Fiscale Actualiteit

Nr. **32** Jaargang 38 week 3 – 9 oktober 2019

Verschijnt wekelijks, behalve in weken 1, 20, 31–35, 46 en 52 Afgiftekantoor Brussel X P2A9387

inhoud

beroepskosten

Finaliteitsvoorwaarde en Cassatie: de *Da Vinci*-code gekraakt? **1**

korte berichten

Vrijgestelde voorziening bij vereenvoudigde boekhouding: opgave 204.3 volstaat niet **11**

In het Staatsblad van 25 september tot 3 oktober 2019 **11**

beroepskosten

Finaliteitsvoorwaarde en Cassatie: de *Da Vinci*-code gekraakt?

Svjatoslav GNEDASJ advocaat balie Brussel, vennoot Eubelius CVBA

In 2014 en 2015 moest het Hof van Cassatie al het mijnenveld van de aftrekvoorwaarden bij fiscaal gedreven verrichtingen ontmijnen. Maar die revolutionaire arresten veranderden in de praktijk weinig aan de strenge houding van sommige feitenrechters. Sindsdien leek het Hof warm en koud te blazen. Nu komt Cassatie opnieuw tussenbeide in betwistingen over FBB-verrichtingen en vruchtgebruikconstructies. Het ene arrest is positief, het andere negatief voor de belastingplichtige. Toch zijn ze met elkaar te verzoenen. Het Hof bevestigt zijn rechtspraak en beslecht de discussie die sinds 2015 woedt over de rol van de zgn. causaliteit (de band met de activiteit) bij de finaliteitsvoorwaarde – de 'Gentse school' trekt daarbij aan het kortste eind. Tegelijk houdt het Hof vast aan zijn strenge houding sinds september 2018 inzake vastgoedconstructies: de kost moet gemaakt zijn om belastbare inkomsten te verwerven of te behouden (finaliteitsvoorwaarde); als een constructie opgezet is niet in het belang van de vennootschap maar uitsluitend in het belang van een derde, is de kost niet aftrekbaar. Wij menen dat het Hof daarmee een werkbaar en pertinent toetsingskader voor de finaliteitsvoorwaarde schept in het licht van diverse fundamentele (maar soms onverzoenbaar lijkende) fiscale beginselen (Cass. 21 juni 2019, F.15.0067.N en F.18.0130.N).

midzomerarresten van 2015 roepen grote vraagtekens op

Het Hof van Cassatie veroorzaakte ophef in 2015 door te verklaren dat het voor de aftrek van kosten niet vereist is dat de kosten verband houden met het statutaire doel of de maatschappelijke activiteit: dat dat verband er niet is, of zelfs dat het de bedoeling is om een fiscaal voordeel te realiseren, of een boekhoudkundig verlies vóór belastingen, is *op zich* geen reden om de aftrek te verwerpen (o.m. Cass. 4, 12 en 19 juni 2015, *Fisc. Act.* 2015, 27/1). Maar die rechtspraak veroorzaakte controverse in rechtsleer en rechtspraak (zie S. Gnedasj, *Artikel 49 WIB 1992 ont(k)leed*, Mechelen, Kluwer, 2017, 354-373 en 406-440).

nieuwste midzomerrechtspraak brengt duidelijkheid

Met de twee nieuwste arresten verschaft het Hof – weliswaar op een typisch cryptische manier – o.i. de broodnodige verduidelijking. Hoewel de arresten (die niet toevallig op dezelfde dag zijn gewezen hoewel ingeleid in 2014 resp. 2018) verschillende constructies betreffen, kunnen en moeten zij samen worden gelezen. Daarbij kan hun draagwijdte pas ten volle worden begrepen als men ook de conclusies van de advocaat-generaal erbij neemt in het licht van de twee stellingen uit de rechtsleer die hij tegenover elkaar plaatst.

TaxWorld.be

De FBB-zaak (Cass. 21 juni 2019, F.15.0067.N)

koop en verkoop obligaties op zelfde dag na couponinning

In de eerste zaak kocht Europabank in 1989 meermaals Italiaanse schatkistcertificaten, die ze op dezelfde dag, amper twee uur later, na de couponinning alweer doorverkocht. In de korte tijd dat de bank eigenares was van de obligaties, inde ze de interest na aftrek van de Italiaanse roerende voorheffing (toen 6,25 %).

verrichting draait uit op boekhoudkundig verlies vóór belastingen

Logischerwijs waren de obligaties na de couponinning minder waard dan bij de aankoop, waardoor de bank (ondanks de geïnde interest) op die gehele verrichting een boekhoudkundig verlies *vóór belastingen* realiseerde. De minderwaarde op de obligaties boekte ze als kost en nam ze fiscaal in aftrek. De interest maakte deel uit van het belastbaar resultaat.

…maar blijft economisch interessant wegens FBB

Maar de geïnde interest van Italiaanse bron gaf haar krachtens het dubbelbelastingverdrag met Italië ook nog recht op het FBB (forfaitair belastingkrediet voor buitenlandse belasting) van 15 % van de netto-interest. Dankzij het FBB was de gehele verrichting voor de bank economisch profitabel, weliswaar op kosten van de Schatkist.

Gentse hof: kost moet inherent aan beroep zijn

Het Gentse hof van beroep onderzocht de aftrekbaarheid op basis van de leer van de zgn. 'Gentse school' (zie S. Gnedasj, *o.c.*, 373-440). Die betoogt, in lijn met de klassieke cassatierechtspraak in de PB, dat kosten (ook in de VenB) slechts aftrekbaar zijn als ze (tevens) "inherent zijn aan de uitoefening van het beroep". De invulling die de Gentse school (en ook het Hof van Cassatie in 2001-2013) daaraan in de VenB geeft, is dat de kosten "noodzakelijkerwijze betrekking [moeten] hebben op de maatschappelijke activiteit van de vennootschap". Het hof toetst vervolgens de statutaire activiteit 'bankverrichtingen' aan de definitie uit Van Dale, die een 'bank' omschrijft als "instelling waar men tegen rente geld kan uitzetten, die kredieten, verleent en valutahandel bedrijft". Daaruit leidt het hof af dat dergelijke FBB-verrichtingen "niet tot de normale activiteit van een bank" behoren.

FBB-verrichting niet normaal voor bank, en niet gericht op winst

Vervolgens verwijst het naar de aanzienlijke omvang van de verrichting (vijf keer het eigen vermogen van de bank en 33 % van haar balanstotaal), naar het ontbreken van "enige waarborg qua uiteindelijk resultaat", naar de korte tijdspanne van enkele uren, en naar het feit dat de verrichtingen via een andere bank zijn uitgevoerd, die een "systeem" uitgewerkt had om de belastbare grondslag weg te werken met FBB-operaties.

doel verrichting is belastingvernietiging

Daaruit leidt het hof af dat het doel een "zodanig belastingvoordeel" was "dat de normaal door de [bank] verschuldigde vennootschapsbelasting zou vernietigd worden", en dat de bank "nooit de bedoeling heeft gehad om met de FBB-verrichting tot een positief boekhoudkundig resultaat te komen". Daaruit volgt dat de FBB-constructie geen verband houdt met de "beroepswerkzaamheid", zodat de fiscus de minderwaarde terecht als kost heeft verworpen (Gent 18 november 2014, 2013/AR/1288).

