

BELGISCHE KAMER VAN  
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

18 april 2017

**WETSVOORSTEL**

**tot versterking van de doorkijkbelasting**

(Ingediend door de heren Roel Deseyn  
en Servais Verherstraeten)

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS  
DE BELGIQUE

18 avril 2017

**PROPOSITION DE LOI**

**renforçant la taxe de transparence**

(déposée par MM. Roel Deseyn  
et Servais Verherstraeten)

**SAMENVATTING**

*De fiscale administratie kan een Belgische belastingplichtige, oprichter van een trust, niet zomaar als oprichter beschouwen van een door de trust in het leven geroepen secundaire rechtspersoon. Tenzij de administratie kan bewijzen dat de dubbelstructuur louter om fiscale redenen is opgezet, ontsnapt de belastingplichtige dan ook aan de Kaaimantaks. Om het werk van de administratie te vergemakkelijken en de Kaaimantaks efficiënter te maken breidt dit wetsvoorstel dan ook de antimisbruikbepalingen in het kader van de doorkijkbelasting uit tot deze dubbelstructuren.*

**RÉSUMÉ**

*L'administration fiscale ne peut considérer un contribuable belge qui constitue un trust comme le fondateur d'une personne morale secondaire créée par le trust. À moins que l'administration puisse prouver que la double structure a été mise en place pour des raisons purement fiscales, le contribuable échappe ainsi à la taxe Caïman. Afin de faciliter le travail de l'administration et d'accroître l'efficacité de la taxe Caïman, cette proposition de loi vise dès lors à étendre à ces doubles structures les dispositions anti-abus prises dans le cadre de la taxe de transparence.*

N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie
PS	:	Parti Socialiste
MR	:	Mouvement Réformateur
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten
sp.a	:	socialistische partij anders
Ecolo-Groen	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
cdH	:	centre démocrate Humaniste
VB	:	Vlaams Belang
PTB-GO!	:	Parti du Travail de Belgique – Gauche d'Ouverture
DéFI	:	Démocrate Fédéraliste Indépendant
PP	:	Parti Populaire

*Afkortingen bij de nummering van de publicaties:*

DOC 54 0000/000:	Parlementair document van de 54 <sup>e</sup> zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA:	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV:	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV:	Beknopt Verslag
CRIV:	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN:	Plenum
COM:	Commissievergadering
MOT:	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

*Abréviations dans la numérotation des publications:*

DOC 54 0000/000:	Document parlementaire de la 54 <sup>e</sup> législature, suivi du n° de base et du n° consécutif
QRVA:	Questions et Réponses écrites
CRIV:	Version Provisoire du Compte Rendu intégral
CRABV:	Compte Rendu Analytique
CRIV:	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)
PLEN:	Séance plénière
COM:	Réunion de commission
MOT:	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

*Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers*

Bestellingen:  
Natieplein 2  
1008 Brussel  
Tel. : 02/ 549 81 60  
Fax : 02/549 82 74  
www.dekamer.be  
e-mail : publicaties@dekamer.be

*De publicaties worden uitsluitend gedrukt op FSC gecertificeerd papier*

*Publications officielles éditées par la Chambre des représentants*

Commandes:  
Place de la Nation 2  
1008 Bruxelles  
Tél. : 02/ 549 81 60  
Fax : 02/549 82 74  
www.lachambre.be  
courriel : publicaties@lachambre.be

*Les publications sont imprimées exclusivement sur du papier certifié FSC*

## TOELICHTING

De Kaaimantaks viseert de inkomsten van juridische constructies.<sup>1</sup> Deze “belasting” voert een transparantieregeling in, die ervoor zorgt dat men eigenlijk abstractie maakt van de juridische constructie, waardoor men de inkomsten belast zoals die rechtstreeks worden ontvangen door de belastingplichtige.

Deze regeling is nu bijna een jaar oud en heeft al het voorwerp uitgemaakt van verscheidene studies en juridische werken. Uit deze werken is gebleken dat de Kaaimantaks relatief eenvoudig omzeild kan worden door gebruik te maken van een tussenstructuur. Dergelijke zogenaamde dubbelstructuren of “second tier structuren” zijn veeleer de regel dan uitzondering.<sup>2</sup> In de toelichting van het ontwerp van de kaaimantaks wordt net zo’n structuur als voorbeeld genomen, waarin dus wordt bevestigd dat het een veelvoorkomende structuur is.<sup>3</sup> Tenslotte zijn er ook misbruiken mogelijk ten gevolge van beperkingen in het toepassingsgebied van artikel 344/1 WIB 92.)

Dubbelstructuren kunnen op verschillende manieren tot stand komen. In de rechtsleer wordt een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën: 1) getrapte structuren en 2) tussengeschoven entiteiten.<sup>4</sup>

Bij de eerste situatie (= getrapte structuur) is het de juridische constructie zelf die haar activabestanddelen (geheel of gedeeltelijk) overdraagt aan een nieuwe entiteit. Een voorbeeld om dit te verduidelijken: een Belgische belastingplichtige participeert in een Panamese International Business Company (IBC), die op haar beurt de activa overhevelt naar een BVI Limited (BVI = British Virgin Islands). In dit geval is het dus de juridische constructie die de handeling stelt.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> We spreken over juridische constructies in zijn geheel en niet enkel over buitenlandse juridische constructies, aangezien de combinatie STAK-BM door de Rulingcommissie ook wordt aanzien als een juridische constructie. Zie voorafgaande beslissing dd. 22 december 2015 (nr. 2015-538). De gecertificeerde maatschap wordt door de Rulingcommissie gekwalificeerd als een juridische constructie type 1.

<sup>2</sup> G., Goyvaerts, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *T.F.R.* 490 – 491, pagina 894.

<sup>3</sup> DOC 54K 1125/001, pagina 28 .

<sup>4</sup> F., Debelva en A.-M. Vandekerckhove, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fiscale Actualiteit* 2016, afl. 30, p. 3.

<sup>5</sup> F., Debelva en A.-M. Vandekerckhove, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fiscale Actualiteit* 2016, afl. 30, p. 3.; Voor de volledigheid: bij type 1 constructies, zal de handeling uitgaan van de beheerder van de rechtsverhouding.

## DÉVELOPPEMENTS

La taxe Caïman vise les revenus générés par les constructions juridiques.<sup>1</sup> Cette “taxe” instaure des règles de transparence en vertu desquelles il est fait abstraction de la construction juridique, les revenus étant alors taxés comme s’ils étaient directement perçus par le contribuable.

Cette réglementation a été adoptée il y a près d’un an et elle a déjà fait l’objet d’études et de travaux juridiques dont il ressort que la taxe Caïman est relativement facile à éluder en recourant à une structure intermédiaire. Ces structures dites doubles ou “second tier” constituent plutôt la règle que l’exception.<sup>2</sup> L’exposé des motifs du projet relatif à la taxe Caïman cite l’exemple d’une structure de ce type et confirme ainsi qu’il s’agit d’une structure très répandue.<sup>3</sup> Enfin, les limitations prévues en ce qui concerne le champ d’application de l’article 344/1 du CIR 92 rendent d’autres abus possibles.

Les structures doubles peuvent être mises en place de différentes manières. La doctrine établit une distinction entre deux catégories: 1) les structures par paliers et 2) les entités interposées.<sup>4</sup>

Dans la première situation (= structures par paliers), c’est la construction juridique elle-même qui transfère (entièrement ou partiellement) ses éléments d’actifs à une nouvelle entité. Prenons un exemple pour l’illustrer: un contribuable belge détient une participation dans une *International Business Company* (IBC) établie au Panama qui transfère des actifs à une *BVI Limited* (BVI = *British Virgin Islands*). Dans ce cas, c’est la construction juridique qui agit.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Nous parlons des constructions juridiques dans leur ensemble et pas seulement des constructions juridiques étrangères, étant donné que le Service des décisions anticipées en matière fiscale (SDA) considère que la combinaison entre une société civile et une fondation-bureau d’administration constitue également une construction juridique. Voir la décision anticipée (n° 2015 538) du 22 décembre 2015. Le contrat de société certifié est qualifié par le SDA de construction juridique de type 1.

<sup>2</sup> G., Goyvaerts, *De kaaimantaks, een kritische beschouwing*, *T.F.R.* 490 – 491, p. 894.

<sup>3</sup> DOC 54 1125/001, p. 28 .

<sup>4</sup> F., Debelva et A.-M. Vandekerckhove, *Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen*, *Fiscale Actualiteit* 2016, n° 30, p. 3.

<sup>5</sup> F., Debelva et A.-M. Vandekerckhove, *Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen*, *Fiscale Actualiteit* 2016, n° 30, p. 3. Il est précisé, par souci d’exhaustivité, que, dans les constructions du type 1, l’acte émane du gestionnaire de la relation juridique.

De tweede situatie betreft een bovenliggende of tussengeschoven entiteit. Deze entiteit zorgt ervoor dat de rechtstreekse relatie tussen de Belgische belastingplichtige en de juridische constructie wordt verbroken. Een voorbeeld om dit te verduidelijken: Een Belgische belastingplichtige houdt de aandelen van een Panamese International Business Company, maar hevelt deze aandelen over naar een andere vennootschap of trust (bv. Luxemburgse SOPARFI). In deze situatie is het dan de belastingplichtige zelf, die de handeling stelt.<sup>6</sup>

In de Kamer van volksvertegenwoordigers is dit vraagstuk recent aan bod gekomen. In een parlementaire vraag (nr. 11277)<sup>7</sup> werd de minister van Financiën ondervraagd over de zogenaamde dubbelstructuren en of deze wel geïmponeerd worden door de Kaaimantaks. Er wordt bedoeld de situatie waarin een belastingplichtige een geïmponeerde “juridische constructie”, bv. trust, opricht en waarbij de trust vervolgens zelf een rechtspersoon in het leven roept met als doel de initieel in de trust ingebrachte goederen te beheren. Hij heeft toen geantwoord dat zijn “*Administratie van oordeel is dat de beschreven structuur wel degelijk onder het toepassingsgebied van de Kaaimantaks valt*”. Het zou volgens hem “*ook het doel van de Kaaimantaks volledig miskennen, indien het louter opstapelen van juridische constructies simpelweg zou toelaten de doorkijkbelasting te ontwijken*”. Bovendien stelde hij dat “*de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling van artikel 344, § 1 WIB 92 niet uit het oog verloren mag worden*”.

