

# Nieuwe regels aftrekbaarheid buitenlandse verliezen

*Auteur(s):* S. Gommers/W. Willems

*Editie:* 1646 p. 4

*Publicatiedatum:* 26 februari 2020

## Nieuwe regels aftrekbaarheid buitenlandse verliezen

Op 1 januari 2020 trad de laatste fase van de hervorming van de vennootschapsbelasting in werking. Deze omvat onder meer een ingrijpende wijziging van de regelgeving inzake de aftrekbaarheid van verliezen van buitenlandse oorsprong. De aftrekbaarheid van dergelijke verliezen wordt beperkt rekening houdend met de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie ('HvJ'). Naar aanleiding hiervan werden bovendien de aanrekeningsregels van verliezen geactualiseerd.

In onderhavige bijdrage belichten we de nieuwe beperkingen die worden gesteld aan de principiële aftrekbaarheid van verliezen van buitenlandse oorsprong. Later bespreken we de aanpassingen aan de aanrekeningsregels en formuleren we een algemene conclusie. Voor een goed begrip, brengen we eerst de regels inzake de verliesaftrek zoals deze bestonden vóór de hervorming in herinnering.

Situatie vóór de hervorming

### **Principe**

Binnenlandse vennootschappen zijn principieel belastbaar op hun wereldwijd inkomen (art. 5 *jo.* 183 WIB 1992). Dit impliceert dat kosten ongeacht hun oorsprong in aanmerking worden genomen om het belastbaar wereldwijd resultaat te bepalen, rekening houdend met de aftrekbeperkende regels.

Dubbelbelastingverdragen ('DBV's') beperken echter de bevoegdheid van België als woonstaat om bepaalde componenten van het wereldwijd resultaat van een binnenlandse vennootschap te belasten. Typevoorbeelden zijn inkomsten uit buitenlandse onroerende goederen (art. 6 Belgisch Modelverdrag) of winst behaald door een vaste inrichting (art. 7 Belgisch Modelverdrag). In dergelijk geval is België als woonstaat gehouden de buitenlandse inkomsten vrij te stellen van Belgische belasting (vrijstellingsmethode), dan wel de

buitenlandse belasting te verrekenen met de in België verschuldigde belasting (verrekeningsmethode) (art. 22 Belgisch Modelverdrag).

Verliezen geleden in een land waarmee België geen DBV heeft gesloten, zijn logischerwijze zonder enige beperking aftrekbaar in België (doch rekening houdend met de aanrekeningsregels vervat in art. 75, lid 2 KB/WIB 1992), aangezien België de winsten uit een dergelijk land ook integraal belast. In deze gevallen geldt dus een dubbele belasting van buitenlandse winsten en een dubbele aftrek van buitenlandse verliezen.

Hoewel België inkomsten gerealiseerd in een land waarmee het een DBV heeft afgesloten vaak niet mag belasten (cf. *supra*), zijn verliezen geleden in dergelijk land in beginsel aftrekbaar in België (rekening houdend met de aanrekeningsregels van art. 75, lid 2 KB/WIB 1992). Teneinde een dubbele verliesaftrek (in België en in het buitenland) te vermijden, bevatten *quasi* alle door België gesloten DBV's een zogenaamde 'recapture'-clausule volgens dewelke België de winst van de vaste inrichting toch mag belasten wanneer deze in de verdragsstaat niet wordt belast omdat deze wordt gecompenseerd met verliezen die in een ander belastbaar tijdperk reeds in België werden afgetrokken (art. 22, § 2, h) Belgisch Modelverdrag). Fiscaaltechnisch wordt de recapture bekomen door de inrichtingswinst niet vrij te stellen.

In de praktijk bleek de verdragsrechtelijke recapture niet waterdicht en was in sommige situaties een dubbele verliesaftrek mogelijk, bv. in bepaalde gevallen van achterwaartse verliesverrekening ('carry back') door de vaste inrichting of wanneer de vaste inrichting in een andere vennootschap werd ingebracht die deze verliezen kon gebruiken. Daarom heeft de wetgever destijds de internrechtelijke regels inzake de verrekening van verliezen uit landen met een DBV verstrengd.

