

BELEGGINGSFISCALITEIT

FISCALITÉ DES PLACEMENTS

TAX CLICKING

Double taxation on foreign dividends: state
of play and opportunities for Belgian tax
payers anno 2017?

LEGAL DOCTRINE Leen Ketels & Emilie Maes

Taxation of
Swiss collective
investment schemes
for foreign investors

CAPITA SELECTA

Alberto Lissi &
Ursula Wechner-Roth

What to do with undocumented
account holders under the
FATCA Model 1 IGA regime?

EXCHANGE OF INFORMATION

Koen Marsoul

TABLE OF CONTENTS

- 01 PREFACE
Dirk Coveliers
Pacta sunt servanda
- 07 LEGAL DOCTRINE
Leen Ketels & Emilie Maes
Double taxation on foreign dividends: state of play and opportunities for Belgian tax payers anno 2017?
- 24 EXCHANGE OF INFORMATION
Koen Marsoul
What to do with undocumented account holders under the FATCA Model 1 IGA regime?
- 40 CAPITA SELECTA
Christophe Coudron
Voorafgaande Beslissing 2017.037 van 14 maart 2017 over de Kaaimantaks en de Luxemburgse SICAV-SIF: een moeilijke kwalificatie-oefening ...
- 49 **Dirk Coveliers**
Ruling
Fiscale neutraliteit mogelijk bij omruiling van kapitalisatieaandelen binnen dezelfde BEVEK of binnen hetzelfde compartiment?
- 58 **Dr. Alberto Lissi & Ursula Wechner-Roth**
Taxation of Swiss collective investment schemes for foreign investors
- 62 **Bob Roest**
Tax Holiday House aan de Zeeuwse Riviera of een (recreatie) woning aan de Zeeuwse kust als beleggingsalternatief
- 71 **Paul Van Eesbeeck**
Face-à-face fiscal entre une assurance-placement et une sicav

COLOPHON

EDITOR-IN-CHIEF

Dirk Coveliers

EDITORS

Yves Bocquet
Dirk Coveliers
Antoine Dayez
Rodolphe de Pierpont
Alain Huyghe
Vincent Ingham
Roger Kaiser
Axel Laga
Nicolas Lippens
Caroline Maes, secretary
Emilie Maes
Alessandra Sala
Paul Van Eesbeeck
Henk Verstraete

AUTHORS

Christophe Coudron
Dirk Coveliers
Leen Ketels
Alberto Lissi
Emilie Maes
Koen Marsoul
Bob Roest
Paul Van Eesbeeck
Ursula Wechner-Roth

PUBLISHER

KnopsPublishing
Kerkstraat 108
9050 Ghent

EDITORIAL SECRETARY

info@KnopsBooks.com
09 233 34 20

www.knopsbooks.com
www.jubel.be

2017. All rights reserved for KnopsPublishing. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, without the prior permission in writing from the publisher.

'PACTA SUNT SERVANDA'

This is the latin expression for: “agreements must be met”.

Coming from Roman law, this has been a fundamental principle of international law for a long time. Any treaty that has come into force must be complied with by the parties to the treaty, even though certain rules of national law may have evolved differently.

The Supreme Court reiterated this principle this summer in a case on the tax credit for French withholding tax on French dividends paid to Belgian residents. The double taxation treaty between Belgium and France contains a foreign tax credit rule that prevails over the Belgian legal text in this regard. Emilie Maes and Leen Ketels explain this decision and the consequences thereof for Belgian residents.

In the section of exchange of information, we are focusing on the obligations under FATCA. Specialist Koen Marsoul explains what the consequences are of non-documented accounts and how to deal with it. Mandatory literature for anyone who wants to be compliant with FATCA.

Two interesting tax rulings are also being examined.

The first tax ruling concerns the Luxembourg SICAV-SIF and whether or not it falls under the definition of “legal arrangements” for the application of the Belgian Cayman Tax if the shares therein are held by a limited group of related persons. Christophe Coudron comments on this decision and clearly explains what issues are still to be resolved.

The second tax ruling concerns the MiFID II regulation, which shifts the operational model of asset management thoroughly as from January 3, 2018. One of the new rules is the prohibition for distributors to keep inducements or retrocessions of funds in certain situations. As a result, fund managers are adapting their compensation plans. In the context of these adjustments, the question arises whether a compulsory transfer to a new class of accumulation shares within the same compartment can take place without withholding tax and/or stock exchange tax.

02 From our neighboring countries we received information about the taxation of Swiss funds and how a property investment in the Netherlands is taxed. Useful tax information for those who want to invest in an apartment in Cadzand (The Netherlands) or hold an account with a Swiss private bank.

Eventhough they are economically of the same nature, Paul Van Eesbeeck summarizes the biggest tax differences on behalf of the investor between an investment in a fund and an investment in an insurance wrapper (branche 23).

We also had an article on the Luxembourg Reserved Alternative Investment Fund, but this article will be included in a later edition because of the impact of the proposed Belgian corporate income tax reform.

If the government succeeds to transpose its Summer Agreement into law before year-end, our next number will be fully dedicated to this “Summer Agreement” and its impact on taxation of savings from individuals and investments from companies. A lot depends on whether “pacta sunt servanda” is also respected between the government parties.

The publication of this edition is somewhat later than planned, for which we apologize. This is still a recent magazine composed with a newly editing committee so we still have some ‘start-up issues’. These are only challenges to improve the magazine continuously and we are convinced that we will be able to compensate this delay towards the subscriber in terms of content in the near future.

Enjoy reading this edition.

‘PACTA SUNT SERVANDA’

Dit is de Latijnse uitdrukking voor: “afspraken moeten worden nagekomen”.

Afkomstig van het Romeinse recht, is dit ook al geruime tijd een basisbeginsel van het internationaal recht. Elk verdrag dat in werking is getreden, moet door de verdragspartijen worden nageleefd, ook al zijn bepaalde regels van het nationaal recht eventueel anders geëvolueerd.

Het Hof van Cassatie heeft dit principe deze zomer in herinnering gebracht in het dossier van het belastingkrediet voor Franse bronbelasting op Franse dividenden, die aan Belgische inwoners betaald worden. Het dubbelbelastingverdrag tussen België en Frankrijk bevat een compensatieregule die voorrang heeft boven de Belgische wetteksten ter zake. Emilie Maes en Leen Ketels lichten dit arrest en de gevolgen voor de Belgische inwoner op een heldere manier toe.

In de rubriek van uitwisseling van informatie focussen we ons ditmaal eerder op de verplichtingen onder FATCA. Specialist ter zake Koen Marsoul, licht toe wat de gevolgen zijn van

niet-gedocumenteerde rekeningen en hoe hiermee om te gaan. Verplichte literatuur voor al wie compliant wil zijn voor FATCA.

Er worden ook twee interessante voorafgaande beslissingen onder de loep genomen.

De eerste gaat over de Luxemburgse SIF en het feit of deze nu al dan niet onder het begrip van “juridische structuren” valt voor de toepassing van de Belgische Kaaimantaks indien de rechten aangehouden worden door een beperkte groep van aanverwante personen. Christophe Coudron kadert deze beslissing en geeft duidelijk aan waar het schoentje nog knelt.

De tweede voorafgaande beslissing heeft betrekking op de komst van de MiFID II-reglementering. Reglementering die vanaf 3 januari 2018 het operationeel model van het vermogensbeheer grondig door elkaar schudt. Eén van de nieuwe regels is het verbod voor distributeurs om inducements of reprocessies van fondsen te behouden in bepaalde situaties. Hierdoor passen fondsenbeheerders hun vergoedings-

04 schema's aan. In het kader van die aanpassingen stelt zich de vraag of een verdere opsplitsing van rechten van deelneming van fondsen kan gebeuren zonder RV en/of beurstaks. Deze ruling gaat daarover.

Ofschoon het economisch gelijkwaardige producten betreft, somt Paul Van Eesbeeck de grote fiscale verschillen op in hoofde van de belegger tussen een belegging in een fonds en een belegging in een tak 23 beleggingsverzekering.

En uit de ons omliggende landen krijgen we informatie over de taxatie van Zwitserse fondsen en hoe een vastgoedbelegging in Nederland belast wordt. Nuttige fiscale info voor wie bijvoorbeeld wil beleggen in een appartement te Cadzand (Nederland) of een rekening aanhoudt bij een Zwitserse private bank.

We hadden eveneens een artikel over de Luxemburgse Reserved Alternative Investment Fund in petto, maar te elfder ure is dit naar een later nummer verschoven omwille van de impact van de vooropgestelde hervorming van de

Belgische vennootschapsbelasting. Die bijdrage wordt naar een latere publicatie verdaagd.

Indien de regering erin slaagt om het zomerakkoord in wetgeving om te zetten vóór dit jaareinde, dan wordt het volgende nummer van dit tijdschrift een themanummer over het 'zomerakkoord' en de impact ervan op de beleggingsfiscaliteit van particulieren en van vennootschappen. Veel hangt af van het feit of "pacta sunt servanda" ook tussen de regeringspartijen gerespecteerd wordt.

De verschijning van dit nummer is iets later dan gepland, waarvoor onze excuses. We zijn nog een piepjong tijdschrift met een nieuw samengesteld redactiecomité en hebben nog enkele 'kinderziektes'. Deze zijn enkel uitdagingen om de werking steeds beter te maken en we zijn ervan overtuigd dat wij deze vertraging in de nabije toekomst ruimschoots inhoudelijk zullen kunnen compenseren naar de abonnee toe.

Nog een aangename lectuur.

‘PACTA SUNT SERVANDA’

C'est une locution latine, qui signifie que “les conventions doivent être respectées”.

Provenant du droit romain, elle est également depuis longtemps un principe de base en matière de droit international. Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi, même si certaines règles du droit national ont évolué autrement.

La Cour de Cassation nous a rappelé ce principe cet été dans l'affaire du crédit d'impôt pour la retenue française sur dividendes d'origine française, payés à des résidents belges. La convention préventive de double imposition franco-belge contient une règle de compensation qui prime sur le texte que la loi belge prévoit à ce sujet. Emilie Maes et Leen Ketels expliquent clairement les conséquences de cet arrêt pour les résidents belges.

La rubrique consacrée aux échanges d'informations met l'accent cette fois-ci sur les obligations en matière de FATCA. Spécialiste de la question, Koen Marsoul explique les conséquences d'un compte non-documenté

et comment régulariser celui-ci. Lecture obligatoire pour tous ceux qui veulent être en règle en cette matière.

Nous examinons également deux décisions du Service des Décisions Anticipées.

La première concerne la SICAV SIF Luxembourgeoise et le fait de savoir si ce véhicule ressort de la notion de construction juridique pour l'application de la taxe Caïman belge lorsque les parts sont détenues par un groupe de personnes liées. Christophe Coubron commente cette décision dans son contexte légal et doctrinal et précise le nœud du problème.

La deuxième décision préalable à trait à l'introduction de MiFID II dans notre réglementation. Les nouvelles règles qui seront applicables à partir du 3 janvier 2018 ont un sérieux impact sur le modèle opérationnel des gestionnaires de fortune. Une des nouvelles règles consiste dans le fait que les distributeurs ne pourront plus conserver d'inducements ou de rétrocessions dans certaines situations. C'est la raison pour laquelle les gestionnaires de for-

06 tune adaptent leurs schémas de rémunération. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si une scission des classes d'actions est possible sans application du Pr. M. et/ou de la TOB. Le ruling en question traite de ce sujet.

En provenance des pays limitrophes, nous avons reçus des informations concernant la taxation des fonds suisses et le régime fiscal d'un placement en immobilier aux Pays-Bas. Des informations utiles pour ceux qui détiennent un portefeuille-titres en Suisse ou veulent investir dans un appartement à Cadzand (aux Pays-Bas).

Bien qu'économiquement de la même nature, Paul Van Eesbeeck recense les différences majeures au niveau fiscal qui existent dans le chef de l'investisseur entre un placement dans un produit d'OPC et un placement dans une assurance branche 23.

Notre intention était également de publier un article sur le Reserved Alternative Investment Fund luxembourgeois, mais il a finalement été décidé de re-

porter cette publication à un numéro ultérieur en raison de l'impact de la réforme I. Soc en Belgique.

Si le gouvernement belge parvient à transposer l'accord conclu cet été dans un texte de loi avant la fin de cette année, le prochain numéro sera dédié à l'impact sur la fiscalité des placements dans le chef des particuliers et des entreprises. Beaucoup dépendra du fait si "pacta sunt servanda" est également respecté entre les parties du gouvernement.

Enfin, nous souhaitons présenter nos excuses aux lecteurs pour la publication tardive de ce second numéro. Ce sont les maladies d'enfant, inhérentes à une nouvelle revue et à un nouveau comité de rédaction. Toutefois ils nous stimulent à en améliorer le fonctionnement. Nous sommes convaincus que dans un proche avenir ce retard sera largement compensé au niveau du contenu.

Je vous souhaite une lecture agréable et enrichissante.

Leen Ketels PARTNER AT HVG ADVOCATEN

Emilie Maes SENIOR EXECUTIVE TRANSACTION TAX AT EY
AND VOLUNTARY SCIENTIFIC RESEARCHER AT THE KULEUVEN

DOUBLE TAXATION ON FOREIGN DIVIDENDS: STATE OF PLAY AND OPPORTUNITIES FOR BELGIAN TAX PAYERS ANNO 2017?

Belgian resident individuals¹ suffer double taxation on foreign dividends.

This is an old problem resulting from the abolishment under Belgian internal law of the possibility for Belgian individual tax payers to obtain a tax credit for foreign withholding tax on dividends.²

The double taxation consists of (i) the taxation at source due on the attribution of a dividend (first taxation) followed by (ii) the taxation in Belgium (the res-

idence state) on the net dividend after deduction of the taxation at source (second taxation). The taxation in Belgium is either the withholding tax of – at present – 30% (if the dividend is paid on a Belgian account), or Belgian personal income tax at the specific rate of 30% or, if lower, the progressive income tax rates. A dividend can be declared in the personal income tax declaration, either on a voluntary basis (if progressive income tax rates are more beneficial³) or mandatorily, if no Belgian withholding tax has been paid⁴.

For example, if the foreign withholding tax at source amounts to 15% on a gross dividend of 100, the net dividend after taxation in Belgium (30% of 85 i.e. 25,5), amounts to 59,5. The only mitigating factor is that the Belgian taxation is ap-

1 This article will focus on foreign dividends paid to Belgian resident individual tax payers. Legal entities subject to the Belgian legal entities tax can face an identical double taxation. Also, for companies subject to Belgian corporate income tax and Belgian establishments subject to Belgian non-resident tax, a similar issue may arise albeit that in many cases, source taxation will not apply, notably in a scenario within the scope of Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States ('Parent-Subsidiary Directive').

2 The law of 7 December 1988 (BS 16 December 1988) first abolished the possibility to obtain a tax credit for foreign dividends on shares that are privately held. In the meantime, article 285 of the Belgian Income Tax Code (ITC) only allows a foreign tax credit on dividends paid by collective investment companies provided that the anti-channeling rule set out in article 289 ITC does not apply.

3 In such case, Belgian withholding tax can be credited and any surplus will be reimbursed provided that the conditions set out in article 282 ITC are met.

4 This is the case if the dividends are not paid on a Belgian bank account of the Belgian individual.

08 plied on the net dividend at source instead of the gross dividend. However, Belgian sourced dividends distributed by Belgian resident companies suffer a tax charge of maximum⁵ 30% of the gross dividend. This is a considerable difference and an incentive for Belgian resident individuals to invest in shares of Belgian companies instead of non-Belgian companies.

For almost 30 years now, numerous Belgian tax payers have tried to obtain relief from double taxation on foreign dividends on various grounds and through procedures both in the state of source and in Belgium (the state of residence). Recent decisions indicate that, finally, some of these procedures appear to be successful, or at least in part.

This article contains an overview of the recent procedures in the source states, notably France and the Netherlands, and in the residence state Belgium and assesses the outcome and scope of the decisions that resulted from these procedures and their precedential value.

In a second chapter, we will elaborate on the procedural means and strategies that Belgian tax payers, faced with

double taxation on their foreign dividends, can use. We will focus both on the procedural means for taxation on dividends distributed in the past and on procedural means going forward in view of the outcome of the procedures described and analyzed in the first chapter.

CHAPTER I: STATE OF AFFAIRS - RECENT PROCEDURES

Although most procedures were initiated in Belgium⁶, the first successful procedures were those launched in certain states of source, notably in France and the Netherlands, in 2014 and 2016 respectively.

In a recent decision of 16 June 2017, the Belgian Supreme Court (*Hof van Cassatie/Cour de Cassation*) ruled, for the first time in Belgium, in the tax payer's advantage granting a tax credit for French dividend withholding tax.

The question is whether and to what extent the outcome of these decisions generates an effective benefit for Belgian individual shareholders

5 The effective taxation can be lower if the tax payer declares the dividend income in its personal income tax declaration and submission to progressive income tax rates is more beneficial than submission to the flat rate of 30%.

6 Well known are the cases *Kerckhaert-Morris* (C-513/04), *Damseaux* (C-128/08) and *Levy and Sebbag* (C-540/11) brought before the European Court of Justice (ECJ). At each occasion, the ECJ concluded that the existing laws of the European Union cannot force the residence state Belgium - that applies an identical tax rate on Belgian and foreign sourced dividends but that does not allow a tax credit for foreign withholding tax - to grant relief from the double taxation resulting from the parallel application of taxation in the source- and the residence state.

and which precedential value can be awarded to these decisions.

1. Procedures in the source state

A. FRANCE

In its decision of 7 May 2014, the French *Conseil d'État* granted a full reimbursement of French dividend withholding tax on dividends on shares held in a French company by a Belgian resident individual shareholder.⁷

The legal principle on which the French *Conseil d'État* based its judgment was the rule of non-discrimination between a French resident and a French non-resident shareholder as regards the taxation in France on French sourced dividends.

The assessment as to whether a discrimination existed between the French taxpayer and the Belgian taxpayer was made taking into account all French tax provisions determining the effective tax burden on French dividends received by a French resident taxpayer. Hence, an amendment of French income tax rules which increases the tax burden for a French tax resident, may alter the conclusion as to whether a Belgian taxpayer is subject to a higher tax burden in France than

a French tax resident. Also, the amount of the dividend and specific circumstances of each case may give rise to a different outcome. The *Conseil d'États* reasoning therefore teaches us that each assessment as to whether there is discrimination between a Belgian tax resident and a French tax resident should be made taking into account the amount of the dividend(s) and the effectively applicable French income tax rules at the time of the dividend distribution(s).

In the present case, the *Conseil d'État* concluded that a discrimination existed because the effective taxation for a French tax resident would have been lower than the taxation imposed on the Belgian tax resident.

Somewhat surprisingly, the French *Conseil d'État* concluded therefore that all French withholding tax imposed on the dividend at stake had to be reimbursed. In other words, there was a full reimbursement and not a reimbursement limited *to the extent that* a discrimination exists between a French tax payer and the non-resident (*in casu* Belgian) tax payer. The outcome in the Dutch cases *X* and *Miljoen*, for which the courts made a similar assessment regarding the discrimination in the source state, was different in this respect (see *infra*).

⁷ CdE (Fr) 7 May 2014, *Reynaerts/France*, JDF 2014, ed. 7-8, 223, *Cour.fisc.* 2014, ed. 15, 648-650.

010 Note however that a prerequisite for the *Conseil d'État* to consider reimbursement in France (the state of source) on the basis of discrimination in the source state France, was the observation that such discrimination was not resolved by the combined application of the legislation in the state of residence (Belgium) and the treaty against double taxation between France and the state of residence (Belgium). The *Conseil d'État* confirmed that this was not the case (because Belgium did not allow a credit for French withholding tax) and therefore concluded that the source state (France) had to resolve the discrimination between a French resident and a Belgian taxpayer.

