

Het stelsel van de herwaarderingsmeerwaarden: een mooi staaltje juridisch kunst- en vliegwerk¹

Alexander Snyers²

I. Inleiding	418
II. Het stelsel van de herwaarderingsmeerwaarden	419
A. De omzetting van herwaarderingsmeerwaarden in kapitaal	420
B. De aanwending van in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarden ter aanzuivering van verliezen ..	420
C. De uitkering van in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarden	422
1° Enkele voorafgaande bedenkingen	422
2° De situatie naar huidig vennootschapsrecht	422
3° De impact van het WVV: een eerste analyse	424
4° Fiscale behandeling van de verrichting naar huidig recht	426
5° Update van het fiscaal recht ingevolge het WVV	429
6° Bijzondere risico's verbonden aan de verrichting	429
III. Besluit	430

SAMENVATTING

In dit artikel wordt ingegaan op het sedert 1 januari 2016 gewijzigde artikel 57 KB/W.Venn. en de daarin opgenomen regels omtrent de aanwending van een door een vennootschap geboekte herwaarderingsmeerwaarde. Er wordt een antwoord gezocht op de vraag in welke mate zulke meerwaarde voor uitkering vatbaar is ingeval ze door een vennootschap in haar kapitaal werd omgezet. Dit gebeurt aan de hand van het geldende boekhoud- en vennootschapsrecht, met aandacht voor de toekomstige wijzigingen onder het WVV. Er wordt tevens stilgestaan bij de fiscale implicaties van de besproken verrichting.

RÉSUMÉ

Cet article traite l'article 57 de l'arrêté royal relatif au Code des sociétés, tel que modifié depuis le 1^{er} janvier 2016, et les règles qu'il contient concernant l'utilisation d'une plus-value de réévaluation enregistrée par une société. La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure une telle plus-value peut être distribuée si elle a été convertie par une société en son capital. Cela se fait sur la base du droit comptable et du droit des sociétés en vigueur, en portant une attention particulière au droit futur du CSA. Les incidences fiscales de l'opération dont il est question sont également prises en compte.

I. INLEIDING

1. Het koninklijk besluit van 18 december 2015³ tot omzetting van de richtlijn nr. 2013/34/EU⁴ bracht een aantal belangrijke wijzigingen aan aan de regels met betrekking tot de boekhoudkundige verwerking van zogenaamde herwaarderingsmeerwaarden, neergelegd in de artikelen 56 en 57 van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering

¹. De materie in dit artikel werd bijgehouden tot 1 maart 2019.

². Mandaatassistent Vennootschaps- en Financieel recht, Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Onderneming & Recht.

³. Koninklijk besluit van 18 december 2015 tot omzetting van richtlijn nr. 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn nr. 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen nr. 78/660/EEG en nr. 83/349/EEG van de Raad (BS 30 december 2015, ed. 1) (hierna: "KB van 18 december 2015"). Luidens art. 57 van dit KB geldt de beperking van de omzetting van herwaarderingsmeerwaarden in het kapitaal zoals bedoeld in art. 11, 1°, *in fine* [van dit KB] vanaf 1 januari 2016.

⁴. Richtlijn nr. 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn nr. 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen nr. 78/660/EEG en nr. 83/349/EEG van de Raad (Pb. L. 182, 29 juni 2013, 19) (hierna: "richtlijn nr. 2013/34/EU").

van het Wetboek van Vennootschappen⁵. Deze gewijzigde regels deden in de praktijk al snel de vraag rijzen of een vennootschap, na een herwaarderingsmeerwaarde te hebben geboekt en (een gedeelte van dit bedrag) te hebben geïncorporeerd in haar eigen kapitaal, nog een reële kapitaalvermindering kon doorvoeren voor een bedrag dat hoger was dan het bedrag van het kapitaal voorafgaand aan de incorporatie⁶. Onder het huidige Wetboek van Vennootschappen kunnen er verschillende argumenten worden ontwikkeld die een bevestigend antwoord op die vraag verdedigen.

Met de inwerkingtreding van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (“WVV”)⁷, zal er in dit domein

rekening moeten worden gehouden met een nieuw set regels⁸. Dat nieuw set regels omvat een sterk aangescherpt regime wat betreft de aanwending van eerder geboekte herwaarderingsmeerwaarden. De beschouwingen in dit artikel zullen duidelijk maken waarom de wetgever dit aangescherpte regime noodzakelijk achtte.

Een artikel over het stelsel van de herwaarderingsmeerwaarden zou uiteraard niet volledig zijn, zonder ook aandacht te besteden aan de fiscale gevolgen van de verrichting waarbij een reële kapitaalvermindering wordt doorgevoerd na incorporatie van een herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal. Ook dit aspect zal in dit artikel verder worden geanalyseerd⁹.

II. HET STELSEL VAN DE HERWAARDERINGSMEERWAARDEN

2. Artikel 57, § 1 KB/W.Venn. laat een vennootschap naar huidig recht toe om onder bepaalde voorwaarden over te gaan tot een herwaardering van haar materiële of financiële vaste activa¹⁰. Na herwaardering moet zij de geboekte meerwaarden rechtstreeks toerekenen aan passiefpost III “Herwaarderingsmeerwaarden” en daar moeten ze in principe behouden blijven zolang de activa waarop ze betrekking hebben niet werden gerealiseerd¹¹.

Wat betekent dit nu concreet? Wel, stel, bij wijze van voorbeeld, dat een vennootschap eigenaar is van een onroerend goed (bv. een kantoorgebouw), dan zal dat goed aan een bepaalde waarde in haar boekhouding staan. Het is mogelijk dat de werkelijke waarde van dat goed na verloop van tijd hoger is dan de waarde die in de boekhouding staat uitge-

drukt. Als dat zo is, laat artikel 57 KB/W.Venn. de vennootschap toe om het goed te herwaarderen. Wanneer de vennootschap ervoor kiest om dat te doen¹², dan moet zij in haar boekhouding een meerwaarde tot uitdrukking brengen, welke zij op haar balans moet toerekenen aan passiefpost III en daar moet behouden zolang het onroerend goed niet wordt verkocht. Gaat zij op een later ogenblik over tot verkoop van het goed, dan realiseert zij de meerwaarde en moet passiefpost III worden afgeboekt¹³.

Een vennootschap kan een door haar uitgedrukte herwaarderingsmeerwaarde volgens de wet ook anders aanwenden. Zij heeft op grond van artikel 57, § 3 KB/W.Venn. de mogelijkheid om de geboekte herwaarderingsmeerwaarde over te brengen naar een reserve¹⁴ (tot beloop van de op de meer-

⁵. Koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van Vennootschappen (*BS* 6 februari 2001, *err. BS* 27 februari 2001) (hierna: “KB/W.Venn.”).

⁶. Over deze verrichting werd in de praktijk namelijk geregeld geadviseerd.

⁷. De beschouwingen in dit artikel zijn gebaseerd op de tekst van het wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen en houdende diverse bepalingen zoals goedgekeurd door de Kamer op 28 februari 2019 (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3119/022).

⁸. Het WVV treedt in werking op 1 mei 2019. Zie voor de overgangsregeling en inwerkingtreding art. 38 van het wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen en houdende diverse bepalingen zoals goedgekeurd door de Kamer op 28 februari 2019 (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3119/022).

⁹. Dit gebeurt aan de hand van het geldend fiscaal recht. Op de impact van het wetsontwerp tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3367), dat eveneens op 28 februari 2019 door de Kamer werd goedgekeurd, wordt slechts summier ingegaan. Zie hierover bv. ook: E. MASSET, “Fiscale wijzigingen om de fiscale wetboeken in overeenstemming te brengen met het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *Fisc. Week* 2018, afl. 46, 3-5.

¹⁰. Met name wanneer de waarde van deze activa, bepaald in functie van hun nut voor de vennootschap, op vaststaande en duurzame wijze uitstijgt boven hun boekwaarde. Wanneer de betrokken activa noodzakelijk zijn voor de voortzetting van het bedrijf van de vennootschap of van een onderdeel daarvan mogen zij slechts worden geherwaardeerd in de mate waarin de aldus uitgedrukte meerwaarde wordt verantwoord door de rentabiliteit van de vennootschap of van het betrokken bedrijfs onderdeel (art. 57, § 1 KB/W.Venn.). Zie voor een gedetailleerde bespreking van deze voorwaarden: CBN-advies 2011/14 – Herwaarderingsmeerwaarden, 6 juli 2011, www.cnc-cbn.be/files/advices/link/CBN_advies_2011_14.pdf (hierna “CBN-advies 2011/14”). Zie ook: S. GOEMINNE, “Les plus-values de reevaluation: nouvelle interpretation de la CNC”, *Actualité comptable* 2012, afl. 6, (1) 2-3; D. GARABEDIAN, “Le droit comptable et les comptes annuels expliqués aux juristes” in D. GARABEDIAN, *La fiscalité et la comptabilité racontées aux juristes*, Brussel, Larcier, 2018, 28, nr. 31.

¹¹. Art. 57, § 3, eerste lid KB/W.Venn. Zie ook: K. VAN HULLE, “Wettelijke beperkingen inzake winstuitkering” in P. FRANÇOIS, B. VAN BRUYSTEGEM, M. MASSAGE, K. VAN HULLE, C. DEBRULLE, G. VERHAEGEN en H. OLIVIER (eds.), *La modification du droit des sociétés commerciales – Het gewijzigd vennootschapsrecht. Bijzonder nummer TBH*, Antwerpen, 1984, (73) 78-79, nr. 11; S. VAN CROMBRUGGE, “Boekhoudrecht (mei 2015-april 2016)”, *TRV-RPS* 2016, (909) 951, nr. 50.

¹². Om te voldoen aan het principe dat de boekhouding een getrouw beeld van de vennootschap moet weerspiegelen.

¹³. Merk op dat het goed, voorafgaand aan de bepaling van de meerwaarde bij realisatie, op boekwaarde moet worden geplaatst zonder herwaardering. Zie hierover: S. GOEMINNE, “CBN haalt herwaarderingsmeerwaarden van onder het stof”, *Pacioli* 2012, afl. 332, (2) 7.