### **Verliezen uit landen met een DBV**

Verliezen van het belastbaar tijdperk van een buitenlandse inrichting of buitenlandse activa gelegen in een staat waarmee België een DBV heeft afgesloten, zijn enkel aftrekbaar indien (i) deze verliezen niet zijn afgetrokken van de belastbare winsten van de betreffende inrichting resp. activa in die staat (art. 185, § 3 WIB 1992); en (ii) deze verliezen niet zijn verrekend met andere winsten die in België vrijgesteld zijn (ingevolge de aanrekeningsregels; cf. art. 75, lid 2 KB/WIB 1992). Zodoende kan een binnenlandse vennootschap een buitenlands inrichtingsverlies dus niet in aftrek nemen in geval van carry back bij de inrichting, aangezien het verlies dan al is afgetrokken bij die inrichting. Het gebruik van de verliezen in de inrichtingsstaat door een andere inrichting of vennootschap (bv. in het kader van fiscale consolidatie) verhindert de fiscale aftrekbaarheid van deze verliezen in België daarentegen niet. Indien de buitenlandse inrichtingsverliezen niet worden gebruikt in België, worden deze overgedragen naar het volgend belastbaar tijdperk (code 1722 en code 1730 in de aangifte).

Overgedragen verliezen van een buitenlandse inrichting gevestigd in een land waarmee België een DBV heeft gesloten, kunnen slechts worden verrekend met Belgische winst indien deze verliezen niet in aftrek zijn genomen van de winst van deze inrichting (art. 206, § 1, lid 2, eerste zin WIB 1992). Hoewel dit niet duidelijk uit de wettekst blijkt ("*verliezen geleden binnen een buitenlandse inrichting waarover de [binnenlandse] vennootschap beschikt*"), viseert deze bepaling buitenlandse inrichtingsverliezen die nog niet effectief zijn afgetrokken van Belgische winst (MvT, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1398/001, 10). Het gaat met

andere woorden over de buitenlandse inrichtingsverliezen die in de fiscale aangifte van de Belgische vennootschap in het vak compenseerbare verliezen (code 1730) terug te vinden zijn. In die zin legt deze bepaling een voorwaarde op aan het gebruik van de buitenlandse verliezen op het ogenblik dat deze effectief worden afgetrokken van Belgische winst.

### **Internrechtelijke recapture**

Tot slot voorzag de wetgever in een internrechtelijke recapture-regeling waaronder buitenlandse inrichtingsverliezen die in België werden verrekend met belastbare winst, worden toegevoegd aan het Belgisch resultaat. Die toevoeging gebeurt met name, indien (i) niet langer kan worden aangetoond dat deze verliezen niet in aftrek zijn genomen van de winst van de betreffende buitenlandse inrichting; of (ii) wanneer de betreffende buitenlandse inrichting wordt overgedragen in het kader van een inbreng, fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting (art. 206, § 1, lid 2, tweede zin WIB 1992). Ook hier is de wet niet duidelijk welke verliezen worden geïsoleerd ("*dergelijke beroepsverliezen*"). Uit de memorie van toelichting ("MvT") valt echter af te leiden dat buitenlandse inrichtingsverliezen worden beoogd die effectief zijn verrekend met Belgische winst (ongeacht of deze verrekening in het belastbaar tijdperk van het verlies heeft plaatsgevonden (cf. art. 185, § 3 WIB 1992) dan wel in een volgend belastbaar tijdperk (art. 206, § 1, lid 2, eerste zin WIB 1992)) (MvT, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1398/001, 10). Bijgevolg worden de verliezen beoogd die niet meer in de aangifte terug te vinden zijn. Fiscaaltechnisch wordt de recapture gerealiseerd door de in het buitenland gebruikte verliezen toe te voegen aan het Belgisch resultaat.

De internrechtelijke recapture-regel is ruimer dan de verdragsrechtelijke tegenhanger aangezien herstructurerings waarin de buitenlandse inrichting betrokken is ook tot een recapture kunnen leiden. In samenhang met artikel 206, § 1, lid 2, eerste zin WIB 1992 dat de verliesverrekening in geval van carry back verhindert, heeft de wetgever aldus de situaties waarin een dubbele verliesaftrek mogelijk is sterk gereduceerd.