“For almost 30 years now, numerous Belgian tax payers have tried to obtain relief from double taxation on foreign dividends through various procedures. Finally, some of these procedures appear to be successful, or at least in part.”

In view of the Belgian Supreme Court Decision of 16 June 2017 (see *infra*) and to the extent the conclusions drawn in this decision i.e. to allow a tax credit in Belgium for French withholding tax, will be confirmed, either in a consistent manner in Belgian case law and/

or through modified Belgian rules, the question is whether this French jurisprudence will be upheld going forward. Indeed, the prerequisite for the French withholding tax exemption by the French *Conseil d'État* is the finding that Belgium does not resolve the double taxation. If Belgium resolves double taxation following the recent Belgian Supreme Court Decision, courts in the source state France may in our view be inclined to no longer offer relief in France.

Also, assuming that relief is being granted in France giving rise to the reimbursement of French withholding tax, this should, at least theoretically, have as a consequence that the taxable basis in Belgium (i.e. the net dividend) increases and that part of the ‘benefit’ obtained in the source state is effectively neutralized again in the state of residence. For example, if a gross dividend of 100 is first subject to a combined tax levy in France and Belgium of 40,5 (*cfr.* the example *supra*) and the tax payer subsequently receives reimbursement of the 15% withholding tax in France, his net dividend subject to taxation in Belgium should become 100 instead of 85 and taxation in Belgium should amount to 30 (instead of 25,5). The net dividend should in other words in principle be equal to 70 (instead of 74,5) given that the relief in

France results in a higher net dividend subject to taxation in Belgium.

It is clear that actions in the source state impact effects and possibilities in the state of residence and *vice versa*. The choice to launch legal actions in the source state and/or the state of residence therefore requires careful consideration and an assessment taking into account the most recent developments and the specific circumstances of the matter (see *infra*).

B. THE NETHERLANDS

Belgian taxpayers have also tried to obtain reimbursement of Dutch withholding tax on Dutch dividends⁸ on the basis that a discrimination exists between Dutch resident tax payers and non-Dutch tax payers (*in casu* Belgian residents). These requests finally led to prejudicial requests before the ECJ.⁹ The ECJ determined that there is a violation of the free movement of capital *to the extent that* the final tax burden for non-residents is heavier than for resident taxpayers. For such assessment, the ECJ took into account the

final tax burden that would apply to the Belgian tax resident had it been a Dutch tax resident subject to personal income tax in the Netherlands. For its assessment of the final tax burden that would apply, the ECJ did therefore not only look at the tax on dividends withheld at source to which a Dutch tax resident is subject, but also the income tax against which the tax on dividends is offset for resident tax payers. Also, for the purpose of determining such final tax burden, the ECJ concluded that the taxation of a Dutch tax resident in relation to all shares held in Dutch companies in the calendar year concerned should be taken into account as well as capital which is exempt from tax under Dutch legislation and expenses which are directly linked to the actual payment of the dividends.

On the basis of these guidelines, the Dutch *Hoge Raad*¹⁰ concluded that for one of the two tax payers concerned, the combined taxation in the Netherlands would not have been higher had it been a Dutch tax payer and that therefore, no discrimination could be established and no Dutch withholding tax had to be reimbursed. This teaches us that also for procedures in the Netherlands, the assessment whether there is a discrimination between a Belgian

⁸ Note that as part of the recently reached Dutch government agreement it has been announced that Dutch source taxation/withholding tax on dividends will be abolished. The scope of this announced measure will need to be monitored going forward and may potentially offer a ground for relief going forward.

⁹ ECJ 17 September 2015, *J.B.G.T. Miljoen*, C-10/14 and X, C-14/14.

¹⁰ Dutch Hoge Raad 4 March 2016, no. 12/02502bis, *Miljoen*.

012 tax resident and a Dutch tax resident should be made taking into account the specific circumstances of the matter presented.

For the other tax payer that had filed a prejudicial request with the ECJ, the Dutch *Hoge Raad*¹¹ concluded that a discrimination could be established. However, although the assessment made by the ECJ, and thereafter applied by the Dutch *Hoge Raad*, is very similar to the assessment made by the French *Conseil d'État* (i.e. comparing the taxation due by a Belgian resident with the combined effective taxation due by a Dutch tax resident), a different conclusion was drawn from such assessment by the ECJ and Dutch *Hoge Raad*. The ECJ determined that a Belgian tax resident can only obtain reimbursement of Dutch withholding tax "to the extent that" a discrimination is established between such Belgian tax resident and a Dutch tax resident.

Moreover, the reimbursement of Dutch withholding tax should as a rule lead to a corresponding increase of the net dividend subject to taxation in Belgium effectively neutralizing part of the effect of the reimbursement of Dutch withholding tax. In practice however, it is not certain that the Belgian tax author-

ities will levy additional Belgian taxes (on a taxable basis equal to the amount of the reimbursed Dutch dividend withholding tax), certainly not if the statute of limitations of an additional tax assessment would in the meantime have expired. If the reimbursement of Dutch withholding tax is made on a Belgian bank account, an automatic withholding of Belgian withholding tax cannot be excluded as it may be qualified as a new attribution or payment of a dividend as a result of which Belgian withholding tax becomes due.¹²

Note also that these decisions from the Dutch *Hoge Raad* are based on the preliminary observation that the treaty against double taxation between Belgium and the Netherlands does not resolve the discrimination between a Dutch resident and a Belgian resident tax payer. To the extent that Belgium would thus allow to credit Dutch withholding tax, relief in the source state (the Netherlands) may no longer be granted. However, as further discussed (see *infra*), in view of the specific wording of the relevant treaty article in the treaty against double taxation between the Netherlands and Belgium (which merely *refers* to Belgian tax rules), that moreover entered into force *following* the abolishment under Belgian law of

11 Dutch Hoge Raad 4 March 2016, no. 12/04717bis, X.

12 Article 267 ITC.

the possibility to claim a credit for foreign withholding tax on dividends on privately held shares, it is in our view at present unlikely that such discrimination will soon be resolved in Belgium.

2. Procedures in Belgium

A. SUPREME COURT DECISION OF 16 JUNE 2017

Following numerous unsuccessful procedures initiated by Belgian tax payers, the Belgian Supreme Court recently ruled in favor of Belgian tax payers in a case regarding French dividends.

The tax payers had invoked a number of conventional and EU law based arguments to sustain that Belgium should grant a credit for French withholding tax levied on their French dividends.¹³

The Supreme Court followed the tax payers' conventional arguments and concluded that article 19.A.1, second indent of the treaty against double taxation between France and Belgium requires that Belgium grants a credit for French withholding tax that is at least equal to 15% of the net amount of such dividend.

¹³ For an overview of the arguments invoked by the tax payers (including EU law based arguments) before the Court of Appeal of Ghent and the potential of those arguments, see: E. Maes, "Weigering verrekening FBB op buitenlandse dividenden, alle middelen uitgeput? Brengt de bronstaat alsnog soelaas?", *TFR* 2017, no. 517, p. 193-208.

The Belgian Supreme Court attached great importance to and relied on the specific wording in article 19.A.1. Second indent of the treaty ("*zonder dat bedoeld gedeelte minder dan 15% van het evenvermelde nettobedrag mag belopen/sans que cette quotité puisse être inférieure à 15 p.c. dudit montant net*") which implies, according to the Supreme Court, that the treaty imposes a minimum foreign tax credit and that Belgian internal law should abide to this treaty requirement given the general principle of the supremacy of international law over national law.

Without referring to it explicitly, the Supreme Court refers in our view to the principle set out in articles 26 and 27 of the Vienna Convention on the observance of Treaties according to which treaties are binding (*'pacta sunt servanda'*) and need to be performed in good faith. As a result, a party to such treaty may not invoke the provision of its internal law as a justification for its failure to perform a treaty.¹⁴

Although the Court of Appeal of Antwerp (to which the Belgian Supreme Court has referred the case) will need to implement the Supreme Court's decision, the Supreme Court's decision should result in the possibility for the

¹⁴ Vienna Convention on the law of treaties of 23 May 1969, adopted by the law of 10 June 1992, *BS* 25 December 1993.

014 Belgian tax payers to obtain a credit equal to at least 15% of their net dividend (i.e. after taxation in France). On a gross dividend of 100 that is subject to 15% taxation at source in France, this means that a credit should be granted by Belgium equal to 12,75.

In case a different withholding tax rate has been applied at source in France (e.g. if 30% instead of the treaty rate of 15%), a credit for French withholding tax will in our view be limited to 15% of the net dividend (i.e. after deduction of the effective French withholding tax of 30). In absence of any Belgian internal law rules that offer guidance, a strict reading of the treaty provision can in our view not be excluded. This means that for a gross dividend of 100 subject to 30% withholding tax in France, the foreign tax credit may be limited to 10.5 (15% of 70). To the extent possible, it is therefore recommendable to apply the reduced 15% withholding tax rate at source or to reclaim any difference.

B. PRECEDENTIAL VALUE OF THE DECISION LIMITED TO FRENCH DIVIDENDS?

The precedential value of the Supreme Court's decision is in our view limited to French dividends and as long as the existing treaty against double taxation between France and Belgium is in force. Indeed, the Belgian Supreme

Court's decision is based on the very specific wording of the provision on the elimination of double taxation in the treaty against double taxation between Belgium and France which explicitly sets a minimum threshold (15% of the net dividend) for the foreign tax credit.

Treaties that have such wording in their provision for elimination of double taxation (i.e. that impose a minimum threshold for a foreign tax credit) are rare.¹⁵

Most often, relevant treaty provisions merely *refer* to Belgian internal law rules (which do no longer allow a credit for foreign withholding tax). Given the specific focus in the Supreme Court's decision on the minimum threshold set in the treaty against double taxation between France and Belgium, it is difficult to draw wider conclusions from this decision and sustain that the Supreme Court's decision implies that in such context, conventional law principles force Belgium to grant a credit for foreign withholding tax.

15 For an analysis of the provisions on the elimination of double taxation in treaties against double taxation entered into by Belgium, see: S. Gnedasj and K. Janssens, "Cassatie gebiedt toch verrekening van Franse dividend- en interestbelasting op privé-beleggingen, maar wat met FBB en andere verdragen? 'Treaty override' veroordeeld?", *Fiscale Actualiteit*, no. 2017/28, p. 1-8.

If such treaties were entered into at a time when Belgian internal law still provided for a possibility to claim a foreign tax credit for dividends on privately held shares (mostly old treaties), it can in our view be argued that by disallowing such foreign tax credit, Belgium is also breaching the ‘*pacta sunt servanda*’ principle and is applying an unlimited evolutionary interpretation of such treaty. However, although the treaty against double taxation between France and Belgium was entered into prior to the abolishment of the Belgian foreign tax credit on dividends on privately held shares, it is difficult to conclude that this consideration is also included in the Supreme Court’s decision. The Court of Appeal’s decision may offer guidance in this respect.

CHAPTER II: PROCEDURAL MEANS AND STRATEGIES?

Belgian tax residents facing double taxation on their foreign sourced dividends can, on the basis of the recent decisions described above, consider starting procedures in the source state and/or Belgium. We will in this chapter discuss the procedural means they can use in the source states France and the Netherlands and residence state Belgium and assess the merits of such procedures. We will also examine (i) which strategy to consider and (ii) the potential interplay between source state

procedures and residence state procedures.

As a general caveat, note that our assessment is based on the current state of play. Further developments (e.g. Belgian jurisprudence following the referral by the Supreme Court of 16 June 2017) may impact Belgian tax payer’s position and procedural means available.

1. Source state procedures

A. FRANCE

French law does not allow an automatic reduction or reimbursement to foreign tax residents (e.g. Belgian tax residents) of French dividend withholding tax (in accordance with the *Conseil d’État*’s findings in the case *Reynaerts*). Belgian tax payers will therefore always need to launch an administrative procedure at their own initiative.

The procedure in France to claim a refund of French withholding tax is rather straightforward and very similar to the Belgian request for reimbursement of withholding tax. Indeed, a non-resident taxpayer can file a claim for refund with the French tax administration of dividend withholding tax until the end of the second year following the year of payment of the dividend. The French tax administration must

016 **“Belgian tax residents facing double taxation on their foreign sourced dividends can, on the basis of the recent decisions, consider to start procedures in the source state and/or Belgium.”**

then take a decision within 6 months. If a request is rejected by the French tax administration, the tax payer must file a court claim within 4 months after the rejection. If no decision has been taken within 6 months, the taxpayer can also go directly to court.

Due to the Reynaerts precedent and the easy-accessible procedure, a reclaim of French withholding tax in France may as such be a viable option for a Belgian tax resident. There are, however, a few caveats.

Considering that some tax decreasing measures for French tax residents have been annulled in the meantime (*abattement* and tax credit), it will, to a large extent, depend on the specific circumstances of the case whether a reclaim will be allowed. This will depend in particular on the amounts involved and applicable French tax rules to take into account to assess whether the tax burden on the Belgian resident taxpayer

is higher than the one on a French resident taxpayer.¹⁶

Also, the question is to what extent the French tax administration and the French Courts will, following the Dutch Cases *X* and *Miljoen*, continue to grant reimbursement of the entire French withholding tax (instead of an amount limited to the extent that a Belgian tax payer is taxed more heavily than a French tax payer). This may give rise to a very different outcome.

The question is also whether the French tax authorities and French courts will rule in the same manner following the Belgian Supreme Court decision of 16 June 2017. The *Conseil d'État's* decision was based on the assumption that no relief from double taxation is available in the state of residence and that a discrimination persists between a French resident shareholder and a Belgian resident shareholder. It may well be that since the Supreme Court decision in Belgium, if tax authorities and/or courts in France need to assess whether there is a discrimination, they will take into account any relief in Belgium, certainly if the Belgian tax authorities would abide to come to terms

¹⁶ We also noted (see *supra*) that as a rule, any reimbursement of French withholding tax, will increase the net dividend after taxation in France that is subject to taxation in Belgium.

with the Supreme Court decision and if it would become an established practice of the Belgian tax authorities to grant a credit for French withholding tax.¹⁷

Nothing precludes a Belgian tax payer from launching procedures in the state of source and the state of residence in parallel, albeit that adjustments in France may impact the outcome in Belgium and *vice versa*. Indeed, a reimbursement of French withholding tax should lead to a reduction of any tax credit in Belgium and a credit in Belgium may preclude a reimbursement in France on the basis that double taxation is effectively resolved.

B. THE NETHERLANDS

Following the ECJ cases *X* and *Miljoen*, the Dutch tax authorities have prepared a specific legal framework for tax payers resident in the European Economic Area ('EAA') to reclaim Dutch withholding tax based on the findings of the ECJ.¹⁸ These provisions do not

allow an immediate and automatic reimbursement of Dutch withholding tax. Tax payers need to request reimbursement at their own initiative. The provisions are helpful in the sense that they clarify under which conditions and circumstances, reimbursements will be allowed.¹⁹

The specific procedural modalities for a reclaim of Dutch withholding tax as well as the way in which the effective cumulative tax burden should be determined that a Belgian tax resident would have paid if it had been a Dutch tax resident (necessary to assess whether there is a ground for reimbursement) are set out in an administrative circular of 25 April 2016 ('*beleidsbesluit*').

A request for reimbursement ('*verzoek om teruggaaf*') of Dutch withholding tax can be filed by a Belgian resident individual²⁰ within 5 years following the end of the calendar year during which the dividend has been received ('*ontvangen*'). It is important to provide all necessary information in such request

17 Pursuant to the ECJ's findings in the case *Amurta*, national courts in the source state will need to establish whether provisions in the treaty against double taxation should be taken into account and whether they enable the effects of the restriction on the free movement of capital to be neutralized (ECJ 8 November 2007, *Amurta SGPS*, C-379/05).

18 Law of 21 December 2016 on the amendment of certain tax laws and certain other laws ('*Belastingplan 2017*'), *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, no. 544. The provisions in relation to reclaim procedures are applicable as of 1 January 2017. Before such date the Dutch tax authorities had already issued an administrative circular of

25 April 2016 ('*beleidsbesluit*') governing the terms and conditions for a reclaim of Dutch withholding tax in the aftermath of the ECJ Cases *X* and *Miljoen*.

19 For instance, the provisions also specify that the underlying shares should qualify as portfolio investments and that the person filing the reclaim should be the ultimate beneficiary of the income.

20 For companies, the statute of limitations is 3 years.

018 given that it is only possible to file one request per given calendar year.

Given that, if the Dutch tax authorities allow a reimbursement of Dutch withholding tax, the reimbursement of Dutch withholding tax will be limited (i.e. reimbursement only *to the extent that* a Belgian tax resident would be taxed more heavily in the Netherlands than a Dutch resident tax payer), filing a reclaim may offer limited satisfaction for tax payers. However, in our view, considering the findings of the Supreme Court which are based on the specific wording of the treaty against double taxation between France and Belgium and which deviate from the treaty against double taxation between Belgium and the Netherlands, filing a reclaim in the Netherlands is at present the only option for tax payers holding Dutch shares.

2. Procedures in Belgium

The recent judgment of the Belgian Supreme Court becomes even more crucial as it might finally offer a solution in the state of residency for the double taxation that a Belgian taxpayer faces.

As set out in the first chapter, the Supreme Court's decision is based on the specific wording of the provision on the elimination of double taxation contained in the treaty against dou-

ble taxation between France and Belgium. Procedures in Belgium relying on this decision will in our view most likely only be successful if they relate to French dividends or dividends from a source state with which Belgium has a treaty against double taxation with a provision on the elimination of double taxation that is similar to the provision contained in the treaty against double taxation between France and Belgium. Before launching any of the procedures described below, the relevant treaty against double taxation will therefore need to be verified in this regard.

A. AS FOR THE PAST

The judgment of the Supreme Court has precedential value, i.e. other taxpayers should be entitled to rely on the judgment for sustaining their own request for a reimbursement of personal income tax resulting from the admissibility of a credit for foreign withholding tax on their foreign sourced dividends.

For assessment year 2016 (income year 2015), some taxpayers may still have the possibility to submit an administrative appeal. However, because the limitation period to file an administrative appeal is very short, i.e. 6 months upon receipt of

the assessment notice²¹ (art. 371 ITC), for many taxpayers, filing an administrative appeal (through a ‘*bezwaarschrift/reclamation*’) for assessment year 2016, will no longer be possible.

Belgian tax law allows, if certain conditions are met, to file a request for ex officio relief (*ambtshalve ontheffing/dégrévement d’office*) for this type of double taxation.²² According to established case law of the Belgian Supreme Court, there is double taxation in the sense of Article 376 ITC²³ when

21 Although this implies that the tax payer should have declared its dividend income in its Belgian personal income tax return, in our view, there are grounds to sustain that such administrative appeal should be admissible even if the tax payer has not declared its dividend income in its personal income tax return. Indeed, the administrative complaint concerns a demand for a credit of foreign withholding tax for which there is no box available in the personal income tax return and it could therefore be upheld that it could not make an election in its personal income tax declaration anyway.

22 TFI Luik 14 October 2003, *FJF* 2004, no. 285.

23 Article 376 ITC states the following: “§ 1. De adviseur-generaal van de administratie belast met de vestiging van de inkomstenbelastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar verleent ambtshalve ontheffing van de overbelastingen die voortvloeien uit materiële vergissingen, uit dubbele belasting, alsmede van die welke zouden blijken uit afdoende bevonden nieuwe bescheiden of feiten waarvan het laattijdig overleggen of inroepen door de belastingsschuldige wordt verantwoord door gewettigde redenen en op voorwaarde dat:

1° die overbelastingen door de administratie werden vastgesteld of door de belastingsschuldige of door zijn echtgenoot op wiens goederen de aanslag wordt ingevorderd, aan de administratie werden bekendgemaakt binnen vijf jaar vanaf 1 januari van het jaar waarin de belasting is geweest;

2° de aanslag niet reeds het voorwerp is geweest van een bezwaarschrift, dat aanleiding heeft gegeven tot een definitieve beslissing nopens de grond.

