

Nieuwsbrieven en tijdschriften - Fiscale Actualiteit

Kaaimantaks, a never ending story

Doorkijkbelasting

Fiscale Actualiteit nr. 2018/22, pag. 11-16, week 14 - 20 juni 2018

De ministerraad van 8 juni heeft twee ontwerp-KB's goedgekeurd die het toepassingsgebied van de kaaimantaks verruimen. Het 'EER-KB' wordt in algemenere termen opgesteld maar laat er daarnaast geen misverstand meer over bestaan dat 'fonds dédiés' van private ICB's onder de heffing vallen. Het tweede ontwerp laat de wijzigingen aan het EER-KB doorwerken buiten de EER. De ontwerpen liggen nu voor advies bij de Raad van State.

Nieuw EER-KB

Met de kaaimantaks of doorkijkbelasting worden inkomsten van buitenlandse entiteiten belast in hoofde van de Belgische oprichters, alsof ze die zelf ontvangen hebben (zie *Fisc. Act.* 2018, 5/10 en 2017, 34/1). Opdat de kaaimantaks van toepassing zou zijn op een entiteit met rechtspersoonlijkheid, moet die in de eerste plaats een 'juridische constructie' zijn. Dat is "elke vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit met rechtspersoonlijkheid die in de Staat waar de constructie gevestigd is, vrijgesteld is van inkomstenbelasting of onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder bedraagt dan 15 % van het belastbaar inkomen" dat is vastgesteld volgens de regels van de Belgische inkomstenbelasting (zowel rechtspersonen- als vennootschapsbelasting) (art. 2 § 1 13° lid 1 b WIB 92).

Ook kaaimantaks voor fonds dédié-ICB's (art. 1 1°)

Er is wel een 'EER-exceptie': in de EER gevestigde rechtspersonen – dus ook ICB's – vallen enkel onder de kaaimantaks als zij op een limitatieve lijst staan die wordt vastgelegd bij KB (het 'EER-KB') (art. 2 § 2 13° lid 2). Op de initiële lijst (EER-KB van 23 augustus 2015) stonden alleen de Luxemburgse SPF (*société patrimoniale familiale*), de Liechtensteinse *Stiftung* en *Anstalt*. In de EER gevestigde ICB's vielen aanvankelijk dus niet onder de kaaimantaks.

Enkele maanden later werd de lijst al aangepast (KB van 18 december 2015, *Fisc. Act.* 2015, 42/8-10). Men wou ook de beleggingsvennootschappen op maat, de zgn. 'fonds dédié'-(compartimenten van) ICB's onder de kaaimantaks brengen door een verwijzing toe te voegen naar in artikel 2, § 1, 13°/1, lid 2 WIB 92 bedoelde entiteiten (d.w.z. entiteiten die in handen zijn van één persoon of van verbonden personen – die wetsbepaling heeft op zich overigens geen relevantie voor de EER gezien de algemene 'EER-exceptie' maar werd via het KB dus toch doorgetrokken naar EER-entiteiten) (art. 1 1° KB). Maar *fonds dédié*-compartimenten van *privaat* uitgegeven ICB's vielen niet onder die omschrijving en bleven dus buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks. Het ontwerp van nieuw EER-KB geeft daarom een nieuwe omschrijving voor de *fonds dédié*-compartimenten van ICB's (zie verder).

De reden waarom 'private ICB's' niet onder artikel 1, 1° van het huidige EER-KB vallen, is dat artikel 2, § 1, 13°/1, *lid 2* WIB 92 (waar het KB naar verwijst) een uitzondering maakt op artikel 2, § 1, 13°/1, *lid 1* WIB 92. Onder lid 2 kan dus alleen vallen wat om te beginnen al onder lid 1 valt. En 'private ICB's' vallen niet onder lid 1.

