

## DOCTRINE

**De kaaimantaks als de yin en yang van de Belgische fiscaliteit.  
Een kritische commentaar bij de invoering van het nieuwe EER-KB en  
niet-EER-KB**

*Gerd D. Goyvaerts en Christophe Coudron<sup>1</sup>*

## INHOUD

Inleiding.....	851
I. Het nieuwe EER-KB van 21 november 2018 .....	852
A. De totstandkoming van de tekst en de rechtsgeldigheid ervan .....	852
B. De radicale drievuldigheid van het EER-KB.....	854
C. Artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB: kaaimantaks en in de EER gevestigde ICB's .....	855
1. Wettelijke bepalingen .....	855
2. In de EER gevestigde ICB's: impact van het nieuwe EER-KB. ....	857
3. Lex specialis generali derogat t.a.v. artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB. ....	861
4. De toepassingsfeer van de Europese richtlijnen wat de ICB's betreft.....	862
D. Artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB en artikel 1, derde lid EER-KB: de hybride vennootschappen.....	863
1. Algemeen .....	863
2. De sui generis 1%-taxatie-uitsluiting voor hybride vennootschappen.....	864
E. Artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB: veralgemeende toepassing van de kaaimantaks op de niet belaste of laag belaste entiteiten binnen de EER. ....	865
1. Inleiding.....	865
2. De berekening van de 1%-drempel.....	866
a) Algemeen.....	866
b) Betekent de 1%-drempel dat er nu in de kaaimantaks een “dubbele drempel” is, zijnde een 15%-drempel buiten de EER en een 1%-drempel binnen de EER? .....	867
c) Welke (bron)belastingen komen in aanmerking om de 1%-drempel “op te vullen”? .....	868
d) Waarom 1%?.....	868
e) Hoe streng moet/mag de 1%-drempel worden toegepast? .....	869
f) Wat met de rechtmatigheid van het onderscheid tussen het Belgische regime, dat als “norm” wordt gehanteerd, en andere EU- en EER-belastingregimes? .....	869
g) Vanuit welk set van boekhoudkundige regels dient de belastbare grondslag voor de 1%-drempel te worden berekend? .....	871
h) Wat met overdraagbare fiscale verliezen? .....	871
i) Wat met de impact van voorafbetalingen? .....	871
j) Wat met minderheidsparticipaties? .....	871
k) Wat met de heffingsregels van de toepasbare dubbelbelastingverdragen bij de bepaling van de 1%-taxatieregels? .....	872
l) En wat met Belgische vaste inrichting-winst? .....	872
m) Gaat er een (on)(weerlegbaar) vermoeden uit van de 1%-grens? .....	873
n) Quid het jojo-effect veroorzaakt door het EER-KB? .....	873
o) En wat met een gebroken boekjaar?.....	874
F. De verdragsuitsluiting van art. 1, tweede lid EER-KB .....	874
1. De verdragsuitsluiting als nuttig principe .....	874

1. De auteurs zijn advocaat bij Tiberghien Advocaten en hebben reeds talrijke publicaties en voordrachten over de kaaimantaks gepleegd ([www.tiberghien.com](http://www.tiberghien.com)). Christophe Coudron legt zich toe op de fiscaliteit van beleggingsproducten en heeft de delen over de ICB's in de nrs. I, C. en II., A. in deze bijdrage voor zijn rekening genomen. Voor vragen en opmerkingen kan u de auteurs bereiken op [GerdD.Goyvaerts@tiberghien.com](mailto:GerdD.Goyvaerts@tiberghien.com) en [Christophe.Coudron@tiberghien.com](mailto:Christophe.Coudron@tiberghien.com).



2.	<i>De basisvoorwaarden van de verdragsuitsluiting</i> . . . . .	875
3.	<i>Een fictieve vaste inrichting als onderdeel van de verdragsuitsluiting</i> . . . . .	876
G.	<i>De substance-uitsluiting binnen de context van het EER-KB</i> . . . . .	877
1.	<i>Algemeen</i> . . . . .	877
2.	<i>De substance-uitsluiting binnen de EER in het licht van de Europese rechtspraak</i> . . . . .	879
H.	<i>Over de impliciete verwijzing naar de juridische constructie type 1</i> . . . . .	881
II.	<i>Het nieuwe niet-EER-KB van 6 mei 2019</i> . . . . .	882
A.	<i>Buiten de EER gevestigde ICB's: (het gebrek aan) impact van het nieuwe "niet-EER-KB"</i> . . . . .	883
1.	<i>Algemeen</i> . . . . .	883
2.	<i>Privaat uitgegeven ICB's gevestigd buiten de EER, de fonds dédié-voorwaarde en de letterlijke interpretatie van de wettekst versus het vertrouwensbeginsel</i> . . . . .	883
3.	<i>Institutionele, publiek uitgegeven en beursgenoteerde ICB's of de doorwerking van de wettelijke "fonds dédié"-voorwaarde</i> . . . . .	884
B.	<i>Hybride vennootschappen buiten de EER</i> . . . . .	884
C.	<i>Geen sui generis taxatiedrempel- noch verdragsuitsluiting in het niet-EER-KB</i> . . . . .	885
III.	<i>Voorbeelden</i> . . . . .	885
A.	<i>De Franse SCI</i> . . . . .	885
B.	<i>De Monegaskische SCI nader bekeken</i> . . . . .	887
C.	<i>De Franse SCP</i> . . . . .	887
D.	<i>De Liechtensteinse Stiftung onder de loep</i> . . . . .	888
E.	<i>De Luxemburgse Soparfi ondersteboven gekeerd</i> . . . . .	890
F.	<i>De Nederlandse STAK, quo vadis?</i> . . . . .	891
1.	<i>Principiële onderworpenheid van de STAK aan de kaaimantaks vanaf 1 januari 2018</i> . . . . .	891
2.	<i>De meerwaarden bij certificering</i> . . . . .	893
3.	<i>De periodieke inkomsten</i> . . . . .	893
4.	<i>De taxatie bij uitkering</i> . . . . .	893
5.	<i>De meerwaarden bij royerering</i> . . . . .	894
6.	<i>De aangifteplicht als oprichter van de STAK</i> . . . . .	894
7.	<i>En wat met gecertificeerde vorderingen?</i> . . . . .	895
G.	<i>En wat met de Belgische private stichting die als certificeringsvehikel wordt gebruikt?</i> . . . . .	895
IV.	<i>Samenloop van de regels inzake de kaaimantaks met de uitkeringsfiscaliteit van beleggingsvennootschappen binnen en buiten de EER</i> . . . . .	896
V.	<i>Inwerkingtreding van de nieuwe KB's</i> . . . . .	896
A.	<i>Het nieuwe EER-KB van 21 november 2018</i> . . . . .	896
B.	<i>Het nieuwe niet-EER-KB van 6 mei 2019</i> . . . . .	897
VI.	<i>Conclusies bij de beide nieuwe KB's ... het EER-KB is een game changer</i> . . . . .	897

## SAMENVATTING

De kaaimantaks was eerder door de wet van 25 december 2017 al verveld tot kaaimantaks 2.0; intrinsiek hetzelfde gebleven doch qua effectiviteit en toepassing voorwerp van een gedaanteverwisseling. Desalniettemin bleef die kaaimantaks 2.0 wat de EER betreft grotendeels dode letter, op de Luxemburgse SPF en de Liechtensteinse Stiftung en Anstalt na. Ook wat de ICB's betreft die in de EER gevestigd waren was er, ofschoon niet geheel onomstreden, een begin van interpretatieve duidelijkheid over de reikwijdte van de wetteksten in samenlezing met het oude KB van 18 december 2015. Het nieuwe EER-KB van 21 november 2018 echter gooit dit alles weerom driftig door elkaar en creëert, vooral met de zogenaamde "1%-entiteiten", heel wat onduidelijkheid voor de praktijk. Voortaan, dit is vanaf 1 januari 2018, kan elke "normaal belaste" vennootschap gevestigd in een EER-lid-

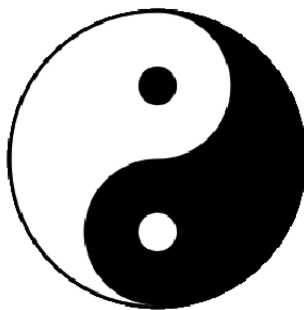
staat – dus mét inbegrip van de EU – onder de toepassings-sfeer van de kaaimantaks vallen. Deze situatie is nu meer dan ooit actueel daar menig aandeelhouder van zo'n entiteit, nu voor het eerst voor de aangifte personenbelasting aanslagjaar 2019, heeft dienen te besluiten die al dan niet als beweerdelijke juridische constructie aan te geven, aangifte die ondertussen wellicht reeds werd ingediend. Zoals hierna zal blijken, is dat echter zeker géén uitgemaakte zaak. De kaaimantaks "verrijkt" met het nieuwe EER-KB, heeft daarmee een yin en yang-effect op de Belgische fiscaliteit. De vennootschapsbelasting wordt immers via de kaaimantaks een onlosmakelijk deel van de personenbelasting, en omgekeerd, net zoals de yin en yang kosmische dualiteit niet louter tegenstellingen, maar vooral complementaire en elkaar aanvullende waarden zijn. Of dit nu een toe te juichen evolutie is, valt echter ernstig te betwijfelen.



## RESUME

Par la loi du 25 décembre 2017, la taxe caïman s'est muée en taxe caïman 2.0. Intrinsèquement, rien ne change, mais en ce qui concerne son effectivité et son application, elle a fait l'objet d'une métamorphose. Néanmoins, en ce qui concerne l'EEE, cette taxe caïman 2.0 restait en grande partie lettre morte, si ce n'est pour la SPF luxembourgeoise et la Stiftung et l'Anstalt liechtensteinoise. De même, en ce qui concerne les organismes de placements collectifs (OPC) établis dans l'EEE, bien que cela ne soit pas tout à fait incontesté, l'on a bénéficié d'un peu plus de clarté quant à la portée des textes légaux dans une lecture conjointe avec l'ancien arrêté royal du 18 décembre 2015. Mais le nouvel arrêté royal du 21 novembre 2018 chamboule à nouveau tout et cela crée, surtout avec ce qu'on appelle les « entités 1% », une grande incertitude pour la pratique. En effet, désormais, c'est-à-dire

à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018, toute société « normalement imposée » établie dans un État membre de l'UE ou de l'EEE peut tomber dans le champ d'application de la taxe caïman. Cette situation est plus que jamais d'actualité vu que nombre d'actionnaires devront, pour la première fois pour la déclaration à l'impôt des personnes physiques relative à l'exercice d'imposition 2019, décider si oui ou non ils les déclarent comme construction juridique. Comme cela apparaîtra ci-après, il ne s'agit toutefois pas d'une fatalité. La taxe caïman « enrichie » d'un nouvel arrêté royal EEE a un effet yin yang sur la fiscalité belge. Par la taxe caïman, l'impôt des sociétés devient en effet une part indissociable de l'impôt des personnes physiques, et vice versa, et tout comme dans leur dualité cosmique, le yin et le yang, ils s'opposent tout en étant complémentaires. L'on peut toutefois douter que cette évolution soit positive.



## Inleiding

In deze bijdrage<sup>2</sup> over de kaaimantaks zoals die wordt toegepast in samenlezing met het nieuwe EER-KB en niet-EER-KB, zullen we in een eerste deel stilstaan bij de wijzigingen die werden aangebracht door het nieuwe KB van 21 november 2018 en hoe deze het fiscale regime van de doorkijkbelasting binnen de EER diepgaand heeft door elkaar geschud<sup>3</sup>. Daarbij kunnen we gemakkelijk spreken van, wat de EER betreft, een herijking van het bestaande regime van de kaaimantaks, daar voorheen binnen de EER, op de notoire uitzonderingen van de Luxemburgse SPF, de Liechtensteijnse Stiftung en Anstalt na, de kaaimantaks in zijn zuivere vorm eigenlijk niet eens van toepassing was. De “onzui-

vere vorm” van de kaaimantaks, doelt dan met name op de problematiek van de zogenaamde gecompartmenteerde sicav dédié (binnen de EER) waarvan het aandeelhouder-schap in een “onderlinge verbondenheid” wordt gehouden. Over deze problematiek zijn reeds talrijke artikels in de rechtsleer verschenen en bestond tot aan de publicatie van het KB van 21 november 2018 principiële betwisting<sup>4</sup>. In die zin is het KB van 21 november 2018 wat de EER betreft dan ook een echte “game changer”. Al diegenen die dachten dat de kaaimantaks *de facto* alleen op particuliere vermogens van toepassing was, werden door dit KB brutaal wakker geschud. Plots ligt de hele EU binnen het potentiële bereik van deze bijzondere heffingsgrondslag. In een tweede deel staan we dan stil bij het nieuwe niet-EER-KB van 6 mei 2019 dat

2. Deze tekst is een verregaande herwerking van het deel III, dat eerder werd gepubliceerd in *TFR*: G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 642-697. Zie ook G.D. GOYVAERTS en Chr. COUDRON, “Kaaimantaks, a never ending story”, *Fisc.Act.* 2018, nr. 22, 11-16; G.D. GOYVAERTS en Chr. COUDRON, “Kaaimantaks, nieuw EER-KB werkt terug tot 1 januari 2018”, *Fisc.Act.* 2018, nr. 42, 9-13. Aangezien de kaaimantaks een zeer omvangrijke materie is, die eerder tot zeer complex is naar de onderliggende theorie, is het volstrekt onmogelijk deze in een korte bijdrage volledig toe te lichten. De auteurs noch het kantoor Tiberghien kunnen gehouden worden voor enig gevolg van de toepassing van de behandelde materie in een concreet geval.

3. KB 21 november 2018 tot aanpassing van het koninklijk besluit van 18 december 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13<sup>a</sup>, b), tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (*BS* 3 december 2018, 93.507), bekrachtigd bij artikel 26 van de wet van 11 februari 2019 houdende fiscale, fraude bestrijdende, financiële alsook diverse bepalingen (*BS* 22 maart 2019, 28.352).

4. B. PHILIPPART DE FOY en A. DAYEZ, “Taxe Caïman: application aux fonds d'investissement et aux Sicav-FIS dédiées”, *RPP* 2015, afl. 4, 441-433; G.D. GOYVAERTS en Chr. COUDRON, “Wanneer zijn Luxemburgse Sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35; D.E. PHILIPPE, “Elargissement de la taxe caïman: les Sicav dédiées luxembourgeoises dans la ligne de mire”, *Act.fisc.* 2016, afl. 6, 7-10; E. VERSTRAELEN, *De fiscale analyse van geregelende instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht in een Europese context*, Doctoraat Universiteit Antwerpen, 2016, randnrs. 644 et seq.; Chr. COUDRON, “Voorafgaande beslissing 2017.037 van 14 maart 2017 over de kaaimantaks en de Luxemburgse SICAV-SIF: een moeilijke kwalificatie-oefening...”, *TBF* 2017, nr. 2, 40-48.



deels analoog werd aangepast maar in zijn uitwerking alleszins veel minder ingrijpend doorwerkt<sup>5</sup>. In een derde deel werken we een aantal veel voorkomende toepassingsvoorbeelden nader uit.

Binnen het kader van deze bijdrage pogen we de motivering onderliggend aan deze wijzigingen te duiden alsmede een commentaar te geven bij de concrete impact die de door deze beide KB's veroorzaakte wijzigingen kunnen hebben, en dan vooral ter zake van het EER-KB. Voor zover mogelijk wordt dat geïllustreerd met een aantal eenvoudige voorbeelden en diverse topics die separaat worden besproken. Ter zake van de kaaimantaks 1.0 en de kaaimantaks 2.0 in zijn algemeenheid wordt verwezen naar de reeds eerder in dit tijdschrift gepubliceerde bijdragen alsmede naar een deel van de andere rechtsleer ter zake<sup>6</sup>. De principes van de kaaimantaks zoals deze uit de wet blijken worden in deze bijdrage dus niet nogmaals uitgelegd.

5. KB 6 mei 2019 (BS 16 mei 2019).

6. Voor een meer volledige wedersamenstelling van de historiek van de kaaimantaks wordt verwezen naar G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, afl. 490-491, 865-923; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017", *TFR* 2018, afl. 545, 642-697. Ter zake de rechtsleer over de kaaimantaks 1.0 wordt verwezen naar de lijst weergegeven in het *Handboek Tiberghien 2017-2018*, randnr. 12000. M. DAUBE, "Nouvelles obligations de déclaration fiscale: exigence légitime ou auto-incrimination prohibée?", *RGCF* 2013, afl. 4, 249-278; W. VETTERS en J. BONNE, "Private vermogensstructuren aangepakt met doorkijkbelasting", *Fisc.Act.* 2013, afl. 42, 1-4; A. VAN ZANTBEEK, "Vrij gesteld. Constructies aangeven", *TFR* 2014, afl. 463-464, 511-515; G.D. GOYVAERTS, "Kaaimantaks treft oprichters en begunstigen van buitenlandse constructies", *Fisc.Act.* 2015, afl. 16, 7-14; B. PEETERS, "Belgische 'kaaimantaks' laat nog vele vragen onbeantwoord", *Fiscoloog (I.)* 2015, afl. 379, 4-8; P. SMET, "'Doorkijkbelasting': ook soms 'before cash' en zelfs 'regardless of cash'", *Fiscoloog* 2015, afl. 1429, 1-8; H. VERSTRAETE en L. MIGALSKI, "De 'Kaaimantaks': analyse en eerste bedenkingen", *RGCF* 2015, afl. 3, 4; G.D. GOYVAERTS, "Enkele beschouwingen over de kaaimantaks en de Luxemburgse SPF", *VIP* 2015, afl. 4, 47; B. PHILIPPART DE FOY en A. DAYEZ, "Taxe Caïman: application aux fonds d'investissement et aux Sicav-FIS dédiées", *RPP* 2015, afl. 4, 441-433; J. VAN DYCK, "Juridische constructies: eerste 'uitgebreide' vragenlijsten zijn verstuurd", *Fiscoloog* 2015, afl. 1440, 1-7; J. VAN DYCK, "'EER'- en 'niet-EER'-lijst juridische constructies gepubliceerd", *Fiscoloog* 2015, afl. 1441, 1-4; G.D. GOYVAERTS, "Geen kaaimantaks als er voldoende 'substance' is", *Fisc.Act.* 2015, afl. 22, 1-5; M. DHAENE, "Voorstel tot vervanging van het net ingevoerde artikel 18, 2<sup>o</sup>ter b) WIB 1992 door een duidelijke regel tot vermijding van dubbele belasting", *VIP* 2015, afl. 485, 607-609; V.A. DE BRAUWERE en C. WILS, "Taxe Caïman: le crocodile aux dents longues", *RGF* 2015, afl. 8, 5-24; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, afl. 490-491, 865-923; A. VAN ZANTBEEK, "Olsen. Duidelijke krijtlijnen voor CFC-wetgeving, transparante belastingheffingen en kaaimantaksen binnen de Europese Economische Ruimte", *TFR* 2015, afl. 490-491, 945-948; M. GOSSIAUX, "Taxe Caïman: la taxation par transparence des constructions juridiques étrangères", *RGCF* 2015, afl. 4-5, 303-319; N. APPERMONT, "De kaaimantaks", *AFT* 2015, afl. 11, 5-37; G.D. GOYVAERTS, "Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt", *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6; J. VAN DYCK, "Kaaimantaks: geen verkapte regularisaties kapitalen meer mogelijk", *Fiscoloog* 2016, afl. 1458, 1; V.A. DE BRAUWERE en C. WILS, "Tax Caïman ou la taxation par transparence des structures patrimoniales 'paradisiales'", *Act.fisc.* 2016, afl. 1, 1-6; Th. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des 'constructions juridiques' (première partie)", *JDF* 2016, 5-45; Th. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des 'constructions juridiques' (deuxième partie)", *JDF* 2016, 65-112; G.D. GOYVAERTS, "New Belgian CFC legislation for private wealth structures or Cayman tax", *Journal of International tax, Trust and Corporate Planning* 2016, vol. 23, afl. 1, 25; G.D. GOYVAERTS en Chr. COUDRON, "Wanneer zijn Luxemburgse Sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?", *VIP* 2016, afl. 1, 35; D.E. PHILIPPE, "Elargissement de la taxe caïman: les Sicav dédiées luxembourgeoises dans la ligne de mire", *Act.fisc.* 2016, afl. 6, 7-10; K. DE HAEN, "Wet reeds aangepast: Jaws II of Finding Nemo?", *Intern.Fisc.Act.* 2016, afl. 2, 5-8; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, afl. 504, 572-580; P. DEBAENE en S. SLAETS, "Bespreking rulling nr. 2015-538 van 22 december 2015", *TFR* 2016, afl. 504, p. 601-605; F. DEBELVA, A.M. VANDEKERKHOVE en G. VERACHTERT, "Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?", *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1-6; F. DEBELVA, en A.M. VANDEKERKHOVE, "Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen", *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3-7; J. VAN DYCK, "Aangifte rechtspersonenbelasting: ook uitkijken voor 'kaaimantaks'", *Fiscoloog* 2016, afl. 1479, 2-4; G.D. GOYVAERTS, "De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks", *VIP* 2016, afl. 3, 46-50; Ph. HINNEKENS en L. WELLENS, "Rulingcommissie: wel kaaimantaks op inkomsten 'trust', niet op uitkeringen", *Fiscoloog* 2017, afl. 1512, 8-11; Ph. HINNEKENS en L. WELLENS, "'Gecertificeerde maatschap': toepassing kaaimantaks bevestigd", *Fiscoloog* 2017, afl. 1514, 5-8; G.D. GOYVAERTS, "Rulings kaaimantaks herijken notie 'oprichter'", *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3-10; G. VERACHTERT, "Geveinsde structuur kan geen belastbaar dividend uitkeren", *Fisc.Act.* 2017, afl. 21, 4-10; D.E. PHILIPPE, "Geen kaaimantaks op Luxemburgse SICAV – SIF?", *Fisc.Act.* 2017, afl. 30, 6-11; M. DELANOTE en D.E. PHILIPPE, "Les doubles structures et l'article 344, § 1 CIR: quels sont les actes posés par le contribuable susceptibles d'abus?", *RGCF* 2017, nr. 5, 42-50, tevens gepubliceerd in *TFR* 2018, afl. 535, 121-139; N. APPERMONT en B. PEETERS, "Kaaimantaks 2.0, exithellingen en vrijheid van vestiging, troebel water?", *Fiscoloog (I.)* 2018, afl. 412, 5-8; N. APPERMONT en B. PEETERS, "The Belgian Cayman Tax 2.0: exit taxes worrisome for trust practitioners?", *Trust & Trustees*, april 2019, 343-358; G.D. GOYVAERTS, "The changes introduced by the Belgian look-through taxation regulations or Cayman Tax 2.0", *Trust & Trustees*, maart 2019, 202-236; N. APPERMONT, "Fiscaliteit, neutraliteit en kaaimantaks", *Financieel Forum Bank en Financieuzen* 2018, afl. 1, 78-90; A. BIESMANS, "Trusts, quo vadis" in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 35; G.D. GOYVAERTS, "Trust (en Stiftung) voor vermogensplanning anno 2018, quo vadis" in B. PEETERS (ed.), *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 375; B. PEETERS en G. VERACHTERT (eds.), *De kaaimantaks: Panta Rhei*, Mechelen, Kluwer, 2019, 842 blz., maar aangezien deze bijdrage echter reeds redactioneel afgesloten werd vooraf aan de verschijning van dit omvangrijke boek, dat bestaat uit verschillende grondig uitgewerkte bijdragen van diverse auteurs, konden helaas, op een eenzame uitzondering na, géén verwijzingen meer worden opgenomen.

7. G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017", *TFR* 2018, afl. 545, 695, vn. 153.

## I. Het nieuwe EER-KB van 21 november 2018

### A. De totstandkoming van de tekst en de rechtsgeldigheid ervan

De totstandkoming van het EER-KB heeft heel wat voeten in de aarde gehad. In tegenstelling tot fiscale wetten zijn er van fiscale KB's immers geen voorbereidende werken, en is er geen parlementair debat in de commissie voor Financiën. Dit neemt echter niet weg dat over de bewuste tekst stevig werd gediscussieerd binnen de daartoe bevoegde gremia, discussie waarvan er echter geen officiële rechtsbronnen zijn. Dit valt te betreuren daar het bij gebrek aan bronnen vaak zeer moeilijk is om te achterhalen wat nu precies de bedoeling is geweest van de auteurs van de tekst. Eerder in dit tijdschrift hebben we daarover al opgemerkt dat zulks de rechtszekerheid voor de burger niet ten goede komt<sup>7</sup>. In het verslag aan de Koning staan er echter wel een paar nuttige zaken vermeld, edoch ook die tekst is voorwerp van felle discussie geweest, en de draagwijdte ervan is niet geheel duidelijk. Daar-



om een herhaling van ons pleidooi om ter zake de totstandkoming van fiscale KB's, met name die waarvan de rechtsgeldigheid afhangt van een bekrachtigingswet zoals *in casu*, in de publicatie te voorzien van een ruimer opgevatte “*memorie van toelichting*”, om zodoende de burger in staat te stellen zich ter zake de bedoeling van de auteurs terdege te informeren.

Het begon allemaal met een bemerking over een gewenste aanpassing van de regeling inzake instellingen voor collectieve beleggingen in zoverre deze een privaat karakter hebben, wat op grond van een strikte lezing van de kaaimantaks 1.0 in samenlezing met het KB van 18 december 2015 tot gevolg heeft dat deze ondanks hun privaat karakter, niet aan de kaaimantaks kunnen worden onderworpen. Enige wijziging van dat stelsel was immers niet in de wet van 25 december 2017 opgenomen. Hierover ondervraagd in het parlement<sup>8</sup> bevestigde de toenmalige minister van Financiën dat in de regering werd besloten dat de aanpassingen aan het KB van 18 december 2015 van toepassing zullen zijn op de inkomsten die vanaf 1 januari 2018 werden verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie. Dit KB zou in de loop van 2018 worden gepubliceerd om zijn effect voor het volle jaar te sorteren, waarbij de minister verwachtte dat tegen de zomer van 2018 de publicatie van dit KB een feit zou zijn. De ministerraad van 8 juni 2018 keurde vervolgens op voorstel van de minister van Financiën inderdaad twee ontwerpen van koninklijk besluit goed over het toepassingsgebied van het aanslagstelsel dat van toepassing is op juridische constructies. Het eerste ontwerp betrof een hernieuwing van het EER-KB, het tweede ontwerp van het niet-EER-KB. Deze ontwerpen werden vervolgens ter advies voorgelegd aan de Raad van State die per ontwerp-KB een apart advies heeft gegeven<sup>9</sup>. De conclusie van dit advies over het toenmalige ontwerp van niet-EER-KB was dat in de toenmalige tekst van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid WIB 1992 de rechtsgrond ontbrak om een dergelijk verregaande tekst aan de Koning voor te leggen<sup>10</sup>.

Dit heeft er dan vervolgens toe geleid dat de tekst van het betreffende artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid WIB 1992 bij artikel 25 van de wet van 11 februari 2019 werd aangepast door de verwijzing naar “*de voor welbepaalde staten of rechtsgebieden beoogde rechtsvormen*” te vervangen door de woorden “*de gevallen*”, waardoor de bevoegdheid van de Koning analoog werd aan die zoals voorzien ter zake van het

EER-KB in artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992. Eén en ander resulteerde wel in een vertraging, wat er meteen de oorzaak van was dat de goedkeuring van de tekst van het niet-EER-KB diende te worden verschoven naar 2019. Daardoor treedt het niet-EER-KB pas in werking vanaf 1 januari 2019, waar het EER-KB wél reeds vanaf 1 januari 2018 kon in werking treden.

Als we de tekst van het EER-KB-advies lezen dan vinden we inhoudelijk omzeggens geen enkele relevante bemerking over de toen aan de Raad van State voorgelegde tekst. Feit is echter dat de tekst die uiteindelijk het KB van 21 november 2018 geworden is, in zeer belangrijke mate afwijkt van de tekst die werd voorgelegd aan de Raad van State. Anderzijds is het zo dat wat het belangrijkste punt van kritiek op het EER-KB betreft, zijnde de 1%-taxatiedrempel, dat deze ook reeds vervat was in het aan de Raad van State voorgelegde ontwerp. Zoals reeds eerder opgemerkt heeft de Raad van State daar dus géén commentaar op gegeven, wat op zich toch wel mag verbazen, zoals hierna zal blijken<sup>11</sup>. Nadat de Raad van State zijn advies had gegeven werden de werkzaamheden aan het niet-EER-KB even on hold geplaatst en werd naarstig verder geborduurd aan het EER-KB. Het is in die fase dat de *sui generis* 1%-taxatie-uitsluiting en de verdragsuitsluiting (zie uitgebreid *infra*) in de tekst zijn beland. Nadat de betreffende auteurs alle mogelijke kritische overwegingen ter zake van de 1%-taxatieregels nauwkeurig hebben afgewogen en finaal als “*collateral damage*” hebben afgedaan, werd de tekst in zijn huidige vorm afgewerkt en voorgelegd aan de ministerraad die deze op 19 november 2018 heeft goedgekeurd, waarna deze dan na ondertekening door de Koning op 21 november 2018, op 3 december 2018 werd gepubliceerd.

Het niet-EER-KB werd finaal gereduceerd tot een tekst die, voortbordurend op een deel van de aanpassingen aan het EER-KB, bij KB van 6 mei 2019 een nieuw artikel 1/1 toevoegde aan het bestaande KB van 23 augustus 2015 en die op 16 mei 2019 werd gepubliceerd.

Bepaalde auteurs werpen in nieuwsbrieven de these op dat het EER-KB niet rechtsgeldig zou zijn daar de tekst ervan te veel afwijkt van de tekst van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992 en dat de Koning daarmee zijn bevoegdheid heeft overschreden. Wij delen die mening niet om twee redenen.

Vooreerst werd de tekst van het EER-KB bekrachtigd bij wet

8. *Hand.* Kamer 2017-18, 22 mei 2018, CRIV 54 COM 901, 33-34 (Vr. nr. 25336 P. VANVELTHOVEN).

9. Advies nr. 63.716/3 van 4 juli 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit tot aanpassing van het koninklijk besluit van 18 december 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB (EER-KB) en advies nr. 63.712/3 van 11 juli 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit tot aanpassing van het koninklijk besluit van 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid WIB (niet-EER-KB). Beide adviezen zijn makkelijk terug te vinden via [www.raadvanstate.be](http://www.raadvanstate.be).

10. Advies nr. 63.712/3 van 11 juli 2018, 4-8. “*De uitleg van de gemachtigde neemt evenwel niet weg dat in de ingeroepen rechtsgrond gewag wordt gemaakt van het bepalen van ‘voor welbepaalde staten of rechtsgebieden’ beoogde rechtsvormen die vermoed worden te voldoen aan de omschrijving in het eerste lid ervan, wat er op duidt dat een concrete opgave van rechtsvormen voor elke betrokken staat of voor elk betrokken rechtsgebied vereist is. Al is het zo dat in de ingeroepen rechtsgrond uitdrukkelijk wordt bepaald dat de opsomming van rechtsvormen niet beperkend is en dat niets belet dat de Koning op grond van zijn algemene uitvoeringsbevoegdheid (art. 108 Gw.) de omschrijving van een juridische constructie bedoeld in het eerste ‘lid’ van artikel 2, § 1, 13°, b), van het WIB 1992 nog nader specificeert, toch laat dat geen uitbreiding toe van het bij het derde lid ingestelde vermoeden tot bepaalde rechtsvormen die op een meer algemene wijze worden omschreven. Zoals reeds is vermeld, is dat vermoeden immers door de wetgever gekoppeld aan het in het genoemde derde lid omschreven geval dat de Koning de betrokken rechtsvormen voor welbepaalde staten of rechtsgebieden heeft vastgesteld. De conclusie is derhalve dat het ontworpen besluit rechtsgrond ontbeert.*”

11. G.D. GOYVAERTS en Chr. COUDRON, “Kaaimantaks, nieuw EER-KB werkt terug tot 1 januari 2018”, *Fisc.Act.* 2018, afl. 42, 12.



van 11 februari 2019, zoals reeds hoger vermeld. Dat maakt dat de klassieke voorrangswet/KB niet meer aan de orde is. Wel kan een vraag worden gesteld bij de timing van de bekrachtigingswet die slechts in 2019 werd gestemd, waar het EER-KB terugwerkt tot 1 januari 2018. Dat niet erg elegante feit is o.i. echter gedekt door de bepaling in artikel 2, § 1, 13°, b), vierde lid WIB 1992 die voorziet in een termijn van 12 maanden om dat KB te bekrachtigen bij wet, termijn die pas begint te lopen bij publicatie van het KB in het *Belgisch Staatsblad*, in casu dus per 3 december 2018<sup>12</sup>. Aangezien de bekrachtigingswet werd gestemd op 11 februari 2019, amper 2 maanden later, is er geen enkel probleem. Er zullen natuurlijk altijd wel procedurele scherpslijpers zijn die vinden dat dat KB tevens “in het zelfde jaar” als het KB zélf had moeten worden bekrachtigd, maar dat staat nergens in de wet. Bovendien, indien een termijn van 12 maanden, zijnde een volledig jaar, wordt voorzien, dan is het intrinsiek bepaald dat deze “per definitie” in een volgend jaar kán worden gestemd. Dus we zullen met interesse het arrest van het Grondwettelijk Hof hierover lezen (als het ooit verschijnt) maar wij denken alleszins dat dit punt géén probleem stelt. Een tweede argument is de vaststelling dat de vraag naar de rechtsgeldigheid impliciet door de Raad van State werd beantwoord in zijn verslag over het niet-EER-KB, zoals hoger toegelicht. Daaruit kunnen we immers afleiden dat door de wijziging van de woordkeuze naar “de gevallen” bij artikel 25 van de wet van 11 februari 2019 door de verwijzing naar “de voor welbepaalde staten of rechtsgebieden beoogde rechtsvormen” te vervangen door de woorden “de gevallen”, de bevoegdheid van de Koning analoog werd aan die zoals voorzien ter zake van het EER-KB in artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992. En dat bleek voor de Raad van State voldoende. Dus ook wat dat betreft is het voor ons hier “einde verhaal”.

Blijft de vraag natuurlijk naar de conformiteit van de tekst van het EER-KB met de Europese regels. Dat is echter een vraag die de reikwijdte van deze bijdrage overstijgt. Daarover valt zeker veel te zeggen, maar dat is niet ons opzet. Wij onderzoeken de tekst van het EER-KB binnen de context van de Belgische fiscale rechtsorde. Het valt echter geenszins uit te sluiten dat naar de toekomst toe zal blijken dat de kaaimantaks uitgebreid door het EER-KB de Europese EU (en deels zelfs EER) fiscale rechtsorde schendt. Deels is immers al gebleken dat het *Olsen*-arrest (zie *infra*) en het *Cadbury Schweppes*-arrest (zie *infra*) aan de kaaimantaks bepaalde grenzen stellen. Het blijft echter een open vraag of het EER-KB niet wat ruim gaat daarin. Dat zou dus best kunnen, dat hebben wij niet onderzocht. In ieder geval zijn er, zoals hierna zal blijken, afdoende andere dan Europese argumenten

om het EER-KB in het concrete geval min of meer te nuanceren *c.q.* te neutraliseren.

## B. De radicale drievuldigheid van het EER-KB

Het EER-KB van 21 november 2018 maakt “*de facto*” komaf met de these dat vennootschappen en andere entiteiten binnen de EER zoals voorzien bij artikel 2, § 1, 13°, b), eerste en tweede lid WIB 1992 in principe *niet* onder de kaaimantaks vallen. Die EER-regel die nadrukkelijk in de wet werd opgenomen, was nochtans een steunpilaar van de kaaimantaks 1.0 – en bij voortduur van de kaaimantaks 2.0 – zoals die door het parlement werd gestemd. Dat kunnen we afleiden uit een aantal passages in de *memorie van toelichting* en de doctrine die daar expliciet naar verwijzen. Zo lezen we in de *memorie van toelichting*: “Aangezien de doorkijkbelasting een antimisbruikregel is, is het logisch dat zij niet geldt voor entiteiten die werkelijke economische activiteiten uitoefenen. De mogelijkheid van dit tegenbewijs wordt in dit wetsontwerp expliciet vastgelegd. De doorkijkbelasting is dan ook een juridisch goed onderbouwde maatregel, specifiek gericht op belastingontwijking via bepaalde juridische constructies. De maatregel is streng in zijn toepassing maar schiet tegelijk zijn doel niet voorbij en kan ook de confrontatie met het Europees recht en dubbelbelastingverdragen doorstaan”<sup>13</sup>. Het is natuurlijk maar de vraag in hoeverre deze passage binnen de context van het nieuwe EER-KB nog ten volle kan worden onderschreven. Het nieuwe EER-KB dwingt de praktijkmensen alleszins dit alles verregaand te herevalueren.

Verder hadden we al opgemerkt dat door met twee KB's te werken, de regering de conformiteit met het EU- en EER-recht wilde waarborgen<sup>14</sup>. Het eerste EER-KB van 23 augustus 2015 omvat op strikt limitatieve wijze de bedoelde entiteiten uit EER-landen. Daarop stonden alléén vermeld de Stiftung en Anstalt in Liechtenstein, en de Luxemburgse SPF of ‘*société de gestion de patrimoine familial*’. Die lijst was strikt limitatief, en daarmee vooral erg duidelijk. Bij KB van 18 december 2015 werden daar dan retroactief de fonds dédié (compartimenten van) ICB's en hybride vennootschappen mét Belgische inkomsten aan toegevoegd. Daarbij dient opgemerkt dat dit eerste KB en de wettelijke bepaling waar het KB op berust, niet als een vermoeden waren geformuleerd, maar meteen de wettelijke regel poneerde<sup>15</sup>. Enig tegenbewijs was niet mogelijk. De Raad van State had ook in zijn initieel verslag nadrukkelijk verwezen naar de beperkingen die ter zake binnen de EER-context gelden<sup>16</sup>. In die zin is

12. De Koning zal bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers, onmiddellijk indien ze in zitting is, zo niet bij de opening van de eerstvolgende zitting, een ontwerp van wet indienen tot bekrachtiging van de ter uitvoering van het tweede lid genomen besluiten. Deze besluiten houden op uitwerking te hebben indien ze niet bij wet zijn bekrachtigd binnen 12 maanden na de datum van hun bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*. De bekrachtiging heeft uitwerking vanaf die datum. Bij gebreke van deze bekrachtiging binnen de voormelde termijn wordt het besluit geacht nooit uitwerking te hebben gehad.

13. Algemene bespreking Plenumvergadering Kamer 24 juli 2015, randnr. 01.132.

14. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 882.

15. *Parl.St.* Kamer 2014-15, 6 juli 2015, Doc. 54-1125/001, 163.