§ 2. Als nieuw gegeven wordt niet beschouwd een nieuw rechtsmiddel of een wijziging van jurisprudentie.

§ 3. De adviseur-generaal van de administratie belast met de vestiging van de inkomstenbelastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar verleent ook ambtshalve ontheffing:

1° van het overschot van de belastingkredieten, de voorheffingen en de voorafbetalingen bedoeld in artikel 304, § 2, voor zover dit overschot door de administratie werd vastgesteld of door de belastingsschuldige of door zijn echtgenoot op wiens goederen de aanslag wordt ingevorderd, aan de administratie werd bekendgemaakt binnen vijf jaar vanaf 1 januari van het aanslagjaar waartoe de belasting behoort waarmee die belastingkredieten, die voorheffingen en die voorafbetalingen zijn te verrekenen;

2° van de verminderings voortvloeiend uit de toepassing van de artikelen 88, 131 tot 135, 138, 139, 1451 tot 156, 257, 526, § 1, en 539 en van de gewestelijke belastingverminderingen en kortingen voor zover het tot die verminderingen aanleiding gevend feit door de administratie werd vastgesteld of door de belastingsschuldige of door zijn echtgenoot op wiens goederen de aanslag wordt ingevorderd, aan de administratie werd bekendgemaakt binnen 5 jaar vanaf 1 januari van het aanslagjaar waartoe de belasting behoort waarop die verminderingen moeten worden verleend;

3° van de te veel betaalde belasting die werd vastgesteld na een procedure van onderling overleg in toepassing van een internationale overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting of na een procedure in toepassing van het Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (90/436/EEG) van 23 juli 1990.

§ 4. De Koning bepaalt de voorwaarden waaronder en de wijze waarop ambtshalve teruggave wordt verleend van de in de artikelen 157 tot 168 en 175 tot 177 genoemde voorafbetalingen die nog niet met de werkelijk verschuldigde belasting werden verrekend./ § 1. Le conseiller général de l’administration en charge de l’établissement des impôts sur les revenus ou le fonctionnaire délégué par lui, accorde d’office le dégrèvement des surtaxes résultant d’erreurs matérielles, de doubles emplois, ainsi que de celles qui apparaîtraient à la lumière de documents ou faits nouveaux probants, dont la production ou l’allégation tardive par le redevable est justifiée par de justes motifs, à condition que: 1° ces surtaxes aient été constatées par l’administration ou signalées à celle-ci par le redevable ou par son conjoint sur les biens duquel l’imposition est mise en recouvrement, dans les cinq ans à partir du 1er janvier de l’année au cours de laquelle l’impôt a été établi;

2° la taxation n’aît pas déjà fait l’objet d’une réclamation ayant donné lieu à une décision définitive sur le fond.

§ 2. N’est pas considéré comme constituant un élément nouveau, un nouveau moyen de droit ni un changement de jurisprudence.

§ 3. Le conseiller général de l’administration en charge de l’établissement des impôts sur les revenus ou le fonctionnaire délégué par lui accorde aussi d’office le dégrèvement: 1° de l’excédent de crédits d’impôt, de précomptes et de versements anticipés visé à l’article 304, § 2, pour autant que cet excédent ait été constaté par l’administration ou signalé à celle-ci par le redevable ou par son conjoint sur les biens duquel l’imposition est mise en recouvrement, dans les cinq ans à partir du 1er janvier de l’exercice d’imposition auquel appartient l’impôt sur lequel ces crédits d’impôt, ces précomptes et ces versements anticipés sont imputables;

020 the same income is subject to double or multiple taxation based on alternative legal grounds (“*op dezelfde inkomsten verscheidene aanslagen zijn vastgesteld waarvan de ene wettelijk de andere uitsluit*”).²⁴ This is the case when, for example, part of the income is taxed in Belgium and part in another Member State, whilst this is contrary to the provisions of the treaty against double taxation as agreed between both states.²⁵

The main advantage of this request for ex officio relief is that it can be requested during a period of 5 years (article 376 ITC) starting as of 1 January of the year during which the second taxation is imposed giving rise to double

taxation.²⁶ This statute of limitations applies irrespective of whether relief is being requested for the first or the second taxation. It will be important to state precisely which of both taxations is subject to the request for ex officio relief and which taxation (the second taxation) is the starting point for this period of five years.²⁷ If a Belgian resident tax payer requests a foreign tax credit for foreign withholding tax levied at source, this taxation is expected to be levied prior (first taxation) to the taxation in Belgium (second taxation).

For example, if foreign withholding tax is levied at the source in 2012 when the dividend is made payable by the foreign company and Belgian withholding tax is levied in 2013 when the dividend is paid on a Belgian bank account, the 5-year statute of limitations starts on 1 January 2013. This results in a possibility to file an ex officio relief until 31 December 2017. In such case, ex officio relief and reimbursement can be obtained for all years as of the year in which the first taxation took place and hence, overall, relate to a period ex-

2° des réductions résultant de l'application des articles 88, 131 à 135, 138, 139, 1451 à 156, 257, 526, § 1er, et 539 et des réductions d'impôt et diminutions d'impôt régionales, pour autant que le fait générateur de ces réductions ait été constaté par l'administration ou signalé à celle-ci par le redevable ou par son conjoint sur les biens duquel l'imposition est mise en recouvrement, dans les cinq ans à partir du 1er janvier de l'exercice d'imposition auquel appartient l'impôt sur lequel ces réductions doivent être accordées; 3° de l'impôt excédentaire payé, tel que constaté après une procédure amiable en application d'une convention internationale préventive de la double imposition ou après une procédure en application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de corrections des bénéfices des entreprises associées (90/436/CEE) du 23 juillet 1990.

§ 4. Le Roi détermine les conditions et modalités de restitution d'office des versements anticipés visés aux articles 157 à 168 et 175 à 177 qui n'ont pas encore été imputés sur l'impôt réellement dû.”

24 Cass. 14 December 1973, *Bull. Bel.* 1974, no. 523, p. 2246; Cass. 26 January 2001, *Pas.* 2001, p. 177; Cass. 23 January 2004, *Pas.* 2004, p. 143.

25 Cass. 14 December 1973, *Bull. Bel.* 1974, no. 523, p. 2246; *Com. IB* no. 376/10.

26 Cass. 31 januari 1986, *Bull. Bel.* 1986, no. 655, p. 2468; *Com. IB* no. 376/4; R. Neyt, “De Belgische onderneming en juridische en economische dubbele belasting: enkele procedurele aandachtspunten”, *TFR* 2009, no. 366, p. 659. See also M. De Jonckheere, M. Delanote, M. Maus and E. Van Dooren, *De fiscale procedure*, Brugge, die Keure, 2016, 495.

27 Cass. 31 January 1986, *FJF* no. 1986/183; Cass. 26 January 2001, no. F.99.0101.N, www.fisconetplus.be.

ceeding 5 years. A credit for the foreign source taxation levied in 2012 could in the present example be obtained for an ex officio relief filed in 2017 as the second taxation, that caused the double taxation and constitutes the ground for ex officio relief, took place within the 5-year statute of limitation period.

A request for ex officio relief can however only be validly filed in certain limited cases enumerated in the law (Art. 376, § 1 ITC), more specifically, *inter alia*, when a tax surplus is caused by a material error, by double taxation or when new documents or facts demonstrate the tax surplus.

For the present case, where a credit for foreign withholding tax is requested based on a violation of the treaty against double taxation which has been held unlawful by the Belgian Supreme Court, double taxation as a ground for ex officio relief, does appear to be the most appropriate ground in our view (article 376, § 1 ITC).

Article 376, § 2 ITC explicitly states that new jurisprudence cannot be considered to constitute a new fact, albeit that ECJ jurisprudence, as opposed to national jurisprudence, can be considered to constitute a new fact allowing ex officio relief. This does however not mean that the Supreme Court decision

of 16 June 2017 cannot be invoked to sustain the ex officio relief as to its merits. It can however not be invoked as a ground for the admissibility of the request.

“It is clear that actions in the source state impact effects and possibilities in the state of residence and vice versa.”

Invoking the admissibility of a request for ex officio relief based on article 376, § 3, 1° ITC is in our view not the most appropriate ground given that this article only refers to Belgian withholding tax whilst in the present case, a request for ex officio relief would entail a request to credit foreign (non-Belgian) withholding tax.

B. GOING FORWARD

Based on this new jurisprudence, taxpayers should become entitled to request a tax credit for French withholding tax in their tax return. Thereto, the taxpayer needs to declare the French dividends in his/her Belgian income tax return. However, in this respect, there are some practical questions as to how to declare the dividends received and how to claim the tax credit for the French withholding tax. Today,

022 the individual income tax return does not provide for a box allowing to claim such tax credit.

Hence, the model for the individual income tax return will need to be modified in order to take into account this new jurisprudence. However, the Belgian tax authorities have indicated that this will not (immediately) happen as they mentioned to have good arguments to bring forward when the matter that gave rise to the Supreme Court Decision of 16 June 2017, will be dealt with before the court of appeal to which the Supreme Court has referred the case.²⁸ In the meantime, the question is how taxpayers can best preserve their rights.

The best practice seems to be to submit the individual tax return in accordance with the current model and to file, upon receipt of the personal income tax assessment notice, an administrative appeal (art. 366 ITC). An administrative appeal can be filed against a tax assessment which was established in accordance with the income tax return as submitted by the taxpayer, if the taxpayer can demonstrate that there has been an error in fact or in law.²⁹

28 <https://www.tijd.be/netto/belastingen/Fiscus-weigert-belasting-op-Franse-dividenden-terug-te-storten/9930525>.

29 Cass. 22 March 1949, *Pas.* 1949, I, 221; Cass. 25 June 1963, *Pas.* 1963, I, 1130 as applied in lower case law, see e.g. Antwerp 13 December 2011, 2010/AR/865, www.fiscalnet.be;

An error in fact implies a mistake in the taxpayer's tax return that does not relate to the legal appreciation of his/her tax position or the determination of the taxable basis. This error is caused by distraction or carelessness, such as a calculation or writing error.³⁰

An error in law however implies an incorrect interpretation or application of the law applicable to the facts at hand. Such error entails an intellectual appreciation. For example, if a taxpayer declares artists' income in the USA instead of Belgium, the latter being the country with taxing rights according to the applicable treaty against double taxation, this is considered to constitute an error in law.³¹

The new jurisprudence of the Supreme Court on how the applicable law (*in casu*, the treaty against double taxation) should be interpreted, should in our view qualify as a proof that the tax return filed contains an error in law.

Brussel 1 December 2011, no. 2007/AR/1477, www.monkey.be; Gent 31 October 1996, www.monkey.be; M. De Jonckheere, M. Delanote, M. Maus and E. Van Dooren, *De fiscale procedure*, Brugge, die Keure, 2016, 482; I. De Troyer and L. Vandenbergh, *Handboek fiscale procedure inkomstenbelastingen*, Antwerp, Intersentia, 2016, 220, no. 265; K. Bronselaer en M. Perez Van Gaeveren, "Bezwaar tegen de eigen aangifte", *Pacioli* 2015, no. 401, p. 1-2.

30 See e.g. Antwerp 24 February 2015, no. 2013/AR/2933, www.monkey.be; Antwerp 10 April 2007, no. 2005/AR/1425, www.monkey.be.

31 See Brussels 1 December 2011, no. 2007/AR/1477, www.monkey.be.

CONCLUSION

On the basis of the above, we conclude that for French dividends, a tax credit for French withholding tax should be available in view of the recent Supreme Court decision, albeit that the Belgian tax authorities do not appear to amend the Belgian legislation in view of the outcome in this case. Tax payers will thus need to take actions themselves should they wish to obtain relief, either via an *ex officio* relief (for the five preceding years) or through an administrative complaint (*bezwaarschrift/reclamation*) following the filing of their personal income tax declaration.

Procedures in the source state may allow relief for Dutch dividends only. However, these procedures will generally offer no or limited satisfaction.

For other foreign sourced dividends, the Supreme Court case may have precedential value for dividends paid by companies residing in jurisdictions with which Belgium has a treaty against double taxation that imposes a minimum tax credit. Only a few treaties contain such provision.

Therefore, the overall conclusion is that the current state of play is still not satisfactory in many cases, except for French sourced dividends. However, for French shares, the ground to claim

a tax credit in Belgium for French withholding tax may sooner or later no longer exist. The treaty against double taxation between France and Belgium is an old treaty and tax authorities are currently negotiating a new treaty which will most likely be aligned with Belgium's most recent treaties that do not contain a minimum imposed tax credit for source taxation in the article on the elimination of double taxation. From the statements emanating from the Belgian authorities,³² it also appears that, as long as on a EU level no solution is imposed to resolve double taxation on foreign sourced dividends on privately held shares, no measures will be taken.

32 Declaration from the Minister of Finance that the currently adopted provisions in treaties against double taxation will not be amended. See: *Vr. en Antw.*, Kamer 2015-16, no. 54-086, 278.

WHAT TO DO WITH UNDOCUMENTED ACCOUNT HOLDERS UNDER THE FATCA MODEL 1 IGA REGIME?

1. Introduction¹

The FATCA regime is essentially a customer tax reporting regime that requires non-U.S. financial institutions to report Specified U.S. persons² for whom they maintain a financial account or

who are the controlling persons of a passive NFFE³ that maintains a financial account with the reporting financial institution. The FATCA requirements are very detailed and specific and their implementation and correct application is a true challenge.

The most complex part of FATCA is the due diligence process that financial institutions must implement to determine whether an account holder is a reportable person.⁴ These due diligence rules distinguish between entity and individual accounts and between pre-existing and new accounts. In certain cases, the financial institution may be able to rely on public information or information in its possession whilst in other cases it must obtain a self-certification and/or an identification document from the account holder.

1 This article strictly expresses the views of the author and not necessarily those of EY.

2 The term “Specified U.S. Person” means a U.S. Person, other than: (i) a corporation the stock of which is regularly traded on one or more established securities markets; (ii) any corporation that is a member of the same expanded affiliated group, as defined in section 1471(e)(2) of the U.S. Internal Revenue Code, as a corporation described in clause (i); (iii) the United States or any 7 wholly owned agency or instrumentality thereof; (iv) any State of the United States, any U.S. Territory, any political subdivision of any of the foregoing, or any wholly owned agency or instrumentality of any one or more of the foregoing; (v) any organization exempt from taxation under section 501(a) or an individual retirement plan as defined in section 7701(a)(37) of the U.S. Internal Revenue Code; (vi) any bank as defined in section 581 of the U.S. Internal Revenue Code; (vii) any real estate investment trust as defined in section 856 of the U.S. Internal Revenue Code; (viii) any regulated investment company as defined in section 851 of the U.S. Internal Revenue Code or any entity registered with the Securities Exchange Commission under the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-64); (ix) any common trust fund as defined in section 584(a) of the U.S. Internal Revenue Code; (x) any trust that is exempt from tax under section 664(c) of the U.S. Internal Revenue Code or that is described in section 4947(a)(1) of the U.S. Internal Revenue Code; (xi) a dealer in securities, commodities, or derivative financial instruments (including notional principal contracts, futures, forwards, and options) that is registered as such under the laws of the United States or any State; or (xii) a broker as defined in section 6045(c) of the U.S. Internal Revenue Code.

3 An “NFFE” means any Non-U.S. Entity that is not an Financial Institution.

4 For more information on the operation of FATCA and its history: K. MARSOUL, “FATCA and Beyond: Global Information Reporting and Withholding Tax Relief”, *Derivatives & Financial Instruments*, January/February 2014, p. 3.

Financial institutions, even when they use their best efforts to document their account holders, may still be faced with account holders that are unresponsive. Those account holders typically get reminders and may even see their accounts getting blocked to pressure them to provide the missing documents. In spite of those efforts, a number of account holders may remain undocumented. Account holders may be unwilling to respond to their bank's request or be unable to do so. The lack of responsiveness is not necessarily motivated by tax motives and may be due to a variety of other reasons.

The question that we are going to debate in this article is what a financial institution established in an IGA Model 1 country⁵ should do when it

is confronted with an account holder for whom it does not hold valid documentation or information to make a determination of its FATCA status. We will also deal with the question as to whether a financial institution that maintains accounts that are not documented for FATCA purposes is exposed to sanctions.

As we will see the issue debated illustrates the complexity of the relationship between the intergovernmental agreements that have been incorporated into the domestic laws of the countries where the FFIs are established and the U.S. domestic legislation which contains FATCA requirements that are different from those applicable under an intergovernmental agreement. The article will also demonstrate that the IGAs are incomplete and unclear in several respects. As a result, regard must be had at U.S. domestic legislation for answers to questions about the applicable FATCA requirements that cannot be found in the IGAs even when their applicability to FFIs established in an IGA country is not always clear. This is in particular true when FFIs⁶ must act as withholding agents for FATCA purposes.

⁵ "IGA" stands for Intergovernmental Agreement. Financial institutions can be subject to FATCA obligations based on an FFI Agreement entered into with the IRS which is not backed up by domestic legislation. However, in most cases a financial institution's FATCA obligations are imposed by domestic legislation implementing an Intergovernmental Agreement. The United States collaborated with other governments to develop two model intergovernmental agreements to implement FATCA. All IGAs contemplate that a partner government will require all foreign financial institutions (FFIs) (that are not otherwise exempt) located in its jurisdiction (that are not otherwise exempt) to identify U.S. accounts and report information about U.S. accounts. Currently 113 jurisdictions have either signed an IGA or have reached an agreement in substance on an IGA with the U.S. Out of these jurisdictions all but 14 countries have opted for the IGA Model 1. The biggest difference between a Model 1 and a Model 2 IGA is that in the latter case, pre-existing account holders are offered the possibility to refuse the information exchange in which case the IRS must file a group request for information should it want to obtain the account information from the non-consenting account holders.

⁶ "FFI" stands for foreign (i.e. non-U.S.) financial institution.

2. FATCA due diligence requirements

The FATCA due diligence procedures serve to determine which of the holders of the accounts maintained by the financial institution is a reportable person. An account holder is a reportable person when it is a specified U.S. person.⁷ An account is also reportable when held by an account holder that qualifies as a passive NFFE and one or more of its controlling persons qualify as specified U.S. persons.

The FATCA due diligence rules require FFIs to make a number of determinations to identify and classify the holders of the accounts they maintain. The first step is to determine who the account holder is and once that determination is made, the FFI must determine whether the account is an individual account or an entity account and whether the account is a pre-existing⁸ or a new account. Once all of these determinations are made, the rules prescribe a specific due diligence process that is aimed at determining the FATCA status of the account holder.

7 Cf. article 1, gg) of the Model 1 IGA. The notion refers to individuals that are a U.S. citizen or a U.S. tax resident and to entities that are incorporated or established in the U.S. with the exception of certain political subdivisions, governmental agencies and financial institutions.

8 I.e. accounts opened prior to July 1, 2014. Accounts that are opened after that date by holders of a pre-existing account may be treated as pre-existing accounts provided the applicable know-your-customer procedures that have been put in place as part of the anti-money laundering policies do treat the accounts as such.

3. U.S. withholding tax and due diligence

In case a U.S. Source Withholdable Payment⁹ is made by the FFI to an account, such as a dividend payment on U.S. shares posted to the account, it must be determined whether the payment is subject to FATCA withholding.

In addition, most U.S. Source Withholdable Payments are also subject to withholding under the common US withholding tax regime for non-resident aliens (so-called “Chapter 3 withholding”) and may be subject to back-up withholding¹⁰ as well under section 3406 of the IRC¹¹. Most FFIs that receive Withholdable Payments as a custodian for their clients, will comply with these provisions in their capacity as a Qualified Intermediary (QI)¹².

