

ARREST G 04/10

Arrest van het Hof van Beroep te Gent dd. 14.09.2004

Kwalificatie "Optie-plan onderneming": levensverzekering of belegging?

De rechtsvraag is te weten of de door de appellante afgesloten bedrijfsleidersverzekering afgesloten voor een beperkte duur tegen betaling van een éénmalige premie als dusdanig kan worden gekwalificeerd met het gevolg dat de premies fiscaal aftrekbaar zijn als beroepskosten dan wel of de bedrijfsleidersverzekering als een zuivere geldbelegging moet worden aangezien en niet als een levensverzekering omdat de verzekeraar zowel bij leven als bij overlijden niets anders moest betalen dan een bedrag dat afhankelijk is van de stortingen die de vennootschap op dat moment heeft verricht.

In tegenstelling tot wat de appellante voorhoudt is het OPO-contract geen kanscontract.

In deze heeft de begunstigde alleen recht op zijn spaartegoed doch op geen enkel risicokapitaal.

Derhalve moet worden besloten dat de OPO-contracten geen verzekeringscontracten zijn maar beleggingsproducten omdat zij geen kanscontracten zijn. Immers in het voorliggend type bedrijfsleidersverzekering is het spaartegoed afhankelijk van de reeds verrichte stortingen en niet van een onzekere gebeurtenis.

VOLLEDIGE TEKST

Nr. 2003/AR/260

In de zaak van :

A.B. N.V.,

met maatschappelijke zetel te ... , ingeschreven in het handelsregister te Kortrijk onder het nummer...

appellante,

ter terechtzitting vertegenwoordigd door mr. L.C. loco mr. T.R. advocaat te ...

Tegen :

DE BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Minister van Financiën, Wetstraat 14 te 1000 Brussel, in de persoon van de Gewestelijke Directeur der directe belastingen te Brugge, met kantoor te 8000 Brugge, G. Vincke-Dujardinstraat 4,

geïntimeerde,

ter terechtzitting vertegenwoordigd door mr. V.D.P.J., advocaat te ...

spreekt het Hof het volgend arrest uit :

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 3 februari 2003 werd door de appellante tijdig en regelmatig hoger beroep ingesteld tegen het vonnis uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te Brugge, vierde kamer, op 30 september 2002 waarbij de vordering van de appellante tegen de op haar naam gevestigde aanslag in de vennootschapsbelasting voor het aanslagjaar 1996 (kohierartikel 883.200.308) slechts werd ingewilligd in de mate dat een belastingverhoging van 10 % werd opgelegd.

Het hoger beroep strekt er toe het bestreden vonnis en de betwiste aanslag in de vennootschapsbelasting te ontheffen in de mate dat de reserves verhoogd werden met een bedrag gelijk aan 4.604.722 BEF (thans 114.148,08 EUR° (onderschatting actief) en derhalve

de administratie terugbetaling te doen bevelen van de betaalde sommen, inclusief de belastingverhoging, verhoogd met moratoriuminteressen bij toepassing van art. 418 WIB/92, dit alles met veroordeling van de geïntimeerde in de kosten.

De geïntimeerde vordert de afwijzing van de hogere beroepen en stelt bij conclusies neergelegd op 31 maart 2003 incidenteel beroep in doch enkel in die mate dat door de eerste rechter de belastingverhoging van 10 % werd kwijtgescholden.

In haar syntheseconclusies vordert de appellante de betwiste aanslag te ontheffen in de mate dat de reserves verhoogd werden met een bedrag van 4.604.722 BEF (thans 114.148,08 EUR) en in de mate dat een belastingverhoging van 10 % werd opgelegd;

Tevens vordert de appellante de administratie terugbetaling te bevelen van de betaalde sommen verhoogd met moratoriuminteressen bij toepassing van artikel 418 WIB/92 en gemeenrechtelijke intresten bij toepassing van artikel 1153 B.W. op het bedrag van de opgelegde belastingverhoging van 10 %, te rekenen vanaf de dag van betaling, minstens vanaf het gedinginleidend verzoekschrift dd. 7 oktober 1999.

Feitelijke gegevens

Op 15 november 1995 heeft de appellante "Optieplan Onderneming" (afgekort OPO) – verzekeringscontracten afgesloten met de verzekeringsmaatschappij NV Royale Belge (thans AXA Royale Belge) teneinde zich te verzekeren tegen het verlies van S.J. en H.M., gezien deze personen onmisbaar waren voor de goede gang van zaken in de onderneming.