Meer bepaald worden in artikel 2, § 1, 13°/1, *lid 1* sommige ICB's niet geacht een juridische constructie te zijn, zodat de kaaimantaks er niet op van toepassing is (dat geldt ook voor entiteiten van buiten de EER). Die uitgesloten ICB's omvatten drie soorten [Voor een uitgebreide analyse: Gerd D. Goyvaerts, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* afl. 490-491, 884-889. Voor een overzicht van de financiële wetgeving: zie *Fisc. Act.* 2017, 26/10.]:

- i) een ICB die haar middelen aantrekt middels een openbaar bod;
- ii) een 'instelling voor belegging in schuldvorderingen', en
- iii) een 'institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging', d.w.z. een AICB die uitsluitend geld ophaalt bij "in aanmerking komende beleggers".

'Private ICB's' zijn daar dus niet bij. Dat blijkt niet alleen uit de wettekst maar ook uit de memorie van toelichting: "*Openbare en institutionele* instellingen voor collectieve belegging worden niet beschouwd als juridische constructies. ... Wanneer deze entiteiten evenwel zijn opgericht in een privaat kader, meer bepaald de *private* ICB's 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" [*Parl. St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1125/1, 31 en 35-36.].

Vervolgens kwam er een specifieke antimisbruikbepaling (art. 2 § 1 13°/1 lid 2 en 3 WIB 92; wet van 26 december 2015). Als het gaat om '*fonds dédié*'-entiteiten, zijn de 'uitsluitingen' van lid 1 (waaronder die voor ICB's) *niet* van toepassing. De uitsluitingen zijn met name niet van toepassing als alle rechten in de constructie (of één compartiment ervan) worden aangehouden door één enkele investeerder of door met elkaar 'verbonden personen' (d.w.z. personen die over een rechtspersoon controle uitoefenen als bedoeld in art. 5 W.Venn., die bloed- of aanverwanten tot in de vierde graad zijn of gehuwd zijn of wettelijk samenwonen, of hun woonplaats of zetel van fortuin op hetzelfde adres hebben). Gemakshalve spreken we van de '*fonds dédié*-uitsondering'.

De '*fonds dédié*-uitsondering van artikel 2, § 1, 13° /1, lid 2 en 3 geldt logischerwijze alléén voor entiteiten die *a priori* onder lid 1 vallen en daardoor aan de kaaimantaks onderworpen zijn. Voor wat ICB's betreft, gaat het om publiek uitgegeven ICB's, institutionele ICB's en ICB's met een beursnotering. Niet-beursgenoteerde ICB's die in een louter privaat kader worden uitgegeven, en die niet zijn voorbehouden aan "in aanmerking komende beleggers", vallen er dus duidelijk niet onder. Die 'private ICB's' worden immers niet uitgesloten van de kaaimantaks op grond van lid 1. Omdat het huidige EER-KB precies verwijst naar artikel 2, § 1, 13°/1, *lid 2* WIB 92, kunnen *private* ICB's – ook al voldoen zij aan de voorwaarde dat de aandeelhouders verbonden zijn – op grond van een tekstuele interpretatie nooit onder de kaaimantaks vallen. Dat was dus de situatie onder het KB van 18 december 2015.

Niet iedereen sloot zich echter aan bij die logica. Sommigen gaven via een teleologische interpretatie ook enig krediet aan de bedoeling van de wetgever, en lieten zo ruimte voor de stelling dat private ICB's wél onder de kaaimantaks vallen, althans met de 'juiste' aandeelhoudersstructuur (zoals gedefinieerd door art. 2 § 1 13°/1 lid 2 en 3 WIB 92) (bv. A. Dayez in *Act. Fisc.* 2017, 18/2). Ook de minister onderstreepte dat "zowel private als publieke en institutionele instellingen" bedoeld zijn, en vond dat zelfs "heel duidelijk" [Mond. Vr. nr. 11276 P. Vanvelthoven, 18 mei 2016, Kamercomm. Fin., Criv 54 Com 421, 41.]. De rulingdienst trad hem daarin bij (ruling nr. 2017.037, 14 maart 2017) (zie *Fisc. Act.* 2017, 30/7-8).