9 A “U.S. Source Withholdable Payment” is any payment of interest (including any original issue discount), dividends, rents, salaries, wages, premiums, annuities, compensations, remunerations, emoluments, and other fixed or determinable annual or periodical gains, profits, and income, if such payment is from sources within the United States. Notwithstanding the foregoing, a U.S. Source Withholdable Payment does not include any payment that is not treated as a withholdable payment in relevant U.S. Treasury Regulations.

10 Backup withholding is a tax that is due at a rate of 28% on reportable payments made to payees that are (or are deemed to be) U.S. non-exempt recipients (U.S. individuals and trusts) that have not been documented by way of a Form W-9 as required. Exceptions apply.

11 “IRC” stands for the Internal Revenue Code of the U.S.

12 This status is obtained by entering into a QI agreement with the US tax authorities and provides for certain simplifications compared to the standard requirements that are applicable to financial institutions that are not QIs.

In case Withholdable Payments are made to the account, certain additional due diligence procedures must be applied on top of those that are required to be applied to determine whether the account holder is reportable. When the account holder is a financial institution that is not a nonparticipating FFI, it must for example be determined whether the downstream FFI has assumed primary withholding responsibilities or not and if not, whether any part of the payment made is subject to FATCA withholding.

“IGAs are incomplete and unclear in several respects.”

The IGA Model 1 does not provide for the additional due diligence procedures that may be applicable in case a withholdable payment is made to the account. The IGA nevertheless contains the obligation for a FFI to withhold on certain payments or to instruct an upstream withholding agent to withhold¹³. Nowhere in the IGA, it is stated that FFI must apply the payee due diligence requirements laid down in the FATCA regulations¹⁴ whilst it

seems clear that in order to comply with the stated withholding obligations, the FFI must apply the payee due diligence procedures on top of the account holder due diligence procedures. The FATCA regulations are more explicit about this requirement and provide that the FFI must identify and document account holders and payees. For the identification and documentation for entity accounts the regulations actually provide for a single set of due diligence rules, i.e. the reporting FFI must apply the principles contained in the payee rules (§ 1.1471-3(b), (c) and (d)) to establish the FATCA status of the account holder regardless of whether a payment is made to the account¹⁵. This means that under the FATCA regulations, the payee rules are applicable to identify the entity account holder and if the account holder is not the payee, the payee(s) must also be identified on top of the account holder. For individual accounts, the account holder due diligence rules are laid out in the FATCA regulations (and the FFI agreement) and the payee rules may not be used for their identification and documentation as account holders¹⁶.

¹³ Cf. article 4, 1., d) and e) of the Model 1 IGA.

¹⁴ The “FATCA Regulations” are the final, temporary and proposed regulations that execute the provisions of Chapter 4 of the U.S. Internal Revenue Code.

¹⁵ Cf. § 1.1471-4(c)(3)(i).

¹⁶ For pre-existing individual accounts, an FFI may also use the due diligence procedure for new accounts. FFIs may also rely on the due diligence process of the QI agreement under certain conditions.

028 The introductory section of the most recent version of the QI agreement¹⁷ states in respect of FFIs established in an IGA Model 1 country, that they must document their account holders in accordance with Annex I of the IGA. If they would not succeed obtaining the required information or documentation, they must apply the presumption rules laid down in the FATCA regulations. This seems incorrect because Annex I only applies to account holders and does not cover the situation where the account holder is not the payee. Indeed, for U.S. withholding tax purposes a financial institution established in an IGA country must be documented with a Form W-8-BEN-E or W-8IMY, depending on whether it is the beneficial owner of the payments made to the account or not, whilst under Annex I of the IGA, no such documentation is required if the FFI has information in its possession or has access to information that is publicly available, that indicates that the account holder is a financial institution established in an IGA country. If one were to apply only the IGA due diligence procedure, the FFI may not know whether FATCA withholding is due or not.

4. What to do if the FATCA due diligence process cannot be completed because of lack of information/documentation?

In each step of the FATCA due diligence process, the FFI will need to rely on certain information and/or documents. We will discuss what the consequences are of such information or documents not being available. As we will discuss hereafter, the consequences may vary depending on where the process gets stuck. For this reason, we will provide short summaries for each of the steps in the due diligence process and set-out our analysis of the consequences of not being able to complete the relevant steps. We will thereby deal with the account holder identification process that applies pursuant to Annex I of IGA and we will discuss whether different conclusions apply when withholdable payments are made to the account holder.

A. ACCOUNT HOLDER IDENTIFICATION

As a first step the reporting financial institution¹⁸ must determine who the account holder is. This is a relatively easy exercise in most instances. This is because the account holder of re-

17 Revenue Procedure 2017-15, p. 28.

18 Reference is made to non-U.S. financial institutions that are not excluded from reporting requirements under FATCA. We will refer to such financial institutions throughout this article as "foreign financial institutions", "FFIs" or "reporting FFIs".

cord will generally be considered the account holder. This rule applies even when the account holder is a legal entity without legal personality such as a partnership. An exception applies when the account holder of record is acting as an intermediary while not being a financial institution. In such case the FFI must focus its due diligence process on the person or entity on whose behalf the account holder of record is acting. The identification of the account holder should only require the FFI to verify who is considered the account holder pursuant to the account opening agreement.

In certain cases, there may be more than one account holder or the entitlement to the account may be split between more than one person. In the case of a joint account, each of the joint account holders will have to go through the FATCA due diligence process and the full balance and payment details will have to be reported for each of the joint account holders that is determined to be a reportable person. In case one person is designated as holding bare ownership rights to the account while another person is determined to have a right of usufruct to the account, it is generally accepted that both persons have to be treated as joint account holders for the purposes of the

FATCA due diligence and reporting requirements.

There should not be many instances in which an FFI is unable to determine who the account holder is. In case the account holder of record is acting for somebody else, the locally applicable know-your-customer rules typically require the FFI to obtain the identification details of the ultimate beneficial owner of the account as well and that should include the person for whom the account holder is acting¹⁹. In practice, identification issues typically arise for accounts which may have been opened a long time ago and/or for which the account file contains insufficient information as to whether the account holder of record is indeed acting for its own account. In some cases, it may also be unclear whether the account holder is an entity or not.

The IGA does not offer a solution in case one or more of the account holders cannot be identified. This is because the IGA does not contain clear presumption rules which prescribe how account holders that have not been identified must be treated. In Revenue Procedure 2017-15 which lays down the

¹⁹ Please note that the ultimate beneficial owner for AML/KYC purposes is not necessarily the payee for U.S. withholding tax purposes. Shareholders or directors may be ultimate beneficial owners but are not considered payees.

030 QI Agreement, the IRS²⁰ stated that cases in which an account holder is undocumented should not arise if the FFI applies the due diligence procedures laid down in Annex I to the IGA. Unfortunately, Annex I of the IGA only provides limited guidance on what FFIs must do if the account file is not conclusive as to the identity of the account holder.

Paragraph 1.1471-3(f) of the FATCA Regulations contains a series of presumptions which set out which classification must be applied in case the FFI does not have valid documentation for an account holder (or other information, when permitted). The presumptions may be relied on to determine the status of the payee as a U.S. or foreign person and such person's other relevant characteristics (for example, as a nonparticipating FFI). In this regard, the presumption rules dictate FFIs what to do if it cannot be determined based on the information available, amongst others, whether the account holder is an individual or an entity²¹ or whether the account holder is a flow-through entity or intermediary. The presumption rules also provide how payees can rebut these presumptions.

20 Reference is made to the U.S. tax authorities or Internal Revenue Service.

21 Reference is made in this respect to § 1.1441-1(b)(3)(ii).

“The IGA does not contain clear presumption rules which prescribe how account holders that have not been identified must be treated.”

For example, suppose that the reporting FFI only had documentary evidence for an entity account holder such as the account holder's articles of association or bye-laws. Based on those documents it can determine that the account holder is a non-U.S. corporation that is not a financial institution but not whether the account holder is the beneficial owner. In this case, § 1.1471-3(f)(2) of the FATCA regulations, thereby referring to § 1.1441-1(b)(3)(ii)(C), provides that the payee²² may not be treated as the beneficial owner if the FFI knows or has reason to know that the payee is not the beneficial owner. The FFI will have reason to know that the payee is not the beneficial owner if the documentary evidence indicates that the payee is a bank, broker, intermediary, custodian, or other agent, or is treated under § 1.6049-4(c)(1)(ii)(B) through (Q) as such a person. If no

22 The word “payee” is used when reference is made to a person to whom a withholdable payment is made. Please note that under the FATCA regulations, the payee identification rules for entities also apply to all entity account holders regardless of whether they receive withholdable payments.

such indication exists (or if curing documentation, such as a beneficial owner statement, is obtained), then the account holder may be treated as the beneficial owner.

In this case, the presumption rules provide a solution that is not offered by the IGA. It would have been helpful that the IGA would indeed provide that FFIs established in an IGA country must or may rely on these rules.

Please note in this respect that under the FATCA regime that is applicable to FFIs that are not established in an IGA country, the presumption rules laid down in § 1.1471-3(f) of the FATCA regulations are applicable to entity account holders only and not to individual account holders.²³

An FFI established in an IGA country that has not been able to determine who the account holder of a financial account is, is exposed to sanctions under the applicable domestic law. In addition, the IRS has stated that if there were many such cases, it could treat the FFI as being significantly non-compliant.

The applicable standard of care in this respect is “best efforts” under the FATCA regulations. Local legislation is often stricter and may sanction all instances where account holders have not provided the required documents. In the case of Belgium the applicable standard of care seems less clear. For example, in article 8, § 3 of the FATCA implementation law of 16 December 2015²⁴, it is stated that reporting financial institutions must “try to” report correct information. But the FFI would probably not be compliant with the applicable know-your-customer rules if it would not know who the account holder is and may therefore be exposed to sanctions under those rules.

B. INDIVIDUAL ACCOUNT HOLDERS

i. No withholdable payments

Once it has been determined that the account holder is an individual, the FFI must determine whether the individual is a U.S. person or not. The applicable due diligence process under FATCA differ depending on whether the account was opened later than June 30, 2014 or not. The description of the different steps for each of the applicable due diligence processes goes beyond the scope of this article. In summary,

²³ § 1.1471-4(c)(4)(i) and § 1.1471-4(c)(5)(i) for individuals and § 1.1471-4(c)(3)(i) of the FATCA regulations.

²⁴ *Belgisch Staatsblad/Moniteur Belge* of 31 December 2015.

032 it involves a search for U.S. indicia and sometimes requires a self-certification to be collected. If no U.S. indicia are found or if the account holder provides a Form W-9 to confirm its status as a U.S. person, the process is terminated.

When U.S. indicia are found the account holder will generally be contacted to provide either a form W-9 to confirm its status as a specified U.S. person or to provide curing documentation which supports its status as a non-U.S. person. The wording used in the IGA suggests that an FFI could also opt to simply report the account holder without contacting the account holder first even when it has no certainty that the account holder is indeed a U.S. person. In some countries, such as the Netherlands, FFIs are required to enable the account holder to cure the U.S. indicia found by providing the required additional documentation. In other countries, like Belgium for example, it is up to the FFI to decide whether it wants to offer customers the possibility to cure the U.S. indicia found. For commercial reasons mainly, most FFIs would probably solicit curing documentation.

Under the FATCA regulations applicable to FFIs established in non-IGA countries, the application of the curing

procedures seems compulsory²⁵. When the FFI does not succeed in obtaining curing documentation confirming the account holder's non-U.S. status or a Form W-9 confirming its U.S. status, the account holder will be considered "recalcitrant"²⁶ under the FATCA regulations. In this regard, the presumption rules of § 1.1471-3(f) are not applicable. The notion "recalcitrant account holder" is defined in § 1.1471-5(g) of the FATCA regulations and encompasses account holders that failed to comply with the requests by the FFI for the documentation and information that is required by § 1.1471-4(c) for determining the status of the account as a U.S. account or other than a U.S. account. Under the FATCA regulations, recalcitrant account holders are reportable and are subject to a 30% FATCA withholding tax. As we will see below, recalcitrant account holders are generally not subject to FATCA withholding un-

25 Treasury Regulations § 1.1471-4(c)(2).

26 The Merriam-Webster dictionary attributes the following meanings to the notion "recalcitrant": (1) obstinately defiant of authority or restraint, (2)(a) difficult to manage or operate, (2)(b) not responsive to treatment. The Cambridge Dictionary provides that a recalcitrant person is a person that is "unwilling to obey orders or to do what should be done". The word "recalcitrant" would originate from the Latin verb "recalcitrare" - "kicking out with the heels". A recalcitrant person is thus a troublemaker, a person that is difficult to deal with because it does not tend not to obey orders. This is not a designation one would expect to see in a tax provision. Tax provisions typically impose certain obligations and sanction non-compliance whereby they may qualify non-compliance as avoidance or evasion but they generally do so without designating the obligee as "recalcitrant" when it does not comply with the applicable rules.

der the IGA Model 1 regime provided they are reported to the local tax authorities.

Under an IGA Model 1 an individual account holder with uncured U.S. indicia is not required to be treated as a recalcitrant account holder. Instead, such account holders must be treated as U.S. persons. This applies both in case the FFI opts to not solicit additional documentation to cure the U.S. indicia found and in case the account holder does not respond to the FFI's request for curing documentaton and whether or not the account is a pre-existing or a new account²⁷.

Because the IGA requires FFI to treat these account holders as reportable U.S. accounts and not as recalcitrant, it is unclear whether the rule laid down in article 4, 2 of the IGA applies. This rule requires the FFI to apply withholding on withholdable payments made to recalcitrant account holders or to close the account, unless it reports the account holder to the local tax authorities. Whether an account holder is treated as a U.S. person or rather as recalcitrant account holder does not make any difference in terms of the required account reporting because in both cases the account must be re-

ported²⁸. The difference is however, that when the account holder would not be reported, withholding would not be the sanction if the account is treated as a U.S. account whilst withholding would become due in case of non-reporting of a recalcitrant account.

The aforementioned article 4, 2 only applies to recalcitrant account holders as defined in section 1471(d)(6) of the U.S. Internal Revenue Code. The latter provision states that any account holder that fails to comply with reasonable requests for information that is necessary for the determination of whether the account holder is a U.S. person or that is required to be reported is a recalcitrant account holder. The IGA does however not require the FFI to make a request for curing documentation which indicates that the authors knew that this would mean that FFIs established in an IGA country may report account holders as U.S. persons that may be non-U.S. persons. For this reason arguably, individual account holders with uncured U.S. indicia are not considered recalcitrant under the Model 1 IGA and are not in scope of article 4, 2 in the scenario where the account does not receive withholdable payments. It

²⁷ Annex I, IGA Model 1, section II., B., 3 for pre-existing accounts and section III, B., 2. for new accounts.

²⁸ We are assuming that for the scenario under review for our analysis the *de minimis* rules that allow FFIs not to report certain accounts with an aggregate balance that does not exceed USD 50,000 are not applicable.

034 seems that many, but not all IGA countries, only provide for these accounts to be reported as U.S. accounts and do not provide for the possibility to specify that the account is recalcitrant²⁹.

In those circumstances the FFI has complied with its obligations under the IGA if it has reported the individual account holders³⁰ with U.S. indicia. As a result, the IRS could presumably not determine that there is significant non-compliance even when the FFI did not solicit curing documentation for any of its individual clients with U.S. indicia. Indeed, in such circumstances the FFI has correctly applied the due diligence procedures as imposed by the IGA. Sanctions under local law should not apply either unless local law has been drafted to force FFIs to solicit curing documentation or to take other actions in respect of account holders with U.S. indicia that have not provided curing documentation.

29 The FATCA reporting portal of the Belgian tax authorities assumes that all accounts reported are US accounts and does not provide for the possibility to report accounts as being recalcitrant.

30 In case the U.S. indicia are not cured and the account holder has not provided a duly completed Form W-9, the FFI will probably not be able to report all of the information required to be reported such as the TIN. This seems obvious because if the FFI would have the U.S. TIN of the account holder it would most likely be because it has received a Form W-9 from the account holder and that would mean that the account is properly documented (and that is not the scenario we are analyzing in this article).

ii. FFI makes a withholdable payment to the account

Under the FATCA regulations as applicable to FFIs established in a country that has not entered into an IGA with the U.S., FFIs must apply FATCA withholding at a rate of 30% on withholdable payments made to a recalcitrant account holder. This rule is suspended for FFIs established in an IGA country by article 4, 2. As we stated in the previous section of this article, this section is probably not applicable to individual account holders under an IGA because the IGA requires those account holders to be treated as U.S. account holders rather than as recalcitrant account holders.

For this reason, we believe that FATCA withholding tax which actually constitutes a sanction for non-compliant account holders rather than a proper withholding tax designed to collect revenues for the U.S. Treasury, should not apply to individual account holders under the Model 1 IGA regime. Please note that to the extent the withholdable payment qualifies as a reportable amount, the presumption rules of chapter 3 of the Internal Revenue Code will apply³¹. Those rules require the account to be treated as held by a non-U.S. person that is not entitled to withholding tax relief

31 See § 1.1441-7(b)(4) through (9).

which means that chapter 3 withholding tax must be applied at a rate of 30%.

c. ENTITY ACCOUNT HOLDERS

i. No withholdable payments

The classification of entity account holders is a complex affair under FATCA. The goal is to establish whether the account holder is a reportable U.S. entity or whether it is a passive NFFE with one or more controlling persons that are reportable U.S. persons. The due diligence process includes various steps. The first step is to determine whether the entity is a U.S. entity. If it has been determined that this is not the case, it must be determined whether the account holder is a financial institution and if so, whether it is a nonparticipating financial institution. For account holders that are not financial institutions it must be determined whether they are an active or passive NFFE. When they are determined to be a passive NFFE, it must further be established whether any of the controlling persons of the entity is a U.S. individual. In some cases the FFI may be able to rely on information in its possession or information that is publicly available while in other cases, the FFI must solicit a self-certification from the account holder.

Because of the complexity of the due diligence process, there is a higher chance compared to individual account holders, that the due diligence process does not get completed such that the FATCA status of the account holder or the controlling persons of a passive NFFE remains uncertain.

“Financial institutions, even when they use their best efforts to document their account holders, may, for a variety of reasons, still be faced with account holders that are unresponsive.”

Under the FATCA regulations, the payee rules laid down in § 1.1471-3(b), (c) and (d) are applicable for the identification of entity account holders regardless of whether a withholdable payment is made to the account. In case the FFI cannot obtain the required documentation or the documentation appears to be unreliable, it must apply the presumption rules contained in § 1.1471-3(f). These rules generally require the account holder to be treated as a nonparticipating FFI, except when the account holder is properly identified as a passive NFFE but fails to provide the required information on the substantial U.S. owners of the NFFE. In

036 the latter case, the account holder must be treated as a recalcitrant account holder rather than a nonparticipating FFI³². Accounts held by nonparticipating FFIs must not be reported but accounts held by recalcitrant account holders must be reported.

Under the IGA Model 1 there is not always a clear answer as to how entity account holders must be treated when their FATCA status is unclear.

In case the FFI would not have information that the entity is a U.S. person, it may treat the entity as a non-U.S. person. When it has information suggesting that the account holder may be a U.S. person, the account holder must be treated as such unless the FFI obtains a self-certification (or reasonably determines based on information in its possession or that is publicly available) that the account holder is not a Specified U.S. person. This step should therefore not create too many problems.

The determination as to whether the entity account holder is a financial institution is a more difficult step because the determination may be difficult to make in certain instances, for example when the account holder is an investment vehicle. If the informa-

tion available to the FFI is not conclusive, then section IV, D., 3, c) seems to require the account holder to be treated as a nonparticipating FFI. In such case reporting is not required because the reporting under article 1(b) of the IGA of payments made to nonparticipating FFIs was only required in 2015 and 2016. This would mean that there would not be any further consequences as long as no withholdable payments are made to the account (see below).