Deze contracten werden telkens afgesloten voor een duur van vijf jaar met ingang van 15 november 1995 met als verzekeringsnemer en begunstigde de appellante en als verzekerde respectievelijk S.J. en H.M. en mits een éénmalige premie van respectievelijk 2.000.000 BEF (thans 49.578,70 EUR) en 3.000.000 BEF (thans 74.368,06 EUR).

Voorts werd bedongen dat de uitkeringen bij leven op de afloopdatum van het contract overeenstemmen met de gevormde reserve (zijnde de gedane stortingen verhoogd met een kapitalisatievoet van 4,75 % en verminderd met de taksen en de vastgelegde kosten), verhoogd met de verworven winstdeelneming uit een door de verzekeringsmaatschappij opgericht optiefonds.

In artikel 7 van de algemene voorwaarden van de polis wordt verder bedongen dat bij overlijden van de verzekerde voor de afloop van het contract de betaling van de uitkeringen tenminste gelijk zijn aan het grootste van de volgende bedragen :

- de waarde van de opgebouwde reserve, vermeerderd met de winstdeelneming;
- het in de bijzondere voorwaarden vastgestelde minimumkapitaal bij overlijden;

Indien echter geen deel van de reserve werd opgenomen zal het betaalde bedrag minstens gelijk zijn aan de som van de op het plan gedane stortingen (exclusief taks) waarna het contract eindigt met de betaling van deze uitkeringen.

In de bijzondere voorwaarden evenwel werd bedongen : "Gezien er geen minimumkapitaal bij overlijden is gewaarborgd, zullen de uitkeringen bij overlijden gelijk zijn aan de opgebouwde reserve van het contract, verhoogd met de winstdeelneming. Indien geen enkele opname werd verricht, zal het betaalde bedrag minstens gelijk zijn aan het totaal van het contract gedane stortingen (zonder taksen)".

Voorts moet nog worden gewezen op artikel 5 van het OPO-contract waarin is bedongen dat "De verzekeringnemer kan echter op gelijk welk moment een gedeelte of het volledige bedrag van zijn reserve opnemen. Op elke opname die voor de afloop van het contract plaats heeft, wordt 5 % ingehouden. (...). Bij het opnemen van deelbedragen moet er een minimumreserve

van 50.000 BEF op het contract blijven staan. In dat geval wordt het minimumkapitaal bij overlijden met het opgenomen bedrag verminderd".

De geïntimeerde heeft de aftrek van de gedane premiestortingen niet aanvaard en deze aan de reserves van de onderneming toegevoegd als "onderschatting actief". Dit gebeurde bij gemotiveerd bericht van wijziging van aangifte van 8 oktober 1997 (dat het bericht van wijziging van 17 januari 1997 verving) in volgende bewoordingen :

	<u>polisnr. 213806037</u>
Verzekeringnemer	N.V. A.B.
Verzekerde	S.J.
Aanvangsdatum contract	15/11/95
Afloop van het contract	30/11/2000
Eénmalige premie	2.000.000 BEF
Begunstigde (bij leven en bij overlijden)	N.V. A.B.
Uitkering bij leven en overlijden	Spaartegoed
Theoretische afkoopwaarde	= Spaartegoed
Opgebouwde reserve per 31/12/95	1.841.793 BEF

	<u>polisnr. 213806038</u>
Verzekeringnemer	N.V. A.B.
Verzekerde	dhr. H.M.
Aanvangsdatum contract	15/11/95
Afloop van het contract	30/11/2000
Eénmalige premie	3.000.000 BEF
Begunstigde (bij leven en bij overlijden)	N.V. A.B.
Uitkering bij leven en overlijden	Spaartegoed
Theoretische afkoopwaarde	= Spaartegoed
Opgebouwde reserve per 31/12/95	2.762.929 BEF

Op 21/12/1995 werden 5.000.000 BEF premies aan Royale Belge betaald. Dit bedrag werd ten onrechte in kosten geboekt op de rekening 62.200-bedrijfsleidersverzekering. De verzekerde personen zijn immers geen bedrijfsleiders meer maar gewone werknemers die inzake het bedrijfsbeleid geen beslissingsbevoegdheid hebben. De uitgaven zijn dus geen beroepskosten (met uitzondering van de aangerekende kosten die als beleggingskosten worden beschouwd) die werden gedaan om de bedrijfsinkomsten te verkrijgen of te behouden in de zin van het art. 49 van het WIB/92. Het heeft voor de onderneming geen enkel nut om het leven van een

werknemer te verzekeren voor slechts een periode van 5 jaar zonder dat enige risicokapitaal (= kapitaal dat het gestorte kapitaal overschrijdt) wordt gewaarborgd.