Twee parlementsleden van de meerderheid daarentegen dienden een wetsvoorstel in om de kaaimantaks op enkele punten aan te passen, en maakten van de gelegenheid gebruik om ook de discussie over de private ICB's te beslechten. Uit hun toelichting bij artikel 3 blijkt dat zij zich aansluiten bij de tekstuele interpretatie en daarom het standpunt van de minister "verkeerd" vonden. "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, nr. 2419/1, 12.*].

Met het ontwerp van nieuw EER-KB legt het kabinet van Financiën zich nu neer bij de tekstuele interpretatie van het huidige KB. Dat blijkt uit de toelichting bij het nieuwe KB: "Vervolgens wordt in dit ontwerp voorgesteld om eveneens de private AICB's binnen het toepassingsgebied van dit besluit te brengen, in het geval deze ... door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden. Hierdoor zullen voortaan alle in de EER gevestigde ICB's onder het toepassingsgebied ... 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 dat de minister daarmee impliciet bevestigt dat, gezien het fiscale legaliteitsbeginsel, een bedoeling van de wetgever niet volstaat om een situatie onder de toepassing van een fiscale wet te brengen die er volgens een letterlijke lezing niet onder valt. Daarmee distantieert het kabinet zich, wellicht ongewild, ook van de rulingdienst. Een duidelijke wet behoeft nu eenmaal geen interpretatie (*interpretatio cessat in claris* – zie wel *Fisc. Act. 2018, 1/9, vtn. 27*). Op grond van het fiscaal recht heeft de overheid een verregaande bevoegdheid om unilateraal verbintenissen te creëren in hoofde van de belastingplichtigen. Het minste wat men dan kan verwachten, is dat de situaties die de overheid wil belasten, ook duidelijk en letterlijk genoemd worden in de wettekst. Eventuele lacunes in het toepassingsgebied kunnen niet 'gerepareerd' worden door te verwijzen naar de bedoeling van de wetgever, maar moeten aan de hand van een reparatiewet (of -KB) worden gecorrigeerd.

KB vult lacune op: nu ook private ICB's

De 'reparatie' bestaat erin om in artikel 1, lid 1, 1° EER-KB een ruim opgestelde bepaling op te nemen die alle *fonds dédié*-(compartimenten van) ICB's (ook 'private ICB's') onder de toepassing van de kaaimantaks brengt:

"1°

de hieronder vermelde instellingen waarvan de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd:

- een in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte gevestigde instelling voor collectieve belegging die voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 2009/65/EG ...;
- een in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte gevestigde alternatieve instelling voor collectieve belegging die wordt bedoeld in richtlijn 2011/61/EU ...;
- 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".

De ontwerptekst verwijst dus zowel naar ICB's 'met Europees paspoort' (ICBE's) en AICB's, als 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 uitdrukkelijke toevoeging van ICB's met slechts één deelnemer is allicht ingegeven door het feit dat een AICB een instelling is die bij "een reeks beleggers" kapitaal ophaalt (art. 4 § 1 a richtlijn 2011/61/EU). Men zou dat zo kunnen interpreteren dat een entiteit met slechts één aandeelhouder nooit als AICB kan kwalificeren. Voor ICBE's zou men dezelfde redenering kunnen volgen: een ICBE is een instelling voor *collectieve* belegging (art. 1 § 2 a richtlijn 2009/65/EG). 'Collectief beleggen' lijkt op het eerste gezicht conceptueel wat moeilijk als er maar één investeerder (deelnemer) is. Nochtans staat o.i. de eenhoofdigheid van een entiteit de kwalificatie van (A)ICB niet noodzakelijk in de weg, bijvoorbeeld als de 'enige investeerder' op zijn beurt kapitaal ophaalt bij andere beleggers, of hen vertegenwoordigt. Denk aan bepaalde *master-feeder*-structuren, *funds of funds* en

trustachtige figuren [S. Landuyt, "Toepassingsgebied van het wetgevend kader voor de fondssensector in België na de AIFMD", *TBH* 2015.7, 676, 2e kolom onderaan.]. In het Belgische financieel recht wordt de mogelijkheid van bijvoorbeeld een niet-openbare eenhoofdige Belgische ICB overigens uitdrukkelijk geboden (art. 281 lid 2 a wet van 19 april 2014). Allicht hebben de auteurs van het ontwerp-KB het zekere voor het onzekere willen nemen, en willen ze het risico vermijden dat een eenhoofdige (compartiment van een) ICB aan de kaaimantaks zou ontsnappen op grond van het argument dat er geen sprake kan zijn van een ICBE of een AICB als de entiteit slechts één investeerder telt.