Volgens de Administratie kan de verdragsrechtelijke recapture-regel enkel spelen wanneer de internrechtelijke recapture-regel een situatie van dubbele verliesaftrek laat bestaan (zie Circ. AFZ nr. 3/2013 (AFZ/97-0380) van 5 februari 2013). Gelet op de ruimere draagwijdte van de internrechtelijke recapture-bepaling, is de kans echter beperkt dat dit in de praktijk ook effectief zal gebeuren.

Situatie na de hervorming

### **Principe en aftrekbaarheid buitenlandse verliezen**

Het uitgangspunt dat binnenlandse vennootschappen principieel belastbaar zijn op hun wereldwijd inkomen, en dat kosten ongeacht hun oorsprong in aanmerking worden genomen om het belastbaar wereldwijd resultaat te bepalen, blijft ongewijzigd. De effectieve bevoegdheid van België om belastingen te heffen, wordt uiteraard nog steeds beheerst door DBV's.

Door de hervormingswet van 25 december 2017 werden echter belangrijke wijzigingen aangebracht aan de artikelen 185, § 3 en 206, § 1, lid 2 WIB 1992 (zie reeds kort, [Fisc., nr. 1639, p. 4](#)). De wetgever maakte hierbij grotendeels komaf met de tot dan toe geldende genereuze aftrekbaarheid van buitenlandse verliezen.

Voorafgaand moet worden opgemerkt dat buitenlandse verliezen zowel betrekking kunnen hebben op buitenlandse vaste inrichtingen als op buitenlandse activa die geen vaste inrichting vormen (bv. onroerende goederen). Onder de oude bepalingen was deze tweede categorie slechts onvolledig geregeld (zie bv. art. 206, § 1, lid 2, eerste zin WIB 1992 dat enkel verwijst naar verliezen geleden in een buitenlandse inrichting; W. CAERS, "Belgische regels inzake aftrekbaarheid van buitenlandse verliezen na de wet van 11 december 2008", *AFT* 2009, afl. 8-9, 55-57 en 59). Thans wordt verduidelijkt dat voor beide types van verliezen dezelfde regels gelden.

Op basis van de nieuwe regeling moeten drie situaties worden onderscheiden : (i) verliezen in een land waarvoor de winst volledig belastbaar is in België (bij gebrek aan DBV); (ii) verliezen in een land waarvoor de winst gedeeltelijk belastbaar is in België (wegens toepassing van een DBV dat in een gedeeltelijke vrijstelling voorziet); (iii) verliezen in een land waarvoor de winst bij DBV volledig vrijgesteld is in België.

Voor verliezen van buitenlandse inrichtingen of activa waarvan de winst volledig in België belastbaar is, geldt logischerwijze (zoals voorheen) de volledige aftrekbaarheid.

Voor buitenlandse inrichtingen of activa waarvan de winst gedeeltelijk in België belastbaar is, zijn de verliezen voortaan ook slechts gedeeltelijk aftrekbaar in dezelfde verhouding (art. 185, § 3, lid 2 WIB 1992). Voorheen waren deze (binnen de voorwaarden van het oude art. 185, § 3 en 206, § 1, lid 2 WIB 1992) volledig aftrekbaar, met weliswaar volledige recapture in de mate dat verliezen van vaste inrichtingen later in de inrichtingsstaat werden afgetrokken (de situatie van buitenlandse activa werd hier echter niet expliciet geregeld, cf. *supra*).

Voor buitenlandse inrichtingen of activa waarvan de winst volledig is vrijgesteld in België, geldt voortaan een principiële uitsluiting van verliesaftrek. De enige uitzondering hierop zijn zgn. 'definitieve verliezen' geleden binnen de EER (art. 185, § 3, lid 1, *in fine* WIB 1992). De Europese vrijheid van vestiging verplicht lidstaten er immers toe om minstens rekening te houden met dergelijke 'definitieve' verliezen (HvJ 15 mei 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, 43-47; HvJ 2 juni 2018, C-650/16, *Bevola; Fiscoloog Internationaal* 2018, nr. 421, 4).

