

INHOUD

- p. 1/ Zelfstandige zonder vennootschap kan binnenkort ook tweedepijlerpensioen opbouwen
- p. 6/ Inschrijving kapitaalvermindering in rekening-courant : de fiscus op de loer

Zelfstandige zonder vennootschap kan binnenkort ook tweedepijlerpensioen opbouwen

Voor zelfstandigen die als natuurlijk persoon werken, wordt het weldra mogelijk om een aanvullend pensioen op te bouwen met toepassing van het fiscale regime van de tweede pijler. Daarmee krijgen zelfstandigen-natuurlijke personen een soortgelijke mogelijkheid tot pensioenvorming als zelfstandigen die hun werkzaamheden binnen een vennootschap organiseren. De betreffende wet werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 maart 2018.

Werknemers en zelfstandigen kunnen ter aanvulling van hun wettelijk pensioen (= eerste pijler), aanvullende pensioenrechten opbouwen tijdens hun beroepsloopbaan (= tweede pijler). Werkgevers en bedrijfssectoren bieden een aanvullend pensioenplan (via groepsverzekering of pensioenfonds) voor hun werknemers.

Aanvullende pensioenopbouw voor zelfstandigen

Voor zelfstandigen is er het VAPZ: vrij aanvullend pensioen voor zelfstandigen. Het VAPZ staat open voor alle zelfstandigen vanaf 18 jaar in hoofdberoep. Ook meewerkende echtgenoten die toegetreden zijn tot het maxistatuut, kunnen een VAPZ-polis afsluiten. Dat betekent dat zowel bedrijfsleiders (= zelfstandigen met vennootschap) als zelfstandigen zonder vennootschap (= vrijberoepers en eenmanszaken) VAPZ kunnen opbouwen. De wettelijke minimumbij-

drage belooft € 100 per jaar. De maximaal aftrekbare premie is 8,17% van het netto-jaarinkomen van drie jaar geleden (berekenningsbasis voorlopige socialezekerheidsbijdragen), met een absoluut maximum van € 3 127,24. Voor een sociaal VAPZ bedraagt de bijdragevoet 9,40%, met een maximum van € 3 598,05. Het aanvullend pensioenkapitaal dat binnen een VAPZ-polis kan worden opgebouwd, is aan de bescheiden kant.

Bedrijfsleiders bouwen daarom vaak ook een aanvullend pensioen op vanuit hun vennootschap, die voor hen een groepsverzekering of IPT-verzekering afsluit. Dat biedt hen de mogelijkheid om fiscaalvriendelijk een aanvullend pensioen op te bouwen binnen de zgn. 80%-grens. Omdat men op die manier een aanzienlijke pensioenopbouw kan verwezenlijken, is die mogelijkheid voor zelfstandigen soms de belangrijkste beweegreden om een vennootschap op te richten.

In het regeerakkoord uit 2014 heeft de regering de intentie uitgesproken om voor zelfstandigen *die als natuurlijke persoon actief zijn*, de mogelijkheid te creëren om, naast het VAPZ, een tweede pijler te verwerven waarvan de voordelen en grenzen gelijk zijn aan die voor zelfstandige *bedrijfsleiders*.

Met deze wet wordt dat deel van het regeerakkoord uitgevoerd. De nieuwe pensioenvorm wordt inge-

voegd in artikel 34, § 1 WIB 1992 onder 2^oter. In het vakjargon wordt gesproken over de pensioenovereenkomst voor zelfstandigen, afgekort: POZ.

Wettelijk minimumkader op sociaal vlak

De wet voert op sociaal vlak een wettelijk minimumkader in, die een doorslag is van het bestaande wettelijke kader voor aanvullende pensioenen voor bedrijfsleiders (WAP Bedrijfsleider) en het VAPZ. Het sociaalrechtelijk kader regelt onder meer:

- het verstrekken van het pensioenreglement aan de zelfstandige;
- een verplichting voor de pensioeninstelling om een verklaring inzake beleggingsbeginselen op te stellen en een verslag over het beheer van de pensioentoezegging;
- een regeling voor voorschotten en inpandgeving van de pensioenrechten m.b.t. onroerende goederen in de EER;
- de jaarlijkse pensioenfiche met verworven reserves en verworven prestaties;
- uitbetaling van het pensioen dat opgebouwd is binnen een POZ-overeenkomst, kan pas bij de effectieve ingang van het wettelijk pensioen.

