

DE WOONPLAATS VAN VENNOOTSCHAPPEN: INVLOED VOOR DE INKOMSTENBELASTINGEN?

Arne Hanssens

Studentennummer: 01308713

Promotor: Prof. dr. Bart Peeters

Commissaris: Mevr. Charlotte Meskens

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de Rechten

Academiejaar: 2018 – 2019

DE WOONPLAATS VAN VENNOOTSCHAPPEN: INVLOED VOOR DE INKOMSTENBELASTINGEN?

Arne Hanssens

Studentennummer: 01308713

Promotor: Prof. dr. Bart Peeters

Commissaris: Mevr. Charlotte Meskens

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de Rechten

Academiejaar: 2018 – 2019

DANKWOORD

De studententijd. Volgens veel ex-studenten de tijd van je leven. Volgens Aristoteles is de opleiding 'de beste proviand op de reis naar de ouderdom'. Met die proviand zet ik deze mooie reis verder om nadien misschien dezelfde wijsheid te vergaren als menig ex-studenten. Uiteraard was ik nooit zo ver geraakt op deze reis zonder de hulp van een aantal personen voor wie ik even de tijd neem om hen te bedanken.

Vooreerst wens ik mijn promotor prof. dr. Bart Peeters te bedanken. Zonder de aangeboden hulp was deze tekst nooit tot stand gekomen. Niet alleen de tijd die hij nam om de tekst te bespreken, maar ook de vele uren tijd om de teksten te lezen worden enorm gewaardeerd. Eveneens wens ik mijn commissaris, mevr. Charlotte Meskens, te bedanken om te tijd te nemen om deze masterproef te beoordelen.

Daarnaast bedank ik ook alle proffen die de interesse in het recht, en het fiscaal recht in het bijzonder, enkel maar meer kracht bijgezet hebben.

Een bijzondere waardering gaat uit naar familie en vrienden. Niet alleen dit jaar, maar gedurende de volledige opleiding lang, waren zij een welgekomen afleiding. De dankbaarheid naar mijn ouders toe is onmogelijk te beschrijven. Zonder hen kon ik deze studie niet aanvatten. Zonder de extra morele steun en het grondig naleeswerk van moeders zijde was dit niet gelukt.

Last but not least bedank ik mijn vriendin Elissa. Haar aanwezigheid heeft zeker een positieve invloed gehad op dit werk, mijn studies en mezelf. Haar onvoorwaardelijke steun wordt in uitzonderlijke dank aangenomen. Daarnaast wil ik haar zeker bedanken voor het nalezen van dit werk.

INHOUDSTAFEL

Algemene inleiding	1
DEEL I. Rechtspersoonlijkheid	3
<i>Inleiding</i>	3
<i>Hoofdstuk 1. De rechtspersoonlijkheid als determinerend criterium</i>	3
§1. Wettelijke basis	3
§2. Het belang van de rechtspersoonlijkheid voor binnenlandse entiteiten	5
§3. De Belgische classificatieregels van buitenlandse entiteiten.....	6
1. België als woonstaat van de partners.....	6
2. België als bronstaat.....	7
<i>Hoofdstuk 2. Asymmetrische classificatie in internationale context</i>	8
§1. Asymmetrische classificatie als oorzaak van dubbele belasting	8
1. Classificatieregels in verdragscontext.....	8
2. Het Partnershiprapport van de OESO	9
§2. De Franse SCI: classificatie van buitenlandse entiteiten in de rechtspraak	13
1. Société civile immobilière naar Frans recht	13
2. Kwalificatie van de uitgekeerde inkomsten in België.....	16
2.1. Uitgekeerde inkomsten gekwalificeerd als onroerende inkomsten.....	16
2.2. Blijvend verzet van de Belgische administratie	21
2.3. Kwalificatie volgens dividendartikel of restartikel?.....	23
3. Vergelijking met de Amerikaanse REIT	27
§3. De Dienst Voorafgaande Beslissingen: Praktische oplossingen voorrang op de wet.....	29
1. Beslissingen omtrent de UK LLP.....	29
2. Beslissing omtrent de US LLC.....	33
§4. Classificatieregels in het licht van het Europees recht	35
§5. Partnershiprapport in de Belgische praktijk.....	37
<i>Hoofdstuk 3. Toepasselijke lex societatis onduidelijk</i>	38
§1. Lex societatis-test primeert	38
§2. Bij onduidelijkheid: vergelijking naar Belgisch recht	38
§3. Praktische benadering als antwoord op classificatiemoeilijkheid	40
<i>Hoofdstuk 4. De vergelijkbaarheidstoets</i>	41
§1. Situering en opzet.....	41
§2. De vennootschap naar Belgisch recht.....	44
1. Vennootschapsvormen niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting	44
1.1. Vennootschappen conform het Wetboek van Vennootschappen	44
1.2. Vennootschappen conform nieuw Wetboek vennootschappen en verenigingen	45
2. Vennootschapsvormen onderworpen aan de vennootschapsbelasting	46
2.1. Vennootschappen conform het Wetboek van Vennootschappen	46
2.2. Vennootschappen conform nieuw Wetboek vennootschappen en verenigingen	47