### **Definitieve verliezen uit de EER**

Uit de rechtspraak van het HvJ kan worden afgeleid dat 'definitieve verliezen' van buitenlandse inrichtingen kunnen worden omschreven als verliezen waarvoor alle mogelijkheden tot aanrekening in de inrichtingsstaat zijn uitgeput en waarbij de onmogelijkheid om deze aldaar af te trekken van feitelijke aard is (en dus niet het gevolg is van een juridische beperking in de inrichtingsstaat, zoals bv. het verstrijken van de overdrachtstermijn). Zolang de inrichting nog enige (zelfs geringe) inkomsten behaalt, zijn de verliezen niet 'definitief' (aangezien aftrek ervan in de toekomst dan niet is uitgesloten) (HvJ 3 februari 2015, C-172/13, *Commissie t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 36). In feite lijkt dit erop neer te komen dat de vennootschap haar activiteit in de inrichting in het buitenland moet hebben stopgezet (*ibid.*, r.o. 37-38).

De Belgische definitie van 'definitieve verliezen' ligt hiermee in lijn. Artikel 185, § 3, lid 4 WIB 1992 merkt als 'definitief' aan "*de verliezen die bestaan op het ogenblik dat de vennootschap haar activiteiten in een bepaalde lidstaat definitief stopzet voor zover voor deze verliezen geen enkele aftrek van welke aard dan ook is verleend in de lidstaat waarin de*

*buitenlandse inrichting was gelegen*". De vennootschap dient haar activiteiten in de lidstaat dus enerzijds definitief stop te zetten, hetzij door sluiting van haar (laatste) vaste inrichting in die staat, hetzij door de overdracht ervan aan een andere verbonden vennootschap of aan een derde (via verkoop, inbreng, herstructurering). Anderzijds mag er nog geen enkele aftrek van deze verliezen *van welke aard ook* zijn verleend in de inrichtingsstaat. Verliezen zijn dus niet definitief indien zij in de inrichtingsstaat *reeds werden afgetrokken* bij andere vaste inrichtingen of andere ondernemingen in het kader van een consolidatiestelsel (MvT, *Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 45*). Onder de oude regeling konden verliezen afgetrokken in het kader van een consolidatiestelsel wel worden afgetrokken door de Belgische vennootschap zonder dat dit aanleiding gaf tot een recapture (cf. *supra*).

Verliezen worden voorts niet als 'definitief' beschouwd indien zij in de inrichtingsstaat *in de toekomst* op één of andere manier (bv. via consolidatie) nog bij andere vaste inrichtingen kunnen worden afgetrokken of "*voor zover het recht van aftrek van deze verliezen in die andere Staat overgaat op een andere persoon*" (art. 185, § 3, lid 5 WIB 1992). Met betrekking tot dit laatste verwijst de MvT naar "*een verbonden onderneming*" die in die staat actief is (MvT, *Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 45*). De MvT is in die zin beperkender geformuleerd dan de wettekst, die spreekt over een overdracht "*op een andere persoon*", hetgeen ook een overdracht aan een derde (via verkoop of herstructurering) zou kunnen omvatten. Dit laatste strookt ook met recente rechtspraak van het HvJ, waar het oordeelde dat een buitenlands verlies niet 'definitief' is indien het nog economisch kan worden 'benut' door de betrokken vennootschap door verkoop van haar inrichting (*in casu* : dochtervennootschap) aan een derde, waarbij de verkoopprijs rekening houdt met de waarde van het belastingvoordeel van de toekomstige aftrekbaarheid van de verliezen (HvJ 19 juni 2019, C-608/17, *Holmen AB*, r.o. 36-40).

De bepaling komt in dat opzicht (als *a priori* aftrekverbod i.p.v. recapture) in de buurt van de voormaligerecapture-bepaling in oud artikel 206, § 1, lid 2, tweede zin WIB 1992, die een dubbele verliesaftrek verhinderde wanneer een vaste inrichting werd overgedragen in het kader van een inbreng, fusie, splitsing of een gelijkaardige verrichting. In tegenstelling tot voorheen (zie W. CAERS, *o.c.*, 62) wordt nu ook de loutere verkoop van de inrichting gevisieerd, al geldt thans ook de voorwaarde dat de verliezen niet meer *in de inrichtingsstaat* kunnen worden benut (cf. *supra*) daar waar de voormalige recapture-bepaling abstractie maakte van het feit of de verliezen al dan niet verloren gingen in het kader van de overdracht van de buitenlandse inrichting.