16. Adv.RvS nr. 58.496/2 (*Parl.St.* Kamer 2016-17) zoals gepubliceerd bij het EER-KB van 18 december 2015 (*BS* 29 december 2015, 79.843).



het dan ook merkwaardig dat de Raad van State dat voorbehoud in zijn recentere verslag bij het nieuwe EER-KB, dat die EER-exceptie integraal verwijdert, niet meer heeft herhaald. Het nieuwe EER-KB stapt af van de eerdere opsomming van verschillende rechtsvormen. In het verslag aan de Koning wordt dat als volgt verwoord: “*In het voormelde koninklijk besluit van 18 december 2015 werd voor het eerst geopteerd om gebruik te maken van de ruimer omschreven rechtsgrond, waardoor alle door U bepaalde gevallen in dit besluit kunnen worden opgenomen. Dit had tot gevolg dat U zich niet meer hoefde te beperken tot een opsomming van landen en rechtsvormen. Van deze ruimere formulering van de rechtsgrondslag wordt in het aan U voorgestelde ontwerp van besluit opnieuw gebruik gemaakt, waardoor ervoor wordt geopteerd om het toepassingsgebied van dit besluit niet meer af te bakenen door middel van een opsomming van landen en rechtsvormen, maar door exclusief gebruik te maken van specifieke definities van rechtspersonen.*”

Om het nieuwe EER-KB goed te begrijpen is het van belang de structuur ervan voor ogen te houden daar er een bepaald evenwicht werd uitgewerkt tussen principiële onderworpenheid en de toepasselijke uitzonderingen. De tekst valt daartoe uiteen in drie van elkaar te onderscheiden onderdelen met elk een eigen regeling, ondanks diverse kruisverwijzingen in de tekst.

- beleggingsinstellingen (art. 1, eerste lid, 1° en art. 1, vierde lid EER-KB);
- hybride vennootschappen (art. 1, eerste lid, 2° en art. 1, tweede en derde lid EER-KB);
- laag- en niet-belaste entiteiten (art. 1, eerste lid, 3° en art. 1, tweede lid EER-KB).

In vergelijking met het eerste ontwerp bevat de definitieve tekst van het EER-KB twee nieuwe uitzonderingen, zijnde enerzijds de *sui generis* 1%-taxatie-uitsluiting voor hybride vennootschappen en anderzijds de verdragsuitsluiting waarvan de toepassingsfeer per afzonderlijk onderdeel van artikel 1, eerste lid van het KB werd bepaald. Verder geldt tussen de diverse onderdelen van de tekst onderling de strikte interpretatieregel “*lex specialis generali derogat*”. Die regel dient goed te worden gehandhaafd om te komen tot een juiste toepassing van het EER-KB.

Ten slotte, en dat is zeker niet te veronachtzamen als toepassingsregel, geldt dit evenwicht tussen de interpretatieregel, de verdragsuitsluiting en de *sui generis* 1%-taxatie-uitsluiting alléén binnen de EER-context, en dus niet daarbuiten. Enige analoge toepassing van dat evenwicht binnen het EER-KB naar toepassingsgevallen buiten de EER is dus, in principe althans, niet aan de orde. De toepassing van de kaaimantaks binnen de EER is daardoor “anders” dan buiten de EER, en dat verschil is, zo hierna zal blijken, vrij fundamenteel.

De opstellers hebben naar verluid getracht elke interpretatieve twijfel uit te sluiten. Dat blijkt ook uit de vrij uitvoerige tekst van het verslag aan de Koning waarin doel en strekking van het EER-KB vrij uitgebreid uit de doeken wordt gedaan. Daarbij is de tekst echter dermate in spitsvondigheden vervallen dat men zich dient af te vragen of hij niet deels discriminerend werkt. De regeling is immers zo specifiek dat elke

entiteit bijna zijn eigen regime krijgt. Bovendien is men er overigens niet in geslaagd om die interpretatieve twijfel geheel weg te nemen, zoals hierna zal blijken. Met name het derde lid van artikel 1 over de *sui generis* 1%-taxatie-uitsluiting is in de toepassing ervan dermate bevreemdend én onduidelijk dat het met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid tot talrijke geschillen aanleiding kan en zal geven. Wat de interpretatie betreft zegt het verslag aan de Koning het volgende:

“*Het spreekt voor zich dat de in deze definities gebruikte terminologie moet worden geïnterpreteerd vanuit het Belgisch fiscaal wetgevend kader. Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat voor de betekenis van de begrippen ‘vennootschap’ en ‘gevestigd’, moet worden teruggevallen op de betekenis die aan deze begrippen in het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 wordt gegeven. De betekenis van de woorden ‘instelling voor collectieve belegging’ en ‘deelnemer’ moet worden begrepen vanuit de richtlijnen waarnaar in dit ontwerp wordt verwezen. Dit heeft tot gevolg dat indien aan deze begrippen in een andere staat een andere betekenis wordt toegekend, deze andere betekenis buiten beschouwing moet worden gelaten.*”

Deze louter voor doeleinden van het EER-KB opgelegde interpretatieregel lijkt ons echter geenszins voor de hand liggend, ondanks dat het verslag aan de Koning dat zo laat uitschijnen. Zo zal het begrip “vennootschap” wat de toepassing van artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB betreft, alleszins moeten worden geïnterpreteerd naar het “eigen nationaal recht” van die “vennootschap”, en niet volgens de regels van het WIB 1992.

Hierna bespreken we de principes van elk van de drie onderdelen apart, zowel wat de hoofdregel betreft, als wat de uitzonderingen aangaat én het onderlinge evenwicht. Het is immers gebleken dat een zuiver didactische opdeling te willen maken tussen de drie onderdelen 1) beleggingsinstellingen, 2) hybride vennootschappen en 3) laag- en niet belaste “minder dan 1% entiteiten”, de duidelijkheid van dit verhaal niet ten goede komt.

Nadien gaan we in op een reeks voorbeelden zoals de Franse SCI, de Liechtensteinse Stiftung, de Luxemburgse Soparfi en de Nederlandse STAK, alsmede belichten we doorheen de tekst ettelijke toepassingsgevallen en problemen die zich in de praktijk kunnen stellen. Daarin ambiëren we uiteraard geenszins enige exhaustiviteit.

## C. Artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB: kaaimantaks en in de EER gevestigde ICB's

### 1. Wettelijke bepalingen

Om de impact van de kaaimantaks op ICB's correct te kunnen analyseren zijn de relevante wettelijke bepalingen ter zake het primaire uitgangspunt. Deze waren, zijn en blijven zeer relevant, ook onder het nieuwe EER-KB, en zijn ook fundamenteel om de gevolgen van het nieuwe EER-KB correct te kunnen inschatten.



Opdat een ICB überhaupt onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks zou kunnen vallen is het eerst en vooral cruciaal dat deze valt onder de algemene definitie van juridische constructie. Voor wat ICB's met rechtspersoonlijkheid betreft is in deze artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 relevant. Er kan a priori enkel sprake zijn van een juridische constructie indien het gaat om "enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit, die rechtspersoonlijkheid bezit, en die, krachtens de bepalingen van de wetgeving van de Staat of het rechtsgebied waar hij gevestigd is, aldaar ofwel niet aan een inkomstenbelasting is onderworpen, ofwel onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder dan 15% bedraagt van het belastbare inkomen van deze juridische constructie dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten". Voor wat in de EER gevestigde ICB's betreft is het bovendien een noodzakelijke voorwaarde dat het gaat om een juridische constructie die valt onder "een van de gevallen bepaald door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad".

In het kader van de vraag naar de toepassing van de kaaimantaks op ICB's zijn ook een aantal in het WIB 1992 voorziene "uitsluitingen" van de kaaimantaks relevant. Artikel 2, § 1, 13°/1 WIB 1992 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<sup>17</sup>. Deze regel geldt zowel voor binnen de EER, als voor buiten de EER gevestigde ICB's. Specifiek 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<sup>18</sup>:

- een ICB die haar middelen aantrekt middels een openbaar bod (ongeacht of het een fonds betreft dat onder de (UCITS-)richtlijn nr. 2009/65/EG valt of niet)<sup>19</sup>;
- een "instelling voor belegging in schuldvorderingen";
- een "institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging", i.e. een alternatieve instelling voor col-

lectieve belegging die haar financiële middelen in België of in het buitenland uitsluitend aantrekt 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* dus niet geveiseerd door voormelde uitsluiting. Dit blijkt uit een tekstuele analyse van de wettekst, maar even goed uit de *memoirie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015<sup>20</sup>: "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 fiscale behandeling in principe op hen van toepassing."

Door de wet van 26 december 2015 werd in artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992 een nieuwe specifieke 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;

17. 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 nr. 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 nr. 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.

18. Zie in dit verband voor een meer uitgebreide analyse: G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, afl. 490-491, 884-889.

19. Men noteert dat zowel art. 3, 4° van de wet van 19 april 2014, alsook art. 3, 2° van de wet van 3 augustus 2012, waarnaar verwezen wordt, op vandaag voor wat de openbare ICB's betreft enkel verwijst naar deze waarvoor er een openbaar bod in België is. Dit is een gevolg van de wet van 11 juli 2018 op de aanbidding van beleggingsinstrumenten aan het publiek en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt (art. 52), die in art. 3 van de 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 schuldvordering, in de bepaling onder 2°, a), de woorden "of in het buitenland" heeft geschrapt. Verder in deze bijdrage gaan wij in op de impact van deze wetswijziging.

20. *Parl.St.* Kamer 2014-15, Doc. 54-1125/001, 31 en 35-36.





- *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°/1, eerste lid WIB 1992 zijn *niet* van toepassing indien alle 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 juridisch constructie – uitsluitend worden gehouden door met elkaar “verbonden personen”.

De “uitzondering” voorzien door artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992 geldt enkel en alleen voor entiteiten die *a priori* door het eerste lid geïsoleerd worden. Niet-geoteerde 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 omdat zij niet van de kaaimantaks zijn uitgesloten op grond van het eerste lid. Bij wijze van voorbeeld: een privaat uitgegeven ICB (zoals een sicav-SIF) waarin ook fysieke personen kunnen beleggen (en die bij gevolg niet uitsluitend toegankelijk is voor “in aanmerking komende beleggers” vermits fysieke personen naar Belgisch financieel recht niet als “in aanmerking komende beleggers” kunnen kwalificeren), valt *niet* onder de wettelijke uitsluiting (art. 2, § 1, 13°/1, eerste lid WIB 1992) van de kaaimantaks. Deze uitsluiting is echter *wél* van toepassing (op grond van het bepaalde sub d)) indien de aandelen van deze ICB geoteerd zijn “aan een effectenbeurs van een lidstaat van de Europese Unie onder de voorwaarden van de richtlijn nr. 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”.

## 2. In de EER gevestigde ICB's: impact van het nieuwe EER-KB

Artikel 1, 1° van het EER-KB van 18 december 2015 beoogde de beleggingsfondsen op maat, de zgn. “*fonds dédié*”- (compartimenten van) ICB's, onder de kaaimantaks te brengen door een verwijzing toe te voegen naar in artikel 2, § 1,

13°/1, tweede lid WIB 1992 bedoelde entiteiten (d.w.z. entiteiten die in handen zijn van één persoon of uitsluitend in handen van onderling verbonden personen). Maar *fonds dédié*-compartimenten van *privaat* uitgegeven ICB's vielen op grond van een letterlijke lezing *niet* onder die omschrijving en bleven dus buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks. De reden waarom “private ICB's” niet onder artikel 1, 1° van het EER-KB van 18 december 2015 vallen, is dat artikel 2, § 1, 13°/1, *tweede lid* WIB 1992 (waar het KB van 18 december 2015 naar verwijst) een uitzondering maakt op artikel 2, § 1, 13°/1, *eerste lid* WIB 1992. Onder het tweede lid kan dus alleen vallen wat om te beginnen al onder het eerste lid valt, zo simpel. En “private ICB's” vallen nu eenmaal niet onder het eerste lid.

Niet iedereen sloot zich echter aan bij de logica van die tekstuele interpretatie. Sommigen gaven ook via een teleologische interpretatie enig krediet aan “de bedoeling van de wetgever”, en lieten zodoende ruimte voor de stelling dat private ICB's sowieso onder de toepassing van de kaaimantaks kunnen vallen, althans voor zover voldaan is aan de voorwaarde inzake de aandeelhoudersstructuur, zoals gedefinieerd door artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992<sup>21</sup>. Aanvankelijk ging de minister van Financiën er ook van uit dat de bedoeling van de wetgever in deze diende te primeren<sup>22</sup>. De minister werd in deze overigens bijgetreden door de Dienst Voorafgaande Beslissingen in zijn beslissing nr. 2017.037 van 14 maart 2017. Het viel echter op dat de dienst uitdrukkelijk vermeldde dat de private ICB's niet uitdrukkelijk worden geïsoleerd door de wettekst, en ter ondersteuning van zijn stellingname dat ze toch onder de kaaimantaks vallen, werd verwezen naar het antwoord van de minister van Financiën op de parlementaire vraag van Peter Vanvelthoven: “*Bien que cet article 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*”<sup>23</sup>. Dat was uiteraard zeer merkwaardig.

Twee parlementsleden van de meerderheid dienden enige tijd later een wetsontwerp in om de kaaimantaks op een aantal punten aan te passen, en maakten van de gelegenheid gebruik 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<sup>24</sup>. Uit de tekst van de artikelsgewijze bespreking bij artikel 3 van het

21. Zie bv.: 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, nr. 18, 2.

22. *Hand.* Kamer 2015-16, 18 mei 2016, CRIV 54 COM 421, 41 (Vr. nr. 11276 P. VANVELTHOVEN). Ook bepaalde auteurs waren trouwens deze mening toegedaan. Zie bv. 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, nr. 18, 2.

23. 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 indienden 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 (*Parl.St.* Kamer 2016-17, Doc. 54-2419/001). Uit de tekst van de artikelsgewijze bespreking bij art. 3 blijkt zeer duidelijk dat de indieners zich voor wat de interpretatie van de bestaande wetgevende teksten helemaal aansloten 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*” (*Parl.St.* Kamer 2016-17, Doc. 54-2419/001, 12). Er wordt in de voetnoten van het wetsontwerp overigens ook uitgebreid verwezen naar rechtsleer, waaronder een aantal keren naar onder meer onze eigen bijdrage “De Kerstman en de kaaimantaks. Wanneer zijn Luxemburgse sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35.

24. *Parl.St.* Kamer 2016-17, Doc. 54-2419/001.



wetsontwerp blijkt evenwel zeer duidelijk dat de indieners zich voor de interpretatie van de vigerende teksten helemaal aansloten bij de tekstuele interpretatie en daardoor de mening waren toegedaan dat het standpunt zoals eerder door de minister was ingenomen “verkeerd” was: “*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*”<sup>25</sup>. Een wetsvoorstel was echter niet de beste methode om het “probleem” van de private ICB’s en de kaaimantaks op te lossen; hiervoor was immers een nieuw EER-KB nodig.

Uiteindelijk werd door de minister van Financiën beslist om de discussie inzake de *fonds dédiés*-compartimenten van private ICB’s te beslechten door het EER-KB te herschrijven. Dit resulteerde in het nieuwe EER-KB van 21 november 2018. Uit het verslag aan de Koning bij het KB van 21 november 2018 blijkt zeer duidelijk dat de “private ICB’s” onder het regime van het “oude” EER-KB van 18 december 2015 (van toepassing t.e.m. inkomstenjaar 2017) niet onder de kaaimantaks vielen:

*“In dit ontwerp worden opnieuw de openbare of institutionele instelling voor collectieve beleggingen evenals de openbare of institutionele alternatieve instelling voor collectieve beleggingen geïntroduceerd die door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijke compartiment beschouwd.*

*Vervolgens wordt in dit ontwerp voorgesteld om eveneens de private alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen binnen het toepassingsgebied van dit ontwerp van besluit te brengen, in het geval deze instellingen of compartimenten ervan door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden. Hierdoor zullen voortaan alle in de Europese Economische Ruimte gevestigde instellingen voor collectieve beleggingen onder het toepassingsgebied van het aanslagstelsel kunnen worden gebracht. Deze uitbreiding is noodzakelijk omdat het niet redelijkerwijs kon worden verantwoord waarom bepaalde compartimenten van openbare en institutionele instellingen wel onder het toepassingsgebied waren opgenomen en soortgelijke compartimenten van private alternatieve instellingen niet.”*

Het verheugt ons uiteraard dat de minister van Financiën hiermee eigenlijk bevestigt dat een duidelijke bedoeling van de wetgever nooit kan volstaan om – gelet op het fiscale legaliteitsbeginsel – een bepaalde situatie onder de toepassing van een fiscale wet te brengen die er volgens een letterlijke lezing niet onder valt. Daarmee distantieert het kabinet Financiën zich, wellicht ongewild, ook van de Rulingcommissie én van diegenen die de teleologische interpretatie genegen zijn. Een duidelijke wet behoeft nu eenmaal géén interpretatie (“*interpretatio cessat in claris*”). Op grond van het fiscaal recht heeft de overheid een verregaande en ingrijpende bevoegdheid om unilateraal financiële verbintenissen te creëren in hoofde van

de belastingplichtigen. Het minste wat men kan verwachten is dat de situaties die de overheid beoogt te belasten ook duidelijk en letterlijk vervat zitten in de tekst van de wet (desgevallend het KB) die het toepassingsgebied ervan bepaalt. Eventuele lacunes in het toepassingsgebied van de wet kunnen niet “gerepareerd” worden door te verwijzen naar de bedoeling van de wetgever, maar dienen aan de hand van een reparatiewet of -besluit (al naar gelang het geval) te worden gecorrigeerd. Dat is het minste wat men kan verwachten in een rechtsstaat die het fiscale legaliteitsbeginsel al sinds zijn oprichting in de Grondwet heeft ingeschreven.

In artikel 1, eerste lid, 1° van het nieuwe EER-KB werd een bepaling opgenomen die alle (compartimenten van) beleggingsinstellingen, waarvan de rechten uitsluitend door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, onder de toepassing van de kaaimantaks brengt:

*“1° de beleggingsinstellingen waarvan de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd;”*

In artikel 1, vierde lid van het nieuwe EER-KB wordt bovendien – om elke twijfel weg te nemen – een ruime definitie van beleggingsinstelling opgenomen, waarvan het tweede streepje (desgevallend in samenlezing met het derde streepje) een soort van catch-all-bepaling is:

*“Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder beleggingsinstelling:*

*– een in een staat die behoort tot de Europese Economische Ruimte gevestigde instelling voor collectieve belegging die voldoet aan de voorwaarden van 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);*

*– een in een staat die behoort tot de Europese Economische Ruimte gevestigde alternatieve instelling voor collectieve belegging die wordt bedoeld in richtlijn nr. 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de richtlijnen nr. 2003/41/EG en nr. 2009/65/EG en van de verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010, of die door deze richtlijn zou zijn bedoeld indien deze instelling zou zijn gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie;*

*– een beleggingsinstelling die slechts één deelnemer telt en die in het toepassingsgebied van het eerste of tweede streepje zou zijn begrepen indien deze beleggingsinstelling meer dan één deelnemer had gehad.*

Men verwijst in de tekst zowel naar de in een lidstaat van de EU gevestigde ICBE’s die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn nr. 2009/65/EG (i.e. ICB’s met een zogeheten “Europees paspoort”), naar de AICB’s bedoeld in de richtlijn nr.2011/61/EU, alsook naar ICB’s met slechts één deelnemer

25. *Parl.St.* Kamer 2016-17, Doc. 54-2419/001, 12. Er wordt in de voetnoten van het wetsontwerp overigens ook uitgebreid verwezen naar rechtsleer, waaronder een aantal keren naar onder meer onze eigen bijdrage van G.D. GOYVAERTS en Chr. COUDRON, “De Kerstman en de kaaimantaks. Wanneer zijn Luxemburgse sicavs in scope, en wanneer zijn ze out of scope?”, *VIP* 2016, afl. 1, 35.



die onder het toepassingsgebied van de vorige twee bepalingen zouden vallen indien ze meer dan één deelnemer had. Om te bepalen welke ICB's onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks vallen verwijst het nieuwe EER-KB naar ICB's 'met Europees paspoort', naar AICB's, alsook naar ICB's met slechts één deelnemer die onder het toepassingsgebied van de vorige twee bepalingen zouden vallen als ze meer dan één deelnemer hadden. De auteurs van het nieuwe EER-KB hebben met deze laatste toevoeging 'het zekere voor het onzekere willen nemen' omdat een AICB een instelling is die luidens de AIFM-richtlijn bij 'een reeks beleggers' kapitaal ophaalt (art. 4, 1., a) richtlijn nr. 2011/61/EU). Men wil hiermee m.a.w. vermijden dat ICB's die maar één investeerder hebben niet onder de nieuwe regel zouden vallen."

Daarbij dient opgemerkt dat de éénhoofdigheid van een entiteit de kwalificatie ervan als (A)ICB niet noodzakelijk in de weg staat. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de "ESMA Guidelines on key concepts of the AIFMD" (Annex III, n° 17 en volgende). ICB's die "de facto" slechts één investeerder hebben, maar noch door de relevante regelgeving, noch op grond van hun oprichtingsakte of enig ander juridisch instrument verhinderd zijn om bijkomende investeerders aan te trekken kunnen immers als AICB kwalificeren<sup>26</sup>. Hetzelfde geldt overigens voor entiteiten die maar één investeerder hebben of mogen hebben, indien deze investeerder op zijn beurt een veelheid aan investeerders vertegenwoordigt. Dit is bijvoorbeeld het geval in het kader van een Master-Feeder-structuur, waarbij het Master-fonds het Feeder-fonds als enige investeerder heeft. In het kader van de toepassing van de kaaimantaks op binnen de EER gevestigde ICB's met slechts één aandeelhouder zal dit kwalificatievraagstuk inzake het begrip (A)ICB en de éénhoofdigheid alvast van geen tel zijn, gelet op de uitdrukkelijke toevoeging in het derde streepje van het vierde lid van artikel 1 van het nieuwe EER-KB.

Met de nieuwe tekst wordt de "blinde vlek" van de private ICB's inderdaad opgelost, en vallen de (compartimenten van) private ICB's inderdaad onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks, ten minste indien de rechten door één persoon, of uitsluitend door meerdere met elkaar verbonden personen worden gehouden ("fonds dédié"). Om de lacune te dichten is vooral de verwijzing naar de "alternatieve instellingen voor collectieve belegging" ("ABI's") die worden bedoeld in richtlijn nr. 2011/61/EU van belang. In artikel 4, 1., a) van de bewuste richtlijn worden deze omschreven als "instellingen voor collectieve belegging, met inbegrip van de beleggingscompartimenten daarvan, die: i) bij een reeks beleggers kapitaal opha-

len om dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers te beleggen; en ii) niet vergunningsplichtig zijn uit hoofde van artikel 5 van richtlijn nr. 2009/65/EG. Met andere woorden: alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen zijn alle instellingen voor collectieve belegging met uitzondering van de instellingen voor collectieve belegging met een "Europees paspoort". Deze categorie is heel ruim, en omvat de publieke ICB's zonder EU-paspoort, de institutionele ICB's alsook de private ICB's.

Het gegeven dat de wetgever heeft aangeknoopt bij het toepassingsgebied van de richtlijn nr. 2009/65/EG m.b.t. ICB's met een Europees paspoort, alsook de richtlijn nr. 2011/61/EU m.b.t. de alternatieve instellingen voor collectieve belegging is vanuit legistiek oogpunt een vooruitgang te noemen, omdat buitenlandse structuren in principe beter kunnen worden beoordeeld aan de hand van begrippen in een Europese richtlijn, eerder dan aan de hand van categorieën in de interne Belgische wetgeving.

Men mag verder bij voortduur niet uit het oog verliezen dat een in de EER gevestigde ICBE of AICB *überhaupt* alleen onder de kaaimantaks valt als ook voldaan is aan de algemene voorwaarde van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 (zie *supra*). Het moet immers nog steeds een juridische constructie betreffen overeenkomstig de definitie van het WIB 1992<sup>27</sup>. Gereguleerde ICB's voldoen weliswaar vaak aan de voorwaarde uit artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992. Zij zijn immers vaak vrijgesteld van belasting (bv. de Luxemburgse sicav-SIF) of genieten een speciaal regime dat de inkomsten uit beleggingen buiten de belastbare basis houdt.

De voorwaarde inzake het "fonds dédié"-aandeelhouderchap gold reeds onder het EER-KB van 18 december 2015 door de verwijzing naar artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid WIB 1992. Het nieuwe EER-KB herneemt deze voorwaarde nu door ze letterlijk in de tekst van het KB in te schrijven<sup>28</sup>. De formulering is evenwel identiek aan het bepaalde in artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992. Een in de EER gevestigde beleggingsinstelling kan alleen onder de kaaimantaks vallen indien de rechten uitsluitend door één persoon, of uitsluitend door met elkaar verbonden personen worden aangehouden (per compartiment te beoordelen). Vervolgens zijn er een aantal criteria op grond van dewelke de houders van de rechten als met elkaar verbonden kunnen worden beschouwd: i) *één of meerdere natuurlijke of rechtspersonen over een andere rechtspersoon controle uitoefenen als bedoeld in artikel 5 van het Wetboek van Vennootschappen, of; ii) deze personen bloed- of aanverwanten tot in de vierde*

26. Het gaat hier over het begrip AICB in het financieel recht.

27. *Pro memorie*: voor wat betreft vennootschappen, waarvan de effecten zijn genoteerd aan een effectenbeurs van een lidstaat van de Europese Unie onder de voorwaarden van de richtlijn nr. 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001, of van een derde Staat waarvan de wetgeving analoge toelatingsvoorwaarden voorziet, geldt nog steeds dat deze *überhaupt* enkel onder de kaaimantaks kunnen vallen indien voldaan is aan de voorwaarde van *fonds dédié* aandeelhouderchap (desgevallend op compartimentniveau te beoordelen). Dit geldt zowel voor vennootschappen binnen als buiten de EER gevestigd.

28. "1° de beleggingsinstellingen waarvan de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd; (...)

(...)

Voor de toepassing van dit besluit 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."



*graad zijn, of; iii) deze personen met elkaar gehuwd zijn, wettelijk samenwonnen, of hun woonplaats of de zetel van hun fortuin op hetzelfde adres hebben gevestigd.*

Wij lichten dit toe aan de hand van twee concrete voorbeelden:

- indien een Belgisch rijksinwoner 90% aanhoudt in een compartiment van een Luxemburgse sicav-SIF (die per hypothese onder de AIFM-richtlijn valt), en het saldo van 10% wordt aangehouden door zijn buurvrouw, met wie hij geen enkele bloed- of aanverwantschapsband heeft en ook niet samenwoont, dan zal dit compartiment (in principe) buiten de toepassing van de Belgische kaaimantaks blijven;
- indien een Belgisch rijksinwoner 90% aanhoudt in een compartiment van een Luxemburgse sicav-SIF (die per hypothese onder de AIFM-richtlijn valt), en het saldo van 10% wordt aangehouden door een NV waarin hij 53% van de aandelen en de stemrechten heeft, dan zal dit compartiment (in principe) wél onder de toepassing van de Belgische kaaimantaks vallen, omdat de ene aandeelhouder (fysieke persoon) controle uitoefent op de andere aandeelhouder (naamloze vennootschap). Beide personen dienen bij gevolg als met elkaar verbonden te worden aangemerkt.

Belangrijk punt is dat de criteria inzake verbonden personen enkel en alleen te beoordelen zijn tussen de aandeelhouders onderling. Dit volgt zeer duidelijk uit de tekst van artikel 1, eerste lid, 1° van het EER-KB dat als voorwaarde stelt dat de rechten van de beleggingsinstelling (uitsluitend) worden gehouden door één persoon, of door meerdere “*met elkaar verbonden personen*”. Het criterium van verbondenheid, dat moet beoordeeld worden aan de hand van de criteria voorzien in artikel 1, vijfde lid van het EER-KB (onder meer het criterium van controle bedoeld in artikel 5 W.Venn.), geldt uitsluitend in de verhouding tussen de aandeelhouders onderling, en niet in de verhouding tussen een of meerdere aandeelhouders enerzijds, en de ICB anderzijds. Het gegeven dat één van de aandeelhouders controle heeft over (een compartiment van) de ICB is in deze, gegeven de duidelijke letterlijke bewoordingen van het EER-KB, geen voldoende voorwaarde om de kaaimantaks te “triggeren”, althans voor zover er ook aandeelhouders participeren in het compartiment, die onder geen van de criteria van artikel 1, vijfde lid EER-KB verbonden zijn met de “controleerende aandeelhouder”. Deze principes werden zeer duidelijk toegepast in een voorafgaande beslissing nr. 2016.347 van 12 juli 2016. Deze beslissing betrof een Luxemburgse sicar, waarbij elk compartiment bestaat uit aandelen A en aandelen B, waarbij de aandelen B minstens 20% van de verrichte inbrengen in het compartiment uitmaken. Eenzelfde aandeelhouder kan binnen een compartiment nooit tegelijk aandelen A en aandelen B aanhouden. De Rulingcommissie bevestigde dat de *fonds dédié*-bepaling artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992, en bijgevolg ook de kaaimantaks, niet van toepassing zijn op

toekomstige compartimenten “*omdat ook deze eveneens uit verschillende aandeelhouders zullen bestaan, met per compartiment minstens twee aandeelhouders, die niet als onderling verbonden dienen te worden aangemerkt overeenkomstig de criteria van artikel 2, § 1, 13°/1, tweede en derde lid WIB 1992*” (randnr. 48 van de gepubliceerde versie van de ruling nr. 2016.347). Vermits twee niet-onderling gelieerde aandeelhouders volstaan om buiten de kaaimantaks te blijven, kan hieruit worden afgeleid dat het gegeven dat een aandeelhouder een controlemeerderheid heeft binnen een compartiment *an sich* niet volstaat om de *fonds dédié*-bepaling, en bijgevolg ook de kaaimantaks te triggeren.

In een latere beslissing nr. 2017.037 van 14 maart 2017 lijkt men daarentegen te suggereren dat het gegeven dat één van de aandeelhouders controle heeft over een ICB er ook toe kan leiden dat de kaaimantaks van toepassing kan zijn, ook al zijn er andere aandeelhouders in de ICB (of in het compartiment van de ICB) die niet onderling verbonden zijn. Deze zienswijze strookt manifest niet met de tekst van de wet, en werd in de rechtsleer zeer terecht kritisch onthaald<sup>29</sup>. Wij sluiten ons volledig aan bij deze kritiek. Voor een lectuur van de bewuste criteria die wél stroken met de wettelijke bepalingen is de voorafgaande beslissing nr. 2016.347 van 12 juli 2016 wat ons betreft richtinggevend.

Een in de EER gevestigde beleggingsinstelling, waarvan het aandeelhouderschap niet voldoet aan de *fonds dédié*-uitzondering (omdat het aandeelhouderschap niet uitsluitend uit onderling verbonden investeerders bestaat), kan nooit onder de kaaimantaks vallen op grond van de uitsluitingsbepaling vervat in de aanhef tot artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB (niet- of laag belaste entiteit, bv. een Luxemburgse sicav-SIF) (zie uitgebreid *infra*). Beleggingsinstellingen worden immers bewust en uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB. Dit is niet onbelangrijk. Om dit te illustreren kan verwezen worden naar de hypothese van een sicav-SIF, die per hypothese onder het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2011/61/EU (zie *supra*) valt, en die in Luxemburg volledig wordt vrijgesteld van inkomstenbelasting. Zonder de uitsluiting voor beleggingsinstellingen zou een sicav-SIF onder de toepassing van de kaaimantaks kunnen vallen op grond van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB, gelet op haar fiscaal regime. Ondanks het gegeven dat een sicav-SIF beschouwd moeten worden als een vennootschap die, krachtens de bepalingen van de wetgeving van de staat of het rechtsgebied waar ze gevestigd is, aldaar niet aan een inkomstenbelasting wordt onderworpen, zal deze niet onder artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB vallen, en wel omdat “beleggingsinstellingen” van het toepassingsgebied van die bepaling worden uitgesloten. Zodoende maakt de tekst van de wet impliciet toepassing van het adagium “*lex specialis generali derogat*”: artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB bevat een specifieke regel voor ICB’s, zodat het eerste lid, 3°, die *ratione materiae* een ruimere draagwijdte heeft dan enkel de ICB’s, niet van toepassing is.

29. D.E. PHILIPPE, “Geen kaaimantaks op Luxemburgse Sicav-SIF?”, *Fisc.Act.* 2017, nr. 30, 6-11. Wij sluiten ons overigens aan bij de kritiek van de auteur op p. 10, tweede alinea.



Men noteer dat de voorwaarde van een “fonds dédié”-aandeelhouderschap van toepassing is op alle (alternatieve) instellingen voor collectieve belegging die onder de richtlijn nr. 2011/61/EU vallen. Daarbij kan de richtlijn nr. 2011/61/EU ook van toepassing zijn op vennootschappen die in de lidstaat van vestiging niet noodzakelijk van een specifiek uitgewerkt financieelrechtelijk statuut genieten (abstractie genomen van het gegeven dat ze onderworpen zijn aan de implementatie van de AIFM-richtlijn in de lidstaat van vestiging). Ook deze vennootschappen zullen *überhaupt* enkel onder de kaaimantaks kunnen vallen op grond van artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB, mits voldaan is aan een “fonds dédié”-aandeelhouderschap.

Daarenboven veronderstelt een toepassing van de kaaimantaks ook – het weze nogmaals herhaald – dat het gaat om een juridische constructie in de zin van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 (“ofwel niet aan een inkomstenbelasting is onderworpen ofwel onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder dan 15% bedraagt van het belastbare inkomen van deze juridische constructie dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten” (zie *supra*). Omdat in artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 verwezen wordt naar een niveau van belastingheffing (minder dan 15%) van het belastbare inkomen “dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten” kan de kaaimantaks onmogelijk van toepassing zijn op een *fonds dédié*-compartiment van een Belgische beleggingsvennootschap (bv. een Belgische bevek), aangezien deze sowieso aan een Belgisch stelsel van vennootschapsbelasting onderworpen is, ook al gaat het om het afwijkende regime voorzien door artikel 185bis WIB 1992. Minstens moet ervan uitgegaan worden dat de regels te onduidelijk zijn om een voldoende wettelijke basis te bieden om (compartimenten van) Belgische beleggingsvennootschappen die van het stelsel van artikel 185bis WIB 1992 genieten, onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks te brengen (“*In dubio contra fiscum*”). Bovendien dient erop te worden gewezen dat in de *memorie van toelichting* bij de programmawet van 10 augustus 2015 vermeld werd dat buitenlandse entiteiten die binnen het toepassingsgebied van artikel 185bis WIB 1992 zouden vallen indien het Belgische ingezetenen waren geweest, buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks vallen (*Parl.St.* Kamer 2014-15, Doc. 54-1125/001, p. 36). Dat impliceert logischerwijze dat een Belgische *fonds dédié* (compartiment van een) beleggingsinstelling zelf *a fortiori* buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks valt.

*Quid* met buitenlandse beleggingsinstellingen waarvoor niet kan aangetoond worden dat ze binnen het toepassingsgebied van artikel 185bis WIB 1992 zouden vallen indien het Belgische ingezetenen waren geweest? Bijvoorbeeld omdat het een type van fonds betreft dat niet voortkomt in het Belgische financieelrechtelijk gamma. Men kan zich de vraag stellen of

een “uitsluiting” van de *fonds dédié*-compartimenten van Belgische ICB’s er in die gevallen niet toe leidt dat investeerders in “*fonds dédié*” (compartimenten van) beleggingsinstellingen gevestigd in een andere EU-lidstaat die wél onder de kaaimantaks vallen, ongelijk worden behandeld.

Zelfs in de gevallen waar buitenlandse (in de EU gevestigde) *fonds dédié* (compartimenten van) ICB’s onder de toepassing van de kaaimantaks zouden vallen met als gevolg dat er eventueel strijdigheid is met het Europees recht, dan nog kan deze vaststelling op zich o.i. niet volstaan om de kaaimantaks van toepassing te verklaren op (compartimenten van) in België gevestigde “*fonds dédié*”-beleggingsinstellingen. Het gegeven dat een Belgische wettekst in zijn letterlijke lezing strijdig is met het EU-recht kan immers niet volstaan om het grondwettelijk fiscaal legaliteitsbeginsel (en bij uitbreiding het “*in dubio contra fiscum*”-beginsel) buiten werking te stellen. Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat een EU-conforme lezing van een Belgische wettekst die ingaat tegen de letterlijke lezing van de wettekst fiscale verplichtingen kan scheppen in hoofde van Belgische belastingplichtigen. Dat kan niet de bedoeling zijn<sup>30</sup>.

Ten overvloede, een Belgische private privak zal in de praktijk sowieso (en los van de *in dubio contra fiscum*-interpretatie van het begrip juridische constructie) nooit onder de toepassing van de kaaimantaks kunnen vallen, om de eenvoudige reden dat in de praktijk door het verplichte meer-voudige aandeelhouderschap niet voldaan zal zijn aan de voorwaarde van “*fonds dédié*-aandeelhouderschap” (zie art. 4 en 5 van het KB van 23 mei 2017 betreffende de private privak).

### 3. *Lex specialis generali derogat t.a.u.* artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB

In het verslag aan de Koning staat te lezen: “*In navolging van het advies van de Raad van State wordt bevestigd dat het aan U voorgelegde ontwerp van besluit niet de bedoeling heeft om de gevallen die in artikel 2, § 1, 13°/1, WIB 1992, worden bedoeld, als juridische constructie aan te merken. Het tweede lid van artikel 2, § 1, 13°/1, WIB 1992 behoudt in dit verband uiteraard zijn volle uitwerking. Voor het overige werd het advies van de Raad van State gevolgd.*”

Dit is het gedeeltelijke antwoord op een belangrijk interpretatieprobleem dat zich stelde betreffende de vraag of een in de EER gevestigde instelling voor collectieve belegging, waarvan het aandeelhouderschap per hypothese niet voldoet voor de “*fonds dédié*”-uitzondering alsnog onder de kaaimantaks kan vallen op grond van hetzij artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB (indien het om een in de residentiestaat transparant belaste “hybride” entiteit gaat), dan wel op grond van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB (indien het om een niet-belaste of laag belaste entiteit gaat, bv. een Luxemburgse sicav-SIF). Voor de publieke ICB’s, alsook de ICB’s voorbehouden aan “in aanmerking komende beleggers” is het immers een wettelijke voorwaarde dat

30. Zie voor een *a contrario*-standpunt L. MEEUS en Th. GERNAY, “The Belgian private equity fund vehicle: the ‘Private Privak’/Pricaf Privée”, *TBF* 2019, nr. 8, 24. Het standpunt dat in dit artikel wordt ingenomen is echter slechts een “terloopse vermelding” die verder niet argumentatief wordt onderbouwd.



het om een “fonds dédié”-fonds of compartiment gaat opdat de kaaimantaks überhaupt van toepassing zou kunnen zijn. Het antwoord op voormelde vraag volgt daarentegen niet zo maar uit de wettelijke bepalingen voor wat betreft de in de EER gevestigde “private ICB’s” die – zoals hoger aangegeven – niet worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de kaaimantaks op grond van artikel 2, § 1, 13°/1, eerste lid WIB 1992 wanneer zij *niet* door een “fonds dédié”-aandeelhouderschap worden gekenmerkt.

