

Het fiscaal belang van de keuze van de vennootschapsvorm

R. Deblauwe, Tiberghien & Co, Brussel*

Wanneer men een vennootschap opricht heeft men de keuze uit verschillende vormen. Traditioneel werd vroeger meestal geopteerd voor de PVBA, thans BVBA geworden. Het kapitaal bedroeg maar 250.000 fr., en toch had men de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid met beperkte aansprakelijkheid. Bij groei van het bedrijf werd nadien de vennootschap omgevormd tot Naamloze Vennootschap. Dit zag er steviger en luxueuzer uit, kortom 'plus chic', ook tegenover de banken.

Een koöperatieve, daarbij dacht men eerder aan een arbeiderskoöperatieve. De vennootschap onder firma (VOF) en de commanditaire waren nauwelijks gekend en ook zeer weinig verspreid. Men kwam ze wel eens tegen bij zeer oude vennootschappen die destijds werden opgericht door familieleden die het bedrijf hadden geërfd. De Commanditaire Vennootschap op aandelen was totaal afwezig geworden.

Er komt stilaan beweging in dit beeld. De Koöperatieve Vennootschap gaat er enorm op vooruit. De Commanditaire Vennootschap en de VOF genieten toenemende belangstelling, wegens mindere publiciteitsverplichtingen, vooral in kringen van vrije beroepen; ook tijdelijke verenigingen en verenigingen in deelneming worden meer en meer toegepast.

Wij willen hierna de fiscale aspecten van de keuze van een vennootschapsvorm nader toelichten, wij hebben het dus *niet* over de fiscale gevolgen van de keuze voor een vennootschap tegenover het eenmansbedrijf. Meer dan een checklist kan dit uiteraard niet zijn; en vooral mag men niet vergeten dat de keuze van een vennootschapsvorm niet door het fiscale alleen wordt bepaald ¹.

A. Aandelen aan toonder of niet

Alleen de Naamloze Vennootschap kent de mogelijkheid van aandelen aan toonder. Deze laten zonder veel moeilijkheden toe de aandelen van de ene generatie naar de andere te laten overgaan zonder problemen. Een handgifte van lichamelijke roerende goederen, die gebeurt meer dan 3 jaar voor het overlijden, wordt immers niet meer in de successieheffing betrokken. Indien men dus handgiften van aandelen wil kunnen doen, dan is de NV de verplichte vennootschapsvorm.

Het belang hiervan dient echter ook te worden gerealiseerd. Vooreerst zijn bij alle vennootschappen obligaties aan toonder mogelijk, behalve bij de BVBA ². Bovendien is de handgifte niet de enige wijze om schenkings- en successierecht te vermijden. Ook aandelen op naam kunnen immers worden overgedragen, bij authentieke akte, die niet noodzakelijk een Belgische akte moet zijn. Indien bijgevolg een Nederlandse schenkingsakte wordt opgemaakt (dus door een Nederlands notaris) dan wordt deze schenking in België als geldig

erkend. Bovendien zal er geen registratierecht verschuldigd zijn ³. Bij die gelegenheid kan trouwens ook in de akte worden gepreciseerd of de schenking als voorschot op de erfenis dan wel buiten erfdeel gebeurt, kan een voorbehoud van vruchtgebruik worden gestipuleerd, een clause van 'voor-overlijden' worden ingelast en andere clauses meer. De ervaring leert trouwens dat Nederlandse notarissen vrij gematigd zijn in de berekening van hun honoraria.

De keuze voor aandelen aan toonder heeft ook gevolgen op een totaal ander gebied. De vermindering van roerende voorheffing ingevolge de dubbel-belastingverdragen mag inderdaad alleen dadelijk bij de bron gebeuren voor aandelen op naam of 'voor een door de vennootschap als belangrijk beschouwde deelneming in aandelen aan toonder waarvan de coupons haar worden afgegeven' (bv. dividenden door Belgische vennootschappen toegekend aan een buitenlandse moedervennootschap) ⁴.