Personeel toepassingsgebied

Een POZ staat open voor zelfstandigen die als natuurlijke persoon actief zijn, voor meewerkende echtgenoten en voor zelfstandige helpers, die minstens de minimum socialezekerheidsbijdrage in hoofdberoep verschuldigd zijn. Ook *startende* zelfstandigen in hoofdberoep kunnen een aanvullende pensioenovereenkomst afsluiten. Zelfstandigen die hun beroepsactiviteit stopzetten, die hun activiteit volledig in een vennootschap onderbrengen, met pensioen gaan of niet langer als meewerkende echtgenoot verzekerd zijn, kunnen géén bijdragen meer storten in een aanvullende pensioenovereenkomst.

Als een zelfstandige bedrijfsleider is, kan hij toch een POZ afsluiten, indien hij bovenop zijn bezoldiging als bedrijfsleider ook winsten of baten ontvangt (*Parl. St. Kamer 2017-18, nr. 2891/1, 5*). Op die manier kan de bedrijfsleider een aanvullend pensioen opbouwen dat rekening houdt met zijn inkomsten als bedrijfsleider (binnen een IPT) én uit de activiteit die hij als natuurlijk persoon beoefent (POZ).

Belastingvermindering voor langetermijnsparen

De bijdragen voor het aanvullend pensioen die de zelfstandige tijdens het belastbare tijdperk definitief heeft betaald aan een (in een EER-lidstaat gevestigde) verzekeringsonderneming of instelling voor bedrijfspensioenvoorzieningen, geven recht op een (federale) belastingvermindering tegen het tarief van 30%.

De bijdragen komen slechts voor de belastingvermindering in aanmerking in de mate dat er voldaan is aan de 80%-regel, zoals die omschreven is in het nieuwe artikel 145^{3/1}, § 1 WIB 1992. Die wijkt enigszins af van de 80%-regel in artikel 59 WIB 1992 (en niet alleen omdat die laatste met de aftrek van beroepskosten te maken heeft). Het deel van de bijdragen boven de 80%-grens komt niet in aanmerking voor de belastingvermindering.

Nieuwe 80%-grens

Artikel 59 WIB 1992 bevat de 80%-regel die van toepassing is op de aanvullende pensioenopbouw voor *werknemers en zelfstandige bedrijfsleiders* via een groepsverzekering of een IPT-verzekering. De regel houdt in dat werkgeversbijdragen voor aanvullende verzekering tegen ouderdom en vroegtijdige dood aftrekbare beroepskosten uitmaken op voorwaarde dat de wettelijke en extra-wettelijke toekenningen bij de pensionering, uitgedrukt in jaarlijkse renten, niet meer bedragen dan 80% van de laatste normale brutojaarbezoldiging en worden berekend naar de normale duur van een beroepswerkzaamheid.

In formulevorm kunnen we de 80%-grens als volgt weergeven:

$EWP < (((80\% \times S) - WP) \times n/L - EWP_{andere}) \times c$	
EWP =	extra-wettelijk pensioen, uitgedrukt in kapitaal
S =	laatste normale brutojaarbezoldiging (voor bedrijfsleiders: regelmatig en minstens maandelijks betaald).
WP =	wettelijk rustpensioen
n =	aantal reeds gepresteerde en nog te presteren dienstjaren
L =	normale duur van een volledige loopbaan
EWP _{andere} =	andere extra-wettelijke pensioenuitkeringen, uitgedrukt in jaarrente
c =	coëfficiënt om de rente om te zetten naar een gelijkwaardig kapitaal

Gemiddelde belastbaar beroepsinkomen over voorbije 3 jaar

De notie ‘normale brutojaarbezoldiging’ is echter niet bruikbaar voor zelfstandigen van wie het inkomen bestaat uit winst of baten, niet alleen omdat er geen sprake is van een ‘bezoldiging’, maar vooral omdat hun inkomsten van jaar tot jaar erg kunnen verschillen. Ook voor de meewerkende echtgenoot is er niet zoiets als een ‘normale jaarbezoldiging’, vermits haar/zijn inkomen in principe een percentage uitmaakt van de winst of baten die haar/zijn partner behaalt.

In de nieuwe 80%-regel, zoals opgenomen in het nieuwe artikel 145^{3/1} WIB 92, wordt de notie ‘normale brutojaarbezoldiging’ daarom vervangen door het gemiddelde van de winst, baten, en desgevallend bezoldigingen van een meewerkende echtgenoot van de drie vorige belastbare tijdperken, verhoogd met de RSVZ-bijdragen en de VAPZ-premies.