¹⁴. Zie ook: D. GARABEDIAN, “Le droit comptable et les comptes annuels expliqués aux juristes” in D. GARABEDIAN, *La fiscalité et la comptabilité racontées aux juristes*, Brussel, Larcier, 2018, 28-29, nr. 31.

waarde geboekte afschrijvingen) of de geboekte herwaarderingsmeerwaarde om te zetten in kapitaal¹⁵. Op deze laatste mogelijkheid wordt hierna nader ingegaan.

A. De omzetting van herwaarderingsmeerwaarden in kapitaal

3. De mogelijkheid om een geboekte herwaarderingsmeerwaarde om te zetten¹⁶ in kapitaal is neergelegd in artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn. Oorspronkelijk bepaalde dit artikel niets meer dan dat een vennootschap de mogelijkheid heeft om een herwaarderingsmeerwaarde om te zetten in kapitaal. Het KB van 18 december 2015 heeft daar verandering in gebracht door artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn. aan te vullen met volgende – beperkende – passage: “*Meerwaarden toegerekend aan rubriek III van het passief ‘Herwaarderingsmeerwaarden’ mogen slechts in kapitaal worden omgezet voor het gedeelte van de geherwaardeerde waarde vermindert met de geraamde belastingen hierop.*” Zij is ingegeven door een advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen (hierna verkort “CBN”) van 6 juli 2011¹⁷.

De CBN benadrukte in het verleden al dat zeer omzichtig te werk moet worden gegaan met het omzetten van geboekte herwaarderingsmeerwaarden in kapitaal¹⁸. De kans is namelijk reëel dat de meerwaarde die wordt gerealiseerd bij de realisatie van een geherwaardeerd actief zal worden belast, wat maakt dat een gedeelte van de eerder geboekte herwaarderingsmeerwaarde niet duurzaam tot het vermogen van de vennootschap kan worden gerekend. Aldus blijft de omzetting best beperkt tot het bedrag dat overblijft na aftrek van de geraamde belasting¹⁹ die in geval van realisatie van het actief op de meerwaarde zou worden geheven.

De aanvulling van artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn. komt niet alleen tegemoet aan dit zeer terechte advies van de CBN, maar strookt ook met het in artikel 7.2, tweede lid van richtlijn nr. 2013/34/EU neergelegde principe dat een herwaarderingsmeerwaarde geheel of *ten dele* in kapitaal kan worden omgezet²⁰. Zij verdient dan ook zonder meer bijval²¹.

B. De aanwending van in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarden ter aanzuivering van verliezen

4. Het KB van 18 december 2015 heeft naast de invoering van een beperking op de omzetting van een geboekte herwaarderingsmeerwaarde in kapitaal, ook de aanwending van een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde beperkt. De tekst van artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn. werd daartoe aangevuld met de volgende passage: “[...]; **een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde mag evenwel nooit rechtstreeks of onrechtstreeks worden aangewend om overgedragen verliezen geheel of gedeeltelijk aan te zuiveren voor het nog niet afgeschreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarde**” (eigen benadrukking). Deze aanvulling is opnieuw ingegeven door een advies van de CBN²².

Volgens de CBN vloeit uit de aanhef van artikel 57, § 3, eerste lid KB/W.Venn. (i.e. “*De geboekte meerwaarden worden rechtstreeks toegerekend aan rubriek III van het passief ‘Herwaarderingsmeerwaarden’ en daar behouden zolang de goederen waarop zij betrekking hebben, niet werden gerealiseerd.*”) voort dat een herwaarderingsmeerwaarde in de zin van artikel 57 KB/W.Venn. geen “resultaat” uitmaakt dat aanleiding kan zijn tot winstbestemming²³. Dat is cor-

¹⁵ Art. 57, § 3, eerste lid, 3° KB/W.Venn. maakt het ook mogelijk om de geboekte meerwaarde bij latere minderwaarde af te boeken tot beloop van het nog niet afgeschreven gedeelte van de meerwaarde. Zie ook: M. MARLIERE en C. SCHOTTE, “Le regime fiscal des plus-values dans les sociétés immobilières”, *Jurim Pratique* 2009, afl. 1, 78-79; R. GHYSSELS, “Synthese des projets d’avis CNC en relation avec la transposition de la directive 2013/34/UE”, *RGFCP* 2016, afl. 8, (33) 35-36.

¹⁶ Men spreekt ook wel van een opname of “incorporatie” in het kapitaal. Zie ook: S. GOEMINNE, “Les plus-values de reevaluation: nouvelle interpretation de la CNC”, *Actualité comptable* 2012, afl. 6, (1) 5.

¹⁷ CBN-advies 2011/14, p. 10.

¹⁸ Ook de Regering uitte al gelijklopende bezwaren (zie: verslag aan de Koning bij KB van 18 december 2015 (BS 30 december 2015, ed. 1), commentaar op art. 11: “*Het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 12 september 1983 vermeldde reeds dat het op grond van het voorzichtigheidsbeginsel aangewezen is om het gedeelte van de meerwaarde dat overeenstemt met de geraamde belasting die in geval van realisatie zou worden geheven, niet in kapitaal om te zetten.*”).

¹⁹ De CBN adviseert om voorzichtigheidshalve het belastingtarief toe te passen dat geldt op het ogenblik van de incorporatie van de herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal. Zij merkt terecht op dat eenmaal de kapitaalverhoging is uitgevoerd, daar in de regel niet meer op teruggekomen kan worden. Het is dan ook aan het bestuursorgaan om er zorg voor te dragen dat toekomstige belastingen op geboekte herwaarderingsmeerwaarden niet in het kapitaal terecht komen. Zie: CBN-advies 2016/23 – Herwaarderingsmeerwaarden: gevolgen van de wijzigingen aan art. 57 KB W.Venn. door het koninklijk besluit van 18 december 2015, 7 september 2016, www.cnc-cbn.be/files/advice/link/CBN_advies_2016_230.pdf, randnr. 8 (hierna “CBN-advies 2016/23”) en CBN-advies 2013/14 – De boekhoudkundige verwerking van de uitgestelde belastingen bij gerealiseerde meerwaarden waarvoor de uitgestelde belastingregeling geldt en bij kapitaalsubsidies, 23 oktober 2013, www.cnc-cbn.be/files/advice/link/CBN_advies_2013_140.pdf, randr. 5.

²⁰ Zie tevens: S. VAN CROMBRUGGE, “Boekhoudrecht (mei 2015-april 2016)”, *TRV-RPS* 2016, (909) 951, nr. 51; F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 259.

²¹ Zie ook: R. GHYSSELS, “Synthese des projets d’avis CNC en relation avec la transposition de la directive 2013/34/UE”, *RGFCP* 2016, afl. 8, (33) 36; I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2017-2018*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 76.

²² Verslag aan de Koning bij KB van 18 december 2015 (BS 30 december 2015, ed. 1), commentaar op art. 11.

²³ CBN-advies 2011/14, p. 11.

rect²⁴. Zolang zij geboekt zijn onder rubriek III van het passief, kunnen de met meerwaarden overeenstemmende bedragen niet worden aangewend om overgedragen verliezen geheel of gedeeltelijk aan te zuiveren. Deze zienswijze strookt met de in artikel 7, 2, derde lid richtlijn nr. 2013/34/EU uitgedrukte regel dat “[...] bedragen uit de herwaarderingsreserve slechts aan de winst-en-verliesrekening mogen worden toegevoegd indien de overgeboekte bedragen hetzij als kosten in de winst-en-verliesrekening zijn opgenomen hetzij betrekking hebben op een daadwerkelijk gerealiseerde waardevermeerdering [...]”²⁵. Meerwaarden die geboekt zijn onder rubriek III van het passief maken geen resultaat (lees: winst) uit. Pas wanneer zij worden gerealiseerd (in het kader van een verkoop) kunnen zij als resultaat aan de winst-en-verliesrekening worden toegevoegd.

Tot aan het KB van 18 december 2015 bepaalde artikel 57 KB/W.Venn. niets over de aanwending van een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde. Dat bracht de praktijk tot de conclusie dat een in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde via een formele kapitaalvermindering²⁶ kon worden aangewend om overgedragen verliezen aan te zuiveren²⁷, zelfs voor wat betreft het nog niet-afgeschreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarde²⁸. De Regering heeft dit achterpoortje via het KB van 18 december 2015 gesloten²⁹. Artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn. laat in zijn huidige vorm enkel nog toe dat het afgeschreven gedeelte van een geboekte herwaarderingsmeerwaarde, na omzetting in kapitaal, wordt aangewend om overgedragen verliezen geheel of gedeeltelijk aan te zuiveren³⁰.

5. In haar advies van 7 september 2016 stelt de CBN dat inzake aanwending van in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarden ter aanzuivering van verliezen – voor wat betreft het niet-afgeschreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarde – een onderscheid moet worden gemaakt tussen twee situaties³¹. De situatie waarbij de omzetting van (het niet-afgeschreven gedeelte) van een herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal noodzakelijk zou zijn geweest voor een vennootschap om een kapitaalvermindering te kunnen doorvoeren en deze waarbij zij dat ook had kunnen doen zonder dat zij de herwaarderingsmeerwaarde in kapitaal had omgezet. De CBN is in haar advies van mening dat enkel in de tweede situatie nog een formele kapitaalvermindering kan worden doorgevoerd.

Gelet op de bewoordingen van het gewijzigde artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn. die het niet hebben over de herwaarderingsmeerwaarde *an sich*, maar over een *in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde*³², is deze interpretatie begrijpelijk. Dat neemt niet weg dat zij vanuit legislatief oogpunt vatbaar is voor kritiek. Zo wordt terecht verdedigd dat een beperking op de aanwending van een in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde niet bij koninklijk besluit, maar bij wet had moeten worden ingevoerd, omdat niet louter wordt ingegrepen in het boekhoudrecht. De Koning heeft in artikel 92, § 1 W.Venn. enkel de bevoegdheid gekregen om waarderingsmaatstaven vast te leggen en de inhoud en de vorm van de jaarrekening te bepalen³³.