B. Kapitaalvennootschap versus personenvennootschap

Op fiscaal vlak wordt als kapitaalvennootschap beschouwd: de Naamloze Vennootschap, en ook de Commanditaire Vennootschap op aandelen (die we voor de rest niet bespreken vermits zij in onbruik is geraakt). Alle andere vennootschappen worden als personenvennootschappen beschouwd.

In bepaalde gevallen wordt echter ook de VZW aan de vennootschapsbelasting onderworpen; in dit geval wordt zij gelijkgesteld met een kapitaalvennootschap ⁵. Terloops zij erop gewezen dat de administratie zeer veel belang hecht aan de bepaling in de statuten van de VZW waarin gestipuleerd wordt aan wie het vermogen ervan toekomt bij ontbinding. Indien, na vereffening van de VZW, het vermogen toekomt aan haar leden, dan wordt zeer gemakkelijk besloten tot toepassing van de vennootschapsbelasting ⁶. In twee arresten werd ook reeds beslist, dat wanneer een VZW waarvan geoordeeld wordt dat zij aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, winst heeft gemaakt, die niet meer in haar vermogen aanwezig is, de gevreesde aanslag over de geheime kommis-

(*) Met dank aan kollega B. Bruggeman voor het nalezen.

(1) Hierover vindt men meer informatie in o.m.: *De BVBA in de Praktijk*; *De NV in de Praktijk*; *De Vennootschap en de Belasting* (Kluwer, Deurne).

(2) Artikel 131 Vennootschapswet.

(3) Artikel 19 - tweede lid v.h. Registratiewetboek.

(4) Nr. 10 - 234 van de commentaar op de overeenkomsten.

(5) Zie bv. Kassatie 19 april 1974 - Pas 74 I 841.

(6) Zie bv. Gent, 24 februari 1984 - FJF 84-106.

sielonen van toepassing wordt (202,5% over het uitgekeerde bedrag)⁷.

Wat is nu het gevolg in fiskale behandeling van dit onderscheid?

Er is een duidelijk onderscheid bij de behandeling van de *bestuursleden die niet actief zijn*. Voor werkende vennoten is het fiscaal regime ongeveer gelijk aan dat van de bestuurder met werkelijke en vaste functies. In beide gevallen is hun vergoeding aftrekbaar van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting, en belastbaar als bedrijfsinkomen in hun eigen personen aangifte; althans, mits de nodige statutaire of konventionele bepalingen kan dit aldus worden geregeld. Bij de kapitaalvennootschappen worden de vergoedingen van bestuurders die geen werkelijke en vaste functies hebben⁸, en die niet voor de betrokken vennootschap hebben gekozen, zowel belast in de vennootschapsbelasting als in de personenbelasting; de personenbelasting krijgt dan wel een belastingskrediet, maar dit blijft niettemin een erg zwaar belastingsregime.

Indien deze laatste bestuurders dus zaakvoerder waren geworden in een personenvennootschap, dan zou hun wedde aftrekbaar zijn van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting.

Indien een *Belgische moedermaatschappij* een vennootschap op aandelen is die onmiddellijk 25% bezit van het kapitaal van een Nederlandse vennootschap en de uitgekeerde dividenden voor de vrijstelling wegens DBI (Definitief Belastbaar Inkomen) in aanmerking kunnen komen, wordt het tarief van de Nederlandse bronbelasting op dividenden op 5% teruggebracht. Indien de Belgische vennootschap echter een personenvennootschap is, dan bedraagt het tarief van de bronheffing 15%⁹.

Bij kapitaalvennootschappen kan men overgaan tot gedeeltelijke uitkering van het vermogen dat in de vennootschap zit door de zogenaamde *inkoop van eigen aandelen*. Het tarief hierop bedraagt steeds 43% over het verschil tussen het fiskale kapitaal en de inkoopprijs. Waarom 'fiskaal kapitaal'? Alleen het werkelijk gestorte kapitaal, met andere woorden het kapitaal dat van buiten de vennootschap werd ingebracht door de aandeelhouders, komt in aanmerking. Inkorporatie van reserves bijgevolg niet.

