

DOCTRINE

Fiscale behandeling inkomsten buitenlandse icb's: enkele Europeesrechtelijke en Belgische bedenkingen

Matthias VEKEMAN¹

SAMENVATTING

In de arresten van 17 maart 2022 (“AllianzGI AEVN”)² en 7 april 2022 (“A SCPI”)³ heeft het Europees Hof van Justitie zich opnieuw uitgesproken over de fiscale behandeling van (de inkomsten verkregen door) een buitenlandse instelling voor collectieve belegging (“icb”). Dit is niet de eerste keer. Het blijft voor lidstaten moeilijk om een evenwicht te vinden tussen enerzijds het behandelen van een ingezeten icb als fiscaal neutraal tussenniveau, en anderzijds het finaal willen belasten van inkomsten met bron op hun grondgebied. Deze bijdrage overloopt de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot dit specifieke onderwerp, met als focus directe belastingen. Ook worden een aantal Belgische bepalingen inzake directe belastingen aan dit Europeesrechtelijk contentieus getoetst.

RÉSUMÉ

Dans les arrêts des 17 mars 2022 (« AllianzGI AEVN »)⁴ et 7 avril 2022 (« SCPI A »)⁵, la Cour de justice de l'Union européenne s'est à nouveau prononcée sur le traitement fiscal (des revenus obtenus par un) d'un organisme de placement collectif (« OPC ») étranger. Ce n'est pas la première fois. Il reste difficile pour les Etats membres de trouver un équilibre entre, d'une part, le fait de traiter un OPC résident comme un niveau intermédiaire fiscalement neutre et, d'autre part, vouloir imposer définitivement les revenus ayant leur source sur leur territoire. Cette contribution passe en revue la jurisprudence de la Cour de justice sur ce sujet spécifique, en se focalisant sur les impôts directs. Nous analysons en outre un certain nombre de dispositions belges en matière d'impôts directs par rapport à ce contentieux de droit européen.

I. Europese vrijheden en het fiscale regime van niet-ingezeten icb's

De uitspraken van het Hof van Justitie in de arresten van begin 2022 zijn de laatsten in een hele reeks van beslissingen waarin het fiscale regime van een lidstaat, van toepassing op inkomsten behaald door buitenlandse beleggingsinstellingen, getoetst wordt aan het vrij vestigingsrecht of het vrij verkeer van kapitaal.⁶ Het Hof van Justitie volgt bij deze toetsing meestal haar gewoonlijke stapsgewijze redenering, zijnde: (i) kan een ongelijke behandeling of beperking worden vastgesteld, (ii) zijn de situaties vergelijkbaar en (iii) bestaat er een rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling en is deze rechtvaardiging proportioneel. De tekst hieronder bespreekt de verschillende arresten volgens dezelfde structuur.

A. Beperking van het vrij verkeer en (indirecte) discriminatie

Telkens wordt door het Hof in eerste instantie bestudeerd of de nationale regelgeving wel een beperking uitmaakt van deze Europeesrechtelijke vrijheden. In sommige gevallen is het relatief duidelijk dat niet-ingezeten icb's benadeeld worden, enkel omdat ze gevestigd zijn in een andere lidstaat. Een typevoorbeeld hiervan is de zaak *Santander Asset Management e.a.* (2012).⁷ Interne dividenduitkeringen aan Franse icb's werden niet belast. Dividenduitkeringen door Franse vennootschappen aan niet-ingezeten icb's werden daarentegen onderworpen aan een bronbelasting van 25%. Dit vormt onmiskenbaar een beperking van het vrij kapitaalverkeer en een ongelijke behandeling zuiver op grond van de vestigingsplaats van de icb. Ook de recente zaak *AllianzGI AEVN*⁸

1. Advocaat Tiberghien Lawyers.

2. HvJ 17 maart 2022, C-545/19, *AllianzGI-Fonds AEVN*.

3. HvJ 7 april 2022, C-342/20, *A SCPI / Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö*.

4. CJCE 17 mars 2022, C-545/19, *AllianzGI-Fonds AEVN*.

5. CJCE 7 avril 2022, C-342/20, *A SCPI / Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö*.

6. Daarnaast zijn er ook verschillende zaken m.b.t. *outbound* investeringen door binnenlandse fondsen of door binnenlandse investeerders in buitenlandse fondsen. Zie bv.: HvJ 20 mei 2008, C-194/06, *Orange European Small Cap Fund*; 9 oktober 2014, C-326/12, *van Caster en van Caster*; 29 april 2021, C-480/19, “E”. Ook over pensioenfondsen bestaat een heel contentieus, waar hier niet verder wordt op ingegaan.

7. HvJ 10 mei 2012, C-338/11 t.e.m. C-347/11, *Santander Asset Management e.a.* Voor een bespreking, zie O. HERMAND en P. DELACROIX, “Franse bronheffing discrimineert buitenlandse beleggingsfondsen”, *Fiscoloog (I)*, nr. 343, 30 juni 2012, p. 1 et seq.

8. HvJ 17 maart 2022, C-545/19, *AllianzGI-Fonds AEVN*.



van 17 maart 2022 is een duidelijk voorbeeld van een ongelijke behandeling: in Portugal ondergingen niet-ingezeten icb's bronheffing op Portugese dividenden, terwijl Portugese icb's (grotendeels) vrijgesteld waren van inkomstenbelasting. Deze laatsten werden wel op een andere manier belast.

Andere situaties zijn echter minder straightforward. Zo had de zaak *Köln-Aktienfonds (KA) Deka* (2020)⁹ betrekking op Nederlandse dividendbelasting geheven op dividenden uitgekeerd aan een Duits UCITS fonds. Het Duits fonds had geen recht op teruggaaf van de Nederlandse dividendbelasting, terwijl een in Nederland gevestigde "fiscale beleggingsinstelling" ("fbi") wél teruggaaf verkregen zou hebben. Finaal betaalt een fbi eigenlijk geen belasting over een Nederlands dividend, aangezien zij in de vennootschapsbelasting aan een nultarief is onderworpen. Opdat een entiteit kan kwalificeren als fbi, moet volgens de Nederlandse fiscale wetgeving aan tal van voorwaarden voldaan zijn. Zo zijn er een aantal "aandeelhouderseisen". Dit betekent dat een entiteit slechts als fbi kan kwalificeren als haar investeerders/aandeelhouders een bepaalde hoedanigheid hebben en aan enkele participatiedrempels voldoen. Deze voorwaarden zijn van toepassing ongeacht de vestigingsplaats van het fonds. Niet-ingezeten icb's kunnen hier dus ook aan voldoen, als zij de "juiste" aandeelhouders hebben. Niettemin oordeelt het Hof dat ook zulke voorwaarden een beperking van het vrij kapitaalverkeer kunnen vormen als ze *de facto* eigen zijn aan de nationale markt, waardoor het voor niet-ingezeten entiteiten moeilijker is om ze te respecteren. *In casu* vindt het Hof de gestelde aandeelhouderseisen echter niet discriminatoir mits de Nederlandse rechter kan vaststellen dat deze voorwaarden niet zwaarder zijn voor buitenlandse fondsen (bv. buitensporige administratieve eisen). Het feit dat het Duitse fonds in kwestie – door zijn eigen keuze van verhandeling op een bepaald platform – zijn aandeelhouders zelfs helemaal niet kon identificeren, kan niet aan de Nederlandse wetgeving worden aangerekend. Enkel in de periode 2002 tot 2006, waarin de aandeelhouderseisen minder strikt waren voor icb's verhandeld op de beurs van Amsterdam, kon sprake zijn van een ongelijke behandeling. Het was namelijk minder waarschijnlijk dat buitenlandse icb's op de beurs van Amsterdam zouden genoteerd zijn.

Een ander relevant arrest in dezelfde zin is de zaak *UBS Real Estate* (2021).¹⁰ Het betrof een Italiaanse regelgeving waarin *pro forma* ook geen onderscheid werd gemaakt tussen ingezeten en niet-ingezeten icb's. De Italiaanse wet voorzag namelijk in een halvering van de Italiaanse hypotheek- en kadasterbelasting, maar dan enkel voor *gesloten* vastgoedfondsen. Blijkbaar kunnen in Italië vastgoedfondsen enkel worden opgericht in gesloten vorm. *UBS Real Estate* was echter een Duits *open* vastgoedfonds. Net zoals in de zaak

KA Deka, stelt zich hier de vraag of de Italiaanse vereiste, zijnde kwalificeren als "gesloten" fonds, niet *de facto* eigen is aan de Italiaanse fondsenwetgeving, zodat buitenlandse fondsen moeilijker in aanmerking kunnen komen voor het fiscale voordeel. Het Hof antwoordt affirmatief en stelt een ongelijke behandeling vast, omdat enkel vastgoedfondsen die naar het recht van andere lidstaten zijn opgericht, open fondsen kunnen zijn en dus enkel zij uitgesloten zijn van het voordeel.

De recente zaak "A SCPI" van 7 april 2022 is ook één van deze minder straightforward-zaken. "A." is een Franse alternatieve beleggingsinstelling (aicb) opgericht onder de vorm van een "*société civile de placement immobilier*", i.e. een vastgoedbeleggingsvennootschap met variabel kapitaal. Zij heeft naar Frans recht rechtspersoonlijkheid en wordt opgericht bij statuten, maar is fiscaal transparant in Frankrijk. "A." was van plan om aandelen te kopen van twee naamloze vastgoedvennootschappen gevestigd in Finland (eigenaar van daar gelegen bedrijfsgebouwen), alsook rechtstreeks Fins vastgoed te verwerven. De Finse wet bepaalt dat collectieve contractuele Finse icb's wel onderworpen zijn aan inkomstenbelastingen, maar onder bepaalde voorwaarden worden vrijgesteld. Dezelfde vrijstelling geldt ook voor niet-ingezeten fondsen die Fins broninkomen verwerven, maar enkel indien het gaat om bij overeenkomst opgerichte open-end-beleggingsfondsen gelijkaardig aan contractuele Finse fondsen. "A." argumenteert dat zij toch moet kunnen genieten van de vrijstelling, zelfs al is zij geen contractueel, maar een statutair fonds. De Finse belastingdienst weigerde om een positieve beslissing af te leveren.¹¹ Zij oordeelt dat "A." bij statuten is opgericht en dus eerder de kenmerken van een naamloze vennootschap vertoont, een entiteit die niet is vrijgesteld in Finland. Belangrijk is dat in Finland ook statutaire alternatieve icb's kunnen worden opgericht, maar dat zij niet kunnen genieten van deze vrijstelling van inkomstenbelasting voor contractuele fondsen.