In formulevorm kan de 80%-regel voor de POZ dus als volgt worden weergegeven:

$$EWP < (((80\% \times S) - WP) \times n/L - EWP_{andere}) \times c$$

EWP =	extra-wettelijk pensioen, uitgedrukt in kapitaal
S =	gemiddelde van het gecorrigeerd belastbaar beroepsinkomen als zelfstandige zonder vennootschap over de afgelopen drie jaar, verhoogd met de RSVZ-bijdragen en de VAPZ-premies
WP =	wettelijk rustpensioen
n =	aantal reeds gepresteerde en nog te presteren jaren
L =	normale duur van een volledige loopbaan (40)
EWP _{andere} =	andere extra-wettelijke pensioenuitkeringen, uitgedrukt in jaarrente, die betrekking hebben op de gevaloriseerde jaren in de teller van de loopbaanbreuk (n)
c =	coëfficiënt om de rente om te zetten naar een gelijkwaardig kapitaal.

Men past de 80%-grens dus toe op het gemiddelde van de inkomsten van de voorbije drie kalenderjaren. Door een gemiddelde te nemen, worden hoogtes en laagtes uitgevlakt. Dat betekent ook dat een negatief resultaat niet op nul wordt gezet, maar wordt meegenomen in de berekening van het gemiddelde. Een negatief resultaat voor één of meer van de drie vorige jaren zal dan ook het gemiddelde naar beneden halen.

Als de belastingplichtige in één of meer van de drie vorige belastbare tijdperken geen activiteit heeft uitgeoefend die winst of baten oplevert of niet actief was als meewerkende echtgenoot, moet voor de 80%-grens

het gemiddelde worden genomen van de inkomsten van de belastbare tijdperken waarin wél zo'n activiteit werd uitgeoefend. Dat betekent dus dat de jaren zonder activiteit géén impact hebben op het gemiddelde.

Als in de referentieperiode een jaar zit waarin de zelfstandige niet gedurende het volledige jaar actief was (als zelfstandige zonder vennootschap), dan wordt het in aanmerking te nemen belastbaar inkomen voor dat jaar niet geëxtrapoleerd op jaarbasis¹.

Als een zelfstandige zijn zelfstandige beroepsactiviteit heeft aangevangen sedert maximaal twee jaar vóór het jaar van het sluiten van een POZ, dan wordt het gemiddelde inkomen over die voorbije twee jaar in aanmerking genomen. Bv.: start zelfstandige activiteit in 2016, POZ afgesloten in 2018, dan is S in de formule de gemiddelde winst/baten van 2016 en 2017. Als de zelfstandige gestart is in het jaar vóór het afsluiten van de POZ, betreft S geen gemiddelde maar slechts één jaar (2017 in het voorbeeld).

Een zelfstandige die in het jaar waarin hij zijn zelfstandige activiteit start, al premies wil storten in een POZ, moet voor de toepassing van de 80%-regel een inschatting maken van zijn inkomsten voor dat belastbare tijdperk. In zijn geval weerspiegelt S dus niet de situatie van vorige jaren maar die van het lopende jaar.

Het berekenen van het referentie-inkomen is dus een redelijk complexe aangelegenheid. Het is jammer dat in de memorie van toelichting van het wetsontwerp geen voorbeelden van de berekening staan. Het is wenselijk dat er, eventueel via een circulaire, concrete richtlijnen voor de berekening van het referentie-inkomen komen.

Voor de toepassing van de 80%-regel wordt rekening gehouden met het inkomen van de zelfstandige dat als winst, baten of bezoldigingen van een meewerkende echtgenoot wordt gekwalificeerd maar niet met winst en baten van een *vorige* beroepswerkzaamheid (de wet verwijst alleen naar art. 23, § 1, 1° en 2° en 30, 3° WIB 1992, niet naar art. 23, § 1, 3°). Die laatste categorie van inkomsten wordt niet als inkomen

1 Dat betekent ook dat, als men bv. maar een maand actief was in het aanvangsjaar, het gemiddelde van de afgelopen drie jaar fors naar beneden gehaald wordt en dus ook het belastingvoordeel. Met het oog op een hogere belastingvermindering zou het dus interessant kunnen zijn om op 1 januari te starten in plaats van bijvoorbeeld in december, althans op basis van de letter van de wet. Het is wellicht niet uitgesloten dat die regel later, bv. in een circulaire, nog genuanceerd wordt.

uit een 'normale beroepsactiviteit' beschouwd. Om het stelsel zo veel mogelijk af te stemmen op het stelsel voor de bedrijfsleiders, waar enkel de maandelijks betaalde normale bezoldigingen in rekening gebracht worden voor de toepassing van de 80%-regel, maken meerwaarden (omdat die geen 'regelmatige' inkomsten zijn) geen deel uit van het referentie-inkomen.