...en dus niet inherent aan beroepswerkzaamheid

Cassatievoorziening geeft voorzetten om discussie open te trekken

vennootschap in Cassatie: kosten abnormaal maar dat is irrelevant

miskenning niet-fiscale wetsbepaling leidt niet tot verwerping aftrek

De bank ging in cassatie (nog vóór de midzomerarresten van juni 2015) en voerde aan dat het feit dat transacties abnormaal zijn, geen reden is om de aftrek te weigeren. Europabank betwistte niet alleen dat de verrichtingen buiten haar maatschappelijk doel vielen, maar haalde ook het Curator-arrest (Cass. 22 november 2013, F.10.0036.F) en het Kinderarbeidarrest (Cass. 31 oktober 2014, F.13.0082.N) aan: zelfs als een vennootschap een strafrechtelijke inbreuk begaat kan het de kostenaftrek niet beletten. De bank trekt die conclusie door naar transacties buiten het maatschappelijk doel die géén strafrechtelijke overtredingen uitmaken. Daarmee geeft de bank aan dat het verwerpen van kosten wegens doeloverschrijding, in strijd is met artikel 49 WIB 92, want dat artikel is moreel neutraal (zie S. Gnedasj, *o.c.*, 177-192). Dat is met de midzomerarresten van juni 2015 trouwens bevestigd. De bank gaf in haar voorziening echter een aantal voorzetten aan het Hof om de causaliteit en/of de *cash-drain*-theorie een nieuw leven in te blazen, maar Cassatie maakte daar (zoals hierna bij de analyse blijkt) geen gebruik van.

Advocaat-generaal blijft gehecht aan causaliteitsvoorwaarde

advocaat-generaal probeert oude en nieuwe cassatierechtspraak te verzoenen

A-G: cassatierechtspraak van 2015 blijft beperkt tot miskenning statuten

De advocaat-generaal bespreekt in zijn conclusie van 17 mei 2019 de recente cassatierechtspraak en de discussie in de rechtsleer over de causaliteit (band met de activiteit). Hij citeert zowel de arresten van juni 2015 als de oude arresten van 19 juni 2003 en 12 juni 2009 (waarop het Hof terugkwam) en betoogt dat "de ommekeer in de rechtspraak" (alleen maar) impliceert dat een verband tussen een kost en de maatschappelijke activiteit *zoals omschreven in de statuten* (het statutaire doel) géén zelfstandige aftrekbaarheidsvoorwaarde is.

meerderheidsstelling: Cassatie gaat verder, beschouwt band met beroep niet langer als aftrekvoorwaarde voor vennootschappen

Vervolgens verwijst hij naar de door ondergetekende verdedigde stelling dat die rechtspraak nog verder gaat en de "zogenaamde causaliteitsvoorwaarde (het verband met de beroepswerkzaamheid) als een zelfstandige voorwaarde voor de kostenaftrek in hoofde van vennootschappen" verwerpt (zie S. Gnedasj, *o.c.*, 416 e.v.). Hij verwijst ook naar de door ondergetekende en Koen Janssens gemaakte analyse van het cassatiearrest van 21 september 2018. Daarin oordeelde Cassatie dat het hof van beroep de kostenaftrek voor een appartement aan de kust terecht verwierp door te overwegen dat die kosten werden gedaan "uitsluitend met het oogmerk privékosten van de zaakvoerder ten laste te nemen", en voegde eraan toe: "ongeacht de verwijzing naar het doel en de activiteiten" (zie *Fisc. Act*. 2018, 35/1). Wij leidden uit die toevoeging af dat de Gentse school – die een verband met de *werkelijke* activiteit als echte aftrek*voorwaarde* ziet i.p.v. een mogelijk interpretatiecriterium van finaliteit – definitief tegengesproken werd. De grote meerderheid van de doctrine sluit zich trouwens bij die interpretatie aan (geciteerd in S. Gnedasj, *o.c.*, vtn. 1050).

Gentse school: finaliteitsvoorwaarde vereist verband met werkelijke activiteit

A-G koos voor Gentse school: causaliteitsvereiste vloeit voort uit finaliteitsvoorwaarde

Maar de advocaat-generaal betwijfelt of het arrest van 2018 zo begrepen mag worden. Volgens hem kan uit het arrest niet worden afgeleid dat de causaliteitsvoorwaarde helemaal terzijde geschoven is. Die vloeit volgens hem immers voort uit de finaliteitsvoorwaarde. Hij verklaart zich aan te sluiten bij Van Crombrugge. Die vindt dat de finaliteitsvoorwaarde van artikel 49 WIB 92 concreet inhoudt dat er een causaal verband moet bestaan met "de werkelijk uitgeoefende beroepswerkzaamheid" van de vennootschap.

A-G: bezoldigingstheorie als steun voor vereiste van band met activiteit

De advocaat-generaal voelt zich gesterkt in zijn redenering door de rechtspraak over de bezoldigingstheorie (zie S. Gnedasj, *o.c.*, randnrs. 412-454): de vennootschap moet aantonen dat de bezoldiging betaald is in ruil voor de "ten behoeve van de vennootschap geleverde prestaties". Dat houdt volgens hem in dat die prestaties betrekking moeten hebben "op de activiteit van de vennootschap … *of* op een of meer specifieke transacties waarmee de vennootschap inkomsten wenst te genereren of te behouden" (eigen nadruk). Dat citaat komt letterlijk uit onze analyse (S. Gnedasj, *o.c.*, 466), maar de advocaat-generaal leidt daaruit verrassenderwijze enkel af dat een verband met de beroepswerkzaamheid van de vennootschap vereist is (en dat een band met een eenmalige maar 'inkomsten genererende transactie' dus niet volstaat). Hij meent zijn standpunt ook te kunnen steunen op de rechtspraak over de aftrek van bezoldigingen van gezinsleden van bedrijfsleiders (zie S. Gnedasj in *Fisc. Act*. 2016, 18/1 en *o.c.*, randnrs. 284-286). Daarin oordeelde het Hof immers dat de bezoldigingen van de gezinsleden "slechts aftrekbare beroepskosten van de bedrijfsleider zijn wanneer ze inherent zijn aan zijn activiteiten als bedrijfsleider binnen de vennootschap en niet aan de *maatschappelijke activiteit* van de vennootschap" (Cass. 7 april 2016, F.14.0088.N). De advocaat-generaal meent dat daarmee de "werkelijke activiteit" bedoeld wordt.

causaliteit: zelfstandige voorwaarde of slechts een interpretatiecriterium?

Naar onze mening rukt de advocaat-generaal die rechtspraak uit haar context: de bezoldigingstheorie illustreert slechts dat men de causaliteit (band met een op inkomstencreatie gerichte activiteit) als een mogelijk (maar niet uitsluitend) interpretatie*criterium* kan gebruiken om aan te tonen dat aan de finaliteitsvoorwaarde is voldaan. Maar dat maakt van de causaliteit nog geen aftrek*voorwaarde* (S. Gnedasj, *o.c.*, 476). De verwijzing naar de rechtspraak over bezoldigingen van gezinsleden lijkt ons evenmin pertinent, want die betreft de personenbelasting, en het Hof reikte een criterium aan om uit te maken of een kost van een bedrijfsleider zich al dan niet binnen zijn eigen professionele sfeer situeert (zie S. Gnedasj, *o.c.,* 313-316) – niet-beroepsmatige kosten vallen in de PB niet onder artikel 49 WIB 92.

De advocaat-generaal erkent daarnaast ook dat "de vaststelling van een causaal verband niet noodzakelijkerwijs steeds [hoeft] te leiden tot het besluit dat aan de finaliteitsvoorwaarde is voldaan" als de kosten "door hun aard niet het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten als oogmerk hebben (bijv. de kwijtschelding van een schuld van een klant zonder eigen financieel belang)". Daarmee onderschrijft hij echter de door ons verdedigde stelling (die precies aantoont dat de causaliteit niet te vereenzelvigen is met de finaliteitsvoorwaarde en al zeker geen aftrekvoorwaarde mag zijn in hoofde van vennootschappen maar hoogstens één van de mogelijke beoordelingscriteria) (zie S. Gnedasj, *o.c.*, 373-453).

