als een divers inkomen



58

### 3. Herinvestering – MIPs en carried interest

#### Impact geplande fiscale hervorming?

- Aanpassing optiewetgeving
  - Belasting bij toekenning van de opties als beroepsinkomen op forfaitair belastbare basis, i.e. bestaand wettelijk regime onder de optiewet van 1999
    - Alleen nog voor werknemers en bedrijfsleiders
    - Voorwaarden verstrengd
  - Alternatief: belasting bij uitoefening (of exit België)
    - Combinatie van taxatie als beroepsinkomen (progressief tarief) en divers inkomen (15%)
    - Aangifteverplichting
    - Alleen voor werknemers en bedrijfsleiders
  - Default regime: belasting bij toekenning van de opties als beroepsinkomen op FMV van de opties?

### 3. Herinvestering – MIPs en carried interest

#### Impact geplande fiscale hervorming?

- Aanpassing belastingregime gratis toekenning van aandelen of verkrijging van aandelen tegen verminderde prijs
  - Belasting bij overdracht (of exit België): idem als alternatieve taxatie opties
    - Combinatie van taxatie beroepsinkomen (progressief tarief) en divers inkomen (15%)
    - Aangifteverplichting
    - Alleen voor werknemers en bedrijfsleiders
  - Default regime: belasting bij toekenning van de (gratis) aandelen als beroepsinkomen op FMV van de aandelen?
- Disproportionele meerwaarde belast als beroepsinkomen aan 35% (plus gemeentebelasting, plus sociale zekerheidsbijdragen)

## Toepassing van artikel 344, §1 WIB92

### 3. Toepassing van artikel 344, §1 WIB92

#### Toepassing van de algemene anti-misbruikbepaling

- Gent 1 december 2020, rolnr. 2019/AR/257 en 2019/AR/258
  - Herstructurering van een groep n.a.v. de instap van een derde partij
  - Standpunt BBI:
    - Belastbare dividenduitkering middels toepassing van artikel 344, §1 WIB92
    - Verrichtingen uitgevoerd om interne meerwaarden en dividenden belastingvrij uit te kregen aan Belgische begunstigten
  - Hof geeft zeer ruime invulling aan artikel 344, §1 WIB92
  - Cassatievoorzieningen – arresten binnenkort verwacht
  - Belang voor de praktijk?

### 3. Toepassing van artikel 344, §1 WIB92

#### Toepassing van de algemene anti-misbruikbepaling

- Grondwettelijk Hof 30 oktober 2013, nr. 141/2013
- Toepassing van de algemene antimisbruikbepaling *ratione temporis*
  - Van toepassing vanaf aanslagjaar 2013, alsmede op rechtshandelingen of het geheel van rechtshandelingen die zijn gesteld tijdens een belastbaar tijdperk dat afsluit ten vroegste op 6 april 2012 (i.e. de datum van bekendmaking van de wet in het Belgisch Staatsblad) en is verbonden aan het aanslagjaar 2012
- Toepassing van de algemene antimisbruikbepaling *ratione personae*
  - Er is enkel sprake van fiscaal misbruik *“wanneer de belastingplichtige middels de door hem gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen één van de volgende verrichtingen tot stand brengt”*

### 3. Toepassing van artikel 344, §1 WIB92

#### Toepassing van de algemene anti-misbruikbepaling

- In welke mate kunnen feiten worden genegeerd?
- Invloed van Europees anti-misbruikbeginsel?



## VVPRbis-regime

65

### 3. VVPRbis-regime

#### Verlaagde roerende voorheffing op dividenden van VVPRbis-aandelen

- Art. 269, §2, WIB92
- Voorwaarden (op basis van de wettekst tot 31 december 2021)
  - Enkel KMO's
  - Nieuwe aandelen op naam
    - Uitz. preferente aandelen
  - Verworven n.a.v een nieuwe inbreng in geld vanaf 1 juli 2013
  - Aandelen ononderbroken in volle eigendom vanaf inbreng
  - Onderschreven sommen dienen volledig volstort te zijn op ogenblik van dividenduitkering
- Tarief
  - 20% voor dividenden toegekend uit de winstverdeling van het tweede boekjaar na de inbreng
  - 15% voor dividenden toegekend uit de winstverdeling van het derde en latere boekjaren na de inbreng

66

### 3. VVPRbis-regime

#### Preferente aandelen

- Niet mogelijk voor preferente aandelen
- Wat zijn preferente aandelen?
  - Antwoord op parlementaire vraag nr. 436 van de heer volksvertegenwoordiger Wouter Vermeersch van 19 mei 2021 (N.):  
*“Een vennootschap kan inderdaad preferente aandelen uitgeven naast de VVPRbis-aandelen, zonder dat die laatste het fiscale voordeel zoals bedoeld in artikel 269, § 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, verliezen. Het feit daarentegen dat een aandeel een voorrecht geniet, leidt ertoe dat dat aandeel van het VVPRbis-regime wordt uitgesloten.”*

### 3. VVPRbis-regime

#### Preferente aandelen

- Wat zijn preferente aandelen?
  - Antwoord op parlementaire vraag nr. 597 van de heer Christian Leysen van 2 september 2021 (N.):  
*“Alle aandelen die een of andere voorkeursbehandeling genieten, zijn preferente aandelen voor de toepassing van het VVPRbis regime en zijn bijgevolg uitgesloten van dat regime (zie artikel 269, § 2, laatste lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en de parlementaire stukken bij de programmawet van 28 juni 2013, Kamer, 2012-2013, DOC 53 2853/001, blz. 8).*  
  
