



Datum van inontvangstneming : 10/08/2021

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. F.19.0132.N

VP CAPITAL nv, voorheen [REDACTED] nv, met zetel te [REDACTED]
bus 201, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0812.302.447,
eiseres,

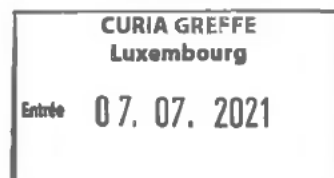
vertegenwoordigd door mr. Michèle Grégoire, advocaat bij het Hof van Cassatie,
met kantoor 1000 Brussel, Regentschapsstraat 4, waar de eiseres woonplaats kiest,
en mr. Syjatoslav Gnedasj, advocaat bij de balie Brussel, met kantoor te 1050 El-
sene, Louizalaan 99,

tegen

BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, met
kabinet te 1000 Brussel, Wetstraat 12,

verweerder,

vertegenwoordigd door mr. Willy van Eeckhoutte, advocaat bij het Hof van Cas-
satie, met kantoor te 9051 Gent, Drie Koningenstraat 3, waar de verweerder
woonplaats kiest,



in aanwezigheid van

1. **PRICEWATERHOUSECOOPERS BELASTINGADVISEURS nv**, vennootschap naar Nederlands recht, met zetel 3065 WB Rotterdam (Nederland), Fascinatio Boulevard 350,
vertegenwoordigd door mr. Philippe Hinnekens, advocaat bij de balie Brussel, met kantoor te 1000 Brussel, Wolstraat 70,
2. **ERNST & YOUNG TAX CONSULTANTS bv**, met zetel te 1831 Diegem, De Kleetlaan 2, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0437.476.235,
3. **ERNST & YOUNG BEDRIJFSREVISOREN bv**, met zetel te 1831 Diegem, De Kleetlaan 2, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0446.334.711,

in bindend en gemeenverklaring opgeroepen partijen.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 4 september 2018.

Advocaat-generaal Johan Van der Fraenen heeft op 09 februari 2021 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Raadsheer Bart Wylleman heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Johan Van der Fraenen heeft geconcludeerd.

II. FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

1. Uit het bestreden arrest blijken de volgende feitelijke gegevens:
 - de eiseres is een vennootschap die op 17 mei 1995 in Luxemburg werd opgericht en aanvankelijk ook haar maatschappelijke zetel in Luxemburg had;
 - de eiseres bezat een participatie van 100 pct. in de Nederlandse vennootschap VP Exploitatie met een aanschaffingswaarde van 249.011.513,99 euro;

- in de loop van 2008 werden 60 aandelen van VP Exploitatie verkocht voor 7.001.260,93 euro en werd op de resterende participatie van de eiseres in VP Exploitatie een waardevermindering van 59.083.453,05 euro geboekt;
- voordat de eiseres in 2009 haar statutaire zetel naar België verplaatste, boekte zij op haar aandelen in VP Exploitatie – in haar balans voor zetelverplaatsing per 30 april 2009 – een bijkomende waardevermindering van 26.339.800,00 euro;
- de boekwaarde van de aandelen van de eiseres in VP Exploitatie bedroeg op 30 april 2009 aldus 156.587.000,00 euro;
- de eiseres bezat daarnaast aandelen in ING, Fortis en Ackermans & van Haaren, waarop eveneens waardeverminderingen werden geboekt, voor een totaalbedrag van 1.685.993,00 euro per 30 april 2009;
- de eiseres bracht de geboekte waardeverminderingen (voor een totaalbedrag van 87.109.246,05 euro) in Luxemburg in mindering van haar fiscaal resultaat. Mede ten gevolge van de waardeverminderingen beschikte de eiseres per 30 april 2009 in totaal over 89.587.962,96 euro aan fiscaal overdraagbare verliezen die in Luxemburg werden opgebouwd;
- per 1 mei 2009 verplaatste de eiseres haar statutaire zetel naar België, zonder in Luxemburg een vaste inrichting te behouden waarbij de eiseres werd omgevormd naar een vennootschap naar Belgisch recht;
- de zetelverplaatsing had uitwerking vanaf 1 mei 2009;
- gelet op artikel 206, § 3, WIB92 was na zetelverplaatsing naar België de aftrek van de in Luxemburg opgebouwde fiscaal overdraagbare verliezen in België niet toegestaan;
- na de zetelverplaatsing naar België nam de vennootschap in de loop van 2009 voor 43.478.500,00 euro aan waardeverminderingen op de aandelen in VP Exploitatie en voor 497.833,94 euro aan waardeverminderingen op de aandelen in ING, Fortis en Ackermans & van Haren terug;
- op 30 september 2011 heeft de verweerder voor het aanslagjaar 2010 (boekjaar 1 mei 2009 tot en met 31 december 2009) aan de eiseres een bericht van wijziging van de aangifte in de vennootschapsbelasting gestuurd, waarin werd aan-