O.i. dient ervan uit te worden gegaan dat voor ICBE’s die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn nr. 2009/65/EG, en voor AICB’s bedoeld in de richtlijn nr. 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 enkel het 1° van het nieuwe ontwerp van EER-KB relevant kan zijn, en wel op grond van het adagium “*lex specialis generali derogat*”. Voor de ICB’s geldt immers een specifieke regel, die “*ratione personae*” uitsluitend van toepassing is op ICB’s, en niet op andere rechtspersonen. Gelet op dit beperkte toepassingsgebied betreft het klaar en duidelijk een “*lex specialis*” ten opzichte van de regels vervat in 2° en 3° die *a priori* voor alle soorten rechtspersonen kunnen gelden. Bijgevolg kunnen in de EER gevestigde ICB’s enkel en alleen onder de toepassing van de kaaimantaks vallen indien ze worden gekenmerkt door een “fonds dédié”-aandeelhoudersstructuur. Eerder hadden we al vastgesteld dat deze conclusie ook in de lijn lag van de doelstelling van het aanvankelijke nieuwe ontwerp EER-KB, zoals dit blijkt uit het toenmalige ontwerp van verslag aan de Koning<sup>31</sup>: “*Vervolgens wordt in dit ontwerp voorgesteld om eveneens de private alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen binnen het toepassingsgebied van dit besluit te brengen, in het geval deze instellingen of compartimenten ervan door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden.*”

Men kan zich anderzijds de vraag stellen waarom deze uitsluiting voor beleggingsvennootschappen niet eveneens voorzien werd in artikel 1, eerste lid, 2° van het nieuwe EER-KB, en hoe het nieuwe EER-KB in dit verband moet worden geïnterpreteerd. Kan ook hier op grond van het adagium “*lex specialis generali derogat*” gesteld worden dat een niet-Belgische in de EER gevestigde ICB met separate rechtspersoonlijkheid, die in de staat van vestiging van een fiscaal transparant regime geniet, enkel onder de kaaimantaks kan vallen op grond van artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB (wat veronderstelt dat voldaan is aan de voorwaarde van “fonds dédié”-aandeelhouderschap)? Of primeert in deze een letterlijke lezing van de wettekst, zodat een “fonds dédié”-aandeelhouderschap geen noodzakelijke voorwaarde is met het oog op de toepassing van de kaaimantaks?

Het minste dat men in een behoorlijk werkende rechtstaat kan verwachten is dat de FOD Financiën – al dan niet middels een aanpassing van het EER-KB – in deze een duidelijke stellingname inneemt, zodat de belastingplichtigen weten waar ze aan toe zijn, al was het maar om te weten wat van

hen verwacht wordt bij het voorbereiden van hun fiscale aangifte in de personenbelasting. Rechtsonzekerheid ten gevolge van een dubbelzinnige wettekst dient in een fiscale rechtstaat te worden vermeden; zij is immers de moeder van de fiscale anarchie.

Bij wijze van voorbeeld: een Belgische rijksinwoner houdt in het jaar 2018 een participatie van 5% aan in een beleggingsinstelling met de rechtsvorm van een *Scottish Limited Partnership*, die per hypothese rechtspersoonlijkheid heeft, maar in het Verenigd Koninkrijk fiscaal transparant wordt behandeld. De overige 95% worden gehouden door 95 niet onderling gelieerde aandeelhouders. Op grond van een letterlijke lezing kan men stellen dat de kaaimantaks van toepassing is. Aan de hand van het “*lex specialis generali derogat*”-adagium zou men anderzijds kunnen stellen dat de wetgever in de eerste categorie van het EER-KB een specifieke regel voor ICB’s heeft voorzien, zodat de tweede categorie van het EER-KB in deze niet van toepassing is.

#### 4. De toepassingsfeer van de Europese richtlijnen wat de ICB’s betreft

Een andere bedenking die gemaakt moet worden volgt uit het gegeven dat het begrip beleggingsinstelling omschreven wordt middels een verwijzing naar de toepassingsfeer van Europese richtlijnen. Dit heeft tot gevolg dat ook de bij de richtlijn voorziene “uitzonderingen” doorwerken in de toepassingsfeer van de kaaimantaks. Zo kan bijvoorbeeld verwezen worden naar overweging 7 in de preambule bij de AIFM-richtlijn nr. 2011/61/EU van 8 juni 2011:

“*Beleggingsvehikels zoals familieconstructies die het privévermogen van beleggers beleggen zonder extern kapitaal op te halen, mogen overeenkomstig deze richtlijn niet als alternatieve beleggingsinstelling worden beschouwd.*”

Indien een beleggingsvehikel buiten de scope van de richtlijn nr. 2009/65/EG valt, alsook buiten de scope van de AIFM-richtlijn omdat het gaat om een “*familieconstructie die een privévermogen belegt zonder extern kapitaal op te halen*”, dan zal voor de kaaimantaks niet artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB relevant zijn, vermits het dan *niet* om een beleggingsinstelling gaat. De al dan niet toepassing van de kaaimantaks zal dan uitsluitend op grond van artikel 1, eerste lid, 2° en/of 3° EER-KB moeten worden beoordeeld. Belangrijk punt daarbij is dat de kaaimantaks in dergelijk geval van toepassing zal kunnen zijn, ook indien de aandeelhoudersstructuur van het bewuste vehikel niet aan de kenmerken van een “fonds dédié”-entiteit of compartiment beantwoordt.

In het geval van een in de EER gevestigd vehikel dat in zijn residentiestaat bijvoorbeeld vrijgesteld is van inkomstenbelasting, en die als een familieconstructie beschouwd moet worden (en bijgevolg geen AICB is), maar met een aandeelhouderschap bestaande uit familieleden voorbij de vierde graad, zou dit mogelijks wél tot een toepassing van de kaai-

31. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 694.



mantaks kunnen leiden op grond van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB, ook al is niet voldaan aan de voorwaarde van “fonds dédié”-aandeelhouderschap. Op zich toch wel een merkwaardige vaststelling. Hamvraag in deze is dan uiteraard wanneer een vehikel met een sterk familiale inslag geacht moet/kan worden buiten de *scope* van de AIFM-richtlijn nr. 2011/61/EU van 8 juni 2011 te vallen. Een eerste indicatie kan allicht worden gevonden in het gegeven of dit vehikel in de lidstaat van vestiging voor financieelrechtelijke doeleinden al dan niet geacht wordt onder (de implementatie van) de AIFM-richtlijn nr. 2011/61/EU van 8 juni 2011 te vallen. Algemeen gesproken zal het uiteraard altijd nuttig zijn zich ook de vraag te stellen of de praktijk in de bewuste lidstaat conform is met de richtlijn, vermits de tekst van artikel 1, eerste lid, 1° EER-KB verwijst naar de richtlijn als dusdanig, en niet naar de implementatie ervan door de betrokken lidstaat.

#### **D. Artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB en artikel 1, derde lid EER-KB: de hybride vennootschappen**

##### **1. Algemeen**

In zijn artikel 1, eerste lid, 2° voorziet het nieuwe EER-KB met een tweede categorie ook in een uitbreiding van de toepassing van de kaaimantaks op de zogeheten “hybride vennootschappen”. De volledige tekst luidt als volgt:

*“Art. 1. Overeenkomstig artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, zijn de in de Europese Economische Ruimte gevestigde en in de hiernavolgende lijst opgenomen vennootschappen, verenigingen, inrichtingen, instellingen of entiteiten, die rechtspersoonlijkheid bezitten, een juridische constructie:*

*(...)*

*2° een vennootschap die niet in het toepassingsgebied van artikel 29, § 2, van het voormelde wetboek is begrepen en waarvan de inkomsten door de staat of het rechtsgebied waar deze vennootschap is gevestigd in hoofde van de vennoten of aandeelhouders worden belast;”*

Het gaat om vennootschappen die juridisch gesproken – naar hun eigen recht – rechtspersoonlijkheid hebben, doch die in hun residentiestaat aan een regime van fiscale transparantie onderworpen zijn, en waarbij de inkomsten van de entiteit in hoofde van de vennoten of aandeelhouders worden belast. Let wel, deze regeling is alléén van toepassing op “vennootschappen” en niet op andere rechtspersonen die géén vennootschappen zijn. Wij gaan er van uit dat de status van “vennootschap” (*cf.* artikel 110 WIPR) dient te worden beoordeeld naar het eigen recht dat die vennootschap beheerst. Concreet betekent dit dat stichtingen en partnerships, voor zover ze naar eigen recht fiscaal transparant zouden worden belast, niet onder de bepaling van artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB vallen. In voorkomend geval zullen ze dan echter, ten minste in principe, onder de restcategorie van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB kunnen worden gevat (zie *infra*). In de

mate echter dat een bepaalde EER-partnership naar zijn eigen recht wél als vennootschap zou worden erkend, dan geldt artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB wél. Ook een vennootschap die kan opteren om als fiscaal transparante partnership te worden belast kan onder artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB vallen. Hierna zullen we zien dat zulks niet zonder belang is wegens de voorrangregel tussen de hybride vennootschappen enerzijds en de niet of laag belaste entiteiten anderzijds. Alle inkomsten die door een dergelijke vennootschap worden ontvangen of gerealiseerd, zullen onder het nieuwe EER-KB ten belope van hun aandeel belastbaar zijn ten name van Belgische rijksinwoners en belastingplichtigen in de rechtspersonenbelasting die als “oprichters” kwalificeren. Bovendien zullen daardoor alle andere (zeer complexe) regels ter zake van uitkeringen (bv. art. 21, eerste lid, 12° WIB 1992), de daarmee verbonden anterioriteitsregel alsmede de bijzondere antimisbruikbepalingen zoals artikelen 5/1, § 2 en 344/1 WIB 1992 van toepassing worden op deze hybride vennootschappen. Het ontgaat ons evenwel wat daar de toegevoegde waarde van kan zijn. Het betreft in deze immers geen klassieke offshore vennootschappen waardoor er o.i. helemaal geen behoefte is aan dergelijke complexe antimisbruikmaatregelen. Maar ook hier zien we weer een bewijs dat de kaaimantaks – en al zeker binnen de EER – aan verregaande overkill lijdt waardoor voor het overige volstrekt bonafide investeringsstructuren geplaagd dreigen te worden door onnodige complexiteit.

Het verslag aan de Koning gaat zeer uitvoerig in op deze hybride vennootschappen en dat zowel wat het principe als wat de uitzonderingen betreft. Daarbij wordt eerder omstandig een ware commentaar neergeschreven over hoe de belastingplichtige deze passage uit het EER-KB moet begrijpen, wat er de bedoeling van is en hoe ze toe te passen, en hoe niet. Bij lezing van die passages in het verslag, die we hierna letterlijk weergeven, kunnen we ons overigens niet van de indruk ontdoen dat het wellicht beter ware geweest de tekst van het EER-KB zelf wat uitvoeriger te hebben opgevat, en misschien zelfs deels in de wet zélf te hebben ingeschreven. Immers, bij de toepassing in de praktijk van een KB wordt het verslag aan de Koning nogal eens uit het oog verloren. Het verslag is immers zeer gedetailleerd en gaat verder dan een loutere interpretatieve richtlijn. Anderzijds is het wel positief uiteraard dat de belastingplichtige nu eindelijk, na 4 jaar (sedert de wet van 10 augustus 2015) eindelijk wat “guidance” heeft over een aantal begrippen en technieken eigen aan de kaaimantaks.

*“Vervolgens worden ook opnieuw de vennootschappen geïnterpreteerd, die naar Belgisch fiscaal recht niet transparant worden behandeld, maar die krachtens het fiscaal recht van de lidstaat van de Europese Economische Ruimte waar deze vennootschappen zijn gevestigd wel fiscaal transparant worden behandeld. De société en commandite simple naar Luxemburgs recht is een voorbeeld van een dergelijke vennootschap.*

*Een verwijzing naar deze hybride vennootschappen vermijdt dat de oprichters ervan aan de toepassing van de inkomstenbelasting kunnen ontsnappen.*



*In het voormelde koninklijk besluit werd het toepassingsgebied beperkt tot de gevallen waarbij de rechtspersoon wordt aangewend door een Belgische rijksinwoner of door een rechtspersoon die overeenkomstig artikel 220 aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen, om Belgische inkomsten te verkrijgen. Door de hybride vennootschappen enkel te viseren in de mate dat deze vennootschappen inkomsten van Belgische oorsprong verkrijgen, werd het toepassingsgebied van het aanslagstelsel onnodig beperkt.*

*In het aan U voorgelegde ontwerp wordt dan ook het toepassingsgebied uitgebreid zodat voortaan niet enkel de inkomsten van Belgische oorsprong maar alle inkomsten van dergelijke hybride vennootschappen, ongeacht hun oorsprong, worden geïveerd.*

*Er wordt voor geopteerd om de bewoording van het vigerende artikel 1, 2° van het voormelde koninklijk besluit van 18 december 2015 aan te passen, waardoor wordt verduidelijkt dat het niet zozeer van belang is in wiens hoofde de inkomsten van de vennootschap worden verkregen krachtens de fiscale wetgeving van de staat of het rechtsgebied waar deze vennootschap is gevestigd, maar wel in wiens hoofde de inkomstenbelasting uiteindelijk geheven wordt.*

*Net zoals dit nu het geval is moet het een vennootschap betreffen zoals bedoeld in artikel 2, § 1, 5°, a) van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992. Vennootschappen die reeds ingevolge de toepassing van artikel 29 van hetzelfde wetboek, in de Belgische inkomstenbelasting fiscaal transparant worden behandeld, komen niet in aanmerking.*

*Vervolgens komen de vennootschappen in aanmerking waarvan de inkomsten krachtens de fiscale wetgeving van de staat of het rechtsgebied waar deze vennootschap is gevestigd, worden belast in hoofde van de aandeelhouders of vennoten van deze vennootschap.”*

Naargelang de lezer echter vordert in de tekst van het verslag aan de Koning voelt men aan dat de auteurs ervan met de logica zelve van de kaaimantaks beginnen te worstelen. Die logica veronderstelt immers dat “alle” hybride vennootschappen binnen de EER nu voortaan fiscaal transparant zullen worden belast. Dat ware overigens alleszins in het belang van de rechtszekerheid. In onze eerdere bijdrage over dit thema in dit tijdschrift waar het toenmalige ontwerp van nieuw EER-KB werd besproken, kwam dat besluit ook al even aan de oppervlakte. Hierna zullen we echter zien dat dat helemaal niet de bedoeling bleek te zijn, en dat er dus sprake is van enige interne tegenspraak.

## 2. De sui generis 1%-taxatie-uitsluiting voor hybride vennootschappen

Die voor de belastingplichtige zonder meer positieve conclusie was echter niet naar de zin van de auteurs van het EER-KB die via twee doortastende maatregelen de logica uit het EER-KB weer hebben weggerukt. *Primo* werd een speciale *sui generis* 1%-taxatie-uitsluiting voor hybride vennootschappen in het EER-KB ingeschreven, en *secundo* werd een “verdragsuitsluiting” toegevoegd die ofschoon niet uitsluitend, “ook” op hybride vennootschappen kan worden toege-

past. Wat de “1%-uitsluiting” betreft werd een derde lid aan artikel 1 toegevoegd dat luidt als volgt:

*“De in het eerste lid, 2°, bedoelde vennootschap is geen juridische constructie indien de door deze vennootschap behaalde of verkregen inkomsten worden onderworpen aan een inkomstenbelasting, krachtens de bepalingen van de wetgeving van de staat of het rechtsgebied waar deze vennootschap is gevestigd in hoofde van een aandeelhouder of vennoot die een rijksinwoner of een aan de rechtspersonenbelasting onderworpen rechtspersoon is, en indien deze inkomstenbelasting minstens 1 pct. bedraagt van het aan deze aandeelhouder of vennoot toebehorend deel van het belastbaar inkomen van deze vennootschap dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten.”*

Deze bepaling is een EER-nieuwigheid en doet hier voor de eerste keer haar intrede in de kaaimantaks. Het komt er op neer dat indien ter zake van een hybride vennootschap, de achterliggende vennoot minstens 1% belasting betaalt – op zijn pro rata aandeel – in het land waar de vennootschap gevestigd is, de toepassing van de kaaimantaks uitblijft. De belasting die de aandeelhouder of vennoot – die een Belgisch rijksinwoner is (of een aan de rechtspersonenbelasting onderworpen rechtspersoon) betaalt, moet dan minstens 1% bedragen van het deel van het inkomen van de hybride vennootschap dat hem toekomt, bepaald volgens de Belgische regels. Is dat niet het geval, dan is de betreffende vennoot wél aan de kaaimantaks onderworpen voor dát deel van de inkomsten van de hybride vennootschap. Deze nieuwe 1%-uitsluiting voor hybride vennootschappen is niet te verwarren met (maar is natuurlijk analoog aan) de minimale heffing van 1% zoals die staat in artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB (zie *infra*) en de meer bekende 15% minimale heffing van artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992 die geldt buiten de EER. Het verslag aan de Koning legt nauwgezet en in detail uit hoe die regel principieel moet worden toegepast.

*“Teneinde het toepassingsgebied niet onredelijk groot te maken wordt een hybride vennootschap uitgesloten indien de inkomsten van deze vennootschap door de staat of het rechtsgebied waar deze vennootschap is gevestigd daadwerkelijk aan een minimale belasting worden onderworpen in hoofde van de Belgische aandeelhouders of vennoten.*

*Om te bepalen of de inkomsten die deze hybride vennootschap heeft verkregen daadwerkelijk aan een minimale belasting werden onderworpen zal een soortgelijke toets moeten worden toegepast als de toets die wordt voorzien in artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992.*

*Ten gevolge van het specifieke karakter van deze hybride vennootschappen, is het nodig om in beperkte mate af te wijken van deze regel. Dit is nodig omdat de inkomstenbelasting niet geheven wordt in hoofde van de vennootschap, maar in hoofde van de achterliggende aandeelhouders of vennoten van deze vennootschap. Aangezien het niet uitgesloten kan worden dat de aandeelhouders of vennoten anders worden behandeld naargelang zij al dan niet inwoners zijn van deze staat of dit rechtsgebied, wordt voor deze toets*





*enkel gekeken naar de mate waarin deze staat of dit rechtsgebied de aan de Belgische personenbelasting of rechtspersonenbelasting onderworpen aandeelhouder of vennoot aan de inkomstenbelasting onderwerpt.*

*De toepassing van deze toets veronderstelt dus eerst en vooral de vaststelling van het belastbare inkomen van deze vennootschap met toepassing van de Belgische regels. Voor deze vaststelling moet men dus het belastbare inkomen van de vennootschap vaststellen alsof deze buitenlandse vennootschap een binnenlandse vennootschap is. Vervolgens wordt het belastbare inkomen van deze vennootschap voor de uitvoering van deze toets beperkt tot het aandeel van de betrokken aandeelhouder of vennoot die zou kwalificeren als een oprichter van een juridische constructie indien op basis van deze toets zou blijken dat de hybride vennootschap een juridische constructie is.*

*Vervolgens moet de inkomstenbelasting worden vastgesteld waaraan deze aandeelhouder of vennoot in gevolge de verkrijging van de inkomsten door deze vennootschap onderworpen wordt door de vestigingsstaat of -rechtsgebied waar deze vennootschap is gevestigd.*

*Enkel indien deze belasting meer zou bedragen dan 1% van het in de twee vorige leden beschreven belastbaar inkomen, zal de hybride vennootschap niet kwalificeren als een juridische constructie.*

*De term ‘inkomstenbelasting’ moet hierbij strikt worden geïnterpreteerd. Het spreekt voor zich dat forfaitaire belastingen, abonnementstaks of andere diverse taken nooit kunnen kwalificeren als een inkomstenbelasting.”*

Weerom valt het op, bij samenlezing van het verslag met de tekst van het EER-KB, dat er heel wat details worden toegevoegd en dat de auteurs van de tekst een welbepaalde richting willen geven aan de toepassing van de tekst. Als er staat dat men het toepassingsgebied niet onredelijk groot wil maken, bedoelt men eigenlijk dat men helemaal niet wenst dat de Franse SCI in de kaaimantaks valt, verder hoeft men dat niet te zoeken (zie *infra* uitgebreid in III., A.). Een transparant belaste vennootschap is qua finaliteit immers heel iets anders dan een niet- of laag belaste vennootschap. De verwijzing naar een “minimale belasting” binnen het kader van een sowieso transparante belaste vennootschap, zou *in se* de kaaimantaks o.i. niet in de weg mogen staan. Het valt dan ook te betreuren dat dit positieve effect van de kaaimantaks in de kiem wordt gesmoord.

De analogie met de regel van artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992 (principeel toepassingsgebied) jo. artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992 *c.q.* artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB (het 15%-respectievelijk 1%-tegenbewijs) ligt voor de hand. De afwijking zoals het verslag aan de Koning terecht opmerkt, ligt louter in het feit dat de inkomstenbelasting niet geheven wordt in hoofde van de vennootschap zélf, maar in hoofde van de achterliggende aandeelhouders of vennoten. Daarbij wordt dan alléén gekeken naar de staat of het rechtsgebied waar de vennootschap is gevestigd, en niet naar de staat van woonplaats van de vennoot of aandeelhouder, wat wederom

zeer logisch klinkt. De analogie met de 15%-regel (*c.q.* de 1%-taxatieregels) wordt verder doorgetrokken door de gebezigde omschrijving die in niets afwijkt van wat we reeds kennen uit de toepassing van artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992, wederom met verwijzing naar de fictie dat het belastbare inkomen dient te worden vastgesteld alsof deze buitenlandse vennootschap een binnenlandse vennootschap is. Het belastbare inkomen wordt logischerwijze pro rata berekend volgens het aandeel van de betrokken aandeelhouder.

Helaas bevat het verslag aan de Koning een kleine fout in de tekst waar er staat dat enkel indien de vastgestelde referte-inkomstenbelasting “méér” zou bedragen dan 1% van het referte belastbare inkomen, dat dan de hybride vennootschap “niet” zal kwalificeren als een juridische constructie. Dat moet uiteraard zijn “1% of méér”. De tekst van artikel 1, derde lid EER-KB is wat dat betreft duidelijk. Een spijtige uitschuiver. Helaas geeft de tekst verder géén toelichting bij de berekening van de refertebelasting en wordt niets gezegd over de talrijke vragen die zich in dat verband stellen (zie *infra*, E. bij de bespreking van art. 1, eerste lid, 3° EER-KB).

## **E. Artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB: veralgemeende toepassing van de kaaimantaks op de niet-belaste of laag belaste entiteiten binnen de EER**

### 1. Inleiding

Zoals hoger al aangehaald waren in het EER-KB van 18 december 2015 slechts een beperkt aantal buitenlandse entiteiten uitdrukkelijk met naam genoemd, met name de Liechtensteinse Stiftung, de Liechtensteinse Anstalt, de Luxemburgse SPF, en de (nooit in voege getreden) Luxemburgse Fondation patrimoniale. De uitbreiding van het toepassingsgebied door gebruik te maken van een per definitie niet limitatieve “abstracte juridische definitie”<sup>32</sup> binnen het kader van de EER brengt potentieel “elke” entiteit in de sfeer van de kaaimantaks. De tekst luidt als volgt:

*“Art. 1. Overeenkomstig artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, zijn de in de Europese Economische Ruimte gevestigde en in de hiernavolgende lijst opgenomen vennootschappen, verenigingen, inrichtingen, instellingen of entiteiten, die rechtspersoonlijkheid bezitten, een juridische constructie:*

*(...)*

*3° enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit, die rechtspersoonlijkheid bezit, die geen beleggingsinstelling of een in 2° bedoelde vennootschap is en die, krachtens de bepalingen van de wetgeving van de staat of het rechtsgebied waar hij gevestigd is, aldaar ofwel niet aan een inkomstenbelasting wordt onderworpen ofwel onderworpen wordt aan een inkomstenbelasting die minder dan 1 pct. be-*

32. Wat nooit een gemakkelijke oefening is (“*omnis definitio in iure fiscale periculosa est*”).



*draagt van het belastbaar inkomen van deze juridische constructie dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten.”*

Met andere woorden: een binnen de EER gevestigde rechtspersoon die vrijgesteld is van de inkomstenbelasting dan wel – naar Belgische normen – minder dan 1% inkomstenbelasting betaalt van de vergelijkbare Belgische grondslag, valt luidens het nieuwe EER-KB vanaf 1 januari 2018 onder de kaaimantaks. Ofschoon aanvankelijk werd beweerd dat hiermee géén uitbreiding van het toepassingsgebied van de kaaimantaks werd beoogd, edoch louter een verduidelijking, wordt dat op vandaag niet meer gezegd. Dat blijkt nu genoegzaam uit het verslag aan de Koning dat over deze uitbreiding en over de 1%-entiteiten in het algemeen, het volgende zegt: *“Het aan U voorgelegde ontwerp heeft tot doel om het koninklijk besluit van 18 december 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 aan te passen met het oog op het slagvaardiger maken van het aanslagstelsel. In het voormelde koninklijk besluit van 18 december 2015 werd voor het eerst geopteerd om gebruik te maken van de ruimer omschreven rechtsgrond, waardoor alle door U bepaalde gevallen in dit besluit kunnen worden opgenomen. Dit had tot gevolg dat U zich niet meer hoefde te beperken tot een opsomming van landen en rechtsvormen. Van deze ruimere formulering van de rechtsgrondslag wordt in het aan U voorgestelde ontwerp van besluit opnieuw gebruik gemaakt, waardoor ervoor wordt geopteerd om het toepassingsgebied van dit besluit niet meer af te bakenen door middel van een opsomming van landen en rechtsvormen, maar door exclusief gebruik te maken van specifieke definities van rechtspersonen. Vervolgens heeft dit ontwerp tot doel om entiteiten die in de lidstaat waar zij gevestigd zijn niet of nauwelijks aan de inkomstenbelastingen onderworpen worden, aan het aanslagstelsel te onderwerpen. Een voorbeeld is de Luxemburgse ‘Société de gestion de patrimoine familial’ (SPF).”*

Het grote voordeel van het initiële EER-KB van 18 december 2015 (op dit vlak tenminste) was dat het, in samenlezing met duidelijke tekst van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992 waarin de algemene EER-uitsluiting staat, zeer duidelijk afgelijnd was. Door het limitatieve karakter ervan weg te nemen komt elke EER-entiteit potentieel binnen het bereik van de kaaimantaks. Hierover ondervraagd in het parlement gaf de toenmalige minister Van Overtveldt ten antwoord dat het KB wél degelijk wordt verruimd<sup>33</sup>: *“Binnen de EER was het toepassingsgebied van de doorkijkbelasting van bij de aanvang beperkter omschreven teneinde een schending van de Europese fundamentele vrijheden te vermijden. Naast een algemeen omschreven categorie van hybride entiteiten en van*

*bepaalde door verbonden personen aangehouden instellingen, worden nu in het huidige koninklijk besluit dat het toepassingsgebied van de doorkijkbelasting binnen de EER regelt vier rechtsvormen expliciet opgesomd waarvan wordt aangenomen dat zij niet aan de inkomstenbelasting onderworpen zijn. Het nieuwe ontwerp vervangt deze vier rechtsvormen door een algemene omschrijving. Daardoor wordt het ontwerp ruimer van toepassing. Voortaan zullen niet enkel de vier expliciet genoemde rechtsvormen aan het aanslagstelsel onderworpen worden maar zullen ook alle andere rechtspersonen die niet effectief of nauwelijks aan de inkomstenbelasting worden onderworpen, in het toepassingsgebied worden opgenomen. De overige categorieën van het koninklijk besluit worden bovendien aangepast wat betreft de constructies die niet onder voornoemde omschrijving vallen.”*

Als we de eenvoud van het eerste KB van 18 december 2015 op dit vlak vergelijken met de tekst van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB dan kunnen we vaststellen dat de kaaimantaks binnen de EER vanaf 1 januari 2018 van een curiosum tot een game changer is verworpen. Het KB van 18 december 2015 bevatte vier geviseerde rechtsvormen. Dat was simpel voor zowel controlerende ambtenaren als voor de belastingplichtigen. Nu rijzen er tal van interpretatieproblemen over welk vehikel er al dan niet zal onder vallen, en dat binnen de EER. De rechtszekerheid binnen de EER die toch werd beoogd door artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992 is daarmee totaal zoek – met alle gevolgen van dien voor zowel belastingplichtigen als controlerende ambtenaren<sup>34</sup>.

Deze derde categorie van 1%-entiteiten is als het ware een “residuaire” categorie die in principe op iedere entiteit van toepassing kán zijn. Indien een entiteit echter reeds gevat kan worden onder artikel 1, eerste lid, 1° als een beleggingsvennootschap dan wel onder artikel 1, eerste lid, 2° als een hybride vennootschap, dan is de residuaire regel *niet* van toepassing. Dat blijkt duidelijk uit de aanhef van de bepaling waar staat: *“enigerlei (...) die geen beleggingsinstelling of een in 2° bedoelde vennootschap is en die (...)”*. De twijfel die daarover was gerezen bij de analyse van de tekst van het eerdere ontwerp EER-KB werd daarmee – wat dit betreft – weggenomen<sup>35</sup>.

## 2. De berekening van de 1%-drempel

### a) Algemeen

De kernvraag bij de residuaire categorie is hoe men dient om te gaan met de berekening van de “1%-taxatiedrempel”? Bij het artikel over de hybride vennootschappen hebben we reeds gezien dat het verslag aan de Koning daar enige toelichting bij geeft. Als we die tekst gaan aanpassen en herformu-

33. *Hand.* Kamer 2017-18, 10 juli 2018, CRIV 54 COM 948, 3-4 (Vr. nr. 26256 P. VANVELTHOVEN).

34. Wij kunnen ons ook niet van de indruk ontdoen dat de minister ook geregeld hierover zal worden ondervraagd, in de zin van: “wat met rechtsvorm X/Y/Z van land A/B/C?”. Het komt ons voor dat eventuele diplomatieke problemen bij dergelijke antwoorden ook kunnen opduiken, diplomatieke problemen die men bv. t.a.v. Luxemburg nu net wilde vermijden. Dit geldt overigens evenzeer t.a.v. het Vorstendom Liechtenstein dat dit jaar zijn 300-jarig bestaan viert. [www.liechtenstein.li/land-und-leute/300-jahre-fuerstentum-liechtenstein/](http://www.liechtenstein.li/land-und-leute/300-jahre-fuerstentum-liechtenstein/).

35. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 694 en de daar ontwikkelde argumentatie die er reeds voor pleitte om de residuaire categorie “niet” “ook” van toepassing te laten zijn op beleggingsinstellingen op hybride vennootschappen.



leren om bruikbaar te zijn voor de residuaire 1%-entiteiten, dan zou die als volgt kunnen luiden (eigen aanpassing): “De toepassing van deze toets veronderstelt dus eerst en vooral de vaststelling van het belastbare inkomen van deze entiteit met toepassing van de Belgische regels.

Voor deze vaststelling moet men dus het belastbare inkomen van de entiteit vaststellen alsof deze buitenlandse entiteit een binnenlandse entiteit is. Vervolgens moet de inkomstenbelasting worden vastgesteld waaraan deze entiteit onderworpen wordt door de vestigingsstaat of -rechtsgebied waar deze entiteit is gevestigd. Enkel indien deze belasting méér zou bedragen dan 1% van het hoger beschreven belastbaar inkomen<sup>36</sup>, zal de entiteit niet kwalificeren als een juridische constructie.

De term ‘inkomstenbelasting’ moet hierbij strikt worden geïnterpreteerd. Het spreekt voor zich dat forfaitaire belastingen, abonnementstaks of andere diverse taken nooit kunnen kwalificeren als een inkomstenbelasting.”

De 1%-taxatiereguleer vereist dus een berekening, waarbij de entiteit in kwestie beschouwd wordt alsof het een Belgische rechtspersoon betreft, die onderworpen zou zijn aan de Belgische vennootschaps- dan wel rechtspersonenbelasting. Men dient in deze hypothese een Belgische belastbare grondslag te berekenen *cf.* de regels van de Belgische toepasselijke inkomstenbelasting. Over dit bedrag dient dan 1% te worden berekend. Dit bedrag dient vervolgens te worden vergeleken met de belasting waaraan de entiteit in haar eigen land (effectief) onderworpen is. In de mate dat de in dat buitenland vastgestelde belasting evenveel of meer dan 1% van de “Belgische” belastbare grondslag bedraagt, dan zal de entiteit als zodanig niet kwalificeren als een juridische constructie. Die regel lijkt min of meer duidelijk, toch blijven er bij de concrete toepassing ervan nog vele vragen, onduidelijkheden en diverse interpretaties mogelijk.

Zo kunnen we een aantal vraagpunten onderscheiden die we hierna FAQ-gewijs kort van een antwoord *c.q.* commentaar pogen te voorzien.

#### b) Betekent de 1%-drempel dat er nu in de kaaimantaks een “dubbele drempel” is, zijnde een 15%-drempel buiten de EER en een 1%-drempel binnen de EER?

Ja, in feite wel. De 15%-drempel “bestaat” in de EER eigenlijk niet<sup>37</sup>. De methode om de 15%-drempel te berekenen wijkt echter in niets af van de methode om de 1%-drempel te berekenen. Het enige verschil is de locatie van de entiteit die dan beweerdelijk als juridische constructie in aanmerking zou komen, buiten dan wel binnen de EER, en uiteraard de hoogte van het referentietarief. Over de methode om de 15%-drempel te berekenen bij offshore vennootschappen en de moeilijkheden waar dat aanleiding toe kon geven hebben we al eerder geschreven in dit tijdschrift, en sommige van die

commentaren zijn ook van belang voor de nieuwe 1%-drempel binnen de EER<sup>38</sup>.

- Als de buitenlandse belasting lager is dan 15% van de referentiegrondslag voorzien in de wet, is geen verrekening mogelijk van de effectieve belasting, noch is nadrukkelijk voorzien in de fiscale aftrekbaarheid ervan. Dat zal bij de 1%-drempel ook zo zijn, ofschoon daar de financiële impact uiteraard lager is.
- De wettelijk bepaalde 15%-drempel halen of niet, heeft in eerste instantie belang voor de transparantieheffing (art. 5/1, § 1 WIB 1992) maar de uitwerking ervan is onduidelijk voor de belastingheffing bij uitkering zoals voorzien bij artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. Dat geldt ook voor de 1%-drempel. Transparante belasting zal in hoofde van de entiteit immers leiden tot de creatie van “kaaimantaksreserves”. Om die fiscaal nuttig te kunnen aanwenden bij uitkering volgens de regel van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992, zal de betreffende entiteit tevens op het moment van uitkering dienen te kwalificeren als juridische constructie. Zo niet wordt de uitkering immers niet gevat onder artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 maar alléén onder artikel 18, eerste lid, 1° WIB 1992 (bij een vennootschap). In dat geval kan men stellig twijfelen of de “vrijstelling” van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 wel speelt. Hier dreigt dus een effectieve dubbele belasting waaraan door de wet niet wordt geredimeerd. En dat gaat uiteraard verder dan de lage belasting (per definitie minder dan 1%) die de entiteit heeft betaald. *An sich* zijn er dan drie belastingen die verschuldigd worden:

- de minder dan 1% heffing door de betreffende EER-entiteit in de buitenlandse vennootschapsbelasting;
- de transparante belasting *cf.* artikel 5/1, § 1 WIB 1992 in de Belgische personenbelasting;
- de heffing bij uitkering die niet onder de toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 valt.

De desbetreffende belastingplichtige zal dus zeer alert moeten zijn bij de timing en planning van het uitkeringsbeleid om dubbele en drievoudige heffingen te voorkomen.

- De wettelijk bepaalde 15%-drempel moet berekend worden voor elk aanslagjaar afzonderlijk. Dat is bij de 1%-drempel ook het geval, maar dan binnen de EER. Een jaar waarin géén transparantie geldt (geen doorlooptbelasting), is bovendien – tenminste bij vennootschappen – slechts uitstel van heffing, omdat er dan toch nog een heffing komt bij uitkering.
- Ter berekening van de wettelijk bepaalde 15%-grens dient jaarlijks (bij voorkeur) een volledige aangifte in de vennootschapsbelasting (dan wel rechtspersonenbelasting) te worden gesimuleerd, met inachtnaam van alle

36. Dit is dus een foutje en men moet lezen “1% of méér”.

37. Weze het echter wel gezegd dat voor de definitie van “beleggingsinstelling” (ook binnen de EER) er éerst een wetstechnische omweg moet worden gemaakt via de 15%-drempel van art. 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992 om überhaupt tot de toepassing van het EER-KB te kunnen komen (zie *supra*).

38. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 881-882.



relevante bepalingen (NIA, overdraagbare verliezen, DBI, aftrek octrooi-inkomsten, verworpen uitgaven, etc.). Dat is bij de 1%-drempel ook zo. Daarbij is het o.i. noodzakelijk om de boekhouding vooraf te gaan vertalen naar een Belgische jaarrekening (zie *infra*).

- Zowel voor de wettelijk bepaalde 15%-drempel als voor de 1%-drempel stelt zich de vraag of men tevens de impact van non-at arm's length betaalde interesten volgens artikel 54 WIB 1992 dient mee te nemen, of dat men de volledige zeer specifieke regelgeving van de intra-groepsinterestbepaling dient mee te nemen (voor zover deze van toepassing zou zijn ware de betreffende entiteit een Belgische vennootschap). Het is immers perfect mogelijk dat een vennootschap om diverse redenen in een bepaald jaar “te hoge” interesten betaalt, waardoor die bij de bepaling van de fictieve belastbare grondslag moeten worden verworpen.
- Zowel de 15%-drempel als de 1%-drempel geldt voor “alle” inkomsten en dus niet alleen voor “passive income”. Dit leidt ertoe dat de 1%-taxatiereguleer (makkelijker) van jaar tot jaar kan verschillen. Eendert welk inkomen dient mee in rekening te worden genomen. Daarbij geldt er (in principe) geen onderscheid indien een deel van het inkomen onder een verdragsvrijstelling zou vallen zodat in een dergelijk geval er sprake kan zijn van een inbreuk op het dubbelbelastingverdrag. Binnen de EER heeft België met één land een DBV, behalve met Liechtenstein. Binnen de EU gelden bovendien de diverse richtlijnen. Het laat zich dus verwachten dat de potentiële schending van een DBV dan wel een Europese richtlijn zich veel vaker zal stellen ter zake de 1%-drempel binnen de EER dan ter zake de 15%-drempel buiten de EER.