De discussie voor het Hof gaat in eerste instantie over de vraag of "A." hier wel gediscrimineerd wordt omwille van haar nationaliteit of vestigingsstaat. Het Hof accepteert dat het niet zozeer gaat om een discriminatie op grond van de staat van vestiging maar eerder op grond van de rechtsvorm. Ook niet-ingezeten fondsen kunnen dus aan de vrijstellingsvoorwaarden voldoen, zolang ze maar de juiste rechtsvorm hebben. Niettemin verwijst het Hof naar de bovenvermelde zaken *Köln-Aktienfonds Deka*¹² en *UBS Real Estate*¹³, waarin het geoordeeld heeft dat een belastingvoordeel, verstrekt zonder onderscheid te maken tussen ingezeten en niet-ingezeten marktdeelnemers, toch discriminatoir kan zijn als het uitsluitend wordt toegekend in situaties waarin een marktdeelnemer voldoet aan voorwaarden of verplichtin-

9. HvJ 30 januari 2020, C-156/17, *Köln-Aktienfonds Deka*. Zie ook R.P.C. ADEMA, "A Commentary on the ECJ's Decision in the Dutch *Köln-Aktienfonds Deka* Case and what goes beyond" in *Finance and Capital Markets*, 2020, vol. 22, nr. 3.

10. HvJ 16 december 2021, C-478/19 en C-479/19, *UBS Real Estate*.

11. *Nota bene*: in 2019 had de belastingdienst wel een positieve beslissing genomen voor "A". Toen specificeerde de Finse wet nog niet dat niet-ingezeten fondsen enkel konden worden vrijgesteld indien zij "bij overeenkomst opgerichte open-end-beleggingsfondsen" waren. De vergelijkingstoets werd toen eerder aan de belastingdienst overgelaten.

12. Randnr. 56.

13. Randnr. 40.



gen die eigen zijn aan de nationale markt. Het vrij verkeer van kapitaal zou namelijk zijn werking verliezen indien een niet-ingezetene icb, die is opgericht in de rechtsvorm die is toegestaan of vereist krachtens de wettelijke regeling van de lidstaat waar zij is gevestigd en die overeenkomstig die regeling handelt, verstoken blijft van een belastingvoordeel in een andere lidstaat vanwege het enkele feit dat haar rechtsvorm niet overeenkomt met de rechtsvorm die in deze laatste lidstaat voor de vrijstelling is vereist. Het feit dat in Finland wél statutaire (enkel alternatieve) icb's kunnen worden opgericht, die fiscaal bovendien niet zijn vrijgesteld, is niet belangrijk volgens het Hof, want “in Finland gevestigde instellingen voor collectieve belegging kunnen namelijk de rechtsvorm aannemen waarmee zij in aanmerking komen voor de vrijstelling, terwijl niet-ingezetene instellingen voor collectieve belegging onderworpen zijn aan de voorwaarden van de wetgeving van de lidstaat waar zij zijn gevestigd”.¹⁴ De redenering van het Hof is dus dat een buitenlandse icb rekening moet houden met het eigen reglementaire kader en niet zomaar een rechtsvorm kan kiezen die in aanmerking komt voor de Finse vrijstelling. Om die reden wordt A SCPI ongelijk behandeld volgens het Hof.

De analyse van het Hof eindigt echter niet bij de vraag of een ongelijke behandeling kan worden vastgesteld. Men kan namelijk vaak wel ergens wel een ongelijke behandeling vinden. Telkens stelt zich vervolgens dan ook de belangrijke vraag of ingezetene en niet-ingezetene icb's zich wel in een vergelijkbare situatie bevinden.

B. Vergelijkbaarheid van ingezetene en niet-ingezetene icb's

De lidstaten hebben, al naar gelang de toepasselijke regels, op verschillende manieren getracht aan te tonen dat ingezetene en niet-ingezetene icb's niet met elkaar te vergelijken zijn.

1. Vergelijkbaarheid op juridisch of technisch vlak

Soms werden niet-fiscale argumenten aangehaald, bijvoorbeeld dat niet-ingezetene icb's niet voldoen aan een aantal technische of juridische voorwaarden. In *Emerging Markets* (2014)¹⁵ onderwierp Polen dividenduitkeringen door Poolse vennootschappen aan icb's gevestigd buiten de EU aan bronheffing, terwijl dividenduitkeringen aan icb's gevestigd binnen de EU (die voldeden aan de voorwaarden uit de UCITS-richtlijn¹⁶) wél konden worden vrijgesteld. Dit was volgens het Hof strijdig met het vrij kapitaalverkeer. Polen

vond echter dat niet-EU fondsen niet vergelijkbaar zijn met EU-fondsen omdat zij niet aan de geharmoniseerde bepalingen uit de EU-UCITS-richtlijn waren onderworpen. Het Hof wees dit argument af, omdat het vrij kapitaalverkeer tot een dode letter zou verworden als men zou eisen dat niet-ingezetene entiteiten aan de nationale wetgeving moeten voldoen (zelfs al gaat het om een implementatie van EU-recht).¹⁷ Het Hof voorzag wel een caveat: een juridisch instrument moet toelaten aan de Poolse fiscus om na te gaan of de niet-EU-fondsen activiteiten uitoefenen onder voorwaarden die gelijkwaardig zijn aan degene die gelden in de EU onder de UCITS-richtlijn.¹⁸

Ook in de zaak *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (2009)¹⁹, eigenlijk de eerste volwaardige zaak m.b.t. de fiscale behandeling van inkomsten van niet-ingezetene icb's, komt de vergelijkbaarheid op vennootschaps- en financieelrechtelijk vlak kort terug. Op grond van de Finse wetgeving waren dividenden, uitgekeerd door Finse vennootschappen aan andere Finse vennootschappen of icb's, steeds vrijgesteld, ogenschijnlijk ongeacht de Finse rechtsvorm.. Deze vrijstelling kon door een Luxemburgse SICAV echter niet worden ingeroepen omdat zij niet voorkomt op de lijst van entiteiten vermeld in de moeder-dochterrichtlijn, een vereiste van de Finse wet bij grensoverschrijdende dividenduitkeringen. De vraag stelt zich of een SICAV wel vergelijkbaar is met een Finse rechtsvorm. Finland argumenteerde onder meer dat geen Finse rechtsvorm gelijkaardig aan een SICAV bestond (een statutair beleggingsfonds met rechtspersoonlijkheid en variabel kapitaal). Deze redenering wordt door het Hof afgewezen. Gezien het vennootschapsrecht (en op dat vlak ook het financieel recht) niet op EU-niveau geharmoniseerd is, is het niet relevant dat Finland geen gelijkaardige rechtsvorm kent. Anders zou het vrij vestigingsrecht nutteloos zijn.²⁰

De kaart van de niet-vergelijkbaarheid op financieelrechtelijk vlak werd ook door Italië getrokken in het arrest *UBS Real Estate* (zie *supra*), waar de Italiaanse wetgeving enkel “gesloten” fondsen bevoordeelde bij de hypotheek- en kadastrabelasting en “open” fondsen van dit voordeel uitsloot. De Italiaanse Regering voert onder meer aan dat gesloten en open fondsen niet met elkaar te vergelijken zijn, omdat een open vastgoedfonds een aantal liquiditeitsrisico's met zich zou meebrengen die niet spelen bij een gesloten fonds: deelnemers kunnen meestal uitstappen wanneer ze willen, waarop het open fonds deze deelnemers moet uitbetalen en hiervoor over de nodige liquiditeiten moet beschikken, eventueel door vastgoed te verkopen. Het Hof antwoordt dat het hier gaat om een *financieelrechtelijke* doelstelling. De verwijzende rechter moet daarentegen de bedoeling van de

14. Randnr. 63.

15. HvJ 10 april 2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*. Voor een bespreking, zie N. BAMMENS en D. TRIPPAS, “Poolse bronheffing discrimineert beleggingsinstellingen in ‘derde’ landen”, *Fiscoloog (I.)*, nr. 365, 30 april 2014, p. 1 *et seq.*

16. Richtlijn nr. 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's).

17. Randnr. 67.

18. Randnr. 87.

19. HvJ 18 juni 2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*. Voor een bespreking, zie O. HERMAND en P. DELACROIX, “Roerende voorheffing op dividenden: welke toekomst na ‘Aberdeen’?”, *Fiscoloog (I.)*, nr. 308, 31 juli 2009, p. 1 *et seq.*

20. Randnr. 50.



fiscale wetgeving onderzoeken. Daaruit zou blijken dat men wou vermijden dat vastgoedtransacties door fondsen, die vaak snel aan- en verkopen, telkens aan de volledige belasting onderworpen zouden zijn. In dat opzicht zijn gesloten en open fondsen dus wel degelijk vergelijkbaar.

Ook in het arrest *A SCPI* van begin 2022 (zie *supra*) werden door Finland andere dan fiscale argumenten aangehaald om te betwisten dat vrijgestelde contractuele icb's vergelijkbaar zouden zijn met statutaire icb's. Op reglementair/juridisch vlak zou een contractuele rechtsvorm volgens de Finse Staat meer bescherming bieden bij faillissement, omdat de activa reeds behoren tot het vermogen van de deelnemers. Dit argument wordt door het Hof snel naar de vuilbak verwezen, gezien dit louter verklaart waarom Finland op financieelrechtelijk vlak contractuele fondsen prefereert, maar niet waarom enkel dit type fonds fiscaal in aanmerking zou mogen komen voor een fiscale vrijstelling.²¹

2. *Vergelijkbaarheid van verschillende belastingregimes*

Een ander argument, aangehaald door sommige lidstaten binnen de vergelijkbaarheidstoets, is dat ingezeten fondsen onderworpen zouden zijn aan een alternatief belastingregime. In de zaak *Commissie / België* (2012) argumenteerde de Belgische Regering bijvoorbeeld dat Belgische beleggingsvennootschappen belast worden op de afzonderlijke aanslag geheime commissielonen, terwijl niet-inwoners (zonder vaste inrichting) hier niet aan onderworpen zijn.²² België tracht hiermee te verantwoorden waarom buitenlandse icb's de roerende voorheffing op hun roerende inkomsten met Belgische bron volledig ondergaan, daar waar binnenlandse gereguleerde icb's deze roerende voorheffing konden verrekenen (en terugbetaling konden bekomen) met hun beperkte belastbare basis voorzien in artikel 185bis, § 1 WIB 1992. Het Hof antwoordt dat bepaalde voordelen voor niet-ingezetenen er niet voor kunnen zorgen dat een minder gunstige fiscale behandeling op een ander vlak verenigbaar is met het Unierecht. Het argument van de Belgische Regering werd dus afgewezen.