In case it can be determined that the entity is not a financial institution, the entity is necessarily an NFFE. The next step is to determine whether the NFFE is an active or a passive NFFE. For passive NFFEs it must further be determined whether any of the controlling persons of the NFFE is a U.S. citizen or a U.S. resident.

FFIs can either first check whether the NFFE is an active or a passive NFFE and only review the controlling persons if the NFFE has been determined to be passive or could opt to review the FATCA status of the controlling persons first. If the controlling persons are determined not to be reportable U.S. persons, then it does indeed become irrelevant whether the NFFE is active or passive. In case the FFI is not able to determine that the account holder is an active NFFE or that the controlling per-

32 Cf. Treasury Regulations, § 1.1471-4(c)(3)(ii).

sons are not reportable U.S. persons, the IGA does not offer a solution. Under the FATCA regulations, an account holder that is properly identified as a passive NFFE but fails to provide the required information on the substantial U.S. owners of the NFFE is treated as a recalcitrant account holder³³.

The IGA due diligence procedures do not state that the account holders must be treated as recalcitrant account holders or as nonparticipating FFIs and does not explicitly require the account to be reported. One could argue that because the account is treated as a recalcitrant under the FATCA regulations, the reporting FFI is required to report the account pursuant to article 4, 2 of the IGA. The latter provision imposes FATCA withholding (or the closing of the account) in case a recalcitrant account is not reported. In the scenario we are reviewing in this subsection of the article however, we are assuming that the account is not receiving withholdable payments. It is not entirely clear whether it means that the account must not be reported in the absence of withholdable payments being made to the account. Because the IRS may order the account to be closed if the account is not reported, it seems

recommended that FFIs report the account to the Belgian tax authorities.

ii. FFI makes a withholdable payment to the account

In case withholdable payments are made to the account, the analysis made in the previous subsection of this article is almost identical and does lead to the same conclusion as to the FATCA status to be allocated to the account when any of the steps of the due diligence process cannot be completed. The consequences of the given FATCA classification are however very different when withholdable payments are made to the account.

The 2017 QI Agreement provides that the QI must apply the presumption rules in § 1.1471-3(f) and treat entity accounts as a nonparticipating FFI when the QI did not obtain the required information or documentation to determine the FATCA status of the account holder. This seems incorrect in case of a passive NFFE that does not provide the required information about the controlling persons because such account holders are treated as recalcitrant account holders under the FATCA regulations³⁴.

³³ Cf. Treasury Regulations, § 1.1471-4(c)(3)(ii).

³⁴ Cf. § 1.1471-4(c)(3)(ii) of the Treasury Regulations.

038 Entity account holders that must be treated as nonparticipating FFIs will be subject to FATCA withholding in respect of the withholdable payments they receive. The NFFEs that fail to provide information on the controlling persons, when required, must be reported to the local tax authorities under the Model 1 IGA regime. If they are not reported, they will be subject to FATCA withholding.

“Under an IGA Model 1 an individual account holder with uncured U.S. indicia must not be treated as a recalcitrant account holder.”

Additionally, because there typically should not be undocumented accounts pursuant to the IGA, if an FFI has many such undocumented accounts, the U.S. Competent Authority may determine that there is significant non-compliance with respect to the FFI. Local sanctions may apply as well but if the FFI's efforts to obtain documentation meet the applicable standard of care, no sanction may apply.

CONCLUSION

The FATCA due diligence rules are particularly complex. While most financial institutions use their best ef-

forts to properly document their account holders, there will always be instances where the FATCA status of the account holder cannot be determined. The FATCA regulations provide several presumption rules which set out how FFIs should deal with such situations whilst the IGA does not contain explicit presumption rules. In addition, the IGA does not explain the specific due diligence requirements that apply when the FFI makes a withholdable payment. The IRS have attempted to clarify the relationship between the IGA and the FATCA regulations in the introductory sections to the new QI agreement but, when doing so, they caused more confusion by stating wrongly that:

- › the IGA due diligence procedures must be applied to determine whether withholding is due on withholdable payments made to an account without mentioning the payee due diligence rules; and
- › all undocumented entity accounts must be treated as held by nonparticipating FFIs whilst an important exception applies to this rule.

To deal with the uncertainties that this causes, many financial institutions simply report all account holders which they have not been able to document properly even when such is arguably not always required. In addi-

tion, because financial institutions are regularly told that FATCA withholding should not apply under an IGA, many of them have been surprised by the statement of the IRS that FATCA withholding is due when withholdable payments are made to non-documented

entity account holders. Those financial institutions will have to adapt their procedures to ensure that the FATCA presumption rules are applied correctly and are well coordinated with those applicable under the QI agreement.

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

Feiten

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

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

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

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

Beslissing

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

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

Opinie

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

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

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

Begrip juridische constructie

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

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

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

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

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

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

ICB's uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Kaaimantaks

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

doelde instellingen, entiteiten en vennootschappen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Wetsvoorstel ingediend door twee parlementsleden van de meerderheid

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

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

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

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

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

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

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

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

zou kunnen geven tot interpretatiemoeilijkheden.

CONCLUSIE

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

RULING FISCALE NEUTRALITEIT MOGELIJK BIJ OMRUILING VAN KAPITALISATIEAANDELEN BINNEN DEZELFDE BEVEK OF BINNEN HETZELFDE COMPARTIMENT?

Beslissing

Het betreft hier een beslissing van de Dienst Voorafgaande Beslissingen (DVB) van 7 februari 2017.¹ De DVB heeft zich hier moeten buigen over het feit of een omruiling van kapitalisatieaandelen in een nieuwe klasse van kapitalisatieaandelen van dezelfde BEVEK kan gebeuren zonder toepassing van beurstaks en van roerende voorheffing. Het betreft hier een BEVEK die voor meer dan 25% belegd is in schuldvorderingen en waarvan de uitstap of cessie in principe fiscaal beschouwd wordt als een interest overeenkomstig artikel 19bis WIB/92. Bovendien staat zij op de lijst van de FSMA zodat in principe verhoogde beurstaks verschuldigd is bij inkoop.

De boekhoudkundige verwerking van deze switch tussen diverse klassen binnen hetzelfde compartiment gebeurt als een inkoop, gevolgd door een

nieuwe uitgifte. De inkoop is nodig omdat er kapitalisatieaandelen met een bepaalde ISIN-code verdwijnen en er andere aandelen met een nieuwe ISIN-code gecreëerd worden.

Vermits er zich boekhoudkundig een ‘inkoop’ van kapitalisatieaandelen voordoet, stelde zich de vraag naar de eventuele toepassing van de (verhoogde) beurstaks², alsook van RV³ op

² Artikel 120, 3° WDR: “De hiernavolgende verrichtingen die in België worden aangegaan of uitgevoerd zijn aan de taks op de beursverrichtingen onderworpen, wanneer zij Belgische of vreemde openbare fondsen tot voorwerp hebben: (...)”

³ elke inkoop van eigen aandelen, door een beleggingsvennootschap, indien de verrichting slaat op kapitalisatieaandelen. (...)”

³ Artikel 19bis WIB/92: “§ 1. Interest omvat eveneens de inkomsten in het bedrag verkregen ingeval van overdracht onder bezwarende titel van aandelen, ingeval van inkoop van eigen rechten van deelneming of ingeval van gehele of gedeeltelijke verdeling van het eigen vermogen van een collectieve beleggingsinstelling in effecten waarvan meer dan 25 pct. van het vermogen rechtstreeks of onrechtstreeks is belegd in schuldvorderingen, voor zover deze inkomsten betrekking hebben op de periode gedurende dewelke de verkrijger houder was van de rechten van deelneming. (...) Deze verrichtingen zijn slechts belastbaar indien ze betrekking hebben op rechten van deelneming van een collectieve beleggingsinstelling in effecten waarvoor de statuten of het fondsreglement geen uitkering van de netto-opbrengst voorzien. (...)”

¹ Voorafgaande Beslissing nr. 2016.841 van 7 februari 2017 gepubliceerd op *Fisconetplus*.

050 de meerwaarde of de belastbare component daarvan.

De Dienst Voorafgaande Beslissingen meent dat er noch beurstaks, noch RV van toepassing is op de inkoop van kapitalisatieaandelen die gebeurt om van aandelenklasse te switchen binnen hetzelfde compartiment. Voorwaarden hiertoe zijn dat voldaan kan worden aan de vereiste van continuïteit van belastbare materie van het omgeruilde aandeel naar het nieuwe aandeel en er voor deze omruiling geen actief order geplaatst wordt door de belegger.

Geen roerende voorheffing

Wat de niet-toepassing van roerende voorheffing betreft, beroept zij zich voornamelijk op het feit dat er geen verzilvering is van het aandeel in cash en dat er continuïteit gegarandeerd kan worden van de belastbare component. De aanschaffingsprijs en eventuele gegevens van de Belgische TIS bij aankoop en bij de omruiling worden overgedragen naar het in ruil verkregen aandeel. De aandeelhouder krijgt dus geen opbrengst maar de ISIN-code van zijn aandelen wijzigt gewoon. Er is evenmin een verrijking van de aandeelhouder. De Dienst Voorafgaande Beslissingen meent dan ook dat dergelijke omvorming in nieuwe kapitalisatieaandelen in het kader van de MiFID II niet kan kwalificeren als inkoop van

kapitalisatieaandelen als bedoeld in artikel 19bis WIB/92.

Geen Beurstaks

Ook voor de beurstaks wordt deze omruiling beschouwd als een inkoop gevolgd door een nieuwe uitgifte. Deze inkoop gebeurt ook hier om puur technische redenen teneinde een aantal aandelen met een bepaalde ISIN-code af te boeken en er andere met een nieuwe ISIN-code bij te creëren.

De aandeelhouder blijft dezelfde en de Dienst Voorafgaande Beslissingen ziet ook hierin een permanentie van bezit, met de enkele wijziging van de ISIN-code.

Bovendien wordt deze herschikking in diverse klassen aan de beleggers opgelegd door een beslissing van de BEVEK en haar beheerder⁴. De financiële tussenpersoon treedt met andere woorden eerder op als een loket en niet als een tussenpersoon die een order krijgt van de belegger.

Er wordt ook niet geruild voor distributieaandelen. De toekenningswijze van de inkomsten blijft met andere woorden behouden.

⁴ Randnummer 10 van de beslissing.

De Dienst besluit dat deze omvorming op het vlak van roerende voorheffing geen belastbaar feit inhoudt voor de tussenpersoon bedoeld in artikel 261, al. 1, 2^obis WIB/92 en evenmin beurstaks verschuldigd maakt voor de tussenpersoon bedoeld in artikel 126/2 WDRT.

Bespreking

1 De beslissing gaat hier over een omruiling binnen een BEVEK of SICAV. Vermits een compartiment van een beleggingsvennootschap beschouwd wordt als een aparte entiteit voor de RV en de beurstaks, kan deze beslissing ook ingeroepen worden voor omruilingen binnen compartimenten van beleggingsvennootschappen.

2 *In casu* werden nieuwe klassen van kapitalisatieaandelen gecreëerd binnen dezelfde beleggingsvennootschap ter voorbereiding van de nieuwe regels van de MiFID II die vanaf 3 januari 2018 in werking treden in België.

Door deze nieuwe regeling mogen distributeurs die onafhankelijk advies geven, geen retrocessies meer behouden van beheersvergoedingen die door het fonds geïnd worden. Als zij die krijgen dan moeten zij die doorstorten aan de belegger. Dezelfde regel van retrocessie geldt bovendien voor alle distribu-

teurs in de mate dat het aandelen van klanten betreft die in discretionair vermogensbeheer zitten. De distributeur dient bijgevolg te weten voor welke rechten van deelneming hij een retrocessie mag behouden, alsook voor welke rechten van deelneming hij een doorstortingsverplichting heeft.

Vanuit administratief en organisatorisch standpunt creëert zij voor de aandelen waarvoor er geen retrocessie meer gebeurt een nieuwe aandelenklasse met een aparte ISIN-code. Die worden in het vakjargon de ‘clean shares’ genoemd. De bestaande aandelenklasse waarvoor nog altijd retrocessies blijven gebeuren, worden de ‘classic shares’ genoemd.

Deze omruiling wordt boekhoudkundig geregistreerd als een inkoop van aandelen omdat er evenveel aandelen blijven bestaan maar een deel een andere ISIN-code moet kunnen krijgen.

“Feitelijke omstandigheden bij het beslissingsproces kunnen belangrijk zijn.”

3 Op het vlak van de roerende voorheffing wordt een operatie van inkoop beschouwd als een verrichting die belastbare interesten genereert (art. 19**bis**

052 WIB/92), althans indien meer dan 25% van de onderliggende activa van het fonds uit schuldvorderingen bestaan.

Indien zij via een Belgische tussenpersoon verloopt, dan dient hierop roerende voorheffing ingehouden te worden. In andere gevallen dient de belegger de interesten nadien te vermelden in zijn aangifte PB.

De Dienst Voorafgaande Beslissingen heeft in het verleden al aanvaard dat de RV niet van toepassing is indien er juridische en boekhoudkundige continuïteit is en er geen gehele of gedeeltelijke verdeling van het vermogen plaatsvindt.⁵

Ofwel blijft de belegger in dezelfde aandelenklasse, ofwel maakt hij de overstap naar een andere aandelenklasse. De omruiling gebeurt in principe met continuïteit van de inventariswaarde van de aandelen omdat de nieuwe aandelen op hetzelfde compartiment betrekking hebben en er geen wijziging is van de toekenningswijze van de netto-opbrengst aan deze rechten. Er is dus geen sprake van verdeling of verrijking.

5 Zie hiervoor de Voorafgaande Beslissing nr. 2013.538 van 24 december 2013. Het betrof daar wel een geval van fusie volgens Luxemburgs recht waarbij het niet duidelijk is of het al dan niet om een vrijwillige verrichting gaat.

De Dienst baseert zich hiervoor ook terecht op de voorbereidende werken bij de wet van 13 december 2012⁶ die het belastbaar feit uitbreidt van inkoop naar cessie op de secundaire markt, die de realisatie van inkomsten (in cash) impliceren.

4 Deze beslissing schept vooral een opening voor een vrijstelling van beurstaks.

Omzettingen van rechten van deelneming in een beleggingsvennootschap of binnen hetzelfde compartiment kunnen worden ontleed als, enerzijds, een inkoop van aandelen door de beleggingsvennootschap, gevolgd door, anderzijds, een inschrijving op nieuwe aandelen van dezelfde vennootschap. Ook boekhoudkundig is deze switch een inkoop gevolgd door een nieuwe uitgifte omdat er een aantal aandelen met een bepaalde ISIN-code moeten verdwijnen en er eenzelfde aantal nieuwe aandelen met een nieuwe ISIN-code moeten bijkomen.

De heffing bij een omruiling binnen een compartiment wijzigde in de Belgische wetgeving naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof van Justitie van 15 juli 2004⁷, dat stelt dat de heffing van beurstaks bij uitgiften in

6 Doc. Kamer 53 2458/001 blz. 21.

7 Arrest HvJ van 15 juli 2004 – C 415/02.

strijd is met een Europese Richtlijn op het bijeenbrengen van het kapitaal.⁸

Vóór het voormelde arrest van het Europese Hof van Justitie werd – bij een omzetting binnen eenzelfde compartiment – de inschrijving aan de beurstaks onderworpen en werd de daaraan voorafgaande inkoop vrijgesteld. De heffing van de beurstaks bij de inschrijving was gesteund op artikel 120, 4° WZGT⁹. Dit artikel bepaalde dat de omzetting binnen eenzelfde compartiment van een beleggingsvennootschap door dezelfde persoon belastbaar was indien zij een wijziging tot gevolg had van de wijze van toekenning van de netto-opbrengst (lees: conversie van distributie- naar kapitalisatieaandelen of conversie van kapitalisatie- naar distributieaandelen).

Onder deze oude wetgeving zou de beoogde verrichting dus niet onderworpen geweest zijn aan beurstaks omdat er geen wijziging is van de toekenningswijze van de netto-opbrengst van de rechten van deelneming.

Ingevolge het voormelde arrest werd de tekst van artikel 120, 4° WZGT geschrapt.¹⁰

Er is sindsdien dus geen uitdrukkelijke wettekst meer om een conversie binnen hetzelfde compartiment te kunnen onderwerpen aan beurstaks.

Anderzijds is er sindsdien evenmin nog een wettekst om zo'n conversies vrij te stellen indien er geen wijziging is van de toekenningswijze van de netto-opbrengst van de rechten.

In de Memorie van Toelichting bij de Programmawet die deze wijziging destijds invoerde, staat te lezen dat ten aanzien van omzettingen van rechten van deelneming in een beleggingsvennootschap voortaan beurstaks zou worden geheven op basis van het ongewijzigde artikel 120, 3° WZGT. Dit artikel onderwerpt elke inkoop van eigen kapitalisatieaandelen door een beleggingsvennootschap aan de taks op

8 Richtlijn 69/335/EG van 17 juli 1969, waarvan de inhoud gemoderniseerd werd onder de Richtlijn 2008/7/EG betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal.

9 Wetboek van het met zegel gelijkgestelde taksen. Sinds 2007 omgedoopt in Wetboek diverse rechten en taksen (WDRT) en momenteel dus artikel 120, 4° WDRT.

10 Ingevolge artikel 344 van de programmawet van 27 december 2004 werden de bepalingen onder 2° en 4° van artikel 120 WZGT opgeheven.

Artikel 120, 2°, WZGT onderwierp de gewone inschrijvingen die werden gedaan ten gevolge van een beroep op het publiek aan de taks op de beursverrichtingen.

Door artikel 120, 4°, WZGT werden de omzettingen binnen eenzelfde beleggingsvennootschap (bedoeld in boek III van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten) door eenzelfde persoon van rechten van deelneming binnen eenzelfde compartiment wanneer zij een wijziging van de toekenningswijze van de netto-opbrengst van deze rechten ten gevolge hebben, onderworpen aan de taks op de beursverrichtingen.

054 de beursverrichtingen. Bij omzettingen van kapitalisatieaandelen wordt sindsdien niet langer de nieuwe inschrijving, maar wel de daaraan voorafgaande inkoop aan de beurstaks onderworpen.

“Deze voorafgaande beslissing heeft vooral een toegevoegde waarde op het vlak van de beurstaks.”

Een administratieve circulaire uit 2006¹¹ bevestigt dit en stelt: “omzettingen van rechten van deelneming worden voortaan aan de taks op de beursverrichtingen onderworpen voor wat betreft de verrichting waarbij de beleggingsvennootschap haar eigen kapitalisatieaandelen inkoop”.

De regeling van artikel 120, 3° WZGT (thans WDRT) is echter ruimer dan de afgeschafte bepaling van artikel 120, 4° WZGT.

Zij onderwerpt namelijk elke inkoop van eigen kapitalisatieaandelen door een beleggingsvennootschap aan beurstaks, zelfs als er geen wijziging is in de toekenningswijze van de netto-opbrengst. Aldus werd ook een conversie van een kapitalisatieaandeel in

een ander kapitalisatieaandeel in principe belastbaar.

Conversies van distributieaandelen blijven buiten schot, ook al switchte men naar kapitalisatieaandelen. De inkoop van een distributieaandeel is immers niet onderworpen aan beurstaks.

Sindsdien heerst er bijgevolg totale onzekerheid over het feit of de boekhoudkundige inkoop van een kapitalisatieaandeel vrijgesteld kan blijven van beurstaks.