Het spreekt voor zich dat er nuttige ervaring zou kunnen worden geput uit de 15%-regel, waar het dan vaak Zwitserse en US-vennootschappen betreft. De praktijk leert echter dat die gevallen eerder zeldzaam waren en het daar ofwel eerder een nihiltarief betrof (de échte offshore vennootschap waar de kaaimantaks voor is gemaakt) dan wel dat men ruim boven de 15% uit kwam, ettelijke uitzonderingen niet te na gesproken uiteraard. Er zijn tot op heden ook nog geen rulings afgeleverd over de berekening van noch de 15%-drempel, noch de 1%-drempel.

### c) Welke (bron)belastingen komen in aanmerking om de 1%-drempel “op te vullen”?

Zoals beschreven staat in het verslag aan de Koning komen alléén “échte” inkomstenbelastingen in aanmerking, waarbij forfaitaire belastingen, abonnementstaks of andere diverse taksen, nog steeds volgens het verslag aan de Koning, niet mogen worden opgenomen in de berekening. Hier wijkt de tekst niet af van wat al eerder werd gezegd bij de invoering van de 15%-drempel in de kaaimantaks 1.0<sup>39</sup>.

Wat echter met bronbelasting uit derde landen, ingehouden

over interesten en dividenden die werden ontvangen door de entiteit? In de mate dat die bronbelasting in het land waar die entiteit gevestigd is, de status heeft van “inkomstenbelasting”, dan zal die o.i. mee in rekening kunnen worden gebracht. Het verslag aan de Koning suggereert het echter anders. Er staat nl.: “*Het spreekt voor zich dat de in deze definities gebruikte terminologie moet worden geïnterpreteerd vanuit het Belgisch fiscaal wetgevend kader. (...) Dit heeft tot gevolg dat indien aan deze begrippen in een andere staat een andere betekenis wordt toegekend, deze andere betekenis buiten beschouwing moet worden gelaten.*” Dan stelt zich uiteraard een probleem. Nemen we even als principe een Belgische bronheffing die wordt ingehouden over een Belgisch dividend. Dit zal in hoofde van de ontvangende “Belgische” vennootschap het karakter hebben van een inkomstenbelasting, en in aanmerking komen voor verrekening. Een niet-Belgische bronheffing echter die wordt ingehouden over een buitenlands dividend – al dan niet uit een derde land – zal in hoofde van de ontvangende vennootschap volgens de Belgische fiscale kwalificatie – tenzij het desbetreffende DBV in een verrekeningsregel voorziet – niet het karakter hebben van een inkomstenbelasting. Die bronheffing zal dus als een kost worden aanzien.

Het verslag aan de Koning zegt echter dat we “*het belastbare inkomen van de vennootschap vaststellen alsof deze buitenlandse vennootschap een binnenlandse vennootschap is*”. Dit impliceert o.i. dat een Belgische bronheffing wel degelijk kan worden aangewend om de 1%-drempel op te vullen. Dat klinkt ook logisch en het tegendeel zou verbazen. Een buitenlandse, niet verrekenbare bronheffing echter niet. Bovendien stelt zich de vraag of er dan nog een bijkomend onderscheid mag/moet worden gemaakt tussen een “nationale” bronheffing in het land van vestiging van de entiteit en een bronheffing door een derde land. Loert daar geen discriminatie om de hoek? Het zou ons te ver leiden dit in deze te gaan uitzoeken, maar de wakkere belastingplichtige zal er goed aan doen om de som van alle buitenlandse bronheffingen bij de berekening afzonderlijk te vermelden. In het land van inhouding betreft dit immers met zekerheid “échte” inkomstenbelastingen.

Wat dan met effectief betaalde buitenlandse belastingen die géén inkomstenbelastingen zijn? Deze vraag peilt naar het lot van buitenlandse belastingen allerhande die aldaar effectief worden betaald; men denke aan een lokale vermogensbelasting zoals die bijvoorbeeld in Luxemburg bestaat. Deze bedragen komen niet in aanmerking om de 1%-drempel op te vullen. Wel mogen deze o.i. als kost in mindering gebracht worden om de heffingsgrondslag te berekenen.

### d) Waarom 1%?

Over de bepaling van het tarief van 1% zegt het verslag aan de Koning niets. Het enige wat er staat is de passage die aangeeft dat het KB tot doel heeft om entiteiten die in de lidstaat waar zij gevestigd zijn “niet of nauwelijks” aan de inkom-

39. *Ibid.*



stenbelastingen onderworpen worden, aan het aanslagstelsel te onderwerpen. Nu, we weten uit de wetsgeschiedenis van het 15%-tarief dat dat tarief in de plaats is gekomen van de omschrijving “aanzienlijk gunstigere belastingregeling”<sup>40</sup>. De taalkundigen onder ons weten dus nu dat “nauwelijks” gelijk staat met “minder dan 1%” en “aanzienlijk gunstiger” betekent “minder dan 15%”.

Maar vanwaar nu de 1%? Wel, in de prille ontwerpfase van het EER-KB, toen de idee rijpte om af te stappen van een limitatieve lijst en over te stappen naar een “omschrijving”, was initieel sprake van een voorlopige versie waar in het eerste lid, 3° stond: “*een vennootschap waarvan de staat waar de vennootschap is gevestigd, de inkomsten niet daadwerkelijk aan de inkomstenbelastingen onderwerpt*”. Die tekst bleek echter niet werkbaar, is in de loop van het wordingsproces niet weerhouden geweest, en heeft dus eigenlijk ook nooit bestaan. Deze tekst werd daarop verlaten en vervangen door een “objectief” criterium, zijnde het 1%-tarief. We worden niet geacht te weten waar dat 1%-tarief vandaan kwam, maar als je even kritisch nadenkt dan kan het niet moeilijk zijn om te bedenken dat het idee moet gekomen zijn van iemand die inzag dat het loslaten van een “omschrijvend criterium” zoals “niet daadwerkelijk” een 29-koppig monster op België zou loslaten<sup>41</sup>. Het 1%-tarief heeft alleszins als voordeel dat het “objectief” is, het is “duidelijk”. Er werd dus geopteerd voor het 1%-tarief als sluitstuk van de lange discussie die werd gevoerd over het principe zelf van de omschakeling van een limitatieve lijst naar een niet-limitatieve omschrijving. Daarbij bleek het dus noodzakelijk om met een “objectief tarief” te werken, dit om strijdigheid met de omschrijving van artikel 2, § 1, 13°, b) tweede lid WIB 1992 te vermijden.

Daarbij is het uit de tekst niet meteen duidelijk of hier een “effectieve heffing” wordt bedoeld, dan wel dat een principiële onderworpenheid afdoende is. Als we even vergelijken met de 15%-taxatieregels dan blijkt daaruit dat er daar wel degelijk een “effectieve belasting” wordt bedoeld, ofschoon dat nergens met zoveel woorden staat. In essentie leidt de vergelijkingsmethode die de 15%-taxatieregels in essentie is, er alleszins toe dat het niet anders kán dan dat er een “effectieve” heffing wordt bedoeld. Interpretatief ligt het echter niet voor de hand om te verwijzen naar de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015, daar artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992 nadrukkelijk zegt dat de 15%-taxatieregels niet van toepassing is in de EER. Verder staat er geen enkele verwijzing naar de 15%-taxatieregels in het EER-KB. Je zou dus kunnen stellen dat al wat geldt voor de 15%-taxatieregels niet *per se* hoeft te gelden voor de 1%-taxatieregels. Nu dat klinkt allemaal leuk en aardig, maar dat neemt

niet weg dat de tekst van artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992 en van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB woordelijk en letterlijk hetzelfde is. Er is dus géén ruimte voor enige andere (welwillende) interpretatie. Hetzij uiteraard op die vlakken waar de tekst wél afwijkt, nl. wat betreft de verdragsvrijstelling (zie *infra*) en de *lex specialis*-uitsluiting wat hybride vennootschappen en beleggingsinstellingen betreft.

Concluderend kunnen we dus moeilijk anders dan besluiten dat het ook bij het 1%-tarief over een “effectieve heffing” gaat.

#### e) Hoe streng moet/mag de 1%-drempel worden toegepast?

Zoals hoger reeds aangehaald is het 1%-tarief een objectief criterium, waarin géén ruimte is voorzien voor enige marge. M.a.w. deze grens zal op de eurocent juist moeten worden toegepast. Concreet betekent dat dus dat een eurocent méér of minder het verschil kan maken tussen transparante belasting, ja dan neen. En dat binnen de EU en de EER ... Wij kunnen ons echter voorstellen dat dergelijke “harde” clausule in geval van betwisting tot spitse debatten aanleiding zal geven. Verder lijkt ons dit ook in strijd te zijn met de algemene basisregels eigen aan CFC-wetgeving die toch in een de minimis-regel behoren te voorzien.

Hoger hebben we reeds aangehaald hoe complex de toepassing van de 1%-drempel is. Wellicht kan gesteld worden dat deze maatregel daarom disproportioneel is wegens “té complex”. Er zijn ook te veel onzekerheden in de methode van berekening die het resultaat kunnen beïnvloeden, waardoor het principe van de belastingplicht zelve onzeker wordt. Op die wijze komt mogelijks de grondwettelijkheid van de 1%-taxatieregels in het gedrang<sup>42</sup>.

#### f) Wat met de rechtmatigheid van het onderscheid tussen het Belgische regime, dat als “norm” wordt gehanteerd, en andere EU- en EER-belastingregimes?

Deze vraag naar de rechtmatigheid van het onderscheid peilt naar de afzonderlijke verschilpunten tussen het Belgische belastingregime en de belastingregimes van andere EER-landen. In hoeverre kunnen die dan als “nauwelijks belastbaar” worden beschouwd, wat dan de rechtvaardiging zou zijn voor de toepassing van een transparante belasting? Daarmee poneert België immers zijn eigen Belgische regime als de “norm”, en de andere EU- en EER-belastingregimes “allemaal” – en principieel – als “verdacht”. Bovendien wordt er een soort internationale effectieve minimum belasting vereist van minimaal 1% om transparante belasting te vermijden. Tenminste, indien en in de mate dat, voor een concreet geval, en in een concreet aanslagjaar, dit er *de facto* toe zou leiden

40. *Ibid.*, 880.

41. Het 29-koppig monster verwijst hier naar de EU- en de EER-lidstaten, minus België.

42. Voordracht door P. DELACROIX, “Taxe caïman”, slides 13-16, Studiedag Beleggingsfiscaliteit door het Tijdschrift voor Beleggingsfiscaliteit (TBF), 14 juni 2019. Slide 15: “*La contre-preuve nécessite des contraintes administratives excessives (recalcul ‘à la belge’, de manière annuelle, exercice de comparaison hasardeux nécessitant une connaissance approfondie de la fiscalité – belge et luxembourgeoise –, et ce alors même que cet exercice doit également être fait par des actionnaires minoritaires, n’ayant pas accès à l’information); La règle ne satisfait pas aux exigences de la sécurité juridique conformément auxquelles les règles de droit doivent être claires, précises et prévisibles dans leurs effets (recalcul ‘à la belge’ incertain sur de nombreux points: ex.: bases minimales d’imposition; impact de la consolidation belge et/ou étrangère; impact des règles prix de transferts, etc.)*”



dat een bepaalde buitenlandse entiteit aan een lagere inkomstenbelasting onderworpen is dan een heffing van “effectief” minimaal 1% over de hypothetische Belgische belastbare grondslag. Het komt ons voor dat zich hier een daadwerkelijk probleem situeert dat duidelijk illustreert dat – in welke gevallen – de kaaimantaks binnen EER-verband in strijd is met de Europese vrijheden.

Of dat werkelijk zo is, en of dat ooit zal blijken, zal uiteraard afhangen van de gevallen waarin de kaaimantaks effectief wordt toegepast. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de nationale bepalingen die kunnen worden aangewend om “overkill” te vermijden, en de doorwerking van internationale fiscale bepalingen en rechtsbescherming in EU- en EER-verband.

De kaaimantaks voorziet zélf in een aantal correcties. Zo zal een entiteit pas effectief aan de kaaimantaks kunnen worden onderworpen indien de substance-uitsluiting van artikel 5/1, § 3, b) WIB 1992 niet van toepassing kan worden geacht. Het is echter aan de belastingplichtige om deze in te roepen (zie *infra*, G.).

De auteurs van de 1%-taxatieregels zijn er van uitgegaan dat in de meerderheid van de gevallen, binnen de EER, die potentieel onder de kaaimantaks zouden kunnen vallen, de substance-uitsluiting van toepassing kan worden geacht. Dat kunnen we afleiden uit bepaalde documenten die in die periode circuleerden. Daaruit blijkt dat de mogelijkheid van een zeer brede toepassing van de 1%-taxatieregels lijkt te suggereren dat het EER-KB tot gevolg zou hebben dat gelijk welke buitenlandse vennootschap in de toekomst transparant zal kunnen worden belast. De auteurs van de tekst zijn er daarbij van uit gegaan dat zulks echter meestal *niet* het geval zal zijn, aangezien het voor de toepassing van de kaaimantaks ook steeds moet gaan om een entiteit/vennootschap die *niet* voldoet aan de substance-uitsluiting, wat dan volgens de auteurs impliceert dat de betreffende entiteit géén daadwerkelijke economische activiteit zou hebben. Deze overweging past immers binnen de context van de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015: “Aangezien de doorkijkbelasting een antimisbruikregel is, is het logisch dat zij niet geldt voor entiteiten die werkelijke economische activiteiten uitoefenen. (...) De maatregel is streng in zijn toepassing maar schiet tegelijk zijn doel niet voorbij en kan ook de confrontatie met het Europees recht en dubbelbelastingverdragen doorstaan.”<sup>43</sup>. Aangezien men er verder van uit gaat dat dit binnen een EER-context in de meeste gevallen wél zo zal zijn, zou in de praktijk de substance-uitsluiting voldoende kunnen garanderen dat mogelijke negatieve bijwerkingen ten gevolge van de toepassing van de 1%-taxatie-

regel, beperkt blijven. M.a.w. één en ander wordt herleid tot een probleem van “collateral damage” ter zake van enkele gevallen van “normaal belaste” vennootschappen die omwille van bepaalde feitelijkheden in een bepaald jaar minder dan 1% belasting betalen en die, op zich beschouwd, over onvoldoende substance beschikken. Straks in punt G. gaan we dieper in op de substance-uitsluiting en hoe die binnen de EER-context dient te worden toegepast.

Deze vaststelling impliceert echter dat het helemaal *niet* de bedoeling kan geweest zijn om in een systeem te voorzien dat breed zou worden toegepast en waarbij systematisch gezocht zou dienen te worden naar entiteiten die minder dan 1% belasting betalen, om die dan vervolgens onder de kaaimantaks transparant te gaan belasten. Helaas echter, zijn de teksten waarin dit allemaal staat “niet publiek”, hebben deze niet de status van “*memorie van toelichting*”, noch kunnen deze ergens worden geconsulteerd. Vraag in deze is daarom in welke mate de regels van openbaarheid van bestuur dergelijke voorbereidende documenten en e-mails alsnog kunnen tevoorschijn toveren. Mogelijks kan via een gerichte parlementaire vraag een antwoord bekomen worden van de minister van Financiën waarin een dergelijke passage wordt opgenomen.

Het valt overigens op dat nergens in het verslag aan de Koning naar deze inzichten wordt gerefereerd, noch dat er ergens enig voorbehoud wordt gemaakt bij een al te brede toepassing binnen EU- en EER-verband. Ook werd er nergens gerefereerd naar de potentiële strijdigheid met de Europese vrijheden. Men zou nochtans verwachten dat de minister de Koning daar wil op wijzen.

Concluderend moeten we er dus van uitgaan dat er zich hier een probleem stelt. Dat werd recent ook op overtuigende wijze gesignaleerd op een studiedag waar de spreker met de nodige stelligheid wees op de potentiële strijdigheid met de Europese vrijheden<sup>44</sup>. Het is inderdaad zo dat door een verschillende fiscale behandeling te voorzien voor een vennootschap gevestigd in België en in een EU-lidstaat, er een mogelijke beperking ontstaat van het vrij verkeer van kapitaal. De kaaimantaks kán immers, vanuit de systematiek zelf, nooit op een Belgische vennootschap worden toegepast. Bovendien geldt de transparante taxatie ook buiten de context van CFC-regels (Controlled Foreign Corporation) en de ATAD-richtlijn daar de kaaimantaks geen onderscheid maakt al naar gelang de hoogte van de participatie die de oprichter/aandeelhouder/begunstigde heeft, noch al naar gelang de graad van controle. Minderheidsparticipaties vallen dus ook onder de kaaimantaks. Het argument dat dit alles nodig zou zijn in het kader van fraudebestrijding, waardoor bepaalde

43. Algemene bespreking Plenumvergadering Kamer 24 juli 2015, randnr. 01.132.

44. Voordracht door P. DELACROIX, “Taxe caïman”, slides 13-16, Studiedag Beleggingsfiscaliteit door het Tijdschrift voor Beleggingsfiscaliteit (TBF), 14 juni 2019. Slide 13: “Selon nous, cette extension de la taxe caïman aux entités EU est contraire au droit européen pour les motifs suivants: A) le mécanisme d'imposition de la 'taxe caïman' viole la libre circulation des capitaux en ce que celle-ci applique une différence de traitement selon qu'une structure/société soit établie dans un Etat membre de l'EEE ou en Belgique (la 'taxe caïman' ne s'appliquant pas en pratique à des sociétés belges); B) en ce sens, la 'taxe caïman' introduit une restriction à la libre circulation des capitaux, d'autant plus importante que cette taxe s'applique que la société étrangère soit contrôlée ou non par le 'fondateur' belge et indépendamment de tout seuil de détention (>< règles CFC provenant de ATAD qui non seulement sont issues d'une directive européenne – et sont donc applicables au sens de l'UE de manière uniforme – mais également qui requièrent un contrôle de la société étrangère); C) cette différence de traitement est susceptible de dissuader les résidents belges de faire des investissements dans ou de constituer des sociétés établies dans des Etats membres de l'Union ou de l'EEE autres que le Royaume de Belgique.”



beperingen aan het vrij verkeer gerechtvaardigd zouden zijn, snijdt geen hout. De kaaimantaks is in zijn fiscaal technische uitwerking immers géén fraude bestrijdende maatregel, ofschoon die wel vaak zo wordt voorgesteld. In geval van fraude en simulatie is de kaaimantaks niet eens nodig, zoals we ook al eerder in dit tijdschrift hebben geponeerd. Delacroix heeft dan ook gelijk als hij stelt dat het EER-KB in deze verder gaat (lees “te ver”) dan wat nodig is om het doel te bereiken<sup>45</sup>. Het “exporteren” van de Belgische normering inzake vennootschapsbelasting (én rechtspersonenbelasting), en wat daarbij aanvaardbaar is en wat niet, gaat binnen de EU-context (en bij uitbreiding de EER-context) inderdaad te ver.

**g) Vanuit welk set van boekhoudkundige regels dient de belastbare grondslag voor de 1%-drempel te worden berekend?**

Hoger hebben we al gesignaleerd dat het verslag aan de Koning stelt dat de toepassing van de 1%-taxatiereguleer eerst en vooral de vaststelling van het belastbare inkomen van deze entiteit met toepassing van de Belgische regels veronderstelt. Voor deze vaststelling moet men dus het belastbare inkomen van de vennootschap vaststellen alsof deze buitenlandse vennootschap een binnenlandse vennootschap is. Zulk impliciteert o.i. dat de volledige boekhouding vooraf dient te worden vertaald/omgezet naar een Belgische boekhouding. En het is pas in de volgende fase dat het “Belgische fiscale resultaat” kan worden berekend. Ter berekening van de 1%-grens dient dus jaarlijks (bij voorkeur) een volledige Belgische aangifte in de vennootschapsbelasting te worden gesimuleerd, met inachtnaam van alle relevante bepalingen. De mate waarin dat bijvoorbeeld voor een minderheidsaandeelhouder *überhaupt* een haalbare kaart is maakt dat de 1%-taxatiereguleer in bepaald gevallen disproportioneel kan zijn.

**h) Wat met overdraagbare fiscale verliezen?**

De buitenlandse entiteit kan zich in een verliespositie bevinden die er dan de reden van is dat er effectief géén belasting wordt betaald. *Prima facie* zou dat géén probleem mogen zijn daar naar Belgische normen verliezen tevens overdraagbaar zijn. In de regel zou er naar Belgische normen dan ook geen belastbare winst zijn, waardoor de 1%-drempel niet aan de orde is. 1% van 0 EUR is immers nog steeds 0 EUR. Wat echter indien de regels van verliesoverdracht in het andere land soepeler zijn of volgens een ander ritme gebeuren, maar het fiscale regime aldaar verder “normaal” is (we bevinden ons per hypothese in een EU-lidstaat) en dát er de

oorzaak van is dat de 1%-taxatiereguleer niet wordt gehaald? In zo’n geval zou *stricto sensu* de kaaimantaks wél van toepassing zijn. Dat lijkt echter hoogst eigenaardig daar alleszins niet aan de *ratio legis* is voldaan. Dit lijkt dan ook één van die typische voorbeelden te zijn waar de toepassing van de kaaimantaks disproportioneel overkomt en in strijd kan worden geacht met het vrij verkeer van kapitaal. Een analoge redenering kan worden opgebouwd indien het verlies is opgebouwd uit bedragen die naar Belgische normen niet eens fiscaal aftrekbaar zijn maar volgens het buitenlandse fiscale regime wél, zoals bijvoorbeeld minderwaarden op aandelen.

Ten slotte stelt zich de vraag of het voor de berekening van de 1%-taxatiereguleer nodig is om de samenstelling van de verliesoverdracht ook voor het verleden te gaan herberekenen, naar Belgische normen. Dat ligt niet voor de hand. De fictie dat men moet doen alsof de buitenlandse vennootschap een Belgische vennootschap is, die overigens slechts in het verslag aan de Koning staat en niet in de tekst van het EER-KB zélf, geldt immers pas vanaf 1 januari 2018 (zie *infra* voor de regels inzake inwerkingtreding). Het lijkt dan ook zéér disproportioneel om te verlangen dat de oprichter een historische wedersamenstelling zou doen van het verleden van die vennootschap naar Belgische normen. Wij pleiten dan ook voor een “op-nul-zetting” wat de balans per 31 december 2017 betreft, ook wat de fiscale verliezen aangaat.

**i) Wat met de impact van voorafbetalingen?**

Van het evidente gebrek aan voorafbetalingen dient o.i. abstractie gemaakt. Dit zou overigens geen effect hebben daar de 1%-drempel sowieso geformuleerd is als 1% van de naar Belgische normen bepaalde belastbare grondslag, en niet refereert naar de belasting die een Belgische vennootschap zou hebben betaald.

**j) Wat met minderheidsparticipaties?**

Zoals hoger reeds aangehaald maakt de kaaimantaks géén abstractie van een minderheidsparticipatie. Eén enkel aandeel in handen van een Belgische rijksinwoner kan reeds volstaan om in zijn hoofd de kaaimantaks te activeren over het pro rata-deel aan inkomsten te alloceren aan dit ene aandeel. Dit is uiteraard disproportioneel. De tekst van de wet noch van het EER-KB voorziet hier echter in enige oplossing. Hier kan verwezen worden naar BEPS Action 3 over CFC-rules waarin duidelijk gepleit wordt voor een de minimalisereguleer om de administratieve last van de naleving van de fiscale regelgeving te milderen<sup>46</sup>.

45. Voordracht door P. DELACROIX, “Taxe caïman”, slides 13-16, Studiedag Beleggingsfiscaliteit door het Tijdschrift voor beleggingsfiscaliteit (TBF), 14 juni 2019. Slide 14: “La lutte contre la fraude et l’évasion fiscales et/ou la préservation de l’efficacité des contrôles fiscaux pourraient éventuellement justifier cette restriction. Toutefois, tel ne devrait pas être le cas en l’espèce dans la mesure où la ‘taxe caïman’ n’est pas propre à garantir la réalisation des objectifs poursuivis (à savoir, le cas échéant, la lutte contre la fraude et l’évasion fiscales et/ou la préservation de l’efficacité des contrôles fiscaux) et va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs. La ‘taxe caïman’ va en effet (bien) au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l’objectif de lutte contre la fraude et l’évasion fiscales pour les motifs suivants. La règle emporte une présomption générale de fraude et d’évasion fiscales qui s’applique automatiquement (cela vise des sociétés normalement imposées, reconnues comme telles notamment par la directive mère-fille, et cela revient à ‘exporter’ unilatéralement les règles ISOC belges aux sociétés européennes).”

46. OESO, “Public discussion draft – BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules”, 12 mei 2015, 19 *et seq.*, [www.oecd.org](http://www.oecd.org).



**k) Wat met de heffingsregels van de toepasbare dubbelbelastingverdragen bij de bepaling van de 1%-taxatieregel?**

Bij invoering van de kaaimantaks heeft de regering er op gewezen dat de kaaimantaks de confrontatie met het Europees recht en dubbelbelastingverdragen kan doorstaan<sup>47</sup>. Dit impliceert dat dit ook het geval dient te zijn met het nieuwe EER-KB. Enigerlei heffingsregels uit de respectieve dubbelbelastingverdragen die heffingsbevoegdheid toewijzen aan “de andere staat”, dienen dus ook te worden geëerbiedigd. In genen dele mag de kaaimantaks er dus toe leiden dat “de andere staat” in zijn heffingsbevoegdheid zou worden gekrenkt, noch dat de belastingplichtige omwille van de kaaimantaks een dubbele belasting zou ondergaan, in strijd met het toepasselijke verdrag. Hoe zulks in de praktijk dient te worden toegepast is echter verre van eenvoudig. Binnen het kader van het EER-KB zijn er immers met elk land, met uitzondering van Liechtenstein, verdragen ter vermijding van dubbele belasting afgesloten.

In deze context betreft het echter alléén de vraag of bij het bepalen van de referentie belastbare grondslag, op basis van de “fictie” dat de buitenlandse vennootschap als een “Belgische vennootschap” moet worden behandeld, ook de regels van de respectieve verdragen dienen te worden gehanteerd. Dit heeft voor de goede orde niets te maken met de “verdragsvrijstelling” die we terugvinden in artikel 1, tweede lid EER KB (zie *infra*). Een voorbeeld om te illustreren: stel Piet Pieters houdt aandelen in vennootschap X gevestigd in land A. Vennootschap X houdt een vordering op een vennootschap Y in land B. Op basis van het DBV tussen land A en land B is de WHT door land B over de interest uitgekeerd door vennootschap Y gereduceerd tot 0%. Op basis van het DBV tussen België en land B echter, is de WHT gereduceerd tot slechts 15%. Als we hier de 1%-taxatieregel op toepassen dan stellen we vast dat over een interest van 100 er slechts 85 in de referentie belastbare grondslag dient te worden opgenomen, de overige 15% gaat op aan de hypothetische WHT, die niet verrekenbaar is. In realiteit echter bedraagt de belastbare grondslag in hoofde van vennootschap X echter de volle 100. Indien we dus rekening houden met het dubbelbelastingverdrag dat toepasbaar zou zijn zo vennootschap X een Belgische vennootschap zou zijn, dan resulteert dit in een “lagere” belastbare grondslag. De ingehouden WHT door land B mag overigens per hypothese niet als een inkomstenbelasting worden beschouwd (zie *supra*, maar dat is voor debat vatbaar). In het kader van een uitgewerkte 1%-berekening, zou het dus best mogelijk zijn dat door dit “lagere” belastbare resultaat, de 1%-test wel degelijk wordt behaald, waardoor de kaaimantaks dan toch niet van toepassing is. Het is echter nog maar de vraag of dergelijke complexe hypothetische berekening nodig zal zijn, wij denken van niet (zie *infra*).

**l) En wat met Belgische vaste inrichting-winst?**

Er is ter zake de 1%-taxatieregel geen uitzondering voorzien voor Belgisch broninkomen (dat is bij de 15%-taxatieregel trouwens ook niet het geval). Dat kan ertoe leiden dat de kaaimantaks – die niet van toepassing is in de BNI/Ven. – tot een distorsie in de belastingheffing kan leiden (zie *infra*). Het is daarbij ondertussen aan de hand van twee rulings zelfs duidelijk geworden dat *überhaupt* géén winst meer in de BNI/Ven. kan worden belast<sup>48</sup>.

Laat ons nu even veronderstellen dat we een Belgische vaste inrichting hebben van een vennootschap gevestigd in Luxemburg. Die Luxemburgse vennootschap houdt verder enkele belangrijke participaties waarover gedurende 2018 belangrijke minderwaarden werden gerealiseerd. De vaste inrichting bestaat uit een kantoor van waaruit enkele verhuurde winkelpanden worden beheerd. De door de crisis op de markt van de winkelpanden zeer beperkte resultaten over het boekjaar per 31 december 2018 worden aangegeven in de Belgische BNI/ven. en regulier belast. Over de voorafgaande boekjaren van de vaste inrichting zijn er nog overdraagbare aanloopverliezen die maken dat er *de facto* géén Belgische belasting verschuldigd is. Door de impact van de hoge aftrekbare minderwaarden over de participaties, wordt de vennootschap finaal in fiscaal verlies gezet. Dat fiscale verlies zou er echter niet zijn indien de LuxCo een Belgische vennootschap was geweest waar die minderwaarden niet aftrekbaar waren. Gevolg is immers dat de 1%-taxatieregel niet gehaald wordt en LuxCo theoretisch gezien onder de kaaimantaks valt. Dit lijkt uiteraard gegeven de feiten, absurd als conclusie. Laat ons daarom even concreet nagaan of dit wel klopt.

- De Belgische vaste inrichting is weliswaar belastbaar, maar deze belasting is afwezig door de aanloopverliezen. Ook zonder de aanloopverliezen zou de heffing *de facto* te laag geweest om de 1% volledig op te vullen, de impact van de aftrekbare minderwaarden is te hoog.
- De verdragsvrijstelling van artikel 1, tweede lid EER-KB speelt *ab initio* niet daar het hier *in casu* een Belgische vaste inrichting betreft, en daarop is die vrijstelling niet van toepassing. Bovendien betreft de verhuur van de winkelpanden *in casu* niet “het hoofddoel” (zie *infra*).
- De substancevrijstelling van artikel 5/1, § 3, b) WIB 1992 zou mogelijks kunnen worden ingeroepen uiteraard, wat dan een mooi precedent zou scheppen voor andere Luxemburgse holdings met belangrijke minderwaarden.

Dit is dus een voorbeeld dat perfect illustreert hoe “verkeerd” het EER-KB kan uitwerken. Merk op echter dat het voorbeeld treffend illustreert hoe scherp de 1%-grens kan werken. Door een beetje te “spelen” met winst/verlies van de Belgische vaste inrichting kan de grens al dan niet overschreden worden. Toegegeven, het voorbeeld is wat met de haren

47. Algemene bespreking Plenumvergadering Kamer 24 juli 2015, randnr. 01.132.

48. Ruling nr. 2016.571 en ruling nr. 2016.569.





getrokken. Ieder die deze feiten leest zou meteen zeggen dat het beter en verstandiger zou zijn om de winkelpanden in een afzonderlijke Belgische dochtervennootschap onder te brengen. Maar is daarmee dan het probleem opgelost? Uiteraard niet, de naar Luxemburgse normen aftrekbare minderwaarden zijn er dan nog steeds. We verheugen ons nu al op de motivering van de diverse rulings *c.q.* vonnissen en arresten die zich over dit imbroglio zullen mogen buigen.

**m) Gaat er een (on)(weerlegbaar) vermoeden uit van de 1%-grens?**

Het antwoord op de vraag is: “Neen, er is zelfs geen vermoeden meer.” Aan de hand van de tekst is dat echter niet meteen duidelijk. De tekst zegt eenvoudigweg dat de betreffende entiteit die ofwel “niet” aan een inkomstenbelasting wordt onderworpen ofwel onderworpen wordt aan “een inkomstenbelasting die minder dan 1% bedraagt van het referentie belastbaar inkomen”, een juridische constructie “is” volgens de regels van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992. Dat laatste artikel zegt gewoon dat de Koning de gevallen zal aanduiden wanneer een EER-entiteit als juridische constructie kwalificeert. In het eerdere EER-KB van 18 december 2015 was er daartoe een limitatieve lijst opgenomen, die naar het heette een “onweerlegbaar” vermoeden installeerde. Op dat onweerlegbaar karakter is echter kritiek geleverd geweest in de rechtsleer. Die kritiek is voor zover wij het kunnen inschatten echter nooit getest geweest, daar het “onweerlegbaar” vermoeden uitsluitend betrekking had op de Luxemburgse SPF, de Liechtensteinse Stiftung en de Anstalt, die *an sich* alle drie (per hypothese) “niet” aan enige inkomstenbelasting zijn onderworpen. Het verslag aan de Koning vermeldt deze drie entiteiten nadrukkelijk: “Hieruit volgt dat de Luxemburgse ‘Société de gestion de patrimoine familial’ (SPF) steeds als een juridische constructie zal worden aangemerkt gelet op het feit dat de inkomsten ervan niet aan de Luxemburgse inkomstenbelastingen onderworpen worden. (...) Ook de Liechtensteinse ‘Anstalt’ of de Liechtensteinse ‘Stiftung’ zullen worden geïnspecteerd aangezien deze ten gevolge van het statuut van ‘Private Asset Structure’ enkel onderworpen worden aan een minimale forfaitaire belasting.” Bovendien kunnen die drie entiteiten géén gebruik maken van een dubbelbelastingverdrag, ofwel omdat er geen is (Liechtenstein), ofwel omdat ze er van uitgesloten zijn (de SPF wat het dubbelbelastingverdrag met Luxemburg betreft). Achteraf beschouwd echter is het onterecht dat dat nooit sterker in vraag is gesteld. Vooral ter zake de toepassing van de substance-uitsluiting zou dat interessant kunnen zijn. Het is alleszins zeker niet uitgesloten dat er zo nog gevallen tot voor de rechtbanken en hoven zullen worden gebracht. Vooral de symmetrie met de situatie in het *Olsen*-arrest kan daar inspirerend werken<sup>49</sup>.

Uiteraard dient enig vermoeden bij de 1%-taxatiedrempel anders te worden ingeschat. In eerste instantie kan daar al

geen “vermoeden” spelen, daar die 1% steeds moet berekend worden. Van enig “onweerlegbaar vermoeden” is dus geen sprake meer. Wat gaat men trouwens vermoeden? Men kan moeilijk gaan “vermoeden” dat een EU- of EER-vennootschap “minder” inkomstenbelasting betaalt dan de 1%-drempel. Dat zal steeds moeten berekend worden. En hoe gaat “men” dat allemaal controleren? De bewijslast daartoe ligt daartoe o.i. éénduidig bij de fiscus. Van enig “onweerlegbaar vermoeden” is dus geen sprake meer. Ook van enig “weerlegbaar vermoeden” zoals in het niet-EER-KB van 6 mei 2019 (zie *infra*) is wat de 1%-taxatiedrempel betreft bij het EER-KB o.i. geen sprake. Zelfs niet bij de Liechtensteinse Stiftung zoals we hierna zullen toelichten (zie III., D.). Er moet immers stéeds “gescreend worden”.

In de praktijk zijn er natuurlijk de CRS-meldingen die tevens van toepassing kunnen zijn op rekeningen gehouden door “normaal belaste vennootschappen” en die dan worden gemeld aan de Belgische fiscus. Wat dat betreft is er dus transparantie qua informatie die kan leiden tot een vraag om inlichtingen. In dergelijk geval kan uiteraard de vraag naar de eventuele toepassing van de kaaimantaks opduiken wanneer wordt vastgesteld dat er een “nihil”-belasting is. Het zal dan aan de belastingplichtige en zijn adviseurs zijn om standpunt in te nemen.

**n) Quid het jojo-effect veroorzaakt door het EER-KB?**

Een minder prettige bijkomstigheid van het EER-KB is het jojo-effect dat het gevolg kan zijn indien een voor het overige normaal belaste vennootschap door omstandigheden het ene jaar wel en het andere jaar niet aan de kaaimantaks zou worden onderworpen. Fiscaal is dat aangifte-technisch naar “onderhoud” een vrij dure en omslachtige gebeurtenis die naar fraudebestrijding en fiscaal misbruik toe geen enkele toegevoegde waarde biedt. De wet noch het EER-KB houdt echter met deze situatie rekening. Verder lijkt het een bijkomend voorbeeld te zijn van een met de Europese vrijheden strijdige situatie die wordt veroorzaakt door de veel te brede toepassingssfeer van de kaaimantaks.

De belastingplichtige zal immers geconfronteerd worden met “kaaimantaksreserves”, belastbaar in de personenbelasting *cf.* artikel 5/1, § 1 WIB 1992 voor het aanslagjaar X + 1, die worden opgebouwd binnen de balans van de vennootschap over het boekjaar X, maar die bij eventuele uitkering, in een jaar voor het welk de kaaimantaks niet van toepassing is, nogmaals zullen worden belast als dividend, zonder dat daarbij artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 kan worden ingeroepen. Dat laatste artikel geldt immers – *stricto sensu* – alléén voor uitkeringen door een entiteit die wél kwalificeert als een juridische constructie *cf.* artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. Het uitkeringsbeleid zal dan bovendien nog verder bemoeilijkt worden door de toepassing van de anterioriteitsregel van artikel 21, tweede lid WIB 1992 die bepaalt dat éérst die reserves dienen te worden aangewend die hun belas-

49. HvJ EVA 9 juli 2014, samengevoegde zaken E-3/13 en E-20/13, *Fred. Olsen e.a. en Petter Olsen e.a. / Noorwegen*; *Parl.St.* Kamer 2014-15, Doc. 54-0679/003, 11.



tingregime in België nog niet hebben ondergaan. Indien zo'n vennootschap dan bijvoorbeeld slechts éénmalig voor slechts één boekjaar aan de kaaimantaks zou onderworpen worden, dan zouden bij liquidatie die kaaimantaksreserves sowieso nogmaals belast worden.

Aan dat euvel zou kunnen worden verholpen door aan de inkomsten die aan artikel 5/1, § 1 WIB 1992 werden onderworpen, een daadwerkelijk belastingkrediet te koppelen. Dat is echter in de kaaimantaks niet voorzien. De aanpassing aan de tekst van artikel 21, eerste lid, 12° jo. artikel 18, eerste lid, 3° zoals aangebracht door de wet van 25 december 2017 was weliswaar reeds een verbetering<sup>50</sup>, maar we zijn nog niet zover dat in "alle gevallen" een belastingkrediet kan worden aangewend.

#### o) En wat met een gebroken boekjaar?

Een gebroken boekjaar van een vennootschap die onder de kaaimantaks valt is een boekhoudkundige-fiscale nachtmerrie. In essentie is het gevolg van de onderworpenheid aan de kaaimantaks van een entiteit immers te beoordelen per kalenderjaar in hoofde van de belastingplichtige oprichter/aandeelhouder, dit in het kader van de personenbelasting dan wel rechtspersonenbelasting. In hoofde van de entiteit zelf is dat echter nergens bepaald. Daar wordt gewoon vergeleken met de belastbare basis zoals bepaald naar Belgische normen. Nergens is sprake van wat te doen in geval van een gebroken boekjaar. Merk overigens op dat een rechtspersoon onderworpen aan de rechtspersonenbelasting tevens een gebroken boekjaar kan hebben, dat kan afwijken van het gebroken boekjaar van de potentiële juridische constructie waarin wordt geparticipeerd, ...