A-G: band met werkelijke activiteit is essentieel aanknopingspunt om aftrekbaarheid te beoordelen

De advocaat-generaal sluit de theoretische uiteenzetting af met de conclusie dat de finaliteitsvoorwaarde vereist dat "de rechter [nagaat] of de kost gemaakt werd met de intentie om, desgevallend onrechtstreeks of op termijn, belastbare inkomsten te genereren en te behouden, zonder dat vereist is dat de kost exclusief om die reden is gemaakt, dat reeds … inkomsten worden verworven of behouden, en dat dit doel ook effectief wordt bereikt[. Daarom lijkt] de *band van een uitgave met de werkelijke activiteit van de vennootschap … een essentieel aanknopingspunt* voor de bodemrechter om de aftrekbaarheid … te beoordelen". Wij kunnen die conclusie, die de finaliteit met een onwettige en te beperkende voorwaarde opzadelt, niet onderschrijven.

A-G: geen verband met normale werkelijke activiteit dus niet voldaan aan finaliteitsvoorwaarde

Toegepast op de FBB-zaak meent de advocaat-generaal dat het hof van beroep vermocht te oordelen dat de verliezen op de FBB-verrichtingen niet aftrekbaar zijn omdat er geen aantoonbaar verband is met de werkelijke beroepswerkzaamheid, zodat de kosten niet gedaan of gedragen zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen. Die conclusie lijkt hem verantwoord op grond van de vaststellingen van het hof – m.n. dat (i) FBB-verrichtingen niet beroepsmatig zijn omdat ze niet tot de normale activiteit van een bank behoren, (ii) de belegging betrekking had op een bedrag van maar liefst vijf maal het eigen vermogen, zonder enige garantie over het resultaat, (iii) de hele verrichting op één dag werd afgewikkeld, (iv) het nooit de bedoeling was om tot een positief boekhoudkundig resultaat te komen met die verrichting en (v) de constructie louter fiscaal geïnspireerd was.

Cassatie gaat in tegen zijn advocaat-generaal en de Gentse school

Het Hof van Cassatie is het op dat vlak kennelijk niet eens met zijn advocaat-generaal.

Cassatie: oordeel Gentse hof over naleven finaliteit onwettig

Vooreerst herhaalt het Hof letterlijk zijn arresten van juni 2015: uit artikel 49 en 183 WIB 92 volgt niet "dat de aftrek van beroepskosten afhankelijk is van de voorwaarde dat zij inherent zijn aan de maatschappelijke activiteit van de handelsvennootschap zoals die blijkt uit haar maatschappelijk doel". Het Hof herhaalt dat "de omstandigheden dat tussen een verrichting van een vennootschap en haar maatschappelijke activiteit of statutair doel geen verband bestaat, en dat een verrichting uitsluitend werd gesteld met het oog op een belastingvoordeel, als dusdanig" niet uitsluiten dat de kosten aftrekbaar zijn.

Vervolgens somt het Hof de al vermelde elementen op die volgens zijn advocaat-generaal de verwerping van de aftrek verantwoorden. Maar het Hof komt tot de tegenovergestelde conclusie: het Gentse hof van beroep verantwoordt zijn beslissing *niet* naar recht "door te oordelen dat de FBB-constructie in zijn geheel beschouwd niet beantwoordt aan de door artikel [49 WIB 92] vereiste finaliteit". En het is die conclusie (en ook het gebruik van de notie 'finaliteit') die de betwistingen inzake kostenaftrek in FBB-verrichtingen o.i. voor goed moet beslechten.

Hof rekent definitief af met voorwaarde van band met activiteit

conclusie 1: verband met een activiteit is geen voorwaarde

conclusie 2: *cash-drain*-theorie gaat niet op

Het arrest leert ons twee zaken: (i) een verband met de activiteit (statutaire, normale, werkelijke of enige andere) is geen voorwaarde voor kostenaftrek in de vennootschapsbelasting, en (ii) ook de *cash-drain*-theorie is irrelevant. Wij komen tot die conclusie niet alleen omdat het Hof zijn advocaat-generaal tegenspreekt, maar ook rekening houdend met de middelen die de bank in haar cassatievoorziening ontwikkelde. Daarin gaf ze immers twee (subtiele) voorzetten aan het Hof van Cassatie om ofwel de Gentse school te volgen of zelfs de *cash-drain*-theorie van onder het stof te halen.

Ten eerste, eigenaardig genoeg zei de bank in haar voorziening niets over de door het Gentse hof vereiste band met de *normale* of *werkelijke* activiteit. Dat was voor Cassatie een uitgesproken kans om de Gentse school te ondersteunen door te oordelen dat de bank nalaat dat zelfstandig motief (dat het arrest kan dragen) te bekritiseren. Dat het Hof dat niet deed, is een belangrijke aanwijzing voor zijn kritische visie t.a.v. de Gentse school. Maar ook de advocaat-generaal stelde op basis van de Gentse school uitdrukkelijk voor om het arrest niet te casseren, doch Cassatie verbrak.

Dit cassatiearrest is m.i. duidelijk de laatste nagel in de doodskist van de Gentse school, die van de causaliteit (die intussen op alle mogelijke manieren is geïnterpreteerd als verband met de 'statutaire activiteit', 'maatschappelijke activiteit', 'activiteit zoals omschreven in de statuten', 'werkelijke activiteit', 'normale activiteit' enz.) een zelfstandige aftrek*voorwaarde* voor vennootschappen maakt (over de causaliteit inzake PB: S. Gnedasj, *o.c.*, 373-375).

In twee recente conclusies van 3 en 4 september 2019 in andere Italiaanse FBB-zaken (F.16.0002.N en F.17.0099.N) stelt dezelfde advocaat-generaal dat die analyse door het arrest van 21 juni 2019 inderdaad "lijkt" te zijn bevestigd. Van enige verwijzing naar de leer van de Gentse school of naar de achterhaalde cassatierechtspraak uit de jaren 2001-2013 is in die conclusie geen sprake meer.

Cassatie kiest voor notie 'finaliteit'

Een andere subtiele indicatie dat het Hof van Cassatie eerder de door ons verdedigde theorie volgt, is dat het voor het eerst spreekt van een door artikel 49 WIB 92 "vereiste finaliteit". Wij hebben het begrip 'finaliteitsvoorwaarde' (in navolging van de Franstalige doctrine – S. Gnedasj, *o.c.*, 10 en 317) verkozen boven de (tot nu toe gebruikte) notie 'intentionaliteitsvoorwaarde', die te subjectief is en voor problemen zorgt bij onvrijwillige kosten.

midzomerrechtspraak '19 bevestigt midzomerrechtspraak '15

Dit cassatiearrest bevestigt trouwens wat reeds de midzomerarresten aan aandachtige lezers meegaven. Men moet bij de interpretatie van cassatiearresten immers rekening houden met de cassatietechniek. Een van de trucen van de foor is de techniek van zelfstandige of overtollige motieven, waarbij het Hof een bestreden arrest ondanks een vastgestelde onwettigheid niet zal verbreken, als een *ander,* niet (met succes) bekritiseerd motief van het hof van beroep het arrest alsnog kan dragen (zie S. Gnedasj, *o.c.*, randnr. 380-381; C. De Backere, "Pleidooi voor een zuivere toepassing van artikel 49 WIB 1992 in de vennootschapsbelasting", *TFR* 2016, afl. 500, 379; F. Magnus, "Influence des activités statutaire et sociale en matière de déduction de frais professionnels", *RGFCP* 2016.7, 18-20). Die techniek is minder vergaand dan de substitutie van motieven omdat de juiste oplossing wel al in het bestreden arrest genoemd is, maar dan samen met overtollige (onjuiste) motieven. Welnu, Cassatie verbrak in het arrest van 19 juni 2015 (F.13.0069.N) het Antwerpse arrest waarin het hof van beroep ervan uitging dat "uitgaven van een handelsvennootschap maar aftrekbaar [zijn] wanneer ze inherent zijn aan de uitoefening van het beroep" en vervolgens besloot dat "de verrichtingen zich buiten de beroepsactiviteit [situeren] zodat niet aan de [aftrek]voorwaarden is voldaan". Als de midzomerrechtspraak van 2015 dus tot de *statutaire* activiteit beperkt zou zijn geweest (zoals de Gentse school en de advocaat-generaal volhouden), had het Hof die motivering van het hof van beroep als zelfstandig motief kunnen aangrijpen om niet te casseren en om het belang met de (werkelijke) beroepsactiviteit te onderstrepen. Maar het Hof heeft wél gecasseerd. Nu heeft het Gentse hof in de Europabank-zaak zelf samen met de advocaat-generaal de kaart getrokken van de "werkelijke" of "normale" beroepsactiviteit – wat zelfs niet eens in cassatie werd bekritiseerd en dus een voorzet kon zijn om het arrest niet te casseren –, maar ook dat mocht niet baten. Cassatie verbreekt, ondanks een duidelijk pleidooi van de advocaat-generaal om voor de Gentse school i.p.v. de theorie van ondergetekende te kiezen.