5 In deze beslissing van februari 2017 bevestigt de Dienst Voorafgaande Beslissingen nu dat deze vrijstelling wel kan. De redenen die zij hiervoor aanvaardt zijn de volgende:

- Volgens de indiener van de aanvraag wordt de conversie hier opgelegd door de beleggingsvennootschap en haar beheerder. Volgens de DVB wordt de omruiling hierdoor ambtshalve gedaan, zonder het akkoord van de beleggers.¹²

Er is met andere woorden geen order dat gegeven wordt door de belegger en bijgevolg ook geen sprake van actieve bemiddeling door een tussenpersoon om een order te plaatsen en/of uit te voeren. Deze beslissing ligt dan ook in het ver-

11 *Circulaire nr. 12/2006 (AFZ 9/2006) van 18 mei 2006.*

12 *Randnummer 17.1 van de beslissing.*

lengde van eerdere beslissingen van de Administratie dat de bank in die omstandigheden dan ook geen tussenpersoon meer is voor de realisatie van een order van de belegger, maar eerder een uitvoeringsloket van een beslissing van de emittent van het aandeel.

Op grond van artikel 126/1 WDRT is deze verrichting dan ook niet onderworpen aan beurstaks.

- Er is geen fiscaal misbruik in die zin dat er een objectieve aanleiding is (nieuwe MiFID II-regeling) en men niet louter voor fiscale doeleinden van de meer getaxeerde kapitalisatieaandelen naar vrijgestelde distributieaandelen gaat.
- Er is geen overdracht van eigendom van de ene belegger naar een andere belegger. Dit argument wordt hier m.i. ten onrechte ingeroepen, daar de vereiste van eigendomsoverdracht voor beurstaks enkel op andere effecten van toepassing is en niet op inkoop van kapitalisatieaandelen van BEVEKS. Deze laatste verrichting werd immers in 1993 expliciet belastbaar gesteld in de wet omdat er in principe enkel eigendomsoverdracht is naar de emittent en niet naar een derde. Wel is het zo dat de conversie geen aanleiding geeft tot een betaling in cash, zodat het ook moeilijk wordt om hierop in de praktijk een beurstaks te heffen

als er geen andere cash op de rekening staat.

- 6 Belangrijk aspect in dit dossier zijn de omstandigheden waarin deze conversie gebeurt: zij wordt opgelegd door de beleggingsvennootschap en haar beheerder zelf. Er is met andere woorden geen vrije keuze voor de belastingplichtige om de omzetting te doen. Bovendien gebeurt ze met het oog op de toepassing van de nieuwe regelgeving onder MiFID II. Er is met andere woorden een justificatie van de verrichting, zodat zij niet puur fiscaal is.

Het is spijtig dat we uit de gepubliceerde versie van deze voorafgaande beslissing niet meer te weten kunnen komen over de juridische grondslag die het mogelijk maakt dat de beleggingsvennootschap en haar beheerder deze beslissing kunnen nemen. Op dit vlak is het niet uitgesloten dat de regels van het Belgisch recht kunnen verschillen van die van het Luxemburgs recht. In de beslissing is er trouwens enkel sprake van BEVEK of SICAV, zodat we niet exact weten of het een Belgisch of Luxemburgs vehikel is. Niettemin wordt er vermeld dat de rechten van deelneming van dit fonds via een Belgische inrichting van de indiener gecommmercialiseerd worden bij Bel-

056 gische klanten.¹³ De kans is dus waarschijnlijk groot dat het geen Belgische BEVEK betreft.

7 Er bestaan ook nog andere argumenten om te kunnen verdedigen dat er continuïteit is van de belegging en ze bij dezelfde eigenaar is gebleven, ondanks de boekhoudkundige verrichting van inkoop, zoals hiervoor vermeld.

- Zo worden conversies binnen hetzelfde compartiment niet beschouwd als een nieuwe inschrijving voor de FSMA. Dit is ook de reden waarom een switch van aandelen binnen hetzelfde compartiment niet onderworpen wordt aan de retributie voor de FSMA.
- De boekhoudkundige verwerkingen als inkoop en uitgifte zijn enkel nodig omdat er een nieuwe ISIN-code aan het nieuwe aandeel kleeft. Voor reconciliatiedoeleinden dient men namelijk te weten hoeveel oude aandelen uit circulatie gaan en hoeveel nieuwe er in omloop worden gebracht.
- Er is ook geen verlies van belastbare materie omdat de beurstaks bij een latere verkoop van het recht van deelneming berekend wordt op de verkoopprijs, ongeacht de datum en de prijs van aanschaffing.

- Een onderwerping van de conversie van een kapitalisatieaandeel binnen dezelfde BEVEK of binnen hetzelfde compartiment aan beurstaks, leidt uiteindelijk tot dubbele taxatie van dezelfde participatie.

BESLUIT

Deze voorafgaande beslissing heeft vooral een toegevoegde waarde op het vlak van de beurstaks.

Gelet op de uitdrukkelijke formulering in de administratieve circulaire van 2006 dat omzettingen van kapitalisatieaandelen in principe belastbaar zijn, bestond er een risico om een andere stelling in te nemen, zonder hieromtrent een voorafgaande beslissing te hebben bekomen.

Met deze beslissing wordt er nu toch al een opening geboden voor fiscale neutraliteit wanneer deze verrichting in bepaalde omstandigheden gebeurt.

Daar de feitelijke omstandigheden bij het beslissingsproces relevant zijn en deze kunnen verschillen naargelang het land waar het fonds gevestigd is, is het altijd aangewezen om vooraf na te gaan hoe dit proces verloopt en hiervoor een ruling te vragen.

13 Randnummer 9 van de beslissing.

Niettemin is het perfect verdedigbaar dat de wijzigingen in de aandelenstructuur om tegemoet te komen aan de nieuwe regels van MiFID II, beschouwd kunnen worden als een ‘corporate action’ die geen actieve opdracht van de belegger veronderstelt.

De aanvraag van een ruling is zeker nuttig omdat het fiscaal risico, alsook het reputatierisico voor de financiële tussenpersoon blijven, ook al komt de

beurstaks in principe economisch ten laste van de belegger. Een (financiële) tussenpersoon heeft immers de verplichting om correct roerende voorheffing en beurstaks in te houden en door te storten aan de Schatkist.

Voor beurstaks kan men bij fiscale controle tot 6 jaar teruggaan en riskeert de tussenpersoon een boete tot 500% van de ontdoken belasting.

Dr. Alberto Lissi¹ PH.D. IN LAW, ATTORNEY,

SWISS CERTIFIED TAX EXPERT, PARTNER AT TAX PARTNER AG, ZURICH

Ursula Wechner-Roth² SWISS CERTIFIED TAX EXPERT, BACHELOR

IN BUSINESS ADMINISTRATION KSZ, SENIOR ADVISOR AT TAX PARTNER AG, ZURICH

TAXATION OF SWISS COLLECTIVE INVESTMENT SCHEMES FOR FOREIGN INVESTORS

Foreign investors investing in Swiss collective investment schemes need to consider in particular the Swiss withholding tax on the fund income. This tax burden can be reduced efficiently by investing in Swiss Collective Investment Schemes qualifying for respective exemptions.

1. Introduction

There are several tax aspects to consider with regard to investments in Swiss Collective Investment Schemes (CIS). Collective investment schemes set-up in Switzerland often play a secondary role in the global fund market; the reason for this secondary role may be manifold but Swiss withholding tax plays an important role. This article is

mainly focusing on opportunities with regard to Swiss withholding tax, which may render investments in Swiss CIS attractive for foreign investors.

2. Swiss Collective Investment Schemes

According to the definition in the Swiss Collective Investment Scheme Act (CISA) a collective investment scheme is considered where assets are raised from investors for the purpose of collective investment, and which are managed for the account of such investors. For the purpose of Swiss taxation, CIS according to Swiss law are basically divided into two categories: i) contractual funds (FCP's), investment companies with variable capital (SICAV's) and limited liability partnerships that are treated as "transparent" and ii) investment companies with fixed capital (SICAF's) that are treated as "opaque".

1 Ph.D. in law, Attorney, Swiss Certified tax expert, Partner at Tax Partner AG, Zurich

2 Swiss Certified tax expert, Bachelor in Business Administration KSZ, Senior Advisor at Tax Partner AG, Zurich

3. Taxation of transparent collective investment schemes

A. SWISS WITHHOLDING TAX ON INCOME FROM TRANSPARENT SWISS CIS

A transparent Swiss CIS is not considered as a tax subject and investment income from transparent Swiss CIS is not subject to income tax in Switzerland for the foreign resident investor. However, Swiss withholding tax of 35% is levied on income from such CIS. It is important to note that such income generated by Swiss CIS's that are treated as "transparent" is subject to Swiss withholding tax of 35%, irrespective of whether the income is distributed or accumulated³. This means, that also income from accumulating CIS is subject to Swiss withholding tax. In case of capital gains generated by the CIS, an exemption from the withholding tax liability applies, provided that the capital gains are accounted for separately in the financial accounts of the Swiss CIS and – in case of distributing CIS's – if the capital gains are distributed with separate coupons.

A Swiss resident investor may reclaim the Swiss withholding tax deducted from the income received or generated by the CIS if he is the beneficial owner of the shares in the CIS, and has de-

clared the income from the shares held in the CIS in his annual tax return. A foreign investor can generally only claim back – part of – the Swiss withholding tax based on the terms of an applicable Double Tax Treaty. According to most Double Tax Treaties between Switzerland and foreign countries, a 15% residual Swiss withholding tax will remain if the dividend article⁴ applies, while the interest article⁵ regularly provides full exemption from Swiss withholding tax. According to the practice of the Swiss Federal Tax Administration the more attractive interest article of the relevant Double Tax Treaty applies in case the Swiss CIS provides for evidence that the main part of its income derives from interest rather than from dividend.

Exemption: "Affidavit"

As an exemption to the mentioned rule⁶ or as a mode to enhance attractiveness of Swiss CIS for foreign resident investors, income and distributions from Swiss CIS generating at least 80% of their income from foreign sources are not subject to Swiss withholding tax and the Swiss CIS can make use of the so-called "affidavit" procedure with regard to non-Swiss resident investors. In this case withholding tax exonera-

³ According to Article 4 paragraph 1 litera c of the Swiss withholding tax law (SWTL).

⁴ Article 10 of the OECD Model Tax Convention.

⁵ Article 11 of the OECD Model Tax Convention.

⁶ Swiss withholding tax being levied and the possibility of (partial) refund based on Treaty law.

060 tion is granted based on Swiss domestic law⁷.

Exemption: Real estate funds

Income from Swiss CIS with direct investments in real estate are basically also subject to Swiss withholding tax. However, there is an important exemption: income from direct investments in real estate, such as rental income, income from capital gains, etc. are exempt from Swiss withholding tax if distributed with a separate coupon. This is also applicable for income of such CIS from other Swiss CIS with direct investments in real estate, which fulfill the respective criteria. Other income, such as interest income from cash positions, is subject to Swiss withholding tax⁸. These Swiss CIS, however, are – as an exception to the general principle of tax transparency – subject to Swiss income and equity taxes on federal level and on cantonal and municipal level, at the location of the real estate.

This exemption does not apply for real estate funds with indirect investments in real estate. Those are taxed like ordinary transparent funds.

7 See Article 27 of the Swiss withholding tax law and Circular of the Swiss Federal Tax Administration No 24 of 1 January 2009, section 2.1.5.6.

8 According to Circular of the Swiss Federal Tax Administration No 24 of 1 January 2009, section 2.1.11.

B. SWISS AND FOREIGN WITHHOLDING TAX SUFFERED BY THE TRANSPARENT SWISS CIS ON INCOME FROM ITS INVESTMENTS

Income generated by Swiss CIS's is in general subject to Swiss or foreign withholding tax. In order to avoid a double taxation, the Swiss CIS is eligible to reclaim Swiss withholding tax suffered on the income from its Swiss investments (mainly dividends from Swiss corporations and interest from Swiss bonds) based on the Swiss withholding tax law⁹. In general, the Swiss CIS is not able to reclaim foreign withholding taxes as it is not considered to be tax resident in Switzerland according to Treaty law. Therefore, generally only the foreign investor himself can apply for refund of foreign withholding tax based on the Double Tax Treaty of the foreign investor with the country of origin of the income.

4. Opaque collective investment schemes (SICAF)

A. SWISS WITHHOLDING TAX ON INCOME FROM THE SWISS SICAF

Swiss opaque CIS, such as investment companies with fixed capital (SICAF)¹⁰, is subject to Swiss income and equity tax on federal, cantonal and municipal

9 According to Article 26 of the Swiss withholding tax law.

10 According to Article 110 of the Federal law for collective capital investments, KAG (SR 951.31).

level, whereas the participation relief should apply for participation income (dividends and capital gains from qualifying investments), which can reduce income taxation considerably. Income including capital gains from closed-ended “opaque” CIS’s (SICAF) is, in general, only subject to Swiss withholding tax at the time of the distribution to the investors. The notification procedure may apply in case of qualifying corporate investors. If paid to a foreign individual investor, the notification procedure does not apply and the 35% Swiss withholding tax is levied on the distribution. A foreign investor can generally only claim back part of the withholding tax – based on the terms of the dividend article of an applicable Double Tax Treaty. According to most Double Tax Treaties of Switzerland with foreign countries, a 15% residual withholding tax will remain. Generally, the foreign investor can further apply for a tax credit of the residual part of the Swiss withholding tax.

B. SWISS AND FOREIGN WITHHOLDING TAX SUFFERED BY THE SWISS SICAF

Swiss opaque funds (SICAF) are generally eligible to reclaim Swiss withhold-

ing tax suffered on the income from their Swiss investments (mainly dividends from Swiss corporations and interest from Swiss bonds) based on the Swiss withholding tax law and foreign withholding tax based on the applicable Double Tax Treaty between Switzerland and the country of origin of the income.

CONCLUSION

Investments in Swiss CIS, mainly transparent CIS, may be quite interesting from a tax perspective for foreign investors. With regard to Swiss withholding tax, mainly the following possibilities are of interest:

- › Investments in a transparent Swiss CIS with at least 80% foreign (non-Swiss) source income: In this case, the income from this CIS to the foreign investors may be exempt from Swiss withholding tax.
- › Investments in a transparent Swiss CIS with direct investments in real estate: The income generated from the investments in real estate is exempt from Swiss withholding tax.

TAX HOLIDAY HOUSE AAN DE ZEEUWSE RIVIERA OF EEN (RECREATIE)WONING AAN DE ZEEUWSE KUST ALS BELEGGINGSALTERNATIEF

Uit financieel oogpunt is er tegenwoordig veel interesse voor een tweede woning in Zeeuws-Vlaanderen. Voor eigen gebruik of verhuur. De interesse is gelegen in een lagere aanschafprijs dan vergelijkbaar onroerend goed in België (of Frankrijk). De rendementen, zeker als die worden vergeleken met de rente die de bank vergoedt, zijn aantrekkelijk. Ook is er nog steeds de mogelijkheid om als niet-inwoner van Nederland vrij van schenkingsrecht onroerend goed in Nederland te schenken, al dan niet met voorbehoud van vruchtgebruik. De registratierechten (overdrachtsbelasting genaamd) zijn aanzienlijk lager dan in België.¹

Inkomstenbelastingaspecten

Wat eigen is aan ieder land is de belastingheffing. In Nederland is de zogenaamde forfaitaire rendementsheffing van box III van belang, want daaronder vallen (aan derden) verhuurde onroerende zaken en tweede woningen. De vermogensrendementsheffing (hierna:

VRH) is opgenomen in hoofdstuk 5 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). Het typerende is dat niet het daadwerkelijk gegeneerde rendement wordt belast, maar de VRH dit forfaitair vaststelt op een bepaald percentage van de werkelijke waarde, de zogenaamde rendementsgrondslag. Box III wordt ook wel rest-box genoemd, als een voordeel niet op grond van box I (winst uit onderneming, loon, inkomsten uit eigen woning) of inkomen uit aanmerkelijk belang (box II) wordt belast vindt heffing plaats in box III op grond van art 2.14 Wet IB 2001

Tot 1 januari 2017 gold een uniform percentage van 4%, maar sindsdien varieert dit van 2,87% voor vermogen met een waarde van € 0 tot € 75.000 (eerste schijf), via 4,60% voor vermogen vanaf € 75.000 tot € 975.000 (tweede schijf) naar (in de laatste en derde schijf) zelfs 5,39%. Dit forfaitair bepaalde rendement wordt belast naar één vast tarief van 30%, zodat de VRH die vóór 1 januari 2017 1,20% bedroeg in 2017 op-

¹ www.hennotariaat.nl.

loopt van 0,86 % (eerste schijf), via 1,38% (tweede schijf) naar 1,61% (derde schijf). De rendementsgrondslag per 1 januari 2018 zal als volgt zijn: van 2,65% voor de eerste schijf, via 4,52% voor de tweede schijf naar 5,38% voor de derde schijf zodat de VRH per saldo 0,79% (eerste schijf) bedraagt, via 1,36% (tweede schijf) naar 1,61% (derde schijf). Met name in de derde schijf is er sprake van een aanmerkelijke verzwarening ten opzichte van de situatie voor 1 januari 2017. Een ontgaansmogelijkheid hier voor is beleggingsvermogen uit Box III over te hevelen naar Box II middels een (informele) kapitaalstorting in de eigen B.V., het zogenaamde “Box hoppen”.

De peildatum is 1 januari van elk kalenderjaar. Dit heeft enigszins het karakter van een vermogensbelasting maar omdat de grondslag verschilt van die bij een normale vermogensbelasting en de VRH is ondergebracht in de Wet IB 2001 is er sprake van een inkomstenbelasting en geen vermogensbelasting. Dit is ook zo door de Hoge Raad, de hoogste rechterlijke instantie in Nederland, bevestigd, in het arrest van 1 december 2006, nr. 42.211, BNB 2014/170.

In beginsel kan een gemeenschappelijk inkomen in box III vrijelijk worden toegerekend aan de partners zodat men de eerste schijf kan laten vollo-

pen zodat niet te snel aan de volgende twee schijven wordt toegekomen, dit is een zogenaamde tariefprogressie. De niet in Nederland woonachtige eigenaar van onroerende zaken heeft echter geen persoonsgebonden aftrek hetgeen strookt met het beginsel van internationaal belastingrecht dat uitgaven die samenhangen met persoonlijke omstandigheden alleen in de woonstaat in aanmerking worden genomen. Verder is het zo dat bezitting en schuld gezamenlijk worden toebedeeld zodat vrijstelling wordt verleend voor het nettobestanddeel.

Een gedeelte van het vermogen is vrijgesteld van VRH. Dit is in 2017 een bedrag van € 25.000 per persoon maar het nieuwe kabinet is voornemens dit te verhogen naar € 30.000 per persoon.

De rendementsgrondslag is de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden². Deze rendementsgrondslag kan evenwel nooit negatief zijn. In artikel 5.3, lid 2 Wet IB 2001 zijn de bezittingen limitatief omschreven:

- a. onroerende zaken;
- b. rechten die direct of indirect op onroerende zaken betrekking hebben zoals rechten van erfpacht, opstal of beklemming, een appartements-

² Art. 5.3, lid 1 Wet IB 2001.

- 064 recht en rechten van vruchtgebruik, gebruik en/of bewoning;
- c. et cetera;
 - d. overige vermogensrechten met waarde in het economisch verkeer.

Onder de sub a genoemde onroerende zaken vallen onder meer (niet limitatief) tweede woningen, vakantiewoningen en verhuurde onroerende zaken. Ook verpachters vallen voor de waarde van de verpachte grond onder de VRH.

De blote eigendom van onroerende zaken valt onder artikel 5.3, lid 2, onderdeel b Wet IB 2001.

“Het rendement op een nieuw vakantiehuis is nog eens 21% hoger bij verhuur omdat je de btw terug krijgt.”

Het lidmaatschapsrecht van een Vereniging van Eigenaren (VvE) dient te worden aangemerkt als een vermogensrecht³ dat voor de rendementsgrondslag in aanmerking dient te worden genomen voor de waarde in het economisch verkeer. Gevolg is dat het breukaandeel dat een appartementsge-rechtigde in een gebouw heeft voor wat

betreft dat aandeel in de onderhouds- en reservefondsen van dat gebouw ook getroffen wordt door de VRH.

