

en Antwerpen 12 februari 2013, *Fisc.* nr. 1333, 6). Maar recentelijk nog oordeelde het hof van beroep te Gent dat de regeling van de subsidiaire aanslag niet veronderstelt dat de administratieve procedure voor de vestiging van een gewone aanslag zou worden overgedaan (Gent 4 november 2014, *Fisc.* nr. 1408, 6).

Hof van Cassatie

Het was dus afwachten hoe het Hof van Cassatie zou oordelen over deze kwestie. Dat heeft het Hof nu gedaan in het voormelde arrest van 13 februari 2015.

Volgens het Hof heeft de wettelijke regeling (art. 356 WIB 1992) tot doel “het voeren van een geheel nieuwe procedure te vermijden” en “door middel van een versnelde procedure een uitspraak te verkrijgen over de verschuldigdheid van de belasting”. De bevoegdheid van de Administratie is bijgevolg beperkt tot “het vestigen van de subsidiaire aanslag zonder dat zij zich mag uitspreken over de uitvoerbaarverklaring ervan”. “Het is de rechter die oordeelt over de wettigheid en de gegrondheid van de aanslag”.

Daaruit volgt volgens het Hof dat de Administratie “de onregelmatigheid niet dient te herstellen”. Zij moet evenmin de subsidiaire aanslag inkohieren (hetgeen het Hof van Cassatie overigens reeds eerder stelde in het kader van de ‘oude’ regeling inzake de subsidiaire aanslag;

Cass. 10 oktober 2014, *Fisc.* nr. 1405, 14). Volgens het Hof kan de Administratie ermee volstaan de subsidiaire aanslag “aan de rechter ter beoordeling voor te leggen”.

Op die gronden wijst het Hof het middel af waarin de belastingplichtige verdedigde dat “het aan [hem] betekend verzoekschrift moet worden voorafgegaan door het herstel van de procedurefout die aanleiding heeft gegeven tot de rechterlijke nietigverklaring van de oorspronkelijke aanslag en dat het moet worden voorafgegaan door het inkohieren van de subsidiaire aanslag”.

Andere toepassingsproblemen

Het Hof van Cassatie schaarst zich dus achter diegenen die van mening zijn dat de procedure van subsidiaire aanslag niet vereist dat de Administratie haar fout eerst herstelt. Maar daarmee zijn niet alle toepassingsproblemen rond de subsidiaire aanslag opgelost. Denk bijvoorbeeld aan de toepassingsvoorwaarde die inhoudt dat er een ‘directoriale beslissing’ moet zijn omtrent het door de belastingplichtige ingediende bezwaarschrift. In de rechtspraak is de vraag gerezen of aan deze toepassingsvoorwaarde voldaan is, indien er eerst wel een directoriale beslissing was, maar deze nadien door de rechter werd vernietigd. Het hof van beroep te Antwerpen beantwoordde deze vraag inmiddels bevestigend (arrest van 24 februari 2015, *Fisc.* nr. 1421, 6). (CB)

Roerend inkomen

Vastgoedcertificaten : toch effecten van lening volgens Rulingdienst

In een onlangs gepubliceerde ruling komt de Dienst Voorafgaande Beslissingen tot het besluit dat vastgoedcertificaten gerangschikt moeten worden onder de vastrentende effecten die soortgelijk zijn aan obligaties en kasbons in de zin van artikel 2, § 1, 8^o, eerste alinea WIB 1992. De Dienst volgt hiermee de traditionele stelling van de centrale Administratie dat het gaat om effecten van leningen. Niettemin kunnen rond dit administratief standpunt vraagtekens geplaatst worden op grond van een stroming in rechtsleer en rechtspraak die stelt dat het eerder om effecten gaat die schuldvorderingen vertegenwoordigen. Dit heeft zijn belang, niet alleen wat de vrijstellingen inzake roerende voorheffing betreft, maar ook op het vlak van de aftrekbaarheid van de interestcomponent van de coupon (voorafgaande beslissing nr. 2014.367 van 19 augustus 2014, www.ruling.be).