²⁴. Zie ook: J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Buylant, 1954, 471, nr. 775; G. ZEYEN, “Les nouvelles règles relatives aux plus-values de réévaluation en matière comptable”, *BJS* 2016, afl. 2, 12; S. VAN CROMBRUGGE, “Boekhoudrecht (mei 2015-april 2016)”, *TRV-RPS* 2016, (909) 951, nr. 50.

²⁵. Deze regel was ook al in de vierde richtlijn opgenomen. Zie art. 33, tweede lid, c) *in fine* vierde richtlijn nr. 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, derde lid, *sub g*) van het verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (*Pb.* L. 222, 14 augustus 1978, 11).

²⁶. Dit is een kapitaalvermindering die geen vermindering van het vennootschapsvermogen en geen onmiddellijke uitkering aan de aandeelhouders met zich meebrengt. Zij is niet onderworpen aan de normale procedure van kapitaalvermindering (met schuldeisersbescherming) neergelegd in art. 317 W.Venn. (BVBA), *c.q.* art. 613 W.Venn. (NV) (zie art. 318 W.Venn. (BVBA), *c.q.* art. 614 W.Venn. (NV)). Zie ook: H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 637.

²⁷. Zie hierover in oudere rechtsleer ook: K. VAN HULLE, “Wettelijke beperkingen inzake winstuitkering” in P. FRANÇOIS, B. VAN BRUYSTEGEM, M. MASSAGE, K. VAN HULLE, C. DEBRULLE, G. VERHAEGEN en H. OLIVIER (eds.), *La modification du droit des sociétés commerciales – Het gewijzigd vennootschapsrecht. Bijzonder nummer TBH*, Antwerpen, 1984, (73) 77, nr. 8. Zie ook: S. GOEMINNE, “Les plus-values de reevaluation: nouvelle interprétation de la CNC”, *Actualité comptable* 2012, afl. 6, (1) 6.

²⁸. Zie: K. VAN HULLE, “Wettelijke beperkingen inzake winstuitkering” in P. FRANÇOIS, B. VAN BRUYSTEGEM, M. MASSAGE, K. VAN HULLE, C. DEBRULLE, G. VERHAEGEN en H. OLIVIER (eds.), *La modification du droit des sociétés commerciales – Het gewijzigd vennootschapsrecht. Bijzonder nummer TBH*, Antwerpen, 1984, (73) 77, nr. 8. Zie ook de beschouwingen van J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales”, *RCJB* 1967, 277 en 351-353.

²⁹. Verslag aan de Koning bij KB van 18 december 2015 (*BS* 30 december 2015, ed. 1), commentaar op art. 11.

³⁰. Zie ook: CBN-advies 2016/23, randnr. 13. Zie ook: R. GHYSELS, “Synthese des projets d’avis CNC en relation avec la transposition de la directive 2013/34/UE”, *RGFCP* 2016, afl. 8, (33) 36.

³¹. CBN-advies 2016/23, randnrs. 11-12. Zie ook: G. ZEYEN, “Les nouvelles règles relatives aux plus-values de réévaluation en matière comptable”, *BJS* 2016, afl. 2, 12.

³². F. HENNEAUX wijst terecht op een *contradictio in terminis*, omdat een element van het eigen vermogen niet tegelijk deel kan uitmaken van het kapitaal en van de passiefrubriek “Herwaarderingsmeerwaarden”. Zie: F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 257.

³³. Zie hierover meer: F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 257-258. Zie in dit verband eveneens de erg treffende *dissenting opinion* van twee leden van de CBN: CBN-advies 2016/23, vn. 19.

C. De uitkering van in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarden

6. Naast voormelde aanvullingen bij artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn., voegde het KB van 18 december 2015 ook een volledig nieuw lid aan artikel 57, § 3 KB/W.Venn. toe. Dit luidt: “*De geboekte meerwaarden mogen noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks worden uitgekeerd, zolang deze niet overeenstemmen met een gerealiseerde meerwaarde of met een afschrijving op de meerwaarde die al dan niet werd overgebracht naar een reserve overeenkomstig het vorige lid, 1° [i.e. art. 57, § 3, eerste lid, 1° KB/W.Venn.]*”. Deze sedert zijn invoering ogenschijnlijk “nieuwe” regel lijkt op het eerste gezicht neer te komen op een absoluut uitkeringsverbod voor geboekte meerwaarden. Maar is dat wel zo?

1° Enkele voorafgaande bedenkingen

7. Vooraleer we nader op deze vraag ingaan, kunnen alvast twee korte bedenkingen worden geformuleerd. Een eerste bedenking is dat het verbod op uitkering van geboekte meerwaarden in 2015 op zich niet nieuw was. De Regering gaf in haar verslag aan de Koning bij het KB van 18 december 2015 weliswaar aan dat het uitkeringsverbod in artikel 57, § 3, tweede lid KB/W.Venn. werd ingegeven door het derde lid van artikel 7, 2 van richtlijn nr. 2013/34/EU³⁴, maar in werkelijkheid bestond het verbod al veel langer. De regel dat “*uit de herwaarderingsreserve* – in België werd dit begrip vervangen door het begrip “herwaarderingsmeerwaarde” omdat de notie “reserve” wordt geassocieerd met winst en men geen verwarring wou laten bestaan over het feit dat geboekte meerwaarden geen winst uitmaken³⁵ – *noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks bedragen mogen worden uitgekeerd, tenzij zij overeenstemmen met een*

gerealiseerde waardevermeerdering” gaat terug op de vierde richtlijn³⁶ die dateert uit 1978³⁷. Om onduidelijke redenen werd deze regel nooit eerder in het Belgisch recht omgezet.

Traditioneel en minstens sinds de jaren 1980 werd al aangenomen dat het bedrag van een herwaarderingsmeerwaarde niet, zoals een beschikbare reserve, als uitkeerbaar vermogen mag worden beschouwd, en dit omdat herwaarderingsmeerwaarden niet gerealiseerde opbrengsten zijn. Men kon vervolgens verdedigen dat, aangezien niet onrechtstreeks mag wat rechtsreeks verboden is, het evenmin toegelaten was om herwaarderingsmeerwaarden die in het kapitaal geïncorporeerd waren, vervolgens via een reële kapitaalvermindering uit te keren³⁸. Maar het staat vast dat er heel wat vennootschappen (en vennootschapsadviseurs) waren die zich niet aan die regel hielden en toch tot dergelijke uitkeringen en kapitaalverminderingen overgingen³⁹.

Een tweede, meer specifieke, bedenking is dat richtlijn nr. 2013/34/EU met geen woord rept over de mogelijkheid om het kapitaal van een vennootschap te verminderen na omzetting van een herwaarderingsmeerwaarde in kapitaal. Zij geeft – zoals hiervoor uiteengezet – enkel aan dat een “*herwaarderingsreserve (lees: herwaarderingsmeerwaarde) te allen tijde geheel of ten dele in kapitaal kan worden omgezet*”. Gebeurlijke kapitaalbewegingen die daarop volgen, worden niet in de richtlijn gereguleerd⁴⁰.

2° De situatie naar huidig vennootschapsrecht

8. Dit brengt ons terug bij de draagwijdte van het in artikel 57, § 3, tweede lid KB/W.Venn. opgenomen uitkeringsverbod. Moet dit uitkeringsverbod ruim worden geïnterpreteerd, zodat artikel 57, § 3 KB/W.Venn. niet enkel een formele kapitaalvermindering (ten belope van het niet-afge-

³⁴ Verslag aan de Koning bij KB van 18 december 2015 (BS 30 december 2015, ed. 1), commentaar op art. 11. Zie ook: G. ZEYEN, “Les nouvelles règles relatives aux plus-values de réévaluation en matière comptable”, *BJS* 2016, afl. 2, 12.

³⁵ Zie hierover ook: R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 171, nr. 236; F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 255, vn. 15.

³⁶ Zie art. 33, tweede lid, c) *in fine* vierde richtlijn nr. 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, derde lid, *sub g*) van het verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (*Pb. L.* 222, 14 augustus 1978, 11).

³⁷ Zie voor eenzelfde vaststelling: K. VAN HULLE, “Wettelijke beperkingen inzake winstuitkering” in P. FRANÇOIS, B. VAN BRUYSTEGEM, M. MASSAGE, K. VAN HULLE, C. DEBRULLE, G. VERHAEGEN en H. OLIVIER (eds.), *La modification du droit des sociétés commerciales – Het gewijzigd vennootschapsrecht. Bijzonder nummer TBH*, Antwerpen, 1984, (73) 79, nr. 11; F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 260. Zie ook: P. VAN OMMESLAGHE, “Le maintien du capital des sociétés anonymes”, *Ann.dr.Louvain* 1985, (151) nr. 6.

³⁸ Zie over de problematiek: advies 113/3 CBN “Aanwending van herwaarderingsmeerwaarden”, *Bull.CBN*, nr. 8, april 1981; P. VAN OMMESLAGHE, “Le maintien du capital des sociétés anonymes”, *Ann.dr.Louvain* 1985, 151, nr. 6; M. MASSAGÉ, *L’adaptation du droit des sociétés anonymes au deuxième et quatrième directives européennes*, Brussel, Swinnen, 1985, 166, nr. 119; E. DE LEMBRE, *Handboek Boekhouden*, Boek 4, *Grondige studie van de jaarrekening naar Belgisch recht*, Deurne, Wolters Plantyn, 2004, 75 en 83.

³⁹ Vgl. met de situatie in Antwerpen 8 mei 2003, *TBH* 2005, 391, noot H. DE WULF.

⁴⁰ Zie ook: D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 171, nr. 243; F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 255. De lidstaten krijgen wel enige vrijheid om regels vast te stellen voor het gebruik van herwaarderingsmeerwaarden. Zie art. 7, 2., derde lid richtlijn nr. 2013/34/EU: “[...] **De lidstaten kunnen regels vaststellen voor het gebruik van de herwaarderingsreserve, met dien verstande dat er slechts bedragen uit de herwaarderingsreserve aan de winst-en-verliesrekening mogen worden toegevoegd indien de overgeboekte bedragen hetzij als kosten in de winst-en-verliesrekening zijn opgenomen hetzij betrekking hebben op een daadwerkelijk gerealiseerde waardevermeerdering. [...]**” (eigen benadrukking).

schreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarde) verbiedt, maar ook een reële kapitaalvermindering⁴¹ (ten belope van een bedrag dat geheel of gedeeltelijk overeenstemt met een in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde), of zijn er argumenten die een andere interpretatie rechtvaardigen?