De schulden komen op de bezittingen in mindering, waaronder worden verstaan de verplichtingen met waarde in het economisch verkeer zoals de financiering ter zake van de aanschaf, echter de kosten niet. Schulden worden op grond van artikel 5.3 lid 3 onderdeel e Wet IB 2001 alleen in aanmerking genomen voor zover ze meer dan € 3.000 bedragen, een zogenaamde drempel-vrijstelling.

Uitgangspunt voor de waardering van in de rendementsgrondslag te betrekken vermogensbestanddelen is de waarde in het economisch verkeer⁴. De jurisprudentie hierover is ruimschoots aanwezig en zeer casuïstisch. Het draait om de werkelijke stand van zaken van de bezittingen en schulden per peildatum. Later opgekomen feiten en omstandigheden die reeds van toepassing waren op de peildatum mogen worden verdisconteerd in de waardering van de bezittingen en schulden.

Bij verpachte of verhuurde staat is er sprake van een lagere waarde dan de waarde in vrije staat. Voor verhuurde woningen is er een aparte waarde-

3 Ex art. 5.3 lid 2 onderdeel f Wet IB 2001.

4 Ex art. 5.19 lid 1 Wet IB 2001.

ringsregel.⁵ Tweede woningen, vakantiewoningen en verhuurde woningen worden gewaardeerd op basis van de Wet Waardering Onroerende Zaken (Wet WOZ) vastgestelde waarde. Voor verhuurde woningen zijn er nog aanvullende waarderingsregels van toepassing zulks in verband met de waardedrukkende werking van verhuur maar die zijn alleen van toepassing als de huurder recht heeft op de wettelijke huurbescherming in Titel 4, Boek 7 Burgerlijk Wetboek, welke buiten het bestek van dit artikel vallen. Verhuur van vakantiewoningen en tweede woningen die gewoonlijk kortlopend is valt in de regel niet gemelde huurbescherming.

Blote eigenaren vallen onder de VRH en vruchtgebruikers ook, mits het vruchtgebruik niet krachtens erfrecht is verkregen. Echter de bijzondere WOZ-waardering van artikel 5.20 Wet IB 2001 is niet van toepassing op de blote eigenaar omdat de woning niet in belangrijke mate ter beschikking staat aan de blote eigenaar. Ook voor de vruchtgebruiker geldt artikel 5.20 Wet IB 2001 niet omdat het vruchtgebruiksrecht deel uitmaakt van de rendementsgrondslag en niet de woning, zoals het betreffende artikel aangeeft

zodat de waarde in het economisch verkeer het uitgangspunt is.

Buitenlandse belastingplicht

Als u al niet in Nederland woont, maar inkomsten geniet in Nederland (Nederlands inkomen) wordt u aangemerkt als buitenlands belastingplichtige.⁶

Ten aanzien van de buitenlandsbelastingplichtige wordt inkomstenbelasting geheven over het door hem in het kalenderjaar genoten belastbare inkomen uit sparen en beleggen in Nederland, derhalve over de box III inkomsten.⁷ De voordelen worden op dezelfde wijze belast als die bij de binnenlandse belastingplichtigen in Nederland.

Buitenlandse belastingplichtigen kunnen bij dubbele heffing een beroep doen op een eventueel door hun woonland met Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting of een in hun woonland toepasselijke regeling ter voorkoming van dubbele belasting.

Een buitenlands belastingplichtige heeft in beginsel geen recht op heffingsvrij vermogen zoals binnenlandse belastingplichtigen tenzij een non-dis-

⁵ Art. 5.20 Wet IB 2001.

⁶ Art. 2.1, onderdeel b Wet IB 2001.

⁷ Art. 7.1, sub c van de Wet IB 2001.

066 criminatiebepaling in een belasting-verdrag daartoe dwingt.

Tot de (belastbare) Nederlandse bezittingen worden volgens artikel 7.7 lid 2 Wet IB 2001 gerekend⁸: in Nederland gelegen onroerende zaken en rechten die direct of indirect betrekking hebben op in Nederland gelegen onroerende zaken. Dit is dus hetzelfde criterium als bij artikel 5.3 Wet IB 2001. Voor de peildatum geldt voor zowel buitenlandse als binnenlandse belastingplichtigen: 1 januari. Indien men slechts een deel van een jaar eigenaar is, wordt geheven naar rato van het aantal maanden dat iemand gerechtigd is, waarbij gedeelten van kalendermaanden buiten aanmerking blijven.⁹

Overdrachtsbelasting

In België kent men registratierecht dat meer dan 10% bedraagt tenzij er sprake is van zogenaamd “klein kadastraal beschrijf”. Bij de verkrijging in Nederland (waaronder begrepen schenking en aankoop) van onroerende zaken en rechten (bijvoorbeeld vruchtgebruik) waaraan deze zijn onderworpen is over de koopprijs of de waarde overdrachtsbelasting (hierna: ovb) verschuldigd op grond van artikel 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (hierna: Wbr). Voor woningen bedraagt deze

2% en voor niet woningen 6%, tenzij er sprake is van een vrijstelling zoals bij de verkrijging van bedrijfsmatig gebruikte agrarische grond. Oorspronkelijk was de ovb-heffing voor woningen ook 6% maar om de woningmarkt uit het slop te halen is enige jaren geleden de heffing (tijdelijk?) verlaagd naar 2%. Voorlopig ziet het er niet naar uit dat dit percentage weer wordt verhoogd. De betaling van overdrachtsbelasting vindt gelijk plaats met die van de koopprijs via de Nederlandse notaris die de onroerende zaak overdraagt.

Een interessant aspect voor de ovb is dat bij overdracht binnen een bepaald tijdsbestek de ovb over de tweede verkrijging verminderd kan worden met de ovb die is verschuldigd over de eerste verkrijging mits die niet verder is gelegen dan 6 maanden voor de tweede verkrijging.¹⁰ Bij een schenking van de blote eigendom van een woning van ouder(s) aan kinderen waarbij de ouder(s) dan wel de langstlevende van hen het vruchtgebruik voorbehouden binnen 6 maanden na de oorspronkelijke verkrijging, kan zo dubbele heffing worden voorkomen.

Het aan een lidmaatschapsrecht van een VvE verbonden breukaandeel dat een appartementsgerechtigde in een

⁸ Art. 7.7, lid 2 Wet IB 2001.

⁹ Art. 7.7, lid 4 Wet IB 2001.

¹⁰ Art. 13, lid 1 Wbr.

“Als je de eigendom van de (vakantie)woning opknipt (in bloot-eigendom en vruchtgebruik) vier je vakantie op kosten van de Nederlandse fiscus omdat je optimaal profiteert van de vrijstelling en de tariefprogressie.”

gebouw heeft, dat voor wat betreft dat breukaandeel in de Onderhouds- en Reservefondsen van dat gebouw ook getroffen wordt door de VRH, is vrijgesteld van ovb.

Omzetbelasting

Als er sprake is van een nieuw gebouwde vakantiewoning die wordt gekocht van een ondernemer is er geen overdrachtsbelasting verschuldigd maar Omzetbelasting (Ob), zulks op basis van de Wet op de Omzetbelasting 1968. Deze bedraagt 21% en is gewoonlijk in de koopprijs begrepen. Als de koper handelt als particulier, is men dit bedrag kwijt maar indien de koper opteert voor het ondernemerschap, kan de koper de Ob over de aankoop-prijs terugvorderen.¹¹ De koper annex verhuurder dient wel Ob ad 6% in rekening te brengen aan huurders en die vervolgens af te dragen. Ob begrepen in reparatie en onderhoud van de woning is weer aftrekbaar. Na 10 jaar

Ob belaste verhuur kan men de woning vervreemden zonder een deel van de afgetrokken Ob te moeten terugbetalen. Bij vervreemding binnen 10 jaar na aanschaf dient men in beginsel de Ob over het nog niet verstreken 10-jarig gedeelte alsnog af te dragen tenzij de volgende koper ook opteert voor Ob.

Omdat men alleen voor de Ob voor het ondernemerschap kiest en niet voor de Inkomstenbelasting blijft de woning in box III in de IB belast. Als er een nieuwbouwwoning wordt gekocht middels een gesplitste aankoop of alleen de blote eigendom wordt geschonken, kwalificeert alleen de vruchtgebruiker als Ob ondernemer. Voor de Inkomstenbelasting worden zowel de blote eigenaar als vruchtgebruiker geconfronteerd met box III. Aangezien de Ob een Europese belasting is, wordt op de systematiek niet verder ingegaan.

Erf- en schenkbelasting

Nederland gaat voor deze belastingen uit van de woonplaats van respectievelijk erfflater dan wel schenker. Indien die persoon ten tijde van overlijden dan wel schenking in Nederland woonde, is de verkrijger erfbelasting dan wel schenkbelasting verschuldigd.¹² Indien

¹¹ Ex art. 7, lid 2 onder b Wet Ob.

¹² Art. 1, Successiewet 1956 (hierna: Sw).

068 de erflater of schenker dus niet in Nederland woont, heft de Nederlandse fiscus in beginsel niet.

Vroeger werd op grond van “het recht van overgang” wel geheven aan hetzelfde tarief als bij de schenk- en erfbelasting indien er bijvoorbeeld een in Nederland gelegen woning krachtens schenking of erfrecht overging zijdens een schenker of erflater die niet in Nederland woonde, maar aangezien de heffing inmiddels is afgeschaft, kan er door een niet in Nederland woonachtige schenker belastingvrij worden geschonken in Nederland. Wordt dus de (blote)eigendom van een woning geschonken aan kinderen door ouders die niet in Nederland maar in België wonen dan is er dus geen schenkingsrecht verschuldigd, alleen ovb. Er dient wel gelet te worden op de woonplaatsficties van artikel 3 Sw:

1. Een Nederlander, die binnen het Rijk heeft gewoond en binnen tien jaren, nadat hij het Rijk metterwoon heeft verlaten, is overleden of een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van zijn overlijden of van het doen van de schenking binnen het Rijk te hebben gewoond.
2. Onverminderd het in het eerste lid bepaalde wordt ieder, die binnen het Rijk heeft gewoond en binnen een jaar,

nadat hij het Rijk metterwoon heeft verlaten, een schenking heeft gedaan, geacht ten tijde van het doen van de schenking binnen het Rijk te hebben gewoond.

Verder dient er te worden gelet op de woonplaats van de begiftigden per individueel geval voor het geval die niet in België wonen aangezien andere woonstaten bijvoorbeeld vermogensbelasting heffen (zoals Frankrijk of de V.S.).

De “kaasroute”

De mogelijkheid om geld, goud, aandelen of effectenportefeuilles te schenken als Belgische ingezetene via een Nederlandse notaris zonder registratierecht te betalen, mag bekend worden verondersteld. Bij overlijden van de schenker, mits tenminste 3 jaar geleden na de schenking, is de verkrijger geen erfbelasting verschuldigd in België. Sinds 4 april 2016 probeert de Vlaamse Belastingadministratie (VLABEL) het belastingvrij schenken met voorbehoud van vruchtgebruik te frustreren. Echter schenking van in Nederland gelegen onroerende zaken met voorbehoud van vruchtgebruik wordt niet getroffen door de regeling van 4 april 2016 van VLABEL zodat een inwoner van Vlaanderen niet (meer) geconfronteerd wordt met de heffing van successierecht indien het vruchtgebruik

uitdoeft bij overlijden van de schenker en de blote eigendom (schenk- en erfbelastingvrij!) aanwast bij de begiftigde tot volle eigendom. Ter illustratie geven we onderstaand voorbeeld.

Voorbeeld

Een man van 68 jaar en zijn vrouw van 66 jaar, beiden van Belgische nationaliteit en aldaar woonachtig, hebben de gemeenschappelijke eigendom van een in Nederland gelegen tweede woning met een zakelijke (en WOZ) waarde van € 500.000.

Vrijgesteld is € 25.000 per persoon, ofwel € 50.000. Het meerdere ad € 450.000 is belast met VRH: $0,86\% \times € 150.000 (2 \times 75.000) + 1,38\% \times € 300.000 = € 5.430$.

Om optimaal te profiteren van het Hefingsvrije Vermogen en het progressievoordeel wordt er eind 2017 besloten om de woning aan de 2 kinderen te schenken onder voorbehoud van vruchtgebruik van de ouders dan wel de langstlevende van beiden. Op basis van de waarderingsgrondslagen in de Sw zoals die in Nederland gelden, bedraagt de waarde van het vruchtgebruik € 300.000 en de waarde van de blote eigendom derhalve € 200.000.

De VRH over de blote eigendom is als volgt: vrijgesteld is € 30.000 per per-

soon, ofwel € 60.000. Het meerdere ad € 140.000, ofwel € 70.000 per persoon is belast tegen $0,79\% = € 1.106$.

De VRH over het vruchtgebruik is als volgt: vrijgesteld is € 30.000 per persoon, ofwel € 60.000. Het meerdere ad € 240.000 is belast, voor wat € 150.000 ten $0,79\%$ en het restant ad € 90.000 tegen $1,36\% = € 3.120$.

Tezamen is de VRH in 2018 derhalve € 4.226, in plaats van € 5.430 in 2017, waarbij aangemerkt dient te worden dat er een éénmalige schenking dient plaats te vinden waarbij Ovb is verschuldigd: 2% over € 200.000 = € 4.000.

Zijn er huurinkomsten dan zijn die verder niet belast in Nederland.

Lokale lasten

Waterschapslasten (polderbelasting), onroerendzaakbelasting, forensenbelasting en dergelijke blijven in dit gebeuren buiten beschouwing aangezien ze per gemeente verschillen qua hoogte en niet alle gemeenten gelijksoortige lokale belastingen en heffingen hebben. Wel vindt heffing plaats op basis van de WOZ-waarde.

CONCLUSIE

Door de eigendom van in Nederland gelegen onroerende zaken op te knippen via de blote eigendom-vruchtge-

070 bruikconstructie kan er optimaal gebruik worden gemaakt van enerzijds het Heffingsvrije Vermogen dat per 1 januari € 30.000 per persoon zal bedragen en anderzijds het progressievoordeel nu er sinds een jaar met schijven wordt gewerkt.

Bij verhuur kan er zelfs nog 21% van de koopprijs terugkomen indien geopteerd wordt voor het ondernemerschap voor de Ob.

Als er in Nederland gelegen onroerende zaken geschonken worden kan de overdrachtsbelasting eveneens beperkt worden door het opknippen via de blote eigendom-vruchtgebruikconstructie. Tot slot blijft de kaaroute voor Vlamingen interessant: belastingvrij schenken met voorbehoud van vruchtgebruik, geen ongewenste erfbelasting gevolgen en inkomstenbelastingvrije huurinkomsten. Kortom een zonnig fiscaal klimaat.

FACE-À-FACE FISCAL ENTRE UNE ASSURANCE-PLACEMENT ET UNE SICAV

Si les assurances-placement des branches 21 et 23 présentent quelques caractéristiques communes avec les sicav sur un plan purement financier, leur encadrement légal et fiscal affiche des dissemblances assez marquées.² La présente contribution vise à recenser les différences majeures qui existent entre ces deux instruments de placement sur le plan fiscal, et ce dans le chef de l'investisseur.³ L'examen se limite aux investisseurs particuliers (personnes physiques).

1. Sicav de capitalisation non obligatoire *versus* assurance-placement en branche 23 (non obligatoire)

Entamons notre tour d'horizon par une comparaison entre une sicav de capitalisation non obligatoire et une assurance-placement de la branche 23 non obligatoire, sans garantie de rendement. Ces instruments de placement sont tous deux exonérés de précompte mobilier sur les plus-values. La fiscalité s'y oriente sur un autre plan.⁴

- › En ce qui concerne les sicav de capitalisation, le produit de la vente ou du rachat est grevé d'une taxe sur opérations de bourse, en abrégé la TOB (art. 120 et suivants CDTD).
- › En ce qui concerne les assurances-placement, les primes sont grevées d'une taxe sur primes (art. 173 et suivants CDTD).

¹ www.vereycken.be.

² Pour une analyse plus étoffée du cadre légal et fiscal des assurances-placement et du rôle qu'elles peuvent jouer dans une perspective de transmission patrimoniale et de planification successorale, voy. P. VAN EESBEECK et J. RUYSEVELDT, *Assurances-placement*, Knokke, Lex Forum, 2014 (346 p.).

³ Le rendement net que l'investisseur distille de son placement est, outre bien entendu la performance financière proprement dite, non seulement déterminé par la fiscalité mobilière que supporte directement l'investisseur, mais aussi par la fiscalité (particulièrement complexe et donc difficile à quantifier) à laquelle sont soumis les assureurs et sociétés d'investissement belges ou étrangers sur les instruments de placement sous-jacents, eux aussi belges ou étrangers. Songeons notamment au précompte mobilier, dû ou pas dû / imputable ou non / récupérable ou non, au régime des 'revenus définitivement taxés' (en tenant compte aussi des traités préventifs de double imposition conclus par la Belgique, le Luxembourg, l'Irlande,...), etc.

⁴ Nous faisons ici abstraction de la taxe annuelle dite 'd'abonnement' de 0,0925% (cf. art. 161-162 C.succ.), qui s'applique de manière analogue aux assurances-placement et aux sicav (voy., en ce qui concerne les assurances-placement, P. VAN EESBEECK et J. RUYSEVELDT, *Assurances-placement*, Knokke, Lex Forum, 2014, 54-56).

072 Les différences majeures entre la TOB et la taxe sur primes sont les suivantes.

- › Le taux de la TOB sur les sicav de capitalisation n'est que de 1,32 % (art. 121, § 2 CDTD)⁵ et est donc moins élevé que le taux de la taxe sur primes en assurances-vie, qui est de 2 % (art. 175/3, al. 1er CDTD).⁶
- › S'ajoute à cela que la TOB sur les sicav de capitalisation est limitée à 4.000 euros par opération (art. 124 CDTD),⁷ ce qui, pour les transactions de plus grande envergure, constitue un avantage supplémentaire par rapport à la taxe sur les primes d'assurance-vie. Cette dernière se monte en effet invariablement à 2 %, quel que soit le montant des primes versées.
- › La taxe sur primes est due 'à l'entrée', à savoir à l'occasion du paiement de la prime (art. 176/1 CDTD), tandis que la TOB est due 'à la sortie', à savoir lors de la revente ou en cas de conversions entre compartiments de la sicav de capitalisation (art. 120-121 CDTD). Malgré la mécompréhension parfois tenace qui semble régner à ce sujet, cette diffé-

rence en termes de moment d'imposition est neutre d'un point de vue purement financier et mathématique. Qu'une ponction de, prenons, 2 % s'applique lors de l'achat et donc sur la valeur d'investissement dans un mode de placement ou lors de la revente et donc sur sa valeur de réalisation ou de liquidation, ne change rien. L'exemple ci-dessous l'illustre :

- envisageons un placement de 100 avec une taxe de 2 %, respectivement due 'à l'entrée' et 'à la sortie' ;
- prenons que le placement double en valeur au fil des ans ;
- effet de la taxe :
 - taxe de 2 % 'à l'entrée' :
 $100 - 2 (2 \%) = 98 ; 98 \times 2 = 196 ;$
 - taxe de 2 % 'à la sortie' :
 $100 \times 2 = 200 ; 200 - 4 (2 \%) = 196.$

Une taxe 'à l'entrée', comme c'est le cas de la taxe sur primes, n'est donc nullement défavorable par rapport à une même taxe 'à la sortie'.⁸ Mais la perception est parfois différente. Remarquons encore qu'un éventuel relèvement de la taxe sur primes 'à

5 Ce taux a été revu plusieurs fois à la hausse ces dernières années (de 0,50% à 0,65%, pour passer ensuite à 1%, et dernièrement à 1,32% avec effet au 1^{er} janvier 2016).

6 La taxe sur primes a vu le jour en 2006. Son taux fut à l'époque fixé à 1,1%, avant d'être relevé à 2% avec effet au 1^{er} janvier 2013.