Feitelijke context en vraagstelling

D e hier besproken ruling gaat over een vastgoedvennootschap X, waarvan de aandelen door haar moeder Y worden overgedragen aan een nieuwe vennootschap (‘NewCo’), waarin de moeder voor 30 % blijft

participeren. Zodra NewCo 100 % van de aandelen in de vastgoedvennootschap X in handen heeft, wordt er overgegaan tot een geruisloze moeder-dochterfusie, zodat de vastgoedportefeuille van X in handen komt van NewCo. Vervolgens gaat NewCo over tot een publieke uitgif-

te van vastgoedcertificaten, waarop moedervenootschap Y tot beloop van 5 % intekent. Bedoeling van deze structuur is te vermijden dat de bestaande bankschulden in de vastgoedvennootschap X te zwaar doorwegen op de geconsolideerde balans bij de moedervenootschap Y, terwijl anderzijds de aandelenverkoop op korte termijn voldoende financiële middelen moet vrijmaken bij vennootschap Y om te investeren in nieuwe vastgoedprojecten.

De ruling behandelt een hele reeks thema's, zoals de vraag of de controlewijziging bij de vastgoedvennootschap beantwoordt aan rechtmatige financiële of economische behoeften (art. 207, lid 3 WIB 1992), de vraag of de (geruisloze) fusie door overname van vennootschap X door NewCo belastingneutraal kan geschieden overeenkomstig artikel 211, § 1, lid 4 WIB 1992, de vraag of de geruisloze fusie de vrijstelling kan genieten van evenredige registratierechten conform artikel 117, § 1, lid 2, 1° W.Reg., alsook de vraag of de drie antimisbruikbepalingen (art. 344, § 1 WIB 1992, art. 1, § 10 W.B.T.W. en art. 18, § 2 W.Reg.) buiten werking kunnen blijven. De Rulingdienst beantwoordt al deze vragen positief.

De vragen die ons hier aanbelangen betreffen echter de kwalificatie van de door NewCo uit te geven vastgoedcertificaten. Meer in het bijzonder wenst de aanvrager bevestigd te zien dat het gedeelte van de uitkering dat de emittent aan de certificaathouders betaalt bovenop de terugbetaling van het ingelegde kapitaal, kwalificeert als een aftrekbare interestbetaling waarop de aftrekbeperking van artikel 55 WIB 1992 niet van toepassing is. Dit artikel heeft in het bijzonder zijn belang voor vastgoedcertificaten, zeker in het geval van de realisatie van het onderliggend vastgoed tegen een meerwaarde die als interest naar de belegger toevloeit. Bedoeld is het artikel dat de aftrek van interest op o.m. obligaties en leningen beperkt tot de markttrente rekening houdend met de specifieke situatie van de verrichting en de financiële toestand van de schuldenaar. Die aftrekbeperking is evenwel niet van toepassing op "openbaar uitgegeven obligaties en andere soortgelijke effecten van leningen" (art. 56, § 2, 1° WIB 1992). Verder wordt de vraag gesteld of dat interestgedeelte ook buiten de 'thin cap'-regeling van artikel 198, § 1, 11° WIB 1992 valt. Bedoeld is de regeling die onder bepaalde voorwaarden de aftrek van interesten beperkt als en in de mate het totaal bedrag van de leningen hoger is dan vijfmaal de som van de belaste reserves (bij het begin van het belastbaar tijdperk) en het gestort kapitaal (bij het einde van het belastbaar tijdperk). Deze 'thin cap'-regeling is immers evenmin van toepassing op "obligaties of andere soortgelijke effecten uitgegeven door een openbaar beroep op het spaarwezen". Het antwoord op beide vragen meent de aanvrager,

hierin gevolgd door de Rulingdienst, te vinden in de fiscale kwalificatie van de door NewCo uit te geven vastgoedcertificaten.

Vastgoedcertificaten zijn soortgelijk aan obligaties

De Rulingdienst bekijkt om te beginnen de (ontwerp-)statuten van de certificaten en het (ontwerp-)prospectus. Daaruit blijkt dat de vastgoedcertificaten openbaar worden uitgegeven in de zin van de wet van 16 juni 2006 "op de openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt". Diezelfde wet bevat trouwens een definitie van vastgoedcertificaten: "de schuldinstrumenten die rechten incorporeren op de inkomsten, op de opbrengsten en op de realisatiewaarde van één of meer bij de uitgifte van de certificaten bepaalde onroerende goederen" (art. 5, § 4).