Dergelijke argumenten zijn er wel degelijk, te beginnen met de wijze waarop de tekst van artikel 57, § 3 KB/W.Venn. werd geredigeerd. Het verbod op uitkering van geboekte meerwaarden werd niet opgenomen in artikel 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn., maar als een nieuw lid aan artikel 57, § 3 KB/W.Venn. toegevoegd. Dit maakt duidelijk dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen een “in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde” enerzijds en een “niet in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde” anderzijds⁴². Een niet in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde kan op generlei wijze worden uitgekeerd zolang het actief waarop de geboekte meerwaarde betrekking heeft niet werd gerealiseerd of afgeschreven. Een niet in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde is zo aan een absoluut uitkeringsverbod onderworpen. Een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde is slechts aan één beperking onderworpen. Zij kan – voor wat betreft het niet-afgeschreven gedeelte ervan – niet via een formele kapitaalvermindering worden aangewend om door de vennootschap overgedragen verliezen geheel of gedeeltelijk aan te zuiveren. Andere kapitaalverrichtingen zijn niet verboden, althans niet volgens de letterlijke bewoordingen van artikel 57 KB/W.Venn. Bijkomende steun voor deze zienswijze kan worden gevonden in het feit dat een (gedeeltelijk) in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde bij een latere realisatie van de meerwaarde niet meer zal kunnen worden afgeboekt van passiefpost III “Herwaarderingsmeerwaarden” (simpelweg omdat die post na incorporatie niet meer zal

bestaan). De gerealiseerde meerwaarde zal op dat ogenblik sowieso als kapitaalvermindering moeten worden (af)geboekt⁴³.

Daar komt bij dat er geen enkele reden is om aan te nemen dat de notie “uitkering” in artikel 7.2, derde lid richtlijn nr. 2013/34/EU en het nieuwe artikel 57, § 3, tweede lid KB/W.Venn., anders zou moeten worden opgevat of ingevuld dan in de zin van richtlijn nr. 2012/30/EU⁴⁴ (thans richtlijn nr. 2017/1132⁴⁵)⁴⁶. Welnu, artikel 17, eerste lid richtlijn nr. 2012/30/EU (i.e. het huidige art. 56, eerste lid richtlijn nr. 2017/1132) maakt duidelijk dat met de notie “uitkering” niet wordt bedoeld op een kapitaalvermindering, maar op een dividenduitkering⁴⁷: “Behalve in geval van vermindering van het geplaatste kapitaal, mag aan de aandeelhouders geen enkele uitkering worden gedaan indien op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar het nettoactief, zoals dat blijkt uit de jaarrekening, is gedaald of ingevolge de uitkering zou dalen beneden het bedrag van het geplaatste kapitaal, vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten niet mogen worden uitgekeerd.” Artikel 17, vierde lid richtlijn nr. 2012/30/EU (i.e. het huidige art. 56, vierde lid richtlijn nr. 2017/1132) stelt dit ook met zoveel woorden: “Het woord ‘uitkering’ in de leden 1 en 3 omvat in het bijzonder de betaling van dividenden en de betaling van rente op aandelen.”

Wanneer we de artikelen 7.2, derde lid richtlijn nr. 2013/34/EU en 57, § 3, tweede lid KB/W.Venn. in het licht van voormelde begripsomschrijving interpreteren, kunnen we besluiten dat een reële kapitaalvermindering ten belope van een bedrag dat (geheel of gedeeltelijk) overeenstemt met een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde vandaag principieel mogelijk is. Dat een reële kapitaalvermindering als gevolg van die interpretatie anders wordt behandeld dan een formele kapitaalvermindering ter aanzuivering van over-

41. Dit is een kapitaalvermindering die daadwerkelijk leidt tot de afname van het vennootschapsvermogen en een uitkering van vennootschapsmiddelen aan de aandeelhouders. Een reële kapitaalvermindering is onderworpen aan een specifieke procedure met schuldeisersbescherming (art. 317 W.Venn. (BVBA), c.g. art. 613 W.Venn. (NV)). Zie ook: H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 639.

42. Zie in dezelfde zin: S. VAN CROMBRUGGE, “Boekhoudrecht (mei 2015-april 2016)”, *TRV-RPS* 2016, (909) 952, nr. 52. Deze visie is niet vrij van kritiek: F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 258.

43. Zie hierover: S. GOEMINNE, “CBN haalt herwaarderingsmeerwaarden van onder het stof”, *Pacioli* 2012, afl. 332, (2) 7.

44. Richtlijn nr. 2012/30/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (*Pb. L.* 315, 14 november 2012, 74) (hierna “richtlijn nr. 2012/30/EU”).

45. Richtlijn nr. 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (*Pb. L.* 169, 30 juni 2017) (hierna “richtlijn nr. 2017/1132”).

46. Ook de CBN is deze mening toegedaan. Zo blijkt uit een ontwerpadvies van de CBN van 19 april 2017 over kapitaalvermindering na incorporatie van een herwaarderingsmeerwaarde in kapitaal (hierna “CBN-ontwerpadvies van 19 april 2017”), www.cnc-cbn.be/files/news/link/20170607_NL_Ontwerpadvies_Herwaarderingsmeerwaarden.pdf, randnr. 4.

47. Ook in oudere rechtsleer van vóór richtlijn nr. 2012/30/EU – die inzake uitkeringen gewoon de bepalingen van de tweede vennootschapsrichtlijn (i.e. tweede richtlijn nr. 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea van het verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken (*Pb. L.* 26, 31 januari 1977)) hernam – werd al geopperd dat een bepaalde verandering een “uitkering” inhoudt wanneer het vennootschapsvermogen een verarming ondergaat ten voordele van het vermogen van één of meer aandeelhouders, bestuurders of zaakvoerders, zonder wijziging van het maatschappelijk kapitaal. Zie hierover: R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblio, 2003, 43.

gedragen verliezen – voor wat betreft het niet-afgeschreven gedeelte van een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde – is verantwoord⁴⁸. Een reële kapitaalvermindering is in het Wetboek van Vennootschappen onderworpen aan een bijzondere procedure die de schuldeisers van de vennootschap het recht geeft om een bijkomende zekerheid te eisen voor de terugbetaling van hun vorderingen op de vennootschap⁴⁹. Een formele kapitaalvermindering kent deze bijzondere waarborgen niet. Dit gebrek aan schuldeisersbescherming maakt – naast hogervermelde overwegingen – dat een beperking op de aanwending van in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarden ter aanzuivering van overgedragen verliezen (*lees*: een andere behandeling van de formele kapitaalvermindering) gerechtvaardigd is.

9. Uit een CBN Ontwerpadvies van 19 april 2017 blijkt dat ook de CBN erkent dat een reële kapitaalvermindering na omzetting van een herwaarderingsmeerwaarde in kapitaal mogelijk is⁵⁰. Zij meent echter dat zulke kapitaalvermindering ook door de vennootschap had moeten kunnen worden doorgevoerd zonder incorporatie van de herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal. Er moet volgens de CBN vandaag ook wat betreft de reële kapitaalvermindering een onderscheid worden gemaakt tussen twee verschillende situaties. De situatie waarbij de omzetting van een herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal noodzakelijk zou zijn geweest voor een vennootschap om een kapitaalvermindering te kunnen doorvoeren en deze waarbij de kapitaalvermindering ook had kunnen worden uitgevoerd zonder dat (het niet-afgeschreven gedeelte van) de herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal was opgenomen. De CBN lijkt in haar ontwerpadvies verder ook de mening te zijn toegeedaan dat het niet-afgeschreven gedeelte van een herwaarderingsmeerwaarde na een kapitaalvermindering nog in het kapitaal aanwezig moet blijven.

We herkennen hierin al snel de redenering die de CBN eerder al uitwerkte rond de aanwending van het niet-afgeschreven gedeelte van een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde ter aanzuivering van een overgedragen verlies (*lees*: de formele kapitaalvermindering)⁵¹. Echter, waar er vandaag een duidelijke wettelijke grondslag is voor deze redenering wat de formele kapitaalvermindering betreft

(*i.e.* art. 57, § 3, eerste lid, 2° KB/W.Venn.) is deze grondslag voor de reële kapitaalvermindering naar huidig recht uiterst onduidelijk. Zij vindt in elk geval geen steun in de bewoordingen van artikel 57, § 3 KB/W.Venn., noch in het Wetboek van Vennootschappen. Ook op fiscaal gebied is er vandaag geen reden om aan te nemen dat het niet-afgeschreven gedeelte van een herwaarderingsmeerwaarde (na een kapitaalvermindering) in het kapitaal aanwezig zou moeten blijven: enkel afschrijvingen die gegrond zijn op de aanschafswaarde van activa worden fiscaal als beroepskosten in aanmerking genomen⁵².

3° De impact van het WVV: een eerste analyse

10. Dat een vennootschap een in kapitaal opgenomen herwaarderingsmeerwaarde (geheel) aan haar aandeelhouders kan doen toekomen via een reële kapitaalvermindering is naar huidig recht verdedigbaar. Een interessante vraag is of dit ook naar toekomstig recht nog zo zal zijn. Het is geen geheim dat de wetgever zich graag laat inspireren door de CBN om de wettelijke regels verder aan te scherpen. Welnu, wat de aanwending van geboekte herwaarderingsmeerwaarden betreft, heeft de wetgever in het WVV inderdaad twee wijzigingen voorzien die door adviezen van de CBN zijn geïnspireerd.