Bij personenvennootschappen is een andere techniek van toepassing; daar kan men overgaan tot gedeeltelijke likwidatie. En in dit geval bedraagt het tarief:

0% over het kapitaal;
43% over de uitgekeerde reserves;
21,5% over het surplus, m.a.w. over de meerwaarden die op dat ogenblik aan het licht komen.

Het fiscaal regime van de inkoop van eigen aandelen bij de BVBA is op dit ogenblik niet geregeld in het Wetboek; naar verluid zou hierover een wetsontwerp in de maak zijn¹⁰.

Indien de aandeelhouder van een personenvennootschap crediteur staat bij zijn vennootschap en *interest vergoed krijgt* op zijn schuldvordering, dan wordt deze interest als dividend behandeld. Hij zal bijgevolg niet aftrekbaar zijn in de vennootschapsbelasting en in de personenbelasting zal de aandeelhouder, in de huidige stand van de wetgeving en in bepaalde omstandigheden, een belastingskrediet krijgen.

Wij schrijven: in de huidige stand van de wetgeving, omdat het regeringsontwerp van belastinghervorming dat

op dit moment voorligt, het belastingskrediet in de personenbelasting volledig afschaft; indien voor het overige artikel 15 - tweede lid WIB niet gewijzigd wordt dan zal dus alleen de zuivere dubbele belasting van dergelijke interesten overblijven.

Wie dus wil starten met een klein kapitaal, en voorlopig interesten aan de vennootschap wil aanrekenen op leningen die hij aan haar toestaat, dient eerder te opteren voor een Naamloze Vennootschap (waarbij natuurlijk het minimum kapitaal van 1.250.000 fr. wel bereikt moet worden).

Bemerk dat een gelijkaardige regeling ook bestaat tussen vennootschappen onderling: indien een Belgische vennootschap interesten verkrijgt van een andere Belgische personenvennootschap, dan vormt dit een DBI (Definitief Belast Inkomen), dat voor 90 of 95% uit haar belastbare grondslag wordt gelicht (Artikel 111, secundo WIB), naargelang de vennootschap die de interesten ontvangt al dan niet als een financiële vennootschap dient te worden aangemerkt¹¹. Door de hervormingsplannen van de regering, zouden deze percentages dalen naar 85 of 90.

Vermelden wij tenslotte dat de *richtlijnen van de EG-raad* betreffende de indirecte belastingen op het bijebrengen van kapitaal¹², een iets of wat ander begrip van kapitaalvennootschap hanteren. Daar wordt de BVBA onder de kapitaalvennootschappen gerekend.

En vermelden wij tenslotte dat het *notarieel ereloon* voor kapitaalverhogingen hoger is voor kapitaalvennootschappen dan voor personenvennootschappen.

C. Vennootschappen met of zonder rechtspersoonlijkheid

Alleen vennootschappen met rechtspersoonlijkheid zijn aan de vennootschapsbelasting onderworpen.

De tijdelijke verenigingen en verenigingen in deelneming vallen daar dus niet onder. In deze vennootschappen worden de opnemingen van de vennoten alsook hun deel in de verdeelde of onverdeelde winsten als winst beschouwd ten name van vennoten zelf (Artikel 25 - paragraaf 1 WIB).

De vennootschap wordt bijgevolg beschouwd als een soort onverdeeldheid.

Volgens de rechtspraak zou het feit dat bepaalde inkomsten in een vennootschap, maar dan zonder rechtspersoonlijkheid, worden behaald, ook geen invloed hebben op hun fiskale aard. Het Hof van Cassatie besliste immers dat, aangezien een vereniging in deelneming geen rechtspersoonlijkheid heeft afzonderlijk van deze van de vennoten, de winsten die zij in haar exploitatie realiseert

(7) Bergen, 6 december 1979, *Journal de Droit Fiscal* 1981, p. 194, en Antwerpen, 6 januari 1987 - *Bulletin* nr. 666, p. 2303.