In *AllianzGI AEVN* werd een gelijkaardig argument naar voren gebracht. In deze zaak lagen, zoals hoger reeds vermeld, de Portugese regels onder vuur. Het feit dat buitenlandse fondsen bronheffing ondergaan op Portugese dividenden, terwijl dit niet het geval was voor Portugese fondsen, vormt een duidelijke beperking van het vrij kapitaalverkeer. Echter, Portugese fondsen zijn daarentegen wel onderworpen aan een zegelrecht (behalve bij onmiddellijke uitkering) en een specifieke inkomstenbelasting indien de dividendgenererende aandelen niet voor een bepaalde periode werden aangehouden. Volgens Portugal gaat het om een

andere heffingstechniek voor Portugese fondsen, die men niet kan vergelijken met de bronbelasting op dividenden uitgekeerd aan buitenlandse icb's. Een Portugese icb zou dus niet vergelijkbaar zijn met een buitenlandse icb. Portugal verwijst hierbij naar het arrest *Truck Center*, waar het Hof onder bepaalde omstandigheden een verschillende heffingstechniek heeft aanvaard (zie *infra*).²³ Het Hof volgt deze redenering niet. Het zegelrecht, een vermogensbelasting, is een totaal ander type belasting dan de vennootschapsbelasting volgens het Hof.²⁴ Hetzelfde geldt voor de toepassing van een inkomstenbelasting in zeer specifieke situaties. Hierdoor kon Portugal dus niet met succes claimen dat dividenden simpelweg op een andere manier belast worden, en zijn beide situaties wel vergelijkbaar.

3. *Vergelijkbaarheid m.b.t. het niveau waarop belast wordt (investeerder vs. icb)*

Ten slotte vormt ook de vergelijkbaarheid van belastingplichtigen met betrekking tot het vermijden van een accumulatie aan belastingen een rode draad door de rechtspraak van het Hof. Dit is m.i. het belangrijkste vraagstuk bij de vergelijkbaarheidstoets.

Lidstaten voeren vaak aan dat hun hele icb-regime tot doel heeft een opeenvolgende belasting van het inkomen te vermijden. In de zaken die betrekking hebben op dividendinkomsten van buitenlandse icb's herinnert het Hof ons op de eerste plaats aan de *Denkavit*-²⁵ en *Amurta*-²⁶ rechtspraak (die niet specifiek over icb's gaat). Hoewel niet-ingezeten aandeelhouders (zijnde de buitenlandse icb's) die dividenden ontvangen van ingezeten vennootschappen zich niet zozeer in eenzelfde situatie bevinden als ingezeten aandeelhouders met betrekking tot maatregelen om opeenvolgende belastingheffing of economische dubbele belasting te voorkomen, is dit wel het geval als deze niet-ingezeten aandeelhouders ook aan inkomstenbelasting onderworpen worden. De bronstaat creëert namelijk zelf een dubbele belasting, juist door niet-ingezetenen te belasten. Wanneer een lidstaat ervoor opteert om de door ingezeten entiteiten ontvangen winsten niet aan opeenvolgende belasting te onderwerpen, moet dit voordeel worden uitgebreid naar niet-ingezeten entiteiten.

In de eerder vermelde zaak *Santander Asset Management* argumenteerde de Franse Regering dat Franse icb's zijn vrijgesteld omdat zij niet voor eigen rekening beleggen, maar voor rekening van hun deelnemers. Om dubbele belasting te vermijden blijven dividenden verkregen door een Franse icb onbelast op het niveau van deze Franse icb, maar zullen evenwel de deelnemers in een dergelijke icb Franse belasting betalen op hun inkomsten uit deze icb. Doel van de vrijstelling is dus een neutraal tussenniveau te creëren, maar wel minstens één keer in Frankrijk te belasten bij de investeerders. In de

21. Randnr. 76.

22. HvJ 25 oktober 2012, C-387/11, *Commissie / België*, randnrs. 52 *et seq.*

23. HvJ 22 december 2008, C-282/07, *Truck Center*.

24. Randnrs. 53 *et seq.*

25. HvJ 14 december 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal BV en Denkavit France SARL*.

26. HvJ 8 november 2007, C-379/05, *Amurta SGPS*.



vergelijkbaarheidstoets zou men volgens Frankrijk dus ook rekening moeten houden met de uiteindelijke belasting te betalen door de deelnemers in de Franse icb. De deelnemers in een buitenlandse icb zou Frankrijk niet (of moeilijker) kunnen belasten. Daarom zouden beide situaties niet vergelijkbaar zijn, en wil Frankrijk dan maar de buitenlandse icb zélf belasten. Dit betoog werd afgewezen door het Hof omdat de vrijstelling voor inkomsten van Franse icb's blijkbaar niet afhankelijk was van de heffing van enige Franse belasting bij de deelnemers.²⁷ De wetgeving reflecteerde dus niet de aangehaalde doelstelling. Enkel de vestigingsplaats van het fonds zelf vormde het onderscheidscriterium tussen niet-belasting (vestiging in Frankrijk) of belasting (vestiging buiten Frankrijk). Men dient in zo'n geval dus het discriminatoire karakter van de wetgeving enkel te beoordelen op het niveau van de icb zelf. Ook onder meer in de zaak *Emerging Markets* (zie *supra*) komt deze conclusie terug.²⁸ Het feit dat de niet-ingezetten icb's zelf, of hun deelnemers, bovendien in bepaalde gevallen de bronheffing op inkomsten uitgekeerd aan het fonds kunnen verrekenen met de belasting te betalen in hun woonstaat, en zo het fiscale nadeel geleden in de bronstaat kunnen neutraliseren, heeft geen impact op deze conclusie (zie bv. *Santander*²⁹, *Emerging Markets*³⁰, *Commissie / België*³¹, ...). De situaties blijven dus vergelijkbaar. De vraag rees dus wat het Hof zou oordelen indien een lidstaat in zijn wetgeving wél (indirect) als voorwaarde zou voorzien dat de deelnemers onderworpen zijn aan binnenlandse belasting. Het antwoord vindt men onder andere terug in het arrest *Fidelity Funds* (2018).³² Op grond van de Deense fiscale wetgeving zijn icb's vrijgesteld van Deense bronheffing op ontvangen dividenden als zij in Denemarken gevestigd zijn en de icb een (fictieve of reële) minimumuitkering verricht aan haar deelnemers. Op deze uitkering werd een Deense belasting ingehouden ten laste van de deelnemers. Het doel van de Deense wetgeving is om enkel belasting te heffen bij de investeerders (niet bij het fonds) en zo economische dubbele belasting te vermijden. De belastingdruk voor investeerders zou even hoog moeten zijn bij een belegging via een icb als bij een rechtstreekse belegging. Wel wil men Deense dividenden niet laten ontsnappen aan de heffingsbevoegdheid van Denemarken en hen dus minstens één keer belasten. Omdat Denemarken geen heffingsbevoegdheid heeft over uitkeringen door niet-ingezetten icb's, onderwerpt het de inkomsten met Deense bron van de buitenlandse icb zelf aan belasting. Daarom zou een ingezetene en een niet-ingezetene icb niet vergelijkbaar zijn. Het Hof merkt echter op dat Denemarken niet geheel consequent is. Denemarken kan namelijk enerzijds zijn eigen inwoners, die participeren in de buitenlandse icb, wél belasten. Anderzijds zou de

niet-belasting van niet-inwonende investeerders juist met de bedoeling van de wetgeving stroken, namelijk het heffen van belasting uitsluitend op het niveau van de investeerder.³³ In het licht van het doel van de Deense wetgeving zijn binnenlandse en buitenlandse fondsen dus wel vergelijkbaar. Zoals M. Scherleitner stelt, oordeelt het Hof eigenlijk dat lidstaten consistent moeten blijven en moeten kiezen op welk niveau ze willen belasten. Het leidt tot een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties indien een staat aan *cherry picking* doet om belastinginkomsten te maximaliseren, door bij binnenlandse icb's enkel de deelnemers aan belasting te onderwerpen en buitenlandse icb's te belasten op hun eigen inkomsten.³⁴

Het *KA Deka*-arrest (zie ook *supra*) vormt ook een voorbeeld van een situatie waarin de vrijstelling van inkomstenbelasting of bronheffing in hoofde van de icb afhankelijk is van wederuitkering en belasting bij de aandeelhouders. Opdat een Nederlandse fiscale beleggingsinstelling vrijgesteld is op inkomsten van Nederlandse bron (na teruggaaf van dividendbelasting), moet ze naast de "aandeelhouderseisen" ook (i) een Nederlandse entiteit zijn die bronheffing afhoudt van haar uitkeringen aan haar investeerders en (ii) een gedeelte van de ontvangen inkomsten binnen een termijn van 8 maanden uitkeren aan deze investeerders ("dooruitdelingseis"). De prejudiciële vraag over het eerste puntje werd voor het Hof van Justitie ingetrokken omdat de zaak *Fidelity Funds* reeds een antwoord bood. Met betrekking tot de dooruitdelingseis blijkt dat de verwoording van deze verplichting algemeen is, zodat in principe ook buitenlandse icb's in aanmerking komen voor het fbi-regime. Vraag is echter of het *de facto* niet moeilijker is voor niet-ingezetene fondsen om aan deze strikte uitkeringsregeling te voldoen, gezien zij binnen een ander reglementair kader vallen. Het Hof lijkt aan te nemen dat dit het geval is en er dus sprake is van een ongelijke behandeling. Niet-ingezetene beleggingsfondsen moeten dus in de gelegenheid kunnen worden gesteld om aan te tonen dat zij zich, wegens het in hun vestigingsstaat van kracht zijnde regelgevingskader, in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van fbi's die wel aan deze strikte dooruitdelingseis voldoen. Opvallend is dat het Hof, in tegenstelling tot in het arrest *Fidelity Funds*, hierbij rekening houdt met het recht van de lidstaat van vestiging van de niet-ingezetene icb (*in casu* ging het om een Duits *Sondervermögen*).³⁵ Naar Duits belastingrecht werden investeerders geacht fictief een minimumbedrag aan dividenden te ontvangen, waarop zij worden belast. Indien het doel van de Nederlandse dooruitdelingseis is om de winst van het fonds bij de aandeelhouders te belasten, zijn beide situaties om die reden vergelijkbaar, en is de Nederlandse regeling discrimi-

27. Randnr. 30.

28. Randnrs. 62 en 63.

29. Randnr. 37.

30. Randnr. 64.

31. Randnr. 55.

32. HvJ 21 juni 2018, C-480/16, *Fidelity Funds*.

33. Randnrs. 58 tot 62.

34. M. SCHERLEITNER, "The fundamental freedoms and the taxation of dividends received by non-resident investment funds", *Intertax*, vol. 50, nrs. 6 en 7, p. 4.