Een voorbeeld om dit probleem nader te duiden. Stel vennootschap XYZ sluit haar boekjaar per 30 september des jaars. Voor het boekjaar per 30 september 2018 is de 1%-drempel niet gehaald, voor het boekjaar per 30 september 2019 is dat per hypothese wél het geval. Hoe dit op te lossen?

- een methode zou kunnen zijn om een soort pro rata-regel toe te passen, waarbij 9/12 van het resultaat van de vennootschap wordt betrokken in de belastbare grondslag via artikel 5/1, § 1 WIB 1992. Dat lijkt me echter niet zeer verdedigbaar;
- een andere methode kan zijn om een pseudo analytische boekhouding te maken vanaf 1 januari 2018 tot 30 september 2018, en vervolgens dát resultaat van de vennootschap te betrekken in de belastbare grondslag via artikel 5/1, § 1 WIB 1992. Dat lijkt ons al wat meer verdedigbaar. Blijft echter de vraag wat te doen met de periode vanaf 1 oktober 2018 tot 31 december 2018,

die dient immers ook in ogenschouw te worden genomen;

- een derde methode zou kunnen zijn om een separate "kalenderjaar"-boekhouding te maken van de vennootschap en op basis daarvan te oordelen of er tot een onderworpenheid aan de kaaimantaks kan worden besloten. Dat lijkt me echter wettelijk gezien géén juiste methode.

De beste oplossing lijkt dus aan te sluiten bij de tweede methode. Men neme dus in een eerste stap de beide boekhoudingen van de vennootschap over de twee boekjaren. Alléén die jaarcijfers die *an sich* beschouwd tot toepassing van de kaaimantaks leiden, beoordeeld in hoofde van de vennootschap, worden weerhouden. Vervolgens worden er twee pseudo analytische boekhoudingen gemaakt vanaf 1 januari 2018 over 30 september 2018 tot 31 december 2018. Vervolgens worden die beide resultaten van de vennootschap betrokken in de belastbare grondslag via artikel 5/1, § 1 WIB 1992. Dat lijkt een goede oplossing die aansluit bij de tekst van de wet en het EER-KB. Nadeel is uiteraard dat deze werkwijze *primo* eerder complex is, en *secundo* in de praktijk niet mogelijk zal zijn voor een minderheidsaandeelhouder. Verder komt men wellicht in tijdsnood wat de aangifte-termijnen betreft.

Een bijkomende indicatie dat de kaaimantaks een doorgeschoten fiscale maatregel is die door haar veel te brede toepassings sfeer de realiteit van een correcte belastingheffing ver overstijgt.

## F. De verdragsuitsluiting van artikel 1, tweede lid EER-KB

### 1. De verdragsuitsluiting als nuttig principe

Bij de eerste commentaren over het toenmalige ontwerp van EER-KB vroegen we ons reeds af hoe de zeer brede 1%-taxatiedrempel diende te worden toegepast in samenlezing met de toepasbare dubbelbelastingverdragen<sup>51</sup>, zoals bijvoorbeeld met Luxemburg (voor de SCS) en Frankrijk (voor de SCI) om slechts een tweetal voor de hand liggende voorbeelden te noemen. Toen vreesden we dat hier onbedoeld een doos van Pandora werd geopend. Welnu, het is net op dit punt dat een gedetailleerde bijzondere uitzonderingsbepaling in het EER-KB werd ingeschreven die in de ontwerpfase nog ontbrak. Het betreft hier dan met name de uitsluitingsbepaling van artikel 1, tweede lid EER-KB die luidt als volgt:

*"De in het eerste lid, 2° of 3°, bedoelde entiteit is geen juridische constructie indien het hoofddoel van deze entiteit be-*

50. Zie onze commentaar daaromtrent in TFR 2018, afl. 545.

51. Daarbij is het uiteraard niet geheel irrelevant dat het voorbehoud van België inzake CFC-wetgeving is geschrapt in de versie 2017 van de OESO MV Commentaar bij art. 1: "27.4 Belgium cannot share the views expressed in paragraph 23 of the Commentary. Belgium considers that the application of controlled foreign companies legislation is contrary to the provisions of paragraph 7 of Article 5, paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10 of the Convention. This is especially the case where a Contracting State taxes one of its residents on income derived by a foreign entity by using a fiction attributing to that resident, in proportion to his participation in the capital of the foreign entity, the income derived by that entity. By doing so, that State increases the tax base of its resident by including in it income which has not been derived by that resident but by a foreign entity which is not taxable in that State in accordance with the Convention. That Contracting State thus disregards the legal personality of the foreign entity and therefore acts contrary to the Convention (see also paragraph 79 of the Commentary on Article 7 and paragraph 68.1 of the Commentary on Article 10)."



*staat uit de uitoefening van een activiteit, die inkomsten genereert die zouden worden vrijgesteld van de Belgische inkomstenbelasting in hoofde van een rijksinwoner of een aan de rechtspersonenbelasting onderworpen rechtspersoon, krachtens een met België gesloten overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting, indien deze rijksinwoner of deze rechtspersoon de door deze entiteit behaalde of verkregen inkomsten rechtstreeks zou hebben behaald of verkregen.”*

Deze zgn. “verdragsuitsluiting” heeft tot gevolg dat een entiteit niet zal kwalificeren als juridische constructie indien deze entiteit – als hoofddoel – een activiteit uitoefent, die inkomsten genereert, die in hoofde van een rijksinwoner vrijgesteld zouden zijn van Belgische inkomstenbelasting krachtens een dubbelbelastingverdrag, indien deze rijksinwoner deze inkomsten zelf zou behaald of verkregen hebben. Aandeelhouders/oprichters zijn in een dergelijk geval dus niet gehouden tot aangifte van het bestaan van de entiteit, noch zullen zij transparant belast worden over de inkomsten verkregen door die entiteit. Het verslag aan de Koning zegt hierover: *“Vennootschappen, verenigingen, inrichtingen, instellingen en entiteiten waarvan het hoofddoel het verkrijgen van inkomsten tot gevolg heeft die, indien deze rechtstreeks door een rijksinwoner of een aan de rechtspersonenbelasting onderworpen rechtspersoon die zouden zijn behaald of verkregen, worden vrijgesteld in hoofde van deze rijksinwoner of rechtspersoon krachtens een met België gesloten overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting worden niet aangemerkt als een juridische constructie. Deze entiteiten worden uit het toepassingsgebied geweerd omdat het niet zinvol is om op deze entiteiten de doorkijkmethode toe te passen. Deze bepaling sluit onder meer de Franse société civile immobilière uit van het toepassingsgebied aangezien het hoofddoel van dergelijke vennootschappen er in bestaat om onroerende inkomsten te verkrijgen die krachtens de bepalingen van het dubbelbelastingverdrag gesloten met Frankrijk worden vrijgesteld.”*

In het verslag wordt alléén het voorbeeld aangehaald van de Franse SCI, een vennootschap met een burgerlijk doel (zie *infra*, III., A.). In dit geval houdt deze fictie dus in dat de aandeelhouder geacht wordt de inkomsten van de burgerlijke – niet commerciële – activiteit zelf te hebben ontvangen, in welk geval het dubbelbelastingverdrag gesloten tussen Frankrijk en België de heffingsbevoegdheid, *in casu* over onroerende inkomsten en meerwaarden, toekent aan Frankrijk. In België zou dan een vrijstelling (met progressievoorbehoud) gelden. In zo’n geval zal de kaaimantaks dus niet van toepassing zijn, daar de SCI niet kwalificeert als een juridische constructie *cf.* bovenvermelde bepaling.

Vennootschappen met een commercieel doel kunnen uiteraard ook onder deze uitsluiting vallen. In dit geval dient men de vrijstelling dus te analyseren uitgaand van de situatie dat de aandeelhouders zélf de commerciële activiteit(en), zoals uitgevoerd door de vennootschappen, uitoefenen in het betreffende land. Dit zou dan resulteren in het hypothetische gevolg dat zij aldaar over een vaste inrichting beschikken, waarvan de inkomsten in principe aldaar belastbaar zijn op

basis van het dubbelbelastingverdrag gesloten tussen dat land en België (zie verder *infra*). Het voorbeeld dat het verslag aan de Koning geeft, ligt echter nogal voor de hand. Een ander voorbeeld in een drie landen-situatie om de vrijstelling nader te illustreren: stel een Maltese vennootschap heeft een onroerend goed in Portugal. Op basis van de 1%-taxatieregelen stellen we vast dat de Maltese vennootschap géén afdoende belastbare winst heeft zodat deze potentieel onder de kaaimantaks zou ressorteren. De Portugese onroerende inkomsten zouden echter onder toepassing van het Belgisch-Portugees DBV in Portugal belastbaar zijn, waarbij België vrijstelling dient te verlenen met progressievoorbehoud (art. 6 *jo.* art. 23 Belgisch-Portugees DBV). Indien het houden van het Portugese onroerend goed de hoofdactiviteit van de Maltese vennootschap is, dan is de kaaimantaks niet van toepassing. Indien dit echter slechts een nevenactiviteit zou zijn, en daarnaast zijn er nog andere (belangrijkere) activiteiten die geconsolideerd ook niet de 1%-drempel overschrijden, dan zou de kaaimantaks per hypothese wél van toepassing zijn. Althans, zo lezen wij de tekst. Dus in dat ene geval worden de onroerende inkomsten ondanks de verdragsvrijstelling wél via artikel 5/1, § 1 WIB 1992 aan de heffing onderworpen, en in het andere geval niet. Nu zou in ons voorbeeld die “heffing” uiteraard slechts leiden tot een vrijstelling mét progressievoorbehoud, net wegens het dubbelbelastingverdrag met Portugal.

Op zich lijkt de verdragsvrijstelling dus een nuttig principe, ofschoon ze niet steeds zal kunnen/mogen worden toegepast. Beide voorbeelden over onroerende inkomsten, die daarom *an sich* eerder eenvoudig en correct overkomen, roepen uiteraard ettelijke vragen op.

## 2. De basisvoorwaarden van de verdragsuitsluiting

De toepassing van de verdragsuitsluiting veronderstelt dat volgende drie voorwaarden vervuld zijn:

- de entiteit oefent een bepaalde activiteit als hoofddoel uit;
- die activiteit genereert inkomsten;
- die inkomsten zouden vrijgesteld zijn op basis van het toepasbare dubbelbelastingverdrag, indien de aandeelhouders die activiteit zélf zouden uitoefenen.

In eerste instantie is het dus noodzakelijk om te onderzoeken of de betreffende entiteit inkomsten genererende activiteiten uitoefent (voorwaarde 1 en 2) én of die activiteit tevens als “hoofdactiviteit” kwalificeert. Daartoe kan nuttig naar de statuten worden gekeken om na te gaan wat het doel van de vennootschap precies is. Dat kan zeer ruim of zeer eng omschreven zijn. Bij een brede doelomschrijving zal het vaak moeilijk zijn om na te gaan wat nu precies hét hoofddoel van de vennootschap is. In de tekst van het EER-KB staat enkel vermeld *“het hoofddoel van deze entiteit bestaat uit de uitoefening van een activiteit”*. Er wordt echter niet gespecificeerd of deze activiteit(en) werkelijk dienen te worden uitgevoerd doch of dat de statutaire bepalingen hieromtrent reeds



voldoende zijn. Ook staat er niet duidelijk vermeld of de inkomsten uit “die” hoofdactiviteit moeten voortkomen, of dat dat ook uit een andere activiteit mag zijn. De tekst van het verslag is wat dat betreft alleszins iets specifiek. Daar staat dat namelijk wél in met zoveel woorden, dus we gaan er even vanuit dat het ook zo bedoeld is.

Het zal alleszins vaak niet geheel duidelijk te bepalen zijn of de activiteiten, zoals vermeld in die statuten, als zodanig voldoende zijn voor de toepassing van de uitsluiting. Hierbij kan mogelijk nuttig verwezen worden naar het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 15 oktober 1998<sup>52</sup>, waarin het Hof zich uitsprak over de toepassing van (oud) artikel 48, tweede lid W.Succ. Het Hof oordeelde als volgt: “(...) *Overwegende dat met nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwbedrijven bedoeld worden, ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, zonder uitsluiting van de ondernemingen die andere ondernemingen controleren, behalve wanneer zij enkel tot doel hebben het eenvoudige verkrijgen en het in bezit houden van deelbewijzen.*” Zulks zou betekenen dat een holdingvennootschap alleszins ook kán kwalificeren voor de toepassing van de verdragsuitsluiting. En aangezien het EER-KB geen enkele activiteit *ab initio* uitsluit, lijkt dat ook logisch.

Wat betreft de tweede voorwaarde inzake het genereren van inkomsten uit voormelde activiteit die als hoofddoel geldt, zal dit uit de feiten dienen te blijken, d.w.z. uit de jaarrekening van de vennootschap. Nu, aan de hand van de jaarrekening alléén kan men niet zien welke activiteit welke inkomsten heeft gegenereerd. De gepubliceerde jaarrekening alléén zal dus niet volstaan. De meer gedetailleerde proef- en saldbalans dan wel de individuele rekeningen van de vennootschap zullen moeten worden geraadpleegd om dit uit te maken.

Voor de derde voorwaarde dient ten slotte te worden geverifieerd of de aandeelhouders-oprichters vrijgesteld zouden zijn *cf.* het dubbelbelastingverdrag gesloten tussen België en het betreffende land indien zij zélf de activiteiten van de vennootschap zouden uitoefenen. Deze analyse dient dus te refereren naar de fictie dat de activiteiten van de vennootschap worden uitgeoefend door de aandeelhouders zélf, die dus geacht worden zélf te handelen en “aldaar” aanwezig te zijn, in persoon, in het betreffende land, en die dus geacht worden te hebben gehandeld exact zoals de vennootschap heeft gehandeld. Deze fictie heeft dus tot gevolg dat de aandeelhouders geacht worden de activiteiten zélf uit te oefenen, *c.q.* zélf te hebben uitgeoefend. Concreet wil dit zeggen dat alle activiteiten, lokalen, leningen, bankrekeningen, vergaderingen, rapporten, bancaire interventies, contacten met de autoriteiten, de boekhouding, publicaties, contracten, instructies, enz. ... zonder enige uitzondering, ... geacht worden te zijn uitgevoerd geweest door de aandeelhouders zelf, en dat in persoon, en ter plaatse. Deze volstrekt hypothetische (en naar de realiteit dus niet bestaande situatie) veronderstelt dus een werkelijke en quasi permanente aanwezigheid van de aandeelhouders aldaar.

52. Cass. 15 oktober 1998, *Pas.*, I, 445.

Deze hypothese impliceert dus het louter weglaten van de zgn. “corporate veil”, te weten het dunne laagje vernis van de fictie van “rechtspersoonlijkheid” die een “vennootschap-onderneming” *in se* onderscheidt van een niet-rechtspersoon onderneming, en waarbij alle overige aspecten en feiten integraal intact blijven. Daarbij is het van belang steeds voor ogen te blijven houden dat dit een louter fictieve situatie betreft, die niet “echt” is, en die louter uitgaat van een hypothetische voorstelling van de werkelijkheid.

Bovendien is het interessant om vast te stellen dat uit het verslag aan de Koning inzake de hoger geciteerde paragraaf over de Franse SCI blijkt dat het land waar de activiteiten worden uitgeoefend determinerend is voor de analyse en niet het land waar de entiteit gevestigd is. Dat bleek ook al uit ons eerder voorbeeld van het Portugese onroerend goed dat werd gehouden door de Maltese vennootschap. *In se* impliceert dat echter weerom dat naar de loutere feitelijkheid wordt verwezen.

### 3. Een fictieve vaste inrichting als onderdeel van de verdragsuitsluiting

Het is relevant op te merken dat de activiteiten inzake onroerend goed waarnaar in het verslag bij het EER-KB wordt verwezen, en waar dus impliciet naar artikel 6 OESO-Modelverdrag wordt verwezen, slechts ten exemplatieve titel vermeld staan in het verslag en dit in de context van een vennootschap met een burgerlijk doel. De andere bepalingen uit de dubbelbelastingverdragen zoals daar zijn artikel 7 (vaste inrichting evinst), artikel 14 (winst vaste basis), etc. kunnen uiteraard evengoed worden toegepast, en worden als zodanig niet uitgesloten uit de toepassing van voormelde verdragsvrijstelling.

*In casu* is het dus verdedigbaar te stellen dat, gelet op de commerciële aard van een vennootschap, de uitgeoefende activiteiten en de werkelijkheid ervan, alsook de aanwezigheid van hogervermelde elementen, de aandeelhouders-oprichters fictief geacht kunnen worden de commerciële activiteiten van de vennootschap zélf uit te oefenen, i.e. alsook financiële activiteiten, via een aldaar gevestigde vaste inrichting. In dit opzicht zullen de winsten gerealiseerd in het betreffende land in principe toerekenbaar zijn aan die “fictieve” vaste inrichting. Men dient het zich dus als volgt voor te stellen dat de aandeelhouders-oprichters zélf de activiteiten van de vennootschap zouden uitoefenen, zonder tussenkomst van de raad van bestuur of enig ander orgaan van de vennootschap, die fictief wordt weggedacht. De aandeelhouders zélf worden dus geacht zélf te handelen en aanwezig te zijn, in persoon, in het betreffende land, en te hebben gehandeld zoals de organen van de vennootschap hebben gehandeld. Concreet wil dit zeggen dat alle beleggingsbeslissingen lokaal werden genomen, dat alle bankrekeningen ter plaatse werden beheerd, dat daartoe op de zetel vergaderingen werden gehouden, rapporten geschreven, en bancaire interventies gecoördineerd,



dat daartoe contacten met de lokale autoriteiten werden onderhouden door de aandeelhouders zélf, de boekhouding, publicaties, contracten, instructies, enz., zonder enige uitzondering geacht worden te zijn uitgevoerd geweest door de aandeelhouders zelf, en dat in persoon, en ter plaatse. Dit vereist dus zoals hoger reeds gezegd een (fictieve) werkelijke en (fictieve) quasi permanente aanwezigheid van de aandeelhouders in het betreffende land. Daarbij mogen m.i. de gedane rapporteringen, verslagen, wettelijk verplichte en andere, én de gedane aangiften niet worden weggedacht, deze behoren immers tot de feiten. Deze winsten zijn dan vervolgens, nog steeds louter hypothetisch, belastbaar in dát land d.m.v. de toepassing van het betreffende dubbelbelastingverdrag. Daarbij dient er m.i. géén rekening mee te worden gehouden of dat andere land daadwerkelijk zou belasten of niet, het betreft immers een loutere fictie.

Ten gevolge hiervan zal dus menig vennootschap in het geheel niet kwalificeren als juridische constructie, en zal de kaaimantaks dan ook niet van toepassing zijn.

Een voorbehoud dient gemaakt daar de fiscale administratie van mening zou kunnen zijn dat het louter beheren van financiële activa niet volstaat als “inkomsten genererende activiteiten”, zoals bedoeld in het EER-KB. Dat zou dan alleszins een standpunt zijn dat we niet kunnen bijtreden, daar de tekst elke specificatie van dien aard ontbeert. Een vennootschap zal immers haar beleggingsportefeuille “uit haar aard” op een professionele en dus commerciële wijze beheren. Dat is eigen aan haar natuur als vennootschap. Dat zulk “louter beheer” dan niet steeds als een “onderneming” voor btw-doeleinden zal kwalificeren is wat deze fictie betreft volstrekt irrelevant.

Een tweede voorbehoud dient gemaakt voor wat betreft de kwalificatie van de inkomsten gegenereerd door de vastgestelde “fictieve” vaste inrichting. Men zou immers kunnen voorhouden dat die inkomsten, door middel van de “fictieve” vaste inrichting, door conversie van aard wijzigen en daardoor “beroepsinkomsten” worden. Dat lijkt mij echter geenszins het geval te zijn. De vaste inrichting is immers louter fictief, ze bestaat niet écht. Bovendien is de tekst van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 duidelijk, de “alsof” bepaling voorziet in fiscale transparantie van de inkomsten verkregen door de entiteit zonder conversie. Roerend inkomen blijft dus roerend inkomen. De fictieve hypothese inzake het uitoefenen van de activiteiten “door” de aandeelhouders zélf verandert dit o.i. niet.

## G. De substance-uitsluiting binnen de context van het EER-KB

### 1. Algemeen

In het WIB 1992 zelf is tevens voorzien in een zogenaamde “substance”-uitsluiting in artikel 5/1, § 3, b) WIB 1992.

Deze bepaling leest anno 2019 als volgt:

“De paragrafen 1 en 2 zijn niet van toepassing voor het aanslagjaar waarvoor de oprichter:

(...)

b) in de jaarlijkse aangifte van de inkomstenbelasting verklaart en op eenvoudig verzoek aantoonst dat de juridische constructie gevestigd is in een staat bedoeld in paragraaf 2, tweede lid, en dat:

- de inkomsten van deze juridische constructie in hoofdzaak worden behaald door de uitoefening van een of meerdere daadwerkelijke economische activiteiten waarbij deze activiteiten het beheer van het privévermogen van de oprichter of van een van de oprichters van deze juridische constructie niet tot doel mogen hebben, en dat;
- deze juridische constructie een geheel van lokalen, personeel en uitrusting tot haar beschikking heeft dat in verhouding staat tot de voormelde economische daadwerkelijke activiteiten bedoeld in het eerste streepje.”

De tekst van deze bepaling spreekt *prima facie* voor zich. Het verschil met de verdragsuitsluiting bestaat erin dat in het geval van de toepassing van de substance-uitsluiting de belastingplichtige het bestaan van de entiteit zelf wél nog moet melden in de aangifte personenbelasting/rechtspersonenbelasting. Men erkent dus de kwalificatie als “juridische constructie” van de vennootschap/entiteit in kwestie. Men vraagt vervolgens in de aangifte enkel een uitsluiting van de toepassing van de kaaimantaks voor deze constructie. Op eenvoudig verzoek van de administratie dienen de nodige stukken voor de toepassing van de uitsluiting te worden voorgelegd. In het kader van een mogelijke fiscale controle zal het dus zeer zinvol zijn om deze stukken reeds beschikbaar te hebben op het moment van de aangifte.

Deze substance-uitsluiting is van toepassing binnen de gehele kaaimantaks, zowel binnen als buiten de EER. Vraag is nu echter hoe deze substance-uitsluiting toe te passen binnen de context van het EER-KB waar we dus te maken hebben met EER- en EU-vennootschappen en entiteiten. Dat was tot voor het nieuwe EER-KB uiteraard ook reeds zo, maar dan toch beperkt tot de reeds drie voormelde entiteiten, de EER-hybride vennootschappen mét Belgische inkomsten en de beleggingsinstellingen beschreven in het KB van 18 december 2015. Al bij al dus véél beperkter. Bovendien werd door de wet van 25 december 2017 de tekst van de substance-uitsluiting aangepast, en dat wat het EER-KB betreft op twee punten<sup>53</sup>:

- de bepaling werd soepeler door te bepalen dat de inkomsten van juridische constructies niet meer “uitsluitend” maar slechts “in hoofdzaak” dienen te worden behaald door de uitoefening van de daadwerkelijke economische activiteit;
- die daadwerkelijk economische activiteit kan vanaf 1 januari 2018 ook plaatsvinden op een andere plaats dan die waar de juridische constructie is gevestigd, dit

53. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 661-662.



door de schrapping van het woord “aldaar” in de initiële tekst.

Beide versoepelingen werden in de tekst ingeschreven om tegemoet te komen aan de Europese rechtspraak ter zake, dit op basis van kritiek die al eerder in de rechtsleer werd geuit<sup>54</sup>. Meteen zien we hier echter een bepaalde symbiose met de verdragsuitsluiting door de verwijzing naar enerzijds een hoofdactiviteit en anderzijds de vaststelling dat de activiteit niet hoeft plaats te vinden in het land van vestiging (zie *supra* het voorbeeld van de Maltese vennootschap met het Portugese onroerend goed).

De belangrijkste wijziging was echter de verstrenging van de bepaling door de beperking ervan tot inkomsten uit economische activiteiten die het beheer van het privévermogen van de oprichter of van een van de oprichters van deze juridische constructie *niet* tot doel mogen hebben. In deze kan worden verwezen naar ruling nr. 2016.540 die tot dezelfde conclusie kwam, weze het dan zonder expliciete bepaling in de wet. Daarbij moeten we ons echter de vraag stellen wat met “*het privévermogen van de oprichter of van een van de oprichters van deze juridische constructie*” wordt bedoeld. In het kader van de toepassing van de kaaimantaks zijn de betreffende activa immers eigendom van de juridische constructie zelf, en niet de eigendom van de oprichter. In welke mate kan er dan sprake zijn van privévermogen van de oprichter? Dit lijkt een *contradictio in terminis* te zijn.

Pogen we dit duidelijk te maken met een voorbeeld. Stel de heer Piet Pieters heeft anno 1987 via zijn Zwitsers bankier een Liechtensteinse Stiftung (géén verdragsland, wél EER) laten oprichten en deze heeft met de ingebrachte gelden een chalet gekocht op een mooie zonnige helling in Verbier (Zwitserland) (wél verdragsland, niet EER). De chalet wordt verhuurd via een lokaal verhuurbureau aan toeristen en occasionele gebruikers en af en toe maakt de heer Piet Pieters zelf ook gebruik van de chalet. Wat is nu het verdict wat de kaaimantaks betreft over deze huurinkomsten? Eerder in ons artikel in *TFR* (afl. 545) hadden we over dit voorbeeld geschreven dat we geneigd waren te denken dat er géén belastbaarheid zou zijn daar het hier toch een daadwerkelijke economische activiteit van verhuur betreft<sup>55</sup>. Deze activiteit zou op zich immers moeten volstaan om de substance-uitsluiting te kunnen invoeren. Toen hadden we ook reeds signaleerd dat de toepassing van de kaaimantaks in dit voorbeeld helemaal niet nadelig hoeft te zijn voor de belastingplichtige daar de desbetreffende inkomsten uit buitenlandse verhuur via artikel 5/1, § 1 WIB 1992 *jo.* artikel 6 Belgisch-Zwitsers

dubbelbelastingverdrag vrijgesteld zijn met progressievoorbehoud. Bovendien kwalificeren bij latere uitkering de desbetreffende huurgelden dan onder de toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 als vrijgesteld. Maar dat was vooraf aan het EER-KB dat de nieuwe verdragsuitsluiting invoerde. De Stiftung is een EER-entiteit, en het chalet ligt in Zwitserland, verdragsland. Aangezien we dienen rekening te houden met de locatie van de activiteit, is op basis van artikel 1, tweede lid EER-KB de kaaimantaks niet van toepassing in deze casus, er is immers een verdrag met Zwitserland. En doordat de kaaimantaks niet van toepassing is, vervliegt ook de vrijstelling bij uitkering via artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Opmerkelijk is ook dat daardoor onze eerdere conclusie bij dit voorbeeld, louter aan de hand van de tekst van de wet van 25 december 2017, maar voordat de tekst van het EER-KB er was, wordt bevestigd. Waar de belastingplichtige de keuze heeft om de substance-uitsluiting al dan niet in te roepen, is dat bij de verdragsuitsluiting o.i. immers niet het geval. *In casu* zal de kaaimantaks in dit voorbeeld dus niet van toepassing zijn.

Een volgende vraag is hoe de substance-uitsluiting toe te passen in het kader van een EU-vennootschap die het beheer van vermogen tot doel heeft, zoals bijvoorbeeld een Luxemburgse Soparfi, dit in de hypothese dat a) de 1%-taxatiedrempel niet wordt gehaald en b) de verdragsuitsluiting “niet” van toepassing zou zijn (wat ze o.i. wél is overigens). Dergelijke Soparfi oefent wel degelijk een daadwerkelijke economische activiteit uit, i.e. financiële activiteiten van beheer van haar vermogen. Artikel 5/1, § 3, b) WIB 1992 preciseert sedert 1 januari 2018 dat deze activiteiten geen betrekking mogen hebben op het louter beheer van “*privévermogen van de oprichter(s)*”. Deze verduidelijking werd zoals gezegd toegevoegd aan de wet door de programmawet van 25 december 2017, dit in het licht van een eerdere ruling<sup>56</sup>. *In casu* betreft het in dergelijke casus echter naar onze overtuiging géén beheer van “*privévermogen van de oprichter*”. Het vermogen in kwestie wordt wel degelijk gehouden en beheerd door de desbetreffende entiteit zélf, die naar eigen recht kwalificeert als een échte vennootschap die zelf activiteiten ontwikkelt en uitoefent, en dat in overeenstemming met de statuten. Dat het hier gaat over vermogen dat werd ingebracht door de aandeelhouders of werd geleend aan de entiteit door die aandeelhouders (wat in de praktijk meestal het geval is), impliceert nog steeds niet dat het hier a) niet zou gaan om “*daadwerkelijke economische activiteiten*”, noch b) dat het hier om het beheer van het privévermogen van de aandeelhouders

54. Zie onder meer G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 890 *et seq.* met daar de verwijzingen naar het *Cadbury Schweppes*-arrest en het *Olsen*-arrest. Tevens kan worden verwezen naar het *Panayi*-arrest. Zie tevens N. APPERMONT en B. PEETERS, “Kaaimantaks 2.0, exithellingen en vrijheid van vestiging, troebel water?”, *Fiscoloog (I.)* 2018, afl. 412, 5-8.

55. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 662: “Ook hier blijkt weer duidelijk dat de verschillende bepalingen van de kaaimantaks elkaar intrinsiek tegenspreken. Indien het de bedoeling was om méér belastbare grondslag te creëren in het kader van het strenger maken van de desbetreffende bepalingen, dan hebben deze soms een *averechts effect*. Men zou natuurlijk het standpunt kunnen innemen dat in dit voorbeeld de substance-uitsluiting wél kan worden ingeroepen op grond waarvan de desbetreffende onderliggende huurinkomsten niet belastbaar zijn in het kader van de kaaimantaks. Op termijn voert dat echter tot een nadeel voor de belastingplichtige die dan wordt geconfronteerd met belastbare dividenden bij uitkering dan wel bij liquidatie op grond van art. 18, eerste lid, 3° WIB 1992. *In casu* is het dus in het belang van de belastingplichtige om de substance-uitsluiting, zo deze al van toepassing zou zijn, niet in te roepen. Eerder hebben we immers al geargumenteed dat de fiscus zelf de substance-uitsluiting niet kan invoeren daar deze nooit automatisch van toepassing is maar door de belastingplichtige zelf bij wijze van een actieve keuze in de aangifte personenbelasting dient te worden ingeroepen (G.D. GOYVAERTS, “Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt”, *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6).”

56. Voorafg. Besliss. nr. 2016.540.



zou gaan. In dergelijke gevallen kan o.i. dus de substance-uitsluiting wel degelijk worden ingeroepen. Zoals hoger vermeld, was dit overigens ook de nadrukkelijke bedoeling van de auteurs van het EER-KB die er van uitgingen dat in de overgrote meerderheid van de EU-gevallen de substance-uitsluiting zou kunnen worden ingeroepen om een al te brede toepassing van de kaaimantaks te vermijden. Dit is ook in overeenstemming met de Europese rechtspraak ter zake<sup>57</sup> (zie *infra*, 2.). Voorbehoud dient evenwel steeds te worden gemaakt voor het niet-akkoord van de fiscale administratie, wat uiteraard de assertieve belastingplichtige geenszins mag afschrikken. In talrijke gevallen kan dit dus tot betwistingen en gerechtelijke tussenkomst aanleiding geven.

## 2. De substance-uitsluiting binnen de EER in het licht van de Europese rechtspraak

In het algemeen dient men bij de analyse van de toepassing van de kaaimantaks binnen de EU (en bij uitbreiding binnen de EER) rekening te houden met de Europese rechtspraak ter zake het vrij verkeer van kapitaal en vrij verkeer van diensten. Dat was al zo wat de kaaimantaks in het algemeen betreft, maar binnen de EU en de EER is die toets natuurlijk veel strikter op te volgen. In de praktijk zal dit met name zijn neerslag vinden in de toepassing van de substance-uitsluiting en de interpretatie ervan, daar die uitsluiting net in de wet werd ingeschreven om de al te brede toepassing van de kaaimantaks te voorkomen. Daartoe komen *prima facie* een aantal bestaande arresten in aanmerking, die overigens al langer bekend zijn, namelijk het *Cadbury Schweppes*-arrest en het *Olsen*-arrest, maar ook het *Panayi*-arrest (C-646/15). Het is echter aan de belastingplichtigen om hun casus voor de rechter te brengen om zodoende nieuwe rechtspraak te genereren.

Initieel werd reeds in de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 verwezen naar het advies nr. 57.455/3 van de Raad van State bij het vergelijkbaar wetsvoorstel van de Sp.A.<sup>58</sup>. Daarin verwijst de Raad naar de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie<sup>59</sup>. Bij belastingmaatregelen ter voorkoming en bestrijding van fraude, aldus het Hof, vereist het evenredigheidsbeginsel dat de belastingplichtige de gelegenheid moet krijgen om een tegenbewijs te leveren. Die mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs wordt noodzakelijk geacht bij de toepassing van zogenaamde CFC-misbruikbepalingen in een intra-Europese context. Zo heeft het Hof in het arrest *Cadbury Schweppes* (zaak C-196/04, 12 september 2006) waarbij de toepassing van bepaalde UK-belastingregels werden betwist op grond waarvan in de UK-Ierse dochtervennootschappen van Cadbury Schweppes be-

last werden op basis van antimisbruikbepalingen genre CFC, erop gewezen dat het niet proportioneel is om de fundamentele vrijheden te ontzeggen aan een “*reële vestiging die daadwerkelijk een economische activiteit in de lidstaat van ontvangst uitoefent*”, en dat de vaststelling van zo’n “*reële vestiging*” moet “*berusten op objectieve en door derden controleerbare elementen die onder meer verband houden met de mate van fysiek bestaan ... in termen van lokalen, personeel en uitrusting*” (randnr. 66)<sup>60</sup>. “*Gelet op dit doel om in de lidstaat van ontvangst te integreren, impliceert het begrip vestiging in de zin van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging, de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in deze lidstaat (zie arresten van 25 juli 1991, C-221/89, Factortame e.a., Jurispr., p. I-3905, punt 20 en 4 oktober 1991, C-246/89, Commissie / Verenigd Koninkrijk, Jurispr., p. I-4585, punt 21). Dit veronderstelt bijgevolg dat de betrokken vennootschap werkelijk gevestigd is in de lidstaat van ontvangst en daar daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent. Bijgevolg kan een beperking van de vrijheid van vestiging slechts door de strijd tegen misbruiken worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.*”

Bij de uitwerking van dat tegenbewijs had de regering zich naar eigen zeggen bij de invoering van de kaaimantaks reeds laten leiden door de resolutie van de Europese Raad van 8 juni 2010 over de coördinatie van de CFC- en thin capitalisation-regels in de EU. Daarin worden volgende criteria gehanteerd om kunstmatige winst- en vermogensoverdrachten te detecteren: “*de opgerichte entiteit vormt in wezen geen daadwerkelijke vestiging die daadwerkelijk economische activiteiten uitoefent; de activiteiten die de entiteit ogenschijnlijk uitoefent, staan niet in verhouding tot de mate waarin het fysiek bestaat in termen van lokalen, personeel en uitrusting.*”<sup>61</sup>.

Het was helaas *ab initio* niet erg duidelijk wat de precieze draagwijdte van die uitsluiting was en is. In de *memorie* werd alléén verwezen naar het arrest *Cadbury Schweppes* en niet naar het al even belangrijke *Olsen*-arrest van 9 juli 2014<sup>62</sup>. Dat arrest is deels op het *Cadbury Schweppes*-arrest gebaseerd, en verwijst er ook naar. Het *Olsen*-arrest betreft een Noorse CFC-regeling op grond waarvan buitenlandse trusts transparant belast worden. Het *Olsen*-arrest wordt uitvoerig geciteerd in het reeds aangehaalde advies van de Raad van State nr. 57.064/3 van 7 april 2015 (stuk 54-679/3). In dat advies stelt de Raad van State: “*De uit een CFC-regeling*

57. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 891 en de commentaar en verwijzingen aldaar vermeld.

58. *Parl.St.* Kamer 2014-15, Doc. 54-1125/001, 37 *et seq.*

59. *Fisc.Act.* 2015, nr. 16, 13.

60. *Fisc.Act.* 2010, nr. 43, 4 m.b.t. betalingen aan belastingparadijzen; HvJ 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*.

61. Resolutie Raad nr. 2010/C 156/01, over coördinatie van de regels inzake buitenlandse filialen (“Controlled Foreign Corporation — CFC”) en onderkapitalisatie (“thin capitalisation”) in de Europese Unie, *H&I* 2010, nr. 9.1, 2.

62. HvJ EVA 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Olsen e.a. / Noorwegen*, [www.eftacourt.int/](http://www.eftacourt.int/).



voortkomende verschillende behandeling van binnen- en buitenlandse juridische constructies doet in veel gevallen een probleem rijzen in het licht van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal. In dat verband kan bij wijze van voorbeeld verwezen worden naar een arrest van het EVA-Hof van 9 juli 2014 waarin het verschillend behandelen van inkomsten (nl. dividenden en meerwaarden) uit een (inlandse) Noorse trust en die uit een (buitenlandse) Liechtensteinse trust werd onderzocht.” (randnr. 10.2).

In voetnoot 17 in datzelfde advies gaat de Raad van State nog een stapje verder: “Het EVA-Hof oordeelde in het (...) vermelde arrest dat beperkingen op de vrijheid van vestiging of op het vrij verkeer van kapitaal, verantwoord kunnen worden op grond van dwingende redenen van algemeen belang, ‘in particular on considerations of preventing tax avoidance or maintaining the balanced allocation of taxing powers’ tussen de lidstaten. Maar de beperking moet dan wel evenredig zijn. ‘The restriction is proportionate if it relates only to wholly artificial arrangements which seek to escape the national tax payable in comparable situations. Accordingly, such a tax measure must not be applied where it is proven, on the basis of objective factors which are ascertainable by third parties, that despite the existence of tax motives a CFC is actually established in the host EEA State [EER-lidstaat] and carries on genuine economic activities, which take effect in the EEA.’”

