

VOORAFGAANDE BESLISSING 2017.037 VAN 14 MAART 2017 OVER DE KAAIMANTAKS EN DE LUXEMBURGSE SICAV-SIF: EEN MOEILIJKE KWALIFICATIE-OEFENING ...

Feiten

Twaalf natuurlijke personen (waaronder negen rijksinwoners) houden samen alle aandelen in een Luxemburgse Sicav-SIF.

De twaalf aandeelhouders behoren tot vier onderscheiden families. De leden van familie A houden 51,50% in de Sicav-SIF, familie B houdt 16,50%, familie C houdt 24,50% en familie D houdt 7,50%.

De Sicav-SIF staat onder de leiding van een raad van bestuur samengesteld uit drie leden, aangesteld door de Algemene Vergadering voor een periode van zes jaar. De voorzitter van de raad van bestuur is ook aandeelhouder, de andere twee leden van de raad van bestuur hebben geen familiale banden met de aandeelhouders. De raad van bestuur neemt haar beslissingen met gewone meerderheid van stemmen. De voorzitter heeft doorslaggevende stem in geval van staking van stemmen.

Geen enkele aandeelhouder beschikt over een meerderheidsparticipatie. Er werd ook geen aandeelhoudersovereenkomst afgesloten over de uitoefening van de stemrechten. Er wordt een voorafgaande beslissing gevraagd om duidelijkheid te krijgen over bepaalde fiscale aspecten in verband met de investering in de Sicav-SIF in het licht van de toetreding van bijkomende aandeelhouders op korte en lange termijn.

Beslissing

De Dienst Voorafgaande Beslissingen stelt dat een Sicav-SIF *a priori* onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks kan vallen indien zij wordt aangehouden door verbonden personen in de betekenis van artikel 2, § 1, 13°/1, al. 3 WIB/92. Finaal komt de Dienst Voorafgaande Beslissingen evenwel tot de conclusie dat *in casu* niet voldaan is aan de voorwaarde inzake “verbonden personen”, en dat de kaaimantaks bijgevolg niet van toepassing is.

Ik ga thans niet in op de interpretatie die de Dienst Voorafgaande Beslissingen maakt inzake het begrip “onderling verbonden personen”.¹ Wij beperken ons tot de hoofdvraag, met name of een niet-openbaar uitgegeven in de EER gevestigde “private ICB”, die ook voor fysieke personen toegankelijk is überhaupt onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks kan vallen. Ik breng dit ook in verband met een wetsvoorstel dat neergelegd werd door twee Kamerleden en de commentaar in de artikelsgewijze bespreking van het wetsvoorstel.

Opinie

De “kaaimantaks” is een stelsel van fiscale transparantie met betrekking tot inkomsten behaald door juridische constructies, ingevoerd door de artikelen 38 tot 47 van de Programmawet van 10 augustus 2015, intussen aangepast bij wet van 26 december 2015.² De “kaaimantaks” is enkel van toepassing op rijksinwoners en belastingplichtigen onderworpen aan de rechtspersoonbelasting.

Een bijzondere vraag die zich stelt, is in welke mate de kaaimantaks van toe-

passing is op binnen de EER gevestigde ICB's. Wij bespreken deze problematiek aan de hand van de “casus” van de Luxemburgse beleggingsvennootschappen, in het bijzonder de Luxemburgse Sicav-SIF (in het Frans “Sicav-FIS” genoemd).³

Begrip juridische constructie

Opdat de kaaimantaks van toepassing is, moet de Luxemburgse beleggingsvennootschap in de eerste plaats worden beschouwd als een “juridische constructie”. Met een “juridische constructie met rechtspersoonlijkheid” wordt volgens artikel 2, § 1, 13°, b) WIB/92 bedoeld: *“elke vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit met rechtspersoonlijkheid die in de Staat waar de constructie gevestigd is, vrijgesteld is van inkomstenbelasting of onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder bedraagt dan 15% van het belastbaar inkomen vastgesteld volgens de regels van de Belgische inkomstenbelasting (zowel rechtspersoon- als vennootschapsbelasting).”*