oog voor cassatietechniek hebben bij duiding van arresten

Cassatie stelt bewust geen verband met activiteit als aftrekvereiste voorop

advocaten-generaal verlaten de causaliteitsvoorwaarde

Het is interessant om te zien dat advocaat-generaal Van der Fraenen op het elan van de huidige procureur-generaal (vroegere advocaat-generaal) Thijs voortgaat, die zich altijd een grote voorstander van de Gentse school toonde. Maar die laatste lijkt bijgedraaid te zijn. In zijn conclusie van 20 december 2018 onder het cassatiearrest van 22 maart 2019 (F.18.0048.N – zie *Fisc. Act*. 2019, 18/1) i.v.m. aftrek van managementvergoedingen beperkt hij zich voor het eerst ertoe om te stellen dat artikel 49 "drie" aftrekvoorwaarden telt en geen vier. De vierde – verband met de beroepsactiviteit – vernoemt hij niet meer uitdrukkelijk.

vennootschap dekt zich tegen substitutie van motieven in

Een ander interessant aspect van deze zaak schuilt in een bijzondere techniek die het Hof van Cassatie soms hanteert: de zgn. 'substitutie van motieven'. Daarmee kan het Hof een eigenlijk onwettige motivering van het appelgerecht 'substitueren' door een wettige motivering, als die tot dezelfde conclusie leidt en op dezelfde vaststellingen stoelt (zie C. Parmentier, *Comprendre la technique de cassation*, 2018, Larcier, 163-166; S. Gnedasj, *o.c.*, randnr. 300). De bank anticipeerde dat de fiscus of de advocaat-generaal daarop zouden aansturen door te verwijzen naar de vaststellingen van het arrest "dat de betwiste transacties resulteerden in een doelbewust boekhoudkundig verlies en dat het daarom geen last betreft die door [de vennootschap] werd gedragen 'om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden'". Daarmee anticipeerde de bank op een mogelijke substitutie van motieven op grond van de zgn. '*cash-drain*'-theorie. Volgens die theorie zijn kosten die op boekhoudkundig verlies vóór belastingen gericht zijn en enkel dankzij fiscale incentives tot een economisch zinvol resultaat leiden, niet aftrekbaar (zie S. Gnedasj, *o.c.*, randnrs. 325-333). De bank wierp daartegen op dat, hoewel de kosten de *belastbare* winst verminderden, de FBB-constructie dankzij het FBB van 15 % wel degelijk tot een hogere winst *na belasting* leidde. Zodoende steeg de *boekhoudkundige* winst van de bank wel degelijk, want die hangt mee af van de geschatte belastingen.

vennootschap: 'cash drain' mag niet tot aftrekweigering leiden

want FBB-verrichting wel economisch zinvol

Cassatie is geen voorstander van *cash-drain*-theorie

Daarnaast heeft ook de advocaat-generaal in zijn redenering de *cash-drain*-theorie als mogelijke reddingsboei verstopt. Zo vindt hij het belangrijk dat het Gentse hof vaststelde dat de bank "nooit de bedoeling heeft gehad om met de FBB-verrichting tot een positief boekhoudkundig resultaat te komen". Welnu, als Cassatie die theorie had willen bijtreden, dan had het de motivering van de appelrechters over de band met beroepsactiviteit door die overweging kunnen substitueren of op zijn minst als een zelfstandig (niet met succes bekritiseerd) motief kunnen beschouwen (zie hoger). Maar Cassatie verwijst zelfs naar die vaststelling van het hof van beroep en oordeelt dat het zijn beslissing niet naar recht verantwoordt door "te oordelen dat de FBB-constructie in zijn geheel beschouwd niet beantwoordt aan de door artikel [49] vereiste finaliteit". Daarmee verwerpt Cassatie ook die benadering om de kostenaftrek te fnuiken – geheel in lijn met o.a. het arrest van 4 juni 2015 (F.14.0165.F – zie S. Gnedasj, *o.c.*, 354-373). In de twee hiervoor reeds

vermelde conclusies van september 2019 in andere Italiaanse FBB-zaken (F.16.0002.N en F.17.0099.N), waarin het Gentse hof van beroep de aftrek verwierp (mede) omdat de vennootschappen "met die verrichtingen nooit de intentie hebben gehad om tot een positief boekhoudkundig resultaat te komen" en eraan toevoegde dat "de omstandigheid dat de obligaties daadwerkelijk tot de ontvangst van interest hebben geleid … niet tot een andere conclusie kan leiden", adviseert de advocaat-generaal aan het Hof voortaan om de arresten te verbreken. Blijkbaar wordt de *cash-drain*-theorie nu ook door de advocaat-generaal niet (meer) toepasselijk geacht.

nastreven boekhoudkundig verlies vóór belastingen mag

Een vennootschap mag dus bewust én zelfs met een fiscaal oogmerk boekhoudkundig verlies nastreven zonder dat dat op zich tot verwerping van de kostenaftrek leidt. Uit het tweede cassatiearrest hierna blijkt dat de kostenaftrek in zo'n geval gevrijwaard blijft zolang de vennootschap met de transactie een eigen economisch belang nastreeft en niet "uitsluitend" in het belang van een derde handelt. Maar bij de FBB-verrichtingen deden de vennootschappen wel degelijk een voor hen economisch zinvolle verrichting, omdat ze daardoor recht hadden op een belastingkrediet, wat hen economisch ten goede kwam. Dat de operatie pas economisch zinvol werd dankzij een fiscale maatregel (buiten de kostenaftrek zelf), belet niet dat aan de finaliteitsvoorwaarde voldaan is – Cassatie vindt immers dat de kostenaftrek niet mag worden verworpen zelfs als "een verrichting uitsluitend werd gesteld met het oog op een belastingvoordeel".

…mits verrichting economisch zinvol is en inkomsten ná belastingen vrijwaart

De vruchtgebruik-zaak (Cass. 21 juni 2019, F.18.0130.N)

Hof van beroep struikelt over gebrek aan winstoogmerk

doktersvennootschap koopt vruchtgebruik op tandartspraktijk en 3 verhuurde appartementen

Een tandarts richt in 2006 een managementvennootschap op en wordt zaakvoerder. Hij koopt vervolgens in 2008 in persoonlijke naam een gebouw aan voor € 106 000, dat hij laat afbreken en door een nieuwbouw vervangen, waarin hij zowel de tandartspraktijk als drie voor verhuur bestemde appartementen onderbrengt. In 2010 verkoopt hij het vruchtgebruik op het gebouw aan de vennootschap voor 20 jaar – volledig gefinancierd door een lening bij de bank en hemzelf. De prijs is € 548 000, waarbij de waarde van het vruchtgebruik bepaald wordt uitgaande van een brutohuur van € 30 000 per jaar (wat dus net de jaarlijkse afschrijving van € 27 400 zou dekken), rekening houdend met de effectieve huurprijzen op dat tijdstip voor de appartementen en de huurwaarde van de praktijk. Maar blijkbaar was er geen rendementsstudie gedaan, want de vennootschap kon volgens de fiscus (en het hof) met die waardering zelfs over 20 jaar geen winst maken (zie verder).