Noch de verzekerde, noch de begunstigde hebben er (financieel) belang bij dat de onzekere gebeurtenis (leven of overlijden) zich niet zou voordoen. De verzekerde heeft immers geen enkel recht op enige verzekeringsprestatie. De begunstigde krijgt enkel het spaartegoed (zowel bij leven als bij overlijden) en geen risicokapitaal (zoals bedoeld in punt 36 van bijlage II van het KB van 17.12.92 betreffende de levensverzekering) bij overlijden. De verzekeraar moet, ongeacht het al dan niet voorkomen van de onzekere gebeurtenis, enkel het spaartegoed uitkeren. Er werd geen tabel met de jaarlijkse evolutie van de afkoopwaarden opgemaakt. Dit is strijdig met de artikels 6, § 1, en 17 van voornoemd KB.

Overeenkomstig artikel 1A van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst van 25.6.92 kunnen onderhavige overeenkomsten dan ook geen levensverzekeringsovereenkomsten genoemd worden. Bij gebrek aan belang van enige partij is er in casu van enig risico geen sprake. Er werd trouwens geen risicokapitaal verzekerd. Krachtens artikel 24 van de laatstgenoemde wet is de verzekering nietig wanneer bij het sluiten van de overeenkomst het risico niet bestaat, m.a.w. wanneer er in werkelijkheid geen risico verzekerd wordt.

De bedragen en de premies en de verzekeringsprestaties zijn niet afhankelijk van een onzeker voorval dat iemands leven aantast (zie artikel 1H van laatst genoemde wet). Royale Belge heeft tot op heden noch de berekening van het tarief van de Optiplanovereenkomsten kunnen meedelen, noch de voor de tarifiering gebruikte technische grondslagen (cf. artikel 22, § 1 en 2 van het laatst genoemd KB). Voor de berekening van de premies en de prestaties werd dus geen rekening gehouden met de waarschijnlijkheid dat het risico zich voordoet en het belang van de gevolgen ervan (zie oa. Artikel 100 van laatstgenoemde wet). Noch de leeftijd, noch de gezondheid van de verzekerde spelen enige rol. De verzekeringscontracten zijn daarom geveinsd en dienen aanzien te worden als zuivere beleggingscontracten.

Vermits er een vaststaande vordering bestaat op de verzekeringsmaatschappij zijn het gespaarde kapitaal, overeenkomstig de bepalingen van de artikels 24, 183 en 361 van het WIB/92, en de verlopen interestgedeelten overeenkomstig artikel 362bis WIB/92, op te nemen in de belastbare reserves als onderschatting van het actief voor een totaal bedrag van 4.604.722 BEF (cfr. Jaaroverzicht op 1.1.96 van de opgebouwde reserves opgesteld door Royale Belge)".

Tevens werd in hetzelfde bericht van wijziging een belastingverhoging van 10 % aangekondigd.

De appellante liet antwoorden daar niet mede akkoord te kunnen gaan. De appellante stelde dat uit de algemene en bijzondere voorwaarden van de OPO blijkt dat de Opocontracten als een levensverzekering moeten worden beschouwd omdat de uitkeringen per definitie verschillend zijn naargelang zij werden betaald n.a.v. leven of bij overlijden. Bovendien is het volgens de appellante logisch dat het bedrag van de prestatie niet is vervat in de bedingen van het contract omdat het overlijden een onzekere gebeurtenis uit het menselijk leven is. De OPO is een levensverzekering van het type bedrijfsleiderverzekering en de controledienst der verzekeringen heeft verklaard dat de contracten voldoen aan de Wet op de landverzekeringsovereenkomst.

De aanslag werd toch gevestigd zoals aangekondigd met dien verstande dat het opleggen van een belastingverhoging door de berekeningswijze ervan geen enkele weerslag heeft gehad op het bedrag van de betwiste aanslag.