Een Luxemburgse Sicav (ongeacht of deze onder de wet van 2010, dan wel de wet van 2007 valt) is vrijgesteld van Luxemburgse inkomstenbelasting, en

1 Voor een kritische bespreking van deze problematiek kan verwezen worden naar de volgende bijdrage: D.E. PHILIPPE, “Geen kaaimantaks op Luxemburgse Sicav-SIF?”, *Fisc.Act.* 2017-30, p. 6-11. Ik sluit mij overigens aan bij de kritiek van de auteur op pagina 10, tweede alinea.

2 De analyse in deze bijdrage houdt rekening met de stand van de in voege zijnde wetgeving tot en met 8 oktober 2017.

3 Voor een meer uitvoerige bespreking van dit wetgevende kader verwijs ik naar de volgende bijdrage: C. COUDRON en G.D. GOYVAERTS, “De Kerstman en de Kaaimantaks. Wanneer zijn Luxemburgse sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35.

042 valt bij gevolg *a priori* onder de bovenvermelde definitie van “juridische constructie”.

ICB's uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Kaaimantaks

In het kader van de vraag naar de toepassing van de kaaimantaks op de Luxemburgse beleggingsvennootschappen zijn echter ook een aantal in het WIB/92 voorziene “uitsluitingen” van de Kaaimantaks relevant.

Artikel 2, § 1, 13°/1 WIB/92 voorziet immers dat bepaalde ICB's, alsook pensioenfondsen en genoteerde vennootschappen niet geacht worden een “juridische constructie te zijn”, zodat bij gevolg ook de kaaimantaks er *a priori* niet op van toepassing is.⁴ Deze re-

gel geldt zowel voor binnen de EER, als voor buiten de EER gevestigde ICB's.

“De Dienst Voorafgaande Beslissingen vermeldt dat de private ICB's niet expliciet worden geïndiceerd door de wettekst.”

Voor wat de ICB's betreft volgt uit de verwijzingen naar de financiële wetgeving dat de volgende ICB's bij wijze van algemene regel buiten het toepassingsgebied van de Kaaimantaks vallen:⁵

- › een ICB die haar middelen in België of in het buitenland aantrekt middels een openbaar aanbod (ongeacht of het een fonds betreft dat onder de (UCITS-)Richtlijn 2009/65/EG valt of niet);
- › een “instelling voor belegging in schuldvorderingen”;
- › een “institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging”, i.e. een alternatieve instelling voor collectieve belegging die haar financiële middelen in België of in het buitenland uitsluitend aantrekt

4 13°/1. In afwijking van 13° worden niet geacht een juridische constructie te zijn:

- a) een openbare of institutionele instelling voor collectieve belegging of een instelling voor belegging in schuldvorderingen bedoeld in artikel 3, 2°, 3° of 7°, van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen;
- b) een openbare of institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging bedoeld in artikel 3, 4° of 6°, van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders;
- c) een entiteit die geen instelling is als bedoeld in a) of b), en die zich uitsluitend toelegt op verrichtingen van:
 - het beheer en het beleggen van fondsen, ingezameld om wettelijke en aanvullende pensioenen toe te kennen, of;
 - het beheer van werknemersparticipaties in de financiering van hun onderneming of van de groep waartoe die behoort;
- d) een vennootschap, waarvan de effecten zijn genoteerd aan een effectenbeurs van een lidstaat van de Europese Unie onder de voorwaarden van de Richtlijn 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001 betreffende de toelating van effecten tot de officiële

notering aan een effectenbeurs en de informatie die over deze effecten moet worden gepubliceerd, of van een derde Staat waarvan de wetgeving analoge toelatingsvoorwaarden voorziet;

5 Zie in dit verband voor een meer uitgebreide analyse: G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 490-491, p. 884-889.

bij “in aanmerking komende beleggers” die voor eigen rekening handelen, waarvan de rechten van deelneming uitsluitend door dergelijke beleggers kunnen worden verworven”.