waardering vruchtgebruik geeft geen uitzicht op rendement voor vennootschap

kosten verworpen ondanks huurinkomsten

De fiscus verwerpt de aftrek van het deel van de kosten van het vruchtgebruik m.b.t. de drie appartementen, die nochtans verhuurd worden en voor de vennootschap in principe belastbare inkomsten genereren. De fiscus aanvaardt alleen de aftrek van de kosten m.b.t. de praktijkruimte, maar de vennootschap wenst volledige aftrek.

fiscus in beroep: verrichting structureel verlieslatend

In eerste aanleg krijgt de vennootschap nog gelijk (Rb. Gent 19 september 2016, 15/97/A – aangehaald in S. Gnedasj, *o.c.*, randnr. 408). Maar de fiscus gaat in beroep. Uit zijn berekeningen blijkt dat de verhuuractiviteit structureel verlieslatend is. Er is voor de vennootschap geen enkel redelijk uitzicht op winst, en ook niet op enige meerwaarde omdat de zaakvoerder na het uitdoven van het vruchtgebruik zonder vergoeding opnieuw volle eigenaar wordt van het pand.

Gents hof: verlies mag, maar er moet winstoogmerk zijn

Het Gentse hof van beroep erkent dat het feit dat de belastingplichtige geen nettowinst behaalt, op zich niet belet dat hij zijn kosten m.b.t. zijn (verlieslatende) beroepsactiviteit mag aftrekken. Maar het hof oordeelt dat "winst en dus belastbare inkomsten te verkrijgen (intentionaliteitsvoorwaarde)" wel zeker het doel moet zijn. Er moet dus een winstoogmerk zijn (wat tot voor kort de *wettelijke specialiteit* van vennootschappen heette).

fiscus bewijst gebrek aan winstoogmerk

Het Gentse hof oordeelt dat de fiscus overtuigend met cijfermateriaal aantoont dat in hoofde van de vennootschap nooit het doel kan hebben bestaan om effectief winst te bereiken. De aankoop van het vruchtgebruik werd volledig extern gefinancierd (bij de bank en bij de zaakvoerder via R/C) en die kosten beletten enig rendement via de verhuuractiviteit. Het hof voegt er (naar goede gewoonte van de Gentse school) ook nog veiligheidshalve aan toe dat er zelfs geen sprake is van enige beroepsactiviteit (als nevenactiviteit dan) van de vennootschap. Het hof besluit samen met de fiscus dat het vruchtgebruik een constructie uitmaakt die is opgezet uitsluitend in het persoonlijk belang van de zaakvoerder. Want die kan zo personenbelasting op de huuropbrengst ontlopen en bovendien de volledige btw (€ 84 000) als beroepskost laten aftrekken in hoofde van de vennootschap, en de grondwaarde afschrijven. De vennootschap rekende nog voor dat de verrichting een batig

verrichting maakt zelfs geen activiteit uit

in uitsluitend belang van zaakvoerder

saldo van € 4 300 zou opleveren over 20 jaar. Maar het hof vond het niet alleen "hoogst ongeloofwaardig … dat een vennootschap zich zo diep in de schulden zou werken" voor zo'n "beschamend resultaat", het vindt dat bedrag ook onjuist omdat "grote reparaties", lokale en provinciale belastingen, en de interestbetalingen aan de zaakvoerder niet mee in rekening genomen zijn. Het hof besluit samen met de fiscus dat de kosten niet "strekken tot het verkrijgen of behouden van belastbare inkomsten, maar uitsluitend tot het fors verlagen van de belastbare grondslag" en dat dat de vennootschap "tegen haar persoonlijke belangen heeft gehandeld, uitsluitend in het voordeel van deze van haar zaakvoerder" zodat de aftrek terecht werd geweigerd (Gent 13 februari 2018 – zie K. Janssens in *Fisc. Act*. 2018, 9/4).

ongeloofwaardige prognoses van batig saldo op lange termijn

geen uitzicht op rendement, doel is belastingvernietiging in voordeel van zaakvoerder

Belastingplichtige: artikel 49 vereist geen winstoogmerk

De vennootschap trekt naar Cassatie met verwijzing naar de rechtspraak van juni 2015 en concludeert dat het Gentse hof "een onwettige invulling geeft" aan de finaliteitsvoorwaarde. Het is immers niet vereist dat met een verrichting winst wordt beoogd of dat ze daadwerkelijk belastbare inkomsten oplevert, argumenteert de vennootschap. Voor de aftrek zou het volgens de vennootschap volstaan dat de kost voortvloeit uit een werkelijke verrichting, waarbij geen wettelijke verplichting werd miskend en waarvan de partijen alle gevolgen hebben aanvaard.

vennootschap: winst niet vereist, gebrek band met activiteit of fiscaal oogmerk geen probleem

werkelijke verrichting zonder miskenning wet volstaat mits aanvaarding rechtsgevolgen

Wat onmiddellijk opvalt, is dat de vennootschap in cassatie verwijst naar wat er allemaal niet volstaat om de kostenaftrek te verwerpen, maar niet aangeeft vanaf wanneer ze wél aan haar bewijslast onder de finaliteitsvoorwaarde voldoet, behalve dat de verrichting niet gesimuleerd en daarom tegenstelbaar is. Dat laatste aspect lijkt ons eerder bij de zgn. 'realiteitsvoorwaarde' (bewijs werkelijkheid van de kost) te passen dan bij de finaliteitsvoorwaarde.

Advocaat-generaal verwijst ook naar (gebrek aan band met) activiteit

Dezelfde advocaat-generaal herhaalt in zijn op dezelfde dag als in de Europabank-zaak genomen conclusie letterlijk zijn hierboven besproken analyse van de cassatierechtspraak over de kostenaftrek. Toegepast op deze zaak meent hij dat het Gentse hof terecht oordeelt dat de kosten niet zijn gemaakt om belastbare inkomsten te verwerven of te behouden, want uitsluitend gemaakt met het oog op de persoonlijke belangen van de zaakvoerder.

A-G: vruchtgebruikconstructie uitsluitend in het voordeel van de zaakvoerder

Volgens de advocaat-generaal is het Gentse hof terecht tot die conclusie gekomen op basis van volgende vaststellingen: (i) een winstoogmerk blijft relevant, (ii) de fiscus overtuigt met zijn berekeningen dat het doel om winst te maken, nooit kan hebben bestaan, (iii) er was externe financiering nodig, (iv) met de geïnde huur was enig rendement onmogelijk, (v) de kosten hebben geen betrekking op enige beroepsactiviteit en zelfs niet eens een nevenactiviteit, maar wel op een constructie die is opgezet uitsluitend in het persoonlijke belang van de zaakvoerder, (vi) door niet in naam van de zaakvoerder maar via de vennootschap te werken, wordt enkel verlaging van de VenB beoogd, terwijl de zaakvoerder die kosten niet in de PB kon aftrekken, zodat (vii) vaststaat dat de vennootschap tegen haar persoonlijke belangen heeft gehandeld, uitsluitend in het voordeel van die van haar zaakvoerder.

Hof van Cassatie volgt zijn advocaat-generaal slechts gedeeltelijk

Cassatie: finaliteitsvoorwaarde staat centraal

kosten in het uitsluitend belang van een derde zijn liberaliteiten

verwijzing naar activiteiten om aftrek te weigeren irrelevant

Het Hof van Cassatie herhaalt ook in dit arrest eerst zijn leer uit de rechtspraak van juni 2015. Vervolgens benadrukt het Hof dat uit die principes volgt dat de kosten enkel aftrekbaar zijn als ze aan de finaliteitsvoorwaarde voldoen "*ongeacht het verband met de statutaire activiteit van de vennootschap*". Vervolgens somt het Hof dezelfde vaststellingen op die volgens de advocaat-generaal de aftrek beletten en besluit dat het Gentse hof, dat "aldus oordeelt dat de kosten met betrekking tot het vruchtgebruik van de appartementen niet werden gemaakt om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden maar uitsluitend met het oogmerk om de persoonlijke belangen van de zaakvoerder te dienen, niet beantwoorden aan de voorwaarden voor de aftrek ervan in de zin van artikel 49 WIB 92", zijn beslissing naar recht verantwoordt "en ongeacht de verwijzing naar het doel en de activiteiten van de eiseres".