Anders dan artikel 2, § 1, 13°/1 lid 1 WIB 92 verwijst de tekst van het nieuwe KB naar de Europese richtlijnen inzake beleggingsvennootschappen i.p.v. naar de Belgische financiële wetgeving. Die insteek is ook wel logisch omdat de bewuste bepalingen op buitenlandse beleggingsvennootschappen moeten worden toegepast.

Om ook de in de EER gevestigde private ICB's onder de scope van de kaaimantaks te kunnen brengen, beperkt de nieuwe tekst zich niet tot de openbare en institutionele beleggingsvennootschappen, wat in artikel 2, 13°/1 lid 1, a) en b) WIB 92 wél het geval is. Om de lacune te dichten, is vooral de verwijzing naar de 'alternatieve instellingen voor collectieve belegging' van belang. Artikel 4, § 1, a) richtlijn 2011/61/EU omschrijft die als "instellingen voor collectieve belegging, met inbegrip van de beleggingscompartimenten daarvan, die: i) bij een reeks beleggers kapitaal ophalen 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 2009/65/EG". Die definitie vindt men in quasi dezelfde woorden terug in artikel 3, 2° wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders. Met andere woorden: alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen zijn alle instellingen voor collectieve belegging met uitzondering van die met een 'Europees paspoort'. Het concept is dus heel ruim, en omvat publieke ICB's zonder EU-paspoort, institutionele ICB's alsook – en daar gaat het hier om – private ICB's.

Met artikel 1, 1° van het nieuwe KB wordt de 'lacune' inzake de private ICB's met een *fonds dédié*-aandeelhoudersstructuur dus inderdaad ingevuld, en vallen de (compartimenten van) private ICB's inderdaad onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks, op voorwaarde dat ze een *fonds dédié*-aandeelhoudersstructuur hebben.

Fonds dédié-(compartimenten van) ICB's mét EU-paspoort vallen overigens ook *in scope* van de kaaimantaks op grond van het eerste streepje.

Merk wel op dat een in de EER gevestigde ICBE of AICB *überhaupt* alleen onder de kaaimantaks valt als ook voldaan is aan de voorwaarde van artikel 2, § 1, 13°, b) WIB 92: het moet gaan om een entiteit die vrijgesteld is van inkomstenbelasting of laag belast. Met andere woorden: voor een in de EER gevestigde rechtspersoon is het weliswaar een *noodzakelijke* voorwaarde dat hij op de lijst van het EER-KB staat om onder de kaaimantaks te vallen, maar dat is geen *voldoende* voorwaarde. Het moet immers nog altijd een juridische constructie betreffen overeenkomstig het WIB. Gereguleerde ICB's voldoen weliswaar vaak aan de voorwaarde uit artikel 2, § 1, 13°, b). 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.

Een Belgische private privak valt in de praktijk nooit onder de kaaimantaks, om de eenvoudige reden dat wegens het verplichte *meervoudige* aandeelhouderschap (art. 4 en 5 KB van 23 mei 2017) niet voldaan is aan de voorwaarde van 'fonds dédié'-aandeelhouderschap in het EER-KB (d.w.z. één persoon of verbonden personen).