De zogeheten “private ICB’s” worden *a contrario* niet geviseerd door voormelde uitsluiting. Dit blijkt uit een tekstuele analyse van de wettekst, maar even goed uit de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp waarmee de kaaimantaks werd ingevoerd.⁶ *Openbare en institutionele instellingen voor collectieve belegging worden niet beschouwd als juridische constructies. Dit is eveneens het geval voor de pensioenfondsen (‘OFP’s’) en beursgenoteerde vennootschappen. (...) **Wanneer deze entiteiten evenwel zijn opgericht in een privaat kader, meer bepaald de private instellingen voor collectieve belegging die geen openbaar beroep doen op het spaarwezen of zich niet exclusief richten op institutionele investeerders, dan behouden ze de mogelijke kwalificatie van juridische constructie en is de fiscale transparante behandeling in principe op hen van toepassing.***

Door de wet van 26 december 2015 werd in artikel 2, § 1, 13^o/1, tweede en derde lid WIB/92 een nieuwe speci-

fieke antimisbruikbepaling ingevoerd, in welk geval de “uitsluitingen” voorzien door het eerste lid (waaronder deze voor ICB’s) niet van toepassing zijn (“uitzondering op de uitsluitingen”). Het nieuwe tweede en derde lid bepalen het volgende:

“Het eerste lid is niet van toepassing met betrekking tot de in dit lid beoogde instellingen, entiteiten en vennootschappen waarvan de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd.

Bij toepassing van het tweede lid worden personen geacht verbonden te zijn met andere personen indien:

- › één of meerdere natuurlijke of rechtspersonen over een andere rechtspersoon controle uitoefenen als bedoeld in artikel 5 van het Wetboek van vennootschappen, of;
- › deze personen bloed- of aanverwanten tot in de vierde graad zijn, of;
- › deze personen met elkaar gehuwd zijn, wettelijk samenwonen, of hun woonplaats of de zetel van hun fortuin op hetzelfde adres hebben gevestigd.”

Kort samengevat: de uitsluitingen van artikel 2, § 1, 13^o/1, eerste lid WIB/92 zijn niet van toepassing indien alle

6 Doc. Kamer nr. 54-1125/001, p. 31, p. 35-36.

044 rechten in de juridische constructie, dan wel alle rechten met betrekking tot één compartiment van de juridische constructie, worden aangehouden door één enkele investeerder, alsook indien alle rechten van de juridische constructie – hetzij alle rechten met betrekking tot een compartiment van een juridische constructie – uitsluitend worden gehouden door met elkaar “verbonden personen”. Met elkaar verbonden personen worden in deze gedefinieerd als personen die over een rechtspersoon controle uitoefenen zoals bedoeld in artikel 5 W.Venn., bloed- of aanverwanten tot in de vierde graad, gehuwden, wettelijk samenwonenden, en personen die hun woonplaats of de zetel van hun fortuin op hetzelfde adres hebben gevestigd.

De “uitzondering” voorzien door artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB/92 geldt enkel en alleen voor entiteiten die *a priori* door het eerste lid gevisieerd worden. Voor wat ICB's betreft gaat het om publiek uitgegeven ICB's, institutionele ICB's en ICB's die genoteerd zijn. Niet-genoteerde ICB's die in een louter privaat kader worden uitgegeven, en niet uitsluitend aan “in aanmerking komende beleggers” zijn voorbehouden vallen hier dus niet onder; zij worden immers niet uitgesloten van de kaaimantaks op grond van het eerste lid.