(8) Alsook de vergoedingen van bestuurders die in meer dan twee vennootschappen werkelijke en vaste functies hebben.

(9) Zie hierover *Fiskoloog Internationaal* nr. 85.10.147 en kommentaar op de overeenkomsten nr. 10/222.4.

(10) P.V. De Clippele 18.7.1988, *Vragen en Antwoorden*, Senaat 9.8.1988, p. 628.

(11) Artikel 113 - paragraaf 23 WIB.

(12) Afgedrukt als bijlage bij onze bijdrage in het werk '*De vennootschap en de belasting, oprichting en uitbreiding van de vennootschap*'.

beschouwd moeten worden als rechtstreeks door de vennoten verworven, en moeten beschouwd worden voor de toepassing van de belasting, volgens de natuur van hun (d.i. van de vennoten) tussenkomst, te weten: of ze zich beperkt hebben tot het in gemeenschap brengen van bepaalde gelden of goederen; of dat zij effectief hun aktiviteit aan de vereniging hebben gewijd¹³.

Bedrijfsinkomen is immers inkomen uit aktiviteit; roerend inkomen is inkomen uit kapitalen en roerende goederen. Onroerende goederen, ingebracht in een vereniging in deelneming, blijven dus *onroerende* inkomsten opbrengsten, geen bedrijfsinkomsten, tenzij ze effectief voor een bedrijfsaktiviteit zouden worden gebruikt.

Vermelden wij nog dat een vennootschap met rechtspersoonlijkheid nodig is om van *bepaalde tax incentives* te kunnen genieten, ondermeer de bepalingen van het KB nr. 187 betreffende de coördinatiecentra, de bijzondere statuten van rekonversievennootschap en oneigenlijke rekonversievennootschap, alsook voor de innovatievennootschappen.

Tenslotte is bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid niet vereist dat de inbrengen erin *geregistreerd* zouden worden; Art. 19, eerste lid, beperkt deze verplichting immers tot de Belgische vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.

D. Vennootschappen waarvan de oprichting en statutenwijziging bij authentieke akte verleden moet worden

Voor de Naamloze Vennootschap en de BVBA dient de oprichting alsook elke statutenwijziging, bij authentieke akte te worden vastgesteld. Voor andere vennootschappen, bv. voor de koöperatieve vennootschap, is dit niet het geval. Dit laat dan ook toe om *reserves in het maatschappelijk kapitaal* te inkorporeren zonder dat registratierecht verschuldigd is.

Vroeger bestond een algemene verplichting om akten die op de griffie van de handelsrechtbank werden neergelegd in uitvoering van de wetten op de handelsvennootschappen, voorafgaandelijk te laten registreren¹⁴; deze verplichting werd echter opgeheven. Voortaan kunnen de reserves dus geïnkorporeerd worden in het kapitaal zonder via de ontvanger der registratierechten te passeren. Voor Naamloze Vennootschappen en Bvba's dient men zijn toevlucht te nemen tot een buitenlands notaris om ditzelfde resultaat te kunnen bereiken; een kapitaalverhoging is immers een Statutenwijziging en die moet voor deze vennootschappen bij authentieke akte worden vastgesteld.

E. Terugneming van onroerende goederen

Wanneer een vennoot in een personenvennootschap een onroerend goed heeft ingebracht, of wanneer het onroerend goed werd aangekocht door de vennootschap op het ogenblik waarop deze vennoot reeds deel uitmaakte van de vennootschap, dan kan hij dit *onroerend goed terug verkrijgen*, tegen betaling van het verdelingsrecht van 1%, indien dit gebeurt bij de likwidatie van de vennootschap.

Dit is niet mogelijk bij een Naamloze Vennootschap en evenmin bij een koöperatieve vennootschap waar

steeds het recht van 12,5% (het registratierecht voor verkopen) verschuldigd zal zijn.