Een eerste wijziging houdt verband met de regels die de uitkeerbaarheid van winst beheersen. Terwijl de artikelen 320, § 1, eerste lid W.Venn. (BVBA) en 617, eerste lid W.Venn. (NV) vandaag de dag uitsluitend bepalen dat “*geen uitkering mag geschieden indien op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar het netto-actief, zoals dat blijkt uit de jaarrekening, is gedaald of ten gevolge van de uitkering zou dalen beneden het bedrag van het gestorte of, indien dit hoger is, van het opgevraagde kapitaal, vermeerderd met alle reserves die volgens de wet of de statuten niet mogen worden uitgekeerd*”, bepalen de nieuwe artikelen 5:142, eerste lid WVV (BV⁵³) en 7:212, eerste lid WVV (NV) – die op deze artikelen voortbouwen⁵⁴ – uitdrukkelijk dat “*het niet afgeschreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarden*” voor de toepassing van deze bepalingen, hetzij “*als onbeschikbaar moet worden beschouwd*” (BV), hetzij “*moet worden gelijkgesteld met een krachtens de wet als onbe-*

⁴⁸ Zie ook: S. VAN CROMBRUGGE, “Boekhoudrecht (mei 2015-april 2016)”, *TRV-RPS* 2016, (909) 952, nr. 52; F. HENNEAUX, “Plus-value de réévaluation, incorporation au capital et réduction de capital après l’arrêté royal du 18 décembre 2015”, *TRV-RPS* 2016, (253) 258. Vgl.: verslag aan de Koning bij het KB van 12 september 1983 (*BS* 29 september 1983, p. 11.902).

⁴⁹ De schuldeisers van de vennootschap hebben bij een reële kapitaalvermindering het recht om binnen de 2 maanden na de bekendmaking van de kapitaalvermindering in de *bijlagen bij het Belgisch Staatsblad* een bijkomende zekerheid te eisen voor de nakoming van de vorderingen die op het tijdstip van de bekendmaking nog niet zijn vervallen (art. 317 W.Venn. (BVBA), *c.q.* art. 613 W.Venn. (NV)). Zie ook: H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 642-643; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 435.

⁵⁰ CBN-ontwerpadvies van 19 april 2017, randnrs. 5-6.

⁵¹ Zie *supra*, randnr. 5.

⁵² Zie art. 61 WIB 1992. De uitkering van een herwaarderingsmeerwaarde kan in bepaalde gevallen uiteraard wel aanleiding geven tot een belastingheffing (zie *infra*, randnr. 11).

⁵³ De BV of besloten vennootschap zal in het nieuw recht in de plaats komen van de BVBA.

⁵⁴ Wat de BV betreft worden wel een aantal wijzigingen doorgevoerd om de bepaling in lijn te brengen met de voorgestelde afschaffing van het kapitaalbegrip. Zo zal er voortaan worden gesproken over “*onbeschikbaar eigen vermogen*” in plaats van kapitaal.

schikbaar gestelde reserve (NV)”. De wetgever wil met deze toevoeging(en) naar eigen zeggen verduidelijken dat puur verwachte maar nog niet aan de werkelijkheid van een effectieve “*at arm’s length*”-verrichting afgetoetste waardeaan-groei als winst zou worden beschouwd⁵⁵. Hij knoopt zo – al dan niet bewust – aan bij de reeds aangehaalde CBN-overweging⁵⁶ dat een herwaarderingsmeerwaarde geen resultaat uitmaakt dat aanleiding kan zijn tot winstbestemming. Omdat de juistheid van deze overweging nooit echt ter discussie heeft gestaan, voegen voormelde bewoordingen *de facto* weinig toe.

Een tweede wijziging houdt verband met de regels aan-gaande de reële kapitaalvermindering in een NV. De tekst van het huidige artikel 612 W.Venn. – die integraal zal worden hernomen in het nieuwe artikel 7:208 WVV⁵⁷ – wordt aangevuld met volgende bewoordingen: “*Wanneer een herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal is omgezet mag het kapitaal niet worden verminderd tot een bedrag lager dan het minimumkapitaal 1° verhoogd met het bedrag van de omgezette herwaarderingsmeerwaarde, en 2° in voorkomend geval verminderd met het bedrag van de inmiddels gerealiseerde meerwaarde ingevolge overdracht van het betrokken actiefbestanddeel.*” Deze bewoordingen sluiten opnieuw opvallend goed aan bij de redenering uiteengezet in hogergenoemd CBN-ontwerpadvies van 19 april 2017⁵⁸ (dat met de aannahme van art. 7:208 WVV een duidelijke wette-lijke basis heeft gekregen). Zij hebben tot gevolg dat een vennootschap zich niet langer op de procedure van de reële kapitaalvermindering zal kunnen beroepen om een in het kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde (geheel of ten dele) aan de aandeelhouders te doen toekomen vooraf-gaand aan de daadwerkelijke realisatie ervan. Het hiervoor genoemde uitkeringsverbod krijgt op die manier dus een absoluut karakter. Het zal, in de toekomst enkel nog moge-lijk zijn om een in het kapitaal omgezette herwaarderings-meerwaarde via een reële kapitaalvermindering aan de aan-deelhouders te doen toekomen na (een gehele of gedeelte-lijke) verkoop van het geherwaardeerde actiefbestanddeel. De meerwaarde heeft volgens de wetgever voorafgaand aan dat moment nog geen “reëel karakter”⁵⁹ en komt als deel van het kapitaal pas in aanmerking voor een reële kapitaalver-mindering op het ogenblik dat zij dat karakter verkrijgt.

Een voorbeeld kan dit verder verduidelijken. Stel dat een NV een kapitaal heeft van 4 miljoen EUR en op een bepaald moment besluit om een eerder geboekte herwaarderings-meerwaarde van 2 miljoen EUR om te zetten in kapitaal. Welnu, dan kan zij haar kapitaal maar verminderen tot ten hoogste 2.061.500 EUR en dus met maximaal 3.938.500 EUR. Het kapitaal kan via een reële kapitaalver-mindering nooit dalen tot beneden het bedrag van het mini-mumkapitaal dat in een NV 61.500 EUR bedraagt en daar moet het nog het niet-gerealiseerde gedeelte van de in kapi-taal omgezette herwaarderingsmeerwaarde, die in ons voor-beeld 2 miljoen EUR bedraagt, worden bijgeteld. Wanneer diezelfde NV enige tijd later een gedeelte van het geherwaar-deerde actiefbestanddeel verkoopt en als gevolg daarvan een meerwaarde realiseert van 600.000 EUR, dan kan het kapi-taal worden verminderd tot ten hoogste 1.461.500 EUR en dus met maximaal 4.538.000 EUR⁶⁰.

Het is niet helemaal duidelijk of de wetgever bij het formu-leren van deze wijziging wel heeft gedacht aan de situatie waarbij een voorheen uitgedrukte meerwaarde door het optreden van nieuwe feiten niet meer (volledig) bestaat. Normaal moet in dat geval de nog niet afgeschreven, over-tollige meerwaarde worden afgeboekt door een eenvoudig terugdraaien van de verrichting via een tegengestelde boe-king⁶¹. Dat kan niet wanneer de herwaarderingsmeerwaarde reeds werd omgezet in kapitaal. Zoals de CBN terecht aan-geeft, moet in dat geval in principe een kapitaalvermindering worden doorgevoerd, daar dit de meest coherente oplossing is⁶². Zo’n kapitaalvermindering zou volgens de letterlijke bewoordingen van het voorgestelde artikel 7:208 WVV in de toekomst evenwel niet langer mogelijk zijn. Het niet-cor-rect geherwaardeerde actiefbestanddeel wordt immers niet “overgedragen”. Moet de omzetting in kapitaal in dat geval als onomkeerbaar worden beschouwd en het verdwijnen van de meerwaarde als kost in de resultatenrekening worden geboekt?

11. Het weze opgemerkt dat het huidige KB/W.Venn. en het daarin opgenomen artikel 57 samen met het Wetboek van Vennootschappen zal worden opgeheven en vervangen door een volledig nieuw uitvoeringsKB. Bij het finaliseren van dit artikel was dit KB nog niet publiek beschikbaar.

^{55.} Zo blijkt uit de commentaar die de wetgever in de *memorie van toelichting* bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV geeft bij art. 7:208 (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, p. 265).

^{56.} Zie *supra*, randnr. 4.

^{57.} Er werd omwille van de voorgestelde afschaffing van het kapitaalbegrip in de BV logischerwijze geen analoge bepaling uitgewerkt voor de BV.

^{58.} Zie *supra*, randnr. 9.

^{59.} Zo blijkt opnieuw uit de commentaar die de wetgever in de *memorie van toelichting* bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV geeft bij art. 7:208 (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, p. 265).

^{60.} De wetgever geeft een gelijkkluidend voorbeeld in de *memorie van toelichting* bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV, meer bepaald in de commentaar bij art. 7:208 (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, p. 265).

^{61.} CBN-advies 2011/14, p. 13.

^{62.} Slechts uitzonderlijk zou de onderneming een uitzonderlijke kost mogen boeken. Zie CBN-advies 2011/14, p. 14. Zie ook: X. DIEUX et D. WILLER-MAIN, “Questions speciales concernant la restructuration du capital de la societe anonyme” in C. ALTER, R. HARDY, M. LIBERT en E. VAN DEN HAUTE (eds.), *Liber Amicorum Francois Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, 107-131 en 114-118.

4° Fiscale behandeling van de verrichting naar huidig recht

12. De verrichting waarbij een reële kapitaalvermindering wordt doorgevoerd na incorporatie van een eerder geboekte herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal heeft ook een belangrijke fiscale angel. Vooraleer we ingaan op de vraag of deze angel prikt, eerst enkele woorden over de “normale” fiscale behandeling ervan. Dit laat toe om een en ander in perspectief te plaatsen.

Afhankelijk van de precieze omvang van de kapitaalvermindering en het bedrag van het gestort kapitaal (*i.e.* het kapitaal dat bestaat uit inbrengen in geld of dat werd gevormd door inbrengen in natura door de aandeelhouders van de vennootschap), kon een reële kapitaalvermindering waarbij een eerder geboekte herwaarderingsmeerwaarde werd geïncorporeerd in het kapitaal in het verleden in principe fiscaal neutraal worden doorgevoerd. Aan dit verhaal is op 1 januari 2018 gedeeltelijk een einde gekomen⁶³.