35. Randnrs. 75 en 82.



natoir. Indien het doel zou zijn om beleggingswinsten zo snel als mogelijk te laten doorstromen naar de deelnemers, zou de situatie niet objectief vergelijkbaar zijn volgens het Hof.³⁶ Een redenering, gelijkaardig aan de bovenstaande *KA Dek*-rechtspraak, werd gevolgd door het Hof in het arrest *A SCPI* van begin 2022. Zoals besproken kent Finland enkel een vrijstelling toe aan niet-ingezeten contractuele fondsen en niet aan statutaire fondsen zoals *A SCPI* (Finse contractuele fondsen lijken trouwens niet fiscaal transparant te zijn, maar zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting en dan vrijgesteld, *cf. contra* Adv. Gen. SAUGMANDSGAARD³⁷). De logische vraag is of statutaire fondsen wel vergelijkbaar zijn met contractuele fondsen op fiscaal vlak. Volgens Finland wil men dubbele belasting vermijden, door slechts éénmaal belasting te heffen bij de investeerders in een contractueel beleggingsfonds. Deze redenering lijkt inderdaad op de argumentatie aangehaald door lidstaten in enkele van de hierboven besproken zaken (*Aberdeen, Santander, Fidelity Funds, KA Dek*, ...). Bij statutaire rechtsvormen wordt daarentegen, naar Fins belastingrecht, zowel op het niveau van de entiteit als bij de investeerder belasting geheven. Om die reden zouden beide entiteiten niet vergelijkbaar zijn. Het Hof kaast dit argument echter terug en zegt dat een statutaire icb zich niet noodzakelijk in een andere situatie bevindt in het licht van de doelstelling (zijnde accumulatie van belastingen voorkomen door de belasting te verplaatsen naar de investeerder). Net zoals in de *KA Dek*-rechtspraak gaat het Hof kijken naar de regelgeving in de lidstaat van vestiging, *in casu* Frankrijk. Als het statutaire fonds in zijn vestigingsstaat is vrijgesteld of, zoals de Franse SCPI, transparant wordt behandeld, wordt de Finse doelstelling ook gehaald (i.e. vermijden van dubbele belasting en enkel belastingen bij investeerders).³⁸ Het Hof concludeert hierop dat een buitenlandse entiteit als *A SCPI* wél vergelijkbaar is met een Fins contractueel fonds (wegens enkel belastbaarheid op het niveau van de investeerders), maar niet met een Finse entiteit opgericht bij statuten (wegens belastbaarheid bij de entiteit en bij de aandeelhouders). Het Hof vergelijkt in dit laatste arrest dus niet enkel de (doelstelling van) de wetgeving van twee verschillende lidstaten met elkaar, maar vergelijkt ook twee verschillende fiscale systemen (fiscale transparantie *vs.* onderworpenheid

aan vennootschapsbelasting op fondsniveau maar met vrijstelling).

C. Relevante rechtvaardigingsgronden en proportionaliteit

Een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties kan natuurlijk nog steeds gerechtvaardigd worden door doelstellingen van algemeen belang, mits dit op een proportionele manier gebeurt.

De belangrijkste zaak waarin een lidstaat een min of meer succesvolle rechtvaardigingsgrond heeft ingeroepen is het arrest *Fidelity Funds*. Zoals *supra* besproken, vond het Hof dat de Deense wetgeving een ongelijke behandeling veroorzaakte door ingezeten icb's vrij te stellen van belasting op voorwaarde dat ze hun inkomsten uitkeerden aan hun investeerders (en hierop Deense belasting werd ingehouden), en geen vrijstelling toe te staan aan niet-ingezeten fondsen. Denemarken haalde aan dat deze regeling gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak om de samenhang van het Deense belastingstelsel te behouden. Deze rechtvaardigingsgrond kan volgens het Hof enkel worden ingeroepen indien er een rechtstreeks verband bestaat tussen het belastingvoordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing. Het doel van de regeling moet worden onderzocht om te beoordelen of dit verband inderdaad rechtstreeks is. Het Hof stelt dat de Deense regeling mogelijks gerechtvaardigd kan worden omdat er een rechtstreeks verband zou bestaan tussen het belastingvoordeel (vrijstelling bronheffing bij uitkering aan Deense icb) en de compensatie van dit voordeel (afhouden bronheffing door Deense icb bij verplichte uitkering). Het Hof vindt evenwel dat andere, minder verregaande, maatregelen mogelijk zijn dan een totale weigering van de vrijstelling bij niet-ingezeten icb's. Buitenlandse icb's zouden volgens het Hof toch van de vrijstelling moeten kunnen genieten indien ze een belasting zouden betalen in Denemarken gelijk aan hetgeen Deense icb's zouden moeten inhouden als bronheffing. De litigieuze Deense maatregel gaat dus te ver volgens het Hof. *A contrario*, indien Denemarken wél een dergelijke "vervangbetaling" zou toelaten, zou de maatregel dus niet discriminatoir zijn. Wel moet volgens het Hof vermeden worden dat er een

36. Randnr. 77-82.

37. Concl. Adv. Gen. SAUGMANDSGAARD, 6 oktober 2021, C-342/20, *A SCPI / Veronsaajien oikeudenvolventayksikkö*, randnr. 4. Zie *a contrario* M. SCHERLEITNER, "The fundamental freedoms and the taxation of dividends received by non-resident investment funds", *Intertax*, vol. 50, nrs. 6 en 7, p. 6 en Concl. Adv. Gen. HOGAN, 19 november 2020, C-480/19, *E / Veronsaajien oikeudenvolventayksikkö*, randnr. 13. Adv. Gen. SAUGMANDSGAARD concludeert dat het een beperking van het vrij kapitaalverkeer is dat Finse contractuele fondsen fiscaal transparant worden behandeld in Finland en buitenlandse statutaire fondsen niet van transparantie kunnen genieten (dit lijkt fout te zijn: Finse contractuele fondsen zijn niet transparant, zie bovenstaande verwijzingen). Hij argumenteert verder dat de situatie van een Fins contractueel fonds ook vergelijkbaar is met een Frans statutair fonds en dit omwille van de juridische kenmerken. Om dit argument te staven verwijst hij naar de typische *juridische* kenmerken van fiscaal transparante structuren versus de *juridische* kenmerken van naamloze handelsvennootschappen (zijnde volgens hem: rechtspersoonlijkheid, handelingsbevoegdheid, eigen kapitaal, eigen beslissingsbevoegdheid bij zowel haar investeringen als de verdeling van haar winst, beperkte aansprakelijkheid voor de aandeelhouders, ...). Hij voegt hieraan toe dat er ook verschillende structuren bestaan die zich niet in een hokje laten plaatsen. De Finse wetgeving zou zich schuldig maken aan overdreven formalisme door enkel entiteiten opgericht bij overeenkomst als fiscaal transparant te beschouwen. *A SCPI* zou, op haar statutaire rechtsvorm na, verschillende kenmerken van *juridisch* doorzichtige structuren hebben. Om die reden zou zij voldoende vergelijkbaar zijn met Finse contractuele fondsen én ook moeten kunnen genieten van fiscale transparantie. Deze redenering van de Adv. Gen. is toch bijzonder, ook al is zij vermoedelijk gebaseerd op een foute uitgangspositie (Finse contractuele fondsen lijken niet fiscaal transparant te zijn). De Adv. Gen. stelt namelijk dat een lidstaat fiscale transparantie zou moeten toekennen aan entiteiten die volgens de Adv. Gen. voldoen aan de kenmerken van juridische doorzichtigheid. Dit is problematisch. Het is namelijk niet aan de Adv. Gen. (of het Hof van Justitie) om de regels en voorwaarden inzake fiscale transparantie vast te leggen, maar bij gebrek aan harmonisatie, aan de lidstaten zelf.

38. Randnr. 74.



dubbele heffing plaatsvindt in Denemarken. Dit laatste punt is vooral relevant in het geval van Deense deelnemers in de buitenlandse icb. Dan bestaat namelijk het risico dat Denemarken zowel belasting zou heffen op de Deense inkomsten van de icb zelf als bij de Deense inwoners-investeerders. Dit zou ingaan tegen het doel van de Deense wetgeving. Hoe deze vervangbetaling verder precies gemoduleerd moet worden verduidelijkt het Hof niet. Het lijkt alvast dat men doorheen de buitenlandse icb moet kijken om de hoedanigheid, de vestigingsplaats en het fiscale regime van de investeerders vast te stellen en op basis daarvan het bedrag van de vervangbetaling moet bepalen. Dit leidt ongetwijfeld tot complexe vraagstukken.