De appellante kon niet akkoord gaan met de doorgevoerde taxatie van de Opti-plan verzekeringspremiën en tekende bezwaar aan op grond van de motieven aangehaald in haar antwoord op het bericht van wijziging van aangifte.

Bij directoriale beslissing van 15 juli 1999 werd de vordering van de appellante afgewezen om het OPO-verzekeringscontract noch kon beschouwd worden als een bedrijfsleidersverzekering noch als een groepsverzekering, noch als een gemengde levensverzekering doch wel als een zuivere geldbelegging moest worden aangezien die onmogelijk aanleiding kon geven tot het fiscaal in mindering brengen van de gestorte premies. Inzonderheid werd verwezen naar de beperkte looptijd, de leeftijd van de verzekerden, het totaal gebrek aan (financieel) risico, de uitkering onder alle omstandigheden van het spaartegoed en de afwezigheid van dekking van het overlijdensrisico, waaruit de directer afleidde dat partijen niet alle gevolgen van hun handelen hebben aanvaard zodat in werkelijkheid geen bedrijfsleiderverzekering werd afgesloten doch wel een zuivere geldbelegging werd gerealiseerd.

Ondergeschikt stelde de directeur dat het "verzekeringscontract" moest worden geherkwalificeerd overeenkomstig art. 344, § 1 WIB/92 als een verzekeringsbon, zijnde een individueel levensverzekeringscontract met gewaarborgd rendement en met een doorgaans beperkte looptijd.

De eerste rechter oordeelde dat een analyse van de algemene en bijzondere voorwaarden doet besluiten dat de litigieuze overeenkomsten niet kunnen beschouwd worden als levensverzekeringen of bedrijfsleiderverzekeringen. Benadrukt werd dat indien er geen minimumkapitaal is bedongen in geval van overlijden en de verzekeraar niets anders moet terugbetalen dan een bedrag dat essentieel afhankelijk is van de omvang van de stortingen er sprake is van een gewone geldbelegging, te meer daar het toegelaten was om op elk moment terugname te doen van de reeds gedane stortingen.

In zijn vonnis stelde de eerste rechter vast dat er geen veinzing was doch dat aan de voorwaarden voor herkwalificatie van belegging was voldaan. Tenslotte werd de belastingverhoging van 10 % niet weerhouden.

In haar beroepsakte zet de appellante uitvoerig uiteen dat de OPO-verzekering een levensverzekering is zoals omschreven in artikel 97 van de Wet van 25 juni 1992 en dus niet kan beschouwd worden als een beleggingsproduct. De appellante betoogt verder dat de OPO een bedrijfsleiderverzekering is waarvan de premies aftrekbare uitgaven vormen krachtens en binnen de voorwaarden en grenzen omschreven in de Ci. RH.243/376.395. Zij meent dat er geen sprake is van veinzing en verwijst daarbij naar het standpunt van het Hoofdbestuur der directe belastingen, de Controledienst der Verzekeringen en de toegepaste taksen door de administratie van BTW, Registratie en Domeinen.

De geïntimeerde vordert de bevestiging van het bestreden vonnis behoudens op het punt van de belastingverhoging. Alhoewel in conclusies neergelegd op 31 maart 2003 werd aangevoerd door de geïntimeerde dat het annualiteitsbeginsel werd geschonden heeft deze grief betrekking op een andere zaak met andere verzekerden en begunstigen. Deze bijkomende eis is te dezen zonder invloed op onderhavig geschil.

Beoordeling

1. Het verzekeringscontract is een kanscontract. Naar luid van art. 1964 BW is een kanscontract met wederkerige overeenkomst, waarvan de gevolgen, met betrekking tot winst en verlies, hetzij voor alle partijen, hetzij voor een of meer van hen van een onzekere gebeurtenis afhangen.

In art. 1 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst wordt onder verzekeringsovereenkomst verstaan "een overeenkomst, waarbij een partij, de verzekeraar, zich er tegen betaling van een vaste of veranderlijke premie tegenover een andere partij, de verzekeringnemer, toe verbindt een in de overeenkomst bepaalde prestatie te leveren in het

geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet waarbij naargelang van het geval, de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet".