Toepassing van de kaaimantaks op binnen de EER gevestigde ICB's: relevantie van het EER-KB

Specifiek voor wat binnen de EER gevestigde ICB's betreft is de zogeheten “EER-exceptie” van belang: in de EER gevestigde rechtspersonen, en dus ook in de EER gevestigde ICB's kunnen enkel onder de toepassing van de kaaimantaks vallen indien zij voorkomen op een limitatieve lijst, die moet worden uitgevaardigd bij een in de ministerraad overlegd KB (“het EER-KB”).⁷

In het initiële “EER-KB” d.d. 23 augustus 2015 werden enkel de Luxemburgse SPF (société patrimonial familiale), de Liechtensteinse Stiftung en de Liechtensteinse Anstalt onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks gebracht. De Luxemburgse ICB's werden aanvankelijk dus niet gevisieerd. Bij KB van 18 december 2015 werd de lijst aangevuld, en werden onder meer ook de volgende in de EER gevestigde entiteiten mét rechtspersoonlijkheid onder het toepassingsgebied van de Kaaimantaks gebracht: *1° de in artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 be-*

7 Dit volgt uit artikel 2, § 2, 13°, tweede lid WIB/92: “Behoudens in de gevallen bepaald door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, zijn de in het eerste lid bedoelde rechtsvormen die gevestigd zijn in een Staat of rechtsgebied dat behoort tot de Europese Economische Ruimte, geen juridische constructies.”

doelde instellingen, entiteiten en vennootschappen.

Opdat een Luxemburgse sicav of compartiment van een sicav onder de kaaimantaks kan vallen is eerst en vooral vereist dat de aandelen gehouden worden door één enkele investeerder, dan wel door investeerders die volgens de criteria van artikel 2, § 1, 13°/1, derde lid WIB/92 geacht moeten worden “onderling verbonden” te zijn.

Een bijkomende voorwaarde is een gevolg van het gegeven dat artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid WIB/92 uitsluitend van toepassing is op de entiteiten die *a priori* onder één van de hypothesen a) tot en met d) van het eerste lid vallen. In de tekst van het tweede lid wordt immers uitdrukkelijk verwezen naar het eerste lid (“*Het eerste lid is niet van toepassing (...)*”). Doordat het nieuwe EER-KB uitdrukkelijk verwijst naar de in artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid WIB/92 bedoelde instellingen, entiteiten en vennootschappen, geldt deze restrictie in een letterlijke lezing van de wettekst ook voor de vraag welke Luxemburgse sicavs nu wel en niet onder de kaaimantaks vallen op grond van het 1° van het KB van 18 december 2015.

In dit verband weze het aangestipt dat bijvoorbeeld een Luxemburgse Sicav-SIF volgens de Luxemburgse wet-

geving open staat voor natuurlijke personen (zie artikel 2, § 1 juncto artikel 25 wet 2007: het volstaat daartoe een verklaring te ondertekenen dat men toetreedt tot de status van “well informed investor”, en dat men minstens 125.000 EUR investeert), dit in tegenstelling tot Belgische institutionele bevek. Dit heeft tot gevolg dat een Sicav-SIF niet geacht kan worden uitsluitend gereserveerd te zijn voor “in aanmerking komende beleggers”. Vanuit deze optiek is het dan ook helder dat een Sicav-SIF zich, behoudens het geval van openbare uitgifte of van beursnotering, bevindt in de categorie van “in de EER gevestigde ICB’s opgericht in een privaat kader”. Zoals hoger al aangegeven vallen deze niet onder de uitsluitingen van artikel 2, § 1, 13°/1, eerste lid WIB/92, zodat deze zich – ten gevolge van het gegeven dat het EER-KB verwijst naar artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid WIB/92 – buiten het toepassingsgebied van de Kaaimantaks bevinden.