Dezelfde rechtvaardigingsgrond werd ingeroepen in onder meer de arresten *Santander*³⁹, *Emerging Markets*⁴⁰ en *AllianzGI AEVN*⁴¹, maar daar oordeelde het Hof dat er geen rechtstreeks verband bestond tussen de vrijstelling op fondsniveau en de belasting bij de investeerders. De vrijstelling was namelijk niet afhankelijk van de belasting bij investeerders.

II. Relevantie voor de Belgische fiscale behandeling van niet-ingezetene icb's

A. Referentiekader: regime Belgische icb's (enkel directe belastingen)

Het fiscale regime inzake directe belastingen van Belgische icb's kan *grosso modo* worden opgedeeld in 2 types: entiteiten met een vennootschapsvorm met rechtspersoonlijkheid (in principe statutair) en entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid (in algemene regel contractueel).

De eerste categorie betreft entiteiten die wel degelijk aan vennootschapsbelasting onderworpen zijn als apart fiscaal subject omwille van hun rechtspersoonlijkheid ("beleggingsvennootschappen"). Voor een aantal specifieke gereglementeerde entiteiten voorziet artikel 185bis, § 1 WIB 1992 echter in een beperkte belastbare basis in de vennoot-

schapsbelasting. De eigenlijke investeringsinkomsten zijn bij hen in principe niet opgenomen in de belastbare grondslag. De geïndiceerde entiteiten worden in artikel 185bis, § 1 WIB 1992 limitatief opgesomd met verwijzing naar het financieel recht.⁴² De bedoeling van de wetgever lijkt te zijn om de tussenkomen van de icb zo neutraal mogelijk te houden en de belasting te verplaatsen naar het niveau van de investeerder op het moment van uitkering door het fonds (systeem van "quasi-transparantie", evenwel met inkomensconversie).⁴³ Entiteiten met rechtspersoonlijkheid die geen specifieke reglementaire vorm hebben komen niet in aanmerking voor dit regime en zijn onderworpen aan "gewone" vennootschapsbelasting.⁴⁴ Niettemin kunnen zij bij investeringen in aandelen gebruik maken van een soepeler regime van deelnemingsvrijstelling (DBI-aftrek) mits ze kwalificeren als "beleggingsvennootschap", zoals in de fiscale wetgeving autonoom gedefinieerd in artikel 2, § 1, 5°, f) WIB 1992. Hiervoor is vereist dat de vennootschap het "gemeenschappelijk beleggen van kapitaal tot doel heeft". Rechtsleer en vooral ruingpraktijk hebben deze voorwaarden verduidelijkt.⁴⁵ Zo is onder meer een veelheid aan beleggingen én vooral aan investeerders vereist, maar de Rulingcommissie legt nog een paar bijkomende voorwaarden op. Het gevolg van de kwalificatie als beleggingsvennootschap is dat de minimum participatiedrempels (10% of 2,5 miljoen EUR) en minimum houdtermijnvoorwaarde (1 jaar) voor DBI-aftrek niet van toepassing zijn, noch bij de entiteit zelf, noch bij haar investeerders.⁴⁶ Een beleggingsvennootschap kan bijgevolg ook genieten van een vrijstelling van de door haar ontvangen dividenden, of meerwaarden op aandelen, gerealiseerd op investeringen in portfoliovennootschappen (i.e. kleiner participatievolume).

De tweede categorie van Belgische icb's zijn entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid. Voor icb's gaat het dan in principe om gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van artikel 2, § 1, 5°bis WIB 1992 ("fcp/gbf"). *In se* zijn dit onverdeelde vermogens contractueel beheerd door een fondsbeheerder, die ook gereguleerd worden in de Belgische UCITS⁴⁷- en AIF⁴⁸-wetten. Ook maatschappen kunnen als icb gebruikt worden en fiscaal als "gemeenschappelijk

39. Randnr. 52.

40. Randnr. 93.

41. Randnr. 79.

42. Voor UCITS-fondsen gaat het om de openbare bevek met Europees paspoort (art. 15 wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn nr. 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen (BS 19 oktober 2012)). Ook de openbare vennootschap voor belegging in schuldvorderingen wordt geïndiceerd (art. 271/10 wet van 3 augustus 2012). Voor Alternatieve Fondsen gaat het om de openbare bevek (art. 190 wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders (BS 17 juni 2014)), de openbare bevak (art. 195 wet van 19 april 2014), de institutionele bevek (art. 285 wet van 19 april 2014), de institutionele bevak (art. 288 wet van 19 april 2014) en, onder bepaalde voorwaarden, de private privak (art. 298 wet van 19 april 2014). Ook de gereglementeerde vastgoedvennootschappen vallen onder deze fiscale bepaling, net als bepaalde pensioenfondsen. Ook Europese langetermijnbeleggingsinstellingen vallen hier nu onder.

43. Wetsontwerp op de financiële transacties en de financiële markten (*Parl.St.* 1989-90, nr. 1156/1, p. 93 en 1156/15, p. 16); K. SCHELLEKENS, *Beleggingsvennootschappen naar Belgisch en Luxemburgs recht (bevek, bevak, Sicav en sica)*, Gent, Larcier, 2002, p. 42; P. VAN CAUBERGH, *La fiscalité des fonds d'investissement en Belgique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 80.

44. Een private privak die de bepalingen voorzien in art. 192, § 3 WIB 1992 niet volgt ook niet.

45. Zie bv. A. VAN DER MAST en C. COUDRON, "De beleggingsvennootschap: autonoom fiscaal begrip of echo van het financieel recht?", *TBF* 2022, nr. 20, p. 67 *et seq.*

46. Art. 202, § 2, derde lid WIB 1992.

47. Wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn nr. 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen (BS 19 oktober 2012).

48. Wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders (BS 17 juni 2014).



beleggingsfonds” worden aangemerkt.⁴⁹ Hoewel niet uitdrukkelijk voorzien in het Wetboek van de Inkomstenbelasting, zijn deze entiteiten volkomen fiscaal transparant omdat hun investeerders als mede-eigenaars van het onderliggende vermogen worden aanzien.⁵⁰ De entiteit zelf wordt dus niet aan belasting onderworpen. Hun inkomsten worden bijgevolg belast in hoofde van de investeerders op het moment van ontvangst door het fonds (zelfs zonder uitkering aan de investeerders) en zonder conversie naar een ander inkomsttype. Opnieuw lijkt het doel van deze wetgeving te zijn om dubbele belasting te vermijden en het inkomen slechts éénmaal aan belasting te onderwerpen, i.e. in hoofde van de investeerder.

B. Roerende inkomsten ontvangen door buitenlandse icb's

1. Algemeen

Op roerende inkomsten van Belgische bron moet een Belgische betaler in algemene regel roerende voorheffing afhouden. Dit is in principe het geval ongeacht of de ontvanger een ingezetene of niet-ingezetene entiteit is. Niettemin bestaan er een aantal vrijstellingen, verrekeningsmogelijkheden en verlaagde tarieven op grond van het Belgisch recht, het (geïmplementeerd) EU-recht en de dubbelbelastingverdragen. Deze uitzonderingen zijn vaak afhankelijk van de hoedanigheid van de genietende van het roerend inkomen.

Voor Belgische roerende inkomsten ontvangen door een icb moet eerst en vooral onderzocht worden of deze icb

rechtspersoonlijkheid heeft op basis van het toepasselijk Belgisch of buitenlands vennootschapsrecht (*lex societatis*; cf. art. 110 WIPR).⁵¹ Indien wel, dan wordt de icb in principe zelf als genietende aangemerkt.⁵² Icb's zonder rechtspersoonlijkheid worden daarentegen in algemene regel genegeerd voor Belgische fiscale doeleinden.⁵³ Zeker indien de investeerders geacht worden mede-eigenaars te zijn van de inkomstgenererende activa, wordt de belasting op het Belgische broninkomen in principe geheven alsof de achterliggende investeerders zelf dit inkomen ontvangen (volkomen fiscale transparantie).⁵⁴ Dan zal in hunnen hoofde gekeken worden of ze in aanmerking komen voor een voordeliger regime inzake roerende voorheffing.⁵⁵ Als het daarentegen niet zou gaan om een soort van mede-eigendom, is het niet steeds eenvoudig vast te stellen wie de precieze belastingplichtige van het roerend inkomen is, al naar gelang de rechtsverhoudingen vastgelegd in het fondscontract of de *partnership agreement*.⁵⁶ Niettemin wordt ook dan in sommige gevallen aanvaard dat de achterliggende investeerders als begunstigden van het inkomen moeten worden aanzien.⁵⁷

De regels omtrent roerende voorheffing kunnen in bepaalde gevallen een ongelijke behandeling creëren tussen niet-ingezetene icb's en gelijkaardige Belgische icb's. Hierna wordt gefocust op de fiscale behandeling van buitenlandse icb's met rechtspersoonlijkheid, die dus als apart fiscaal subject worden aangemerkt. Een analyse van de regels inzake roerende voorheffing bij uitkeringen aan fiscaal transparante structuren en hun achterliggende investeerders zou ons te ver van de Europeesrechtelijke discussie leiden. De opsomming hieronder is niet-limitatief en betreft een overzicht van mogelijke discriminaties bij “passieve” investeringen in Belgische activa door niet-ingezetene icb's. Situaties waarbij de icb zelf,