gekondigd dat de verhoging van de begintoestand van de reserves in verband met de terugnames van de waardeverminderingen ongedaan zou worden gemaakt en de terugnames van de waardeverminderingen aldus zouden worden belast. De verweerder argumenteerde daartoe dat, vermits de waardeverminderingen in Luxemburg als beroepskost werden geboekt, de eiseres zich niet kan beroepen op het Belgisch vrijstellingsregime voor terugname van waardeverminderingen op aandelen voorzien in artikel 74 KB/WIB92, krachtens hetwelk de terugname van in het verleden geboekte waardeverminderingen op aandelen fiscaal slechts is vrijgesteld op voorwaarde dat de voorheen geboekte waardeverminderingen met toepassing van artikel 198, 7°, WIB92 niet als beroepskost werden afgetrokken;

- de eiseres verklaarde zich niet akkoord;
- de verweerder bleef bij zijn voornemen om te belasten en stuurde op 21 mei 2012 een vervangend bericht van wijziging;
- de eiseres verklaarde zich opnieuw niet akkoord;
- op 19 oktober 2012 verstuurde de verweerder een kennisgeving van beslissing tot taxatie, waarin de verweerder een andere motivering voorzag en hij met name stelde dat de terugname door de eiseres in België van de waardeverminderingen die voorheen in Luxemburg werden geboekt, niet als de terugname van een waardevermindering in de zin van artikel 74 KB/WIB92 dient te worden beschouwd, maar wel als een uitgedrukte maar niet-verwezenlijkte meerwaarde in de zin van artikel 24, eerste lid, 2°, WIB92. De verweerder verwees daartoe naar artikel 184^{ter}, § 2, tweede lid, WIB92, krachtens hetwelk ingeval van de overbrenging naar België van de maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer door een buitenlandse vennootschap voor wat betreft de bestanddelen verbonden aan de buitenlandse inrichtingen of de in het buitenland gelegen bestanddelen waarover deze vennootschap beschikt, de later gerealiseerde meerwaarden en minderwaarden wat deze activa betreft, worden vastgesteld uitgaande van de boekwaarde die zij hebben op het ogenblik van de verrichting. Op grond van artikel 44, § 1, 1°, WIB92 is een uitgedrukte maar niet verwezenlijkte meerwaarde vrijgesteld van belasting op voorwaarde dat aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde van artikel 190, tweede

lid, WIB92 is voldaan, hetgeen inhoudt dat de meerwaarde op een onbeschikbare rekening van het passief moet worden geboekt. Vermits de eiseres de door haar vanuit fiscaal oogpunt gerealiseerde meerwaarde of vanuit boekhoudkundig oogpunt: terugname van waardeverminderingen niet op een afzonderlijke passiefrekening had geboekte, was de verweerder van oordeel dat de terugname van de waardevermindering belastbaar is;

- op 29 oktober 2012 vestigde de verweerder een supplementaire aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2010 voor een bedrag van 15.965.680,75 euro;
- de eiseres diende daarop op 4 januari 2013 een bezwaarschrift in bij de gewestelijke directie van de verweerder. Er volgde een aanvullend bezwaarschrift op 22 april 2013.

2. Zonder de beslissing over het bezwaarschrift af te wachten, stelde de eiseres bij verzoekschrift van 13 juni 2014 een fiscale voorziening in voor de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, waarbij zij de vernietiging van de aanslag in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2010 vorderde, minstens de ontheffing, met bevel tot terugbetaling van alle reeds betaalde bedragen, meer moratoriuminteressen. De eiseres voerde daarbij onder meer aan dat in de specifieke context van het geding zowel de regeling van artikel 74 KB/WIB92 *juncto* artikel 198, 7°, WIB92 als de regeling van artikel 184ter, § 2, tweede lid, WIB92 *juncto* de artikelen 24, eerste lid, 44, § 1, 1°, en 190, tweede lid, WIB92 de vrijheid van vestiging schendt.

3. Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen van 6 januari 2016 werd de fiscale voorziening van de eiseres ontvankelijk maar ongegrond verklaard en werd de betwiste aanslag bevestigd.

4. De eiseres heeft tegen dit vonnis hoger beroep aangetekend.

5. Het hof van beroep te Antwerpen heeft in zijn arrest van 4 september 2018 dit hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond verklaard en het beroepen vonnis bevestigd.

III. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, zes middelen aan.

IV. BESLISSING VAN HET HOF

Eerste middel

Tweede onderdeel

1. Artikel 1042 Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de regels van het geding van toepassing zijn op de rechtsmiddelen, voor zover de bepalingen van het gerechtelijk wetboek inzake rechtsmiddelen er niet van afwijken.

Krachtens artikel 780, eerste lid, 3°, Gerechtelijk Wetboek bevat het vonnis, op straffe van nietigheid, behalve de gronden en het beschikkend gedeelte, het onderwerp van de vordering en het antwoord op de overeenkomstig artikel 744, eerste lid, uiteengezette middelen van de partijen.