De winst, baten en bezoldigingen van een meewerkende echtgenoot worden in aanmerking genomen na aftrek van de beroepskosten, met uitzondering echter van de bijdragen voor het sociaal statuut en de bijdragen voor het VAPZ. Op die manier wil de regering een referentie-inkomen creëren dat equivalent is aan wat al bestaat voor werknemers en bedrijfsleiders (de 'brutojaarbezoldiging').

Beperkte loopbaan

Voor de toepassing van de 80%-regel van artikel 145^{3/1} WIB 1992 houdt men voor de loopbaanbreuk in de teller (n/L) rekening met de gepresteerde jaren als zelfstandige vanaf het sluiten van de POZ-pensioenovereenkomst en tot maximaal 10 effectief gepresteerde jaren van beroepswerkzaamheid vóór het kwartaal waarin de POZ wordt afgesloten, naast het aantal nog te presteren jaren tot de in de POZ vermelde pensioenleeftijd. Men kan dus maximaal 10 voorbije jaren 'inhalen'.

Merk op dat jaren die gepresteerd zijn vóór 2018, niet in rekening kunnen worden gebracht. Die wettelijke beperking is toch wel een streep door de rekening van vele zelfstandigen die al enkele jaren bezig zijn. Dat is des te opmerkelijk omdat *bedrijfsleiders*, buiten de valorisatie van 10 jaar vóór het sluiten van een groeps- of IPT-verzekering (reeds in de vennootschap gepresteerde jaren), zelfs nog 10 jaar van een voorheen, *buiten* de vennootschap, uitgeoefende beroepswerkzaamheid kunnen valoriseren.

Voorbeeld: een zelfstandige die in 2030 50 jaar oud is (wettelijke pensionering in 2047) en begin dat jaar een POZ afsluit, mag teruggaan tot 2020. Voor hem is n/L dus 27/40. Sluit hij begin 2019 een POZ af, dan is n/L 29/40 (in de veronderstelling dat hij minstens vanaf 2018 een zelfstandige activiteit (zonder vennootschap) heeft gehad).

Rente vs. kapitaal

Net als voor de 80%-regel uit artikel 59 WIB 1992, moeten uitkeringen in kapitaal worden omgezet in

een rente-uitkering door middel van omzettingscoëfficiënten, om na te gaan of aan de 80%-grens voldaan is. De coëfficiënten worden nog vastgelegd bij KB.

De nieuwe 80%-grens moet ook worden afgetoetst aan het totale bedrag van de wettelijke en (andere) aanvullende pensioenen, met uitzondering van de derdepijler-pensioenen (pensioensparen) (WP en EWPandere in de formule). Zo moet ook rekening worden gehouden met het VAPZ dat de zelfstandige heeft opgebouwd vanaf 2018.

Om de belastingvermindering te krijgen, moet de zelfstandige bewijsstukken ter beschikking houden van de fiscus. Uit een KB zal blijken of daarmee een gelijkaardig attest wordt bedoeld als voor groeps- en IPT-verzekeringen.

In het actualiteitscollege van 12 december 2017 van de leergang Pensioenrecht (KU Leuven) is de toepassing van de 80%-grens voor de POZ met voorbeelden geïllustreerd. Een gehuwde zelfstandige van 45 jaar, die tot nu toe steeds de maximale VAPZ-premie heeft gestort, sluit een POZ-overeenkomst. De pensioenleeftijd (zowel voor VAPZ als POZ) is 67 jaar. Dat betekent dat hij nog 22 jaar moet werken. Voor de berekening gaan we uit van een geraamd wettelijk pensioen van € 14 550 (minimumpensioen). Het VAPZ-contract voorziet in een instapkost van 3% op de premies en een jaarlijks beleggingsrendement van 1%. Het referentie-inkomen voor de 80%-grens bedraagt: € 40 000 (belastbare baten) + € 8 000 (RSVZ-bijdragen) + € 3 200 (VAPZ-premie) = € 51 200. Het VAPZ-pensioenkapitaal op 67 jaar, omgezet in rente, bedraagt: € 75 960 / 16,1004 = € 4 717,90. Het maximum op te bouwen POZ-pensioenkapitaal op 67 jaar bedraagt: $[(0,8 \times 51\,200) - 14\,550] \times 22/40 - 4\,717,90 \text{ €}] \times 16,1004 = € 157\,906,28$.

Net zoals bij een groeps- of IPT-verzekering voor bedrijfsleiders, is op de premies die worden gestort in een POZ, een premietaks verschuldigd van 4,4%.