49. Voorafg.Besl. 6 december 2021, nr. 2021.0806.

50. Hoewel hier soms verwarring over lijkt te bestaan is art. 29, § 1 WIB 1992 niet van toepassing op fcp's (zie hiervoor onder meer Voorafg.Besl. 30 juni 2022, nr. 2021.1257, randnrs. 19.3. en 19.4.). De volkomen transparantie van een fcp vloeit m.i. voort uit het loutere feit dat het juridisch gaat om een onverdeeldheid, en de deelnemers dus rechtstreeks geacht worden de onderliggende activa aan te houden (en dus ook de inkomsten op deze activa te ontvangen met behoud van hun originele kwalificatie). De fiscale transparantie (en haar precieze vorm, namelijk volkomen of onvolkomen) is dus het gevolg van de juridische verhoudingen tussen de deelnemers, zoals vastgelegd in het fondsreglement, en niet zozeer van een expliciete fiscale bepaling (voor een bespreking van het belang van de juridische verhoudingen bij het bepalen van het type transparantie, zie onder meer A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantietheorie en praktijk in België*, Biblio, 1992, o.m. randnr. 220). Art. 29, § 1 WIB 1992 is daarentegen een bepaling die m.i. enkel van toepassing is indien een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid een exploitatie/onderneming voert die winsten of baten oplevert (iets wat voor een fcp uitdrukkelijk wordt uitgesloten in art. 24, vijfde lid WIB 1992!). Door toepassing van art. 29, § 1 worden winsten of baten van deze “actieve” entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid namelijk geacht rechtstreeks winsten of baten van de deelnemers te vormen, zelfs indien de inbreng van deze laatste louter “passief” is. Het gaat dus om een soort van fictie (zie bv. Ph. HINNEKENS, “Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk”, *TFR*, 2000, afl. 190, p. 948). Bovendien lijkt art. 29, § 1 van toepassing ongeacht de onderlinge juridische verhoudingen vastgelegd in bv. het fondscontract of de *limited partnership agreement*. Art. 29, § 1 kan dus ook voor volkomen transparantie zorgen bij entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid waar de transparantie mogelijks onvolkomen dreigt te zijn, bv. omdat de eigendomsrechten op onderliggende activa niet in onverdeeldheid worden aangehouden, ook niet in de economische zin van het woord (bv. via *capital accounts*). Deze volkomen transparantie geldt dan enkel voor de winsten van de entiteit (winst van de entiteit = winst van de deelnemers). Voor vennootschap-deelnemers in dergelijke entiteit kan dit interessant zijn, omdat hun inkomen steeds als “winst” wordt beschouwd en zij op die manier bv. mogelijk op transparante wijze DBI-aftrek en meerwaardevrijstelling kunnen toepassen op dividenden resp. meerwaarden op aandelen behaald door de entiteit (zonder bv. inkomstenconversie naar interesten). Voor fysieke personen die investeren in dergelijke entiteiten bestaat daarentegen mogelijks wel een risico op belasting als beroepsinkomsten.

51. Als het buitenlands recht onduidelijk is, kijkt men of de juridische kenmerken van de entiteit overeenkomen met deze van een Belgische vennootschap of niet (*lex fori*). Zie bv. Voorafg.Besl. 7 mei 2020, nr. 2019.1205.

52. Op mogelijke *beneficial ownership*-discussies na, zie evenwel het rapport van de OESO van 23 april 2010 m.b.t. “The granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles”, p. 9 *et seq.*

53. Behalve indien zij alsnog als “vennootschap” wordt aangemerkt conform art. 2, § 1, 5°, a), tweede streepje WIB 1992 of gelijkaardig is aan een Belgische vennootschap en in België bepaalde activiteiten uitoefent waardoor de entiteit zelf in de belasting niet-inwoners dreigt te verzeilen (art. 227, 2° WIB 1992; voor een toepassing, zie Voorafg.Besl. 6 september 2022, nr. 2022.0472). Voor icb's is dit echter zéér onwaarschijnlijk.

54. Zie voetnoot *supra* voor wat duiding bij het belang van de juridische verhoudingen tussen de deelnemers van een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid.

55. P. VAN CAUBERGH, *La fiscalité des fonds d'investissement en Belgique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 618.

56. Indien de juridische eigendom van de activa bv. wordt aangehouden door de *general partner* of door een derde depositaris, en niet in mede-eigendom door de participanten, ook niet in de economische zin van het woord. Zie voetnoot *supra*.

57. Zie bv. Voorafg.Besl. 14 maart 2017, nr. 2016.737. Zie ook C. COUDRON, “Belgisch rapport n.a.v. het 73ste IFA-Congres te London, U.K. (9-12 september 2019)”, *TFR* 2020, afl. 573, p. 14.



of haar beheerder of *partners*, een Belgische inrichting zouden hebben worden niet besproken.

2. Dividenden

Dividenden uitgekeerd door Belgische vennootschappen aan icb's met rechtspersoonlijkheid zijn in algemene regel onderworpen aan roerende voorheffing, ongeacht of de ontvanger een ingezetene of niet-ingezetene icb is. Niettemin kunnen een aantal situaties worden vastgesteld waar buitenlandse icb's alsnog benadeeld worden ten opzichte van hun Belgische tegenhangers.

a) Arrest *Commissie / België* (2012)⁵⁸

In de zaak *Commissie / België* werd door het Hof van Justitie alvast een dergelijke ongelijke behandeling vastgesteld. Hoewel ook dividenduitkeringen aan Belgische icb's roerende voorheffing ondergingen/ondergaan⁵⁹, konden gereglementeerde Belgische beleggingsvennootschappen de afgehouden RV verrekenen (en terugbetaling bekomen van het overschot), ook indien de dividenden uiteindelijk niet in de belastbare grondslag waren opgenomen omdat de entiteit onderworpen was aan de beperkte belastbare basis voorzien in artikel 185*bis*, § 1 WIB 1992. Op het einde van de rit werd het dividend dus niet belast bij een dergelijke Belgische icb, terwijl een buitenlandse icb wel de roerende voorheffing onderging als finale belasting. Dit regime werd discriminatoir bevonden door het Hof van Justitie. De Belgische wetgever heeft de regeling aangepast bij wet van 30 juli 2013.⁶⁰ Deze aanpassing was echter nadelig voor Belgische icb's.⁶¹ Een Belgische gereglementeerde icb, onderworpen aan artikel 185*bis*, § 1 WIB 1992, kan namelijk niet langer de roerende voorheffing verrekenen waardoor deze voorheffing de finale belasting vormt over het dividend. Een dergelijke Belgische icb is dus niet langer een "neutraal" tussenniveau voor Belgische dividenden, zoals initieel beoogd door de wetgever! Bij wederuitkering als dividend (behalve bij in aanmerking komende inkoop- of liquidatieboni uitgekeerd aan investeerders-fysieke personen⁶²) ondergaat de investeerder in de icb namelijk opnieuw belasting (met bepaalde uitzonderingen zoals investeerders in private privaks⁶³,

investeerders-Belgische vennootschappen in DBI-beveks⁶⁴ en investeerders-vennootschappen in ELTIFs⁶⁵).

b) Dividenden uit deelnemingen van minstens 10% (zaak *Wereldhave*)

Een andere bepaling, artikel 106, § 6 KB/WIB 1992, voorziet daarnaast echter in een vrijstelling van roerende voorheffing voor dividenden uitgekeerd aan "binnenlandse vennootschappen" die een participatie van minstens 10% voor minimum 1 jaar aanhouden in de onderliggende vennootschap. Deze vrijstelling geldt voor alle Belgische vennootschappen, inclusief icb's onderworpen aan het artikel 185*bis*-regime die minstens een 10%-deelneming aanhouden in hun beleggingen. Op die manier worden deze Belgische icb's dus niet belast op dividenden verkregen uit grotere participaties. Zij hoeven dus ook niets te verrekenen waardoor ze niet in het vaarwater komen van de aangepaste wetgeving na het arrest *Commissie / België* van 2012 (zie puntje hierboven).

Het bovenvermelde artikel is echter niet van toepassing bij dividenduitkeringen aan niet-ingezetene icb's. De toepasselijke bepaling bij grensoverschrijdende dividenduitkeringen is namelijk artikel 106, § 5 KB/WIB 1992. Dit artikel vormt een implementatie van de moeder-dochterrichtlijn. Het voorziet ook in een vrijstelling van dividenden, maar deze is slechts van toepassing indien de uitkerende én de ontvangende vennootschap "onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting of aan een gelijksoortige belasting als de vennootschapsbelasting zonder te genieten van een belastingstelsel dat afwijkt van het gemeen recht". Dit artikel werd door het Hof van Justitie onder de loep genomen in de zaak *Wereldhave* (2017) – zij het in iets andere vorm.⁶⁶ België weigerde om de vrijstelling toe te kennen aan een Nederlandse fbi, een beleggingsvennootschap onderworpen aan een afwijkend 0%-tarief vennootschapsbelasting. In een eerste prejudiciële vraag diende het Hof te beslissen of dergelijke entiteit de voordelen van de moeder-dochterrichtlijn kon inroepen. Het Hof antwoordde negatief. De richtlijn voorziet als voorwaarde voor vrijstelling dat de ontvanger van het dividend niet mag zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Een 0%-tarief is *de facto* een vrijstelling volgens het Hof, wat betekent dat een fbi zich dus niet op de richtlijn kan beroe-

58. HvH 25 oktober 2012, C-387/11, *Commissie / België*.

59. Indien de Belgische icb meer dan 10% van de aandelen van de uitkerende vennootschap zou aanhouden voor langer dan één jaar, is echter een andere vrijstelling van toepassing (art. 106, § 6 KB/WIB 1992).

60. Art. 185*bis*, § 2, tweede lid WIB 1992, ingevoegd bij wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen (BS 1 augustus 2013).

61. Zie hiervoor C. COUDRON en M. VEREMAN, "RV-vrijstelling geconformeerd aan EU-recht en geactualiseerd, maar niet volledig", *Fisc.Act.*, nr. 4, 21 januari 2016, p. 3-7.

62. Toepassing van de vrijstelling van art. 21, 2° WIB 1992 is dan mogelijk (vereist onder meer dat art. 19*bis* WIB 1992 en 19, § 1, eerste lid, 4° WIB 1992 niet van toepassing zijn).

63. Bij private privaks wordt dit opgevangen door de dividenden, waarop door de privak geen roerende voorheffing kon verrekend worden, bij wederuitkering aan de investeerders vrij te stellen van roerende voorheffing (art. 106, § 9, 3° KB/WIB 1992). Voor fysieke personen werkt deze vrijstelling bevrijdend. Men draait voor dit type inkomsten het systeem eigenlijk om: enkel belasting in hoofde van de privak, niet bij wederuitkering in hoofde van de investeerder. Investeerders-vennootschappen kunnen in principe DBI-af trek toepassen als de privak in aanmerking komende dividenden wederuitkeert. DBI-af trek is trouwens ook mogelijk bij investeringen in buitenlandse entiteiten gelijkaardig aan een privak. Zie art. 203, § 2, derde en vierde lid WIB 1992.

64. DBI-af trek bij investeerder op grond van art. 203, § 2, tweede lid WIB 1992 bij wederuitkering van kwalificerende dividenden. Roerende voorheffing afgehouden door de DBI-bevek kan in principe verrekend worden door de investeerder-vennootschap.