2. Krachtens artikel 744, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek bevatten de conclusies achtereenvolgens en uitdrukkelijk: 1°) de uiteenzetting van de voor de beslechting van het geschil pertinente feiten; 2°) de aanspraken van de concluderende partij; 3°) de middelen die worden ingeroepen ter ondersteuning van de vordering of het verweer, waarbij in voorkomend geval verschillende middelen genummerd worden en hun voordracht in hoofdorde of in ondergeschikte orde worden vermeld; 4°) het gevraagde beschikkende gedeelte van het vonnis, waarbij in voorkomend geval de hoofdorde of ondergeschikte orde van de verschillende onderdelen worden vermeld.

Krachtens artikel 748bis Gerechtelijk Wetboek nemen, behoudens in de gevallen waarin conclusie mag worden genomen buiten de in artikel 747 bedoelde termijnen, de laatste conclusie van een partij de vorm aan van een syntheseconclusie. Voor de toepassing van artikel 780, eerste lid, 3°, Gerechtelijk Wetboek vervangen de syntheseconclusies alle vorige conclusies en desgevallend de gedinginleidende akte van de partij die de syntheseconclusie neerlegt.

Uit deze bepalingen volgt dat de door de partijen uiteengezette middelen uitsluitend worden bepaald door de syntheseconclusie.

3. De verplichting, voor de rechter, om overeenkomstig artikel 780, eerste lid, 3°, Gerechtelijk Wetboek uitspraak te doen over de overeenkomstig artikel 744, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek bij conclusies uiteengezette middelen, veronderstelt dat laatstgenoemd geschrift een conclusie vormt en niet een brief waarin geen enkele vordering is vervat.

4. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat:

- de eiseres op 27 december 2017 haar syntheseconclusie voor de appelrechters neerlegde;
- de raadsman van de eiseres kort voor de pleitzitting van 11 juni 2018, meer bepaald op 7 juni 2018, een brief richtte aan de voorzitter, met de melding dat hij, naar aanleiding van zijn opvolging in het dossier en zijn voorbereiding met het oog op de pleidooien, in het dossier drie elementen had vastgesteld die de openbare orde aanbelangen en die niet in de syntheseconclusie van 27 december 2017 worden vermeld, waarna hij deze drie elementen kort toelicht, zonder enige vordering te formuleren.

5. Het onderdeel dat geheel ervan uitgaat dat de brief van de raadsman van de eiseres van 7 juni 2018 als een syntheseconclusie in de zin van de artikelen 744, eerste lid, en 748bis Gerechtelijk Wetboek dient te worden beschouwd, kan niet worden aangenomen.

Eerste onderdeel

6. De verweerder werpt een grond van niet-ontvankelijkheid van het onderdeel op: het onderdeel is nieuw en derhalve niet ontvankelijk.

7. Zelfs al raakt een middel de openbare orde of is het van dwingend recht, toch is het nieuw en derhalve niet-ontvankelijk wanneer uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat voor de feitenrechter enig feit is aangevoerd dat met de als geschonden aangewezen bepaling verband houdt en uit de bestreden beslissing evenmin blijkt dat die beslissing feitelijke gegevens vaststelt die hierop betrekking hebben.

8. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de raadsman van de eiseres kort voor de pleitzitting van 11 juni 2018, meer bepaald op 7 juni 2018, een brief richtte aan de voorzitter, met de melding dat hij, naar aanleiding van zijn opvolging in het dossier en zijn voorbereiding met het oog op de pleidooien, in het dossier drie elementen had vastgesteld die de openbare orde aanbelangen en die niet in de syntheseconclusie van 27 december 2017 worden vermeld, waarna hij deze drie elementen kort toelicht, zonder evenwel enige vordering te formuleren.

Uit het antwoord op het tweede onderdeel volgt dat deze brief niet als een syntheseconclusie in de zin van artikel 744, eerste lid, en 748bis Gerechtelijk Wetboek kan worden beschouwd.

9. Verder blijkt uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet dat:

- de raadsman van de eiseres gedurende de pleitzitting van 11 juni 2018 voor de appelrechters heeft gepleit over de drie elementen aangehaald in de brief van 7 juni 2018;
- de appelrechters in het bestreden arrest feitelijke gegevens vaststellen die op de vermeende schending van artikel 346 WIB92 betrekking hebben.

10. Het onderdeel is nieuw en derhalve niet ontvankelijk.

Derde onderdeel

11. Het onderdeel, dat aanvoert dat de appelrechters het recht van verdediging hebben miskend door de brief van 7 juni 2018 ambtshalve uit het debat te weren zonder de partijen de mogelijkheid te bieden hierover standpunt in te nemen en zonder de wering uit het debat te motiveren, is eveneens geheel gebaseerd op de aanname dat de brief van de eiseres van 7 juni 2018 als een syntheseconclusie in de zin van de artikelen 744, eerste lid, en 748bis Gerechtelijk Wetboek dient te worden beschouwd.