Kaaimantaks op 'hybride vennootschappen' veralgemeend (art. 1 2°)

De kaaimantaks wordt nog uitgebreid tot een tweede categorie: 'hybride vennootschappen' (art. 1 lid 1 2° nieuw EER-KB). Die worden in het ontwerp omschreven als "vennootschap die niet in het toepassingsgebied van artikel 29, § 2 [WIB 92] is begrepen en waarvan de inkomsten door de Staat waar deze vennootschap is gevestigd, in

hoofde van de vennoten of aandeelhouders wordt belast". Het gaat m.a.w. om entiteiten die juridisch gesproken rechtspersoonlijkheid hebben maar die in hun woonstaat fiscaal transparant zijn, waardoor hun inkomsten in hoofde van de vennoten of aandeelhouders worden belast. Als voorbeeld verwijst het verslag aan de Koning naar de Luxemburgse *Société en commandite simple*. Die hybride entiteiten vielen op grond van het bestaande EER-KB al onder de kaaimantaks, maar slechts "in de mate dat ze inkomsten van Belgische oorsprong verkrijg[en] die niet belastbaar zijn in België". Die voorwaarde valt nu weg. Toepassing van de kaaimantaks op binnen de EER gevestigde 'hybride vennootschappen' wordt dus veralgemeend. Alle inkomsten die zo'n entiteit ontvangt of realiseert, zijn voortaan ten belope van hun aandeel belastbaar ten name van Belgische rijksinwoners en RPB-belastingplichtingen die als 'oprichter' gelden.

Dat heeft nu tot gevolg dat alle andere (complexe) kaaimantaks-regels over uitkeringen (bv. art. 21 lid 1 12° WIB 92), de daarmee verbonden anterioriteitsregel en de bijzondere antimisbruikbepalingen (zoals art. 5/1 § 2 WIB 92) van toepassing worden op die hybride vennootschappen. Bovendien is de vraag hoe die nieuwe bepaling toegepast moet worden in samenlezing met de dubbelbelastingverdragen, zoals dat met Luxemburg (voor de SCS), om slechts het meest voor de hand liggende voorbeeld te noemen.

Niet belaste of zeer laag belaste entiteiten: toepassing kaaimantaks veralgemeend (art. 1 3°)

In het huidige EER-KB worden onder 3° de entiteiten met naam genoemd: de Liechtensteinse *Stiftung* en *Anstalt*, de Luxemburgse SPF, en de (voor zover ons bekend nooit in voege getreden) Luxemburgse *Fondation Patrimoniale*. Nu wil de regering – naar verluidt om diplomatieke redenen, vooral t.o. Luxemburg – het toepassingsgebied van het EER-KB niet meer afbakenen aan de hand van een limitatieve opsomming van landen en rechtsvormen, maar door gebruik te maken van (per definitie niet limitatieve) "abstracte juridische definities". Dat is nooit een gemakkelijke oefening (*omnis definitio in iure fiscale periculosa est*).

I.p.v. een uitdrukkelijke verwijzing naar de Luxemburgse SPF en consoorten komt nu de omschrijving: "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 1 pct. bedraagt 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". M.a.w.: EER-rechtspersonen die vrijgesteld zijn van inkomstenbelasting of minder dan 1 % inkomstenbelasting betalen van een grondslag naar Belgische normen, vallen voortaan onder de kaaimantaks.

Volgens de opstellers van het ontwerp-KB is daarmee geen uitbreiding van het toepassingsgebied beoogd, maar louter een verduidelijking. De vraag is dan meteen waar de bestaande tekst onduidelijk was. Het grote voordeel van het EER-KB van 18 december 2015 (op dat vlak tenminste) was nu net dat het duidelijk afgelijnd was. Door het limitatieve karakter ervan weg te nemen, en door de brede formulering van de tekst, komen o.i. ook entiteiten die geen vennootschappen zijn – mogelijk onbedoeld – onder het toepassingsgebied van deze bepaling. Denk bijvoorbeeld aan bepaalde types stichtingen (zoals een Nederlandse stichting) die in Nederland niet aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen omdat zij geen onderneming drijven. Het kan dan bijvoorbeeld gaan over een goede-doelen stichting die bijvoorbeeld door een Belgische belastingplichtige is opgericht. Het regime van de Nederlandse stichting (vrijstelling van vennootschapsbelasting) is mogelijk gunstiger dan het regime van de Belgische rechtspersonenbelasting, waardoor de kaaimantaks van toepassing zou kunnen zijn.