65. Ook toepassing van aangepast art. 203, § 2, tweede lid WIB 1992 (zie *supra*).

66. HvJ 8 maart 2017, C-448/15, *Wereldhave*. Toen verwees de bepaling volledig naar de moeder-dochterrichtlijn om te bepalen welke vennootschappen in aanmerking kwamen (dus geen uitsluiting voor entiteiten die "genieten van een belastingstelsel dat afwijkt van het gemeen recht"). Zie J. LUTS en F. DEBELVA, "Wereldhave: onderworpenheid en de moeder-dochterrichtlijn", *Intern.Fisc.Act.*, nr. 2017/06.



pen. De tweede prejudiciële vraag gesteld aan het Hof had betrekking op het primair EU-recht, maar zij werd niet door het Hof beantwoord omdat de rechtbank de vraag onduidelijk gesteld had. Men leek evenwel aan het Hof te willen vragen of het geen ongelijke behandeling vormt dat Belgische reglementaire icb's (onderworpen aan het art. 185bis WIB 1992-regime) de vrijstelling voorzien in artikel 106, § 6 KB/WIB 1992 kunnen invoeren, terwijl buitenlandse icb's, ook onderworpen aan een speciaal fiscaal regime, hier niet voor in aanmerking komen omdat artikel 106, § 5 KB/WIB 1992 een *subject-to-tax*-clausule voorziet. Dit vormt m.i. een duidelijke schending van het primair EU-recht. Gelukkig heeft het hof van beroep van Brussel in zijn arrest van 12 maart 2019 wél rechtstreeks geoordeeld dat het niet-toestaan van deze vrijstelling een inbreuk op het vrij verkeer vormt.⁶⁷ Voor dividenden verkregen op participaties in Belgische vennootschappen waarin de buitenlandse icb een minimumdeelname van 10% langer dan 1 jaar aanhoudt, kan men zich dus op deze rechtspraak beroepen om vrijstelling roerende voorheffing te bekomen.

c) Dividenden uit deelnemingen van minder dan 10% ontvangen door “beleggingsvennootschappen”

Een andere mogelijke discussie betreft de entiteiten die kwalificeren als “beleggingsvennootschappen” op grond van artikel 2, § 1, 5°, f) WIB 1992. Zowel een buitenlandse als een Belgische entiteit met rechtspersoonlijkheid kan kwalificeren als “beleggingsvennootschap”, als ze onder meer collectief kapitaal ophaalt en dit investeert met een beleggingsdoel. Beiden zullen in algemene regel ook roerende voorheffing ondergaan op Belgische portfoliodividenden ontvangen van vennootschappen waarin ze minder dan 10% van de aandelen aanhouden of waarvan ze deze aandelen minder dan 1 jaar aanhouden. Echter, de Belgische vennootschap zal in haar aangifte vennootschapsbelasting DBI-aftrek kunnen toepassen, zonder rekening te moeten houden met de participatiedrempels (10% of 2,5 miljoen EUR en 1 jaar).⁶⁸ Zij zal de afgehouden roerende voorheffing vervolgens kunnen verrekenen. Voorwaarde is wel dat de Belgische icb verder het gewone regime vennootschapsbelasting ondergaat en dus niet in aanmerking komt voor het gunstregime van artikel 185bis WIB 1992. De in dat artikel opgesomde entiteiten kunnen namelijk geen DBI-aftrek toepassen en kunnen sinds de wetwijziging van 30 juli 2013 ook geen roerende voorheffing meer verrekenen (zie *supra*: na het arrest *Commissie / België* van 15 oktober 2012). Door de mogelijkheid tot verrekening en terugbetaling van de afgehouden roerende voorheffing, wordt het dividend uiteindelijk niet belast bij de

Belgische beleggingsvennootschap. Er is dus enkel een voorfinanciering van roerende voorheffing.

Een buitenlandse entiteit die aan de voorwaarden voldoet om te kwalificeren als beleggingsvennootschap zal daarentegen in principe wél roerende voorheffing als finale belasting ondergaan op dividenden van vennootschappen waarin ze minder dan 10% aanhoudt (behalve als ze bv. de Tate & Lyle⁶⁹-bepaling kan invoeren uit art. 264/1 WIB 1992, of een ander type vrijstelling). Dit lijkt me in strijd met het EU-recht, in lijn met hetgeen het Hof van Justitie heeft besloten in het hierboven besproken arrest *Commissie / België*.⁷⁰ Bijkomende vraag is of enkel entiteiten die in hun vestigingsstaat aan een “normaal regime” van vennootschapsbelasting zijn onderworpen gediscrimineerd worden. De Belgische Staat zou namelijk kunnen argumenteren dat icb's, die in het buitenland een regime gelijkaardig aan het artikel 185bis-regime ondergaan (onderworpen aan vennootschapsbelasting, maar deels of volledig vrijgesteld), niet gediscrimineerd worden omdat ook een “185bisser” de voorheffing niet zou kunnen verrekenen sinds de wetwijziging van 30 juli 2013 na het arrest *Commissie / België*. Ik ben er niet van overtuigd dat de Belgische Staat in dat geval gelijk zou krijgen voor het Hof van Justitie. Volgens het Hof zou enkel gekeken mogen worden naar het doel van de fiscale wetgeving. Hoewel het doel van de Belgische wetgeving omtrent de soepelere DBI-aftrek bij – verder normaal belaste – “beleggingsvennootschappen” niet duidelijk omschreven is in de voorbereidende werken, lijkt de logica eruit te bestaan om ook kleinere participaties in aanmerking voor DBI-aftrek te laten komen, om zo economische dubbele belasting te voorkomen en dividenden maximaal vrij te stellen op icb-niveau.⁷¹ Een buitenlandse icb die aan de voorwaarden voldoet om te kwalificeren als “beleggingsvennootschap” kan zich volgens mij in dezelfde situatie bevinden in het licht van deze doelstelling, ongeacht het precieze fiscaal regime dat in het buitenland op haar van toepassing is. Het feit dat België na het arrest *Commissie / België* heeft besloten om de Belgische gereguleerde icb's opgesomd in artikel 185bis WIB 1992 zwaarder te belasten op Belgische dividenden – in strijd met alle ratio achter de beperkte belastbare basis van artikel 185bis WIB 1992 – zou hier niet aan mogen afdoen. In het arrest *A SCPI* heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld ook geen rekening gehouden met het bestaan van zwaarder belaste statutaire Finse icb's om te oordelen dat buitenlandse statutaire entiteiten ongelijk behandeld worden ten opzichte van vrijgestelde contractuele Finse icb's.⁷² Dit zou het claimen van een vrijstelling roerende voorheffing op dividenden aan “beleggingsvennootschappen” in een ruim aantal situaties mogelijk maken.

67. Brussel 12 maart 2019, 2013/AF/33 en 2013/AF/32; zie ook L. VANNESTE, “Zaak *Wereldhave*: hof te Brussel bevestigt discriminatie en strijdigheid met Europees recht”, *Fisc.Act.*, nr. 2019/24, p. 8-11.

68. Als de taxatievoorwaarden voorzien in art. 203 WIB 1992 vervuld zijn.

69. Vereist onder meer een participatie van minimum 2,5 miljoen EUR aanschaffingswaarde door de icb in de dividenduitkerende vennootschap en ook dat de icb normaal belast is. Zie arrest HvJ 12 juli 2012, C384/11, *Tate & Lyle Investments Ltd / Belgische Staat*.

70. HvJ 25 oktober 2012, C-387/11, *Commissie / België*.

71. E. VERSTRAELEN, *De fiscale analyse van gereguleerde instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht in een Europese context*, Larcier-Intersentia, 2020, p. 289, randnr. 421.

72. HvJ 7 april 2022, C-342/20, *A SCPI / Veronsaajien oikeudenvalvontyksikkö*.



3. Interesten en andere roerende inkomsten

Icb's kunnen natuurlijk ook andere roerende inkomsten dan dividenden verkrijgen (met name interesten). Belangrijkste bepaling hieromtrent is artikel 116 KB/WIB 1992.⁷³ Dit artikel voorziet in een vrijstelling van roerende voorheffing voor uitbetalingen van roerende inkomsten, andere dan dividenden, aan een aantal opgesomde icb's met rechtspersoonlijkheid. Voor Belgische entiteiten gaat het om de gereglementeerde vastgoedvennootschappen, de gespecialiseerde vastgoedvennootschappen, ELTIFs, de openbare bevek (UCITS en AIF), de instellingen voor belegging in schuldvorderingen, de openbare bevak en de private privak. Buitenlandse fondsen komen volgens de huidige regeling (en na een ingebrekestelling door de Europese Commissie) ook in aanmerking voor deze vrijstelling als ze (i) ofwel openbare beleggingsvennootschappen zijn die hun effecten openbaar aanbieden in België, (ii) ofwel geen openbaar bod in België verrichten, maar wel hun zetel hebben in de EER én gelijkwaardig zijn aan de opgesomde Belgische icb's.

Hier stelt zich natuurlijk de vraag of een buitenlandse icb, die niet of weinig gelijkaardig is aan de opgesomde Belgische fondsen, zich op deze vrijstelling kan beroepen. Een Belgische institutionele bevek of bevak kan zich – voor volstrekt onduidelijke redenen – bijvoorbeeld niet beroepen op de vrijstelling (en kan mogelijks de voorheffing ook niet verrekenen⁷⁴). De Koning lijkt me nergens een schappelijke verklaring te hebben gegeven voor deze uitsluiting van Belgische institutionele icb's. Kan men deze uitsluiting zomaar doortrekken naar gelijkaardige buitenlandse institutionele icb's? Opnieuw wijst de rechtspraak van het Hof van Justitie m.i. in de andere richting. Het *A SCPI*-arrest is ook hier relevant. De Finse vrijstelling in deze zaak was enkel van toepassing op buitenlandse icb's gelijkaardig aan Finse contractuele icb's. Het Hof oordeelde dat een buitenlandse entiteit met een andere rechtsvorm (statutair), toch in aanmerking moet komen voor de vrijstelling. Het feit dat Finse statutaire icb's bestaan, die normaal belast werden op hun inkomsten, was niet belangrijk, want de buitenlandse icb moet rekening houden met het eigen reglementaire kader en kan dus niet zomaar een rechtsvorm kiezen die in aanmerking komt voor de Finse vrijstelling. Het lijkt me niet onredelijk om deze redenering door te trekken naar niet-ingezetene icb's die technisch gezien niet in aanmerking zouden komen voor de toepassing van de vrijstelling voorzien in artikel 116 KB/WIB 1992.