Omwille van zijn antwoord was het toch noodzakelijk om hier dieper op in te gaan. Uit de rechtsleer is immers gebleken dat de doorkijkbelasting enkel geldt indien de Belgische belastingplichtige rechtstreeks participeert in een juridische constructie, waardoor men dus de Kaaimantaks makkelijk kan omzeilen door gebruik te maken van een dubbelstructuur. Aangezien nergens in het ontwerp of de memorie van toelichting de notie “rechtstreeks of onrechtstreeks” wordt gebruikt, ontsnapt iemand binnen een restrictieve interpretatie van de tekst aan de kwalificatie als “oprichter” van een juridische constructie in het geval van een dubbelstructuur. Het weze daarom noodzakelijk dat de wetgever de kwalificatie als “oprichter” verduidelijkt en daarom de notie “rechtstreeks of onrechtstreeks” inschrijft in de wet.<sup>8</sup>

Daarnaast heeft de wetgever ook een specifieke antimisbruikbepaling in het leven geroepen, namelijk artikel

<sup>6</sup> F., Debelva en A.-M. Vandekerckhove, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fiscale Actualiteit* 2016, afl. 30, p. 3.

<sup>7</sup> Vraag om uitleg van de heer Peter Vanvelthoven over de kaaimantaks en de zogenaamde dubbelstructuren, *Vr. en Antw. Kamer*, 18 mei 2016, 26-28.

<sup>8</sup> G., Goyvaerts, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *T.F.R.* 490 – 491, pagina 894.

La seconde catégorie est celle des entités superposées ou interposées. Dans ce cas, l’entité utilisée permet de rompre la relation directe entre le contribuable belge et la construction juridique. Prenons un exemple pour l’illustrer: un contribuable belge détient des actions dans une *International Business Company* établie au Panama, mais transfère ces actions à une autre société ou à un *trust* (exemple: SOPARFI luxembourgeoise). Dans ce cas, c’est le contribuable lui-même qui agit.<sup>6</sup>

Cette problématique a récemment été évoquée à la Chambre des représentants. Une question parlementaire (n° 11277)<sup>7</sup> adressée au ministre des Finances a interrogé ce dernier sur les structures dites doubles. Il lui a été demandé si la taxe Caïman s’appliquait à ces structures. Le cas envisagé est celui d’un contribuable ayant créé une “construction juridique” visée, par exemple un trust, ayant à son tour créé une personne morale chargée de gérer les avoirs initialement apportés dans le trust. Dans sa réponse, le ministre indique que son administration considère que la structure décrite relève bel et bien du champ d’application de la taxe Caïman. Selon lui, la taxe Caïman manquerait complètement ses objectifs si le simple fait d’accumuler des constructions juridiques permettait de l’éluder. Le ministre a ajouté que l’application de la disposition générale visant à lutter contre les abus, inscrite à l’article 344, § 1<sup>er</sup>, du CIR 92, ne pouvait pas être perdue de vue.

Compte tenu de cette réponse, il était nécessaire d’approfondir cette question. Il est en effet ressorti de la doctrine que l’impôt de transparence ne s’appliquait que si le contribuable belge participe directement à une construction juridique, si bien que la taxe Caïman peut être facilement contournée en recourant à une structure double. La notion de “directement ou indirectement” n’étant utilisée nulle part dans le projet ou dans l’exposé des motifs, une interprétation restrictive du texte permet d’échapper à la qualification de “fondateur” d’une construction juridique dans le cas d’une structure double. Il conviendrait dès lors que le législateur clarifie la qualification de “fondateur” et, à cette fin, introduise dans la loi la notion de “directement ou indirectement”.<sup>8</sup>

Le législateur a en outre créé une disposition spécifique anti-abus, à savoir l’article 344/1 du CIR, qui

<sup>6</sup> F., Debelva et A.-M. Vandekerckhove, *Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen*, *Fiscale Actualiteit* 2016, n° 30, p. 3.

<sup>7</sup> Question de M. Peter Vanvelthoven sur “la taxe Caïman et les structures dites doubles”, *Questions et réponses. Chambre*, 18 mai 2016, p. 26-28.

<sup>8</sup> G., Goyvaerts, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *T.F.R.* 490 – 491, page 894.

344/1 WIB. Daar wordt uitdrukkelijk verwezen naar “*een in artikel 2, § 1, 13°, b, bedoelde juridische constructie*”. Dat wil zeggen dat enkel rechtshandelingen van “*type 2*” juridische constructies niet aan de administratie tegen-gevoerd kunnen worden. Verder is het ook zo dat deze specifieke antimisbruikbepaling enkel van toepassing is op de handelingen van de *juridische constructie* en dus niet op handelingen van de *belastingplichtige* zelf. Dat wil zeggen dat alleen de eerste situatie (=getrapte structuur), zoals hierboven beschreven, wordt gevat door artikel 344/1, lid 1 WIB 92, indien de handeling uitgaat van een bestaande entiteit dat een juridische constructie type 2 is.<sup>9</sup>

De indieners vragen zich dan af: wat dan met “*type 1*” constructies, zoals trusts? Een typisch voorbeeld van ontwijking is het gebruik van “Tier 2 constructies” of “dubbelstructuren”, zoals hierboven uitgelegd (= situatie van de “tussengeschoven entiteit”). Zo ontwijkt men de toepassing van de Kaaimantaks voor “*type 1 juridische constructies*” en voor handelingen *gesteld door de belastingplichtige*.

Er is m.a.w. geen specifieke juridische onderbouw om een Belgische belastingplichtige, die oprichter is van een trust, eveneens als oprichter te beschouwen van een door de trust in het leven geroepen “Tier 2 constructie”. Men ontsnapt zo aan de Kaaimantaks, want de trust zelf is immers een “lege doos” geworden en volgens de definitie opgenomen in artikel 2, § 1, 14° WIB 92 is de belastingplichtige geen oprichter van de “Tier 2” rechtspersoon, aangezien die werd opgericht door de trust. Vandaar dat de indieners van dit wetsvoorstel de oprichtersnotie willen uitbreiden om zo ook de dubbelstructuren te kunnen omvatten.

Verder kan de specifieke antimisbruikbepaling ook niet gebruikt worden om rechtshandelingen van een trust te negeren, zoals de zogenaamde dubbelstructuren. Om een dergelijke ontwijking van de Kaaimantaks aan te pakken, zal de administratie dus gebruik moeten maken van de algemene antimisbruikbepaling van artikel 344, § 1 WIB 92 of van de simulatieleer, wat betekent dat de administratie een heus onderzoek moet voeren naar dergelijke dubbelstructuren of deze wel genoeg “*substance*” hebben om te verantwoorden dat ze niet louter om fiscale redenen werden opgezet. Bij een uitbreiding van die specifieke antimisbruikbepaling heb je een dergelijk onderzoek niet nodig. Dat vergemakkelijkt het werk van de administratie.

<sup>9</sup> F., Debelva en A.-M. Vandenkerkhove, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fiscale Actualiteit* 2016, afl. 30, p. 4.

renvoie expressément à “*une construction juridique visée à l’article 2, § 1<sup>er</sup>, 13°, b*”. Cela signifie que seuls les actes posés dans le cadre de constructions juridiques de “*type 2*” sont inopposables à l’administration. Par ailleurs, cette disposition spécifique anti-abus n’est applicable qu’aux actes de la *construction juridique* et donc pas aux actes du *contribuable* lui-même. Cela signifie que seule la première situation (=structure en paliers), telle que décrite ci-dessus, est couverte par l’article 344/1, alinéa 1<sup>er</sup>, du CIR 92, si l’acte émane d’une entité existante qui est une construction juridique de type 2.<sup>9</sup>

Nous posons dès lors la question de savoir ce qu’il advient des constructions de “*type 1*”, telles que les trusts. Le recours à une “entité interposée”, comme dans les constructions “Tier 2” ou les “structures doubles” mentionnées plus haut, constitue un exemple typique de solution d’évasion appliquée afin d’éluder la taxe Caïman pour les “constructions juridiques de type 1” et pour les actes posés par le contribuable.

En d’autres termes, aucune disposition juridique spécifique ne permet de considérer que le contribuable belge qui a constitué un trust est également le constituant de la “construction Tier 2” créée par ce trust, cette solution permettant audit contribuable d’éluder la taxe Caïman dès lors que le trust est lui-même devenu une “boîte vide” et que, selon la définition figurant à l’article 2, § 1<sup>er</sup>, 14°, du Code des impôts sur les revenus 1992, ledit contribuable n’est pas le fondateur de la personne morale “Tier 2” puisque celle-ci été constituée par le trust. C’est la raison pour laquelle nous voulons étendre la notion de fondateur de manière à pouvoir englober également les structures doubles.

Par ailleurs, la disposition spécifique anti-abus relative à la taxe Caïman ne peut pas non plus être appliquée pour nier les actes juridiques d’un trust tels que les “structures doubles”. Afin d’éviter que les contribuables se soustraient, par ce biais, à la taxe Caïman, l’administration devra dès lors appliquer la disposition générale anti-abus prévue à l’article 344, § 1<sup>er</sup>, du Code des impôts sur les revenus 1992, ou la théorie de la simulation, ce qui signifie qu’elle devra mener une véritable enquête sur ces structures doubles afin de déterminer si elles ont assez de substance pour considérer que ces structures n’ont pas seulement été constituées pour des raisons fiscales. Or, si la disposition spécifique anti-abus précitée était élargie, cette enquête ne serait plus nécessaire, ce qui faciliterait le travail de l’administration.

<sup>9</sup> F., Debelva et A.-M. Vandenkerkhove, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fiscale Actualiteit* 2016, n° 30, p. 4.