12. Gelet op het antwoord op het tweede onderdeel, kan het onderdeel niet worden aangenomen.

Vierde onderdeel

13. Een proces-verbaal van de rechtszitting is geen eindvonnis waarvan de vernietiging voor het Hof kan worden gevorderd.

Het onderdeel is bijgevolg niet ontvankelijk.

*Vijfde middel**Eerste onderdeel*

14. De appelrechters stellen vast en oordelen dat:

- de overbrenging van de zetel van een vennootschap naar België op vennootschapsrechtelijk en boekhoudkundig vlak door de continuïteitsgedachte wordt beheerst, maar dat er in het fiscaal recht geen sprake is van continuïteit, gelet op artikel 184ter, § 2, tweede lid, WIB92, dat impliceert dat de vermogensbestanddelen fiscaal worden gewaardeerd aan de boekwaarde die ze hadden op het moment van het vertrek naar de onthaalstaat;
- '*volgens de [eiseres]*' de terugname in België van de waardeverminderingen die in Luxemburg werden geboekt, behoort tot de bedragen die overeenkomstig artikel 74, tweede lid, 1°, KB/WIB92 mogen worden toegevoegd aan de begin-toestand van de reserves, maar dat die stelling van de eiseres niet kan worden gevolgd, aangezien (i) de waardeverminderingen op de aandelen in het boekjaar waarin ze in Luxemburg werden geboekt, in mindering van het fiscaal resultaat werden gebracht en er bijgevolg niet is voldaan aan de voorwaarde van artikel 74, tweede lid, 1°, KB/WIB92 volgens hetwelk de terugname van waardeverminderingen slechts fiscaal is vrijgesteld indien deze waardeverminderingen voorheen op basis van artikel 198, eerste lid, 7°, WIB92 als verworpen uitgaven werden belast en (ii) het feit dat de waardeverminderingen die in Luxemburg werden geboekt, daar niet fiscaal in mindering van het fiscaal resultaat kon worden gebracht, het gevolg is van het enkele feit dat er onvoldoende winsten waren waarvan die kost kon worden afgetrokken;
- het feit dat de eiseres zich niet op artikel 74, tweede lid, 1°, KB/WIB92 kan beroepen, niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat de terugname van de in

Luxemburg geboekte waardevermindering in België dient te worden belast, aangezien – gelet op het principe van fiscale discontinuïteit dat volgt uit artikel 184ter, § 3, tweede lid, WIB92 – deze terugname op fiscaal vlak niet als een terugname van een waardevermindering op aandelen kan worden beschouwd, maar wel als een in artikel 44, § 1, 1°, WIB92 bedoelde uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarde, dewelke van belastingen is vrijgesteld indien aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde van artikel 190, tweede lid, WIB92 is voldaan;

- de eiseres er evenwel bewust voor gekozen heeft om de teruggenomen bedragen beschikbaar te houden en ze niet over te boeken naar een onbeschikbare rekening van het passief of desnoods te incorporeren in het maatschappelijk kapitaal, als gevolg waarvan niet aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde van artikel 190, tweede lid, WIB92 is voldaan, en de eiseres bijgevolg niet kan genieten van de vrijstelling van artikel 44, § 1, 1°, WIB92.

Aldus oordelen de appelrechters dat de terugname door de eiseres in België van waardeverminderingen die voorheen in Luxemburg werden geboekt, op fiscaal vlak niet als de terugname van waardeverminderingen, maar als een uitgedrukte maar niet-verwezenlijkte meerwaarde moet worden beschouwd. Louter ten overvloede oordelen zij, in ondergeschikte orde, dat, in zoverre de stelling van de eiseres zou moeten worden gevolgd dat deze boekhoudkundige terugname van waardeverminderingen ook op fiscaal vlak als een terugname van waardeverminderingen moet worden beschouwd, *in casu* in ieder geval niet is voldaan aan de voorwaarden om de vrijstelling van belastingen voor de terugname van waardeverminderingen van artikel 74, tweede lid, 1°, derde streepje, KB/WIB92 te genieten.

15. Het middel volgens hetwelk de appelrechters hun motivering op tegenstrijdige motieven steunen doordat zij enerzijds oordelen dat er sprake is van een terugname van een waardevermindering en zij anderzijds oordelen dat er tegelijk sprake is van een uitgedrukte maar niet-verwezenlijkte meerwaarde, berust op een onjuiste lezing van het arrest en mist bijgevolg feitelijke grondslag.

Tweede onderdeel

16. Het onderdeel dat aanvoert dat de appelrechters het beginsel dat de rechter gehouden is het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels hebben geschonden doordat zij het geschil zouden hebben beoordeeld vanuit twee alternatieve beoordelingshypotheses die niet tegelijk kunnen worden toegepast, is geheel afgeleid uit het in het eerste onderdeel vergeefs aangevoerde motiveringsgebrek en is mitsdien niet ontvankelijk.