§3. Toepasselijke criteria in de Belgische praktijk	49
§4. Besluit.....	53
Hoofdstuk 4. Conclusie	53
DEEL II. Vestiging	55
Inleiding	55
Hoofdstuk 1. De vestiging op basis van het vennootschapsrecht	56
§1. Keuze van de zetelleer	56
§2. Vrijheid van vestiging en de zetelleer.....	58
1. VWEU	58
2. Invulling door het Hof van Justitie	59
§3. Besluit.....	64
Hoofdstuk 2. De vestiging in het fiscaal recht.....	65
§1. Invulling van de wettelijke bepaling.....	65
1. Definiëring van de begrippen.....	65
2. Belgisch fiscaal recht hanteert de werkelijke zetelleer.....	67
3. Invloed van het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen	70
4. Besluit	73
§2. Invulling van de werkelijke leiding	73
1. Wie bestuurt de vennootschap?	73
2. Waar wordt de vennootschap bestuurd?	76
3. Besluit	80
§3. Naar een realistischer inwonersbegrip?	81
1. Het klassiek inwonersbegrip onder druk (?).....	81
2. Een oproep voor een groter belang van de economische substantie	84
Hoofdstuk 3. Conclusie	89
DEEL III. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing	91
Inleiding	91
Hoofdstuk 1. Zetelverplaatsing op basis van het vennootschapsrecht	91
§1. Het begrip zetelverplaatsing.....	91
§2. Procedure voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen.....	92
Hoofdstuk 2. Emigratie van de fiscale woonplaats.....	94
§1. Inleiding.....	94
§2. Exitheffingen	95
1. Huidige Belgische regeling.....	95
2. Exitheffingen en het Europees recht	96
3. Exitheffingen en de dubbelbelastingverdragen	104
§3. De gevolgen van fiscale liquidatie voor de aandeelhouders.....	106
§4. Verliesverrekening	107

<i>Hoofdstuk 3. Immigratie van de fiscale woonplaats</i>	108
§1. <i>De zetelverplaatsing boekhoudkundig</i>	108
§2. <i>Samenstelling van het eigen vermogen</i>	111
§3. <i>Waardering van de activabestanddelen en de step up verplichting</i>	114
1. <i>De onduidelijkheid voor de hervorming</i>	115
2. <i>Waardering na de hervorming</i>	120
2.1. <i>Anti Tax Avoidance Directive</i>	120
2.2. <i>Hervorming van de vennootschapsbelasting</i>	122
3. <i>Evaluatie</i>	125
§4. <i>Meeneembaarheid van verliezen</i>	125
<i>Hoofdstuk 4. Conclusie</i>	127
<i>Algemene conclusie</i>	129
<i>Bibliografie</i>	131
<i>Deel I. Rechtspersoonlijkheid</i>	131
<i>Deel II. Vestiging</i>	137
<i>Deel III. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing</i>	142

Algemene inleiding

De plaats waar ondernemingen hun vennootschap vestigen is een belangrijke keuze. De woonplaats van vennootschappen heeft belangrijke gevolgen op hun belastingplicht. Een Belgische binnenlandse vennootschap zal in België belast worden op haar totaal wereldinkomen terwijl een buitenlandse vennootschap in België enkel belast zal worden op de inkomsten die zij hier gerealiseerd heeft.

Buitenlandse entiteiten zullen op hun Belgische inkomsten belast worden in de belasting van niet-inwoners. Net zoals bij Belgische vennootschappen moet een onderscheid gemaakt worden tussen de entiteiten met een afzonderlijke belastingplicht en entiteiten waarvan de achterliggende partners aan de Belgische belasting onderworpen zijn. Het Belgisch recht voorziet in een classificatie van de buitenlandse entiteiten. Op basis van deze classificatie zal België de buitenlandse entiteit of haar achterliggende partners aan de Belgische belasting onderwerpen.

In tijden waarin vennootschappen zich kunnen vestigen waar het hen uitkomt, is het belangrijk om te weten wanneer een vennootschap als een binnenlandse vennootschap wordt aangemerkt. Wordt de vennootschap niet als een binnenlandse vennootschap aangemerkt, dan is het een buitenlandse vennootschap. Het is echter geen sinecure om te bepalen wanneer een vennootschap een binnenlandse vennootschap is.