Art. 97 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst specificereert verder dat "Dit hoofdstuk van toepassing is op alle persoonsverzekeringen waarbij het zich voordoen van het verzekerd voorval alleen afhankelijk is van de menselijke levensduur. Die verzekeringen zijn uitsluitend verzekeringen tot uitkeringen van een vast bedrag;"

De rechtsvraag is te weten of de door de appellante afgesloten bedrijfsleiderverzekering afgesloten voor een beperkte duur tegen betaling van een éénmalige premie als dusdanig kan worden gekwalificeerd met het gevolg dat de premies fiscaal aftrekbaar zijn als beroepskosten dan wel of de bedrijfsleiderverzekering als een zuivere geldbelegging moet worden aangezien en niet als een levensverzekering omdat de verzekeraar zowel bij leven als bij overlijden niets anders moest betalen dan een bedrag dat afhankelijk is van de stortingen die de vennootschap op dat moment heeft verricht.

Desbetreffend werpt de geïntimeerde op dat noch de verzekeraar noch de verzekerde enig risico lopen terwijl de verzekeringnemer op gelijk welk moment een gedeelte of het volledige bedrag van zijn reserve kan opnemen onder aftrek van 5 % kosten met dien verstande dat een minimumreserve van 50.000 BEF (thans 1.239,47 EUR) op het contract moet blijven staan.

Het Hof stelt vast dat bij de lezing van de clausules van het OPO-contract dat de uitkering bij leven op de afloopdatum van het contract en de uitkering bij overlijden voor de afloopdatum van het contract telkens bestaan uit de opgebouwde reserve, met name de gekapitaliseerde premie tegen een kapitalisatievoet van 4,75 % na aftrek van kosten en taksen, verhoogd met de verworven winstdeelneming uit het Opti-Fonds.

Het Hof stelt tevens vast dat voor de uitbetaling van het te betalen bedrag geen gebruik gemaakt wordt van sterftetabellen terwijl de premie los staat van het geslacht, de leeftijd en de gezondheidstoestand van de verzekerde. Bovendien werden geen jaarlijkse tabellen toegevoegd met betrekking tot de evolutie van de afkoopwaarde.

Daaruit moet worden afgeleid dat de verzekeringnemer, te dezen de appellante, zowel bij leven als bij overlijden enkel het spaartegoed ontvangt en dat de verzekerde en de begunstigde er geen financieel belang bij hebben dat de onzekere gebeurtenis (leven of overlijden) zich al dan niet voordoet. M.a.w. het afgesloten contract houdt geen enkel risico in voor de verzekeraar.

Tevergeefs poneert de appellante dat er wel een risico bestaat voor de verzekeraar ten bedrage van een forfaitair bedrag van 6 % van de kosten en tengevolge van het mogelijk verlies dat wordt geleden op de representatieve waarden van het Opti-Fonds die als actiefbestanddelen werden tot stand gebracht als tegenwaarde van de door de verzekeraar aangegane verbintenissen.

Dit beweerd risico is evenwel niet afhankelijk van een onzekere gebeurtenis met name het al dan niet overlijden van de verzekerde doch is inherent aan de risico's van een kredietinstelling. Immers aan iedere belegging is een zeker risico verbonden terwijl de samenstelling van de beleggingsportefeuille de fluctuaties van de markt ondergaat en tegelijkertijd beïnvloed wordt door een goed of slecht beheer van het beleggingsfonds door de verzekeraar.

Dit liet de eerste rechter toe te stellen dat de gevolgen m.b.t. winst of verlies in dit OPO-contract niet afhangen van een onzekere gebeurtenis.

Dit is des te meer het geval omdat de terugname wordt voorzien op gelijk welk moment van de reeds gedane stortingen. Ook dit hangt niet af van een onzekere gebeurtenis maar van de wil van de verzekeringnemer.

In tegenstelling tot wat de appellante voorhoudt is het OPO-contract geen kanscontract.

In zijn redenering benadrukt de eerste rechter nog dat het tot het wezen van de levensverzekering behoort dat de gewaarborgde prestatie niet afhankelijk is van wat hij reeds ontvangen heeft vanwege de verzekeringnemer te meer omdat in de overeenkomst geen minimumkapitaal bij overlijden gewaarborgd werd en omdat het toegelaten was op elk moment een terugname te doen van de reeds gedane stortingen.

Uitgaande van het gegeven dat een levensverzekering een overeenkomst is waardoor de verzekeraar belooft mits een enige of een jaarlijkse premie een som geld aan de begunstigde uit te keren dit onder bepaalde omstandigheden die afhangen van het leven of van de dood van de verzekerde en tevens gelet op de inhoud van art. 97 van de Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 dat in zijn tweede alinea bepaalt dat die (levens)verzekeringen uitsluitend verzekeringen zijn tot uitkering van een vast bedrag kan de zienswijze van de eerste rechter worden bijgetreden.