*Derde middel**Eerste onderdeel*

17. Krachtens artikel 184^{ter}, § 2, tweede lid, WIB92, in zijn hier van toepassing zijnde versie, worden, ingeval van de overbrenging naar België van haar maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer door een buitenlandse vennootschap voor wat betreft de bestanddelen verbonden aan de buitenlandse inrichtingen of de in het buitenland gelegen bestanddelen waarover deze vennootschap beschikt, de later gerealiseerde meerwaarden en minderwaarden wat deze activa betreft, vastgesteld uitgaande van de boekwaarde die zij hebben op het ogenblik van de verrichting.

Krachtens artikel 184^{ter}, § 2, zesde lid, WIB92, in zijn hier van toepassing zijnde versie, worden in de gevallen bedoeld in het eerste en het tweede lid, de minderwaarden, waardeverminderingen of afschrijvingen met betrekking tot de op het moment van de verrichting of de zetelverplaatsing in het buitenland gelegen bestanddelen evenwel slechts in aanmerking genomen voor zover deze leiden tot een fiscale nettowaarde die lager is dan de boekwaarde van deze bestanddelen op het ogenblik van de verrichting of de verplaatsing verminderd met het bedrag van de herwaarderings van deze bestanddelen verricht vóór de zetelverplaatsing dat in het land van vestiging van de vennootschap vóór de zetelverplaatsing niet daadwerkelijk aan belasting werden onderworpen.

Uit de samenhang van deze wetsbepalingen en uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 11 december 2008 houdende wijziging van het Wetboek van in-

komstenbelastingen 1992 teneinde het in overeenstemming te brengen met de richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, gewijzigd bij de richtlijn 2005/19/EEG van de Raad van 17 februari 2005, waarbij artikel 184^{ter} in het WIB92 werd ingevoegd, volgt dat de terugname door een vennootschap in België van voorheen in het buitenland geboekte waardeverminderingen, nadat de vennootschap haar maatschappelijke zetel van het buitenland naar België heeft verplaatst, moet worden beschouwd als een gerealiseerde meerwaarde in de zin van artikel 184^{ter}, § 2, tweede lid, WIB92.

18. Het onderdeel dat van een andere rechtsopvatting uitgaat, faalt naar recht.

Tweede onderdeel

19. Uit de feiten waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat:

- de eiseres in 2008 in Luxemburg een waardevermindering van 59.083.453,05 euro boekte op haar aandelen in de Nederlandse vennootschap VP Exploitatie en vervolgens in 2009, vóór de verplaatsing van haar maatschappelijke zetel naar België nog een waardevermindering op diezelfde aandelen van 26.339.800,00 euro waardoor de boekwaarde van deze aandelen op 30 april 2009, daags voor de zetelverplaatsing naar België, 156.587.000,00 euro bedroeg;
- in 2009, na de zetelverplaatsing naar België, voor 43.478.500,00 aan waardeverminderingen op voormelde aandelen werden teruggenomen;
- in diezelfde periode voorheen geboekte waardeverminderingen op aandelen ING, Fortis en Ackermans & van Haaren werden teruggenomen voor een totaal bedrag van 497.833,94 euro.

20. Het onderdeel dat is gebaseerd op de veronderstelling dat de verweerder activiteiten of verrichtingen van vóór de zetelverplaatsing naar België wil belasten, mist bijgevolg feitelijke grondslag.

Derde onderdeel

21. Met de overweging op pagina 14 van het arrest dat *'de overige bepalingen van artikel 184ter WIB92 geen afbreuk doen'* aan het feit dat de terugname in België van een waardevermindering op aandelen die in Luxemburg werd geboekt, op fiscaal vlak, ingevolge de zetelverplaatsing van de eiseres van Luxemburg naar België, niet als een terugname van een waardevermindering op aandelen kan worden beschouwd, maar wel als een in artikel 44, § 1, 1°, WIB92 bedoelde uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarde, beantwoorden de appelrechters het verweer van de eiseres met betrekking tot de impact van artikel 184ter, § 2, zesde lid, WIB92 op artikel 184ter, § 2, tweede lid, WIB92, waaruit de eiseres afleidde dat de verweerder een meerwaarde in de zin van artikel 44, § 1, 1°, WIB92 verwacht met de terugname van een waardevermindering.

Het onderdeel mist bijgevolg feitelijke grondslag.

*Zesde middel**Eerste tot elfde onderdeel samen*

22. Een Belgische vennootschap die waardeverminderingen op aandelen terugneemt, is onderworpen aan de regeling van de artikelen 198, 7°, WIB92 en 74, tweede lid, 1°, derde streepje, KB/WIB92.