Cruciaal daarbij is dat het *Olsen*-arrest specifiek gaat over “genuine economic activities” van een Liechtensteinse trust. Het Hof stelt: “Whether the entity in question conducts a real and genuine economic activity cannot be answered in the abstract. It depends on the actual terms of the entity’s statutes, such as (...) the trust’s deed, and the actual activities of that entity and its management. If a specific assessment reveals, for example, that the trust is involved in the management of a group’s companies or other activities for a group, such as managing a pool of resources, and its actual incorporation reflected its actual activities, it has to be regarded as a real and genuine economic activity, which constitutes establishment.” (randnr. 99). M.a.w. het HvJ EVA stelt dat de werkelijke toets niet tot een lijst van abstracte criteria kan worden beperkt. Daarbij zegt het arrest letterlijk dat indien *in concreto* gebleken is dat de trust betrokken is bij het beheer van de groepsvennootschappen, of andere dienstverlening aan de groep (denk aan financiering of het verlenen van licenties), en dat de entiteit (de trust dus) die activiteiten werkelijk uitoefende, dat er dan sprake is van een echte en werkelijke activiteit, en dus van een vestiging. M.a.w. men moet volgens het arrest niet kijken naar het abstract geformuleerde lijstje “lokale kantoren, personeel & uitrusting”, maar naar de werkelijke activiteit zelf. Die stelling dient interpretatief te worden ingepast in de laatste zinsnede van de substance-uitsluiting waar staat dat “de juridische constructie een geheel van lokale, personeel en uitrusting tot haar beschikking heeft dat in verhouding staat tot de voormelde economische daadwerkelijke activiteiten (...)”. M.a.w. de

“daadwerkelijke economische activiteit” mag niet geveinsd zijn, maar anderzijds is het ook niet nodig om een kantoorgebouw met 15 mannen eigen personeel te hebben om een deelneming in een holdingvennootschap te beheren dan wel om een beleggingsportefeuille te beheren. Het is m.a.w. een tweesnijdend zwaard.

Bovendien stelt het Hof dat de activiteit moet plaatsvinden binnen de EER, maar niet noodzakelijk in het land van vestiging van de entiteit zelf: “As the Commission stated in response to a question from the bench, it is not required that the economic activities take effect in the EEA State of establishment. It suffices that they take effect in the EEA.” Dat laatste was initieel een voorwaarde in de wet waar in de tekst van artikel 5/1, § 3, b) WIB 1992 zoals die gold tot 31 december 2017 werd verwezen naar “de voormelde economische activiteit die deze entiteit ‘aldaar’ uitoefent”. Met ingang van 1 januari 2018 werd dat gewijzigd. Dat heeft uiteraard zijn belang. Technisch gezien betekent dit bijvoorbeeld dat of raden van bestuur nu plaatsvinden in Luxemburg, Liechtenstein, België of godbetert Zoutelande, het voor de toepassing van de kaaimantaks allemaal niets uitmaakt. Daarmee ging het HvJ EVA dus verder dan de initiële Belgische wet, die zoals gezegd, ondertussen werd aangepast. Dat impliceert ook dat de belastingplichtige bij de analyse van de feiten van zijn eigen dossier, géén rekening meer hoeft te houden met allerhande beperkende commentaren zoals die konden worden gelezen in de initiële *memorie van toelichting*<sup>63</sup>. Daarbij dient nogmaals beklemtoond dat het *niet* zo is dat enkel die economische activiteiten kwalificeren die inkomsten genereren die conform het WIB 1992 beroepsinkomsten zijn. Dat is sowieso niet in overeenstemming met wat het HvJ EVA heeft geoordeeld in het *Olsen*-arrest, en werd tevens aangepast door de wet van 25 december 2017. Bovendien was die beperking in strijd met het principe van transparantie dat de kaaimantaks in artikel 5/1, § 1 WIB 1992 poneert. Het beheer van aandelenparticipaties door een Liechtensteinse trust, waar het *Olsen*-arrest over handelt, heeft inderdaad niets met “beroepsinkomsten in hoofde van de oprichter” te maken, dat betreft dividenden (roerende inkomsten) en meerwaarden (ev. diverse inkomsten), zoals de Raad van State in zijn advies nr. 57.064/3 nadrukkelijk vermeldt. Het doorslaggevende criterium is immers dat van een “daadwerkelijke economische activiteit” die volgens het *Olsen*-arrest *in concreto* (en niet *in abstracto*) moet beoordeeld worden in hoofde van de “entiteit” zelf. Zo beschouwd is de scope van de substance-uitsluiting, binnen de EER, dus best ruim te noemen.

Het verdere “bewijs” dat de oprichter moet leveren – namelijk dat het geheel van de lokale, het personeel en de uitrusting die de entiteit tot haar beschikking heeft op de plaats waar ze gevestigd is, in verhouding staat tot de daadwerkelijke economische activiteit die ze uitoefent –, is een weergave van het *Cadbury Schweppes*-arrest. Dit tegenbewijs houdt echter onvoldoende rekening met het *Olsen*-arrest. Die “test” moet volgens het *Olsen*-arrest immers steeds in het

63. *Parl.St.* Kamer 2014-15, Doc. 54-1125/001, 39.





concrete geval worden nagegaan. Het volstaat om daartoe te lezen wat in randnr. 89 en 90 van het *Olsen*-arrest staat: “*The plaintiffs assert that P Trust pursues a genuine economic activity (...) They argue that P Trust is established in Liechtenstein and that all the management of the trust takes place there. Moreover, they state that the trustees have spent considerable resources on the management of the trust and that the trustees hold regular asset management meetings. This position is supported by the Liechtenstein Government, which submits that the staff of the trust and one of the three trustees is located in Liechtenstein. This activity is pursued through a fixed establishment, with the trust being an independent entity, which, through the trustees, on a long-term basis, owns and manages several companies. As the owning and managing of companies is regarded an economic activity within the meaning of the EEA Agreement, and considering that P Trust is an irrevocable trust, the Liechtenstein Government submits that the trust pursues an economic activity for an indefinite period.*” Met name zal het dus niet *per se* steeds noodzakelijk zijn dat elke “daadwerkelijke economische activiteit” een eigen lokaal, uitrusting of personeel veronderstelt. Bijvoorbeeld in het geval van een Liechtensteense Stiftung binnen de EER, of een Luxemburgse Soparfi, en zelfs een Luxemburgse SPF, die een deelneming en bij uitbreiding een actief beheerde beleggingsportefeuille aanhoudt, zoals in het *Olsen*-arrest, is dat niet meteen nodig vanuit een economische noodzaak. Uiteraard zal de praktijk van het concrete geval dat moeten uitwijzen. Daarbij kan dan tevens verwezen worden naar een arrest van het Europees Hof van 10 januari 2006 ter zake van een “actieve” holdingvennootschap, op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat de substance-uitsluiting van toepassing is voor controlevehikels die een meerderheidsbelang houden<sup>64</sup>.

Het valt daarom af te wachten welke toepassing de controle-diensten en de Rulingcommissie zullen geven aan het criterium dat de “lokale, personeel en uitrusting” in verhouding moeten staan tot de daadwerkelijke economische activiteit van de EER-entiteit. Het is echter de vraag of er van de Rulingdienst veel soelaas te verwachten is ter zake van de kaaimantaks. De over de kaaimantaks 1.0 afgeleverde rulings bleken immers redelijk restrictief qua interpretatie. Het zal veeleer zaak zijn voor de betrokken belastingplichtigen om binnen de context van de EU en de EER, hun heil te zoeken via gerichte prejudiciële vragen en dus beroep te doen op de rechter, veeleer dan te willen afhangen van de interpretatie van de fiscale ambtenaar. Het zal voor de praktizijn én voor de fiscus dus zeer interessant zijn om de toepassing van de substance-uitsluiting aan de concrete EER-dossiers te toetsen. De bewijslast ligt immers bij de oprichter. Het EER-KB kan, ondanks het feit dat dit bij wet bekrachtigd werd, eenvoudigweg deze voormelde Europese principes zoals bevestigd in de rechtspraak nooit succesvol opzij schuiven. Alles-

zins dienen de overwegingen uit hogervermelde Europese rechtspraak te worden meegenomen bij de toepassing in de praktijk van de substance-uitsluiting binnen de EER. Of zoals Delacroix het in zijn voordracht van 14 juni 2019 reeds uitdrukte: “*La contre-preuve liée à la preuve d’une activité économique effective est trop restrictive (impossibilité d’apporter la preuve contraire pour des sociétés patrimoniales, voire certaines sociétés holdings ou semi-holdings).*”<sup>65</sup>.

## H. Over de impliciete verwijzing naar de juridische constructie type 1

De oplettende lezer van het verslag aan de Koning bij het EER-KB zal opgemerkt hebben dat er naar het einde van de tekst toe een ietwat merkwaardige paragraaf is opgenomen: “*Het enkele feit dat een rechtsvorm niet meer bij naam wordt vermeld in dit besluit heeft niet tot gevolg dat de entiteiten die deze voorheen uitdrukkelijk in het koninklijk besluit vermelde rechtsvorm aannemen niet meer kwalificeren als een juridische constructie. Integendeel, het is zelfs mogelijk dat een entiteit die niet een voorheen uitdrukkelijk in het koninklijk besluit vermelde rechtsvorm heeft aangenomen, alsnog kan gekwalificeerd worden als een juridische constructie indien deze beantwoordt aan één van de definities die zijn opgenomen in dit besluit of in artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992.*”

Deze passage is om twee redenen zeer interessant. Vooreerst wordt duidelijk bevestigd dat het EER-KB niet langer limitatief is waardoor de onder het KB van 18 december 2015 geldende rechtszekerheid, die wij wat betreft de toepassing van kaaimantaks 1.0 daaruit konden afleiden, in samenlezing met de EER-exceptie van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid WIB 1992, wordt ondergraven. Dat sluit overigens aan bij het door de minister gegeven antwoord op de reeds hoger geciteerde parlementaire vraag. Dit heeft zijn belang voor alle entiteiten die behept zijn mét rechtspersoonlijkheid en die binnen de EER zijn gevestigd, en heeft betrekking op artikel 1, eerste lid, 2° én 3° EER-KB.

Belangrijker is echter de verwijzing naar de definitie van een juridische constructie type 1. Door te stellen dat een entiteit die niet een voorheen uitdrukkelijk in het voormalige EER-KB van 18 december 2015 vermelde rechtsvorm heeft aangenomen, alsnog kan gekwalificeerd worden als een juridische constructie indien deze beantwoordt aan de definitie van artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 wordt naadloos bevestigd dat ook entiteiten mét rechtspersoonlijkheid kunnen kwalificeren als een juridische constructie type 1. Met deze vermelding in het verslag wordt echter benadrukt dat het “niet voorkomen” van een rechtsvorm op een limitatieve lijst niet betekent dat een kwalificatie als juridische constructie uitgesloten is. Een entiteit binnen de EER kan immers kwalifice-

64. “*Néanmoins, et il s’agit là d’une limitation importante, la C.J.C.E. ne manque pas de préciser qu’une entité qui détient des participations de contrôle dans une société et qui exerce effectivement ce contrôle en s’immisçant dans la gestion de celle-ci doit être considérée comme prenant part à l’activité économique exercée par l’entreprise contrôlée.*” HvJ 10 januari 2006, C-222/04, *Ministero dell’Economia e delle Finanze / Cassa di Risparmio di Firenze*.

65. Voordracht door P. DELACROIX, “Taxe caïman”, slides 13-16, Studiedag Beleggingsfiscaliteit door het *Tijdschrift voor beleggingsfiscaliteit (TBF)*, 14 juni 2019 (slide 14).



ren als een juridische constructie “type 2” *cf.* de nieuwe definities uit het KB. Ofwel kan deze entiteit ook kwalificeren als een juridische constructie “type 1”, zo staat er. Met de definitie van juridische constructie “type 1” wordt in principe verwezen naar trusts en bepaalde fiduciaire overeenkomsten<sup>66</sup>. Voor dit type juridische constructies wordt géén onderscheid gemaakt naar gelang de vestigingsplaats, *i.e.* binnen of buiten de EER<sup>67</sup>. Er wordt voor dit type juridische constructie evenmin voorzien in een lijst vastgesteld bij KB. Dit is uiteraard eerder onrustwekkend, en het volstaat om een voorbeeld te citeren om dit nader te duiden. Naar verluidt zou er in het kader van eerdere versies van het ontwerp EER-KB besproken geweest zijn dat de Liechtensteine Stiftung als entiteit mét rechtspersoonlijkheid zeer vergelijkbaar was met een trust. Dat zou naar verluidt blijken uit welbepaalde passages uit eerdere versies<sup>68</sup> van het verslag aan de Koning bij het EER-KB die dan uit de tekst werden verwijderd om finaal te worden vervangen door een iets neutralere versie van de tekst die hoger reeds werd geciteerd. Dergelijke passages zijn illustratief voor de richting waarin de kaaimantaks evolueert en die wel degelijk gericht lijkt te zijn op een uitbreiding van de toepassingsfeer van de kaaimantaks via het hanteren van zeer brede begripsomschrijvingen in een koninklijk besluit. Het spreekt voor zich dat het bewust creëren van verwarring tussen juridische constructies van type 1 en type 2 de wettelijke waarborg van het onderworpenheids criterium van de 15%- *c.q.* de 1%-taxatiedrempel zoals deze wettelijk wordt bepaald in artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 *jo.* artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992 *jo.* artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB (wettelijk bevestigd bij wet van 11 februari 2019) volledig onderuit zou halen. De raadsman die zijn cliënt bijstaat bij het gebruik van de Liechtensteine Stiftung *c.q.* Anstalt is bij deze gewaarschuwd.

## II. Het nieuwe niet-EER-KB van 6 mei 2019

De ministerraad van 15 maart 2019 had zijn goedkeuring gegeven aan een wijziging van het nieuwe niet-EER-KB, wat resulteerde in het KB van 6 mei 2019 tot aanpassing van het

koninklijk besluit van 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992<sup>69</sup>. Dit nieuwe niet-EER-KB voegt een nieuw artikel 1/1 toe aan het bestaande niet-EER-KB dat verder zijn reeds bestaand artikel 1 ongewijzigd geldig laat<sup>70</sup>. De regeling van de beleggingsinstellingen (art. 1/1, eerste lid, 1°) alsook de regeling van de hybride vennootschappen (art. 1/1, eerste lid, 2°) zoals die werd uitgewerkt voor de EER door het EER-KB van 21 november 2018 wordt naar analogie overgenomen. In de aanhef naar de geformuleerde vermoedens in artikel 1/1, eerste lid van het nieuwe niet-EER-KB wordt gewoon de tekst herhaald die reeds in artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992 staat en in het gewijzigde artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid WIB 1992 waar de woorden “*de voor welbepaalde staten of rechtsgebieden beoogde rechtsvormen*” werd vervangen door “*de gevallen*”<sup>71</sup>. Het verslag aan de Koning zegt hierover: “*Ingevolge artikel 25 van de wet van 11 februari 2019 houdende fiscale, fraudebestrijdende, financiële alsook diverse bepalingen, heeft de wetgever aan de Koning de mogelijkheid te geven om bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad, de in artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992 bedoelde gevallen, die niet gevestigd zijn in een staat of rechtsgebied dat behoort tot de Europese Economische Ruimte, te bepalen die vermoed worden te voldoen aan de omschrijving in dat eerste lid, zonder hierbij enkel de mogelijkheid te hebben om hiervoor de voor welbepaalde staten of rechtsgebieden beoogde rechtsvormen op te sommen. Dit maakt het mogelijk de behandeling van rechtspersonen die gevestigd zijn binnen de Europese Economische Ruimte en rechtspersonen die gevestigd zijn buiten de Europese Economische Ruimte niet te veel uit elkaar te laten lopen. Hierdoor wordt in dit ontwerp voorgesteld om de aanpassingen aan het koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), tweede lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, te laten doorwerken bij de toepassing van het aanslagstelsel op rechtspersonen die gevestigd zijn buiten de Europese Economische Ruimte.*”

Voor wat de beleggingsinstellingen betreft is de tekst inder-

66. Deze definitie uit art. 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 luidt als volgt: “*een rechtsverhouding, die door een rechtsbehandeling van de oprichter of door een rechterlijke beslissing in het leven wordt geroepen, waarbij goederen of rechten onder de macht van een beheerder worden gebracht om ze te besturen ten behoeve van een of meerdere begunstigen of voor een bepaald doel. Die rechtsverhouding heeft de volgende kenmerken: – de eigendomstitel betreffende de goederen of rechten van de juridische constructie is opgesteld op naam van een beheerder of op naam van een andere persoon voor rekening van de beheerder; – de goederen van de juridische constructie vormen een afzonderlijk vermogen en maken geen deel uit van het vermogen van de beheerder; – de beheerder heeft de bevoegdheid en de plicht, ter zake waarvan hij verantwoording verschuldigd is, om in overeenstemming met de bepalingen van de juridische constructie en de bijzondere verplichtingen waaraan hij door de wet is onderworpen, de goederen van de juridische constructie te besturen, te beheren of erover te beschikken.*”

67. A *contrario* bij juridische constructies types 2, waarbij in de wettelijke definitie uit art. 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 het volgende expliciet werd opgenomen: “*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.*”

68. Deze verwijzingen zouden naar verluidt voorkomen in een vroegere ontwerpversie van het ontwerp EER-KB. Deze oudere versies, die niet publiek toegankelijk zijn en die geen deel uitmaken van het formeel regelgevend proces, kunnen echter zeer interessant zijn vanuit interpretatieve doeleinden. In eerdere publicaties hebben wij er reeds op gewezen dat het voor de rechtsonderhorige vandaag de dag zeer moeilijk is geworden om de bedoeling van de wetgever (bij een wet of decreet) dan wel de Koning (bij een KB) te kennen, daar wetten en koninklijke besluiten worden geschreven op kabinetten en de discussies ten gronde in interkabinettenwerkgroepen worden gevoerd (de zogenaamde IKW's). De discussies die daar worden gevoerd zijn niet publiek en ontsnappen aan elk parlementair toezicht. Er worden daarvan geen publieke verslagen gemaakt noch gepubliceerd. Het komt echter voor dat sommige van die teksten binnen beperkte kringen beginnen te circuleren waardoor ze voor sommigen gedeeltelijk toegankelijk worden. Alsdan kunnen ze dus, zoals in onderhavig geval, voor interpretatieve doeleinden worden geraadpleegd. De vraag is ook of die teksten, die geen officiële bronnen van recht zijn, ooit kunnen worden aangewend in rechte als interpretatieve ondersteuning van een pleidooi. De tijd zal het uitwijzen.

69. BS 16 mei 2019, 47.061.

70. Op de correctie van één taalfout in de Nederlandstalige versie na.

71. Aanpassing door art. 25 van de wet van 11 februari 2019 (BS 22 maart 2019, 28.349).



daad identiek aan deze in het EER-KB, inclusief de voorwaarde van “verbonden aandeelhouders” (“fonds dédié-aandeelhouderschap”). Ook de “definitie” van wat een beleggingsinstelling is wordt in artikel 1/1, tweede en derde lid niet-EER-KB opgenomen. De regering maakt van de gelegenheid gebruik om ook een toevoeging te doen in het niet-EER-KB d.d. 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid WIB 1992. De nieuwe basisbepalingen inzake de “fonds dédié”-ICB alsook inzake de hybride vennootschappen worden *mutatis mutandis* overgenomen in het niet-EER-KB bij wijze van een juridisch vermoeden dat dergelijke entiteiten juridische constructies zijn<sup>72</sup>. Het verslag aan de Koning zegt hierover: “Dit heeft tot gevolg dat de openbare of institutionele instelling voor collectieve beleggingen evenals de openbare, institutionele of private alternatieve instelling voor collectieve beleggingen geïmagineerd die door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijke compartiment beschouwd, worden vermoed een juridische constructie te zijn. Hetzelfde geldt voor de zogenaamde hybride vennootschappen, die eveneens vermoed worden een juridische constructie te zijn. Dit vermoeden heeft tot gevolg dat de bewijslast wordt omgekeerd, waardoor in voorkomend geval het aan de belastingplichtige is om aan te tonen dat de in dit ontwerp geïmagineerde entiteiten geen juridische constructie(s) zijn.”

De impact van de toevoeging in het “niet-EER-KB” is o.i. echter ondanks de vermelding van dat “nadrukkelijk vermoeden” niet van dezelfde orde als deze in het nieuwe EER-KB. Voor rechtspersonen in de EER gevestigd geldt immers dat deze enkel en alleen onder de kaaimantaks kunnen vallen indien ze onder één van de categorieën in het EER-KB vallen. Dit is een gevolg van de zogeheten “EER-exceptie”, cf. artikel 2, § 2, 13°, tweede lid WIB 1992 die nog steeds en bij voortduur in de wet staat. Hoger hebben we ook reeds uitgelegd dat het “vermoeden” binnen de EER heel anders werkt dan het vermoeden buiten de EER.

Voor buiten de EER gevestigde rechtspersonen daarentegen zijn strikt genomen enkel de wettelijke definitie van “juridische constructie” van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 alsook de bij wet bepaalde uitzonderingen en uitsluitingen van belang. Of een buiten de EER gevestigde rechtspersoon al dan niet op de lijst van het niet-EER-KB voorkomt, of al dan niet in het aangepaste KB van 6 mei 2019 voorkomt, heeft hoogstens implicaties op het vlak van de “bewijslast”. Het wél voorkomen op de lijst creëert immers enkel en alleen een weerlegbaar “vermoeden” dat het om een juridische constructie gaat. Het niet-EER-KB is immers niet beperkend, niet limitatief. Het al dan niet voorkomen van een buiten de EER gevestigde rechtspersoon op de niet-EER-lijst is dus noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde om als een juridische constructie te kwalificeren.

## A. Buiten de EER gevestigde ICB's: (het gebrek aan) impact van het nieuwe “niet-EER-KB”

### 1. Algemeen

Voor wat buiten de EER gevestigde ICB's betreft bepaalt het in de ministerraad overlegd KB van 6 mei 2019 “op niet beperkende wijze” welke rechtsvormen als een juridische constructie worden aangemerkt. De rechtsvormen die voorkomen in dat niet-EER-KB van 6 mei 2019 hebben enkel de draagwijdte van een “vermoeden”. Het al dan niet kwalificeren onder een van de rechtsvormen voorzien door het niet-EER-KB is strikt genomen noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde om als ICB te kwalificeren. Naar effectieve impact “ten gronde” voegt dit nieuwe niet-EER-KB bij gevolg strikt genomen niets toe, vermits het niet-EER-KB hoogstens interpretatief van aard is, en bijgevolg hoogstens een impact heeft op de bewijslastproblematiek<sup>73</sup>.

Dat betekent met andere woorden dat om te analyseren of een buiten de EER gevestigde ICB al dan niet onder de kaaimantaks valt strikt genomen enkel en alleen de wettelijke bepalingen relevant zijn. Een buiten de EER gevestigde ICB kan bij gevolg *überhaupt* enkel onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks vallen mits voldaan is aan de definitie van juridische constructie zoals voorzien door artikel 2, § 1, 13°, b), eerste *jo.* derde lid WIB 1992 *jo.* artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992. Ofwel is de entiteit niet aan een inkomstenbelasting onderworpen, ofwel is ze onderworpen aan een inkomstenbelasting die minder dan 15% bedraagt van het belastbare inkomen van deze juridische constructie dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten, én bovendien slaagt de belastingplichtige niet in het tegenbewijs zoals voorzien in artikel 5/1, § 3, a) WIB 1992 (wat op zich uiteraard op hetzelfde neer komt).

### 2. Privaat uitgegeven ICB's gevestigd buiten de EER, de fonds dédié-voorwaarde en de letterlijke interpretatie van de wettekst versus het vertrouwensbeginsel

Voor privaat uitgegeven ICB's is het voldoen aan de definitie voorzien door artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992 luidens de tekst van de wet een “voldoende voorwaarde” om de kaaimantaks te “triggeren”. De voorwaarde van “fonds dédié”-aandeelhouderschap stelt zich hier immers niét, aldus de letterlijke tekst van het WIB 1992. Het gegeven dat het nieuwe artikel 1/1 van het niet-EER-KB enkel naar “fonds

72. K. HELLINCKX, “Kaaimantaks, nieuw niet-EER-KB met uitbreiding omkering bewijslast”, *Fiscoloog* 2019, afl. 1615, 9.

73. Zie bv. K. HELLINCKX, zoals gepubliceerd in *Fiscoloog* 2019, afl. 1615, 9, die stelt dat het nieuwe niet-EER-KB een uitbreiding van de omkering van de bewijslast tot gevolg zou hebben ter zake het vermoeden vermeld in art. 2, § 1, 13°, derde lid WIB 1992. Of dit vermoeden in de praktijk een belangrijke impact zal hebben valt o.i. te betwijfelen, en wel omdat een toepassing van de “fonds dédié”-bepaling sowieso al een vrij grondige analyse van de situatie vergt.



dédié”-situaties verwijst (“1° de beleggingsinstellingen waarvan de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd;”) zal volgens een letterlijke lezing van de wetsbepalingen niet volstaan om buiten de kaaimantaks te blijven. Dit blijkt overigens ook uit het verslag aan de Koning bij het nieuwe KB van 6 mei 2019: “Wat daarentegen de rechtspersonen betreft die gevestigd zijn buiten de Europese Economische Ruimte, wordt het toepassingsgebied bepaald door artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992. Het koninklijk besluit van 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, dat dit ontwerp beoogt aan te vullen, stelt dan ook enkel een vermoeden in dat wordt voldaan aan de omschrijving in het voormelde eerste lid. In het geval dus een buiten de Europese Economische Ruimte gevestigde rechtspersoon niet in het toepassingsgebied van het voormelde koninklijke besluit van 23 augustus 2015 is begrepen, is het dus perfect mogelijk dat deze alsnog als een juridische constructie wordt aangemerkt op basis van artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid WIB 1992.”

Wij merken op dat men zich de vraag moet stellen of de analyse op grond van de tekst van het WIB 1992 niet moet worden “gemilderd” op grond van het administratiefrechtelijk “vertrouwensbeginsel”. Door het vermoeden voor beleggingsinstellingen in het niet-EER-KB te beperken tot (de compartimenten van) beleggingsinstellingen waarvan de aandeelhouders exclusief uit verbonden personen bestaan, kan men zich de vraag stellen of hier door de “Koning” geen schijn gecreëerd wordt dat óók voor wat de buiten de EER gevestigde (compartimenten van) beleggingsinstellingen betreft de kaaimantaks enkel van toepassing kan zijn mits voldaan is aan de voorwaarde van een “fonds dédié”-aandeelhouderschap.

### 3. Institutionele, publiek uitgegeven en beursgenoteerde ICB's of de doorwerking van de wettelijke “fonds dédié”-voorwaarde

Voor institutionele en publiek uitgegeven ICB's geldt daarentegen zeer duidelijk de voorwaarde dat de kaaimantaks enkel van toepassing kan zijn indien het aandeelhouderschap exclusief bestaat uit onderling verbonden personen (desgevallend per compartiment te beoordelen). Hetzelfde geldt voor een ICB waarvan de aandelen beursgenoteerd zijn op een effectenbeurs van een lidstaat van de Europese Unie onder de voorwaarden van de richtlijn nr. 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. Dit is een gevolg van het bepaalde in artikel 2, § 1, 13°/1 WIB 1992 (zie *supra*).

Specifiek voor wat publieke ICB's betreft zou men zich de

vraag kunnen stellen of de “fonds dédié”-voorwaarde zich ook stelt om de kaaimantaks te “triggeren” indien de ICB weliswaar in het buitenland publiek wordt uitgegeven, doch niet in België, bijvoorbeeld indien een ICB ergens in het buitenland op grote schaal wordt aangeboden aan kandidaat-investeerders, maar in België – door omstandigheden – bijvoorbeeld slechts aan vijf kandidaat-investeerders werd aangeboden. In dergelijk geval kan er in België technisch gesproken geen sprake zijn van een openbaar bod. Een openbaar bod veronderstelt immers een aanbieding van effecten aan minstens 150 natuurlijke of rechtspersonen die geen professionele beleggers zijn (art. 5, § 1, 2° wet 19 april 2019). In artikel 2, § 1, 13°/1, a) en b) WIB 1992 wordt verwezen naar artikel 3, 4° van de wet van 19 april 2014, alsook naar artikel 3, 2° van de wet van 3 augustus 2012. Op vandaag wordt in deze bepalingen voor wat de openbare ICB's betreft enkel nog verwezen naar “openbaar bod in België”. Dit is een gevolg van de wet van 11 juli 2018 op de aanbieding van beleggingsinstrumenten aan het publiek en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt (art. 52). In artikel 3 van de wet van 3 augustus 2012, werden in de bepaling onder 2°, a), de woorden “of in het buitenland” geschrapt.

O.i. moet ervan uitgegaan worden dat, ook na deze wetswijziging, een publieke uitgifte in het buitenland moet volstaan om een buiten de EER gevestigde ICB buiten de kaaimantaks te houden. De bedoeling van de wetgever in 2015 met de uitsluitingen voor onder meer publieke ICB's was immers ingegeven door de bezorgdheid dat een fiscaal transparante belastingheffing op (publieke) fondsen te ver zou gaan, en in de praktijk onwerkbaar, omdat buitenlandse fondsen “in real life” geen ventilatie aanleveren van hun inkomsten, die gesneden is op maat van een Belgisch rijksinwoner die in de personenbelasting wordt belast. Het feit dat de “financieel-rechtelijke” wetgever intussen een technische correctie heeft doorgevoerd doet uiteraard geen afbreuk aan de oprechte bezorgdheid van de “fiscale” wetgever in 2015. Er kan redelijkerwijze van worden uitgegaan dat de wetgever met de wet van 11 juli 2018 geen enkele bedoeling had om iets te wijzigen aan de draagwijdte van de uitsluitingen uit het toepassingsgebied van de kaaimantaks. Vandaar dat wij durven stellen dat buiten de EER gevestigde ICB's die in het buitenland het voorwerp uitmaken van een “publieke uitgifte” buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks blijven (ook al gebeurde er in België geen publieke uitgifte), behalve indien het gaat om (een compartiment van) een ICB met een *fonds dédié*-aandeelhouderschap.

### B. Hybride vennootschappen buiten de EER

Hoger hebben we er reeds op gewezen dat de nieuwe basisbepaling inzake de hybride vennootschappen *mutatis mutandis* wordt overgenomen in het niet-EER-KB bij wijze van een juridisch vermoeden dat dergelijke vennootschappen juridische constructies zijn. Het verslag aan de Koning zegt hierover dat de zogenaamde hybride vennootschappen eveneens



vermoed worden een juridische constructie te zijn. In het initiële niet-EER-KB van 23 augustus 2015 staan overigens reeds enkele hybride vennootschappen vermeld, nl. onder nr. 58 de Delaware LLC en onder nr. 59 de Wyoming LLC. Ofschoon slechts voorbeelden in een niet-limitatieve lijst, toonde dit voor het overige duidelijk aan dat hybride vennootschappen wel degelijk onder de kaaimantaks vielen (voor zover daar twijfel over kon zijn). Het verschil ten gronde tussen een vermoeden enerzijds en de onmiddellijke vaststelling dat een hybride vennootschap *an sich* niet aan belasting is onderworpen, is dan ook zeer gering en in de praktijk eerder irrelevant te noemen. Zo zal een South Dakota LLC bijvoorbeeld voortaan ook als een juridische constructie kunnen worden gezien. Let wel “kúnnen”, want zelfs gewapend mét het “vermoeden” van artikel 1/1, eerste lid, 2° niet-EER-KB kan de fiscus louter aan de rechtsvorm alléén *niet* zien of het om een hybride vennootschap gaat of niet. Zo zal een South Dakota LLC alléén als hybride vennootschap gelden indien ze ervoor opteert om als partnership te worden belast. Dat zal vaak zo zijn, maar zeker niet altijd. De South Dakota LLC kan dus kiezen om als “corporation” te worden belast, of kiezen om als “partnership” te worden belast. En alléén in dat laatste geval zal ze een “hybride vennootschap” zijn. Anders gezegd, op basis van de lijst van artikel 1 van het niet-EER-KB zal de Wyoming en de Delaware LLC nog steeds vermoed worden een juridische constructie te zijn, maar op basis van artikel 1/1, eerste lid, 2° alléén van het niet-EER-KB kan men niet weten (noch vermoeden) of de South Dakota LLC een juridische constructie is. En dit is maar één voorbeeld; er zijn er talrijke.

Dus als het verslag aan de Koning stelt dat “*dit vermoeden tot gevolg heeft dat de bewijslast wordt omgekeerd, waardoor in voorkomend geval het aan de belastingplichtige is om aan te tonen dat de in dit ontwerp geïmagineerde entiteiten geen juridische constructie(s) zijn,*” dan schiet men daar in de praktijk helemaal niets mee op. Men zal nog steeds het concrete geval in detail moeten bekijken om te weten wat zaak is, waardoor het praktische nut van het vermoeden volledig verdamp, dixit!

### C. Geen sui generis taxatiedrempel- noch verdragsuitsluiting in het niet-EER-KB

Voor een buiten de EER gevestigde entiteit kan de belastingplichtige aangever géén beroep doen op een verdragsuitsluiting analoog aan artikel 1, tweede lid EER-KB noch op een sui generis taxatiedrempel analoog aan artikel 1, derde lid EER-KB. Dat is tegelijkertijd logisch en merkwaardig.

Het is logisch omdat bij gebrek aan een “niet-EER-exceptie” de Koning de macht helemaal niet heeft om een dergelijke uitzondering in een KB in te schrijven. De Koning kan immers bij KB géén uitzonderingen op de duidelijke wetsbepa-

ling van artikel 2, § 1, 13°, b), eerste lid jo. derde lid WIB 1992 voorzien. Hij kan alléén maar “positief” verduidelijken (wat in het KB ook is gebeurd) maar niet “negatief” uitzonderingen. Dus géén van beide uitzonderingen zijn mogelijk.

Het is merkwaardig dat er géén wettelijke uitzondering kon worden voorzien, daar beide soorten van uitzondering wel degelijk een grote toegevoegde waarde hebben en ook voor de juridische constructies buiten de EER hun nut zouden kunnen hebben. Waarom bijvoorbeeld de kaaimantaks mordicus willen gaan toepassen op onze South Dakota LLC die als partnership belast wordt, en waarbij dus de vennoten in de US belasting betalen op hun trade & business, die hoger zal zijn dan 15%? Dat heeft toch allemaal geen zin! Een sui generis taxatiedrempel van 15% zou dit kunnen verhinderen. Hetzelfde kan gezegd worden van de verdragsuitsluiting, ofschoon die uiteraard sowieso van toepassing is wat de finaliteit van de taxatie betreft. De wet noch het KB kunnen immers het dubbelbelastingverdrag opzij schuiven<sup>74</sup>. Hoe dat echter in de praktijk zal uitwerken zal de tijd uitwijzen.

## III. Voorbeelden

### A. De Franse SCI

Wat de Franse SCI betreft, die wat de hybride vennootschappen betreft toch het meest voor de hand liggende voorbeeld is, zou men kunnen argumenteren dat er van enige fiscale transparantie helemaal geen sprake is volgens Frans fiscaal recht, daar de SCI belast wordt volgens het principe van “la transparence”, waarbij het belastbare resultaat wordt vastgesteld in hoofde van de SCI zelf, maar waarbij de belastingplicht drukt op de vennoten. Dit is echter tot op heden wat betreft de Belgische fiscale invulling ervan nog steeds niet geheel duidelijk. Ter zake van de Franse SCI heersen er immers verschillende standpunten waarbij de administratie en de rechtspraak elkaar regelmatig blijven tegenspreken om elkaar in andere gevallen dan weer bij te treden. De minister van Financiën en de fiscus hebben altijd het standpunt verdedigd dat, rekening houdend met het dubbelbelastingverdrag tussen België en Frankrijk, het niet om onroerende inkomsten gaat maar ook niet om dividenden. Er moet derhalve geoordeeld worden dat het om inkomsten gaat die behoren tot de zgn. restcategorie van artikel 18 van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. Dit betekent dat België heffingsbevoegd is en het inkomen volgens zijn intern recht mag interpreteren, wat leidt tot een kwalificatie (met bijhorende belasting) als dividend<sup>75</sup>. In een parlementaire vraag van 23 september 2015 maakt de minister van Financiën een onderscheid tussen de SCI transparante en de SCI “translucide”<sup>76</sup>. De aandeelhouders van de SCI transparante worden in Frankrijk belast op inkomsten uit onroerende goederen (in verhouding tot hun aandeel in de SCI). De SCI “translucide”

74. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 869 *et seq.*

75. F. MEES, *Genius Repertorium*, [www.monKEY.be](http://www.monKEY.be).

76. *Vr. en Antw.* Kamer 2015-16, nr. 54/089, 281-284 (Vr. nr. 547 R. DESEYN).



beschikt in tegenstelling tot de SCI transparante over een afgescheiden rechtspersoonlijkheid. De inkomsten die een SCI “translucide” aan haar aandeelhouders uitkeert vormen inkomsten uit het maatschappelijk kapitaal en zijn in België belastbaar als dividenden (op basis van het restart. 18 DBV Frankrijk). In Frankrijk wordt de belastbare winst van de SCI “translucide” bepaald in hoofde van de SCI. De uitkeringen uit de maatschappelijke delen en de winst van de SCI vormen twee verschillende inkomsten (belast in hoofde van twee van elkaar onderscheiden belastingplichtigen) waardoor er geen sprake is van dubbele belasting<sup>77</sup>. In zijn arrest van 29 september 2016 geeft het Hof van Cassatie de fiscus gelijk: de fiscale behandeling in Frankrijk betekent niet dat de maatschappelijke rechten in een translucide SCI als een onroerend goed kunnen beschouwd worden<sup>78</sup>. Ook in zijn arrest van 21 september 2017 zegt het Hof van Cassatie dat de inkomsten uit de SCI translucide niet kunnen kwalificeren als onroerende inkomsten<sup>79</sup>.

Het leek ons echter bij de bespreking van het eerste ontwerp van EER-KB redelijk kort door de bocht om te stellen dat deze nieuwe bepaling op hybride vennootschappen, in het geheel niet van toepassing zou zijn op de Franse SCI<sup>80</sup>. Net zoals het reeds uitvoerig blijkt uit het standpunt van de minister en de rechtspraak van het Hof van Cassatie dienaangaande, kan uit de verwijzingen naar de Franse fiscale bepalingen worden afgeleid dat er wel degelijk een vorm van fiscale transparantie wordt toegepast. Het komt ons daarbij niet voor dat het onderscheid tussen “transparantie” en

“translucide” als voldoende relevant kan worden geacht in het kader van een bepaling van artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB. Eerder meenden we dan ook te moeten concluderen dat we er dienden van uit te gaan dat de kaaimantaks voortaan vanaf 1 januari 2018 wel degelijk van toepassing zal zijn op de Franse SCI die translucide wordt belast. Dan zou dat betekenen dat de onroerende inkomsten in voorkomend geval in Frankrijk belastbaar zijn en in België dienen te worden vrijgesteld, met progressievoorbehoud. De uitkeringen nadien zullen dienen te worden belast volgens de regels van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 *jo.* artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 met naar onze mening een vrijstelling tot gevolg voor zover er in Frankrijk reeds belasting werd betaald. In die zin geïnterpreteerd zou de uitbreiding van de kaaimantaks naar de Franse SCI een verbetering tweebrengen voor de belastingplichtige, waarbij de hoger geciteerde recente rechtspraak van het Hof van Cassatie, dient te worden bijgesteld. Het verslag aan de Koning komt alleszins ook tot die conclusie en stelt letterlijk het volgende: “*Deze bepaling viseert dus de vennootschappen die in de staat of het rechtsgebied waar deze vennootschappen zijn gevestigd, in overeenstemming met het burgerlijk recht, wel over rechtspersoonlijkheid beschikken, maar waarbij de uiteindelijke inkomstenbelasting wordt geheven in hoofde van de achterliggende vennoot of aandeelhouder. Bijgevolg worden de zogenaamde ‘translucide vennootschappen’ (zoals bv. de Franse société civile) die in overeenstemming met het Frans burgerlijk recht over de rechtspersoonlijkheid beschikken en die niet hebben*

77. J. WELLENS, “Vakgewijze bespreking van de aangifte > Vak VII – Inkomsten van kapitalen en roerende goederen > Inkomsten van kapitalen vóór aftrek van innings- en bewaringskosten > In 2017 geïnde of verkregen inkomsten”, versie 2018, Kluwer, [www.monKEY.be](http://www.monKEY.be).