### **Antimisbruikmaatregel**

Om te vermijden dat een vennootschap haar activiteiten in een inrichtingsstaat tijdelijk stopzet om vervolgens te hervatten (waardoor 'definitieve' verliezen in België kunnen worden afgetrokken), vindt luidens artikel 185, § 3, lid 6 WIB 1992 een recapture plaats in het belastbaar tijdperk van heropstart; dit is met name het geval indien de Belgische vennootschap "*binnen de 3 jaar na de aftrek van het definitieve beroepsverlies*" van haar buitenlandse inrichting opnieuw activiteiten opstart in de inrichtingsstaat. De MvT verwijst naar een termijn van "*drie jaar na de stopzetting die aanleiding heeft gegeven tot de aftrek van een definitief beroepsverlies*" (MvT, *Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 45*). Het is niet duidelijk of dit betekent dat deze termijn aanvangt vanaf het einde van het belastbaar tijdperk van de stopzetting, of vanaf het effectieve ogenblik van stopzetting.

De recapture is *onmiddellijk* en *volledig*, nl. ongeacht of en in welke mate de betrokken verliezen werkelijk (kunnen) worden afgetrokken in de inrichtingsstaat.

### Vorige verliezen

Vervolgens werd artikel 206, § 1, lid 2 WIB 1992 aangepast, dat voorheen betrekking had op vorige verliezen en de internrechtelijke recapture. Deze bepaling voorziet er voortaan in, dat vorige verliezen uit buitenlandse inrichtingen niet aftrekbaar zijn in België indien zij werden geleden in buitenlandse inrichtingen waarvan de winst bij DBV is vrijgesteld in een belastbaar tijdperk dat is aangevangen vanaf 1 januari 2020, onverminderd evenwel de toepassing van artikel 185, § 3 WIB 1992 (definitieve EER-verliezen). Sinds de hervorming regelt deze bepaling dus enkel vorige verliezen van buitenlandse inrichtingen waarvan de winst volledig is vrijgesteld in België. Een onderscheid wordt gemaakt naargelang deze vorige verliezen bestaan uit verliezen geleden in belastbare tijdperken aangevangen vanaf 1 januari 2020, of daarvoor. Voor verliezen geleden vanaf die datum geldt de nieuwe regeling. Zij zijn zoals *supra* vermeld niet meer aftrekbaar in het jaar waarin zij worden geleden (art. 185, § 3 WIB 1992) noch kunnen zij aan de vorige verliezen worden toegevoegd om te worden afgetrokken in latere belastbare tijdperken (luidens art. 206, § 1, lid 2 WIB 1992), tenzij het 'definitieve' EER-verliezen betreft. Voor verliezen van vóór die datum blijft alles bij het oude. Hoewel dit niet duidelijk uit de wettekst blijkt, blijven deze verliezen dus aftrekbaar als vorige verliezen zonder dat zij 'definitief' moeten zijn. Naar verluidt, is artikel 206, § 1, lid 2 WIB 1992 er vooral op gericht om te verduidelijken dat bestaande vorige verliezen (daterend van vóór de nieuwe regeling) niet onbruikbaar worden. In die zin stelt ook de MvT dat "*wordt verduidelijkt dat deze wijziging slechts betrekking heeft op beroepsverliezen die worden geleden in een buitenlandse inrichting in een belastbaar tijdperk dat aanvangt vanaf 1 januari 2020*" (MvT, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 91).

Voor vorige verliezen van buitenlandse inrichtingen waarvan de winst slechts gedeeltelijk wordt vrijgesteld, werd in geen bijzondere regeling voorzien in artikel 206, § 1 WIB 1992. Dit wordt in de MvT als volgt verklaard : "*Deze verliezen komen in aftrek van het resultaat van het belastbaar tijdperk en zijn overdraagbaar onder dezelfde voorwaarden als gelden voor verliezen van Belgische oorsprong. Er is geen nood om in artikel 206, WIB 92 hieromtrent specifieke regels in te voeren*" (MvT, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 91). Het nieuwe artikel 185, § 3, lid 2 WIB 1992 bepaalt dat verliezen van buitenlandse inrichtingen uit belastbare tijdperken die aangevangen vanaf 1 januari 2020 slechts proportioneel kunnen worden aangewend, zodat deze slechts in diezelfde proportie in de over te dragen verliezen terechtkomen. Men achtte extra bepalingen dan ook niet nodig. De aftrek van verliezen van dergelijke inrichtingen uit belastbare tijdperken aangevangen vóór 1 januari 2020, werd echter niet beperkt in artikel 185, § 3 WIB 1992 (noch in art. 206, § 1 WIB 1992). Voor dergelijke vorige verliezen is het naar verluidt ook de bedoeling dat alles dus bij het oude blijft, met name volledige aftrekbaarheid (cf. *supra*).