Om goed te begrijpen wat er op 1 januari 2018 precies is veranderd, is het van belang om eerst te begrijpen dat het begrip (maatschappelijk) kapitaal zoals dit voorkomt in het boekhoud- en vennootschapsrecht en zoals dit blijkt uit de jaarrekening, ruimer is dan het (fiscaal) begrip gestort kapitaal (art. 184 WIB 1992). Het kapitaal van een vennootschap kan samengesteld zijn uit verschillende componenten en kan naast hetgeen de aandeelhouders hebben ingebracht (het gestort kapitaal) ook belaste reserves (bv. overgedragen winst) en vrijgestelde reserves (bv. een herwaarderingsmeerwaarde) omvatten die in het kapitaal werden geïncorporeerd⁶⁴. Vanuit fiscaal oogpunt kan de uitkering van deze componenten in bepaalde gevallen aanleiding geven tot een taxatie als dividend en dus tot betaling van roerende voorheffing (thans 30%). Wordt een in het kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserve zoals een herwaarderingsmeerwaarde uitgekeerd⁶⁵ dan moet verder ook rekening worden gehou-

den met het feit dat de zogenaamde onaantastbaarheidsvoorwaarde van artikel 190 WIB 1992 – die vervuld moet zijn om van een belastingvrijstelling te kunnen blijven genieten – niet langer vervuld zal zijn. Dit zal evenzeer aanleiding geven tot een taxatie⁶⁶. Het bedrag dat op de in kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserve wordt toegerekend zal kwalificeren als winst van het desbetreffende belastbare tijdperk en als dusdanig kunnen worden belast⁶⁷.

Vóór 1 januari 2018 kon een vennootschap bij een (reële) kapitaalvermindering volledig vrij kiezen op welke componenten van het kapitaal zij de vermindering wou aanrekenen⁶⁸. Koos zij er, bij monde van haar algemene vergadering, voor om de vermindering uitsluitend toe te rekenen op de component gestort kapitaal, dan kon de terugbetaling van kapitaal aan de aandeelhouders in principe fiscaal neutraal plaatsvinden⁶⁹. Een terugbetaling van maatschappelijk kapitaal werd volgens het oude artikel 18, eerste lid, 2° WIB 1992⁷⁰ immers niet beschouwd als een dividend indien zij 1) voortkwam uit gestort kapitaal en 2) gebeurde in uitvoering van een regelmatige beslissing tot vermindering van het maatschappelijk kapitaal, overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen⁷¹. De vrije keuze inzake aanrekening kon een serieuze slok op de borrel schelen omdat zij toeliet de inhouding van roerende voorheffing op de uitkering te vermijden.

Stel bijvoorbeeld dat een naamloze vennootschap een gestort kapitaal had van 4.000.000 EUR en belaste (niet in het kapitaal geïncorporeerde) reserves ten bedrage van 500.000 EUR en op een bepaald ogenblik een herwaarderingsmeerwaarde had geboekt van 2.000.000 EUR die werd geïncorporeerd in het kapitaal. Wanneer die vennootschap dan besloot om haar kapitaal te verminderen met een bedrag van 2.000.000 EUR, dan kon zij bij monde van haar algemene vergadering besluiten om deze betaling aan de aandeelhouders integraal toe te rekenen op het gestort kapitaal, waardoor zij in principe belastingvrij kon plaatsvinden.

⁶³. Zie: N. TREFOIS en C. CARLIER, “Fin de la ‘gratuité’ fiscale des réductions de capital par remboursement des actionnaires”, *Act.fisc.* 2017, afl. 43, 1-5 en www.monKEY.be; T. WALLYN en B. DE ROO, “Terugbetalingen van maatschappelijk kapitaal niet langer fiscaal neutraal”, *Acc.& Fisc.* 2018, afl. 31, 1-5. Zie ook: P.-F. COPPENS, “Réduction de capital en 2018: bienvenue en absurdité!”, *La semaine fiscale* 2017, afl. 45, 6-7; F. CAPPUYNS, “Notion de capital libéré et réduction de capital”, *Act.fisc.* 2018, afl. 7, 3-5 en www.monKEY.be; P. HINNEKENS en L. WELLENS, “Notie ‘fiscaal kapitaal’ en fiscale verwerking van kapitaalverminderingen vóór en ná 1 januari 2018”, *TFR* 2018, 718-733.

⁶⁴. C. CHEVALIER, “Kapitaalvermindering door terugbetaling na kapitaalverhoging door opnemings van reserves: geen simulatie” (noot onder Gent 17 oktober 1996), *TRV* 1997, (85) 85. Zie ook: L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2015, 126.

⁶⁵. Dit gebeurt dan via een kapitaalvermindering die op deze component wordt toegerekend.

⁶⁶. Circulaire 2018/C/103 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, 2 augustus 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be.

⁶⁷. Zie ook: I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2017-2018*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 76.

⁶⁸. C. DE BACKERE en S. PEETERS, “Kapitaalvermindering: fiscus is niet de bewaker van terugbetalings- en oproepingsformaliteiten”, *TFR* 2015, afl. 478, (267) 269. Zie ook: Cass. 21 juni 1955, *Pas.* 1955, I, p. 1140; Cass. 10 januari 1950, *Pas.* 1950, I, p. 302; J. KIRKPATRICK en D. GARABEDIAN, *Le regime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 307-308.

⁶⁹. D. GARABEDIAN, “Le regime fiscal du remboursement de capital opere en execution d’une decision de reduction du capital statutaire immediatement suivie d’une decision d’augmentation du capital statutaire par incorporation de reserves”, *JDF* 1987, (5) 5.

⁷⁰. Zie: art. 18 WIB, versie inkomsten 2017, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be. Zie ook: C. DE BACKERE, “Commentaar bij artikel 316 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH, *Comm.V.en V.*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., 15-16, nr. 18.

⁷¹. Ook onder het huidige art. 18, eerste lid, 2° WIB 1992 (zie versie inkomsten 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be) wordt het gedeelte dat wordt aangerekend op het gestort kapitaal geacht geen dividend te zijn.

Sinds 1 januari 2018 kan een vennootschap niet langer vrij kiezen op welke componenten van het kapitaal zij een kapitaalvermindering toerekent⁷². Het huidige artikel 18 WIB 1992 bepaalt dat de vermindering *pro rata* dient te worden aangerekend op het gestort kapitaal, en op de reserves van de vennootschap. Daardoor wordt een deel van de terugbetaling beschouwd als een uitkering van dividenden, en is zij dus belastbaar. Concreet zal de vennootschap er 30% roerende voorheffing op moeten inhouden. De *pro rata* wordt berekend door toepassing van volgende breuk (art. 18, derde lid WIB 1992)⁷³:

*Gestort kapitaal + uitgiftepremies + winstbewijzen*⁷⁴

*Belaste reserves + in het kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserves*⁷⁵ + *bedrag teller*

Van belang om te noteren is dat een in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde vanuit fiscaal oogpunt kan worden beschouwd als een “*in het kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserve*”⁷⁶. Men zou op het eerste gezicht dan ook denken dat zij mee in rekening moet worden genomen in voormelde breuk voor de berekening van de *pro rata*. Echter, artikel 18, vijfde lid WIB 1992 bepaalt dat om de *pro rata* te bepalen, geen rekening dient te worden gehouden met “*de vrijgestelde reserves bedoeld in artikel 44, § 1, 1°, die in het kapitaal zijn geïncorporeerd, in de mate dat ze niet uit-*

gekeerd kunnen worden”⁷⁷. Worden daarbij bedoeld: de vrijgestelde uitgedrukte, maar niet verwezenlijkte meerwaarden, met uitsluiting van meerwaarden op voorraden en bestellingen in uitvoering, die in het kapitaal zijn geïncorporeerd. Anders gezegd: een in kapitaal geïncorporeerde herwaarderingsmeerwaarde mag volgens artikel 18, vijfde lid WIB 1992 niet mee in rekening worden genomen voor de berekening van de *pro rata*⁷⁸.

Na berekening van de *pro rata*-verhouding, dient eerst een deel van het aan de aandeelhouders terug te betalen gedeelte van het maatschappelijk kapitaal te worden aangerekend op het gestort kapitaal. Het saldo dient vervolgens te worden aangerekend op de reserves: eerst op de in het kapitaal geïncorporeerde belaste reserves; dan op de niet in het kapitaal geïncorporeerde belaste reserves; en, tot slot, op de in het kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserves⁷⁹. Opnieuw geldt hierbij een *caveat* voor in kapitaal geïncorporeerde herwaarderingsmeerwaarden, waarop luidens artikel 18, tweede én derde lid WIB 1992⁸⁰ geen aanrekening dient plaats te vinden.

Dit lijkt op papier allemaal helder, maar wat doen we met het geval waarbij het bedrag van een vooropgestelde kapitaalvermindering het bedrag van het (fiscaal) gestort kapitaal overstijgt en waarbij er onvoldoende (in het kapitaal) omgezette

72. Het weze opgemerkt dat de vennootschap bij monde van haar algemene vergadering nog steeds zelf in een wijze van aanrekening van de vermindering van het eigen vermogen kan voorzien, voor zover die beslissing (i) zowel op het gestort kapitaal als, naar gelang het geval, op de ermee gelijkgestelde bedragen, alsook op andere dan in het vierde lid van art. 18 WIB 1992 bedoelde reserves betrekking heeft, (ii) als zodanig wordt geboekt en (iii) leidt tot de bepaling van een bedrag aan dividenden gelijk aan of hoger dan het bedrag aan dividenden dat zou voortvloeien uit een vermindering van gestort kapitaal of van ermee gelijkgestelde bedragen voor eenzelfde totaal bedrag, waarop de in het tweede tot zesde lid van art. 18 WIB 1992 bedoelde regels zouden zijn toegepast (art. 18, zevende lid WIB 1992).