Uitkeringen POZ afzonderlijk belastbaar

De uitkeringen in kapitaal van het nieuwe aanvullende pensioen voor zelfstandigen worden belast tegen het tarief van 10% (+ gemeentebelastingen) als ze worden uitgekeerd bij leven vanaf de leeftijd waarop de zelfstandige voldoet aan de voorwaarden om zijn

vervroegd rustpensioen op te nemen² of naar aanleiding van zijn overlijden. Uitkeringen op een ander tijdstip worden tegen een tarief van 33 % (+ gemeente-belastingen) belast.

De uitkeringen ontsnappen ook niet aan de RIZIV-bijdrage van 3,55% noch aan de solidariteitsbijdrage van 0% tot 2%.

Vastgoedfinanciering

Net zoals voor aanvullende pensioenen die zijn opgebouwd via een VAPZ-overeenkomst of via een groeps- of IPT-verzekering, is het ook voor de pensioenovereenkomst voor zelfstandigen mogelijk om voorschotten op prestaties te geven, pensioenrechten in pand te geven voor het waarborgen van een lening en de afkoopwaarde toe te wijzen aan de wedersamenstelling van een hypothecair krediet (als dat dient om in de EER gelegen onroerende goederen te kopen, te bouwen, te renoveren of te verbouwen en op voorwaarde dat de voorschotten en leningen worden terugbetaald van zodra die onroerende goederen uit het vermogen van de zelfstandige verdwijnen). Ook voor de POZ brengt dat mee dat het stelsel van de afzonderlijke belasting tegen 10% ingeruild wordt voor het belastingstelsel van de fictieve rente a rato van de eerste schijf van € 78 300 (bedrag voor aj. 2018) als de via de POZ gefinancierde vastgoedoperatie betrekking heeft op de enige woning van de zelfstandige (art. 169, § 1, lid 2 WIB 1992).

Inwerkingtreding

Het fiscale onderdeel van de nieuwe pensioenvorm voor zelfstandigen treedt in werking vanaf aanslagjaar 2019 (inkomsten van 2018). Merk op dat het *sociale* onderdeel van de regeling pas drie maanden na de publicatie in het *Staatsblad* van kracht wordt. Dat betekent dat in de praktijk pas ten vroegste tegen de zomervakantie de eerste POZ-polissen kunnen worden afgesloten.

Het zal moeten blijken of de zelfstandigen de nieuwe pensioenvorm fiscaal interessant genoeg vinden. Het valt toch op dat de fiscaliteit voor VAPZ-contracten gunstiger is. Hierna vindt u een vergelijking van het fiscale regime van beide stelsels.

	POZ	VAPZ
Fiscaal regime premies	Belastingvermindering van 30%, te verhogen met gemeentelijke opcentiemen	Aftrekbaar als beroepskost
Maximale premie	Specifieke 80%-grens van het referentie-inkomen (gemiddelde van 3 jaren)	8,17% van de heffingsgrondslag van de voorlopige RSVZ-bijdragen, met absoluut plafond in 2018 van € 3 187,04
Backservice	max. 10 gepresteerde jaren vóór het onderschrijvingskwartaal kan men inhalen maar ten vroegste vanaf 1 januari 2018	Niet mogelijk
Premietaks	4,4%	0%
RIZIV-bijdrage op uitkering	3,55%	3,55%
Solidariteitsbijdrage op uitkering	0 – 2%	0 – 2%
Belasting op pensioenuitkering	10% op pensioenkapitaal Progressieve tarieven (met belastingvermindering) op fictieve rente	Progressieve tarieven (met belastingvermindering) op fictieve rente
Belasting op overlijdenskapitaal	10% op pensioenkapitaal Progressieve tarieven (met belastingvermindering) op fictieve rente	Progressieve tarieven (met belastingvermindering) op fictieve rente

Aangezien het VAPZ-stelsel fiscaal interessanter is dan de POZ-overeenkomst, zal een zelfstandige zonder vennootschap eerst een VAPZ-contract afsluiten, en nadien eventueel aanvullen met een POZ-overeenkomst.

De POZ krijgt ook concurrentie van de derdepijlerpensioenen. Zo is er bij pensioensparen geen premietaks verschuldigd, en is er over de pensioenuitkeringen geen RIZIV- en solidariteitsbijdrage verschuldigd. Er is een anticipatieve heffing op 60 jaar ten belope van 8% en pensioenkapitalen die gevormd zijn met pensioenspaarbijdragen die gestort zijn na de 60e verjaardag, zijn niet belastbaar. Anderzijds kan een zelfstandige binnen een POZ-polis opteren voor een tak 23, d.i. een verzekering die is gekoppeld met beleggingsfondsen (net zoals dat kan binnen een groeps- of IPT-contract voor zelfstandige bedrijfsleiders). En dat kan dan weer niet bij een VAPZ.