Aangezien m.b.t. buitenlandse inrichtingen waarvan de winst volledig bij DBV wordt vrijgesteld, voortaan enkel nog 'definitieve' verliezen binnen de EER kunnen worden afgetrokken in België, zullen de vorige verliezen afkomstig uit dergelijke inrichtingen in de toekomst enkel nog kunnen bestaan uit zulke verliezen, die per definitie niet (meer) worden afgetrokken in de inrichtingsstaat. Een recapture-bepaling voor deze verliezen is bijgevolg

niet nodig, waardoor oud artikel 206, § 1, lid 2, eerste zin WIB 1992 (cf. *supra*) niet meer wordt hernomen.

### **Internrechtelijke recapture**

Voor buitenlandse verliezen die onder de nieuwe regeling vallen (dus uit een belastbaar tijdperk dat aanvangt vanaf 1 januari 2020), is het stelsel van aftrek en recapture, zoals gezegd, vervangen door een stelsel van niet-aftrekbaarheid, behoudens bepaalde definitieve verliezen, gepaard gaand met een antimisbruikbepaling. Voor buitenlandse verliezen die werden geleden onder de oude regels (dus uit een belastbaar tijdperk dat aanvangt vóór 1 januari 2020), is het behoud van een recapture-bepaling evenwel relevant.

De wetgever heeft de oude recapture-bepaling (oud art. 206, § 1, lid 2, tweede zin WIB 1992) geschrapt en vervangen door een nieuwe (art. 185, § 3, lid 3 WIB 1992). Vorige beroepsverliezen geleden binnen een buitenlandse inrichting waarvan de winst krachtens een DBV wordt vrijgesteld of aan een verminderde belasting wordt onderworpen, én die door de binnenlandse vennootschap m.b.t. een belastbaar tijdperk dat is aangevangen vóór 1 januari 2020 in mindering werden gebracht van haar Belgische winst, worden volgens de nieuwe bepaling afgetrokken van de winst die bij DBV wordt vrijgesteld resp. waarvan de belasting wordt verminderd, tenzij de binnenlandse vennootschap aantoont dat deze verliezen niet in aftrek zijn genomen van de winst van de buitenlandse inrichting. Deze bepaling is bijzonder verwarrend om meerdere redenen.

De wettekst spreekt vooreerst van "*vorige beroepsverliezen*" van een buitenlandse inrichting, wat lijkt te impliceren dat het om de verliezen gaat die nog niet effectief zijn aangewend (terug te vinden in code 1730 van de aangifte). Daarentegen moeten deze verliezen reeds "*in mindering [zijn] gebracht op haar Belgische winst*", wat een effectieve aanwending lijkt te impliceren. Dit lijkt zonder meer tegenstrijdig.

Bovendien is de werking van het recapture-mechanisme onduidelijk. Zodra niet (meer) kan worden aangetoond dat de buitenlandse inrichting de vorige verliezen niet heeft gebruikt, vindt een recapture plaats die fiscaaltechnisch wordt verwezenlijkt door de gebruikte verliezen af te trekken van de bij DBV vrijgestelde winst of van de winst waarvan de belasting wordt verminderd.

De recapture van verliezen van een inrichting waarvan de winst bij DBV is vrijgesteld, gebeurt door een aftrek van deze verliezen van de bij DBV vrijgestelde winst. Dit leidt niet tot belastbaarheid aangezien er geen additionele belastbare basis ontstaat (waardoor de dubbele verliesaftrek dus blijft bestaan). Er ontstaat enkel additionele belastbare basis indien de Belgische winst corresponderend zou verhogen met het bedrag dat van de vrijgestelde winst is afgetrokken. De niet-belastbaarheid zou te begrijpen zijn indien de recapture-maatregel betrekking heeft op "*vorige verliezen*" die nog niet effectief zijn aangewend (en de verliezen in code 1730 corresponderend zouden afnemen door de recapture). De recapture is echter een maat voor niets indien deze leidt tot niet-belastbaarheid van verliezen die reeds effectief "*in mindering [werden] gebracht*" van de Belgische winst. In dat geval zou de dubbele aftrek dus behouden blijven. De dubbele aftrek kan enkel geneutraliseerd worden indien de Belgische winst corresponderend zou verhogen zodat er additionele belastbare basis ontstaat.