Standpunt van de minister van Financiën en van de Dienst Voorafgaande Beslissingen

Belangrijk om te weten is evenwel dat niet iedereen zich noodzakelijk aansluit bij de logica van de tekstuele interpretatie, en ook krediet geeft aan “de bedoeling van de wetgever” en zodoende meer ruimte laat voor de stelling dat private ICB’s ook onder de

046 toepassing van de Kaaimantaks kunnen vallen, althans voor zover voldaan is aan de voorwaarde inzake de aandeelhoudersstructuur, zoals gedefinieerd door artikel 2, § 1, 13^o/1, tweede en derde lid WIB/92.⁸ Dat is voor zover ons bekend tot nader order ook het standpunt van de minister van Financiën. In antwoord op een mondelinge vraag van Kamerlid Peter Vanvelthoven nam de minister van Financiën het volgende standpunt in: “*De betrokken wetswijziging heeft inderdaad tot doel zowel private als publieke en institutionele instellingen die in feite privaats worden beheerd, te viseren. Dat is heel duidelijk*”.⁹

De minister werd in deze bijgetreden door de Dienst Voorafgaande Beslissingen in haar beslissing nummer 2017.037 d.d. 14 maart 2017. Het valt echter op dat de Dienst uitdrukkelijk vermeldt dat de private ICB's niet uitdrukkelijk worden gevisieerd door de wettekst, en ter ondersteuning van haar stellingname dat ze toch onder de kaaimantaks vallen, verwijst naar het antwoord van de minister van Financiën op de parlementaire vraag van Peter Vanvelthoven: “*Bien que cet arti-*

cle ne le mentionne pas explicitement, il ressort de la question parlementaire 11276 et 11277 de Monsieur Vanvelthoven que les fonds privés sont également visés par cet article.” De tekst van de gepubliceerde beslissing van de Dienst Voorafgaande Beslissingen lijkt aan te geven dat de in de EER gevestigde “private ICB's” onder de toepassing van de kaaimantaks worden gebracht op grond van de stellingname in het antwoord van de minister van Financiën op een parlementaire vraag, waarin verwezen wordt naar “het doel” of “de bedoeling” van de wetgever”.

Op zich is er weinig bezwaar tegen dat een interpretatievraagstuk over een wettelijke bepaling wordt uitgeklaard in het antwoord van de bevoegde minister op een parlementaire vraag. Integendeel, het is een zegen dat onduidelijkheden op deze weg via ons gevierde parlementaire, democratische systeem uit de wereld kunnen worden geholpen. *In fiscalibus* kan dat ook heel zinvol zijn, bijvoorbeeld indien een onduidelijkheid in een wetsbepaling op grond van een stellingname door de minister van de Financiën in het voordeel van de belastingplichtige kan worden geïnterpreteerd. Delicater wordt het daarentegen wanneer situaties die op grond van een letterlijke lezing niet onder de toepassing van een belasting vallen, er wél onder gebracht worden

8 Zie bijvoorbeeld: A. DAYEZ, “Taxe Caïman: le SDA confirme l'application aux SICAV-FIS luxembourgeoises et précise la notion de “personnes liées entre elles”, *Act.fisc.* 2017, n° 18, p. 2.

9 Mond. Vr. nr. 11276 P. Vanvelthoven, 18 mei 2016, Kamercomm. Fin., Criv 54 Com 421, 41.

middels een stellingname door de minister van Financiën. Zodoende dreigt men afbreuk te doen aan het grondwettelijk gewaarborgd fiscaal legaliteitsbeginsel, hoeksteen van de “rule of law” in fiscale aangelegenheden.

Wetsvoorstel ingediend door twee parlementsleden van de meerderheid

Het is opmerkelijk dat, niettegenstaande het standpunt van de minister van Financiën en de beslissing van de Dienst Voorafgaande Beslissingen, twee parlementsleden van de meerderheid een wetsontwerp hebben ingediend om de kaaimantaks op een aantal punten aan te passen, en van de gelegenheid gebruik willen maken om ook de discussie over de al dan niet mogelijke toepassing van de Kaaimantaks op de in de EER gevestigde private ICB's via een wetgevend ingrijpen te repareren.¹⁰

“Volgens een tekstuele interpretatie ontsnappen “ICB's opgericht in een privaat kader” aan de Kaaimantaks.”