² In 2018 (voor wie in dat jaar met pensioen gaat) is de minimumleeftijd 63 jaar én moet men een loopbaan hebben van minstens 41 jaar (uitzondering: bij een loopbaan van 43 jaar kan men op 60 jaar met pensioen en bij een loopbaan van 42 jaar kan het op 61 jaar). Vanaf 2019 is de minimumleeftijd 63 jaar én moet men een loopbaan van 42 jaar hebben (uitzondering: bij een loopbaan van 44 jaar kan men op 60 jaar met pensioen).

Inschrijving kapitaalvermindering in rekening-courant: de fiscus op de loer

Eind 2017 zijn heel wat vennootschappen overgegaan tot een kapitaalvermindering teneinde te anticiperen op de nieuwe pro rata-regeling die op 1 januari 2018 in werking getreden is. In veel gevallen werd het kapitaal substantieel verminderd. Wanneer de vennootschap over onvoldoende liquide middelen of uitkeerbare activa beschikt om de terugbetaling aan de aandeelhouders effectief uit te voeren, wordt vaak het bedrag van de kapitaalvermindering geboekt in rekening-courant.

Inmiddels is de wachtermijn van 2 maanden verstreken. Er wordt verwacht dat de fiscus de kapitaalverminderingen die eind 2017 werden doorgevoerd met argusogen zal bekijken en met name de kapitaalverminderingen die ingeschreven zijn in de rekening-courant van de aandeelhouders. Hierna analyseren we enkele pistes die de fiscus beoogt toe te passen.

1. Fiscaal misbruik

Een voor de hand liggende piste is de fiscale antimisbruikbepaling (art. 344, § 1 WIB 1992).

Wanneer de fiscus de fiscale antimisbruikbepaling wil toepassen, moet hij het objectieve element van het misbruik bewijzen, d.i. dat de belastingplichtige handelt in strijd met de doelstelling van de wet. Wanneer de fiscus dit bewijs levert, kan de belastingplichtige de toepassing van de antimisbruikbepaling afwenden door te bewijzen dat zijn handeling ingegeven is door zakelijke en economische motieven, andere dan de ontwijking van belastingen (i.e. het subjectieve element).

Artikel 18, eerste lid, 2° WIB 1992 – zoals van toepassing tot en met 31 december 2017 – bepaalde dat de gehele of gedeeltelijke terugbetaling van maatschappelijk kapitaal in beginsel een belastbaar dividend is, tenzij het gaat om een terugbetaling van gestort kapitaal, verkregen ter uitvoering van een regelmatige beslissing tot vermindering van het maatschappelijk kapitaal overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen.

De doelstelling van de wetgever bestaat erin dat de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal slechts belastingvrij kan plaatsvinden mits (i) het gaat om een terugbetaling van gestort kapitaal en (ii) de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen nageleefd worden. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de wijze of het tijdstip van terugbetaling.

De vraag of de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen zijn nageleefd en de kapitaalvermindering aangerekend wordt op het gestort kapitaal, geven in de praktijk slechts zelden aanleiding tot discussie. Wanneer de kapitaalvermindering in rekening-courant wordt geboekt, kan de fiscus van oordeel zijn dat er geen effectieve wil tot terugbetaling van kapitaal aan de aandeelhouders bestaat, maar de vennootschap reserves wou uitkeren.

Die piste is niet houdbaar. De inschrijving in rekening-courant kan immers weldegelijk als betaling worden gekwalificeerd. Het bedrag van de kapitaalvermindering is ten gevolge van de beslissing van de algemene vergadering definitief door de aandeelhouders verworven¹. Dit blijkt ook uit de administratieve commentaar die bepaalt dat de inschrijving van een bezoldiging op het credit van de rekening-courant van de zaakvoerder geldt als betaling². De fiscus kan dan ook bezwaarlijk voorhouden dat de inschrijving van een kapitaalvermindering in rekening-courant van de aandeelhouder niet als een betaling kan worden beschouwd. Bovendien bepalen noch artikel 18, eerste lid, 2° WIB 1992, noch het Wetboek van Vennootschappen op welke wijze de betaling moet gebeuren. Deze kan bijgevolg gebeuren door een betaling in cash, door vergoeding in natura, door schuldvergelijking en dus ook door inschrijving in rekening-courant. Om deze redenen kan de inschrijving van de kapitaalvermindering in rekening-courant niet het doel van artikel 18, eerste lid, 2° WIB 1992 – zoals van toepassing tot en met 31 december 2017 – schen-

¹ Vgl. Cass. 3 oktober 1967, Pas. 1968, I, 156.