Te dezen heeft de begunstigde alleen recht op zijn spaartegoed doch op geen enkel risicokapitaal.

Derhalve moet worden besloten dat de OPO-contracten geen verzekeringscontracten zijn maar beleggingsproducten omdat zij geen kanscontracten zijn. Immers in het voorliggend type bedrijfsleidersverzekering is het spaartegoed afhankelijk van de reeds verrichte stortingen en niet van een onzekere gebeurtenis.

Dergelijke overeenkomst kan niet vergeleken worden met een bedrijfsleidersverzekering zoals bedoeld in art. 195 WIB/92 hetwelk een levensverzekering is waarbij de onderschrijver de vennootschap is, de verzekerde de bedrijfsleider (bestuurder of werkend vennoot) en de genietter in principe de werkgever. Dit soort bedrijfsleidersverzekering wordt afgesloten om het wegvallen van de bedrijfsleider naar aanleiding van zijn pensionering en/of van overlijden te waarborgen. Naast dit contract bestaat er een onderhandse overeenkomst afgesloten tussen de vennootschap en de betrokken bedrijfsleider welke de uitkeringen regelt in hoofde van de bedrijfsleider (bij pensionering) of aan zijn nabestaanden bij overlijden.

De voorliggende OPO-contracten hebben betrekking op bedienden-werknemers binnen de NV, hebben een beperkte levensduur terwijl ieder onderhands contract tussen de vennootschap en de verzekerde personen ontbreekt. Bovendien wordt er gehandeld alsof het risico op het wegvallen van de verzekerde personen na vijf jaar onbestaande zou zijn waarbij het toch in de bedoeling ligt van dergelijk contract zich volledig in te dekken tegen het verlies van een bedrijfsleider. De verzekerde personen hebben niet de hoedanigheid van bedrijfsleider zijnde een bestuurder of werkend vennoot zodat zij niet onder de toepassing vallen van de Ci. RH. 243/376.395.

Aan voormelde vaststellingen doet geen afbreuk de omstandigheid dat de controledienst vn de verzekeringen (CDV) van mening is dat de verzekeringsovereenkomsten uitgesteld kapitaal met terugbetaling van reserve in geval van overlijden levensverzekeringsverrichtingen zijn die onder tak 21 ressorteren (zijnde verzekeringsbons met vast rendement). Het volstaat vast te stellen dat in de betwiste polissen de bepalingen met enig minimumkapitaal bij overlijden (risicokapitaal) werden geschrapt.

De verwijzing naar de brief van het Hoofdbestuur van de Belastingen van 22 januari 1999 met betrekking tot de levensverzekeringscontracten van het type uitgesteld kapitaal met terugbetaling van het spaartegoed in geval van overlijden voor de afloop van het contract in het kader van tak 21 waarbij gesteld wordt dat dit type verzekeringen in aanmerking komt voor de toekenning van de belastingvermindering voor het lange termijnsparen is niet dienstig voor de beoordeling van huidige betwisting.

Verder beroept de appellante zich nog op de houding van de Administratie van de BTW, Registratie en Domeinen die de bedrijfsleiderverzekering OPO beschouwt als een levensverzekeringscontract waarop een verlaagde taks van 4,4 % verschuldigd is.

Het spreekt vanzelf dat de beoordeling van de vraag of een bepaalde overeenkomst in het kader van de wetgeving inzake directe belastingen aftrekbare beroepskosten kan genereren niet gebonden is door de houding van een andere administratie in het kader van een andere wetgeving.

Tenslotte betwist de administratie terecht de bewering van de appellante als zou door het verwerpen van de premies de rechtszekerheid en het middels administratieve circulaire opgewekt vertrouwen rond bedrijfsleiderverzekeringen zijn ondermijnd. Te dezen is de administratie enkel tot het besluit gekomen dat na onderzoek van de overeenkomst de toepassing van de geëigende fiscale behandeling voor bedrijfsleiderverzekeringen niet gewettigd was. Het vertrouwensbeginsel moet in die omstandigheden wijken voor het legaliteitsbeginsel.