78. Cass. (1ste k.) 29 september 2016, F.14.0006.E, *État belge / E.M.C., Fisc.Koer.* 2016 (weergave), afl. 18, 865 en [www.monKEY.be](http://www.monKEY.be) (8 december 2016), noot X, *FJF*, No. 2017/1, 12 en [www.monKEY.be](http://www.monKEY.be) (14 maart 2017), noot, [www.cass.be](http://www.cass.be) (19 oktober 2016), Concl. A. HENKES, *RPP* 2016, afl. 3, 291, noot A. LACOURT, *TFR* 2017, afl. 520, 356 en [www.tfrmet.larcier.be](http://www.tfrmet.larcier.be) (28 april 2017), noot D. BECKERS, “Personenbelasting – Uitkeringen door een Franse SCI – Dubbelbelastingverdrag – Heffingsbevoegdheid – Stelsel van transluciditeit”. Art. 3, 1. Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag van 10 maart 1964 schrijft voor dat inkomsten van onroerende goederen belastbaar zijn in de verdragsluitende staat waar deze goederen zijn gelegen. Art. 19, A., 2. van dit verdrag bepaalt dat inkomsten van goederen die in Frankrijk zijn gelegen, in België van belasting worden vrijgesteld. Art. 3, 2. van dit verdrag bepaalt dat het begrip “onroerend goed” wordt bepaald volgens de wetten van de verdragsluitende staat waar het betreffende goed is gelegen. Punt 2 van het slotprotocol bij het Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag bepaalt dat art. 15, 1. van het verdrag niet belet “dat Frankrijk, overeenkomstig de bepalingen van zijn interne wet, als onroerende inkomsten in de zin van artikel 3 van de overeenkomst beschouwt de maatschappelijke rechten in het bezit van vennoten of aandeelhouders van de vennootschappen waarvan het doel in feite alleen bestaat ofwel in het bouwen of verwerven van onroerende goederen of groepen van onroerende goederen met het doel deze goederen te verdelen om het eigendom of het genot van die gedeelten aan de leden toe te kennen, ofwel in het beheren van de aldus verdeelde onroerende goederen of groepen van onroerende goederen”. Art. 8 van de Franse Code Général des Impôts voorziet voor SCI’s (sociétés civiles immobilières) die niet hebben geopteerd voor het regime van de vennootschapsbelasting, de toepassing van het stelsel van de “transluciditeit” wat impliceert dat de vennoten van deze vennootschappen in Frankrijk aan de inkomstenbelasting zijn onderworpen voor hun gedeelte van hun inkomsten. Gezien de aard van hun activiteit zijn de inkomsten van SCI’s voor de vennoten onroerende inkomsten. Deze benadering impliceert volgens het Hof van Cassatie evenwel niet dat de maatschappelijke rechten in dergelijke SCI’s beantwoorden aan het begrip “onroerend goed” voor de toepassing van het Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag.

79. Cass. (1ste k.) 21 september 2017, F.15.0075.N, *Belgische Staat / D.L., A.V., FJF*, No. 2017/10 (samenvatting), 328 en [www.monKEY.be](http://www.monKEY.be) (23 januari 2018), noot, [www.cass.be](http://www.cass.be) (11 oktober 2017), *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 50. Krachtens art. 3, 1. van de overeenkomst van 10 maart 1964 tussen België en Frankrijk tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van wederzijdse administratieve en juridische bijstand inzake inkomstenbelastingen zijn inkomsten uit onroerende goederen slechts belastbaar in de verdragsluitende staat waar die goederen zijn gelegen. Overeenkomstig art. 19, A., 2. van voornoemde overeenkomst worden dergelijke inkomsten van de Belgische belastingen vrijgesteld wanneer de belastingheffing ervan uitsluitend aan Frankrijk wordt toegekend. Burgerlijke vastgoedvennootschappen naar Frans recht die niet hebben gekozen voor het fiscale stelsel van de kapitaalvennootschappen, vallen onder het fiscale stelsel van de zogenaamde “transluciditeit” van de personenvennootschappen. Hun leden zijn onderworpen aan de inkomstenbelasting voor het in reserve gehouden of uitgekeerde gedeelte van de vennootschapswinst dat overeenstemt met hun rechten in die vennootschappen. Krachtens art. 238bis, K van de Code Général des Impôts wordt voornoemd gedeelte in de vennootschapswinst, voor elke natuurlijke persoon die ten private titel optreedt en lid ervan zou zijn, geacht een onroerend inkomen te zijn gelet op de aard van de activiteit van die vennootschappen. Hieruit volgt niet dat maatschappelijke rechten in die burgerlijke vastgoedvennootschappen, die een onderscheiden rechtspersoonlijkheid en fiscale persoonlijkheid hebben van hun leden, beantwoorden aan het begrip onroerend goed voor de toepassing van art. 3, 1. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. De appelrechter oordeelt dat de door de SCI uitgekeerde winst naar Frans recht een onroerend inkomen is; dit soort inkomsten op grond van art. 3, 1. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag slechts belastbaar is in de bronstaat; en dat België geen heffingsbevoegdheid heeft. Op basis van art. 19, A., 2. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag beslist de appelrechter dat België de door een Franse SCI uitgekeerde inkomsten aldus van belasting moet vrijstellen. Door aldus te oordelen, schendt de appelrechter de art. 3 en 19, A., 2. van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag.

80. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, p. 691.



*geopteerd om afzonderlijk te worden belast in beginsel ook geïmagineerd door deze bepaling.*"

De conclusie van dit verhaal is dus dat het voor de Belgische vennoten van Franse SCI's eerder een goede zaak zou zijn geweest dat zij ingevolge de fiscale transparantie van de kaaimantaks zouden worden geacht zélf de Franse onroerende inkomsten en/of meerwaarden (bij een latere verkoop) te genieten dewelke door toepassing van het Frans-Belgisch verdrag in België vrijgesteld zijn (met progressievoorbehoud), zodat indien zou worden overgegaan tot uitkering door de SCI aan haar vennoten van haar onroerende inkomsten en/of meerwaarden geen taxatie meer zou zijn gevolgd in België door toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Daarmee ware dan de dubbele heffing vermeden over de uitkeringen waarover het Hof van Cassatie in zijn arresten van 29 september 2016 en 21 september 2017 had geoordeeld, die (los van de kaaimantaks) wél belastbaar zijn in België als dividend, ondanks het feit dat reeds belasting werd geheven in Frankrijk op de genoten onroerende inkomsten en/of meerwaarden.

Blijft echter de vraag of de wakkere fiscalist niet kan pogen om aan de hand van de tekst van de wet de rechter te overtuigen dat het herschreven EER-KB en het daarbij horende verslag aan de Koning op onrechtmatige en discriminerende wijze de toepassing van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 aan de SCI-dividenden ontzegt. Verder kan verhoopt worden dat de (her)negotiatie van het Frans-Belgisch verdrag soelaas zal bieden aan deze problematiek.

## B. De Monegaskische SCI nader bekeken

Bij een vergelijkbare vennootschap van het hybride type SCI die echter buiten de EER gevestigd is, zoals bijvoorbeeld Monaco, geldt *ab initio* geen uitsluiting van toepassing van de kaaimantaks. Een Monegaskische SCI die een Monegaskische onroerend goed houdt zal immers niet buiten de kaaimantaks blijven daar er in het niet-EER-KB géén *sui generis* 1%-taxatie-uitsluiting voorzien is, noch een verdragsuitsluiting. In dat geval geldt dus artikel 5/1, § 1 WIB 1992 onverkort. Dat is op zich uiteraard ook logisch daar de meerwaarde over het onroerend goed in Monaco niet belastbaar is, noch in hoofde van de SCI zélf, noch in hoofde van de vennoten, en de eventuele huurinkomsten aldaar ook van een vrijstelling genieten. Op zich lijkt dus de toepassing van de kaaimantaks terecht.

Indien we echter het Monegaskische onroerend goed vervangen door een Frans onroerend goed, dan wijzigt het plaatje. De taxatie in Frankrijk zal identiek zijn als die waarbij een Franse SCI wordt gebruikt. De kaaimantaks zal hier echter wél van toepassing zijn daar de Monegaskische SCI onder het niet-EER-KB valt. De oprichters zullen dus de huurinkomsten en eventuele meerwaarden dienen aan te geven volgens artikel 5/1, § 1 WIB 1992. Vervolgens kan bij liquidatie of dividend artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 worden in-

geroepen om deze uitkeringen als vrijgestelde inkomsten te ontvangen.

Blijft de vraag natuurlijk of de Monegaskische SCI dan toch niet zélf onder het EER-KB zou vallen door een indirecte aanknopng via het in Frankrijk gelegen onroerend goed en het daar aan gekoppelde Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. Dat lijkt echter aan de hand van de tekst van artikel 1, eerste lid EER-KB niet zo te zijn. De tekst verwijst immers naar "*de staat of het rechtsgebied waar deze vennootschap is gevestigd*". Vestiging duidt hier op de maatschappelijke zetel, de plaats waar de boekhouding wordt gevoerd, waar de raad van bestuur vergadert, etc. en dat is Monaco. Er is in de tekst van het EER-KB wat de principiële toepasbaarheid betreft géén verwijzing naar de locatie van de activiteit (zie *supra* bij de verdragsvrijstelling). M.a.w. we komen niet aan het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag toe. Uiteraard indien er een debat zou ontstaan over "werkelijke leiding", zou de fiscus bij controle kunnen pogen om de Monegaskische SCI naar Frankrijk te "trekken", maar dat is dan een feitenkwestie. Overigens lijkt de Belgische fiscus niet bevoegd om te oordelen of een vennootschap in Monaco of in Frankrijk is gevestigd, maar dat geheel terzijde.

De Monegaskische SCI zal wat het niet-EER-KB betreft niet als een "hybride" vennootschap kwalificeren onder artikel 1/1, 2° niet-EER-KB daar de inkomsten niet in hoofde van de vennoten of aandeelhouders in Monaco worden belast. De Monegaskische SCI wordt ook niet vermeld in de niet-limitatieve lijst van artikel 1 niet-EER-KB<sup>81</sup>. Dat maakt echter *in casu* géén verschil, het niet-EER-KB is zoals gezegd niet nodig om entiteiten buiten de EER onder de kaaimantaks te laten vallen. Deze Monegaskische SCI zal dus gewoon onder de toepassing van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid WIB 1992 vallen, zonder dat daarvoor het niet-EER-KB nodig is. Op zich toch een merkwaardige vaststelling.

## C. De Franse SCP

Een ander interessant nevenaspect van de niet-toepassing van de kaaimantaks bij de Franse SCI kan zich manifesteren indien deze tevens over roerend vermogen beschikt dat inkomsten genereert. Al is er dan eerder sprake van een SCP (société civile patrimoniale). Als we nu even abstractie maken van de verdragsuitsluiting van artikel 1, tweede lid EER-KB die in voorkomend geval zou kunnen worden ingeroepen (maar wat de betreffende oprichter *in casu* uiteraard liever niet wil), dan zou dergelijke mengvorm van SCI/SCP er toe kunnen leiden dat niet voldaan is aan de *sui generis* 1%-taxatiedrempel zoals voorzien in artikel 1, derde lid EER-KB in hoofde van de oprichter. Indien dat het geval is, dan vervalt *ipso facto* de uitsluiting van de toepassing van de kaaimantaks. Daardoor zouden de desbetreffende onroerende inkomsten van dat boekjaar, ook al geldt daarvoor dat deze in Frankrijk belastbaar zijn op grond van het dubbelbelastingverdrag, toch onder de kaaimantaks vallen en aangegeven moeten worden

81. KB 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, § 1, 13°, b), derde lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (BS 28 augustus 2015, 55.312).



volgens artikel 5/1, § 1 WIB 1992, alsdan als vrijgesteld inkomen. Een entiteit kan immers niet “gedeeltelijk” onder de kaaimantaks vallen, ofwel valt ze er volledig en voor al haar inkomsten onder, ofwel niet. Het is alles of niets, althans voor het betreffende boekjaar. Ook hier is dus een jojo-effect mogelijk (zie *supra*).

#### D. De Liechtensteinse Stiftung onder de loep

Daar het nieuwe EER-KB van 21 november 2018 geen limitatieve lijst van rechtsvormen die kwalificeren als juridische constructies meer bevat, en de Liechtensteinse Stiftung als zodanig dus niet meer *nominatim* wordt vermeld op de lijst, dient *de facto* van elke individuele Stiftung te worden nagegaan of ze voldoet aan de 1%-taxatiedrempel. In het verslag aan de Koning bij het wijzigings-KB van 21 november 2018 wordt zoals hoger reeds aangehaald inzake de Liechtensteinse Stiftung het volgende opgenomen: “Ook de Liechtensteinse ‘Anstalt’ of de Liechtensteinse ‘Stiftung’ zullen worden geïmpliciteerd aangezien deze ten gevolge van het statuut van ‘Private Asset Structure’ enkel onderworpen worden aan een minimale forfaitaire belasting.” Ook dient bij herhaling gewezen op de impliciete verwijzing naar de suggestie van kwalificatie als een juridische constructie type 1. Men laat wat de Stiftung betreft het vermoeden gekoppeld aan de rechtsvorm dus enigszins los.

Het samenlezen van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB en voormelde passages uit het verslag aan de Koning leidt tot de conclusie dat indien een Liechtensteinse Stiftung onderworpen wordt aan een belastingtarief, dat ertoe leidt dat er minstens 1% belasting betaald wordt over een naar Belgische normen bepaalde belastbare grondslag, deze Liechtensteinse Stiftung niet kwalificeert als juridische constructie type 2. In Liechtenstein geldt het normale belastingtarief van 12,50% volgens artikel 44 SteG. Dat tarief is van toepassing op elke in Liechtenstein gevestigde vennootschap, met eender welke activiteit, de lokale bakker en beenhouwer, de lokale tandarts. Verder geldt er in Liechtenstein een zogenaamde “Mindestertagssteuer” of “minimale inkomstenbelasting” van 1.800 CHF per jaar. Die heffing is minimaal verschuldigd door elke vennootschap/stichting, of ze nu “normaal” belast is of niet. Die Mindestertagssteuer is dus ook verschuldigd door een Stiftung die als “PVS” kwalificeert, wat staat voor Privat Vermögen Struktur. Die PVS-status is een optionele status die niet van rechtswege wordt verleend. In de regel zal een “Familienstiftung” voor die PVS-status in aanmerking komen, wegens het beperkte karakter van haar activiteiten, en zal bij eenvoudige aanvraag die status vergund worden. Maar ook dan is dus de Mindestertagssteuer van 1.800 CHF verschuldigd. Het is dus geenszins stéeds zo dat een Stiftung vrijgesteld is, de defaultregel is nog steeds “normale” belastingheffing *ad* 12,50% zoals elke andere vennootschap. Door de toepassing van het normale belastingregime in Liechtenstein is er dan geen sprake meer van een zogenaamd Private Asset Structure of “PVS”.

Door dus *in concreto* na te gaan of een Stiftung de 1%-taxatiedrempel al dan niet haalt, zal de kwalificatie van juridische constructie in principe kunnen wegvallen. Concreet zou in zo’n geval wel nog aangetoond moeten worden dat de stichting werkelijk onderworpen is aan een inkomstenbelasting, en desgevallend aan een échte inkomstenbelasting die minstens 1% bedraagt van het belastbare inkomen van de stichting, waarbij dit wordt vastgesteld op basis van de regels van toepassing voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten.

Bij een Stiftung dienen dan o.i. de regels zoals van toepassing op een Belgische private stichting te worden toegepast, i.e. rechtspersonenbelasting. Deze toetsing dient bovendien jaarlijks te worden hernomen. Dit zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat een entiteit het ene jaar wél, en het volgende jaar niet als een juridische constructie kwalificeert, wat dan weer aanleiding geeft tot het hoger uiteengezette jojo-effect. Inkomsten zoals interesten, dividenden (tot op zekere hoogte) en bepaalde meerwaarden zijn echter vrijgesteld in Liechtenstein onder het reguliere belastingregime, dan wel kunnen daar genieten van een “notionele interestaftrek” van 4%. Deze vrijstellingen zouden er aanleiding toe kunnen geven dat de 1%-taxatiedrempel in een concreet geval dan toch niet behaald wordt, bij beoordeling van de belastbare grondslag naar Belgische maatstaven.

Concreet kunnen we wat de kaaimantaks betreft dus 4 soorten Stiftungen onderscheiden, waarbij het van belang is te onderstrepen dat deze 4 Stiftungen dus alle 4 de Mindestertagssteuer van 1.800 CHF dienen te betalen:

- Stiftung die als PVS kwalificeert en die de 1%-taxatiedrempel niet haalt;
- Stiftung die als PVS kwalificeert en die de 1%-taxatiedrempel wél haalt;
- Stiftung die niet als PVS kwalificeert en die de 1%-taxatiedrempel niet haalt;
- Stiftung die niet als PVS kwalificeert en die de 1%-taxatiedrempel wél haalt.

Merk op dat bij eender welke Stiftung dus stéeds de 1%-berekening zal moeten worden gemaakt. Het “onweerlegbaar vermoeden” zoals dat gold onder het KB van 18 december 2015 is wat de Liechtensteinse Stiftung betreft dus impliciet opgeheven door het KB van 21 november 2018 (zie *supra*, I., E., 2., m)).

In de mate dat kan aangetoond worden dat de desbetreffende Stiftung niet kwalificeert als een juridische constructie type 2, op basis van de 1%-taxatiedrempel uit het EER-KB, kan de vraag worden gesteld naar de kwalificatie als juridische constructie “type 1” *cf.* de hogere vermelding in het verslag aan de Koning. Een klassieke Stiftung voldoet o.i. evenwel *niet* aan de essentiële voorwaarden van voormelde definitie, zoals die hogerop integraal werd weergegeven. Daarvoor zijn de verschillen tussen een juridische constructie type 1 en type 2 te groot. Bovendien zou dat impliceren dat men regelrecht ingaat tegen de duidelijke tekst van het EER-KB waar de Liechtensteinse Stiftung wordt geciteerd als een voorbeeld van een juridische constructie type 2. Bovendien gaat dit in tegen het al eerder vermelde adagium *lex specialis generali*





*derogat*. Het kan immers uiteraard niet de bedoeling zijn dat de definitie van juridische constructie “type 1” zou kwalificeren als een “catch-all”-definitie om de kaaimantaks zo breed mogelijk in te vullen.

In de hypothese dat een Stiftung dus de minimale 1%-taxatiedrempel haalt, kwalificeert deze wat het betreffende inkomstenjaar aangaat dus niet als juridische constructie, en kwalificeert de “oprichter” dus ook niet langer als “oprichter” in de zin van artikel 2, § 1, 14°, eerste, tweede dan wel derde streepje WIB 1992 (vierde streepje is niet mogelijk bij een Stiftung, en het vijfde streepje laten we nu even buiten beschouwing). Dit heeft dan verder tot gevolg dat de aangifteplicht wegvalt en dat de code 1077-87 niet langer dient te worden aangekruist. Daarnaast zijn de inkomsten verkregen door de Stiftung niet langer transparant belastbaar. Zij zullen hun finale (en enige) belastingregime ondergaan in Liechtenstein met toepassing van het bovenstaande algemeen belastingregime a ratio van 12,50%. Het is in een dergelijk geval uiteraard essentieel om vooraf aan het indienen van de aangifte in de personenbelasting definitief uitsluitel te hebben over de fiscale afrekening in Liechtenstein.

Er zijn diverse argumenten om te stellen dat een dergelijke “normaal belaste” Stiftung haar tegoeden belastingvrij kan uitkeren tijdens een kalenderjaar waarin zij niet kwalificeert als juridische constructie. Het legaliteitsbeginsel, dat grondwettelijk verankerd is in artikel 170 Gw. *jo.* artikel 6 WIB 1992, heeft als gevolg dat er enkel belasting verschuldigd is indien hiervoor een wettelijke basis bestaat. De wetgever heeft o.i. in geen enkele wettelijke basis voorzien om uitkeringen uit dergelijke entiteiten te belasten, behoudens indien de entiteit in het toepassingsgebied van de kaaimantaks valt. Daar in voorkomend geval de Stiftung in principe niet langer onder het toepassingsgebied valt van de kaaimantaks en er o.i. geen andere wettelijke bepaling toepasselijk is op de uitkering, zal dergelijke normaal belaste Stiftung haar tegoeden belastingvrij kunnen uitkeren. De problematiek inzake uitkeringen en het daarbij aantonen van het definitief belast karakter *cf.* artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 *jo.* artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 valt dan weg. Hierbij dient wel rekening te worden gehouden met het feit dat men jaarlijks aan de 1%-taxatieregule zal moeten voldoen. Dit zorgt ervoor dat men in geval van een uitkering in principe slechts *post factum* zal kunnen vaststellen of artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 *jo.* artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 van toepassing zal zijn. Dit is in essentie niet meer dan een toepassing van principes die eerder al, buiten het kader van de kaaimantaks, door de Rulingcommissie werden bevestigd (zie bv. ruling nr.

2016.013 en ruling nr. 2014.644).

De vraag rijst ten slotte of men in dit geval zou dienen terug te vallen op de regels zoals die vroeger golden, vóór de introductie van de kaaimantaks. Afhankelijk van het niveau van beïnvloeding van de oprichter(s)/overdrager(s) op de werking van de Stiftung, alsook het discretionaire karakter van de Stiftung naar Liechtensteins recht, zijn verschillende standpunten m.b.t. fiscale behandeling van de Stiftung in België mogelijk. Hierbij kan worden verwezen naar de klassieke doctrine, naar de rullingpraktijk (zie wederom ruling nr. 2014.644) alsmede naar artikel 344, § 2 WIB 1992. Artikel 344, § 2 WIB 1992 werd niet ingetrokken of opgeheven voor wat betreft de personen- en rechtspersonenbelasting met de invoering van de kaaimantaks. Beide regimes bestaan m.a.w. dus naast elkaar. De administratie kan zich in principe opnieuw beroepen op artikel 344, § 2 WIB 1992 indien de kaaimantaks niet van toepassing is<sup>82</sup>. Voor een bespreking van de symbiose tussen de kaaimantaks en artikel 344, § 2 WIB 1992 kan worden verwezen naar onze eerdere bijdrage in dit tijdschrift en de verwijzingen aldaar<sup>83</sup>. Artikel 344, § 2 WIB 1992 heeft tot doel om de opbrengsten van de geviseerde activa, die het voorwerp hebben uitmaakt van één van de in dat artikel genoemde handelingen zoals een overdracht, op fictieve wijze fiscaal toe te rekenen aan de belastingplichtige die deze handeling heeft gesteld. De techniek die daartoe door de fiscus kan worden gebruikt is die van de zogenaamde “niet-tegenstelbaarheid van de overdracht”. Dit artikel is logischerwijze dus enkel van toepassing op inkomsten verkregen door de Stiftung, maar niet op de uitkeringen. Bovendien wordt in het betreffende geval de Stiftung in Liechtenstein onderworpen aan het reguliere “normale” belastingregime aldaar, zodat de vraag rijst of er *überhaupt* nog sprake is van een aanzienlijk gunstiger belastingregime<sup>84</sup>. Daarbij kan uiteraard worden opgeworpen dat het KB van 21 november 2018 wat de entiteiten binnen de EER betreft, deze kwalificatie van een “aanzienlijk gunstigere belastingregeling” heeft gekwantificeerd op “minder dan 1%”. In het verslag aan de Koning bij het KB van 21 november 2018 wordt de terminologie “niet of nauwelijks aan de inkomstenbelastingen onderworpen” gebezigd. Blijft dus de vraag in welke mate “aanzienlijk gunstigere belastingregeling” en “nauwelijks aan de inkomstenbelastingen onderworpen” dezelfde lading dekt. Volledig zeker is dat immers niet.

Artikel 344, § 2 WIB 1992 blijft alleszins een procedurebepaling louter in het kader van het bewijsrecht. Dit heeft als gevolg dat deze bepaling geen aanleiding geeft tot enige aan-

82. “Aan de administratie belast met de vestiging van de inkomstenbelasting kan evenmin worden tegengeworpen, de verkoop, de cessie of de inbreng van aandelen, obligaties, schuldvorderingen of andere titels tot vestiging van leningen, uitvinderoctrooien, fabricageprocedures, fabrieks- of handelsmerken, of alle andere soortgelijke rechten, of geldsommen, aan een in artikel 227 vermelde belastingplichtige die krachtens de bepalingen van de wetgeving van het land waar hij is gevestigd, niet aan een inkomstenbelasting is onderworpen of ter zake van de inkomsten uit de vervreemde goederen en rechten aldaar aan een aanzienlijk gunstigere belastingregeling is onderworpen dan die waaraan soortgelijke inkomsten in België zijn onderworpen, tenzij de belastingplichtige bewijst dat de verrichting beantwoordt aan rechtmatige financiële of economische behoeften, ofwel dat hij voor de verrichting een werkelijke tegenwaarde heeft ontvangen die een bedrag aan inkomsten opbrengt waarop in België een werkelijke belastingdruk weegt die, vergeleken met de belastingdruk welke zonder die verrichting zou bestaan, als normaal kan worden aangemerkt.”

83. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, TFR 2015, afl. 490-491, 874.

84. Zie Com.IB 1992, nr. 199/43 waar Liechtenstein vermeld wordt als land waar de gemeenschappelijke bepalingen inz. vennootschapsbelasting aanzienlijk gunstiger zijn dan in België, ook voor wat betreft toepassing art. 344, § 2 WIB 1992.



gifteplicht. De niet-aangifte geeft dan ook geen aanleiding tot de toepassing van een belastingverhoging, noch is de bijzondere boete van 6.250 EUR van toepassing zoals voorzien bij artikel 445, § 2 WIB 1992<sup>85</sup>. Daarenboven is de niet-aangifte ook niet als fraude te beschouwen. Bovendien heeft artikel 344, § 2 WIB 1992 zoals gezegd geen impact op uitkeringen.

Ten slotte dient voorbehoud gemaakt te worden voor de aangepaste antimisbruikbepaling van artikel 344/1 WIB 1992<sup>86</sup>. Met deze tekst wordt met ingang van 1 januari 2018 verwezen naar artikel 344, § 1 WIB 1992. Artikel 344/1 WIB 1992 voorziet voortaan dat voormelde bepaling ook van toepassing zal zijn op verrichtingen van juridische constructies zelf<sup>87</sup>. De vraag rijst dus concreet of het zich onderwerpen aan een hoger belastingtarief in Liechtenstein, waarna een uitkering in een later jaar volgt, tot gevolg zou hebben dat die kan worden “bestreden” via algemeen fiscaal misbruik. Door het toepassen van het hoger belastingregime kwalificeert de Stiftung immers niet meer als juridische constructie, en valt men buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks. In ieder geval zal de impact van de toepassing van deze bepaling beperkt zijn. In beide gevallen, i.e. kwalificatie of niet, zal de uitkering o.i. immers belastingvrij dienen te blijven, hetzij dan wel op basis van een verschillende grondslag. Bovendien wordt in het aangepaste artikel 344/1 WIB 1992 ook voorzien in de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. De vraag is echter hoe dit concreet zal dienen te worden toegepast, wanneer men als belastingplichtige zelf zal dienen te verantwoorden om welke redenen een entiteit waarvan men oprichter zou zijn, die een onafhankelijke raad van bestuur (Vorstand) heeft, bepaalde handelingen heeft gesteld.

### E. De Luxemburgse Soparfi ondersteboven gekeerd

Hoger hebben we zeer uitvoerig het artikel 1, eerste lid, 3<sup>o</sup> EER-KB en de 1%-taxatiedrempel becommentarieerd. De Luxemburgse Soparfi, die een normaal belaste Luxemburgse vennootschap is, kan hierdoor worden getroffen, net zoals elke andere EU- en EER-vennootschap. De Soparfi is echter als studieobject interessant daar vele Belgische belastingplichtigen van deze rechtsfiguur gebruik maken in het kader van actief dan wel eerder passief vermogensbeheer. De redenen daartoe zijn divers, en de stabiele vennootschapsrechtelijke en fiscale locatie van het Groothertogdom is daar niet vreemd aan. In tegenstelling tot de Luxemburgse SPF geniet de Soparfi echter niet van enig fiscaal goedgunstig statuut.

Haar onderworpenheid aan de kaaimantaks zou dus geen voorwerp van debat mogen zijn. Toch is dat wél zo. Hoe komt dat?

De reden ligt simpelweg in de verschillen die bestaan tussen de Belgische en de Luxemburgse regelgeving ter zake van de bepaling van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting, alsmede in een aantal boekhoudkundige verschillen. Zo zal de Soparfi een latente minderwaarde op een participatie verplicht dienen te boeken. Verder zijn minderwaarden op participaties en deelnemingen fiscaal aftrekbaar. Die twee regels maken dat al naar gelang het beursklimaat, de Soparfi het ene jaar een (zwaar) fiscaal verlies zal hebben, en in het volgende jaar een belastbare winst. Voor de jaren met fiscaal verlies, waar dat naar Belgische normen niet zo zou zijn, haalt de Soparfi dan de 1%-taxatiedrempel niet. Anders gesteld, omwille van ettelijke verschillen tussen de Belgische en de Luxemburgse vennootschapsbelasting worden Luxemburgse vennootschappen het ene jaar wel en het andere jaar niet aan de kaaimantaks onderworpen, met het gekende jojo-effect tot gevolg.

Nu laat het duidelijk zijn, dat is nooit de bedoeling geweest van de kaaimantaks, en is ook nooit de bedoeling geweest van de auteurs van het EER-KB toen de tekst van artikel 1, eerste lid, 3<sup>o</sup> EER-KB werd onderhandeld. Hoger hebben we reeds uitgelegd dat dit fenomeen als collateral damage wordt beschouwd, én dat “men” ervan uitgaat dat in de overgrote meerderheid van dergelijke gevallen de substance-uitsluiting van artikel 5/1, § 3, b) WIB 1992 soelaas zal bieden. In zoverre dat niet het geval zou zijn, dan is er ook nog de extensieve interpretatie van de verdragsuitsluiting van artikel 1, tweede lid EER-KB die in voorkomend geval kan worden toegepast. Ten slotte kan worden verwezen naar de manifeste inbreuk op de Europese regelgeving die een dergelijke brede toepassing van de kaaimantaks op Luxemburgse vennootschappen in handen van Belgische belastingplichtigen tot gevolg zou hebben. We vragen ons hier even luidop af of daartoe geen diplomatiek overleg dient te worden gevoerd, laat ons immers niet vergeten, zo is het ook allemaal begonnen niet waar, met een diplomatieke opmerking vanuit Luxemburgse zijde.

Wat echter te doen in de praktijk? Het aantal aan potentiële gevallen in acht genomen, en met de gereserveerdheid van vele belastingplichtigen t.a.v. de fiscus als het op het voeren van betwistingen aankomt in het achterhoofd, ware het raadzaam zo in deze “spoedig” door de belastingadministratie duidelijkheid werd geschapen. Zo zou men in een circulaire kunnen bepalen dat in dergelijke gevallen, die dan uiteraard nauwgezet dienen te worden omschreven, de kaaimantaks “princiepelijk” niet van toepassing wordt geacht. Verder

85. Ingevoerd door art. 42 van de programmawet van 1 juli 2016 (BS 4 juli 2016, 40.970), en in werking getreden op de dag van de publicatie.

86. “Indien op grond van vermoedens of andere in artikel 340 bedoelde bewijsmiddelen, en aan de hand van objectieve omstandigheden wordt aangetoond dat een juridische constructie één van de in artikel 344, § 1, tweede lid, bedoelde verrichtingen tot stand heeft gebracht, kan de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt evenmin worden tegengeworpen aan de administratie. In voorkomend geval kan het in artikel 344, § 1, derde lid, bedoelde tegenbewijs worden geleverd door de oprichter van deze juridische constructie of door de belastingplichtige die tijdens het belastbaar tijdperk een dividend van deze juridische constructie heeft verkregen. Indien deze oprichter of deze belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de belastbare grondslag en de belastingberekening hersteld overeenkomstig artikel 344, § 1, vierde lid.”

87. Voor een bespreking van de impact van deze wijziging, zie G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, p. 666.



zou men in die circulaire kunnen verwijzen naar de Europese rechtspraak en de regels inzake het vrij verkeer van goederen en diensten die directe werking hebben, en als zodanig interpretatief richtinggevend zijn wat de hiërarchie der normen betreft (zie *supra*). Ten slotte zou men in die circulaire kunnen bepalen dat de boete van artikel 445, § 2 WIB 1992 met enige “gematigdheid” moet worden toegepast. Het is echter helemaal niet gezegd dat er ooit zo een circulaire komt. We zijn nu al immers in het 5de jaar van de kaaimantaks, en het hoofdbestuur heeft zich ter zake nog niet geroerd.

De Rulingcommissie dan, die zou ettelijke beslissingen kunnen afleveren van gelijkaardige strekking, waar bijvoorbeeld op eerder coulante wijze wordt omgegaan met én de substance-uitsluiting enerzijds én de verdragsuitsluiting anderzijds, dit in het licht van de hoger aangereikte argumentatie. Maar ook dat is een eerder onzekere piste, daar de Rulingcommissie uiteraard maar in “het concrete geval” uitspraak kan doen. Bovendien mag niet van de Rulingcommissie verwacht worden dat ze de wet “soepel” toepast, dat is niet haar taak, *dura lex sed lex*.

Bovendien is het 1ste boekjaar waarin deze regelgeving van toepassing is, reeds verstreken. De aangiften over aanslagjaar 2019 worden dezer dagen volop ingediend, en daarin dient standpunt te worden ingenomen. Ons komt het voor dat de belastingplichtige die zich in deze situatie bevindt, beter voorzichtig is. Langs de ene kant dient een “correcte” aangifte te worden ingediend, langs de andere kant dient het aangeven van *in se* niet belastbaar inkomen te worden vermeden. Daarom lijkt het ons aangewezen om:

- vooreerst, louter het bestaan van de desbetreffende Soparfi in de aangifte personenbelasting te vermelden;
- vervolgens daarbij het vak aan te kruisen van de *substance-uitsluiting*;
- tevens in een bijlage bij de aangifte toelichting te geven bij de positie van de belastingplichtige(n) ten aanzien van de vennootschap en de toepasbaarheid van de verdragsuitsluiting.

Deze methode heeft als voordeel dat het bestaan van de Soparfi effectief wordt gemeld in de aangifte personenbelasting van de aandeelhouders. Op basis van de *substancevrijstelling* zijn de inkomsten in principe niet belastbaar in de kaaimantaks. Hiertoe dient het corresponderende vakje in de aangifte voor deze vrijstelling te worden aangekruist. Op eenvoudig verzoek van de administratie dienen dan weliswaar de nodige stukken te worden bijgebracht, die de toepassing van de substancevrijstelling enerzijds en de verdragsuitsluiting anderzijds verantwoorden. In ieder geval wordt in dit geval de boete van 6.250 EUR vermeden aangezien de vennootschap zelf wel degelijk wordt gemeld.

Een discussie met de administratie zal in dit geval enkel betrekking kunnen hebben op in eerste instantie de verdragsuitsluiting, en in tweede instantie (de volgorde is belangrijk uiteraard) de toepasbaarheid van de *substance-uitsluiting*. Deze dubbele methode heeft als voordeel dat de aandeelhouders, ofschoon ze niets aangeven, sowieso een transparante houding aannemen t.a.v. de administratie en het bestaan van de vennootschap, door toevoeging van een bijlage bij de aangifte én door het aankruisen van de substance-uitsluiting. In ieder geval kan men de belastingplichtigen niet verwijten dat men het bestaan van de vennootschap zou willen verbergen of verhullen. Daarmee is dan overigens meteen de toepassing van de 10-jarige controletermijn van het aangepaste artikel 354 WIB 1992 vermeden<sup>88</sup>.

## F. De Nederlandse STAK, *quo vadis*?

Een boeiend thema is de al dan niet onderworpenheid van de Nederlandse stichting administratiekantoor aan de kaaimantaks, dit nu sedert 1 januari 2018 de EER-exceptie gesneuveld is binnen het kader van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB. Anno 2015 hebben we ons die bedenking ook reeds gemaakt, doch *de facto* stelde zich de vraag toen niet daar de STAK niet in de limitatieve lijst van het initiële EER-KB van 23 augustus 2015 noch later in die van 18 december 2015 was opgenomen. De bedenkingen die ter zake van de STAK werden gemaakt inzake de kaaimantaks 1.0 hadden dan ook alléén betrekking op de interpretatie van artikel 2, § 1, 14°, vierde streepje WIB 1992 en dat slechts in zoverre daar wordt verwezen naar wat “certificaten” plegen te zijn<sup>89</sup>.

### 1. Principiële onderworpenheid van de STAK aan de kaaimantaks vanaf 1 januari 2018

Er zijn wat de onderworpenheid van de STAK aan de kaaimantaks betreft ettelijke argumenten voor en tegen. Op basis van het subsidiariteitsbeginsel kan gezegd worden dat alles wat reeds fiscaal transparant werd behandeld vóór aan de invoering van de kaaimantaks, al dan niet op grond van een uitdrukkelijke wettelijke regeling, niet onder de kaaimantaks valt noch er hoeft onder te vallen. Dit is eigenlijk een toepassing van de teleologische wetsinterpretatie, die *in fiscalibus* nooit in het nadeel van de belastingplichtige zou mogen spelen, gelet op het legaliteitsbeginsel, maar dus wél in het voordeel van de belastingplichtige. Dit argument overtuigt echter niet, zoals we dit ook reeds eerder hebben betoogd in dit tijdschrift<sup>90</sup>.