Het is dan de bedoeling van de indieners om de specifieke antimisbruikbepaling van artikel 344/1 WIB 92 uit te breiden naar de gevallen waarin de “type 1” juridische constructies betrokken zijn en naar de gevallen waarin de handeling uitgaat van de belastingplichtige zelf. Deze specifieke antimisbruikbepaling hangt samen met de vooropgestelde uitbreiding van de oprichtersnotie, om die gevallen te viseren waar de uitbreiding van de oprichtersnotie geen oplossing vormt. Artikel 344/1 WIB 92 is ook de *lex specialis* voor wat betreft de doorkijkbelasting, wat impliceert dat in het geval van de doorkijkbelasting artikel 344/1 voorrang krijgt t.o.v. de toepassing van artikel 344 WIB 92 en dat artikel 344 WIB 92 enkel gebruikt kan worden, indien artikel 344/1 WIB geen oplossing biedt.<sup>10</sup>

In de rechtsleer is in dit verband gewezen op het mogelijks ongrondwettelijk karakter van de specifieke antimisbruikbepaling in artikel 344/1 WIB 92, alsook op de mogelijke inbreuken op de fundamentele rechten en vrijheden en het Europese vrij verkeer.<sup>11</sup> Daarom is het ook de bedoeling van de indieners om artikel 344/1 in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, het Europees Hof van Justitie en het Europees Hof van de rechten van de mens.<sup>12</sup>

Verder zijn er interpretatiemoeilijkheden en diverse onduidelijkheden gerezen over de toepassing van artikel 2, § 1, 13<sup>o</sup>/1 WIB 92 en ter uitvoering daarvan genomen KB van 18 december 2015. Bepaalde juridische constructies zouden immers uit de mazen van het Kaaiman-net vallen, welke de wetgever niet had willen uitsluiten.<sup>13</sup>

Tenslotte is het ook de bedoeling van de indieners om de nodige verduidelijkingen aan te brengen aan het begrip “daadwerkelijke economische activiteit” n.a.v. een recent gepubliceerde *ruling*.<sup>14</sup> Die *ruling* voorziet in de uitsluiting van “*economische handelingen in het kader van het beheer van het privévermogen*”. Om geen discrepanties te krijgen m.b.t. situaties is het volgens de indieners best om deze *ruling* praktijk te expliciteren in de wet.

<sup>10</sup> Voor de volledigheid moet er ook gewezen worden op de toepassing van de simulatieleer, die ook gebruikt kan worden indien artikel 344 WIB 92 op haar beurt geen oplossing biedt.

<sup>11</sup> N., Appermont, “De Kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel”, *A.F.T.* 2015, afl. 11, 27-33.

<sup>12</sup> GWH 30 oktober 2013, nr. 141/2013, B.20.; HvJ 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes v. Commissioners of Inland Revenue*; HvJ 11 mei 2006, C-384/04.; EHRM 15 november 1996, nr. 19385/92.

<sup>13</sup> F., Falla en A.-S., De Clercq, “Kaaimantaks: niet van toepassing op “specifieke” ICB’s”, *Het Fiscaal Weekoverzicht*, afl. 262, 3-5.; C., Coudron en G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, afl. 1, 36-41.

<sup>14</sup> Voorafgaande beslissing nr. 2016 540 van 22 november 2016.

Nous souhaitons dès lors étendre la disposition spécifique anti-abus prévue à l’article 344/1 du Code des impôts sur les revenus 1992 aux cas dans lesquels des constructions juridiques de “type 1” sont impliquées, ainsi qu’aux cas dans lesquels l’acte est posé par le contribuable lui-même. Cette disposition anti-abus spécifique doit aller de pair avec l’élargissement proposé de la notion de fondateur afin d’englober les cas dans lesquels cet élargissement n’apporte pas de solution. L’article 344/1 du CIR 92 constitue également la *lex specialis* en ce qui concerne la taxe de transparence, ce qui implique que dans le cas de cette taxe, l’application de l’article 344/1 est prioritaire par rapport à l’application de l’article 344 du CIR 92, et que ce dernier ne peut être appliqué que si l’article 344/1 n’offre pas de solution.<sup>10</sup>

À cet égard, la doctrine a attiré l’attention sur le caractère potentiellement anticonstitutionnel de la disposition spécifique anti-abus figurant à l’article 344/1 du CIR 92, ainsi que sur les atteintes potentielles aux libertés et droits fondamentaux et à la libre circulation européenne.<sup>11</sup> Aussi entendons-nous assurer la mise en conformité de l’article 344/1 avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de la Cour de justice européenne et de la Cour européenne des droits de l’homme.<sup>12</sup>

Par ailleurs, des difficultés d’interprétation et diverses imprécisions sont apparues concernant l’application de l’article 2, § 1<sup>er</sup>, 13<sup>o</sup>/1, du CIR 92 et de l’arrêté royal du 18 décembre 2015 pris en exécution de celui-ci. Certaines constructions juridiques, que le législateur n’avait pas voulu exclure, passeraient en effet à travers les mailles du filet de la taxe Caïman.<sup>13</sup>

Enfin, nous visons également à apporter les précisions nécessaires à la notion d’“activité économique effective” à la suite d’un *ruling* publié récemment.<sup>14</sup> Ce *ruling* prévoit l’exclusion des “*actes économiques accomplis dans le cadre de la gestion du patrimoine privé*”. Nous estimons qu’il est préférable d’explicitier cette pratique de *ruling* dans la loi afin d’éviter des incohérences concernant les situations.

<sup>10</sup> Dans un souci d’exhaustivité, il faut également mentionner l’application de la théorie de la simulation, à laquelle on pourra également recourir si, à son tour, l’article 344 du CIR 92 n’offre pas de solution.

<sup>11</sup> N., Appermont, “De Kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel”, *A.F.T.* 2015, afl. 11, 27-33.

<sup>12</sup> C.C. 30 octobre 2013, n° 141/2013, B.20.; CJUE 12 septembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes c/. Commissioners of Inland Revenue*; CJUE 11 mai 2006, C-384/04.; CEDH 15 novembre 1996, n° 19385/92.

<sup>13</sup> F., Falla et A.-S., De Clercq, “Kaaimantaks: niet van toepassing op “specifieke” ICB’s”, *Het Fiscaal Weekoverzicht*, afl. 262, 3-5.; C., Coudron et G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, n° 1, 36-41.

<sup>14</sup> Décision anticipée n° 2016 540 du 22 novembre 2016.

## ARTIKELSGEWIJZE BESPREKING

## Artikel 1

Behoeft geen uitleg.

## Artikel 2

Dit artikel past artikel 2, 14<sup>o</sup>, 4<sup>e</sup> gedachtestreepje aan om te verduidelijken dat belastingplichtigen zowel rechtstreeks als onrechtstreeks betrokken kunnen zijn bij een juridische constructie. Dit impliceert dus dat de transparantieregeling of de fiscale fictie wordt uitgebreid naar dubbelstructuren of naar structuren waarbij verschillende entiteiten worden opeengestapeld of worden tussengeschoven zodoende de rechtstreekse band tussen de belastingplichtige en de *offshore* constructie te doorbreken.

Hieronder vallen dus ook situaties waarbij een lokale stroman *offshore* constructies beheert of zelfs opzet ten voordele van de belastingplichtige. Uit het onderzoek naar de Panama Papers is immers gebleken dat veel belastingplichtigen werken via een lokale stroman in het desbetreffende land, die de uiteindelijke *offshore* opzet en zelfs beheert, wat ertoe leidt dat de eigenlijke juridische constructie vaak geadresseerd is op de zetel van de lokale stroman. Dat is veelvuldig uit de doeken gedaan in de pers.<sup>15</sup>

Daarnaast vallen er ook constructies onder van "*nominee shareholdership*", welke dus ook een manier zijn om de rechtstreeks band tussen de belastingplichtige (uiteindelijk begunstigde) en de eigenlijke juridische constructie te doorbreken. Een "*nominee shareholder*" is een onafhankelijke derde partij, die wordt omschreven als de officiële eigenaar/bezitter van de aandelen van een *offshore* entiteit. De bedoeling van zo'n "*nominee shareholder*" is om ervoor te zorgen dat de privacy van de cliënt (de uiteindelijke begunstigde = belastingplichtige) – en dus zijn identiteit – wordt gehandhaafd, zodat de effectieve eigenaar publiekelijk nooit wordt geassocieerd met de juridische constructie.

Bij een "*nominee shareholder*" constructie wordt er een confidencieel juridisch document (zoals een "*declaration of trust*", "*a deed of transfer*", "*a nominee services agreement*" of iets soortgelijk) opgemaakt door de "*nominee*", welke dan in bezit komt van de uiteindelijke begunstigde (*i.c.* de belastingplichtige). Een dergelijk document geeft de realiteit weer van de eigenlijke relatie en van de verbintenis tussen de uiteindelijk begunstigde, de "*nominee*" en de juridische constructie. Dit

<sup>15</sup> Zie bv. "Achter het Caraïbisch rookgordijn", *De Tijd* 22 september 2016.

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1<sup>er</sup>

Cet article n'appelle pas de commentaire.

## Article 2

Cet article modifie l'article 2, 14<sup>o</sup>, 4<sup>e</sup> tiret, en vue de préciser que les contribuables peuvent être associés à une construction juridique tant de manière directe que de manière indirecte. Cela implique donc que les règles de transparence ou la fiction fiscale sont étendues aux structures doubles ou aux structures dans lesquelles différentes entités sont superposées ou interposées de manière à rompre le lien direct entre le contribuable et la construction *offshore*.

Les situations dans lesquelles un homme de paille local gère voire crée des constructions *offshore* au profit du contribuable sont donc aussi visées. Il est en effet ressorti de l'enquête sur les Panama Papers que de nombreux contribuables recourent à un homme de paille local dans le pays concerné, qui crée voire gère la construction finale *offshore*, l'adresse de la construction juridique proprement dite étant dès lors souvent établie au siège de l'homme de paille local. La presse a largement dévoilé cette situation.<sup>15</sup>

Cela concerne aussi les constructions de "*nominee shareholdership*", qui constituent dès lors également une manière de rompre le lien direct entre le contribuable (bénéficiaire effectif) et la construction juridique proprement dite. Un "*nominee shareholder*" est une tierce partie indépendante qui est décrite comme le propriétaire/détenteur officiel des actions d'une entité *offshore*. La finalité d'un tel "*nominee shareholder*" est de faire en sorte que l'anonymat du client (le bénéficiaire effectif = le contribuable), c'est-à-dire son identité, soit préservé, si bien que le propriétaire effectif n'est jamais publiquement associé à la construction juridique.