Volgens de Rulingdienst betreft het een indirecte roerende belegging in vastgoed, die aan de certificaathouder recht geeft op de opbrengsten uit het onroerend goed, onder afhouding van bepaalde kosten, en op de eventuele meerwaarde bij realisatie van het pand.

Fiscaal worden de inkomsten toegekend aan de houders van de vastgoedcertificaten als "interest" aangemerkt in de zin van artikel 19, § 1, 1° WIB 1992. Het gaat daarbij zowel om de inkomsten, als om de opbrengsten en eventuele realisatiewaarde die bij verkoop van het onroerend goed onder de certificaathouders worden verdeeld, bovenop de terugbetaling van het geïnvesteerd kapitaal (*Com. IB 92*, nr. 19/7).

Vervolgens gaat de Rulingdienst na hoe de uitkering van het jaarlijks exploitatieresultaat en het vereffeningssaldo, waaromtrent de certificaathouders een vorderingsrecht hebben, in de (ontwerp-)statuten van de certificaten worden geregeld. De jaarlijkse uitkering bestaat conventioneel uit twee delen, enerzijds een bedrag dat de gedeeltelijke aflossing van het ingetekend kapitaalbedrag vertegenwoordigt en anderzijds het saldo dat een (interest-)inkomen vertegenwoordigt. De aflossing van het ingetekend bedrag wordt gespreid over de contractuele looptijd van de certificaten.

Hieruit vloeit voort dat het bedrag dat de emittent aan de certificaathouders betaalt bovenop de terugbetaling van het ingelegde kapitaal (jaarlijks en bij realisatie van het onroerend goed) de aard heeft van een interest en gekwalificeerd kan worden als een beroepskost in de zin van artikel 49 WIB 1992.

De Rulingdienst stelt vast dat de minister van Financiën in antwoord op een parlementaire vraag bevestigd heeft dat vastgoedcertificaten

voor de toepassing van de inkomstenbelasting te rangschikken zijn bij de 'soortgelijke effecten' bedoeld in artikel 2, § 1, 8° WIB 1992 (*Parl. Vr.*, nr. 14068, 14 februari 2007, Beknopt Verslag, Kamercommissie Financiën, Com. 1206, 4-6). Ook in de circulaire van 7 juli 2008 nam de Administratie dit standpunt in (AOIF 23/2008, nr. 11 en *Com. IB 92*, nr. 52/92 en 2/23).

Volgens de Rulingdienst heeft de wetgever zich duidelijk over deze fiscale kwalificatie uitgesproken tijdens de parlementaire werkzaamheden met betrekking tot de wet van 23 juni 1975 "tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen op het stuk van de niet als bedrijfslast aangemerkte financiële lasten". Genoemde werkzaamheden verduidelijken dat de in artikel 50, 1° WIB 1964 (het huidige art. 56, § 2, 1° WIB 1992) opgenomen uitzondering de interesten beoogt die worden verleend "ingevolge openbaar uitgegeven obligaties en andere soortgelijke effecten van leningen met inbegrip, onder meer, van de vastgoedcertificaten uitgegeven ter vertegenwoordiging van de fondsen overgemaakt aan een vennootschap op aandelen en door deze laatste belegd in onroerende plaatsingen waarvan ze de opbrengst verdeelt onder de houders van de certificaten" (*Parl. St.* Kamer 1974-1975, nr. 496/2, 2). De ruling verwijst verder ook naar de antwoorden op twee parlementaire vragen (*Parl. Vr.*, De Clippele, nr. 237, *Vr. en Antw.* Kamer 1992-1993, 3.453 en *Parl. Vr.*, Van Weddingen, nr. 512, *Vr. en Antw.* Kamer 1992-1993, 10.460).

De Rulingdienst leidt hieruit af dat de aftrekbeperking van artikel 55 WIB 1992 niet van toepassing is ten aanzien van de interesten die aan de certificaathouders betaald worden, dit op grond van de uitsluiting voor openbaar uitgegeven obligaties en andere soortgelijke effecten van leningen.