Als we de eenvoud van het huidige KB op dat vlak vergelijken met het nieuwe ontwerp, kunnen we alleen maar vaststellen dat de slinger zeer ver is doorgeslagen. Het KB van 18 december 2015 noemde gewoon vier rechtsvormen – dat was simpel voor zowel controlerende ambtenaren als voor de belastingplichtigen. Nu rijzen er interpretatieproblemen over welk vehikel er al dan niet onder valt. De rechtszekerheid is

daarmee totaal zoek. Wij vermoeden ook dat de minister geregeld vragen zal krijgen in de zin van: "wat met rechtsvorm X van land Y?". Bij antwoorden op dergelijke vragen kunnen evengoed diplomatieke problemen opduiken. En juridisch beschouwd valt het af te wachten hoe de Raad van State zal reageren. Dit is o.i. gewoon een wettekst die wordt neergeschreven in een KB. Artikel 2 § 1, 13°, b), lid 2 WIB 92 delegeert de bevoegdheid aan de Koning om rechtsvormen vast te leggen die vermoed worden een 'constructie' te zijn, maar laat de Koning niet toe het toepassingsgebied van de kaaimantaks uit te breiden door een andere definitie in te voeren.

Hoe verhouden 1° en 2°-3° van artikel 1 EER-KB zich onderling?

Een groot interpretatieprobleem betreft de vraag of een in de EER gevestigde instelling voor collectieve belegging, waarvan het aandeelhouderschap niet voldoet aan de *fonds dédié*-uitzondering (omdat er meerdere aandeelhouders zijn), en dus op die basis normaal gezien zou ontsnappen aan kaaimantaks wegens de algemene EER-exceptie, toch nog onder de kaaimantaks kan vallen op grond van een van beide andere nieuwe bepalingen: artikel 1, lid 1, 2° EER-KB (in de residentiestaat transparant belaste 'hybride' entiteiten) of artikel 1, lid 1, 3° (niet- of laag belaste entiteit, bv. een Luxemburgse Sicav-SIF). Dat is vooral van belang voor 'private ICB's' die – zoals al uitgelegd – *niet* worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de kaaimantaks (art. 2 § 1 13°/1 lid 1 WIB 92) zelfs al hebben zij geen *fonds dédié*-aandeelhouderschap.

O.i. is voor ICBE's die onder richtlijn 2009/65/EG vallen, en voor AICB's (richtlijn 2011/61/EU) alleen 1° van het ontwerp-KB relevant, en wel op grond van het adagium *lex specialis generalibus derogat* (een specifieke wet gaat voor op een algemene). Voor de ICB's geldt immers een specifieke regel (1°), die *ratione personae* uitsluitend van toepassing is op ICB's, en niet op andere rechtspersonen. Gelet op dat beperkte toepassingsgebied gaat het duidelijk om een *lex specialis* ten opzichte van 2° en 3°, die voor alle soorten rechtspersonen kunnen gelden. Dus kunnen in de EER gevestigde ICB's alleen onder de kaaimantaks vallen als ze een '*fonds dédié*'-aandeelhoudersstructuur hebben (1°). Die conclusie spoort overigens ook met de doelstelling van het nieuwe EER-KB, zoals die blijkt uit het verslag aan de Koning: "Vervolgens wordt in dit ontwerp voorgesteld om eveneens de private AICB's binnen het toepassingsgebied van dit besluit te brengen, [alleen] in het geval deze instellingen of compartimenten ervan door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden".

Niet-EER-KB

De regering maakt van de gelegenheid gebruik om ook een toevoeging te doen in het tweede KB, het 'niet-EER'-KB van 23 augustus 2015 (zie *Fisc. Act.* 2015, 30/9). De nieuwe bepalingen over de '*fonds dédié*'-ICB's (1° hierboven) en de hybride vennootschappen (2°) worden *mutatis mutandis* overgenomen in het niet-EER-KB (voor 3° is dat niet nodig: de 'taxatievoorwaarde' voor niet-EER-entiteiten volgt uit de wet). Er geldt dus voortaan een juridisch vermoeden dat dergelijke entiteiten constructies zijn.