Op basis van artikel 198, 7°, WIB92, in de hier van toepassing zijnde versie, zijn waardeverminderingen en minderwaarden op aandelen in de vennootschapsbelasting in principe niet als beroepskosten aftrekbaar. Aldus worden waardeverminderingen en minderwaarden op aandelen op het ogenblik dat zij worden geboekt, aan belastingen onderworpen.

Daartegenover staat dat de latere terugname van die waardeverminderingen van belasting is vrijgesteld. Immers, op basis van artikel 74, eerste lid, KB/WIB92 wordt, om het aan de vennootschapsbelasting te onderwerpen resultaat vast te stellen, het resultaat van het belastbare tijdperk volgens bestemming onderverdeeld in drie categorieën: 1° reserves; 2° verworpen uitgaven; 3° dividenden. Krachtens artikel 74, tweede lid, 1°, derde streepje, KB/WIB92 moet voor de toepassing van

het eerste lid onder ‘reserves’ het gereserveerde resultaat worden verstaan, verminderd met de krachtens de artikelen 182 en 521 WIB92 vrijgestelde meerwaarden op aandelen *“en de tijdens het belastbare tijdperk teruggenomen waardeverminderingen op aandelen die voorheen krachtens artikel 198, 7°, WIB92 als verworpen uitgaven zijn belast, in zover die waardeverminderingen op het einde van het belastbaar tijdperk niet meer verantwoord zijn”*.

23. Uit het antwoord op het eerste onderdeel van het derde middel volgt dat een vennootschap die in het buitenland waardeverminderingen op aandelen boekt en die deze waardeverminderingen na zetelverplaatsing naar België terugneemt, wat de terugname van die waardeverminderingen in België betreft, niet onderworpen is aan artikel 74, tweede lid, 1°, derde streepje, KB/WIB92, maar wel aan artikel 184ter, § 2, tweede lid, WIB92.

Krachtens artikel 184ter, § 2, tweede lid, WIB92, in de hier van toepassing zijnde versie, worden, ingeval van de overbrenging naar België van haar maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer door een buitenlandse vennootschap voor wat betreft de bestanddelen verbonden aan de buitenlandse inrichtingen of de in het buitenland gelegen bestanddelen waarover deze vennootschap beschikt, de later gerealiseerde meerwaarden en minderwaarden wat deze activa betreft, vastgesteld uitgaande van de boekwaarde die zij hebben op het ogenblik van de verrichting.

Uit het antwoord op het eerste onderdeel van het derde middel volgt dat de terugname door een vennootschap in België van voorheen in het buitenland geboekte waardeverminderingen, nadat de vennootschap haar maatschappelijke zetel van het buitenland naar België heeft verplaatst, op fiscaal vlak als een *“gerealiseerde meerwaarde”* in de zin van artikel 184ter, § 2, tweede lid, WIB92 moet worden beschouwd, die moet worden vastgesteld uitgaande van de boekwaarde die zij op het ogenblik van de zetelverplaatsing had, ook al wordt de meerwaarde op dat ogenblik niet effectief verwezenlijkt of ontvangen.

Aldus wordt de terugname van voorheen in het buitenland geboekte waardeverminderingen, nadat de vennootschap haar maatschappelijke zetel van het buitenland naar België heeft verplaatst, voor Belgische fiscale doeleinden als een uitge-

drukte maar niet verwezenlijkte meerwaarde in de zin van artikel 44, § 1, 1°, WIB92 beschouwd.

Op basis van artikel 44, § 1, 1°, WIB92 zijn uitgedrukte maar niet verwezenlijkte meerwaarden, met uitsluiting van meerwaarden op voorraden en bestellingen in uitvoering, van belasting vrijgesteld.

Evenwel zijn krachtens artikel 190, tweede lid, WIB92 de meerwaarden vermeld in artikel 44, § 1, 1°, WIB92 in de vennootschapsbelasting slechts van belasting vrijgesteld in zoverre zij op één of meer afzonderlijke rekeningen van het passief geboekt zijn en blijven en niet tot grondslag dienen voor de berekening van de jaarlijkse dotatie aan de wettelijke reserve of van enige beloning of toekenning.

24. De eiseres voert aan dat:

- de onaantastbaarheidsvoorwaarde van artikel 190, tweede lid, WIB92 – waaraan een vennootschap die in het buitenland waardeverminderingen op aandelen heeft geboekt en die na zetelverplaatsing naar België die waardeverminderingen terugneemt, moet voldoen opdat die terugname belastingvrij zou zijn – tot gevolg heeft dat de betrokken fondsen noch het voorwerp mogen uitmaken van enigerlei uitkering of zelfs dotatie aan de wettelijke reserve, noch als basis of berekeningselement mogen dienen voor enige beloning of toekenning;
- een dergelijke beperking voor een vennootschap die waardeverminderingen op aandelen buiten België heeft geboekt maar deze uiteindelijk noch in België noch in de vertrekstaat daadwerkelijk in mindering heeft kunnen brengen van haar fiscaal resultaat omwille van de verliespositie waarin zij verkeerde enerzijds en de onmogelijkheid om de verliezen naar België over te brengen anderzijds, een belemmering van de vrijheid van vestiging inhoudt in vergelijking met Belgische vennootschappen die waardeverminderingen onder het stelsel van de Belgische vennootschapsbelasting boeken en ze vervolgens zonder een dergelijke belemmering belastingvrij mogen terugnemen voor zover de waardeverminderingen voorheen niet in mindering van het fiscaal resultaat werden gebracht;
- een dergelijke belemmering enkel kan worden verantwoord indien de situaties objectief niet vergelijkbaar zijn of op grond van dwingende redenen van algemeen belang, die bovendien doeltreffend en evenredig moeten worden nage-