73. Bij de berekening van deze breuk dienen een aantal reserves buiten beschouwing te worden gelaten. Het gaat om reserves die principieel niet uitgekeerd mogen worden, zoals de wettelijke reserve ten belope van het wettelijke minimum, onbeschikbare reserves gekoppeld aan eigen aandelen of winstbewijzen, voorzieningen voor kosten, risico's en waardeverminderingen, verdoken reserves (overwaarderings van passief of onderwaarderings van actief), negatieve belaste reserves (andere dan het overgedragen verlies en andere dan deze die naar aanleiding van een terugbetaling van kapitaal of van met gestort kapitaal gelijkgestelde bedragen (*lees*: uitgiftepremies en winstbewijzen), zijn aangelegd), herwaarderingsmeerwaarden (in de mate waarin ze niet uitgekeerd kunnen worden) en andere vrijgestelde reserves (in de mate waarin ze niet in kapitaal geïncorporeerd zijn). Zie art. 18, vijfde lid WIB 1992 (zie versie inkomsten 2019, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be). Zie ook: Circ. 2018/C/103 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, 2 augustus 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be: “*Een kapitaalvermindering mag er niet toe leiden dat men hiervoor verplicht de niet-geïncorporeerde vrijgestelde reserves in het kapitaal moet laten belasten in de VenB. Zij worden dus niet in aanmerking genomen om de pro rata te bepalen van de aanrekening van de terugbetaalde bedragen op het gestort kapitaal of op de ermee gelijkgestelde bedragen enerzijds en op de reserves anderzijds.*”

74. Uitgiftepremies en bedragen waarop ter gelegenheid van de uitgifte van winstbewijzen is ingeschreven, worden met gestort kapitaal gelijkgesteld.

75. Het bedrag van de reserves wordt bepaald op het einde van het belastbare tijdperk dat voorafgaat aan de kapitaalvermindering. Eventuele tussentijdse dividenden, die in het lopende belastbare tijdperk uitgekeerd werden (uiterlijk op het ogenblik van de terugbetaling van het kapitaal), mogen daarbij in mindering worden gebracht. Zie: art. 18, vierde lid WIB 1992 (zie versie inkomsten 2019, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be).

76. Zie: C. CHEVALIER, “Vademecum vennootschapsbelasting: een resultaatgerichte benadering”, Gent, Larcier, 2009, 1407; G. POPPE, *Winstuitkering en kapitaalvermindering*, Antwerpen, Maklu, 2017, 172. Zie ook: Circ. 2018/C/103 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, 2 augustus 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be.

77. P. SALENS merkt ter zake zeer terecht op dat “*de toevoeging ‘in de mate dat ze niet uitgekeerd kan worden’, vreemd voorkomt gezien het bij deze uitsluiting gaat over in kapitaal geïncorporeerde reserves, die daardoor in se niet uitgekeerd kunnen worden*”. Zie: P. SALENS, “De terugbetaling van kapitaal in *fiscalibus*. *Fictio est contra veritatem, sed pro veritate habetur!*”, *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 4, (78) 84.

78. Opmerkelijk genoeg lijkt in de *memorie van toelichting* te worden gesuggereerd dat een in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde soms toch zou moeten worden opgenomen bij de berekening van de *pro rata* (zie *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2864/001, 18-21). Zie hierover uitvoerig: P. SALENS, “De terugbetaling van kapitaal in *fiscalibus*. *Fictio est contra veritatem, sed pro veritate habetur!*”, *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 4, (78) 84-85. Zie ook recent: Circ. 2018/C/103 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, 2 augustus 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be: “*Om een juiste toepassing van de bepaling te garanderen, moet met de in het maatschappelijk kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserves rekening worden gehouden in de berekening van de pro rata. Zij zullen slechts getroffen worden indien een terugbetaling van het gestort kapitaal of de ermee gelijkgestelde bedragen het totaal aan gestort kapitaal en belaste reserves die in aanmerking komen voor de berekening, overstijgt.*”

79. Zie ook: Circ. 2018/C/103 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, 2 augustus 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be.

80. Om de *pro rata* bedoeld in het tweede én derde lid van het nieuwe art. 18 WIB 1992 te bepalen, wordt geen rekening gehouden met “*de vrijgestelde reserves bedoeld in artikel 44, § 1, 1°, die in het kapitaal zijn geïncorporeerd, in de mate dat ze niet uitgekeerd kunnen worden*”.

belaste reserves voorhanden zijn? Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt is dergelijk geval zeker niet ondenkbaar. Bovendien belet het huidige Wetboek van Vennootschappen in principe niet dat er in zo'n geval een reële kapitaalvermindering wordt doorgevoerd. Welnu, omdat ook op fiscaal vlak bepaalde correcties kunnen worden uitgevoerd om met deze toestand rekening te houden door de boeking van zogeheten "negatief belaste reserves in kapitaal"⁸¹, belet in principe niets dat deze verrichting plaatsvindt.

Afhankelijk van de vraag of de algemene vergadering van de vennootschap zelf een vrijwillige beslissing inzake aanrekening neemt overeenkomstig artikel 18, zevende lid WIB 1992 vertaalt dit alles zich eenvoudig gesteld als volgt⁸².

Stel dat een naamloze vennootschap een gestort kapitaal heeft van 4.000.000 EUR dat werd samengesteld door inbrengen in geld door de aandeelhouders en dat zij op een bepaald ogenblik een herwaarderingsmeerwaarde heeft geboekt van 2.000.000 EUR die werd omgezet in kapitaal. Het vennootschapsrechtelijk kapitaal van de vennootschap bedraagt dan 6.000.000 EUR. Stel dat de vennootschap in kwestie geen in het kapitaal geïncorporeerde belaste reserves heeft en voor een bedrag van 200.000 EUR niet in het kapitaal geïncorporeerde belaste reserves. Stel verder dat de algemene vergadering van de vennootschap heeft besloten om het kapitaal van de vennootschap te verminderen met een totaal bedrag van 5.000.000 EUR om het te brengen op 1.000.000 EUR en deze kapitaalvermindering overeenkomstig artikel 18, tweede-zesde lid WIB 1992 volledig aan te rekenen op het gestort kapitaal. Welnu, dan dient om de fiscale gevolgen van deze verrichting te kennen als volgt te werk te worden gegaan:

$$\text{Breuk: } 4.000.000 / (200.000 + 4.000.000) = 95,24\%$$

$$\text{Aanrekening op kapitaal: } 5.000.000 \times 95,24\% = 4.762.000$$

$$\text{Aanrekening op reserves: } 5.000.000 - 4.762.000 = 238.000$$

Het bedrag van 4.762.000 EUR dient fiscaal gezien te worden aangerekend op het gestort kapitaal, maar dit bedrag is ontoereikend, zodat een bedrag van 762.000 EUR niet kan worden aangerekend. Ook wat de aanrekening op de reser-

ves betreft, blijkt er een excess van 38.000 EUR dat niet kan worden aangerekend. Er is vanuit fiscaal oogpunt immers enkel een bedrag van 200.000 EUR aan belaste reserves in de vennootschap aanwezig waarop kan worden aangerekend. Het gestort kapitaal en de niet in het kapitaal geïncorporeerde belaste reserves worden op basis van de *pro rata* breuk reeds geacht volledig te zijn terugbetaald⁸³. Het restant van 800.000 EUR kan dan enkel nog betrekking hebben op en worden aangerekend op de in het kapitaal geïncorporeerde herwaarderingsmeerwaarde van 2.000.000 EUR. Dit bedrag kwalificeert vennootschapsrechtelijk immers als kapitaal. De terugbetaling van het bedrag van 4.000.000 EUR die wordt aangerekend op het gestort kapitaal kan volgens artikel 18, eerste lid WIB 1992 fiscaal neutraal gebeuren. Op het overige bedrag van 1.000.000 EUR dat voor 200.000 EUR dient te worden aangerekend op de belaste reserves moet door de vennootschap 30% roerende voorheffing worden ingehouden. Logischerwijze geldt hetzelfde voor het resterende bedrag van 800.000 EUR dat zal moeten worden aangerekend op de in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde. Deze uitkering betreft immers geen vermindering van het gestort kapitaal. Zij komt anderzijds wel voort uit het kapitaal van de vennootschap, wat maakt dat zij kwalificeert als een dividend. Omdat door de uitkering wordt geraakt aan het onaantastbare karakter van de in het kapitaal geïncorporeerde herwaarderingsmeerwaarde⁸⁴ zal de voorlopig niet belaste meerwaarde eveneens kunnen worden beschouwd als winst van dat belastbare tijdperk⁸⁵.

Het wegvallen van de vrije keuze inzake aanrekening van een kapitaalvermindering heeft tot gevolg dat de verrichting waarbij wordt overgegaan tot terugbetaling aan de aandeelhouders na incorporatie van een herwaarderingsmeerwaarde fiscaal minder interessant is geworden dan voorheen. Dit wordt duidelijk wanneer we het eerder aangehaalde voorbeeld hernemen waarbij een naamloze vennootschap met een gestort kapitaal van 4.000.000 EUR, belaste reserves van 500.000 EUR en een in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde van 2.000.000 EUR een kapitaalvermindering doorvoert ten bedrage van 2.000.000 EUR die ze overeenkomstig artikel 18, tweede-zesde lid WIB 1992 volledig aanrekent op het gestort kapitaal. Naar huidig recht heeft deze verrichting de volgende fiscale gevolgen:

⁸¹ Zie hierover, met de nodige voorbeelden: Circ. 2018/C/103 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, 2 augustus 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be.

⁸² We gaan hierbij niet nader in op de concrete verwerking in de aangifte vennootschapsbelasting of de boeking van negatief belaste reserves in kapitaal.

⁸³ Merk op dat het feit dat de aanrekening gebeurt op het volledige gestorte kapitaal op zich geen probleem is. Het maatschappelijk kapitaal mag weliswaar niet worden verminderd tot beneden het wettelijk minimumkapitaal (dat geldt als absolute ondergrens), maar het is niet vereist dat het maatschappelijk kapitaal ook geheel of gedeeltelijk bestaat uit fiscaal gestort kapitaal. Zie: C. DE BACKERE, "Commentaar bij artikel 316 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH, *Comm.V.en V.*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., 17, nr. 20.