De impact van de toevoeging in het 'niet-EER'-KB is echter niet *van dezelfde orde* als in het EER-KB. Voor rechtspersonen in de EER geldt immers dat die alleen onder de kaaimantaks vallen als ze in een van de categorieën in het EER-KB vallen (dat is een gevolg van de 'EER-exceptie' van art. 2 § 2 13° lid 2 WIB 92). Voor *buiten de EER* gevestigde rechtspersonen daarentegen zijn strikt genomen alleen de definitie van 'juridische constructie' in de wet (art. 2 § 1 13° b WIB 92) alsook de wettelijke uitzonderingen van belang. Of een buiten de EER gevestigde rechtspersoon in het niet-EER-KB voorkomt, heeft hoogstens implicaties voor de bewijslast. Het voorkomen op de lijst creëert immers alleen een weerlegbaar *vermoeden* dat het om een juridische constructie gaat. De niet-EER-lijst is niet beperkend, niet limitatief. Een buiten de EER gevestigde rechtspersoon hoeft niet op de niet-EER-lijst te staan om een 'juridische constructie' te zijn. Op de lijst staan is geen noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor die kwalificatie.

De auteurs van het ontwerp hebben daar overigens rekening mee gehouden. Met name i) openbare, institutionele of private AICB's die door één persoon, of meerdere met elkaar

verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd, en ii) hybride vennootschappen worden vermoed een juridische constructie te zijn. Dat vermoeden heeft tot gevolg dat de bewijslast wordt omgekeerd, waardoor het desgevallend aan de belastingplichtige is om aan te tonen dat de bedoelde rechtspersonen geen juridische constructie zijn.

Inwerkingtreding

Zowel het nieuwe EER-KB als de aanvulling in het niet-EER-KB zou van toepassing zijn op inkomsten die vanaf 1 januari 2018 zijn verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie. Voor de roerende of bedrijfsvoorheffing is het pas van toepassing op inkomsten die zijn toegekend vanaf de maand na publicatie. Allicht staat dat erin als een soort standaardformulering, want doorgaans wordt aangenomen dat de kaaimantaks niet doorwerkt op het niveau van de voorheffingen (hoewel dat niet geheel duidelijk is).

Schematisch

Om het overzicht niet te verliezen, geven we hieronder nog eens kort de samenhang tussen de verschillende wetsbepalingen weer.

Juridische constructies van type 2 die laag belast worden (minder dan 15 %), zijn principieel onderworpen aan de kaaimantaks (art. 2 13° lid 1 b WIB 92).

Constructies uit de EER worden echter alleen aan de taks onderworpen als ze genoemd worden in het 'EER-KB' (art. 2 13° lid 2-3 WIB 92).

Dat KB vermeldt 3 categorieën constructies, die dus aan de kaaimantaks onderworpen worden ook al zijn ze gevestigd binnen de EER:

- alle mogelijke ICB's (dus ook private) die *fonds dédiés* zijn (vroeger, via een verwijzing naar het WIB, alleen openbare en institutionele ICB's) (art. 1 1°)
- hybride vennootschappen (nu zonder beperking) (art. 1 2°)
- niet belaste of zeer laag belaste entiteiten (vroeger 4 met name genoemde Luxemburgse en Liechtensteinse structuren) (art. 1 3°)

Openbare en institutionele ICB's worden principieel uitgesloten van de kaaimantaks (art. 2 13°/1 lid 1 WIB 92) behalve als het *fonds dédiés* zijn (art. 2 § 1 13°/1 lid 2 WIB 92). Binnen de EER gevestigde (compartimenten van) private ICB's vallen o.i. enkel onder de kaaimantaks als het *fonds dédiés* zijn (*lex specialis legi generali derogat*). Buiten de EER gevestigde (compartimenten van) private ICB's kunnen onder de kaaimantaks vallen als ze voldoen aan de omschrijving van juridische constructie in artikel 2, § 1, 13°, lid 1, b) WIB 92 (het al dan niet *fonds dédié*-karakter speelt hier geen rol).

**Gerd D Goyvaerts
en Christophe Coudron
Tiberghien Advocaten**

mnma12811115