streefd, zijn gestaafd, hetgeen door het arrest op geen enkele wijze wordt vastgesteld zodat dit arrest de vrijheid van vestiging schendt.

25. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 184^{ter}, § 2, tweede lid, WIB92, in de versie zoals van toepassing op het geding, blijkt dat deze bepaling in geval van een zetelverplaatsing door een vennootschap tot doel heeft:

- enerzijds een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen staten te bewerkstelligen, door meerwaarden die verbonden zijn aan de periode vóór de zetelverplaatsing niet in België te belasten en meerwaarden die ontstaan zijn vanaf de zetelverplaatsing wel volledig aan de Belgische belastingregeling te onderwerpen;
- anderzijds, wat aftrekbare afschrijvingen en minderwaarden betreft, te vermijden dat een zogenaamde 'step up' wordt gecreëerd die leidt tot hogere aftrekken die ook in de bepaling van Belgische winst kunnen doorwerken.

26. Het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde in het arrest *Aures Holdings* van 27 februari 2020 (C-405/18) dat:

- het Verdrag een vennootschap die onder artikel 54 VWEU valt, niet de garantie biedt dat de verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel van de ene naar de andere lidstaat fiscaal neutraal is;
- gelet op de verschillen tussen de regelingen van de lidstaten ter zake, een dergelijke verplaatsing naargelang van het geval voor een vennootschap op het vlak van de belasting meer of minder voor- of nadelig kan uitvallen;
- de vrijheid van vestiging immers niet aldus kan worden begrepen dat een lidstaat verplicht is zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen;
- met betrekking tot een maatregel die in wezen beoogt de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en het gevaar van dubbele verliesverrekening te voorkomen, moet worden geoordeeld dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap die daar verlies heeft geleden, zich in beginsel niet in een vergelijkbare situatie bevindt als een vennootschap die haar feit-

elijke bestuurszetel en dus haar fiscale woonplaats naar deze lidstaat heeft verplaatst na verliezen te hebben geleden in een belastingtijdvak waarin zij fiscaal ingezetene van een andere lidstaat was, zonder in de eerste lidstaat gevestigd te zijn, vermits de situatie van de vennootschap die overgaat tot een dergelijke verplaatsing achtereenvolgens onder de fiscale bevoegdheid van twee lidstaten valt, namelijk, enerzijds de lidstaat van herkomst voor het belastingtijdvak waarin de verliezen zijn ontstaan, en, anderzijds, de lidstaat van ontvangst voor het belastingtijdvak waarin de vennootschap om aftrek van die verliezen verzoekt;

- de omstandigheid dat een vennootschap die haar fiscale woonplaats van de ene naar de andere lidstaat overbrengt, achtereenvolgens onder de fiscale bevoegdheid van twee lidstaten valt, bovendien kan resulteren in een verhoogd risico op dubbele verliesverrekening, aangezien een dergelijke vennootschap ertoe zou kunnen worden gebracht dezelfde verliezen bij de autoriteit van deze twee lidstaten op te voeren;
- artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat die uitsluit dat een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel en daarmee haar fiscale woonplaats naar deze lidstaat heeft verplaatst, een fiscaal verlies kan opvoeren dat zij vóór deze verplaatsing heeft geleden in een andere lidstaat, waar zij haar statutaire zetel behoudt.

27. De vraag rijst of de leer van het arrest *Aures Holdings*, die betrekking heeft op een regel van nationaal recht krachtens dewelke de fiscale verliezen die een vennootschap in een lidstaat heeft opgebouwd, na verplaatsing van haar fiscale woonplaats naar een andere lidstaat, in laatstgenoemde lidstaat niet kunnen worden opgevoerd, ook kan worden toegepast op een nationale regeling zoals hier aan de orde en volgens dewelke de waardeverminderingen op aandelen die een vennootschap in een lidstaat heeft geboekt en die zij aldaar weliswaar principieel in mindering van haar fiscaal resultaat heeft gebracht, maar niet daadwerkelijk van haar fiscaal resultaat heeft kunnen aftrekken wegens het bestaan van een fiscale verliespositie, na verplaatsing van haar statutaire zetel naar een andere lidstaat, in laatstgenoemde lidstaat niet kunnen worden opgevoerd, tenzij de waarde-stijgingen die achter die terugname schuil gaan op een onbeschikbare rekening van het passief worden geboekt.