Dans le cas d'une construction du type "*nominee shareholder*", un document juridique confidentiel (tel qu'une "*declaration of trust*", "*a deed of transfer*", "*a nominee services agreement*" ou un document analogue) est établi par le "*nominee*", lequel est alors remis au bénéficiaire effectif (en l'occurrence, le contribuable). Un tel document reflète la réalité de la relation et de l'engagement entre le bénéficiaire effectif, le "*nominee*" et la construction juridique. D'après ce document, les

<sup>15</sup> Voir, par exemple "Achter het Caraïbisch rookgordijn", *De Tijd* 22 septembre 2016.

document zou dan weergeven dat de aandelen enkel en alleen in naam van de “nominee” worden gehouden, maar dat dit wel gebeurt voor rekening van de uiteindelijke begunstigde en dat de uiteindelijke begunstigde gerechtigd is om te beschikken over de aandelen en alle winsten en voordelen die daaruit zouden kunnen voortvloeien.<sup>16</sup> Voor de volledigheid is het noodzakelijk om expliciet te vermelden dat in het geval van “nominee shareholdership” de “nominee” niet beschouwd wordt als de oprichter in het kader van de doorkijkbelasting, aangezien hij in die situatie niet geacht wordt de genietter te zijn van de inkomsten.

Tenslotte wordt er ook voorzien dat er niet enkel maar sprake is van een juridische constructie bedoeld onder 13°, b), maar dat in de wettekst ook gesproken wordt van een juridische constructie bedoeld onder 13°, a). In de huidige stand van de wetgeving is het zo dat een persoon niet als oprichter beschouwd kan worden, wanneer er bv. sprake is van een trust die houder is van een BVI Limited en waarbij de belastingplichtige géén middelen heeft ingebracht in de BVI Limited. In zo'n geval is het de trust die de aandelen houdt (en niet de belastingplichtige zelf). Verder zijn er in een dergelijke situatie géén certificaten, want volgens de praktijk is een *beneficiary entitlement* in een trust immers een vorm van “*dual ownership*” naar trustlaw, die geen splitsing van juridische en economische eigendom impliceert. Op basis van de huidige wettekst kan de betrokkene dus niet als oprichter beschouwd worden.<sup>17</sup>

### Artikel 3

Dit artikel wijzigt artikel 2, § 1, 13/1, tweede lid om de nodige onduidelijkheden en interpretatiemoeilijkheden wat de betreft de toepassing van dit lid te verhelpen. Het eerste lid stelt dat er in 4 gevallen geen sprake is van een kwalificatie als juridische constructie:

a) een openbare of institutionele instelling voor collectieve belegging of een instelling voor belegging in schuldvorderingen bedoeld in artikel 3, 2°, 3° of 7°, van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen;

b) een openbare of institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging bedoeld in artikel 3,

<sup>16</sup> Zie <https://www.offshorebvi.com/offshore.bvi.faq/bvi.company.structure.registration/nominee-shareholders.php>.

<sup>17</sup> G., Goyvaerts, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, T.F.R. 490 – 491, pagina 897-898.

actions sont exclusivement détenues au nom du “nominee”, mais elles le sont pour le compte du bénéficiaire effectif et ce dernier est autorisé à disposer des actions et de tous les profits et avantages qui pourraient en découler.<sup>16</sup> Dans un souci d'exhaustivité, il est nécessaire de mentionner explicitement que, dans le cas d'un “nominee shareholdership”, le “nominee” n'est pas considéré comme le fondateur dans le cadre de la taxe de transparence, dès lors qu'il n'est pas supposé être le bénéficiaire des revenus dans cette situation.

Nous prévoyons enfin également que ne soit pas uniquement concernée la construction juridique visée au 13°, b), mais que le texte de loi s'applique également à une construction juridique visée au 13°, a). Dans l'état actuel de la législation, une personne ne peut être considérée comme fondateur lorsqu'il est par exemple question d'un trust qui détient une *BVI Limited* dans laquelle le contribuable n'a pas apporté de moyens. Dans pareil cas, c'est le trust qui détient les actions (et non le contribuable même). Par ailleurs, il n'y a pas, dans ce genre de situation, de certificats, la pratique voulant que, dans un trust, un *beneficiary entitlement* soit en effet une forme de *dual ownership* au regard de la trustlaw, qui n'implique pas de scission de la propriété juridique et économique. Le texte de loi actuel ne permet donc pas de considérer l'intéressé comme étant le fondateur.<sup>17</sup>

### Article 3

Cet article modifie l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13/1, alinéa 2, afin de lever les imprécisions et de remédier aux difficultés d'interprétation liées à l'application de cet alinéa. L'alinéa 1<sup>er</sup> dispose qu'il n'y a pas de qualification de construction juridique dans quatre cas:

a) un organisme de placement collectif public ou institutionnel ou un organisme de placement collectif en créances visé à l'article 3, 2°, 3°, ou 7°, de la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances;

b) un organisme de placement collectif alternatif public ou institutionnel visé à l'article 3, 4° ou 6°, de la loi

<sup>16</sup> Voir <https://www.offshorebvi.com/offshore.bvi.faq/bvi.company.structure.registration/nominee-shareholders.php>.

<sup>17</sup> G., GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, T.F.R. 490 – 491, p. 897-898.



4° of 6°, van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders;

c) een entiteit die geen instelling is als bedoeld in a) of b), en die zich uitsluitend toelegt op verrichtingen van:

— het beheer en het beleggen van fondsen, ingezameld om wettelijke en aanvullende pensioenen toe te kennen, of;

— het beheer van werknemersparticipaties in de financiering van hun onderneming of van de groep waartoe die behoort;

d) een vennootschap, waarvan de effecten zijn genoteerd aan een effectenbeurs van een lidstaat van de Europese Unie onder de voorwaarden van de Richtlijn 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001 betreffende de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs en de informatie die over deze effecten moet worden gepubliceerd, of van een derde Staat waarvan de wetgeving analoge toelatingsvoorwaarden voorziet.

Op basis van het tweede lid wordt er echter een uitzondering voorzien op voorgaande uitsluitingen, wanneer de rechten door één persoon, of meerdere met elkaar verbonden personen, worden aangehouden, in voorkomend geval per afzonderlijk compartiment beschouwd. Deze specifieke antimisbruikbepaling is er gekomen om bepaalde ontwijkingsmogelijkheden bij o.a. beursnotering te vermijden. De verantwoording bij deze passage luidt als volgt:<sup>18</sup> *“In artikel 2, § 1, 13°/1, WIB 92 wordt een misbruikbepaling geïntroduceerd die tot doel heeft om ontwijking van het aanslagstelsel dat van toepassing is op de juridische constructies tegen te gaan. Zo is het bijvoorbeeld niet wenselijk dat er voor een juridische constructie enkel en alleen een beursnotering zou worden aangevraagd met als doel aan het aanslagstelsel te ontsnappen. Ook de in artikel 2, § 1, 13°/1, a) en b), WIB 92 bedoelde beleggingsvennootschappen of compartimenten van deze beleggingsvennootschappen waarvan de rechten gehouden worden door één persoon of meerdere met elkaar verbonden personen worden door deze misbruikbepaling geïntroduceerd.”*

Deze specifieke antimisbruikbepaling heeft dus tot doel om specifieke ICB's (Instellingen voor Collectieve Beleggingen) en AICB's (Alternatieve Instellingen voor Collectieve Beleggingen) te onderwerpen aan de Kaaimantaks, wanneer zij gericht zijn op een optimale

<sup>18</sup> Wetsontwerp houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, *Parl. St. Kamer*, 54-1520/003, p. 11.

du 19 avril 2014 relative, aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires;

c) une entité autre qu'un organisme visé au a) ou b), qui se livre exclusivement à des opérations:

— de gestion et de placement de fonds récoltés dans le but de servir des pensions légales ou complémentaires ou;

— de gestion des participations des travailleurs dans le financement de leur entreprise ou dans le groupe auquel celle-ci appartient;

d) une société dont les titres sont inscrits à la cote d'une bourse de valeurs mobilières d'un État membre de l'Union européenne suivant les conditions de la Directive 2001/34/CE du Parlement Européen et du Conseil du 28 mai 2001 concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et l'information à publier sur ces valeurs, ou d'un État tiers dont la législation prévoit des conditions d'admission analogues.

L'alinéa 2 prévoit toutefois une exception aux exclusions susvisées qui s'applique lorsque les droits sont détenus par une personne ou par plusieurs personnes liées entre elles, considérées, le cas échéant, par compartiment distinct. Cette disposition spécifique anti-abus vise à empêcher certaines possibilités d'évasion fiscale, notamment en cas de cotation boursière. La justification est formulée comme suit:<sup>18</sup> *“À l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13°/1, CIR 92, est introduite une mesure anti-abus qui a pour but de contrecarrer l'évasion fiscale qui contourne le régime de taxation applicable aux constructions juridiques. Il n'est donc pas souhaitable, par exemple, de demander, pour une construction juridique, une cotation boursière dans le seul but d'échapper au régime de taxation. Les sociétés d'investissement visées à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13°/1, a) et b), CIR 92, ou les compartiments de ces sociétés d'investissements dont les droits sont détenus par une ou plusieurs personnes liées entre elles, sont également visées par cette mesure anti-abus.”*

Cette disposition spécifique anti-abus vise donc à étendre l'application de la taxe Caïman à certains OPC (Organismes de placement collectif) et à certains OPCA (Organismes de placement collectif alternatifs) dont la finalité est d'optimiser l'organisation patrimoniale d'un

<sup>18</sup> Projet de loi relatif aux mesures concernant le renforcement de la création d'emplois et du pouvoir d'achat, *Doc. parl. Chambre*, 54-1520/003, p. 11.

vermogensorganisatie van een bepaald individu of een bepaalde familie. Volgens de wetgever is het immers zo dat private ICB's en AICB's kenmerken kunnen vertonen om gekwalificeerd te worden als juridische constructie in de zin van de Kaaimantaks. De minister heeft dit ook zo letterlijk bevestigd in zijn antwoord op een parlementaire vraag. Hij heeft toen het volgende verklaard:<sup>19</sup> *“De betrokken wetswijziging heeft inderdaad tot doel zowel private als publieke en institutionele instellingen die in feite privaat worden beheerd, te viseren.”*

Hoewel, in de praktijk wordt er getwijfeld aan die redenering van de minister. Het antwoord van de minister is gebaseerd op een interpretatie die verwijst naar de wil van de wetgever, die stelt dat artikel 2, § 1, 13/1, tweede lid WIB 92 betrekking heeft op zowel de openbare en institutionele ICB's en AICB's, zoals bedoeld in de teksten, als de private ICB's en AICB's die nochtans niet in de wettekst zelf worden vernoemd. Op basis van die interpretatie zouden dus structuren, zoals de “gespecialiseerde” Luxemburgse SICAV-SIF, onder de toepassing van de Kaaimantaks vallen, terwijl ze dat niet zijn naar de letterlijke lezing van de wet.<sup>20</sup>