Uit de tekst van de artikelsgewijze bespreking bij artikel 3 blijkt zeer duidelij-

lijk dat de indieners zich, voor wat de interpretatie van de bestaande wetgevende teksten betreft, helemaal aansluiten bij de ook door ons verdedigde tekstuele interpretatie: *Vanuit deze optiek is het volgens de indieners dan ook duidelijk dat een SICAV-SIF zich in algemene regel bevindt in de categorie van de “ICB's opgericht in een privaat kader”, welke dus ontsnappen aan de toepassing van de Kaaimantaks.*¹¹

Anderzijds willen de auteurs van het wetsontwerp de toepassing van de Kaaimantaks graag uitgebreid zien naar “ICB's opgericht in een privaat kader”, althans voor zover voldaan is aan de relevante voorwaarden inzake de aandeelhoudersstructuur zoals voorzien door artikel 2, § 1, 13^o/1, tweede en derde lid WIB/92. Daartoe wordt een nieuwe “draft” van artikel 2, § 1, 13^o/1, tweede lid WIB/92 voorgesteld, waarbij wordt aangegeven welke ICB's in het tweede lid bedoeld worden, en waarbij de ICB's die niet openbaar worden uitgegeven, en niet uitsluitend zijn voorbehouden aan “in aanmerking komende beleggers” uitdrukkelijk mee worden vermeld.

¹¹ Doc. 54, 2419/001, pagina 12. Er wordt in de voetnoten van het wetsontwerp overigens ook uitgebreid verwezen naar rechtsleer, waaronder een aantal keren naar onder meer onze bijdrage samen met collega G.D. GOVYAERTS “De Kerstman en de Kaaimantaks. Wanneer zijn Luxemburgse sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35.

¹⁰ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2419/1.

048 Alle goede bedoelingen van de twee indieners ten spijt, vanuit legistiek-technisch oogpunt lijkt ons dit geen ideale oplossing, en wel omdat het tot gevolg heeft dat afbreuk wordt gedaan aan de intrinsieke logica van artikel 2, § 1, 13°/1 WIB/92. Het eerste lid van deze bepaling beoogt een aantal entiteiten uit te sluiten van het algemene toepassingsgebied van de Kaaimantaks. Het tweede lid voorziet een “uitzondering op de uitzondering”: door het eerste lid uitgesloten entiteiten kunnen wél onder het toepassingsgebied van de Kaaimantaks vallen indien “de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd”. Het is niet logisch om in het tweede lid uitdrukkelijk te gaan inschrijven dat de “uitzondering op de uitzondering” ook van toepassing is op ICB’s die niet openbaar worden uitgegeven, en niet uitsluitend zijn voorbehouden aan “in aanmerking komende beleggers”, toch niet als je weet dat deze ICB’s *a priori* niet onder het eerste lid vallen. Het zou de opbouw van artikel 2, § 1, 13°/1 WIB/92 in zijn algemeenheid inconsistent maken, wat (opnieuw) aanleiding

zou kunnen geven tot interpretatiemoeilijkheden.

CONCLUSIE

Het blijft onduidelijk of er een voldoende wettelijke basis is om de Kaaimantaks toe te passen op niet-openbaar uitgegeven ICB’s die ook voor fysieke personen toegankelijk zijn, althans indien de ICB’s in de EER gevestigd zijn (zoals de Luxemburgse Sicav-SIF). Belastingplichtigen die een participatie aanhouden in een “*fonds dédié*” compartiment van een dergelijke ICB, en die voor de aanslagjaren 2016 en 2017 op grond van de Kaaimantaks transparant belast zijn geworden op de inkomsten van het compartiment hebben alvast een aantal argumenten om binnen de relevante termijnen bezwaar in te dienen, de ingekohierde belasting aan te vechten en de eventueel betaalde belasting terug te vorderen. Zij kunnen er zich wel aan verwachten dat ze hun zaak tot voor de rechtbank zullen moeten uitvechten, want de kans dat ze van de Fiscale Administratie in de bezwaarprocedure gelijk zullen krijgen, lijkt ons toch heel gering.