Vennootschappen kunnen er niet alleen voor kiezen om hun vennootschap op te richten waar ze willen. Een bestaande vennootschap heeft ook in grote mate het recht om haar zetel te verplaatsen. Uiteraard heeft dat enkele gevolgen op fiscaal vlak. Een vennootschap die naar het buitenland emigreert gaat minstens een deel van haar banden met België doorknippen terwijl een vennootschap die naar België immigreert reeds een fiscaal verleden heeft in de vertrekstaat.

DEEL I. Rechtspersoonlijkheid

Inleiding

1. MEERDERE SOEVEREINE FISCALE STELSLS – Vennootschappen zijn in onze economisch georiënteerde wereld van immens belang. Ze laten niet alleen de economie op volle toeren draaien, maar zorgen ook dat de staten – via het heffen van belastingen – hun beleid kunnen voeren. Het is dan ook niet verwonderlijk dat staten hun eigen soevereiniteit tot het heffen van deze belastingen zo veel mogelijk willen behouden.

In het (internationale) belastingverkeer is het belangrijk om te weten of de vennootschap een afzonderlijk belastbare entiteit, dan wel een fiscaal transparante entiteit is waarbij de inkomsten worden belast in hoofde van de achterliggende partners (zie infra nr. 5). In het nationale recht is dit een relatief eenvoudige kwestie, maar in het internationale verkeer blijkt dit een veel moeilijker vraagstuk. Niet alleen ondervinden we moeilijkheden met vennootschappen opgericht onder een buitenlandse rechtsvorm die in België inkomsten verwerven, maar andere staten hanteren ook verschillende aanknopingspunten om de entiteiten op hun grondgebied te belasten. Meerdere fiscale stelsels worden gelijktijdig toegepast, wat automatisch tot tegengestelde en simultane toepassingen kan leiden.

Hoofdstuk 1. De rechtspersoonlijkheid als determinerend criterium

§1. Wettelijke basis

2. BEPERKTE WETTELIJKE BASIS - Het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992¹ bevat weinig bepalingen die betrekking hebben op de kwalificatie van buitenlandse entiteiten. Uit de weinige bepalingen die zijn opgenomen, is af te leiden dat de rechtspersoonlijkheid een determinerend criterium vormt voor de classificatie van zowel binnenlandse als buitenlandse entiteiten.²

¹ Wetboek van 10 april 1992 van de inkomstenbelastingen 1992, BS 30 juli 1992. Hierna WIB '92.

² B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 49; K. DE HAEN, "Fiscale transparantie in België: OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling", *AFT* 2008, afl. 3, 20; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 45.

3. BINNENLANDSE ENTITEITEN - Artikel 179 WIB '92 bepaalt dat enkel binnenlandse vennootschappen aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen [...]. Artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 definieert een binnenlandse vennootschap als volgt:

“Enigerlei vennootschap die in België haar maatschappelijke zetel, haar voornaamste inrichting of haar zetel van bestuur of beheer heeft en niet van de vennootschapsbelasting is uitgesloten.”

Een vennootschap is volgens artikel 2, §1, 5°, a) WIB '92:

“Enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die, regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard.

Lichamen met rechtspersoonlijkheid die naar Belgisch recht zijn opgericht en voor de toepassing van de inkomstenbelastingen worden geacht geen rechtspersoonlijkheid te bezitten, worden niet als vennootschappen aangemerkt.”

Merk op dat de wetgever de definitie van een vennootschap wil assimileren aan de recente hervorming van het vennootschapsrecht.³ Een vennootschap kan immers makkelijker beheerst worden door buitenlands recht.⁴ De definitie van een vennootschap luidt sinds 1 mei 2019 dan ook als volgt (nieuw artikel 2, § 1, 5°, a) WIB '92):

“Enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard en die:

- *Ofwel rechtspersoonlijkheid bezit naar het recht, Belgisch of buitenlands, dat haar beheerst;*
- *Ofwel wordt beheerst door een buitenlands recht die haar geen rechtspersoonlijkheid toekent maar een rechtsvorm heeft die vergelijkbaar is met die van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid naar Belgisch recht en voldoet aan de definitie van binnenlandse vennootschap als bedoeld onder b) hieronder.”*

4. BUITENLANDSE ENTITEITEN - Art. 227, 2° WIB '92 bepaalt welke buitenlandse entiteiten aan de belasting van niet-inwoners in België zijn onderworpen:

“Aan de belasting van niet-inwoners zijn onderworpen:

1° [...]

2° Buitenlandse vennootschappen, zomede verenigingen, instellingen of lichamen zonder rechtspersoonlijkheid die zijn opgericht in een rechtsvorm die vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een vennootschap naar Belgisch recht en die hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer niet in België hebben;

3° [...]

³ Wet van 17 maart 2019 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen, BS 10 mei 2019, 45450. Hierna: Wet van 17 maart 2019.