Deze problematiek heeft te maken met het koninklijk besluit van 18 december 2015 dat de oorspronkelijke EER-lijst aanvult, die werd ingevoerd door het KB van 23 augustus 2015 ter uitvoering van artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid WIB 92. In dat KB worden de entiteiten genoemd, die gelegen zijn binnen de EER (Europees Economische Ruimte) en als juridische constructie moeten worden beschouwd. In dat KB wordt er specifiek verwezen naar de toepassing van artikel 2, § 1, 13°/1, tweede lid WIB 92. De draagwijdte van deze bepaling is echter uitsluitend gericht op de hypothesen onder a) t.e.m. d) van het eerste lid. Dit blijkt immers uit de letterlijke lezing van de tekst van het tweede lid, aangezien deze verwijst naar de *“met betrekking tot de in dit lid beoogde instellingen, entiteiten en vennootschappen [...]”*. De vraag is dan in hoeverre bijvoorbeeld bepaalde ICB's en AICB's van privaat karakter onder de toepassing van 1° van het KB van 18 december 2015 zouden kunnen vallen en waar dus de Kaaimantaks van toepassing zou kunnen zijn.<sup>21</sup>

Als we deze bepaling bijvoorbeeld toepassen op de Luxemburgse SICAVS of de compartimenten van de SICAVS, dan moeten we eerst zien of de aandelen

individu ou d'une famille en particulier. Le législateur estime en effet que les OPC et les OPCA privés peuvent présenter des caractéristiques permettant de les qualifier de constructions juridiques au sens de la taxe Caïman. Le ministre l'a d'ailleurs également confirmé, de façon explicite, en répondant comme suit à une question parlementaire à ce sujet<sup>19</sup>: *“La modification légale vise effectivement tant les institutions privées que publiques et institutionnelles, qui sont, en fait, gérées de façon privée.”*

Cependant, en pratique, le raisonnement du ministre est mis en doute. Sa réponse se fonde sur une interprétation qui renvoie à la volonté du législateur, qui indique que l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13/1, alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus 1992 vise aussi bien les OPC et les OPCA, publics et institutionnels, évoqués dans les textes, que les OPC et OPCA privés, qui ne sont pourtant pas mentionnés dans le texte de loi proprement dit. Suivant cette interprétation, la taxe Caïman s'applique aux structures telles que les SICAV-SIF luxembourgeoises dites “spécialisées” alors que ce n'est pas le cas si l'on s'en tient à une lecture littérale de la loi.<sup>20</sup>

Cette problématique est liée à l'arrêté royal du 18 décembre 2015, qui complète la liste EEE initiale instaurée par l'arrêté royal du 23 août 2015 d'exécution de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13°/1, alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus 1992. Cet arrêté royal mentionne les entités qui sont situées dans l'espace économique européen (EEE) et qui doivent être considérées comme des constructions juridiques. Cet arrêté royal renvoie spécifiquement à l'application de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13°/1, alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus 1992. Toutefois, cette disposition ne s'applique qu'aux hypothèses mentionnées aux points a) à d) de l'alinéa 1<sup>er</sup>, ainsi qu'il ressort de la lecture littérale du prescrit de l'alinéa 2, lequel renvoie aux *“institutions, entités et sociétés visées dans cet alinéa [...]”*. La question qui se pose est donc de savoir dans quelle mesure certains OPC et certains OPCA à caractère privé, par exemple, pourraient être soumis à l'application du 1° de l'arrêté royal du 18 décembre 2015 et, partant, à la taxe Caïman.<sup>21</sup>

Si l'on applique cette disposition aux SICAV ou aux compartiments des SICAV luxembourgeoises, par exemple, il faut d'abord déterminer si les parts

<sup>19</sup> Vraag om uitleg van de heer Peter Vanvelthoven over de uitbreiding van het toepassingsgebied van de kaaimantaks, *Vr. en Antw. Kamer*, 18 mei 2016, 41-44.

<sup>20</sup> F., Falla en A.-S., De Clercq, “Kaaimantaks: niet van toepassing op “specifieke” ICB's”, *Het Fiscaal Weekoverzicht*, afl. 262, 3.

<sup>21</sup> C., Coudron en G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, afl. 1, 39.

<sup>19</sup> Réponse du ministre à la question de M. Peter Vanvelthoven sur l'élargissement du champ d'application de la taxe Caïman, *Q. et R. Chambre*, 18 mai 2016, 43.

<sup>20</sup> F., Falla et A.-S., De Clercq, *Kaaimantaks: niet van toepassing op “specifieke” ICB's*, *Het Fiscaal Weekoverzicht*, n° 262, 3.

<sup>21</sup> C., Coudron et G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, n° 1, 39.

worden gehouden door één enkele investeerder, dan wel door investeerders die volgens de criteria van artikel 2, § 1, 13<sup>o</sup>/1, derde lid WIB 92 geacht moeten worden “onderling verbonden” te zijn. Een tweede (cumulatieve) voorwaarde is echter dat de SICAV, dan wel het compartiment ervan, *a priori* onder een van de categorieën van a) t.e.m. d) van het eerste lid moet vallen. Dat impliceert dat het dus moet gaan om één van de volgende hypothesen:<sup>22</sup>

— het betreft een SICAV die haar middelen in België of in het buitenland aantrekt middels een openbaar bod (ongeacht of het een fonds betreft dat onder de (UCITS)-richtlijn 2009/65/EG valt of niet);

— het betreft een SICAV die kan beschouwd worden als een “instelling voor belegging in schuldvorderingen”;

— het betreft een “institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging”, *i.e.* een alternatieve instelling voor collectieve belegging die haar financiële middelen in België of in het buitenland uitsluitend aantrekt bij “in aanmerking komende beleggers” die voor eigen rekening handelen, waarvan de rechten van deelneming uitsluitend door dergelijke beleggers kunnen worden verworven”;

— of het betreft een beursgenoteerde SICAV.

Indien beschouwd kan worden dat een SICAV haar middelen aantrekt via een “openbaar bod”, dan moet er effectief een “openbaar bod” zijn geweest. Naar Belgische normen is hiervoor vereist dat aanbiedingen van rechten van deelneming gebeuren aan minstens 150 personen of rechtspersonen die geen professionele beleggers zijn.<sup>23</sup> Er kan in België ook geen openbaar bod zijn, indien de aanbieding van rechten van deelneming in een ICB met een veranderlijk aantal rechten van deelneming ten minste 250 000 EUR per belegger en per categorie van rechten deelneming veronderstelt. Dit impliceert dat een SICAV of een compartiment ervan, waarvoor de minimumdrempel van 250 000 EUR geldt,

sont détenues par un investisseur ou par plusieurs investisseurs qui, selon les critères de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13<sup>o</sup>/1, alinéa 3, du Code des impôts sur les revenus 1992 doivent être “liés entre eux”. La disposition prévoit cependant une deuxième condition (cumulative): il faut que la SICAV, ou son compartiment, relève *a priori* de l'une des catégories énumérées aux points a) à d) de l'alinéa 1<sup>er</sup>. Elle doit donc répondre à l'une des hypothèses suivantes:<sup>22</sup>

— il s'agit d'une SICAV qui recueille ses moyens financiers, en Belgique ou à l'étranger, par la voie d'une offre publique (qu'il s'agisse ou non d'un fonds visé par la directive 2009/65/CE (directive UCITS));

— il s'agit d'une SICAV pouvant être considérée comme un “organisme de placement collectif en créances”;

— il s'agit d'un “organisme de placement collectif alternatif institutionnel”, c'est-à-dire d'un organisme de placement collectif alternatif qui recueille exclusivement ses moyens financiers, en Belgique ou à l'étranger, auprès “d'investisseurs éligibles” agissant pour leur compte propre, et dont les parts ne peuvent être acquises que par de tels investisseurs”;

— ou il s'agit d'une SICAV cotée en bourse.

Si l'on peut considérer qu'une SICAV recueille ses moyens financiers par la voie d'une “offre publique”, cette “offre publique” doit réellement avoir eu lieu. À cet égard, les normes belges exigent que les offres de titres soient adressées à au moins 150 personnes physiques ou morales, autres que des investisseurs professionnels.<sup>23</sup> En Belgique, il ne peut pas non plus être question d'une offre publique si l'offre de parts d'un OPC à nombre variable de parts suppose une contrepartie d'au moins 250 000 euros par investisseur et par catégorie de titres. Cela implique qu'une SICAV ou qu'un de ses compartiments, pour lesquels le seul minimal est de 250 000 euros, ne pourra jamais être

<sup>22</sup> C., Coudron en G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, afl. 1, 40.

<sup>23</sup> Art. 3, 13<sup>o</sup> van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen, *BS* 19 oktober 2012; Art. 3, 27<sup>o</sup> van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders, *BS* 17 juni 2014.

<sup>22</sup> C., Coudron et G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, n<sup>o</sup> 1, 40.

<sup>23</sup> Art. 3, 13<sup>o</sup>, de la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances, *M.B.* 19 octobre 2012; Art. 3, 27<sup>o</sup>, de la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires, *M.B.* 17 juin 2014.

nooit op grond van de “openbaar bod”-regel onder de Kaaimantaks zal kunnen vallen.<sup>24</sup>

Een andere manier om te zien of een SICAV onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks zou kunnen vallen, is het gegeven dat deze enkel open staat voor “in aanmerking komende beleggers”. Als we kijken naar de wijze waarop de wet is opgesteld, is het duidelijk dat het begrip “in aanmerking komende beleggers” naar Belgische normen moet worden geïnterpreteerd.<sup>25</sup> Enkel rechtspersonen kunnen *a priori* als “in aanmerking komende beleggers” worden beschouwd. Een Luxemburgse SICAV, die open staat voor fysieke personen, zal zodoende nooit op grond van de “in aanmerking komende beleggers”-regel onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks kunnen vallen. In dit verband moet er worden opgemerkt dat een Luxemburgse SICAV-SIF volgens de Luxemburgse wetgeving open staat voor natuurlijke personen<sup>26</sup>, dit in tegenstelling tot de veel strikter gereguleerde Belgische institutionele bevek.<sup>27</sup>

Vanuit deze optiek is het volgens de indieners dan ook duidelijk dat een SICAV-SIF zich in algemene regel bevindt in de categorie van “ICB’s opgericht in een privaat kader”, welke dus ontsnappen aan de toepassing van de Kaaimantaks. De wetgever had daarentegen wel de bedoeling om deze structuren niet uit te sluiten van het toepassingsgebied van de Kaaimantaks. De wetgever had in de Memorie van Toelichting immers het volgende gesteld:<sup>28</sup> “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.”