Voor sommige inkomsten bestaan voor Belgische icb's overigens nog andere vrijstellingen, naast artikel 116 KB/WIB 1992. Zo kan een vrijstelling worden toegepast op interesten op gewone leningen, niet vertegenwoordigd door effecten,

betaald aan “beroepsbeleggers”. Belgische icb's met rechtspersoonlijkheid kwalificeren in principe als beroepsbelegger, ook indien zij onderworpen zijn aan de beperkte belastbare basis van artikel 185bis, § 1 WIB 1992. Iedere Belgische icb met rechtspersoonlijkheid, die gewone leningen verstrekt, kan dus alsnog een vrijstelling claimen op interesten (art. 107, § 2, 9° KB/WIB 1992). Hetzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor royalty's (art. 111 KB/WIB 1992). Behalve in bepaalde omstandigheden (bv. verdragsvrijstellingen of interest-royaltyrichtlijn) kunnen buitenlandse icb's zich niet op deze vrijstellingen beroepen. De aandachtige lezer merkt wel op dat de Belgische bepaling omtrent interest op gewone leningen al werd voorgelegd aan het Hof van Justitie in de zaak *Truck Center* (2008).⁷⁵ Het Hof oordeelde daar dat het EU-recht niet geschonden was. De heffing van roerende voorheffing op interesten uitgekeerd aan buitenlandse vennootschappen vormt volgens het Hof louter een andere heffingstechniek. Belgische vennootschappen zijn namelijk ook onderworpen aan vennootschapsbelasting (met voorafbetalingen) op de ontvangen interesten (evenwel op nettobasis⁷⁶ en sinds de hervorming van de vennootschapsbelasting aan een lager tarief dan het standaard RV-tarief). Echter, de conclusie is m.i. anders als het gaat om een gereglementeerde Belgische icb die kan genieten van het artikel 185bis-regime. In dat geval betaalt zij namelijk, na de vrijstelling roerende voorheffing, ook géén vennootschapsbelasting op de inkomende interesten en royalty's, terwijl een buitenlandse icb wel de volle roerende voorheffing ondergaat. Dit lijkt me een ongelijke behandeling te zijn van niet-ingezetene icb's. Zij zouden zich ook op deze vrijstelling moeten kunnen beroepen op grond van het EU-recht.

C. Onroerende inkomsten ontvangen door buitenlandse icb's

De gereglementeerde Belgische vastgoedfondsen kunnen genieten van de beperkte belastbare basis voorzien in artikel 185bis, § 1 WIB 1992 waardoor hun vastgoedinkomsten niet belast worden. Het gaat dan met name om de gespecialiseerde vastgoedbeleggingsfondsen (GVBF) en gereglementeerde vastgoedvennootschappen (GVV).⁷⁷ Een buitenlandse vastgoed-icb, zelfs zonder vaste inrichting in België, wordt echter aan de belasting niet-inwoners (vennootschappen) onderworpen op haar onroerende inkomsten behaald uit in België gelegen vastgoed (art. 227, 2° *jo.* art. 228, § 2, 3°, a) WIB 1992). Deze inkomsten worden als “winst” belast (art. 233 WIB 1992) en de belastbare basis wordt vastgesteld volgens de regels die van toepassing zijn in de vennootschapsbelasting zoals deze regels voorkomen “in de artikelen 183,

73. In 2016 besproken door C. Coudron en mezelf in een andere bijdrage. Zie C. COUDRON en M. VEKEMAN, “RV-vrijstelling geconformeerd aan EU-recht en geactualiseerd, maar niet volledig”, *Fisc.Act.*, nr. 4, 21 januari 2016, p. 3-7.

74. Op grond van art. 123 KB/WIB 1992, dat bepaalt dat de voorheffing slechts verrekend kan worden indien het gaat om inkomsten die in de belastbare grondslag zijn opgenomen. Zie voor meer detail, C. COUDRON en M. VEKEMAN, “RV-vrijstelling geconformeerd aan EU-recht en geactualiseerd, maar niet volledig”, *Fisc.Act.*, nr. 4, 21 januari 2016, p. 3-7.

75. HvJ 22 december 2008, C-282/07, *Truck Center*.

76. Wat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie mogelijks discriminatoir kan zijn; zie bv. HvJ 13 juli 2016, C-18/15, *Brisal en KBC Finance Ireland*.

77. Vastgoedbevak's lijken allemaal te zijn omgevormd naar GVBF of GVV.



185, § 2 en § 5, 185quater, 185quinquies en 190 tot 208”.⁷⁸

Naar artikel 185bis WIB 1992 wordt niet verwezen, waardoor buitenlandse vastgoed-icb's dus niet kunnen genieten van de beperkte belastbare basis. Dit lijkt me een ongelijke behandeling van niet-ingezeten icb's te vormen.

De rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals hierboven besproken, is opnieuw relevant. Vraag zal onder meer zijn of de situatie van een ingezeten icb vergelijkbaar is met de situatie van een niet-ingezeten icb. Voor de beoordeling hiervan zal het Hof van Justitie ongetwijfeld rekening houden met het doel van de Belgische fiscale wetgeving. Zoals blijkt uit bijvoorbeeld het arrest *UBS Real Estate* (2021)⁷⁹, is het financieelrechtelijk of enig ander doel van minder (of geen) belang. De initiële bedoeling van de wetgever bij de invoering van artikel 185bis WIB 1992 lijkt te zijn de inkomsten eenmalig te belasten op het niveau van de investeerders en het tussenniveau van het fonds vrij te stellen. Vastgoedbevak, GVV's en GVBF's zijn trouwens financieelrechtelijk verplicht om 80% van hun inkomsten uit te keren aan hun investeerders. Deze uitkeringen worden vervolgens bij de investeerders als dividenden volledig belast, of toch minstens in de mate ze voortkomen uit inkomsten uit Belgisch vastgoed (voor andere inkomsten kan dit afhangen van de hoedanigheid van de investeerder). Ongetwijfeld zal de Belgische fiscus dit argument aanhalen om de vergelijkbaarheid met buitenlandse fondsen te betwisten. België kan namelijk de uitkeringen verricht door buitenlandse fondsen in principe niet belasten (aan de bron). De arresten *Fidelity Funds*, *KA Deka*, *AllianzGI AEVN* en *A SCPI* hebben echter aangetoond dat deze argumenten niet zomaar aanvaard worden door het Hof van Justitie, zeker indien het fonds naar buitenlands recht ook een gelijkaardig transparant of quasi-transparant regime ondergaat met enkel belasting op niveau van de deelnemers (bv. een Franse SCPI). M.i. zullen (bepaalde) buitenlandse icb's de belastbaarheid van onroerende inkomsten uit Belgische vastgoed dus kunnen betwisten.

Over de fiscale behandeling van onroerende inkomsten behaald door buitenlandse vastgoedfondsen is overigens nog een prejudiciële vraag hangende (ditmaal m.b.t. het Duitse regime).⁸⁰

III. Conclusie

De rechtspraak van het Hof van Justitie toont aan dat verschillende lidstaten moeite hebben om het internrechtelijk fiscale regime, van toepassing op niet-ingezeten icb's, volledig in lijn te krijgen met het primair EU-recht. Dit is ook logisch. Veelal trachten lidstaten namelijk hun ingezeten icb's te behandelen als fiscaal neutraal tussenniveau, en zo te vermijden dat hun tussenkost fiscaal nadelig is. Soms is het doel van deze neutraliteit om ervoor te zorgen dat de investeerder exact hetzelfde behandeld wordt als de situatie waarin hij zelf rechtstreeks zou investeren (door bv. volkomen fiscale transparantie zonder inkomstenconversie). Een andere mogelijkheid is om het inkomen slechts eenmaal belasting te laten ondergaan. Bijvoorbeeld door de icb wel te beschouwen als apart fiscaal subject, maar haar vrij te stellen van inkomstenbelasting en bij (fictieve of reële) uitkering de investeerder te belasten (eventueel met inkomstenconversie). Uiteraard bestaan ook tussenmogelijkheden (bv. enkel de icb belasten). Lidstaten zijn echter wel geneigd om het inkomen, gegenereerd op hun grondgebied, minstens één keer aan belasting te onderwerpen. In de beschreven rechtspraak van het Hof van Justitie opteerden de lidstaten er telkens, makkelijkheidshalve, voor om dit inkomen in hoofde van de niet-ingezeten icb te belasten. Dit leidt tot een ongelijke behandeling van deze buitenlandse icb's, indien binnenlandse icb's uiteindelijk fiscaal vrijgesteld zijn. De vraag stelt zich wel telkens vanaf wanneer de buitenlandse entiteit vergelijkbaar is met de binnenlandse. Moet zij kwalificeren als een “icb” in de zin van de AIF- of UCITS-richtlijn? Moet zij collectief zijn? Moet zij dezelfde of vergelijkbare financieelrechtelijke, reglementaire of juridische kenmerken vertonen als binnenlandse icb's? Moet zij een gelijkaardige rechtsvorm hebben? Moet zij een specifiek fiscaal regime ondergaan, gelijkaardig aan het internrechtelijk regime (of met hetzelfde doel)? Het Hof van Justitie heeft getracht enkele verduidelijkingen aan te brengen, maar is natuurlijk steeds gebonden aan de specifieke feitenconstellatie die werd voorgelegd. Bij gebrek aan harmonisatie blijven daarom onzekerheden en discriminaties bestaan in de wetgeving van de lidstaten. Zoals aangegeven is dit ook in België op een aantal vlakken het geval.

78. Art. 235, 2° WIB 1992.

79. HvJ 16 december 2021, C-479/19 en C-479/19, *UBS Real Estate*.

80. HvJ 21 oktober 2020, C-537/20, *L Fund*.