28. Voorts oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie in voormeld arrest dat de leer van de definitieve verliezen zoals ontwikkeld in het arrest [REDACTED] (C-650/16) – volgens dewelke ter zake van het verlies dat moet worden toegerekend aan een niet-ingezeten vaste inrichting die haar activiteiten heeft beëindigd en waarvan het verlies niet kon en niet meer kan worden afgetrokken van haar belastbare winst in de lidstaat waar zij haar activiteiten uitoefende, de situatie van een ingezeten vennootschap met een dergelijke vaste inrichting niet verschillend is van die van een ingezeten vennootschap met een ingezeten vaste inrichting, ten aanzien van de doelstelling van het voorkomen van dubbele aftrek van verlies, ook al zijn de situaties van deze twee vennootschappen in beginsel niet vergelijkbaar – niet kan worden toegepast in de situatie van een vennootschap die, na overbrenging van haar feitelijke bestuurszetel en daarmee van haar fiscale woonplaats van de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft naar een andere lidstaat, in deze lidstaat verliezen wenst af te trekken die zij in de eerste lidstaat heeft geleden over een belastingtijdvak waarin deze eerste lidstaat als enige heffingsbevoegd was ten aanzien van de vennootschap.

In haar antwoordnota op de conclusie van het Openbaar Ministerie voert de eiseres aan dat het arrest *Aures Holdings* van de vierde kamer van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 27 februari 2020 (C-405/18) in strijd is met de rechtspraak van de grote kamer van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest [REDACTED] van 12 juni 2018 (C-650/16).

29. In het licht van het voorgaande dient aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de vraag te worden voorgelegd of de vrijheid van vestiging zoals gewaarborgd door artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling zoals hier aan de orde krachtens dewelke een Luxemburgse vennootschap die in Luxemburg waardeverminderingen op aandelen boekt en deze waardeverminderingen weliswaar principieel in mindering van haar fiscaal resultaat brengt maar deze niet daadwerkelijk van haar fiscaal resultaat kan aftrekken wegens het bestaan van een fiscale verliespositie, na verplaatsing van haar statutaire zetel naar België, op de terugname van die waardeverminderingen in België wordt belast, tenzij de waardeverminderingen die achter die terugname schuil gaan op een onbeschikbare rekening van het passief worden geboekt, terwijl een Belgische vennootschap die in België waardeverminderingen op aan-

delen heeft geboekt, op de terugname van die waardeverminderingen niet wordt belast, op voorwaarde dat de waardeverminderingen voorheen niet in mindering van het Belgisch fiscaal resultaat werden gebracht, zonder dat de waardestijgingen die achter die terugname schuil gaan op een onbeschikbare rekening van het passief moeten worden geboekt.

Het Hof dient aldus, alvorens uitspraak te doen, overeenkomstig artikel 267 VWEU, aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de in het dictum van dit arrest geformuleerde prejudiciële vraag te stellen.

Overige grieven

30. Het antwoord op de overige grieven wordt aangehouden tot het Hof van Justitie van de Europese Unie bij prejudiciële beslissing uitspraak zal hebben gedaan.

Dictum

Het Hof,

Houdt iedere nadere uitspraak aan tot het Hof van Justitie van de Europese Unie bij prejudiciële beslissing over de volgende vraag uitspraak zal hebben gedaan:

“Wordt de vrijheid van vestiging zoals gewaarborgd door artikel 49 VWEU geschonden door een nationale regeling zoals hier aan de orde in die mate dat zij tot gevolg heeft dat een Luxemburgse vennootschap die in Luxemburg waardeverminderingen op aandelen boekt en deze waardeverminderingen weliswaar principieel in mindering van haar fiscaal resultaat brengt, maar niet daadwerkelijk van haar fiscaal resultaat kan aftrekken wegens het bestaan van een fiscale verliespositie, na verplaatsing van haar statutaire zetel naar België, op de terugname van die waardeverminderingen in België wordt belast, tenzij de waardestijgingen die achter die terugname schuil gaan op een onbeschikbare rekening van het passief worden geboekt, terwijl een Belgische vennootschap die in België waardeverminderingen op aandelen heeft geboekt, op de terugname van die waardeverminderingen niet wordt belast, op voorwaarde dat de waardeverminderingen voorheen niet in mindering van het Belgisch fiscaal resultaat werden ge-

bracht, zonder dat de waardestellingen die achter die terugname schuil gaan op een onbeschikbare rekening van het passief moeten worden geboekt?"

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, en de raadsheren Filip Van Volsem, Bart Wylleman, François Stévenart Meeûs en Sven Mosselmans, en in openbare rechtszitting van 25 juni 2021 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal Johan Van der Fraenen, met bijstand van griffier Vanity Vanden Hende.