88. Zie art. 28 en 29 van de wet van 11 februari 2019 die de extra controletermijn van 4 op 7 jaar brengt, dit echter alléén in het geval er sprake is van “verhullen”, wat uiteraard *in casu* niet het geval zou zijn. “Wanneer in een land opgenomen in de lijst van staten zonder of met een lage belasting bedoeld in artikel 307, § 1/2, derde lid, met uitzondering van de landen waarmee een overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting werd gesloten en op voorwaarde dat deze overeenkomst of enig verdrag in de uitwisseling van inlichtingen voorziet die nodig zijn om uitvoering te geven aan de bepalingen van de nationale wetten van de overeenkomstsluitende staten, gebruik wordt gemaakt van juridische constructies die ertoe strekken de herkomst of het bestaan van het vermogen te verhullen, wordt de in het eerste lid bedoelde termijn met zeven jaar verlengd in geval van een inbreuk op de bepalingen van dit wetboek of van ter uitvoering ervan genomen besluiten.”

89. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 897.

90. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 876.



Daarom is o.i. ook het argument dat artikel 13 van de certificeringswet van 15 december 1998, binnen zijn toepassingsfeer, de kaaimantaks zou uitsluiten, géén overtuigend argument<sup>91</sup>. De these dat de certificeringswet zo moet worden gelezen dat de STAK zou moeten worden “weggedacht” voor de bepalingen van het WIB 1992, snijdt geen hout. Fiscale transparantie gaat uiteraard niet over “wegdenken” van entiteiten. Bovendien is de fiscale transparantie in de kaaimantaks maar de helft van het verhaal, er is ook nog de heffing bij uitkering die daar totaal los van staan. Het gaat dus niet over het wegdenken van de STAK, maar anderzijds gaat de certificeringswet wél over – wat het WIB 1992 betreft – het feit dat de certificaten gelijkgesteld worden met de aandelen in hoofde van de certificaathouder. Dat is echter o.i. géén juiste lezing van artikel 13 van de certificeringswet van 15 juli 1998. Dat artikel gaat over de fiscale transparantie, net zoals artikel 5/1, § 1 WIB 1992 over fiscale transparantie handelt. M.a.w. moet men artikel 13 van de certificeringswet naast artikel 5/1, § 1 WIB 1992 leggen, en niet naast artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 *jo.* artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB. Het zou natuurlijk wél kunnen gelden als een toepassing van het adagium *lex specialis generali derogat*, waar we ons hoger zelf al meerdere keren hebben op beroepen. Maar zélf indien de certificeringswet van 15 juli 1998 (in samenlezing met art. 181, 8° WIB 1992 om de analogie naar de Belgische private stichting door te trekken), dat gevolg zou hebben, dan nog alléén binnen de context van haar toepassingsgebied, en dus beperkt tot de limitatieve lijst van de activa die worden opgesomd in voormeld artikel 13 van de wet van 15 juli 1998. De certificeringswet leidt immers niet tot fiscale transparantie van de entiteit, dat is ook nooit zo geweest. Bij invoering van de Belgische private stichting is er een “alsof-transparantie” gecreëerd door artikel 181, 8° WIB 1992 en in de patrimoniumtaks – wat alleen maar bevestigt dat het geen transparantie is van de entiteit zelf.

Een tweede contra argument is gebaseerd op de stelling in de *memorie van toelichting* bij de wet van 10 augustus 2015 dat enkel onbelaste zwevende vermogens door de kaaimantaks worden geïsoleerd<sup>92</sup>. Ook dat argument overtuigt niet daar

daartoe elke wettelijke grondslag ontbreekt.

Een derde en laatste contra argument is uiteraard de EER-exceptie van artikel 2, § 1, 13°, b) tweede lid WIB 1992 zélf, maar dat argument is vanaf 1 januari 2018 weggefallen.

Er zijn tevens ettelijke argumenten die pleiten voor de onderwerping van de STAK aan de kaaimantaks. Zo kan verwezen worden naar een soort van “typedwang” die uitgaat van de kaaimantaksregelgeving. Via de these typedwang zoals die o.a. in een arrest van het Hof van Cassatie van 4 oktober 2013 werd geponneerd ter zake van de fiscale kwalificatie van onroerende inkomsten<sup>93</sup>, kan de belastingplichtige immers een andere fiscale kwalificatie (bv. diverse inkomsten) uitsluiten. Het ware dus interessant te weten of een oprichter door zich te beroepen op de kaaimantaks “andere” fiscale toepassingen door de fiscus kan afblokken. Eerder hebben we echter al aangetoond dat dit geenszins als algemene regel kan worden geponneerd<sup>94</sup>.

Als we de tekst van de wet en het EER-KB van 21 november 2018 lezen kan er echter weinig twijfel zijn. De STAK die geen onderneming voert is in Nederland niet aan enige belasting onderworpen. Een equivalent voor onze rechtspersonenbelasting bestaat in Nederland niet. Dat hoeven we dus eigenlijk ook niet te gaan interpreteren, *interpretatio cessat in claris*. Artikel 1, eerste lid, 2° EER-KB (hybrid vennootschappen) speelt hier ook niet, een stichting is immers geen vennootschap, en dus kan via dat artikel de toepassing van artikel 1, eerste lid, 3° EER-KB niet uitgesloten worden. Hybrids kunnen immers alléén vennootschappen zijn. Om diezelfde reden is ook artikel 1, derde lid EER-KB niet van toepassing, dus géén *sui generis* 1%-taxatie-uitsluiting. Ook de verdragsuitsluiting van artikel 1, tweede lid EER-KB is niet van toepassing daar er geen belasting “in” Nederland verschuldigd is in geval van een loutere certificering. En last but not least, maar dat kunnen we nooit zeker weten, durven we niet uitsluiten dat er IKW-verslagen bestaan waarin er letterlijk en met zoveel woorden staat dat de STAK aan de kaaimantaks “eigenlijk” onderworpen wordt ingevolge het nieuwe EER-KB, wie zal het zeggen...

Nu als we er voorzichtig mogen van uitgaan dat de STAK wel degelijk onder de kaaimantaks ressorteert, dan is dat wel

91. Art. 181, 8° WIB 1992 en art. 13 wet 15 juli 1998:

“§ 1. Voor de toepassing van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 wordt de houder van de certificaten, en niet de emittent van die certificaten in ieder opzicht beschouwd als aandeelhouder of vennoot en als rechtstreekse rechthebbende op dividenden en andere uitkeringen en toedelingen, en worden de certificaten gelijkgesteld met de effecten waarop zij betrekking hebben. Deze bepaling is niet van toepassing indien de emittent en de houder van de certificaten afwijken van het bepaalde in de artikelen 43bis, § 1, vierde lid en 124ter, § 1, vierde lid van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935 (de art. 549 (BV) en 761 (NV) Nieuw Venn.W.). Zo is de aard van de effecten, op naam of aan toonder, die in aanmerking worden genomen voor de toepassing van dat wetboek, die van de certificaten en niet die van de gecertificeerde effecten.

§ 2. In afwijking van artikel 44 van hetzelfde wetboek worden meerwaarden vastgesteld of verkregen bij de ruil van effecten van binnenlandse vennootschappen tegen certificaten, bij de omwisseling van deze certificaten in de effecten waarop zij betrekking hebben, of bij de nietigverklaring van deze certificaten, geacht niet te zijn verwezenlijkt.

In deze gevallen worden meerwaarden of minderwaarden op de in ruil ontvangen certificaten of effecten of op de vernietigde certificaten, bepaald met inachtneming van de aanschaffings- of beleggingswaarde van de omgeruilde effecten, eventueel verhoogd met de belaste meerwaarden of verminderd met de in aanmerking genomen minderwaarden, zowel voor als na de ruil; voor de toepassing van voormeld artikel 44, § 1, 2°, worden de in ruil ontvangen certificaten of effecten of de nietig verklaarde certificaten geacht te zijn verkregen op de datum waarop de geruilde effecten zijn verkregen.

Het eerste en het tweede lid van deze paragraaf zijn mede van toepassing op meerwaarden op certificaten of effecten van vennootschappen die hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer in een andere lidstaat van de Europese Gemeenschap hebben, wanneer deze meerwaarden zijn verkregen of vastgesteld naar aanleiding van verrichtingen van gelijke aard die in die staat ingevolge gelijksoortige bepalingen belastingvrij zijn verricht.”

92. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 876-877.

93. Cass. 4 oktober 2013, *FJF*, No. 2014/253.

94. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 876-877.



een aardverschuiving van jewelste, en dienen er diverse zaken fiscaal te worden afgetoetst. We denken dan aan 5 zaken (en in die volgorde):

- de meerwaarden bij certificering;
- de periodieke inkomsten;
- de taxatie bij uitkering;
- de meerwaarden bij royerung;
- de aangifteplicht in hoofde van de oprichter(s).

## 2. De meerwaarden bij certificering

Wat de meerwaarden bij certificering betreft, die dus zouden worden gerealiseerd door de afgifte aan de stichting van het actief en de ontvangst van het certificaat, kan niet zomaar worden aangenomen dat zulks ingevolge de kaaimantaks een fiscaal neutrale verrichting zou zijn. Die “fiscale neutraliteit” van de kaaimantaks werkt alléén via artikel 5/1, § 1 WIB 1992 en nergens anders. De kaaimantaks biedt dus géén oplossing. De klassieke regels wat het beheer van een privévermogen betreft dat bestaat uit portefeuillewaarden en roerende voorwerpen, bieden wellicht wél soelaas. In de regel wordt er inderdaad vanuit gegaan dat een loutere certificering niet leidt tot een belastbare meerwaarde, en dat ofwel a) via de nadrukkelijke bepaling van artikel 13, § 2 van de certificeringswet van 15 juli 1998 (voor zover die van toepassing is ter zake van het soort van gecertificeerde activa die de meerwaarden als niet-verwezenlijkt aanmerkt), ofwel b) via de administratieve tolerantie van 1995 die de meerwaarden evenzeer als niet-verwezenlijkt aanmerkt<sup>95</sup>, ofwel c) via een naar analogie toepassing van een reeks rulings over de STAK<sup>96</sup>, ofwel d) via artikel 90, 1<sup>o</sup> WIB 1992 *jo.* artikel 90, 9<sup>o</sup> WIB 1992 die de gerealiseerde meerwaarden vrijstelt van belasting. De eventuele toepassing van de kaaimantaks wijzigt daar o.i. niets aan, noch in de ene noch in de andere zin. Het weze daarom nogmaals benadrukt, de overdracht van activa aan een entiteit die aan de kaaimantaks is onderworpen, of het nu een juridische constructie type 1, of type 2 of type 3 is, leidt er “niet” toe dat een eventueel gerealiseerde meerwaarde belastingvrij zou blijven. Dat kán zo zijn, omwille van ándere redenen, maar “niet” omwille van de principiële toepassing van de kaaimantaks. Eerder hadden we daarover al geschreven dat de kaaimantaks nooit de bedoe-

ling heeft gehad te voorzien in een eigendomsfictie tussen oprichter enerzijds en juridische constructie anderzijds<sup>97</sup>.

## 3. De periodieke inkomsten

Indien de kaaimantaks van toepassing wordt geacht op de Nederlandse STAK, dan zullen de periodieke inkomsten onder de fiscale transparantie van artikel 5/1, § 1 WIB 1992 ressorteren ook zonder dat de doorstortingsverplichting wordt gerespecteerd die wordt voorzien in artikel 13, § 1 van de wet van 15 juli 1998, door de verwijzing naar de artikelen 549 (BV) en 761 (NV) Nieuw W.Venn. M.a.w. het relevante verschil is het manco aan doorstortingsverplichting bij artikel 5/1, § 1 WIB 1992.

## 4. De taxatie bij uitkering

Bij uitkering dient de impact van artikel 18, eerste lid, 3<sup>o</sup> WIB 1992 te worden geanalyseerd. Die analyse hebben we gemaakt in ons eerder artikel in dit tijdschrift (afl. 545) bij de bespreking van de kaaimantaks 2.0. De conclusie daar was dat er bij uitkering “*an sich*” géén fiscale neutraliteit was en dat elke uitkering als een dividend geldt<sup>98</sup>. Artikel 18, eerste lid, 3<sup>o</sup> WIB 1992 is immers een soort van “catch all” geworden sedert de aanpassing door de wet van 25 december 2017<sup>99</sup>. Daarbij dient echter meteen gezegd dat indien we de artikelen 18, eerste lid, 3<sup>o</sup> WIB 1992 én artikel 21, eerste lid, 12<sup>o</sup> WIB 1992 én artikel 21, tweede lid WIB 1992 én artikel 5/1, § 1 WIB 1992 samen lezen, er *de facto* géén belastbaarheid zou mogen zijn.

Merk op dat er wegens de klassieke doorstortingsverplichting die bij de STAK is voorzien, er in wezen géén oude reserves zullen zijn waardoor de problematiek van artikel 21, tweede lid WIB 1992 niet speelt. Blijvend dient daar dan nog wel het voorbehoud te worden gemaakt voor de toepassing van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 maar die complexe analyse<sup>100</sup> “zou” niet door de Rulingcommissie worden ondersteund. Het is daar dus wachten op een beslissing van de Rulingcommissie die “zou” bevestigen dat een uitkering in jaar X “niet” leidt tot de kwalificatie van dividend, louter en alleen omwille van de impact van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992<sup>101</sup>.

95. Zie o.a. Besl. van 19 januari 1995, ref. CLRH.332/457.182 en de bespreking van die en vergelijkbare Besl. in R. DEBLAUWE, “De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten”, *TFR* 2000, 267-288; R. BOGAERTS, “Fiscale aspecten van de certificering van effecten”, *AFT* 1999, 39 *et seq.*

96. Besl. nr. 500.157 van 24 november 2005, Besl. nr. 500.124 van 23 juni 2005, Besl. nr. 500.157 van 24 november 2005, Besl. nr. 600.439 van 19 december 2006, Besl. nr. 800.096 van 3 maart 2009, Besl. nr. 2015.538 van 22 december 2015 en Besl. nr. 2016.613 van 16 oktober 2016.

97. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 663.

98. *Ibid.*, 681 *et seq.*

99. Oude tekst: “Dividenden omvatten uitkeringen andere dan deze bedoeld in 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 2<sup>o bis</sup> en 2<sup>o ter</sup>, toegekend of betaalbaar gesteld door een in artikel 2, § 1, 13<sup>o</sup>, b), bedoelde juridische constructie, ten gevolge van haar ontbinding of van de totale of gedeeltelijke overdracht van haar activa, die niet op vergeldende wijze is tot stand gekomen, voor het gedeelte dat de door de oprichter ingebrachte activa overschrijdt;”.

Nieuwe tekst: “Dividenden omvatten uitkeringen andere dan deze bedoeld in 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 2<sup>o bis</sup> en 2<sup>o ter</sup>, toegekend of betaalbaar gesteld door een [...] juridische constructie, met inbegrip van de inkomsten die worden geacht te zijn toegekend of betaalbaar gesteld overeenkomstig artikel 5/1, § 2 in de mate dat de belastingplichtige niet heeft aangetoond dat deze toekenning of betaalbaarstelling, het vermogen van de juridische constructie doet dalen beneden het door de oprichter ingebrachte vermogen;”.

100. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 681 *et seq.*

101. Dit wordt tevens bevestigd in B. PEETERS en G. VERACHTERT (eds.), *De kaaimantaks: Panta Rhei, o.c.*, nrs. 827 en 576, meer in het bijzonder vn. 1254.



## 5. De meerwaarden bij royerering

Wat de meerwaarden bij royerering betreft kan wederom niet zomaar worden aangenomen dat zulks ingevolge de kaaimantaks een fiscaal neutrale verrichting zou zijn. Die “fiscale neutraliteit” werkt zoals gezegd alléén via artikel 5/1, § 1 WIB 1992 en nergens anders. Bij royerering, zijnde de afgifte van het gecertificeerde actief door de stichting aan de certificaathouder, dient net zoals bij een gewone uitkering de impact van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 te worden geanalyseerd (zie *supra*). Ook hier is de conclusie dat er “*an sich*” géén fiscale neutraliteit is en dat élke uitkering als een dividend geldt<sup>102</sup>.

De vraag is echter of royerering wel als een uitkering kan worden gezien? Een royerering is immers eerder een overdracht onder bezwarende titel, waarbij de certificaathouder het certificaat afgeeft in ruil voor het onderliggend actief. Anders dan een klassiek “dividend” zou zulks dan aanleiding kunnen geven tot een omruilmeerwaarde die dan te beoordelen valt onder artikel 90, 1° WIB 1992.

Merk op dat de “vergeldende uitkering” die vroeger als uitzondering werd vermeld, nu niet meer in artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992 wordt vermeld. Het is onduidelijk waarom dat werd geschrapt; in de *memorie van toelichting* staat daar niets over<sup>103</sup>. Dus volgens de letterlijke tekst van de wet is het louter doen van een uitkering/overdracht/afgifte ten bezwarende titel niet meer afdoende om te besluiten tot niet-belastbaarheid, hoe raar dat ook moge overkomen. We kunnen er dus helemaal niet zo zeker van zijn dat een “royering” *an sich* onbelastbaar zou zijn, daar het gevolg van die transactie toch nog steeds is dat de certificaathouder (de oprichter vierde streepje dus) de eerder afgegeven activa terugkrijgt. Dat is op zich een “belastbare transactie” volgens de gewijzigde tekst van artikel 18, eerste lid, 3° WIB 1992. Verder geldt ook hier het voorbehoud ter zake van de impact van artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992.

## 6. De aangifteplicht als oprichter van de STAK

In wezen zal bij de meest gebruikelijk voorkomende variant van de STAK zoals die wordt gebruikt voor doeleinden van familiaal vermogensbeheer de daadwerkelijke stichter *pater familias* kwalificeren als oprichter eerste streepje én als op-

richter tweede streepje volgens artikel 2, § 1, 14° WIB 1992. Mogelijks zullen, afhankelijk hoe de STAK wordt opgericht en hoe de onderliggende activa worden gecertificeerd, andere familieleden (de kinderen) tevens kwalificeren als oprichters tweede streepje. Bij overlijden zullen de erfgenamen dan kwalificeren als oprichters derde streepje, daar niks nieuws.

Interessanter is echter na te gaan of er tevens oprichters vierde streepje zijn, te weten de vraag of de certificaathouders, omwille van hun eigendomsrecht over de certificaten, kwalificeren als oprichters vierde streepje. Daar dient dan uiteraard tevens het onderscheid te worden gehanteerd tussen volle eigendom, blote eigendom en vruchtgebruik. De tekst van artikel 2, § 1, 14°, vierde streepje WIB 1992 luidt als volgt: “(...) *hetzij, de natuurlijke personen of de rechtspersonen die overeenkomstig artikel 220 aan de rechtspersonenbelasting zijn onderworpen, en die houder zijn van de juridische rechten van de aandelen of van de economische rechten van de goederen en kapitalen in het bezit van een in de bepaling onder 13°, b), bedoelde juridische constructie*”. Eerder in dit tijdschrift hebben we hier reeds over geschreven<sup>104</sup>. De conclusie toen was dat men het in het vierde streepje duidelijk heeft over aandelen, dat men tevens certificaten schijnt te bedoelen zoals die worden uitgegeven door een Nederlandse stichting-administratiekantoor, en dat de letterlijke tekst tevens de begunstiging over goederen gehouden door een stichting schijnt te omvatten. Die conclusie geldt vandaag nog steeds, de certificaathouder kan o.i. worden gevat volgens het vierde streepje. Dat geldt dus onverkort voor de certificaathouder volle eigenaar.

Wat echter bij een verhouding vruchtgebruik-bloot eigendom? Ter zake van de aangifteplicht *cf.* artikel 307, § 1, vierde lid WIB 1992 heeft de Rulingcommissie zich in haar beslissing nr. 2016.613 uitgesproken over een gecertificeerde maatschap<sup>105</sup>. In die beslissing zegt de Rulingcommissie dat alléén de aanvrager *pater familias in casu* zal kwalificeren als oprichter *cf.* artikel 2, § 1, 14°, eerste en tweede streepje WIB 1992 n.a.v. zijn inbreng van vermogen in de gecertificeerde maatschap. De kinderen/begiftigden zullen slechts na diens overlijden kwalificeren als oprichter(s)-erfgenaam *cf.* artikel 2, § 1, 14°, derde streepje WIB 1992, en dus slechts op dit moment gehouden zijn tot aangifte van het bestaan van de structuur in hun aangiften personenbelasting. Dit betekent dan concreet dat in de mate dat de certificaten geschonken worden in blote eigendom aan de kinderen, dat dan het bestaan van de structuur slechts zal moeten worden

102. *Ibid.*

103. Zie onze commentaar daaromtrent in G.D. GOYVAERTS, *ibid.*, 681.

104. G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 897-898: “*Ter zake de omschrijving van ‘houders van economische rechten’ is de tekst echter minder voor de hand liggend. De wet heeft het over ‘houders van de economische rechten van de goederen en kapitalen die in het bezit zijn van’.* Dit is een eerder warrige omschrijving. Hoe kan men nu houder zijn van economische rechten in goederen die in een vennootschap werden ingebracht. Daartoe werden immers ‘aandelen’ uitgegeven. Mogelijks doelt men op de goederen van een stichting, maar dan ware het beter geweest zo men dat voorbeeld in de memorie had gegeven. De memorie spreekt daarentegen op diverse plaatsen over ‘de economische rechten die worden aangehouden in de juridische constructie’ zelf, en dat duidt dan weer eerder op de certificaten die werden uitgegeven voor de gecertificeerde aandelen van een vennootschap type 2. Het is dus niet duidelijk wat men bedoelt. Een andere omschrijving op p. 203 van de memorie wijst ook eerder naar certificaten: ‘In het geval van splitsing van de eigendom op de juridische rechten aangehouden door de in artikel 2, § 1, 14°, vierde streepje, bedoelde oprichters, is elke oprichter belastbaar in verhouding tot het gedeelte van de economische rechten die worden aangehouden in de juridische constructie bedoeld in artikel 2, § 1, 13°, b), of, wanneer die niet kan worden vastgesteld, elk voor een gelijk deel.’”

105. Rulingbesl. nr. 2016.613 van 19 oktober 2016, besproken in G.D. GOYVAERTS, “De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks”, *VIP* 2016, afl. 3, 46-50. Zie over de STAK-BM als juridische constructie type 1 onder de kaaimantaks 2.0 onze bijdrage in *TFR* 2018, afl. 545, 673-674.



gemeld in de aangifte personenbelasting, in hoofde van de certificaathouders-vruchtgebruikers of de certificaathouders-volle eigenaars. Het bestaan van de structuur zal dus niet moeten worden gemeld in de aangifte personenbelasting door de certificaathouders-blothe eigenaars.

Die beslissing is weliswaar richtinggevend maar niet conclusief daar de gecertificeerde maatschap, waarbij deelbewijzen van een burgerlijke maatschap middels een STAK worden gecertificeerd, door de Rulingcommissie werd gekwalificeerd onder artikel 2, § 1, 13°, a) WIB 1992 als een type 1 en dus niet onder artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 als een type 2. Over de eventuele toepassing van artikel 2, § 1, 14°, vierde streepje WIB 1992, dat alléén maar geldt bij een juridische constructie type 2, spreekt de Rulingcommissie zich in die beslissing dus niet uit. Dat neemt natuurlijk niet weg dat de beslissing interpretatief kan werken en kan worden aangehaald om de certificaathouder-blothe eigenaar in de luwte te laten.

### 7. En wat met gecertificeerde vorderingen?

Er even van uitgaande dat ofschoon de STAK principieel onderworpen is aan de kaaimantaks, en zélf indien het *adagium lex specialis generali derogat* kan worden toegepast t.a.v. de wet van 15 juli 1998 voor de daaronder vallende effecten, dan geldt dat geenszins voor vorderingen. Wat gecertificeerde vorderingen betreft zal de kaaimantaks dus met zekerheid van toepassing zijn. Concreet, indien de these zou opgaan dat de royerering (zie *supra*) tot een “vrijgestelde” meerwaarde leidt, en op voorwaarde dat artikel 5/1, § 1, tiende lid WIB 1992 niet tot problemen leidt (zie weerom *supra*) kan de kaaimantaks hier enige rechtszekerheid bieden. Probleem daar is echter de rechtspraak die zegt dat meerwaarden op vorderingen die niet geëffectiseerd zijn (immateriele activa dus en géén portefeuillewaarden) nooit van de fiscale vrijstelling voor meerwaarden over privévermogen kunnen genieten<sup>106</sup>. Dat blijft dus een pijnpunt.

De vraag kan ook anders gesteld worden. Stel nu even dat men de certificaten die zijn uitgegeven in ruil voor de onderliggende vorderingen zélf als autonome effecten kan zien. Dat zou kunnen verdedigd worden op basis van de administratievoorwaarden en de regels inzake overdraagbaarheid. Als die certificaten “effecten” zijn, dan kan men verdedigen dat men bij royerering van die certificaten, een meerwaarde realiseert op “effecten” (nl. op de “certificaten” die worden ingetrokken), dan kan de meerwaarde op de effecten ressorteren onder een meerwaarde op portefeuillewaarden en onder voorwaarden vrijgesteld zijn onder artikel 90, 1° WIB

1992 (normaal beheer). De volgende vraag is dan wanneer certificaten effecten zijn.

- Indien men rekening houdt met de aard van de onderliggende activa (wat ergens logisch zou zijn bij een fiscaal transparantie certificering) dan valt men terug op de onderliggende “vordering”. Indien die “vordering” dan alleen overdraagbaar is mits toepassing van artikel 1690 BW dan zijn we er aan voor de moeite.
- Indien men echter de certificaten als “autonome effecten” ziet, die overdraagbaar zijn op een andere manier dan via artikel 1690 BW, bijvoorbeeld middels aanpassing van het register van certificaathouders, dan zijn het wél “effecten”.

Samengevat, indien bij toepassing van de kaaimantaks, fiscaal het certificaat nog steeds dient “vereenzelvigd” te worden met het onderliggende activum “de vordering”, dat dan per hypothese geen effect is maar louter een “gematerialiseerd actief”, dan zitten we terug in de administratieve tolerantie<sup>107</sup> die men naar verluidt net “niet” meer wil toepassen (zie *supra*). Conclusie zou dan zijn dat zélf als de kaaimantaks kan worden toegepast op de stichting *an sich*, én het certificaat als een “effect” kan worden beschouwd, dat we dan nog steeds “niet” kunnen spreken van een belastingvrije royerering van de onderliggende vordering. Blijft natuurlijk de feitelijke vaststelling dat er slechts zelden meerwaarden zullen ontstaan op nominale gematerialiseerde vorderingen, maar theoretisch heeft de oefening natuurlijk wél haar belang. Zélf de kaaimantaks biedt in deze géén belastingvrije uitweg.

### G. En wat met de Belgische private stichting die als certificeringsvehikel wordt gebruikt?

Wat werd gezegd voor de Nederlandse STAK zou *ipso facto* kunnen gelden voor de Belgische private stichting die louter als certificeringsvehikel wordt gebruikt, ware het niet dat er twee fundamentele bezwaren zijn:

- primo, en ook hier past een verwijzing naar het *adagium lex specialis generali derogat*, dient in dit geval artikel 13 van de certificeringswet van 15 juli 1998 te worden gehanteerd in samenlezing met artikel 181, 8° WIB 1992, dat bij de invoering van de Belgische private stichting in een soort van “alsof-transparantie” *sui generis* heeft voorzien, voor de geviseerde activa wat alleen maar bevestigt dat het hier geen fiscale transparantie is wat de entiteit zelf betreft;
- secundo is de Belgische private stichting, voor het ove-

106. Zie *Tiberghien Handboek 2018-2019*, randnr. 1296.30: “De gratis overdracht van een nominale RC-vordering van 32.100.000 BEF op een vennootschap, in het kader van de verkoop van de aandelen van deze vennootschap in ruil voor een nominaal bedrag van 1.050 BEF én het engagement om een belangrijke bankschuld aan te zuiveren, kan niet worden beschouwd als een daad van normaal beheer van een privépatrimonium dat bestaat uit waarden in portefeuille of roerende voorwerpen, waartoe een ‘onlichamelijke’ vordering immers niet kwalificeert. De vastgestelde meerwaarde over deze vordering is een divers inkomen. Dit arrest werd door het Hof van Cassatie verbroken op grond van een verkeerde bepaling van het belastbare moment, en niet op grond van het feit dat er geen speculatie zou zijn. Hierover spreekt het Hof zich niet uit. In de noot bij dit arrest duidt de auteur de bedrijfseconomische onlogica van het arrest a quo aan.”

107. De notie “administratieve tolerantie” verwijst naar een beslissing van het hoofdbestuur van 1995 die klassiek wordt aangewend om STAK’s fiscaal transparant te beschouwen. Zie Besl. van 19 januari 1995, ref. CI.RH.332/457.182 en de bespreking van die en vergelijkbare beslissingen in R. DEBLAUWE, “De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten”, *TFR* 2000, 267-288; R. BOGAERTS, “Fiscale aspecten van de certificering van effecten”, *AFT* 1999, 39 et seq.



rige, aan de rechtspersonenbelasting onderworpen, waarbij de toepassing van de kaaimantaks volgens de regel van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 *de iure* uitgesloten is. Een Belgische rechtspersoon kan daarom nooit via artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 aan de kaaimantaks onderworpen worden.

#### IV. Samenloop van de regels inzake de kaaimantaks met de uitkeringsfiscaliteit van beleggingsvennootschappen binnen en buiten de EER

Uitkeringen door een juridische constructie kunnen ten name van de genietter worden vrijgesteld op grond van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992: “*De inkomsten van roerende goederen en kapitalen omvatten niet: (...) inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie, in de mate dat wordt aangetoond dat deze inkomsten zijn samengesteld uit door de juridische constructie verkregen inkomsten die reeds in hoofde van een natuurlijke persoon of een in artikel 220 bedoelde rechtspersoon in België hun belastingregime hebben ondergaan.*” Voor de toepassing van deze vrijstelling vanaf aj. 2019 worden op basis van de anterioriteitsregels van artikel 21, tweede lid WIB 1992 de oudst verkregen inkomsten geacht eerst te zijn uitgekeerd. Indien een juridische constructie nog reserves heeft die nog niet hun belastingregime “in België” hebben ondergaan (lees: uit de periode dat ze nog niet onderworpen was aan de kaaimantaks), dan worden deze geacht als eerste te zijn uitgekeerd. Deze uitkeringen zullen dan bij gevolg in de regel belastbaar zijn aan 30%<sup>108</sup>.

Indien “pre-kaaimantaks reserves” evenwel worden uitgekeerd onder de vorm van inkoop- of liquidatieboni, dan zal de vrijstelling van artikel 21, eerste lid, 2° WIB 1992 kunnen worden benut op voorwaarde dat het een beleggingsvennootschap betreft die in het land van haar fiscale woonplaats een belastingregeling geniet die afwijkt van het gemeen recht<sup>109</sup>. Men kan er zich evenwel aan verwachten dat de FOD Financiën enkel akkoord zal gaan om deze vrijstelling toe te passen indien het gaat om een beleggingsvennootschap met een voldoende pluraliteit van investeerders en van beleggingen. Deze pluraliteit moet beoordeeld worden wanneer de inkoop of liquidatie plaats vindt. Men dient ervan uit te gaan dat de vrijstelling kan worden toegepast indien het aandeelhouderschap door een voldoende geloofwaardige pluraliteit wordt gekenmerkt op het ogenblik van de uitkeringen, ook al was deze pluraliteit van investeerders minder aanwezig op het moment dat de “pre-kaaimantaks reserves” ontstaan zijn.

Verder dient er ook rekening mee te worden gehouden dat de vrijstelling van artikel 21, eerste lid, 2° WIB 1992 geheel of

ten dele buiten werking kan worden gesteld in de mate dat de uitkeringen belastbaar zijn op grond van artikel 19bis WIB 1992. Dit veronderstelt evenwel dat (het compartiment van) de betrokken beleggingsinstelling meer dan 25% (indien de deelbewijzen in de beleggingsinstelling vóór 1 januari 2018 werden verkregen), *c.q.* meer dan 10% (indien de deelbewijzen in de beleggingsinstelling vanaf 1 januari 2018 werden verkregen) belegt in schuldinstrumenten en/of schuldvorderingen.

Een belastbaarheid op grond van artikel 19bis WIB 1992 kan echter niét van toepassing zijn op uitkeringen die kunnen worden vrijgesteld op grond van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992. Indien een beleggingsinstelling middels een inkoop- of liquidatiebonus uitkeringen doet van reserves die reeds middels de kaaimantaks werden belast, dan kan geen toepassing worden gemaakt van artikel 19bis WIB 1992. De vrijstelling van artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 geniet immers voorrang op artikel 19bis WIB 1992 omdat het een specifieke vrijstelling betreft voor beleggingsinstellingen die aan de kaaimantaks onderworpen zijn (“*Lex specialis generali derogat*”). Men notere evenwel dat artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 enkel een eventuele belastbaarheid op grond van artikel 19bis WIB 1992 kan “neutraliseren” indien het een “uitkering” betreft. Indien artikel 19bis WIB 1992 getriggert wordt door een overdracht onder bezwarende titel, dan zal artikel 21, eerste lid, 12° WIB 1992 geen soelaas kunnen bieden. Dit hebben we ook al eerder in dit tijdschrift gesignaleerd overigens<sup>110</sup>. Alsdan gaat het immers niét om “inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie”.

#### V. Inwerkingtreding van de nieuwe KB's

##### A. Het nieuwe EER-KB van 21 november 2018

Het EER-KB van 21 november 2018 is in werking getreden op inkomsten die vanaf 1 januari 2018 werden verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie. Er wordt aan toegevoegd dat wat de toepassing van de roerende of bedrijfsvoorheffing betreft, de wijziging geldt op de inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar gesteld vanaf de 10de dag volgend op de dag dat dit besluit in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekend gemaakt, zijnde 13 december 2018. Allicht staat dit erin bij wijze van een soort standaardformulering, aangezien al eens wordt gezegd dat de kaaimantaks niet doorwerkt op het niveau van de voorheffingen (ofschoon dit laatste niet geheel duidelijk is en daarover verschillende standpunten zouden kunnen worden ingenomen)<sup>111</sup>.

108. Zie echter de kritische bedenkingen hierbij zoals eerder gepubliceerd: G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks 2.0. Een kritische commentaar bij de aanpassing van de kaaimantaks door de wet van 25 december 2017”, *TFR* 2018, afl. 545, 652 *et seq.* en 662 *et seq.*

109. Zie voor een beschrijving van deze problematiek: G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, afl. 490-491, 884-889.

110. *Ibid.*, 919.

111. Over kaaimantaks en voorheffingen, zie G.D. GOYVAERTS, *ibid.*, 919-923.





Door tot inwerkingtreding per 1 januari 2018 te besluiten in een KB van 21 november 2018 dat wordt gepubliceerd op 3 december 2018 en waarvan de bekrachtigingswet dateert van 11 februari 2019, gepubliceerd op 22 maart 2019, flirt de wetgever natuurlijk met het grondwettelijke legaliteitsbeginsel. De betreffende regelgeving is immers zeer ingrijpend. Volgens de letterlijke teksten van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 1992 én de wet van 11 februari 2019 is dit alles echter wél geldig.

### **B. Het nieuwe niet-EER-KB van 6 mei 2019**

Het niet-EER-KB van 6 mei 2019 is in werking getreden op inkomsten die vanaf 1 januari 2019 werden verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie. Wat de toepassing van de roerende of bedrijfsvoorheffing betreft, de wijziging geldt op de inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar gesteld vanaf de 10de dag volgend op de dag dat dit besluit in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekend gemaakt, zijnde 26 mei 2019.

De doorwerking van de definities gebezigd in het EER-KB werkt dus pas één jaar later door voor de juridische constructies buiten de EER. Interpretatief kan dit even lastig zijn maar echt zwaarwichtig is dit niet. Het nieuwe niet-EER-KB wijzigt immers zoals gezegd niet écht iets, dus het belang ervan is relatief. De bekrachtigingswet die *cf.* artikel 2, § 1, 13°, b), vierde lid WIB 1992 binnen de 12 maanden na publicatie, dus uiterlijk per 6 mei 2020, dient te worden gestemd, bestond nog niet bij de redactionele afsluiting van deze tekst.

## **VI. Conclusies bij de beide nieuwe KB's ... het EER-KB is een game changer**

Onze eerdere conclusie bij de aanpassingen aangebracht door de wet van 25 december 2017 zoals we die reeds gaven in aflevering 545 van dit tijdschrift kunnen we, na invoering van het nieuwe EER-KB (en het veel minder relevante niet-

EER-KB) alleen maar bevestigen. Oeverloze complexiteit en rechtsonzekerheid, miskennen van het legaliteitsbeginsel en van de internationale (fiscale) rechtsorde wat de hiërarchie der normen betreft wordt nu ook binnen de EER bevestigd. Dat de kaaimantaks buiten de EER voor onrust en onduidelijkheid zorgde liet velen onberoerd daar het credo was dat “trusts, Stiftungen en offshores” iets van het verleden was, en in de mate het nog actueel bleek, het sowieso alléén “private clients” betrof, die zich dan maar beter zouden aanpassen. Vandaag zijn diegenen die dat dachten brutaal wakker geschud met de vaststelling dat onwrikbaar geachte EU-corporate structuren nu “plotsklaps” fiscaal transparant dreigen te worden belast, en dat zonder dat er enige simulatie mee gemoeid is. Dat hadden de kaaimantaks-sceptici niet zien aankomen. Wat dat betreft is deze herijkte kaaimantaks zeker een game changer.

Blijft echter de vraag of de soep wel zo heet zal worden gegeven als ze werd opgediend. Veel zal afhangen van de daadwerkelijke toepasbaarheid van de substance-uitsluiting en de verdragsuitsluiting. Daar zal uiteraard ook de fiscus én in voorkomend geval de rechter, en bij uitbreiding het Europees hof en het HvJ EVA zijn/hun zeg in hebben. De kaaimantaks is daarbij naar onze mening véél te ver doorgeschoten en totaal afgewend van zijn oorspronkelijk doel, zijnde het regulier gaan belasten van voorheen onbelaste zwevende vermogens.

Ook de impact op de beleggingsfiscaliteit met een haast ondoenbare ventilatieverplichting om te komen tot een nauwelijks berekenbare belastbare grondslag en de daarmee gepaard gaande omkering van de bewijslast, heeft niets meer te maken met een streven naar duidelijke en eenvoudige fiscaliteit. Wettelijk omschreven en gereguleerde investeringsvennootschappen, die niets van doen hebben met de reeds eerder genoemde offshores, worden fiscaal uit elkaar getrokken en verworden tot een voor de belastingplichtige onuitlegbaar kluwen. Dat daarbij de regels van de Belgische vennootschapsbelasting als “übernorm” worden gehanteerd is binnen de EU-context eigenlijk overdreven. Zoals gezegd, de tijd zal het uitwijzen hoe zich dit alles uitkristalliseert.

