



Verkoop aandelen gevolgd door debt push-down: fiscaal misbruik?

Het hof van beroep oordeelde recent dat de fiscus terecht toepassing maakte van de antimisbruikbepaling (art. 344, §1 WIB 92) om een natuurlijke persoon te belasten op een 'uitgekeerd dividend' ten belope van als overtollig gekwalificeerde liquiditeiten van de overgedragen vennootschappen (Antwerpen, 06.09.2022).

Algemene antimisbruikbepaling

Fiscaal misbruik bestaat uit een objectief en een subjectief element. Het objectieve element vereist dat (1) de belastingplichtige zichzelf in strijd met de doelstellingen van een bepaling van het WIB 92 buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst; of (2) de belastingplichtige aanspraak maakt op een belastingvoordeel voorzien door een bepaling van het WIB 92 en de toekenning van dit voordeel in strijd zou zijn met de doelstellingen van die bepaling. Het subjectieve element vereist dat de keuze voor deze rechtshandelingen in essentie verantwoord is door de intentie om belastingen te ontwijken.

Algemene antimisbruikbepaling

De natuurlijke persoon X wil twee vennootschappen overdragen aan een overnamevehikel waar zijn zoon meerderheidsaandeelhouder van is. Oorspronkelijk was het de bedoeling om een nieuwe vennootschap op te richten die zou fungeren als holding.

Vervolgens zou bij de bank een kortlopend krediet aangegaan worden om de aandelen te betalen en zou deze lening terugbetaald worden aan de hand van dividenden opgestroomd vanuit de overgenomen vennootschappen. Daarna werd er beslist dat een reeds bestaande vennootschap binnen de groep zou fungeren als holdingvennootschap met als voordeel dat de cash in deze vennootschap niet opgestroomd moest worden. De holding zou dan een lening aangaan bij andere vennootschappen binnen de groep, waardoor het geld niet opgestroomd moest worden via dividenden. Vervolgens zou de structuur van de groep vereenvoudigd worden d.m.v. een fusie. Een dergelijke aanpak is gekend als de debt push-down.

Standpunt fiscus

Volgens de fiscus waren de liquiditeiten van de overgedragen vennootschappen vooraf het voorwerp van overleg, wat blijkt uit mailverkeer, nota's en memo's gekopieerd tijdens een visitatie. Bij de bepaling van de verkoopprijs werd, logischerwijs, rekening gehouden met de aanzienlijke cashpositie van de vennootschappen.

De administratie meent dat de liquiditeiten in de overgenomen vennootschappen geen nut hadden, maar slechts dienden voor het betalen van de aankoopprijs van de aandelen. Aldus werd volgens de fiscus duidelijk een constructie opgezet in strijd met het doel en de strekking van artikel 18, lid 1, 1° WIB 92. Daardoor werden de liquiditeiten onbelast uitgekeerd, waar ze overeenkomstig het doel van de wet als dividenden belast hadden moeten zijn.

Voorts blijkt het subjectief element uit het feit dat de post transactie gesloten intragroepsleningen niet bedoeld waren om de eigen liquiditeiten van de leninggevers rendabeler te maken.

Rechtbank van eerste aanleg

Volgens de rechter in eerste aanleg kan er echter slechts sprake kan zijn van fiscaal misbruik wanneer de belastingplichtige zelf en in eigen naam bepaalde handelingen heeft gesteld. Het stellen van rechtshandelingen door derden of voor rekening van rechtspersonen volstaat niet, tenzij het gaat om rechtshandelingen, gesteld door derden, die toch geacht moeten worden te zijn gesteld door de belastingplichtige zelf. Aangezien X geen partij was bij de leningsovereenkomst, geen aandeelhouder was van de holdingvennootschap ten tijde van het sluiten van de lening en niet zelf betrokken was bij de dividendenopstroom, kan de antimisbruikbepaling geen toepassing vinden.

Rechtbank van eerste aanleg

Volgens het hof volstaat het dat de belastingplichtige betrokken is bij het geheel van rechtshandelingen en ervoor kiest om in de constructie te stappen, zonder dat daarbij vereist is dat hij als partij in eigen naam bij elk van de rechtshandelingen betrokken is geweest. Het begrip 'belastingplichtige' in artikel 344 WIB 92 kan ruim opgevat worden als eenieder die rechtstreeks of onrechtstreeks meegewerkt heeft aan een rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen die het misbruik uitmaken. X was van meet af aan bij de opzet van de constructie betrokken. Door zijn positie als vaste vertegenwoordiger van een van de groepsvennootschappen en bestuurder binnen de overgenomen vennootschappen was hij eveneens betrokken bij de verrichtingen waardoor cash opgestroomd werd naar de holdingvennootschap-overnemer.