Ook de aftrekbeperking van artikel 198, § 1, 11° WIB 1992 (cf. *'thin cap'*-regeling) kent, zoals gezegd, een uitzondering voor "obligaties of andere gelijksoortige effecten uitgegeven door een openbaar beroep op het spaarwezen". Gezien de voormelde conclusie dat de vastgoedcertificaten uitgegeven door NewCo dergelijke gelijksoortige effecten van leningen uitmaken, oordeelt de Rulingdienst dat ook de aftrekbeperking van artikel 198, § 1, 11° WIB 1992 hier geen toepassing kan vinden.

Bespreking

De voorafgaande beslissing past het traditionele administratieve standpunt consequent toe, hetgeen de aanvrager in deze trouwens goed uitkomt. Dit standpunt kreeg ook weerklank in de rechtspraak, tot voor het Hof van Cassatie toe in een zaak die de toepassing van de roerende voorheffing betrof (Cass. 12 mei 2005, www.cass.be). Meestal ging het in deze rechter-

lijke uitspraken over vastgoedcertificaten met een (minimaal) vast rendement van x % per jaar (los van de eventuele meerwaarde bij realisatie van het onderliggend vastgoed).

De Rulingdienst heeft zich ook reeds in eerdere beslissingen over de kwalificatie van vastgoedcertificaten gebogen en kwam toen tot hetzelfde besluit, zij het dat in die beslissingen de certificaten toch ook omschreven werden als "vorderingsrechten"/"titres de créances" (zie voorafgaande beslissingen nr. 800.065 van 11 maart 2008 en nr. 2012.540 van 5 maart 2013).

Traditioneel staat de rechtsleer een stuk kritischer tegenover voornoemd administratief standpunt. Zij houdt voor, dat vastgoedcertificaten geen lening vertegenwoordigen, maar eerder een schuldvordering, zodat ze moeilijk als gelijksoortig aan obligaties kunnen worden aangezien, tenzij in het (uitzonderlijk) geval van een vast rendement (zie o.m. M. VAN KEIRSBILCK, noot bij Brussel 31 januari 2001, *Fisc. Koer.* 2001, 170; P. SMET, *Handboek Roerende Voorheffing*, Kalmthout, Biblo, 2003, 169-171; M. VAN KEIRSBILCK, "Vastgoedcertificaten met een vast rendement zijn 'soortgelijke effecten' (als obligaties) ondanks de afwezigheid van een kapitaalgarantie", noot onder Cass. 12 mei 2005, *TFR* 2005, afl. 292, 1028-1032).

Deze alternatieve visie heeft ondertussen ook haar weg gevonden in de rechtspraak (Rb. Brussel 2 maart 2012, *Fisc.* nr. 1312, 6). Deze zaak betrof de verzaking op grond van artikel 107, § 2, 9°, c KB/WIB 1992 aan roerende voorheffing voor beroepsbeleggers inzake inkomsten van schuldvorderingen en leningen niet vertegenwoordigd door effecten (andere dan deze bedoeld in art. 107, § 2, 4° tot 7° KB/WIB 1992). De Administratie weigerde deze verzaking toe te passen omdat de verzaking voor obligaties en soortgelijke effecten niet open staat voor beroepsbeleggers. Op basis van de juridische kenmerken van de vastgoedcertificaten (inzonderheid de afwezigheid van een recht op terugbetaling van het kapitaal en dus geen lening en het onzeker rendement) kwam de Brusselse rechtbank tot het besluit dat dergelijke certificaten geen vastrentende effecten uitmaken, soortgelijk aan obligaties.

In haar jongste beslissing maakt de Rulingdienst geen gewag van deze alternatieve zienswijze. Voor de rilingaanvrager zou deze kwalificatie als een loutere schuldvordering overigens ongelegen zijn gekomen, nu de uitzonderingen op de aftrekbeperking in artikel 56, § 2, 1° en 198, § 1, 11° WIB 1992 enkel toepasselijk zijn op openbaar uitgegeven obligaties en andere gelijksoortige effecten van leningen.

Marc De Munter