Vandaar dat de indieners wensen om via dit voorstel de nodige wetgevende basis te verlenen, zodat de geest van de wet gerespecteerd kan worden en zodat “gespecialiseerde” structuren, zoals een Luxemburgse

soumis à la taxe Caïman en vertu de la règle relative aux offres publiques.<sup>24</sup>

Une autre manière de voir si une SICAV pourrait relever du champ d’application de la taxe Caïman est d’examiner si cette dernière n’est réservée qu’aux “investisseurs éligibles”. Si l’on observe la manière dont la loi a été rédigée, il est clair que la notion d’“investisseur éligible” doit être interprétée selon les normes belges.<sup>25</sup> Seules des personnes morales peuvent *a priori* être considérées comme des “investisseurs éligibles”. De cette manière, une SICAV luxembourgeoise ouverte aux personnes physiques ne pourra jamais relever du champ d’application de la taxe Caïman en vertu de la règle des “investisseurs éligibles”. Il convient de noter à cet égard qu’une SICAV-SIF luxembourgeoise est, selon la législation luxembourgeoise, accessible aux personnes physiques<sup>26</sup> et ce contrairement à la SICAV institutionnelle belge qui est réglementée de manière beaucoup plus stricte.<sup>27</sup>

Dans cette optique, nous estimons qu’il est dès lors évident qu’une SICAV-SIF relève de manière générale de la catégorie des “OPC créés dans un cadre privé”, qui échappent donc à l’application de la taxe Caïman. Or, le législateur n’avait pas l’intention d’exclure ces structures du champ d’application de cette taxe. On peut en effet lire dans l’Exposé des motifs<sup>28</sup>: “*Toutefois, lorsque ces entités sont constituées dans un cadre privé notamment les organismes de placement collectif privé qui ne font pas appel public à l’épargne ou ne traitent pas exclusivement avec des investisseurs institutionnels, alors elles conservent la qualification possible de construction juridique et le régime de transparence fiscale leur est en principe applicable.*”

C’est pour ce motif que nous souhaitons créer par le biais de la présente proposition de loi la base légale nécessaire pour que l’esprit de la loi puisse être respecté et pour que des structures “spécialisées” telles

<sup>24</sup> C., Coudron en G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, afl. 1, 40.

<sup>25</sup> Zie nota FSMA van 4 februari 2015, [www.fsma.be/~lmedia/Files/fsmafiles/circ/nl/2015/fsma\\_2015\\_04.ashx](http://www.fsma.be/~lmedia/Files/fsmafiles/circ/nl/2015/fsma_2015_04.ashx).

<sup>26</sup> zie art. 2, § 1 *juncto* art. 25 wet van 13 februari 2007: het volstaat daartoe een verklaring te ondertekenen dat men toetreedt tot de status van “*well informed investor*” en dat men minstens 125 000 euro investeert.

<sup>27</sup> C., Coudron en G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, afl. 1, 40.

<sup>28</sup> *Parl. St. Kamer* 2014-2015, nr. 54-1125/001, p. 31 en 35-36.

<sup>24</sup> C., Coudron et G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, afl. 1, 40.

<sup>25</sup> Voir la note de la FSMA du 4 février 2015, [www.fsma.be/~lmedia/Files/fsmafiles/circ/nl/2015/fsma\\_2015\\_04.ashx](http://www.fsma.be/~lmedia/Files/fsmafiles/circ/nl/2015/fsma_2015_04.ashx).

<sup>26</sup> Voir art. 2, § 1 *juncto* art. 25 de la loi du 13 février 2007: il suffit à cet effet de signer une déclaration selon laquelle l’investisseur adhère au statut d’investisseur avisé (“*well informed investor*”) et investit au moins 125 000 euros.

<sup>27</sup> C., Coudron et G.-D., Goyvaerts, “De Kerstman en de Kaaimantaks: Wanneer Zijn Luxemburgse SICAVS In Scope, en Wanneer Zijn Ze Out of Scope?”, *Vermogensplanning in de praktijk* 2016, afl. 1, 40.

<sup>28</sup> *Doc. parl. Chambre* 2014-2015, n° 54-1125/001, pp. 31 et 35-36.

SICAF-SIF,<sup>29</sup> onder de toepassing van de Kaaimantaks kunnen vallen.

#### Artikel 4

Artikel 5/1, § 3, b) betreft de zogenaamde “substance-uitsluiting”. Op grond hiervan zijn de §§ 1-2 van artikel 5/1 – waarin de fiscaal transparante behandeling van inkomsten verkregen door juridische constructies wordt voorgeschreven – niet langer van toepassing voor het aanslagjaar waarvoor de oprichter of de derde begunstigde:

*“in de jaarlijkse aangifte van de inkomstenbelasting verklaart en op eenvoudig verzoek aantoont dat de juridische constructie een entiteit is die gevestigd is in een Staat bedoeld in § 1, tweede lid, en dat:*

– *deze entiteit in het kader van de uitoefening van een beroepswerkzaamheid een daadwerkelijke economische activiteit uitoefent op de plaats waar deze entiteit gevestigd is en in voorkomend geval op de plaats waar zij een vaste inrichting heeft, en dat;*

– *het geheel van de lokalen, personeel en uitrusting die de entiteit tot haar beschikking heeft op de plaats waar deze entiteit gevestigd is en in voorkomend geval op de plaats waar zij een vaste inrichting heeft in verhouding staat tot de voormelde economische activiteit die deze entiteit aldaar uitoefent.”*

De wetgever heeft deze uitsluitingsgrond voorzien omwille van de kritiek van de Raad van State die verwees naar de toepassing van de Europese Rechtspraak inzake *Cadbury Schweppes*.<sup>30</sup>

In de praktijk is echter discussie ontstaan over de notie “daadwerkelijke economische activiteit”. De memorie van toelichting bij de ontwerp teksten inzake de Kaaimantaks schrijft echter duidelijk het volgende:<sup>31</sup>

*“Door te beklemtonen dat de economische activiteit dient te kaderen in de uitoefening van de beroepswerkzaamheid, worden alle economische handelingen die kaderen in het beheer van een privévermogen uitgesloten. Enkel economische activiteiten die*

qu’une SICAF-SIF luxembourgeoise<sup>29</sup> puissent être soumises à la taxe Caïman.

#### Article 4

L’article 5/1, § 3, b), porte sur l’“exclusion de substance”. Sur la base de cette disposition, les §§ 1<sup>er</sup>-2 de l’article 5/1 – qui prescrivent la transparence fiscale du traitement des revenus perçus par des constructions juridiques – ne s’appliquent plus pour l’exercice d’imposition pour lequel le fondateur ou le tiers bénéficiaire:

*“établit dans la déclaration annuelle de l’impôt des revenus et démontre sur demande simple que la construction juridique est une entité qui est établie dans un État visé au § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, et que:*

– *cette entité exerce une activité économique effective dans le cadre de l’exercice d’une activité professionnelle dans le lieu où cette entité est établie et, le cas échéant, dans le lieu où elle dispose d’un établissement stable, et que;*

– *l’ensemble des locaux, du personnel et de l’équipement dont cette entité dispose dans le lieu où elle est établie et, le cas échéant, dans le lieu où elle dispose d’un établissement stable, est en proportion avec l’activité économique précitée que cette entité y exerce.”*

Le législateur a prévu cette cause d’exclusion en raison de la critique du Conseil d’État, qui renvoyait à l’application de la jurisprudence européenne dans l’affaire *Cadbury Schweppes*.<sup>30</sup>

Dans la pratique, la notion d’“activité économique effective” a toutefois fait l’objet de discussions. L’exposé des motifs des projets relatifs à la taxe Caïman précise pourtant ce qui suit<sup>31</sup>:

“En soulignant que l’activité économique doit cadrer avec l’exercice de l’activité professionnelle, toutes les transactions qui cadrent avec la gestion d’un patrimoine privé sont exclues. Sont donc uniquement prises en considération, les activités économiques qui génèrent

<sup>29</sup> Een SICAF-SIF kwalificeert zelfs niet als een AICB, aangezien de structuur kan profiteren van de “family office”-vrijstelling, zoals voorzien in de *Guidelines on Key Concepts of the AIFMD* van de *European Securities Market Authority* (ESMA/2013/611).

<sup>30</sup> Adv. RvS van 7 april 2015 bij het wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 wat het belastingstelsel van juridische constructies betreft, Parl. St. Kamer 2014-15, 0679/003, 9, 10 e.v.

<sup>31</sup> MvT. bij ontwerp van Programmawet, Parl. St. Kamer, 54-1125/001, 39.

<sup>29</sup> Une SICAF-SIF ne peut même pas être qualifiée d’OPCA, étant donné que la structure peut profiter de la dispense “family office” prévue dans les *Guidelines on Key Concepts of the AIFMD* de l’*European Securities Market Authority* (ESMA/2013/611).

<sup>30</sup> Avis du Conseil d’État du 7 avril 2015 sur la proposition de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en ce qui concerne le régime d’imposition des constructions juridiques, Doc. Parl. Chambre 2014-15, 0679/003, 9, 10 e.s.

<sup>31</sup> Exposé des motifs du projet de loi-programme, Doc. parl. Chambre, 54-1125/001, 39.

*inkomsten genereren die conform de bepalingen van het WIB92 kunnen gekwalificeerd worden als beroepsinkomsten komen dus in aanmerking.*"

Niettegenstaande de duidelijke wil van de wetgever stelt men in de praktijk vast dat men zegt dat handelingen, die kaderen in het beheer van een privévermogen, wél als een daadwerkelijke economische activiteit kunnen worden aanzien en dus onder de *substance*-uitsluiting vallen. Deze interpretatie is natuurlijk van belang in gevallen waarbij men zijn persoonlijk vermogen onderbrengt in een juridische constructie, die op haar beurt beheershandelingen uitoefent. Denk bv. aan een SICAV, en bij uitbreiding een afzonderlijk compartiment, waarin een privévermogen is ondergebracht om te worden beheerd.