⁸⁴ Zulks wordt overigens letterlijk bevestigd in art. 18, zesde lid WIB 1992: "De onaantastbaarheidsvoorwaarde bedoeld in artikel 190, wordt niet langer als voldaan geacht in de mate dat de vermindering op de vrijgestelde reserves is aangerekend." Zie ook: Circ. 2018/C/103 over de terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, 2 augustus 2018, raadpleegbaar via www.fisconetplus.be.

⁸⁵ Art. 190 WIB 1992. Zie ook: I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2017-2018*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 76. Merk op dat de verrichting waarbij een herwaarderingsmeerwaarde wordt geïncorporeerd in het kapitaal van een vennootschap fiscaal neutraal is. Ze doet immers geen afbreuk aan het onaantastbare karakter ervan. Zie: C. CHEVALIER, "Vademecum vennootschapsbelasting: een resultaatgerichte benadering", Gent, Larcier, 2018, 901. Zie ook: R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblio, 2003, 171-172, nr. 236; J. KIRKPATRICK en D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 160-162 en 307-308.

Breuk: $2.000.000 / (500.000 + 2.000.000) = 80\%$
 Aanrekening op kapitaal: $2.000.000 \times 80\% = 1.600.000$
 Aanrekening op reserves: $2.000.000 - 1.600.000 = 400.000$

Ten belope van 1.600.000 EUR kan zij worden aangerekend op het gestort kapitaal en volledig vrij van roerende voorheffing worden uitgevoerd. Ten belope van het restant van 400.000 EUR dient zij te worden aangerekend op de belaste reserves en wordt zij beschouwd als een dividend onderworpen aan 30% roerende voorheffing.

Wanneer er echter geen belaste reserves in de vennootschap aanwezig zijn, en evenmin in het kapitaal geïncorporeerde vrijgestelde reserves die wel in aanmerking kunnen worden genomen voor de berekening van de *pro rata*, dan lijkt een letterlijke lezing en toepassing van het huidige artikel 18 WIB 1992 nog steeds tot gevolg te hebben dat een terugbetaling van kapitaal aan de aandeelhouders voor een bedrag dat kleiner is dan of gelijk is aan het gestort kapitaal, fiscaal neutraal kan plaatsvinden⁸⁶, ook al stemt dit bedrag volledig overeen met het bedrag van een in kapitaal geïncorporeerde herwaarderingsmeerwaarde. Dit laatste geldt uiteraard maar voor zover de aandeelhouders overeenkomstig artikel 18, tweede-zesde lid WIB 1992 zouden beslissen om de kapitaalvermindering volledig aan te rekenen op de component gestort kapitaal. Zij kunnen, overeenkomstig artikel 18, zevende lid WIB 1992 ook gewoon beslissen om de kapitaalvermindering (gedeeltelijk) toe te rekenen op de in het kapitaal geïncorporeerde herwaarderingsmeerwaarde. Zoals hierboven werd aangegeven, geeft zo'n aanrekening en uitkering wel aanleiding tot een taxatie in de vennootschapsbelasting en kwalificeert zij als dividend, onderworpen aan 30% roerende voorheffing.

5° Update van het fiscaal recht ingevolge het WVV

13. Het weze opgemerkt dat samen met het WVV ook een aantal wijzigingen aan het WIB 1992 werden goedgekeurd. Deze zullen gezamenlijk met het WVV in werking treden op 1 mei 2019⁸⁷. Van belang om in deze context te noteren is dat voor de NV het begrip maatschappelijk kapitaal zal worden vervangen door het begrip kapitaal (te begrijpen in de

betekenis vermeld in het WVV). Voor de BV en de andere vennootschapsvormen die geen kapitaal meer zullen hebben, wordt het fiscale begrip kapitaal gedefinieerd als het eigen vermogen dat gevormd wordt door de inbrengen in geld en in natura, met uitzondering van de inbreng in nijverheid (zie nieuw art. 2, § 1, 6° WIB 1992).

In de BV zal dit kapitaal voor fiscale doeleinden gekwalificeerd kunnen worden als gestort kapitaal wanneer de desbetreffende inbrengen op een of meer afzonderlijke rekeningen onder het eigen vermogen op het passief van de balans worden geboekt (zie nieuw art. 184, tweede lid WIB 1992).

Het nog maar pas in 2017 gewijzigde artikel 18 WIB 1992, krijgt een update om rekening te houden met het feit dat de meeste vennootschapsvormen in de toekomst niet meer over een maatschappelijk kapitaal zullen beschikken.

6° Bijzondere risico's verbonden aan de verrichting

14. Vóór 1 januari 2018, toen het oude artikel 18 WIB 1992 nog in voege was, werd een reële kapitaalvermindering die onmiddellijk of zeer kort volgde op een kapitaalverhoging door middel van een incorporatie van vennootschapsmiddelen, vaak met een vergrootglas bekeken door de fiscale administratie. Zij trachtte dergelijke verrichting, die door de vennootschap veelal werd aangerekend op het (fiscaal) gestort kapitaal – waardoor zij fiscaal neutraal kon worden doorgevoerd – via de veinzingsleer aan te vechten om haar als een dividend te kunnen taxeren⁸⁸. Met de invoering van de algemene antimisbruikbepaling van artikel 344, § 1 WIB 1992 kreeg zij nog een bijkomend wapen in handen om tegen dergelijk vermeend misbruik op te treden⁸⁹.

Men kan zich afvragen of het doorvoeren van een reële kapitaalvermindering onmiddellijk na de incorporatie van een herwaarderingsmeerwaarde in het kapitaal van een vennootschap voor een bedrag dat gelijk is aan of hoger is dan het bedrag van het gestort kapitaal dat bestond voor de incorporatie van die herwaarderingsmeerwaarde in het licht van het huidige artikel 18 WIB 1992 – dat *in se* een bijzondere antimisbruikbepaling is – nog als fiscaal misbruik kan worden beschouwd. Dit lijkt niet het geval omdat de normale toepas-

⁸⁶. De toepassing van voormelde breuk zal een uitkomst geven van 100%, zodat de volledige aanrekening fiscaal zal dienen te gebeuren op het gestort kapitaal.

⁸⁷. Zie art. 119 van het wetsontwerp tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3367).

⁸⁸. Zie: D. GARABEDIAN, "Le regime fiscal du remboursement de capital opere en execution d'une decision de reduction du capital statutaire immediate-ment suivie d'une decision d'augmentation du capital statutaire par incorporation de reserves", *JDF* 1987, 5 *et seq.* en de verwijzingen aldaar; J. KIRKPATRICK, "La liberté de la voie la moins imposée à la lumière de la jurisprudence récente" in J. KIRKPATRICK, M. BALTUS en E. BOURS (eds.), *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1988, 27-30 en de verwijzingen aldaar. Zie ook: P. HINNEKENS en L. WELLENS, "Notie 'fiscaal kapitaal' en fiscale verwerking van kapitaalverminderingen vóór en ná 1 januari 2018", *TFR* 2018, (718) 724.

⁸⁹. J. KRAM en L. WILLAME, "L'article 344, § 1^{er} CIR validé mais balisé par la Cour constitutionnelle", *Act.fisc.* 2014, afl. 1, 4-8 en www.monKEY.be. Zie ook: C. DE BACKERE, "Commentaar bij artikel 316 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH, *Comm.V.en V.*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., 18, nr. 20; P. HINNEKENS en L. WELLENS, "Notie 'fiscaal kapitaal' en fiscale verwerking van kapitaalverminderingen vóór en ná 1 januari 2018", *TFR* 2018", (718) 724.

sing van artikel 18 WIB 1992 sowieso niet, of slechts uitzonderlijk, en bij gebrek aan andere reserves waarop de kapitaalvermindering zou kunnen worden aangerekend tot een gedeeltelijke taxatie zou hebben geleid (als dividend en als winst van dat belastbare tijdperk). De fiscale angel is met andere woorden niet zo scherp.

15. Niettegenstaande voormelde overwegingen, doen de bestuurders van een vennootschap er bij het uitvoeren van een herwaarderingsoefening goed aan om zeer omzichtig te

werk te gaan. Wanneer een vennootschap na uitvoering van de in dit artikel beschreven verrichting, in slecht vaarwater zou komen en ultiem zelfs failliet zou worden verklaard, stellen zij zich niet alleen bloot aan risico's inzake bestuurdersaansprakelijkheid⁹⁰, maar ook aan strafrechtelijke sancties, in het bijzonder wanneer zij al te lichtzinning tot herwaardering zouden zijn overgegaan (en de balans van de vennootschap op die manier wetens te rooskleurig zouden hebben voorgesteld)⁹¹.

III. BESLUIT

16. Gelezen in samenhang met het huidige Wetboek van Vennootschappen, laat artikel 57 KB/W.Venn. toe dat een vennootschap, na een herwaarderingsmeerwaarde te hebben geboekt en een gedeelte van dit bedrag – met name het gedeelte dat overblijft na aftrek van de geschatte belastinglatentie – te hebben omgezet in haar kapitaal, een reële vermindering van haar kapitaal doorvoert voor een bedrag dat

geheel of gedeeltelijk overeenstemt met de in kapitaal omgezette herwaarderingsmeerwaarde. Aan dit verhaal komt binnen enkele maanden een einde, wanneer het WVV en het daarmee gepaard gaande uitvoeringsKB in werking treden. Het stelsel van de herwaarderingsmeerwaarden dat tot nog toe een mooi staaltje juridisch kunst- en vliegwerk was, krijgt zo zijn slotstuk.

⁹⁰. Zie algemeen (en zowel naar huidig als toekomstig recht): R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen – Le projet du Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 232-287, met talrijke verwijzingen.

⁹¹. Zie bv. art. XV.75 WER. Cf. K. VAN HULLE, “Wettelijke beperkingen inzake winstuitkering” in P. FRANÇOIS, B. VAN BRUYSTEGEM, M. MASSAGE, K. VAN HULLE, C. DEBRULLE, G. VERHAEGEN en H. OLIVIER (eds.), *La modification du droit des sociétés commerciales – Het gewijzigd vennootschapsrecht. Bijzonder nummer TBH*, Antwerpen, 1984, (73) 78, met verwijzing naar de oude en inmiddels opgeheven wet van 17 juli 1975 op de boekhouding van de ondernemingen.