² Com.IB 360/68.

den en kan er o.i. geen sprake van fiscaal misbruik zijn³.

Noteer eveneens dat enkel rekening moet gehouden worden met het doel van de op het ogenblik van de beslissing tot kapitaalvermindering toepasselijke fiscale wet. De fiscus kan bijgevolg de gewijzigde doelstelling van het huidige artikel 18, eerste lid, 2° WIB 1992 per 1 januari 2018 niet inroepen om een kapitaalvermindering die vóór voormelde datum is beslist als fiscaal misbruik te kwalificeren. De beslissing tot kapitaalvermindering werd immers genomen op een ogenblik dat de nieuwe wetbepaling nog niet in werking was getreden zodat haar doel nog niet kon worden geschonden⁴. De (wijze van) uitvoering van de beslissing is niet relevant, zoals ook de parlementaire voorbereiding bevestigt⁵.

Volledigheidshalve wijzen wij er op dat de Dienst Voorafgaande Beslissingen in een concrete situatie (vóór de wijziging van artikel 18 WIB 1992 per 1 januari 2018) heeft aangegeven dat een kapitaalvermindering geen fiscaal misbruik uitmaakt en dus niet moet belast worden als een dividenduitkering op grond van een geheel van elementen. Eén van die elementen betreft de afwezigheid van schuldfinanciering om de kapitaalvermindering te financieren, doch dit element lijkt niet van doorslaggevend belang te zijn geweest voor de beslissing van de Dienst⁶. O.i. kan de eventuele schuldfinanciering van een kapitaalvermindering geenszins wijzen op fiscaal misbruik waardoor die kapitaalvermindering zou kunnen belast worden als een dividenduitkering. De keuze van de vennootschap om de verrichting te financieren met schuld staat immers los van de eventuele vormkeuze van de (aandeelhouder van de) vennootschap om het kapitaal te verminderen dan wel een dividend uit te keren.

2. Verwerping van de interest als beroepskost

Indien de rekening-courant een creditstand vertoont, zijn in de regel interesten verschuldigd aan de aandeelhouder. Vastgesteld wordt dat de fiscus de aftrek

van die interest als beroepskost door de vennootschap betwist door aan te voeren dat de interestkost niet gedaan of gedragen wordt met het oog op het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten, zoals artikel 49 WIB 1992 vereist. Voor dit standpunt steunt de fiscus zich op een bekritiseerbaar vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen van 29 juni 2016. In deze zaak volgde de rechtbank de fiscus die de aftrek van interest op een lening ter financiering van een dividenduitkering en kapitaalvermindering had verworpen⁷.

Recent is de vraag of de interest die verband houdt met de financiering van een kapitaalvermindering een aftrekbare beroepskost is, meermaals aan bod gekomen⁸. Wij onderschrijven de in deze bijdragen aangevoerde argumentatie dat deze interest principieel als beroepskost kan afgetrokken worden indien zakelijke motieven die kost verantwoordt. Zo zijn de overwegingen dat een liquiditeitsbuffer aangehouden wordt voor de bedrijfsvoering, alsook dat de financiering gebeurt teneinde te voorkomen dat bedrijfsactiva die voor de activiteiten van de vennootschap aangewend worden verloren gaan (door uitkering in natura of door tegeldemaking van activa), legitieme argumenten die een kostenaf trek op basis van artikel 49 WIB 1992 verantwoordt.

Hoewel de minister van Financiën de deur open laat⁹, valt het te verwachten dat de fiscus – gesteund door het vonnis van 29 juni 2016 – een strenge en strikte houding zal aannemen. Daarbij komt dat ook het hof van beroep van Gent recent heeft beslist dat interesten op een krediet om een superdividend uit te keren niet aftrekbaar zijn¹⁰. Het argument dat de wijze van financiering een opportuniteitsbeslissing van de vennootschap is waarin de fiscus zich niet kan mengen, wordt binnen het kader van deze specifieke betwisting vrij eenvoudig door het hof aan de kant geschoven. Het opportuniteitsargument blijft o.i. echter relevant. Het bestaan van zakelijke motieven kan uiteraard de slaagkansen van een eventuele betwisting enkel maar verhogen.

De vraag kan overigens gesteld worden of het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel wordt geschonden wan-

3 Noteer dat deze analyse louter betrekking heeft op de modaliteiten inzake uitbetaling van de kapitaalvermindering. Over de eventuele toepassing van de antimisbruikbepaling op de kapitaalvermindering als zodanig wordt hier niet dieper ingegaan. Voor een recente bespreking, zie: T. JANSEN, «Rechtbank bevestigt toepassing artikel 344, § 1 nieuwe stijl», *Fisc. Act.* 2018, afl. 9, 1-4.