Vandaar wensen de indieners de notie "daadwerkelijke economische activiteit" te verduidelijken door in de wet te expliciteren dat handelingen inzake het beheer van het privévermogen uitgesloten zijn van de toepassing van de *substance*-uitsluiting. Een dergelijke verduidelijking is niet vreemd aan het befaamde Olsen-arrest en de EU-rechtspraak in BTW-zaken, aangezien men in het kader van het onderscheid tussen actieve en passieve holdings reeds deze interpretatie heeft vooropgesteld.<sup>32</sup> De Rulingdienst heeft dit ook zo bepaald in haar rulingpraktijk m.b.t. de toepassing van de Kaaimantaks.<sup>33</sup>

#### Artikel 5

Artikel 18, 3° van het WIB wordt aangepast om rekening te houden met uitkeringen die gebeuren door een juridische constructie type 1. Trusts kunnen ook uitkeringen verrichten aan de uiteindelijke begunstigde. In de huidige stand van de wetgeving is enkel de uitkering opgenomen door een juridische constructie type 2. Dit impliceert dat uitkeringen door juridische constructies type 1 niet gevisieerd worden door artikel 18, 3° en dus niet gekwalificeerd kunnen worden als dividend, wat maakt dat zij niet belastbaar zijn n.a.v. een uitkering bij liquidatie. Deze wijziging houdt ook rekening met de systematiek die artikel 7 in ontwerp beoogt in het kader van de specifieke antimisbruikbepaling van artikel 344/1 WIB 92. De Rulingdienst heeft in haar

<sup>32</sup> Zie EFTA-Court 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, Olsen e.a. / Noorwegen, 97 en 99.; HvJ 16.07 2015, gevoegde zaken nrs. C-108/14 en C-109/14, inzake *Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG en Marenave Schiffahrts AG.*; HvJ 20.06 1991, zaak C-60/90 inzake *PolysarInvestments Netherlands.*; HvJ 27.09 2001, C-16/00 inzake *Cibo Participations.*

<sup>33</sup> Voorafgaande beslissing nr. 2016 540 van 22 november 2016, § 34.

des revenus qui conformément aux dispositions du CIR 92, peuvent être qualifiés de revenus professionnels."

Nonobstant la claire volonté du législateur, force est de constater dans la pratique que des actes qui cadrent avec la gestion d'un patrimoine privé peuvent bel et bien être considérés comme une activité économique effective et donc relever de l'exclusion liée à la substance. Cette interprétation revêt naturellement son importance dans les cas où l'on intègre son patrimoine privé dans une construction juridique qui, à son tour, exerce des activités de gestion. C'est par exemple le cas d'une SICAV et, par extension, d'un compartiment distinct, dans lequel un patrimoine privé est hébergé pour être géré.

C'est pourquoi nous souhaitons préciser la notion d'"activité économique effective" en explicitant dans la loi que les actes de gestion du patrimoine privé sont exclus de l'application de l'exclusion liée à la substance. Cette précision n'est pas étrangère au fameux arrêt Olsen et à la jurisprudence européenne en matière de TVA, dès lors que l'on a déjà avancé cette interprétation dans le cadre de la distinction entre holdings actifs et passifs<sup>32</sup>. Le service des *rulings* l'a également défini de cette façon dans sa pratique du *ruling* en ce qui concerne l'application de la taxe Caïman.<sup>33</sup>

#### Article 5

L'article 18, 3° du CIR est adapté afin de tenir compte des versements effectués par une construction juridique de type 1. Des trusts peuvent également effectuer des versements au bénéficiaire effectif. Dans l'état actuel de la législation, seul le versement par une construction juridique de type 2 est prévu, ce qui implique que les versements effectués par des constructions juridiques de type 1 ne sont pas visés par l'article 18, 3° et ne peuvent dès lors pas être qualifiés de dividendes. Par conséquent, ils ne sont pas imposables à la suite d'un versement en cas de liquidation. Cette modification tient également compte du caractère systématique visé par l'article 7 dans le cadre de la disposition anti-abus spécifique de l'article 344/1 du CIR 92. Dans sa pratique du

<sup>32</sup> Cf. Cour AELE 9 juillet 2014, E-3/13 et E-20/13, Olsen e.a. / Norvège, 97 et 99.; CJUE 16.07 2015, affaires jointes n°s C-108/14 et C-109/14, concernant *Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG et Marenave Schiffahrts AG.*; HvJ 20.06 1991, affaire C-60/90 concernant *PolysarInvestments Netherlands.*; CJCE 27.09 2001, C-16/00 concernant *Cibo Participations.*

<sup>33</sup> Décision anticipée n° 2016 540 du 22 novembre 2016, § 34.

rulingpraktijk al aangegeven dat uitkeringen door trusts niet onder de toepassing van de Kaaimantaks vallen.<sup>34</sup>

#### Artikel 6

Artikel 21, 12° van het WIB wordt aangepast aan de nieuwe formulering in artikel 2, 14°, 4e gedachtestreepje en aan de wijziging voorzien in artikel 18, 3° wat betreft de uitkeringen door een juridische constructie type 1. Dit is noodzakelijk om te vermijden dat er in een bepaalde situatie dubbele belasting zou optreden, aangezien de notie van “rechtstreeks of onrechtstreeks” impliceert dat de fiscale fictie van de doorkijkbelasting een heel ruime toepassing verkrijgt.

Stel bijvoorbeeld dat een belastingplichtige de aandelen van een laag belaste vennootschap inbrengt in een Belgische vennootschap. Als er geen wijzigingen zouden gebeuren aan art. 21, 12° WIB, dan zouden de inkomsten die die laag belaste vennootschap realiseert een eerste keer belast worden op het ogenblik dat die inkomsten gerealiseerd worden (op grond van de Kaaimantaks), een tweede keer wanneer ze worden overgeheveld naar de Belgische vennootschap (art. 21, 12° WIB is dan niet van toepassing, want de Belgische vennootschap is niet de oprichter of de derde begunstigde), en dan nog een keer wanneer de Belgische vennootschap die inkomsten uitkeert aan de achterliggende belastingplichtige.

Het was nooit de bedoeling van de wetgever om inkomsten dubbel te belasten, namelijk via de doorkijkbelasting en via uitkering. De taxshiftwet van 26 december 2015 heeft reeds de bepalingen van artikelen 2, 18 en 21 WIB 92 gewijzigd om een vorm van dubbele belasting te vermijden in het kader van de doorkijkbelasting. Het is dan ook logisch dat hetzelfde gebeurt, indien het toepassingsgebied van deze belasting wordt uitgebreid met dit voorstel. De indieners wensen daarom om dezelfde notie van “rechtstreeks en onrechtstreeks” te gebruiken, zodat artikel 21, 12° wel speelt in het geval (i) wanneer zij vanuit de onderliggende constructie naar de bovenliggende constructie (of vennootschap) worden uitgekeerd en (ii) wanneer zij vanuit de bovenliggende constructie naar de oprichter of derde begunstigde worden uitgekeerd. Indien dit niet mee wordt aangepast, dan kan de uitbreiding van de oprichtersnotie immers leiden tot meervoudige belasting bij een opeenstapeling van entiteiten, bijvoorbeeld wanneer er gebruik gemaakt wordt van meerdere type 2 entiteiten die onder elkaar hangen. Dit zou kunnen gebeuren in het geval waarin de reeds belaste inkomsten

<sup>34</sup> Voorafgaande beslissing nr. 2016 562 van 3 oktober 2016.

*ruling*, le service des décisions anticipées a déjà indiqué que les versements effectués par des trusts ne relèvent pas du champ d'application de la taxe Caïman.<sup>34</sup>

#### Article 6

L'article 21, 12°, du CIR est adapté à la nouvelle formulation de l'article 2, 14°, 4° tiret, et à la modification prévue à l'article 18, 3°, en ce qui concerne les sommes distribuées par une construction juridique de type 1. Cette modification est nécessaire pour éviter une double imposition dans certaines situations, la notion de “directement ou indirectement” impliquant que la fiction fiscale de la taxe de transparence est appliquée de manière très large.

Imaginons par exemple qu'un contribuable apporte dans une société belge les actions d'une société faiblement imposée. Si aucune modification n'était apportée à l'article 21, 12°, du CIR, les revenus générés par la société faiblement imposée seraient imposés une première fois au moment où ils sont réalisés (en vertu de la taxe Caïman), une deuxième fois lorsqu'ils sont transférés dans la société belge (l'article 21, 12°, du CIR n'est pas applicable dans ce cas, car la société belge n'est pas la fondatrice ni le tiers bénéficiaire), et encore une fois lorsque la société belge verse ces revenus au contribuable sous-jacent.

L'intention du législateur n'a jamais été d'imposer deux fois les mêmes revenus, à savoir en application de la taxe de transparence et au travers de la taxation des montants distribués. La loi du 26 décembre 2015 sur le tax shift a déjà modifié les dispositions des articles 2, 18 et 21 du CIR 92 afin d'éviter une première forme de double imposition dans le cadre de l'application de la taxe de transparence. Il est dès lors logique d'également procéder de la sorte si la présente proposition de loi étend le champ d'application de ladite taxe. C'est pourquoi nous souhaitons faire usage de la même notion de “directement et indirectement”, de manière à ce que l'article 21, 12°, s'applique bien (i) lorsque les revenus sont versés à partir de la construction sous-jacente à la construction (ou société) faitière et (ii) lorsqu'ils sont versés à partir de la construction faitière au fondateur ou au tiers bénéficiaire. Si cette modification n'est pas apportée simultanément, l'élargissement de la notion de fondateur pourrait en effet donner lieu à une imposition multiple en cas d'accumulation d'entités, par exemple s'il est fait usage de plusieurs entités de type 2 placées les unes sous les autres. Cela pourrait

<sup>34</sup> Décision anticipée n° 2106 562 du 3 octobre 2016.

vanuit de juridische constructie worden overgeheveld naar bijvoorbeeld een Belgische vennootschap, ook al is deze vennootschap niet de eigenlijke oprichter of derde begunstigde. Natuurlijk bestaan er ook nog andere voorbeelden waar deze problematiek van dubbele belasting zich zou kunnen voordoen, indien er niets gewijzigd zou worden aan artikel 21, 12° WIB 92.