Hof benadrukt 'eigen belang'

Met dit arrest geeft het Hof van Cassatie (opnieuw) te kennen dat het kennelijk niet akkoord gaat met de analyse van de finaliteitsvoorwaarde en de rol van de causaliteit zoals voorgestaan door zijn advocaat-generaal, die zich bij de 'Gentse school' aansloot (zie *supra*). Want de verwijzing naar de "activiteit*en*" van de vennootschap is irrelevant om de kostenaftrek te verwerpen, zegt het Hof (opnieuw).

winstoogmerk ontbreekt en alles in het voordeel van de zaakvoerder

Maar dat volstaat deze keer niet om de belastingplichtige gelijk te geven. Want zelfs nadat de vaststellingen van het Gentse hof gezuiverd worden van de verwijzing naar de activiteiten van de vennootschap (als aftrekvoorwaarde), blijft er voldoende over dat het verwerpen van de aftrek verantwoordt, zijnde dat (i) er onmogelijk op lange termijn winst werd nagestreefd (zodat er niet met winstoogmerk werd gehandeld) én (ii) alles erop wijst dat de constructie "uitsluitend" ten voordele van de zaakvoerder werd opgezet (die op die manier het onroerend goed mede op kosten van de schatkist kan financieren). Daarbij is het m.i. cruciaal dat de constructie zonder winstoogmerk is én niet in het belang van de vennootschap, maar "uitsluitend" in het belang van de zaakvoerder werd opgezet.

finaliteitsvoorwaarde vereist toets aan eigen economisch belang

Daarmee past het Hof van Cassatie m.i. de theorie van het "eigen belang" toe (zie S. Gnedasj, *o.c.*, 284-288 en hierna). Het feit dat de vennootschap bruto-inkomsten realiseert (maar wel geen winstoogmerk beoogt), weegt kennelijk niet door als er geen eigen economisch belang is (want ze handelt met de wil om uitsluitend een derde, hier de zaakvoerder, te bevoordelen), zodat de kosten eigenlijk 'liberaliteiten' zijn (zie hierna).

Hof stelde vereiste van 'eigen belang' al in september 2018

Daarmee bevestigt het Hof zijn eerdere arrest van 21 september 2018 (F.17.0054.N). Het oordeel luidde toen dat het hof van beroep de kostenaftrek voor een appartement aan de kust terecht verworpen had door te overwegen dat die kosten waren gemaakt "uitsluitend met het oogmerk privékosten van de zaakvoerder ten laste te nemen" en zulks "ongeacht de verwijzing naar het doel en de activiteiten [van de vennootschap]" (zie S. Gnedasj en K. Janssens, in *Fisc. Act*. 2018, 35/1). In die zaak had het hof te Antwerpen immers ook vastgesteld dat de vennootschap nooit de bedoeling had het onroerend goed te rentabiliseren, omdat het slechts tegen een bescheiden vergoeding (gelijk aan het forfaitaire voordeel van alle aard) aan de zaakvoerder ter beschikking werd gesteld (maar niet verhuurd). De schamele inkomsten stonden dus tegenover zware kosten, zodat het er niet op leek dat ooit de bedoeling werd nagestreefd om winst te maken. Mede gelet op de onverdeeldheid met de zaakvoerders (30 % volle mede-eigenaars), die een voorkooprecht hadden, was er ook geen bewijs dat men op termijn enige meerwaarde zou kunnen realiseren bij een verkoop. Bovendien werd de aankoop volledig met geleend geld gefinancierd, zodat er ook geen sprake was van enige belegging van liquiditeiten. Daaruit besloot het hof dat het niet de bedoeling was om inkomsten te verwerven of te behouden, maar om privékosten van de zaakvoerder ten laste te nemen, zodat de kosten werden gedaan "uitsluitend met het oogmerk privékosten van de zaakvoerder ten laste te nemen". Cassatie volgde die redenering van het hof, die wij nu veel beter kunnen begrijpen.

Grenzen finaliteitsvoorwaarde afgebakend: 'eigen belang' als ondergrens voor midzomerrechtspraak

Voorgaande analyse toont aan dat het Hof een delicate evenwichtsoefening moest maken als het over de invulling en toepassing van de finaliteitsvoorwaarde gaat.

aftrek niet verwerpen als er eigen economisch belang is

Zolang de vennootschap een eigen – zelfs onrechtstreeks – economisch belang heeft (en dus met winstoogmerk *in ruime zin* handelt), oordeelt ze zelf over de opportuniteit van een kost. Dat oordeel moet de fiscus respecteren. Het bestaan van een eigen economisch belang kan op verschillende wijzen aangetoond worden: concrete inkomsten die men wil behouden of realiseren, een geplande activiteit of transactie die gericht is op inkomstencreatie of -behoud, bepaalde acties die de reputatie en daarmee ook op lange termijn de economische ontwikkeling proberen te vrijwaren, personeel en bestuur belonen, bezoldigen en/of stimuleren voor verrichte en/of nog te verrichten prestaties ten behoeve van de vennootschap (zgn. bezoldigingstheorie) enz.

ontbreken eigen economisch belang is absolute ondergrens voor aftrek

Dat alles kent een ondergrens: miskenning van de vereiste om met winstoogmerk (in de ruime vennootschapsrechtelijke betekenis) en dus in eigen belang te handelen, betekent onherroepelijk dat de aftrek verworpen wordt. Een kost wordt dan een liberaliteit … Het is de samenlezing van alle sinds juni 2015 gewezen arresten (in het licht van de onderliggende feiten, cassatiemiddelen en conclusies van de advocaat-generaal) die ons nu in staat stelt die grenzen van de finaliteitsvoorwaarde af te bakenen. Deze twee nieuwste arresten maken het duidelijk.

zijn FBB-arresten niet tegenstrijdig met vastgoedzaken?

Op het eerste gezicht kunnen beide arresten echter tegenstrijdig lijken. Hoe komt het dat het Hof van Cassatie de verwerping van de aftrek onwettig vindt in de FBB-zaak (waar de verrichting boekhoudkundig verlies vóór belastingen opleverde ondanks interestinkomsten), terwijl hetzelfde Hof de aftrekweigering terecht vindt in de vastgoed-zaak (waar er ook ondanks huurinkomsten op lange termijn geen winst kon worden geboekt met de structuur)?

nee, ze bakenen de grenzen voor fiscus en belastingplichtige af

Het antwoord is m.i. simpel: de in de midzomerrechtspraak opgesomde elementen (nl. uitsluitend fiscaal motief, geen band met activiteit, bedoeling om boekhoudkundig verlies te realiseren met een verrichting die wel bruto-inkomsten in de vorm van intresten genereerde – zie Cass. 4, 12 en 19 juni 2015), die volgens Cassatie geen beletsel vormen voor de aftrekbaarheid (zie ook al Cass. 11 september 2014, F.13.0053.F), kennen een belangrijke ondergrens. Die ondergrens heeft het Hof in de arresten van 21 september 2018 (F.17.0054.N) en 21 juni 2019 (F.18.0130.N) afgebakend: de vereiste van een eigen economisch belang bij een verrichting. Verrichtingen waarbij de vennootschap geen eigen economisch belang heeft, maar die (daarom) in het (uitsluitend) belang van een derde zijn gesteld, beantwoorden niet aan de finaliteitsvoorwaarde.