De recapture van verliezen van een inrichting waarvan de belasting op de winst bij DBV

wordt verminderd (cf. gedeeltelijke vrijstelling) gebeurt fiscaaltechnisch door een aftrek van de winst waarvan de belasting wordt verminderd. Het is onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld. Dergelijke *winst* is thans terug te vinden in twee categorieën in de aangifte, nl. in de nieuwe categorie 'niet bij verdrag vrijgestelde winst' ten belope van het in België belastbare gedeelte (dit is dus het gedeelte van de buitenlandse winst die in België tegen het standaardtarief belastbaar is) en in de categorie 'bij verdrag vrijgestelde winst' ten belope van het vrijgestelde gedeelte (dit is dus het gedeelte van de buitenlandse winst die in België wordt vrijgesteld) (zie Verslag aan de Koning bij art. 4 KB van 9 december 2019, BS 20 december 2019). Indien de recapture wordt verwezenlijkt door een aftrek van de geïssueerde verliezen van het gedeelte van de buitenlandse winst die in België wordt belast (de 'niet bij verdrag vrijgestelde winst'), resulteert dit in een lagere belastbaarheid aangezien de winst wordt verminderd die in België zou worden belast. Dit kan uiteraard niet de bedoeling zijn. Indien echter de Belgische winst corresponderend zou verhogen, is er sprake van dezelfde belastingheffing als zonder recapture, aangezien het belastbaar bedrag enkel verschuift van de ene naar de andere belastbare categorie van winst. In zulks geval is er dus sprake van 'niet-belastbaarheid' door toepassing van de recapture. De eerste hypothese (met name de 'lagere belastbaarheid' door de enkele aftrek) strookt uiteraard niet met de doelstelling van de recapture-bepaling (nl. het vermijden van een dubbele verliesaftrek), ongeacht op welke verliezen (overgedragen of effectief aangewende) deze betrekking heeft. De tweede hypothese (met name de 'niet-belastbaarheid' door aftrek en corresponderende verhoging) zou logisch zijn indien de recapture betrekking heeft op "*vorige verliezen*" die nog niet effectief zijn aangewend (indien hierdoor de verliezen in code 1730 afnemen). Indien de recapture daarentegen betrekking heeft op verliezen die effectief zijn aangewend, is deze nutteloos aangezien de recapture in dergelijke hypothese niet leidt tot een additionele belastbare grondslag in België. Tot slot lijkt het ons weinig waarschijnlijk dat de aftrek in dit kader zou gebeuren op het deel van de vrijgestelde winst (de categorie 'bij verdrag vrijgestelde winst') aangezien dit zou leiden tot een niet-belastbaarheid *c.q.* het behoud van de dubbele aftrek, tenzij de Belgische winst hierdoor corresponderend zou verhogen (cf. *supra*; dezelfde redenering inzake de werking van de recapture van verliezen van een inrichting waarvan de winst bij DBV is vrijgesteld, is hier van toepassing). Enkel in geval van een corresponderende verhoging van de Belgische winst (zodat er een additionele belastbare grondslag ontstaat) zou de recapture zijn doel bereiken ten aanzien van verliezen die reeds effectief zijn aangewend.

Uit voorgaande blijkt dat er een constructiefout in de nieuwe recapture-bepaling zit. De memorie van toelichting bevat geen aanwijzingen welke interpretatie de voorkeur verdient. Gelet op de letter van de wet, lijkt deze tot gevolg te hebben dat enkel overgedragen verliezen (code 1730) worden geïssueerd en geen corresponderende verhoging van het Belgisch belastbaar resultaat plaatsvindt. Dit betekent dan wel dat een recapture van gedeeltelijk vrijgesteld inkomen leidt tot een lagere belastbaarheid, wat uiteraard niet de bedoeling kan zijn.

**Sam Gommers**  
**Ward Willems**