Ook sloot hij een intra-groepsleningsovereenkomst in zijn hoedanigheid van 'lasthebber ad hoc'. Dat hij niet alle beslissingen formeel zelf heeft genomen, doet daaraan geen afbreuk. Voorts toont X geen enkele niet-fiscale reden aan waarom gekozen werd voor de constructie in plaats van voor het voorafgaandelijk uitkeren van dividenden.

Commentaar

Deze uitspraak staat haaks op een vonnis (rb. Luxemburg, afd. Marche-en-Famenne, 07.09.2022, 20/416/A) waarin de rechter oordeelde dat een echtpaar dat haar aandelen verkocht aan de holding van hun zoon, niet betrokken was bij de latere transacties (de betaling van het saldo van de verkoopprijs en de beslissing tot uitkering van dividenden door de exploitatievennootschap). Deze transacties werden uitgevoerd door een derde, hun zoon, als aandeelhouder van de holding, waardoor de antimisbruikbepaling niet toegepast kon worden. In de zaak voor het hof van beroep tilt de rechtbank daarentegen zwaar aan de betrokkenheid van de belastingplichtige in de opgezette constructie. Dit arrest moet echter met de nodige voorzichtigheid benaderd worden. Vooreerst zullen verkopende aandeelhouders vaak voorafgaandelijk geen inbreng hebben over de structureringswijze van de koper. A fortiori is het geen praktijk dat een verkoper na de transactie nog een belangrijke rol opneemt in het bestuur van het overnamevehikel. Daarnaast lijkt de Administratie de redenering rond de 'overtoligheid' van liquiditeiten te baseren op het vrijwel onmiddellijke gebruik ervan om de overname-schuld te financieren. Hoewel opmerkelijk, kan dat op zich niet doorslaggevend zijn. Volgens de klassieke standpunten van de DVB moet vanuit het standpunt van de betrokken vennootschap geoordeeld worden of de liquiditeiten een nuttige bedrijfseconomische aanwending kennen. Als de overnemer vervolgens onafhankelijk van de verkoper besluit om die liquiditeiten een andere invulling te geven, kan die beslissing fiscaal gezien niet ten kwade van de verkoper geduid worden.

Meer algemeen rijst ook de vraag of de objectieve component van het fiscaal misbruik voldoende bewezen is. De tekst van artikel 18 WIB 92 viseert eerder ruim de voordelen van aandelen. De eigenlijke doelstelling kan er echter niet ontegensprekelijk uit afgeleid worden en ook de voorbereidende werken bevatten weinig duiding. Uiteindelijk verwijst het hof naar het feit dat de verrichting zou leiden tot een 'verarming bij de vennootschap', die dan overeenkomt met een corresponderende verrijking bij de ontvanger van het voordeel. Die stelling zou kunnen opgaan voor het gedeelte van de opgestroomde gelden dat bijvoorbeeld via tantième of (tussentijds) dividend verkregen werd door de overnameholding, maar is minder evident voor de lening, die immers in hoofde van de financier niet leidt tot een verlies van reserves. Uit het arrest blijkt ook niet of aan het ITAA gevraagd werd of de adviezen, memo's en e-mails van de fiscale adviseurs onder het beroepsgeheim vielen. Dat is verplicht als de fiscus gegevens kopieert die beschermd zijn door een beroepsgeheim en dus gefilterd moeten worden uit het dossier. In de praktijk zien we dat de fiscus dit zelden of nooit doet. Bovendien stelt de fiscus ten onrechte dat het beroepsgeheim niet door de belastingplichtige zelf ingeroepen kan worden, maar enkel door zijn adviseurs.

> Volgens de rechter maakt een debt push-down, waarbij de werkvennootschappen hun overtollige liquiditeiten uitlenen aan de overnameholding om zo de betaling van de overnameprijs te financieren in dit concreet geval fiscaal misbruik uit. Het hof tilt zwaar aan het feit dat de verkoper bij de opzet van de constructie betrokken was en het is volgens het hof niet relevant dat de belastingplichtige niet alle rechtshandelingen in eigen naam gesteld heeft. Het arrest is echter op bepaalde vlakken vatbaar voor een voorzichtige benadering.

Gertjan Verachtert en Megi Rroku
Advocaat-vennoot en advocaat
Sansen International Tax Lawyers

FISCAALPRO - nr. 6
23 februari 2023