Indien het dus de bedoeling is dat het onroerend goed te gepaste tijde terug bij de inbrengende vennoot komt, dan verdient een BVBA of een andere personenvennootschap dan een koöperatieve de voorkeur.

F. Vennootschappen waarvan een ander vennootschap bestuurder mag zijn

In alle vennootschappen kan het *bestuur door een andere vennootschap* worden uitgeoefend; alleen bij de BVBA is dit onmogelijk¹⁵. Vermits de opdracht, volbracht door beheerders, zaakvoerders, kommissarissen en vertegenwoordigers van vennootschappen een dienst is die van BTW is vrijgesteld¹⁶ dan ziet men dat een BVBA in bepaalde gevallen om die reden alleen al ongewenst kan zijn.

G. Nietigheid vanaf de uitspraak

De nietigheid van een Naamloze Vennootschap, een BVBA, en een Commanditaire Vennootschap op aandelen kan alleen in beperkte gevallen worden uitgesproken¹⁷; de *nietigheid* van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid moet bovendien bij rechterlijke beslissing worden uitgesproken, en heeft maar haar *gevolg vanaf de dag waarop ze is uitgesproken*.

Vennootschappen met rechtspersoonlijkheid hebben dus een steviger statuut dan andere vennootschappen; ook tegenover de fiscus.

Dit belet niet dat de fiscus geen andere middelen heeft om vennootschappen te lijf te gaan waar de regels door de vennoten zelf met voeten worden getreden; een van de mogelijkheden is het beroep op de rechtfiguur van de naamlening¹⁸.

H. Toegestaan kapitaal

Alleen in de NV is de techniek van het *toegestaan kapitaal* mogelijk; waarbij dus de direktie kan overgaan tot kapitaalverhoging. Deze techniek kan interessant zijn bij de invoering van een stock-option-plan¹⁹.

Hier is echter voorzichtigheid geboden met *uitgiftepremiën*: de administratie lijkt immers (o.i. ten onrechte)

(13) Kassatie 3 juni 1976 Sas 1976 I 1056 en Kassatie 19 februari 1976 RCJB 1978, 163.

De rechtsleer bekritiseert dit arrest, dat ons nochtans vrij logisch lijkt, zelfs na de fiskale hervorming van 1962. Het is hier echter niet de plaats om hierop verder in te gaan. Zie bv.: Kirkpatrick en Verhaeghen RCJB 1978, p. 181 en 33; Foriers, *Revue Pratique de Société*, 1979, p. 95 e.v.; Micheline Claes, *Revue Belge de Comptabilité*, 1982, nr. 4, p. 49; Van Crombrugge, *A.F.T.*, 1986, p. 217.

(14) Oud artikel 27 v.h. Wetboek der Registratierechten.

(15) Artikel 129 vennootschapswet.

(16) Artikel 18 - par. 1,30 BTW.

(17) Artikel 13ter Venn. wet.

(18) Brussel, 12 juni 1985 FJF 86-147; zie over de doorbraakproblematiek ook het bijzonder grondige artikel van Ronse en Lievens in *Rechten en Plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, Verslagen van het colloquium te Brussel op 7 en 8 maart 1985, Kluwer Antwerpen 1986.

(19) Artikel 45 van de Wet van 27 december 1984.

aan te nemen dat een uitgiftepremie die overgeboekt werd naar een onbeschikbare reserve door de Raad van Bestuur, in principe deel uitmaakt van de beschikbare winst; wat deze techniek uiteraard veel minder aantrekkelijk zou maken ²⁰.

I. Vennootschappen waar een doelwijziging onmogelijk is

In de Naamloze Vennootschap en de BVBA is een *doelwijziging* mogelijk mits bepaalde criteria van kworum en meerderheid na te leven. En ook voor de andere vennootschappen is een doelwijziging vrijgesteld van registratierecht, ook indien deze doelwijziging niet overeenkomstig Art. 70bis gebeurd zou zijn ²¹.