FBB-zaken: belastingkrediet als geldige 'finaliteit'

Het lijdt geen twijfel dat **FBB-verrichtingen** niet alleen bruto-inkomsten (interesten) genereerden (wat een vermoeden van finaliteit creëert), maar dat ze tevens economisch zinvol waren omdat vennootschappen dankzij het belastingkrediet (al dan niet in combinatie met de kostenaftrek) een voor hen economisch voordelige verrichting beoogden. Hun winst ná belastingen steeg en daarmee konden ze de (in het verleden) verdiende belastbare inkomsten behouden. Net daarom mochten de vennootschappen zelfs een verlieslatende (vóór belastingen) verrichting nastreven. Het feit dat het economisch zinvolle uit een belastingvoordeel (het FBB) voortkwam, is volgens het Hof van Cassatie geen reden om de kostenaftrek te verwerpen. Het is dus niet de kostenaftrek die het beoogde fiscale voordeel uitmaakt maar het FBB, en dat FBB is een voor de aftrek valabele 'finaliteit' in de zin van artikel 49.

vastgoedzaken: geen eigen belang voor vennootschap

verrichtingen structureel verlieslatend zonder enige andere economische verklaring

…maar wel uitsluitend voordelig voor zaakvoerder

In de **vastgoedzaken** (waar er ook bepaalde al dan niet verwaarloosbare inkomsten werden beoogd) slaagde de fiscus er echter wél in om het vermoeden dat aan de finaliteitsvoorwaarde voldaan is (doordat er inkomsten werden beoogd/verkregen), te weerleggen. De verrichtingen waren immers in hun geheel genomen verlieslatend zonder enig perspectief op rendement (dus zonder eigen economisch belang) én tegelijk uitsluitend voordelig voor een derde (de zaakvoerder). In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 21 september 2018 (F.17.0054.N) ging het om de terbeschikkingstelling aan de zaakvoerder tegen een zeer lage vergoeding buiten elke (bewezen) bezoldigingspolitiek: de vennootschap droeg zware kosten, leed verlies op die verrichting en had ook geen aantoonbaar perspectief op enige meerwaarde. In de nieuwe zaak (Cass. 21 juni 2019, F.18.0130.N) was de verhuuractiviteit niet profitabel: zelfs na 20 jaar zou de vennootschap geen winst kunnen boeken en zou ze zelfs verlieslatend zijn (rekening houdend met redelijk te verwachten kosten), terwijl het vruchtgebruik na 20 jaar zou uitdoven en de zaakvoerder op die manier een vastgoed door (en ten nadele van) de vennootschap en ten koste van de fiscus gefinancierd krijgt. Daarmee toonde de fiscus aan dat de vennootschappen geen eigen economisch belang hadden bij die verrichtingen en dat er tegelijk ook tegen de basisvereiste van het winstoogmerk (zijnde de wettelijke specialiteit van de vennootschappen) werd gezondigd.

vennootschapsrechtelijk winstoogmerk als ondergrens voor fiscale finaliteit

fiscaal gedreven miskenning winstoogmerk ook 'strafbaar' met niet-tegenstelbaarheid

Door op basis daarvan de aftrek te verwerpen, bestraffen de hoven van beroep niet het miskennen van de vennootschapsrechtelijke regels, maar gebruiken ze dat element om *in concreto* vast te stellen dat de verrichtingen aan iemand anders dan de vennootschap zelf ten goede komen. Merk wel op dat als we de vennootschapsrechtelijke specialiteitsvereiste (handelen met winstoogmerk, ruim te interpreteren: zie S. Gnedasj, *o.c.*, 289-297) als een regel van openbare orde beschouwen, dat de fiscus zich dan ook nog op de theorie van de niet-tegenstelbaarheid kan beroepen om verrichtingen die tegen de wettelijke specialiteit ingaan én met fiscaal motief zijn gesteld, door de rechter als niet-tegenstelbaar aan de fiscus te laten verklaren (zie S. Gnedasj, *o.c.*, 297).

finaliteitsvoorwaarde = handelen in eigen economisch belang

Wij hebben er al op gewezen dat de finaliteitsvoorwaarde neerkomt op het beantwoorden van de vraag of een vennootschap aannemelijk kan maken dat ze bij de verrichting die de kosten meebrengt, een eigen economisch belang had – zelfs als dat belang zich naderhand niet realiseert. Het volstaat dat de vennootschap oprecht zo'n belang nastreefde (zie S. Gnedasj, *o.c.*, 284-288; S. Gnedasj en W. Verhoeye, "Lenen voor kapitaalvermindering of dividend: bezint eer ge begint!", *Fisc. Act*. 2018, 19/1). Een verlieslatende verrichting of een handeling 'om niet' (zoals een kwijtschelding van een schuld) kunnen dus voor aftrek in aanmerking komen als ze met een eigen economisch belang van de vennootschap zijn gesteld. Het Brusselse hof van beroep noemt zulke kosten "*libéralités intéressées*" ('liberaliteiten met belang'; Brussel 18 maart 2004, *JDF* 2004, 158-162). Ontbeert de vennootschap zo'n eigen belang bij een verrichting, dan zijn de daarbij gemaakte kosten 'liberaliteiten'.

vaststaande rechtspraak: kosten ten behoeve van derden niet aftrekbaar

Het is trouwens vaststaande cassatierechtspraak dat als bepaalde kosten uitsluitend aan een derde ten goede komen (bv. zaakvoerder of verbonden vennootschap), niet voldaan is aan de finaliteitsvoorwaarde. Zo werd volgens het Hof terecht de aftrek verworpen van kosten van verbouwing aan een woning die geen eigendom was van de vennootschap maar

van een vennoot, en waarbij de uitgaven uitsluitend ten goede kwamen aan de eigenaar – die kosten werden als een liberaliteit beschouwd (Cass. 19 november 1971, *Arr.Cass.* 1972, 288-290). Het Hof van Cassatie oordeelde ook terecht dat de interestaftrek op een lening die een vennootschap bij haar bestuurders aangegaan was, kon worden geweigerd omdat de vennootschap het geld gebruikte om het verder zonder interest door te lenen aan een feitelijke vereniging (waarvan de bestuurders trouwens lid waren – Cass. 14 februari 1967, *Arr.Cass.* 1967, 746). Hetzelfde geldt als een vennootschap de belasting die normaliter door anderen (bv. haar aandeelhouders) te dragen is, voor eigen rekening neemt, bv. de roerende voorheffing (Cass. 23 september 1969, *Arr.Cass.* 1970, 89-94), wat ook het (louter illustratieve) aftrekverbod in artikel 198, § 1, 1° WIB 92 verklaart. De nieuwste cassatierechtspraak van juni 2019 ligt dus m.i. perfect in lijn met de traditionele cassatierechtspraak.

Nieuwe bewijsdynamiek uit Frankrijk overgewaaid?

Uit de cassatierechtspraak sinds september 2014 blijkt dat de belastingplichtige in principe aan de finaliteitsvoorwaarde voldoet zodra hij met een verrichting belastbare inkomsten wil verkrijgen of behouden (bv. door interest op obligaties te innen of het FBB te claimen).

gebrek aan winstoogmerk vereist tegenbewijs belastingplichtige

eigen belang kan ook bij handelingen 'om niet'

De vastgoedzaken maken echter duidelijk dat de fiscus nog een tegenbewijs kan leveren door aan te tonen dat, ook al is er een bruto belastbaar inkomen, de gehele verrichting zonder enig winstoogmerk werd gesteld én niet het eigen belang van de vennootschap maar uitsluitend het belang van een derde dient. Als de belastingplichtige er dan niet in slaagt om alsnog eigen economisch belang bij de kosten aannemelijk te maken, mag de aftrek verworpen worden. Zo'n eigen belang kan er bijvoorbeeld in bestaan dat de vennootschap andermans kosten bij wijze van commerciële geste ten laste neemt om haar reputatie te vrijwaren, kosten maakt voor CSR-acties, of schulden van dochters kwijtscheldt om faillissement te voorkomen (S. Gnedasj, *o.c.*, 300-307).