4 Antwerpen, 15 mei 2012, *FJF* 2013, nr. 2013/259; S. VAN THIENEN, «Komen liquidaties vóór 1 oktober 2014 in het vaarwater van de nieuwe antimisbruikbepaling?», *Fisc. Act.* 2013, afl. 43, 1-3.

5 *Gedr. St.* Kamer 2017-2018, nr. 2864/1, p. 32.

6 Voorafgaande beslissing 2017.152 van 6 juli 2017.

7 Rb. Antwerpen 29 juni 2016, AR 15/4070/A, www.monKEY.be.

8 Zie o.a. T. GERNAY, «Geen aftrek interest in verband met kapitaalvermindering en dividend?» *Fiscoloog* 2016, afl. 1487, 1; S. GNEDASI, «Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaf trek», *AFT* 2016, afl. 1, 115.

9 *Vr. en Antw.* Kamer 2016-17, QRVA 54/100, 23 december 2016, 324 (Vraag nr. 1381 Van Velthoven).

10 Gent 9 januari 2018, *Fiscoloog* 2018, afl. 1555, p. 7.

neer een aandeelhouder beslist om de vennootschap te financieren via rekening-courant (eerste situatie) of met kapitaal en nadien overgaat tot een kapitaalvermindering die wordt geboekt in rekening-courant (tweede situatie). In de eerste situatie is de interest aftrekbaar, terwijl dit in de tweede situatie mogelijk problematisch zou zijn. Dit lijkt ons een verschillende behandeling van vergelijkbare situaties.

3. Herkwalificatie van interesten in dividenden (*thin-capregeling*)

Op basis van artikel 18, eerste lid, 4° WIB 1992 wordt interest van voorschotten geherkwalificeerd in een dividend indien de lener een natuurlijk persoon is die aandeelhouder of bedrijfsleider is van de ontlenende vennootschap en in de mate dat bepaalde grenzen worden overschreden. Voorschotten worden gedefinieerd als al dan niet door effecten vertegenwoordigde geldleningen.

Er bestaat een ruime rechtspraak over de vraag of een inschrijving op het credit van de rekening-courant een geldlening is vanwege de aandeelhouder of bedrijfsleider, verstrekt aan de vennootschap waardoor de herkwalificatieregeling van toepassing is. De fiscus draagt hiervan de bewijslast. Een geldlening veronderstelt de afgifte van gelden door de lener aan de ontleners. Bij een rekening-courant is dit vaak niet het geval. Specifiek in het kader van de inschrijving van een kapitaalvermindering in rekening-courant, besliste het hof van beroep van Gent dat de fiscus niet bewees dat er een geldlening werd verstrekt¹¹.

Voor de toekomst wordt de bewijslast van de fiscus echter vereenvoudigd. De wet tot hervorming van de

vennootschapsbelasting van 25 december 2017 wijzigt de definitie van het begrip «voorschotten» en dit vanaf 1 januari 2020. Met ingang van die datum zullen voorschotten omschreven worden als «*elke al dan niet door effecten vertegenwoordigde vordering*».

Deze gewijzigde definitie betekent concreet dat een rekening-courant binnen het toepassingsgebied van artikel 18, eerste lid, 4° WIB 1992 zal vallen en de interesten hierop in dividenden zullen worden geherkwalificeerd onder de voorwaarden van dat artikel. Hierdoor zal het geherkwalificeerde gedeelte van de interest niet aftrekbaar zijn voor de vennootschap. Het dividend zal bij de belastbare bestanddelen van de vennootschap gevoegd worden.

4. Conclusie

De inschrijving van een kapitaalvermindering in de rekening-courant van een aandeelhouder is bedrijfsmatig verdedigbaar, maar de vennootschap dient rekening te houden met taxatiepogingen door de fiscus. De toepassing van de antimisbruikbepaling is o.i., tenzij in uitzonderlijke omstandigheden, uitgesloten. De fiscus heeft dankzij artikel 49 WIB 1992 enkele successen behaald over de verwerping van de interestaftrek, maar er bestaan o.i. voldoende argumenten om de interestaftrek te vrijwaren. Tot slot dient de vennootschap rekening te houden met de *thin-cap* bepaling van artikel 18, eerste lid, 4° WIB 1992. Wanneer de interest binnen de wettelijk bepaalde grenzen blijft, zal deze bepaling echter niet tot nadelige gevolgen kunnen leiden.

Kim BRONSELAER en Nicolas LAUWERS
BVBA De Langhe Advocaten

¹¹ Gent 23 november 2010, 2009/AR/2694, www.monKEY.be