2. Uit voorgaande gegevens is gebleken dat de afgesloten contracten geen enkel risico voor de verzekeraar inhouden en fiscaal voordeel bieden aan de begunstigde zodat deze contracten als eenvoudige "kapitaaldeposito's" moeten worden beschouwd.

De eerste rechter herkwalificeerde de bedrijfsleiderverzekering naar een belegging op grond van art. 344, § 1 WIB/92 omdat de kwalificatie van de bedrijfsleiderverzekering was ingegeven door de bedoeling de stortingen als premies te laten aftrekken. Nochtans werd door de eerste rechter geoordeeld dat de onderliggende overeenkomsten niet konden worden beschouwd als een levensverzekering omdat zij niet het wezenskenmerk hadden van een levensverzekering.

Een herkwalificatie onderstelt dat de door de partijen gestelde akte op verschillende manieren kan worden gekwalificeerd (zie Gedr. St. Kamer, 1992-93, 1072/8, 101). Bij de herkwalificatie moet de juridische realiteit die de belastingplichtige tot stand heeft gebracht worden gerespecteerd. Uitsluitend de juridische kwalificatie van de akte mag worden gewijzigd niet de inhoud en de gevolgen van de door de belastingplichtige verwezenlijkte akte. Alle feitelijke en juridische gevolgen van de verwezenlijkte verrichting moeten worden geëerbiedigd. (zie Gedr. St. Kamer, 1992-93, 1072/8, 99; Gedr. St. Senaat, 1992-93, 762/2, 37-38).

Te dezen blijkt op afdoende wijze uit voorgaande gegevens dat de OPO-contracten niet als levensverzekering of als bedrijfsleiderverzekering kunnen worden gekwalificeerd zodat de vraag naar herkwalificatie op grond van art. 344, § 1 WIB/92 zich niet stelt, daar dezelfde akte niet voor verschillende kwalificaties vatbaar is.

Het volstond derhalve voor de eerste rechter vast te stellen dat de onderliggende overeenkomsten bij vergissing werden gekwalificeerd als levensverzekeringsovereenkomsten i.p.v. als geldbelegging (Circ. Ci. D19/353.895, 6 december 1993, Bull. Bel., nr. 735, 299, nr. 16).

3. Uit voorgaande overwegingen volgt dat de administratie terecht de reserves verhoogd heeft met het bedrag van 4.604.722 BEF (thans 114.148,08 EUR) als onderschatting van actief derwijze dat de premies ten onrechte in aftrek werden genomen.

4. Vooraf weze opgemerkt dat het opleggen van de belastingverhoging door de berekeningswijze ervan geen enkele weerslag heeft gehad op het bedrag van de betwiste aanslag.

De eerste rechter wees het opleggen van een belastingverhoging af gelet op het principiële karakter van de betwisting. Volgens de geïntimeerde is het opleggen van een belastingverhoging gerechtvaardigd omdat de appellante gebruik gemaakt heeft van een constructie waarbij een belegging om fiscale doeleinden ten onrechte bewust is voorgesteld als

een verzekeringsprodukt zodat er volgens de administratie wel degelijk sprake is van kunstmatig opdrijven van de kosten.

De administratie kan in deze redengeving niet worden bijgetreden. Met de eerste rechter moet worden aanvaard dat de kwalificatie van het OPO-contract als een principiële betwisting moet worden aangemerkt, waarbij het vooral in de bedoeling lag van de verzekeraar een fiscaal gunstig product op de markt te brengen waarop de appellante is ingegaan. De goede trouw van de appellante staat daarbij buiten twijfel.

Door de eerste rechter werden reeds moratoriuminteressen toegekend op grond van art. 418 WIB/92 zodat de vordering van de appellante reeds op dit punt werd ingewilligd (vergelijk Arbitragehof, nr. 85/2004 van 12 mei 2004).

5. Uit voorgaande overwegingen volgt dat het bestreden vonnis kan worden bevestigd.

OP DIE GRONDEN,

HET HOF, recht doende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Verklaart het hoger en het incidenteel beroep toelaatbaar doch wijst beide af als ongegrond.

Bevestigt derhalve het bestreden vonnis.

Verwijst de appellante in de kosten begroot op 456,12 EUR rechtsplegingsvergoeding zowel aan de zijde van de appellante als aan de zijde van de geïntimeerde.

Alsdus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, vijfde kamer, op VEERTIEN SEPTEMBER TWEEDUIZEND EN VIER.