Frankrijk kent vergelijkbare bewijsdynamiek

eigen belang wordt vermoed, dus bewijslast ligt bij fiscus

Die benadering lijkt niet ver weg van een criterium dat blijkbaar in Frankrijk gebruikt wordt, de "*acte anormal de gestion*" (weliswaar met het belangrijke verschil dat artikel 49 WIB 92 conceptueel de bewijslast dat aan de finaliteitsvoorwaarde voldaan is, bij de belastingplichtige legt). In Frankrijk gaat men ervan uit dat de vrijheid van ondernemen impliceert dat de vennootschap *vermoed wordt in haar belang te handelen* en dat het dus aan de fiscus toekomt om aan te tonen dat er toch een abnormale beheersdaad gesteld is, want die vormt de ondergrens voor de aftrekbaarheid. Die bewijsdynamiek creëert een evenwicht tussen de opportuniteits- en de rechtmatigheidscontrole van de fiscus. De bewijslast wordt pas omgekeerd als de fiscus erin slaagt om aan te tonen dat er geen rechtstreekse (juridische) tegenprestatie is – in dat geval moet de vennootschap bewijzen dat er een onrechtstreekse (economische) tegenprestatie in haar belang bestaat (J. Luts, "De finaliteitsvereiste van artikel 49 WIB 1992 in de vennootschapsbelasting herbekeken in het licht van het Franse leerstuk van de *acte anormal de gestion*", *TFR* 2019, afl. 559, 308).

geen opportuniteitsoordeel door fiscus … tenzij bij structureel verlies en geen 'eigen belang'

In België mag de fiscus geen opportuniteitsoordeel vellen, wat ook meebrengt dat een winstgevende verrichting (hoe gering de winst ook is) per hypothese geacht kan worden met winstoogmerk gesteld te zijn en aan de finaliteitsvoorwaarde te voldoen. Artikel 49 WIB 92 bevat immers geen vereiste van evenredigheid of marktconformiteit van de inkomsten die met een verrichting (en de kosten) beoogd zijn (S. Gnedasj, *o.c.*, 175 en 606). Slechts als het gaat om een *structureel* verlieslatende verrichting (na belastingen) of een verrichting zonder tegenprestatie, zou het aan de vennootschap zijn (wier bestuursorgaan behoudens tegenbewijs vermoed wordt in haar belang te handelen) om te bewijzen dat ze toch een eigen belang bij die verrichting heeft.

Evenwichtsoefening geslaagd, fundamentele principes verzoend, *case closed*?

Die – blijkbaar ook door het Hof van Cassatie onderschreven – benadering lijkt me een van de enige manieren om het grote aantal fundamentele beginselen met elkaar te verzoenen:

- het fiscaal recht belast de juridische en niet (als die ervan afwijkt) de economische realiteit;
- de fiscus mag geen opportuniteitsoordeel vellen;
- de bewijslast van de finaliteitsvoorwaarde ligt in principe bij de belastingplichtige;
- de finaliteitsvoorwaarde is moreel neutraal;
- voor aftrek is niet vereist dat de kost verband houdt met enige activiteit (al dan niet statutair, normaal of werkelijk) van de vennootschap (zo'n verband kan echter wel een criterium zijn om aan te tonen dat aan de finaliteitsvoorwaarde is voldaan);
- het bestuursorgaan wordt niet vermoed de statuten en het vennootschapsrecht te schenden en dus tegen de wettelijke specialiteit en/of het vennootschapsbelang te handelen;

winst is geen vereiste

- de finaliteitsvoorwaarde vereist niet dat de beoogde inkomsten hoger liggen dan de kosten of dat de verrichting nettowinst oplevert;
- de finaliteitsvoorwaarde is vervuld als de finaliteit, het doel werkelijk *beoogd* wordt: een effectief resultaat is niet nodig;
- de beoogde inkomsten hoeven niet in hetzelfde belastbare tijdperk als de af te trekken kosten te situeren zijn (zowel reeds verkregen als nog te verkrijgen inkomsten mogen beoogd worden);
- de finaliteitsvoorwaarde is niet vervuld als de verrichting geen eigen economisch belang van de vennootschap kan dienen, maar in het uitsluitend belang van een derde wordt gesteld;
- het verbod op opportuniteitstoetsing impliceert dat het bestaan van een door de vennootschap ingeroepen eigen belang slechts marginaal mag worden getoetst en enkel manifest gebrek ervan bestraft mag worden door de aftrek te verwerpen.

rechtspraak over PB niet zomaar doortrekken naar VenB

Ten slotte moet worden herhaald dat de cassatierechtspraak over beroepskosten van bedrijfsleiders (bv. lonen van gezinsleden) – waarin het Hof de feitenrechter verplicht om na te gaan "of de activiteiten van de gezinsleden in hoofdzaak aan de bedrijfsleider dan wel aan de vennootschap ten goede komen" (Cass. 21 september 2017, F.16.0142.N) – niet uit haar context mag worden gerukt. Die rechtspraak is bedoeld om uit te maken of een kost *in de personenbelasting* aftrekbaar is. In de PB moet eerst worden nagegaan of de kost binnen de professionele sfeer van de bedrijfsleider past. Als een *vennootschap* een kost draagt (die eventueel ook de bedrijfsleider kan dragen), hoeft de vennootschap voor de aftrek alleen maar aan te tonen dat ze daarbij een eigen belang heeft (en als de kost tegelijk ook aan andere personen ten goede komt, kan dat de aftrek niet beletten – zie S. Gnedasj, *o.c.*, 313-316). *Case closed …*

korte berichten

Vrijgestelde voorziening bij vereenvoudigde boekhouding: opgave 204.3 volstaat niet

fiscus is het niet eens met Cassatie

Ook wie geen dubbele boekhouding voert, kan een vrijgestelde voorziening aanleggen (art. 48 WIB 92). Maar de vraag is onder welke vormvoorwaarden. Het Hof van Cassatie heeft in 2015 geoordeeld dat het voor de vrijstelling volstaat dat de belastingplichtige het vereiste formulier 204.3 indient (Cass. 17 december 2015, 14.0073.N). Zo'n belastingplichtige *kan* niet voldoen aan de wettelijke voorwaarde dat de voorziening bij de afsluiting van het belastbare tijdperk geboekt moet zijn en dat het bedrag in één of meer afzonderlijke rekeningen moet voorkomen (art. 22 § 1 3° en 24 KB/WIB 92), vond Cassatie. De betrokkene hoeft die voorwaarde dan ook niet te vervullen, aldus het Hof.

opnemen in jaarlijkse inventaris verplichtingen

Maar de fiscus laat nu weten dat hij het daar niet mee eens is. Aan die voorwaarde kan wel degelijk voldaan worden door wie een vereenvoudigde boekhouding voert. Concreet moeten de betrokken belastingplichtigen de voorziening opnemen in een afzonderlijke post van de jaarlijkse inventaris die hun verplichtingen t.o. derden omvat (art. III.89 WER). Die regel geldt niet alleen voor zelfstandigen maar ook voor VOF's en Comm.V.'s die een vereenvoudigde boekhouding voeren. En de regel geldt niet alleen voor voorzieningen maar ook voor de vrijstelling van waardeverminderingen op vorderingen (ook art. 48 WIB 92).

Circulaire 2019/C/78, 29 augustus 2019.

In het Staatsblad van 25 september tot 3 oktober 2019

elektronische aanbieding aanslagbiljet via eBox

KB van 23 juni 2019 tot wijziging van de artikelen 136/1 en 136/2 van het KB tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 betreffende de elektronische aanbieding van aanslagbiljetten (*BS* 25 september 2019, 88113). *Dit KB zal nooit van toepassing geweest zijn. Het is namelijk al dadelijk vervangen door het op dezelfde dag gepubliceerde KB van 11 september 2019 (zie hierna).*