7 Ce plafond a lui aussi été revu plusieurs fois à la hausse. Il y a quelques années, il était encore de 1.500 euros. Par étapes, il est passé à 2.000 euros avant d'être doublé à 4.000 euros avec effet au 1^{er} janvier 2017.

8 Et ce contrairement au cas de figure ou p.ex le précompte mobilier est dû en cours de route (sur un coupon annuel) ou à la sortie (produits qui capitalisent le rendement, comme une obligation à coupon zéro). Être taxé plus tard ('à la sortie') sur le rendement (capitalisé) est plus avantageux par rapport à une taxation du rendement 'en cours de route'. Mais cette logique arithmétique ne vaut donc pas pour les taxes qui grèvent l'investissement (taxe sur primes 'à l'entrée' en ce qui concerne les assurances-placement) par rapport à celles qui grèvent le désinvestissement (TOB 'à la sortie' en ce qui concerne les sicav).

l'entrée' en cours de contrat n'aura aucune incidence sur les primes versées antérieurement, tandis qu'une éventuelle majoration de la TOB 'à la sortie' aura normalement bien un impact sur les montants déjà investis, lors de leur liquidation ultérieure (vente ou arbitrage). Dans cette perspective et si l'on craint une hausse des taux d'imposition dans le futur (le passé récent est assez illustratif à ce sujet et peut justifier une telle crainte), la taxation 'à l'entrée' est peut-être même à privilégier par rapport à une taxation 'à la sortie'.

- › Les arbitrages d'une sicav de capitalisation vers une autre ou vers un autre compartiment entraînent l'application répétitive de la TOB de 1,32 %, et ce même si les arbitrages interviennent entre compartiments d'une même sicav, alors que les arbitrages d'un fonds de la branche 23 vers un autre⁹ au sein de la même police n'entraînent pas d'application répétitive de la taxe sur primes de 2 %. De tels 'arbitrages'¹⁰

ne peuvent en effet être qualifiés de paiements de primes au sens de l'article 176/1 CDTD. En sachant que la plupart des assurances-placement ont un caractère viager (contrats dits 'open end'), parfois même sur deux têtes (auquel cas l'assurance se poursuit généralement à titre viager sur la tête de l'assuré survivant), cela signifie concrètement que la taxe sur primes ne sera due qu'une seule fois du vivant de l'assuré et éventuellement même de l'assuré survivant, même si plusieurs arbitrages ('transferts internes') sont opérés au sein de la police.

- › Le critère de rattachement géographique pour l'application de la taxe sur primes belge de 2 % est lié au lieu de résidence du preneur d'assurance. La taxe sur primes belge est ainsi due dès lors que le preneur d'assurance a sa résidence habituelle en Belgique, et ce même si l'assurance-vie est conclue auprès d'un assureur étranger et même si elle a été conclue sans l'intervention d'un quelconque intermédiaire belge.¹¹

9 Ou même, dans le contexte des assurances multi-supports de la 'branche 44', qui réunissent au sein du même contrat des modes de placement à rendement garanti de la branche 21 et des fonds d'investissement de la branche 23, des arbitrages de fonds d'investissement de la branche 23 vers des modes de placement de la branche 21 et inversement (au sujet de ces assurances-placement de la 'branche 44', voy. P. VAN EESBEECK et J. RUYSEVELDT, *Assurances-placement*, Knokke, Lex Forum, 2014, 49-53).

10 Les arbitrages au sein d'un contrat d'assurance-vie s'appellent des 'transferts internes' au sens de la définition n° 61 figurant dans l'Annexe 2 de l'A.R. du 14 novembre

2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie.

11 Selon l'article 157, 1. de la Directive 2009/138 du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance, "tout contrat d'assurance est exclusivement soumis aux impôts indirects et taxes parafiscales sur les primes d'assurance dans l'Etat membre où le risque est situé ou l'Etat membre de l'engagement". En ce qui concerne les assurances-vie conclues par des personnes physiques, l'Etat membre où le risque est situé ou l'Etat membre de l'engagement

074 La vente ou l'arbitrage d'une sicav à l'étranger, sans intervention aucune d'un quelconque opérateur ou intermédiaire belge, échappait jusqu'il y a peu à la TOB belge. La donne a changé en 2017 : dorénavant la TOB s'applique aussi aux opérations boursières exécutées intégralement 'à l'étranger' dès lors que l'ordre émane d'un résident belge (ajout d'un second alinéa à l'article 120 CDTD, avec effet au 1er janvier 2017)¹². Il se peut toutefois qu'une taxe boursière soit également due à l'étranger, si bien qu'une double imposition n'est pas à exclure, et ce contrairement à la taxe sur primes (voy. la note infrapaginale 10).

est, conformément à l'article 13, 13° et 14° de cette même directive, l'Etat membre où le preneur d'assurance a sa résidence habituelle. Il s'ensuit que lorsqu'un preneur d'assurance contracte une assurance dans un autre Etat membre, il ne peut jamais y avoir double imposition en ce qui concerne la taxe sur primes. Une double imposition est cependant possible dès lors que le contrat d'assurance est conclu avec un assureur établi en dehors de l'Espace économique européen.

La Cour européenne a encore précisé dans ce contexte que, pour la détermination de l'Etat membre où le preneur d'assurance a sa résidence habituelle, il ne faut pas se placer à la date de la conclusion de l'assurance ('approche statique'), mais bien à la date à laquelle la prime est versée ('approche dynamique'). Ceci signifie concrètement qu'une expatriation en cours de contrat, après quoi des primes seraient encore versées, a pour conséquence que ces primes relèveront du régime de taxation des primes du nouvel Etat membre de résidence du preneur d'assurance (CJCE C-243/11, 21 février 2013, avec note de P. DOYEN, « Assurance sur la vie: la compétence des Etats dans le prélèvement des taxes sur primes », *Forum de l'assurance* 2013, n° 134, 95; voy. aussi C. BUYSE, « Taxe sur les assurances: la taxe belge touche aussi les preneurs immigrés », *Le Fiscalogues*, n° 1330, 11).

12 D. COVELIERS, « Opérations intégralement traitées à l'étranger: taxe boursière applicable », *Le Fiscalogues*, n°1502, 1.

2. Taxe sur primes versus précompte mobilier

Au point précédent, nous avons comparé la fiscalité d'une sicav de capitalisation non obligataire et une assurance-placement en branche 23 non obligataire sous l'angle de la TOB et de la taxe sur primes. Le précompte mobilier n'y a pas été évoqué, et pour cause, puisqu'il n'est tout simplement pas dû sur le rendement de ces produits.

La plupart des autres produits de placement sont soumis au précompte mobilier (libératoire) ou, lorsque le précompte n'a pas été retenu à la source, les revenus qu'ils procurent sont du moins à renseigner dans la déclaration à titre de revenus mobiliers : intérêts de titres à revenus fixes (comme les obligations et bons de caisse), dividendes d'actions (y compris les sicav de distribution), revenus générés par des fonds communs de placement, plus-values

« La non-application de la nouvelle taxe annuelle de 0,15% sur comptes-titres aux assurances-vie est un atout »

sur sicav de capitalisation obligataire,¹³ etc.¹⁴

Si l'on fait abstraction de la taxation à titre de revenus mobiliers des intérêts ou plus-values en cas de liquidation¹⁵ d'une assurance-placement de la branche 21 ou d'une assurance de la branche 23 intégrant une garantie de rendement (branche 23 dite 'structurée') dans les huit ans après sa conclusion¹⁶, l'on peut avancer que

13 Il est question d'une sicav 'obligataire' dès lors que la quotité de placements sous-jacents de type obligataire ou monétaire au sens large atteint au moins 25%. Seule la plus-value liée aux placements de type obligataire ou monétaire est taxée. Nous ne nous étendons pas sur les modalités parfois assez complexes de cette taxation, surtout en ce qui concerne les sicav mixtes (voy. à ce sujet P. DELACROIX et O. HERMAND, «Taxe sur l'épargne: extension 'rétroactive' aux fonds sans passeport européen», *Le Fiscalogues*, n°1350, 8 et C. COUDRON, «Obligatiefondsen zonder EU-paspoort vallen nu ook onder artikel 19bis: ziet u de bomen nog door het bos?», *Fisc.Act.* 2013, n°34, 7.

Notons que dans le cadre de l'accord estival intervenu fin juillet dernier, il a été décidé dans un premier temps d'abandonner le seuil précité de 25%, si bien que les sicav avec une quotité de placements sous-jacents de type obligataire ou monétaire inférieure à 25% seraient désormais aussi visées. Aux dernières nouvelles, le seuil de 25% ne serait cependant pas abandonné, mais simplement ramené à 10% pour des parts d'OPC acquises à partir du 1er janvier 2018.

14 Nous faisons ici abstraction du fait que certains types de placement subissent non seulement le précompte mobilier, mais aussi la taxe sur opérations boursières, certes souvent à raison d'un taux largement inférieur au taux de 1,32% commenté ci-dessus dans le cadre des sicav de capitalisation.

15 La législation fiscale vise la liquidation en cas de vie au terme du contrat et en cas de rachat (mais donc pas en cas de décès).

16 Dans ce cas, les intérêts sont taxés à titre de revenus mobiliers (art. 19, §1^{er}, 3^o C.I.R./92), sauf si une couverture décès de 130% est intégrée dans le contrat (art. 21, 9^o, a. C.I.R./92), ce qui se rencontre assez rarement sur le terrain. En ce qui concerne la branche 21, seul le rendement garanti est taxé, mais celui-ci est sur le plan fiscal censé se monter à pas moins de 4,75% l'an, et ce sur la totalité des primes versées (art. 19, §4 C.I.R./92).

le précompte mobilier demeure pour ainsi dire structurellement absent dans la sphère des assurances-placement (cf. art. 21, 9^o C.I.R./92). Même un fonds obligataire à 100 % en branche 23 échappe au précompte mobilier, contrairement à une sicav obligataire (voy. ci-dessus). En revanche, la taxe sur primes de 2 % s'applique à toutes les assurances-placement des branches 21 et 23.

Ce constat nous invite à mettre en parallèle les régimes de la taxe sur primes et du précompte mobilier¹⁷. Cette comparaison est assez malaisée dans la mesure où non seulement le taux de ces deux taxes diffère (2 % pour la taxe sur primes et en principe 30 % pour le précompte mobilier), mais également la base imposable (la taxe sur primes est perçue sur les primes et donc sur le montant investi, alors que le précompte porte sur le rendement généré par l'investissement). Enfin, le moment de perception de ces deux taxes est lui aussi différent : la taxe sur primes est due à l'occasion du versement de la prime et donc 'à l'entrée', tandis que le précompte mobilier est dû 'en cours de route' (en cas de coupon) ou 'à la sortie' (produits de capitalisation).

17 Ou la taxation à titre de revenus mobiliers, si le précompte mobilier n'a pas été retenu à la source.

076 Le tableau ci-dessous regroupe les résultats de calculs qui mesurent le pourcentage à raison duquel la taxe de 2 % sur les primes due dans le contexte d'une assurance-placement ponctionne le rendement de l'assurance, en fonction de sa durée et du taux d'intérêt brut qu'elle distille.

taux d'intérêt annuel	durée d'investissement de la prime d'assurance-placement						
	1 an	3 ans	5 ans	8 ans	10 ans	20 ans	30 ans
0,5 %	394,12 %	132,03 %	79,61 %	50,13 %	40,30 %	20,65 %	14,11 %
1 %	198,04 %	66,67 %	40,40 %	25,63 %	20,70 %	10,87 %	7,60 %
2 %	100,00 %	34,00 %	20,80 %	13,38 %	10,91 %	6,00 %	4,38 %
3 %	67,32 %	23,11 %	14,27 %	9,31 %	7,66 %	4,39 %	3,33 %
4 %	50,98 %	17,66 %	11,01 %	7,28 %	6,04 %	3,61 %	2,83 %
5 %	41,18 %	14,40 %	9,06 %	6,07 %	5,08 %	3,15 %	2,55 %
6 %	34,64 %	12,23 %	7,76 %	5,26 %	4,44 %	2,85 %	2,37 %

Le tableau enseigne que pour des durées d'investissement courtes et un rendement faible, la taxe sur primes dans le contexte d'une assurance-placement écrème le rendement capitalisé à raison d'un pourcentage supérieur à 30 % (30 % étant le taux du précompte mobilier qui est ponctionné sur le rendement d'autres types de placements ; cf. zones marquées en rouge dans le tableau).¹⁸ La tendance s'inverse pour des durées d'investissement plus longues et des taux de rendement plus élevés.

Le tableau indique ainsi que pour une assurance-placement d'une durée de huit ans qui dégage un rendement annuel de 1 %, la taxe sur primes de 2 % correspond mathématiquement à une ponction de 25,63 % du rendement capitalisé après huit ans, ce qui est légèrement inférieur au précompte mobilier de 30 % qui grève le rendement d'autres produits d'investissement. Si le rendement est de 2 %, la taxe sur primes de 2 % ne correspond mathématiquement plus qu'à une ponction de 13,38 % du rendement capitalisé en fin de parcours, alors que le rendement d'un produit précompté d'une même durée de huit ans et offrant un même rendement de 2 % se voit lui toujours amputé du

¹⁸ Rappelons aussi qu'essentiellement en branche 21, le précompte mobilier de 30% est dû en sus de la taxe sur primes de 2% en cas de liquidation du contrat dans les huit premières années et que ce précompte se calcule sur un rendement minimal supposé de 4,75%.

précompte mobilier de 30 %¹⁹. Plus on glisse vers la droite (durée d'investissement plus longue) et vers le bas (taux d'intérêt plus élevé) du tableau, moins la taxe de 2 % affecte le rendement, tandis que la pression fiscale sur le rendement d'un produit d'investissement précompté de plus longue durée et/ou à rendement plus élevé se maintient toujours à 30 %.²⁰

« La taxe sur primes ne s'applique pas aux arbitrages »

Le poids relatif de la taxe sur primes de 2 % par rapport au montant du rendement capitalisé au terme s'amenuise donc dans la mesure où le montant de cette taxe peut être 'amorti' sur une durée plus longue et peut être relaté à un rendement plus élevé et donc dans la mesure où le montant global du rendement capitalisé, qui est le produit mathématique de la durée d'investissement et du rendement généré, est plus important. En clair, le régime de la taxe sur primes de 2 % est – parfois sensible-

ment – moins pénalisant que le régime du précompte mobilier de 30 % dans la mesure où l'horizon de placement est plus long et où le rendement est plus élevé.

Ci-dessous sont repris les seuils en termes de durées d'investissement pour lesquelles, en fonction du rendement généré par l'investissement (sur une plage de 0,50 % à 6 %, comme dans le tableau ci-dessus), la taxe sur primes de 2 % correspond à une ponction d'exactly 30 % sur le rendement capitalisé. Ces seuils marquent donc, en fonction du rendement annuel généré, la durée d'investissement au-delà de laquelle le régime de la taxe sur primes de 2 % devient plus intéressant que celui du précompte mobilier de 30 % (voy. cependant aussi la note infrapaginale 18) :

- › pour un taux d'intérêt de 0,50 %, le seuil est de 13 ans et 6 mois ;
- › pour un taux d'intérêt de 1 %, le seuil est de 6 ans et 10 mois ;
- › pour un taux d'intérêt de 2 %, le seuil est de 3 ans et 5 mois ;
- › pour un taux d'intérêt de 3 %, le seuil est de 2 ans et 3 mois ;
- › pour un taux d'intérêt de 4 %, le seuil est de 1 an et 9 mois ;
- › pour un taux d'intérêt de 5 %, le seuil est de 1 an et 5 mois ;
- › pour un taux d'intérêt de 6 %, le seuil est de 1 an et 2 mois.

19 Pour les produits à coupon (annuel), avec perception annuelle du précompte mobilier, et ce même à considérer que le coupon net puisse être réinvesti sans frais et aux mêmes conditions, ce pourcentage est même plus élevé que 30% (voy. aussi la note infrapaginale 7).

20 Tout ceci en supposant que le taux du précompte mobilier n'augmente pas en cours de placement... Les assurances-placement sont, quant à elles, à l'abri de hausses du taux de la taxe sur primes, cette hausse ne portant que sur d'éventuelles primes versées après la hausse et n'affectant ainsi pas les sommes déjà investies avant la hausse dans une assurance existante.

3. Taxe d'abonnement sur comptes-titres

Signalons enfin que l'accord estival intervenu fin juillet dernier prévoit l'instauration d'une taxe d'abonnement annuelle de 0,15 % qui grèverait les placements détenus sur des comptes-titres au nom de personnes physiques et valorisés à 500.000 euros ou plus.

Les placements visés sont les actions et obligations cotées, ainsi que les fonds. Les assurances-vie ne seraient pas concernées par la nouvelle mesure.

CONCLUSION

La diversité des ponctions fiscales (et les différences observées au niveau des moment et base de perception) rend la comparaison des régimes fiscaux des différents supports de placement assez malaisée et même ardue.

En ce qui concerne les assurances-placement et les sicav exonérées de précompte (pour ce qui est des sicav, il s'agit des sicav de capitalisation non obligataires), les différences de traitement fiscal gravitent essentiellement autour de la taxe sur primes de 2 % (assurances-placement) et la TOB de 1,32 % (sicav). L'atout majeur de la taxe sur primes est son caractère non répitif en cas d'arbitrage et aussi le fait que les primes versées dans le passé restent à l'abri d'éventuelles hausses

futures du taux de la taxe. Le taux de la TOB est en revanche inférieur à celui de la taxe sur primes (1,32 % contre 2 %) et pour les opérations de plus grande envergure, son montant est plafonné à 4.000 euros (ce plafond est inexistant au niveau de la taxe sur primes). Mais la TOB s'applique de manière répititive en cas d'arbitrages et d'éventuelles hausses de taux – elles ont été nombreuses ces dernières années – affectent aussi les investissements en cours, étant donné que contrairement à la taxe sur primes qui est due 'à l'entrée', la TOB est due 'à la sortie', si bien que le taux applicable de la TOB est aussi celui en vigueur 'à la sortie'.

Si l'on met toutefois les assurances-placement en parallèle avec d'autres produits d'investissement qui sont sujets au précompte mobilier, la taxe sur primes s'avère plus onéreuse que le précompte mobilier pour un horizon de placement court, mais moins onéreuse si l'horizon de placement est plus long²¹. Le rendement généré par le produit de placement joue également un rôle important dans cette analyse comparative.

La non-application de la nouvelle taxe d'abonnement annuelle sur comptes-titres aux assurances-vie est un atout.

21 D'autant plus que les rachats de sicav de capitalisation précomptés sont normalement aussi soumis à la TOB.

Précisons enfin que, concernant les assurances-placement, d'autres aspects que la fiscalité peuvent aiguiller le choix. Les frais sont parfois plus élevés pour les assurances-placement que pour d'autres instruments de placement. Les assurances-placement

peuvent en revanche jouer un rôle important dans une perspective de transmission patrimoniale et de planification successorale, ou encore, de protection du patrimoine à l'encontre de créanciers (potentiels).²²

**« la taxe sur primes est
moins onéreuse que le
précompte mobilier si
l'horizon de placement est
suffisamment long »**

²² P. VAN EESBEECK et J. RUYSSSEVELDT, *Assurances-placement*, Knokke, Lex Forum, 2014 (346 p.).

SUBSCRIPTIONS

Not subscribed yet? Then sign up now!

An annual subscription costs 267,00 euros (VAT included) and will provide you with 4 issues (print version as well as digital version for iPad, iPhone, pc and Mac).

You can sign up online on Mijnwetboek.be or KnopsBooks.com.

You can also provide us with your particulars via:

FAX 09 233 94 20

POSTAL MAIL Kerkstraat 108, 9050 Gent

EMAIL info@KnopsBooks.com