Inzake inkomstenbelastingen is er echter geen specifieke tekst voorzien. Het gevaar bestaat dan ook dat — mits enige kwade wil — in de doelwijziging van een andere vennootschap dan een NV of een BVBA, een ontbinding gevolgd door een heroprichting wordt gezien. Wij hebben verdedigd ²² dat ook hier een doelwijziging zonder problemen mogelijk zou moeten zijn; indien echter grote financiële belangen op het spel staan dan lijkt het het voordeligste hier de voorzichtigste weg te kiezen en vooraf een omvorming naar een andere vennootschap door te voeren.

Tot besluit

Tot zover dit algemene overzicht. Op tal van problemen werd niet ingegaan: de landbouwvennootschap, professionele vennootschap, buitenlandse vennootschappen werden niet ter sprake gebracht.

Stippen wij alleen nog aan:
dat een Belgische vennootschap niet noodzakelijkerwijze aan de Belgische vennootschapsbelasting onderwor-

pen is. Daartoe is immers vereist dat zij haar zetel in België heeft. Indien de werkelijke leiding vanuit het buitenland gebeurt, dan is zij niet aan de Belgische belasting onderworpen ²³;

dat een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, opgericht voor het beheer van onroerende goederen een winstgevendende activiteit is die de vennootschap onderwerpt aan de vennootschapsbelasting ²⁴;

dat een vennootschap enkel opgericht voor het fiscaal voordeel een geldige vennootschap is (Antwerpen 4 december 1984, *FJF* 1985, 66).

Samenvattend kunnen wij stellen:

dat wijst in de richting van een *NV*: de mogelijkheid van handgiften, een Nederlandse dochtermaatschappij, de betaling van interesten op rekening courant;

dat wijst in de richting van een *andere vennootschap dan een NV*: de aanwezigheid van bestuurders die reeds in twee NV's actief zijn; de inbreng van onroerende goederen door een vennoot die er te gepasten tijde misschien weer eigenaar van wil worden;

dat wijst in de richting van een *koöperatieve*: de waarschijnlijkheid van kapitaalverhoging door reserves;

dat wijst in de richting van een *andere vennootschap dan een BVBA*: bestuursvergoedingen zonder BTW aan een andere vennootschap.

In concreto dienen alle factoren en omstandigheden te worden afgewogen.

(20) Zie Fiskoloog nr. 210 van 9 juni 1988, p. 1 en 2.

(21) Artikel 121, 20 - Wetboek Registratierecht.

(22) Zie *De vennootschap en de belasting*, nr. 11, 1400.3.

(23) Brussel, 29 juni 1982 *FJF* 82 - 119, *JDF* 1983, 100.

(24) Kassatie 11 april 1967, twee arresten, Pas 1967 I 946, geciteerd bij Tiberghien, *Inleiding tot het Belgisch Fiscaal Recht* nr. 282, p. 192.

Met de ASLK is het goed zaken doen

Een echte partner is net zo begaan met de zaak als uzelf. Zo'n partner is de ASLK. Bij ons komen overleg en advies op de eerste plaats. Want bankservice is maatwerk. Zeker als het om kredieten gaat. De ASLK biedt een brede gamma van kredietformules, zowel kort- als langlopende, zowel courante als minder courante, die exact

op de leest van uw zaak worden geschoeid. En zoals steeds behoren de ASLK-tarieven ook voor dit soort leningen tot de interessantste op de markt. Beginnende middenstanders en trouwe klanten genieten bovendien in veel gevallen van een aanzienlijke korting. Komt u dus in ieder geval eens met ons praten. Ook als u daar niet meteen een aanleiding toe ziet. Door onze know-how op gebied van bedrijfsfinanciering en krediet in de ruimste zin van het woord, kunnen wij u vaak nieuwe wegen wijzen. U kunt het beste via uw ASLK-agentschap even contact opnemen met de kredietexpert voor uw regio. U zal merken: met de ASLK is het goed zaken doen.

ASLK
KREDIET VOOR DE KMO