*Aandelen die een proportioneel dividendrecht hebben maar daarnaast ook een meervoudig stemrecht of een ander voorkeursrecht moeten worden beschouwd als preferente aandelen.”*

### 3. VVPRbis-regime

#### Preferente aandelen

- Wat zijn preferente aandelen?
  - Wetswijziging n.a.v. de wet houdende diverse fiscale bepalingen van 21 januari 2022 met inwerkingtreding per 1 januari 2022
    - Art. 269, §2, elfde lid WIB92: “[...] aan deze aandelen mag geen voorkeursrecht verbonden zijn ten aanzien van de deelname in het kapitaal of in de winst of ten aanzien van de verdeling van het maatschappelijk vermogen”.
    - In lijn met de visie van de rulingcommissie

### 3. VVPRbis-regime

#### Aanpassingen aan het VVPRbis-regime middels de wet houdende diverse fiscale bepalingen

- Andere aanpassingen door de wet houdende diverse fiscale bepalingen van 21 januari 2022 (inwerkingtreding per 1 januari 2022)
  - Herformulering van de toepassingsvoorwaarden
  - Verduidelijking dat de volstortingsplicht betrekking heeft op de sommen die bij de uitgifte van de aandelen onderschreven werden (art. 269, §2, elfde lid WIB92)
    - Relevant in het kader van de afschaffing van het minimumkapitaalbepaling en het feit dat veel vennootschappen bijgevolg hebben beslist tot een vrijstelling van de initiële volstortingsplicht
    - Specifieke regeling voorzien in art. 269, §2, twaalfde lid WIB92 voor vennootschappen die tussen 1 mei 2019 en 15 december 2021 al beslist hadden over te gaan tot een dergelijke vrijstelling van de volstortingsplicht
  - Uitbreiding van de anti-misbruikbepaling voorzien in artikel 269, §2, zevende lid WIB, waar men nu ook bepaalt dat uitgekeerde liquidatiereserves (onderworpen aan het tarief van 5 % RV) niet aangewend kunnen worden om VVPRbis-kapitaal te creëren

### 3. VVPRbis-regime

#### Kleine vennootschap

- VVPRbis alleen mogelijk voor 'kleine' vennootschappen in de zin van art. 1:24 §§1 tot 6 WVV
- Groottecriteria, waarvan er maximaal één overschreden mag zijn:
  - Jaargemiddelde van het aantal werknemers: 50
  - Jaaromzet (excl. BTW): 9m EUR
  - Balanstotaal: 4,5m EUR
- Beoordeling op basis van de laatste twee boekjaren overeenkomstig art. 1:24, §2 WVV
- Geconsolideerde cijfers in geval van verbondenheid in de zin van art. 1:20 WVV (art. 1:24, §6 WVV)

### 3. VVPRbis-regime

#### Kleine vennootschap

- Geconsolideerde cijfers in geval van verbondenheid in de zin van art. 1:20 WVV (art. 1:24, §6 WVV)
  - CBN-advies 2017/10
    - Verbondenheid te beoordelen op balansdatum van het betreffende boekjaar
    - Indien een vennootschap op balansdatum niet langer verbonden is → beoordeling van groottecriteria op enkelvoudige basis, ook voor voorgaande jaren
      - Gent 8 november 2022, 2021/AR/1782: mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie

### 3. VVPRbis-regime

#### Kleine vennootschap

- Geconsolideerde cijfers in geval van verbondenheid in de zin van art. 1:20 WVV (art. 1:24, §6 WVV)
  - Indien een vennootschap op balansdatum wel nog verbonden is met andere vennootschappen (opgelet voor consortium) → welke consolidatiekring?
    - Antwoord op parlementaire vraag nr. 2908 van de heer Roel Deseyn dd. 4 februari 2019 (N.): *“In het geval van een beoordeling op geconsolideerde (of geaggregeerde basis) vindt deze toetsing plaats op basis van de reële consolidatiekring waartoe de vennootschap waarvan de grootte wordt beoordeeld, behoort op de balansdatum van het laatst afgesloten boekjaar (N-1) en op balansdatum van het boekjaar dat daaraan voorafgaat (N-2)”*
    - In lijn met voorbeeld 3 van het CBN-advies 2017/10
    - Positie rulingcommissie?
      - Alleen cijfers van de vennootschappen waarmee er op balansdatum nog verbondenheid was
        - Zie bv. Voorafgaande beslissing 2019.0612, Voorafgaande beslissing 2019.0623, Voorafgaande beslissing 2019.0624, Voorafgaande beslissing 2019.0660 en Voorafgaande beslissing 2021.0330
      - Reële consolidatiekring waartoe de vennootschap behoort op balansdatum van N-1 en N-2
        - Zie bv. Voorafgaande beslissing 2021.0380, Voorafgaande beslissing 2022.0917 en Voorafgaande beslissing 2022.0918

### 4. Impact van de geplande fiscale hervorming?

## 4. Impact van de geplande fiscale hervorming?

### Voorstel van minister van financiën Van Peteghem

- Hervorming van de DBI-af trek
  - Afschaffing van het fiscaal regime voor beleggingsvennootschappen?
- Hervorming optiefiscaliteit
- Hervorming gratis toekenning van aandelen (of verkrijging tegen verminderde prijs)
- Belasting van disproportionele meerwaarden
- Verdubbeling tarief effectentaks
- ...



75

## Veel dank!



Henk Verstraete

- Partner
- T +32 2 533 57 35
- M +32 475 38 58 48
- Henk.verstraete@stibbe.com



Esther Everaert

- Associate
- T +32 2 533 54 80
- M +32 474 34 31 22
- esther.everaert@stibbe.com



76