#### Artikel 7

Dit artikel wijzigt artikel 344/1 WIB 92 fundamenteel om te voldoen aan de vereisten van de Europese rechtspraak en aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zoals dit reeds hierboven werd vermeld. Dit impliceert dus dat deze bepaling een speciale antimisbruikbepaling vormt in het kader van de doorkijkbelasting, zodat handelingen gesteld door een juridische constructie, de beheerder van de juridische constructie (type 1 én 2) of de belastingplichtige zelf, wanneer zij een fiscaal misbruik uitmaken, kunnen worden genegeerd door de belastingadministratie.

Dit gewijzigde artikel 344/1 WIB 92 zal dan ook toepasselijk zijn op handelingen gesteld door de constructie zelf, zoals bijvoorbeeld het verzaken aan fiscale aftrekken, of het vrijwillig afstand doen van een fiscaal gunstregime in de thuisstaat van de juridische constructie om boven de 15 % drempel te geraken, wanneer dit geënt is op een misbruikoogmerk.

Roel DESEYN (CD&V)  
Servais VERHERSTRAETEN (CD&V)

arriver en cas de transfert des revenus déjà imposés à partir de la construction juridique, par exemple à une société belge, même si cette société n'en est pas le fondateur à proprement parler, ni le tiers bénéficiaire. Il existe naturellement d'autres cas où le problème de la double imposition pourrait se poser si l'article 21, 12°, du CIR 92 n'était pas modifié.

#### Article 7

Cet article modifie fondamentalement l'article 344/1 du CIR 92 en vue de répondre aux exigences de la jurisprudence européenne et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus. Il s'agit donc d'une disposition particulière de lutte contre les abus, prévue dans le cadre de la taxe de transparence, qui permet à l'administration fiscale d'ignorer les actes accomplis par une construction juridique, par le gestionnaire de ladite construction (type 1 et 2) ou par le contribuable lui-même si ces actes constituent un abus fiscal.

Cet article 344/1 modifié du CIR 92 s'appliquera par conséquent aux actes accomplis par la construction elle-même, par exemple à la renonciation à des déductions fiscales ou à la renonciation volontaire à un régime fiscal favorable dans l'État d'origine de la construction juridique dans le but de dépasser le plafond des 15 %, si ces actes sont posés à des fins d'abus.



**WETSVOORSTEL****Artikel 1**

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet.

**Art. 2**

In artikel 2, § 1 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 18 december 2015, worden in het 14<sup>o</sup>, vierde gedachtestreepje volgende wijzigingen aangebracht:

a) de woorden “rechtstreeks of onrechtstreeks” worden ingevoegd tussen de woorden “en die” en de woorden “houder zijn van de juridische rechten van de aandelen”;

b) Het woord b) wordt opgeheven.

**Art. 3**

In artikel 2, § 1, 13/1 van hetzelfde Wetboek, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 18 december 2015, wordt het tweede lid gewijzigd als volgt:

“Het eerste lid is niet van toepassing met betrekking tot de 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. Inzonderheid worden, behoudens andere gevallen, volgende instellingen, entiteiten en vennootschappen bedoeld:

— Instellingen voor collectieve beleggingen en de instellingen voor de belegging in schuldvorderingen die geen openbaar aanbod aanbieden in de zin van artikel 3, 13<sup>o</sup> van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen;

— Alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen die het privévermogen van beleggers beleggen zonder extern kapitaal op te halen overeenkomstig de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders;

— Alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen die géén beroep doen op een openbaar aanbod en het behoud van aandelen niet exclusief voorbehouden

**PROPOSITION DE LOI****Article 1<sup>er</sup>**

La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

**Art. 2**

Dans l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 14<sup>o</sup>, quatrième tiret, du Code des impôts sur les revenus 1992, modifié en dernier lieu par la loi du 18 décembre 2015, les modifications suivantes sont apportées:

a) les mots “directement ou indirectement” sont insérés entre les mots “qui détiennent” et les mots “les droits juridiques des actions ou parts”;

b) le mot “b),” est abrogé.

**Art. 3**

Dans l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 13<sup>o</sup>/1, du même Code, modifié en dernier lieu par la loi du 18 décembre 2015, l'alinéa 2 est modifié comme suit:

“L'alinéa 1<sup>er</sup> ne s'applique pas en ce qui concerne les institutions, entités et sociétés dont les droits sont détenus par une personne, ou plusieurs personnes liées entre elles, le cas échéant considéré distinctement par compartiment. Sont visées en particulier, hormis d'autres cas éventuels, les institutions, entités et sociétés suivantes:

— les organismes de placement collectif et les organismes de placement en créances qui ne font pas d'offre publique au sens de l'article 3, 13<sup>o</sup>, de la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances;

— les organismes de placement collectif alternatifs qui placent le patrimoine privé d'investisseurs sans lever de fonds externes, conformément à la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires;

— les organismes de placement collectif alternatifs qui n'ont pas recours à une offre publique et qui ne réservent pas exclusivement la détention d'actions ou

aan in aanmerking komende beleggers zoals bedoeld in de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders;

— Instellingen voor collectieve beleggingen, instellingen voor de belegging in schuldvorderingen en alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen naar buitenlands recht, die beantwoorden aan de vereisten zoals opgesomd in dit lid.”

#### Art. 4

In artikel 5/1, § 3, b) van hetzelfde Wetboek wordt een nieuw lid ingevoegd luidende:

“In het kader van de toepassing van b) wordt onder het begrip daadwerkelijke economische activiteit niet verstaan: alle economische handelingen die kaderen in het beheer van een privévermogen.”

#### Art. 5

In artikel 18, 3° van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 26 december 2015, wordt het woord “b)” opgeheven.

#### Art. 6

In artikel 21, 12° van hetzelfde Wetboek, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 26 december 2015, worden de volgende wijzigingen aangebracht:

- a) De woorden “rechtstreeks of onrechtstreeks” worden ingevoegd tussen de woorden “en” en “werden”;
- b) Het woord “b)” wordt opgeheven.

#### Art. 7

In artikel 344/1 van hetzelfde Wetboek worden volgende wijzigingen aangebracht:

- a) Het eerste lid wordt § 1 en wordt vervangen als volgt:

“§ 1. Een rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen van een belastingplichtige, van een in artikel 2, § 1, 13° bedoelde juridische constructie of van de beheerder van een in artikel 2, § 1, 13° bedoelde juridische constructie kan niet worden tegengeworpen aan de administratie in het kader van de toepassing van de artikelen 5/1 en 220/1 in hoofde van de in artikel 2, § 1,

parts à des investisseurs éligibles au sens de la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires;

— les organismes de placement collectif, les organismes de placement en créances et les organismes de placement collectif alternatifs de droit étranger qui remplissent les conditions énumérées dans le présent alinéa.”

#### Art. 4

Dans l’article 5/1, § 3, b), du même Code, il est inséré un nouvel alinéa rédigé comme suit:

“Pour l’application du point b), la notion d’activité économique effective ne désigne pas l’ensemble des opérations économiques qui s’inscrivent dans le cadre de la gestion d’un patrimoine privé.”

#### Art. 5

Dans l’article 18, 3°, du Code des impôts sur les revenus 1992, modifié en dernier lieu par la loi du 26 décembre 2015, le mot “b)” est supprimé.

#### Art. 6

Dans l’article 21, 12°, du même Code, modifié en dernier lieu par la loi du 26 décembre 2015, les modifications suivantes sont apportées:

- a) Les mots “directement ou indirectement” sont insérés entre les mots “recueillis” et “par”;
- b) Le mot “b)” est supprimé.

#### Art. 7

Dans l’article 344/1 du même Code, les modifications suivantes sont apportées:

- a) L’alinéa 1<sup>er</sup> en devient le § 1<sup>er</sup>, et est remplacé par ce qui suit:

“§ 1<sup>er</sup>. Les actes juridiques ou les ensembles d’actes juridiques du contribuable, d’une construction juridique visée à l’article 2, § 1<sup>er</sup>, 13°, ou du gestionnaire d’une construction juridique visée à l’article 2, § 1<sup>er</sup>, 13°, ne sont pas opposables à l’administration, dans le cadre de l’application des articles 5/1 et 220/1 dans le chef des fondateurs de la construction juridique visés à l’article

14°, bedoelde oprichters van de juridische constructie of, in voorkomend geval, van de in artikel 2, § 1, 14°/1, bedoelde derde begunstigden van de juridische constructie, wanneer de administratie door vermoedens of andere in artikel 340 bedoelde bewijsmiddelen en aan de hand van objectieve omstandigheden aantoonbaar dat er sprake is van fiscaal misbruik.

Er is sprake van fiscaal misbruik wanneer de gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen in strijd is met de doelstellingen van de artikelen 5/1 en 220/1 of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten.

Er is geen sprake van fiscaal misbruik indien de belastingplichtige bewijst dat de keuze voor de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen door andere motieven verantwoord is dan het ontwijken van de toepassing van de artikelen 5/1 en 220/1 of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten.

Indien de belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de belastbare grondslag en de belastingberekening zodanig hersteld dat de verrichting aan een belastingheffing overeenkomstig het doel van de wet wordt onderworpen alsof het misbruik niet heeft plaatsgevonden.

b) Het tweede lid wordt § 2.”

#### Art. 8

Deze wet treedt in werking op 1 januari 2017 en is van toepassing vanaf het belastbaar tijdperk verbonden met het aanslagjaar 2018.

6 maart 2017

Roel DESEYN (CD&V)  
Servais VERHERSTRAETEN (CD&V)

2, § 1<sup>er</sup>, 14°, ou, le cas échéant, des autres bénéficiaires de la construction juridique visés à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 14°/1, lorsque l'administration démontre par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 340 et à la lumière de circonstances objectives, qu'il y a abus fiscal.

Il y a abus fiscal lorsque l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques visé est contraire aux objectifs des articles 5/1 et 220/1 ou des arrêtés pris en exécution de ceux-ci .

Il n'y a pas d'abus fiscal si le contribuable prouve que le choix de cet acte juridique ou de cet ensemble d'actes juridiques se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter l'application des articles 5/1 et 220/1 ou des arrêtés pris en exécution de ceux-ci.

Lorsque le contribuable ne fournit pas la preuve contraire, la base imposable et le calcul de l'impôt sont rétablis en manière telle que l'opération est soumise à un prélèvement conforme à l'objectif de la loi, comme si l'abus n'avait pas eu lieu.”;

b) l'alinéa 2 en devient le § 2.

#### Art. 8

La présente loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 et est applicable à partir de la période imposable liée à l'exercice d'imposition 2018.

6 mars 2017