⁴ Door de invoering van de statutaire zetelleer zal iedere rechtspersoon die België als zijn woonplaats aanmerkt in de statuten onder het Belgisch vennootschapsrecht vallen (art. 2:146 WVV). Indien deze vennootschap zijn werkelijke zetel in het buitenland heeft, zal zij daar aan belastingen worden onderworpen. Ze zal in België enkel belast worden op de inkomsten die ze hier verwerft.

§2. Het belang van de rechtspersoonlijkheid voor binnenlandse entiteiten

5. RECHTSPERSOONLIJKHEID ALS VEREISTE VOOR AFZONDERLIJKE TAXATIE – Uit artikel 2, §1, 5°, a) en b) WIB '92 en artikel 179 WIB '92 volgt dat een binnenlandse vennootschap over rechtspersoonlijkheid moet beschikken om aan de vennootschapsbelasting onderworpen te zijn. De toekenning van de rechtspersoonlijkheid zorgt ervoor dat een vennootschap in België afzonderlijk wordt belast. De winst die de vennootschap haalt, zal in hoofde van de vennootschap zelf belast worden. In dat geval zullen de vennoten slecht belastbaar zijn indien de vennootschap een uitkering aan hen toekent. Indien een vennootschap niet over rechtspersoonlijkheid bezit, dan zal ze fiscaal transparant⁵ behandeld worden (art. 29, §1 WIB '92). De winst die de vennootschap behaalt, wordt dan geacht in hoofde van de vennoten te zijn behaald en wordt ook in hoofde van de vennoten belast.

6. RECHTSPERSOONLIJKHEID OP BASIS VAN VENNOOTSCHAPSRECHT – De notie rechtspersoonlijkheid speelt een centrale rol in de heffing van de belastingen van vennootschappen. Een definitie van deze rechtspersoonlijkheid is niet terug te vinden. Fundamenteel in het Belgisch fiscaal recht is dat, wanneer er niet uitdrukkelijk wordt van afgeweken, men voortbouwt op het gemeen recht, d.i. het vennootschapsrecht.⁶ De kenmerken die in de vennootschapsrechtelijke wetgeving⁷ worden gegeven aan deze entiteiten zullen ook in het fiscaal recht gevolgd worden.⁸ Indien een vennootschap volgens het vennootschapsrecht over rechtspersoonlijkheid bezit, zal deze rechtspersoonlijkheid doorwerken in de fiscale wetgeving, zodat de vennootschap afzonderlijk in de vennootschapsbelasting wordt belast.

⁵ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 33; P. BEGHIN en A. ROGGEMAN, *Vennootschapsbelasting toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 3; K. DE HAEN, "Fiscale transparantie in België: OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling", *AFT* 2008, afl. 3, 19-20; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 45.

⁶ Cass. 9 juni 1931, *Pas.* 1931, I, 218; Cass. 23 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 415-416; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 45.

⁷ Zie o.m. Wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen, *BS* 1 juli 1921, 5409; Wetboek van 7 mei 1999 van vennootschappen, *BS* 6 augustus 1999, 29440; Wet van 26 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *BS* 10 november 2006, 60162. Merk op dat vanaf 1 mei 2019 het nieuw Wetboek vennootschappen en verenigingen in werking is getreden. Zie wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019, 33239.

⁸ Art. 110 WIPR; P. BEGHIN, *Vennootschapsbelasting toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 3; C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, 4; K. DE HAEN, "De traditionele Belgische kijk op fiscale transparantie: beoordeling op basis van vennootschappenwet" in X. (ed.), *Vennootschap en Belasting*, III, Mechelen, Kluwer, 2016, 51.

Voor een aantal Belgische vennootschapsvormen en het Europees Economisch Samenwerkingsverband⁹ wordt in artikel 29, §2 WIB '92 voorzien in een uitzondering op het vennootschapsrecht. Er wordt bepaald dat deze vennootschapsvormen *geacht worden verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid te zijn*. Ze worden fiscaal transparant geclassificeerd.

§3. De Belgische classificatieregels van buitenlandse entiteiten

1. België als woonstaat van de partners

7. *LEX SOCIETATIS*-TEST – De classificatie van een buitenlandse entiteit is gebaseerd op de internrechtelijke classificatie. De rechtspersoonlijkheid vormt ook hier het determinerend criterium. Er wordt algemeen aangenomen dat artikel 29 WIB '92 van toepassing is op Belgische inwoners die vennoten of leden zijn in vennootschappen of verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid die hun zetel van bestuur of beheer in het buitenland hebben.¹⁰ Aan een buitenlandse entiteit die in zijn vestigingsstaat geen rechtspersoonlijkheid wordt toegekend, zal voor Belgische fiscale doeleinden ook geen rechtspersoonlijkheid toegekend worden waardoor ze als fiscaal transparant wordt aangemerkt.

De vraag of de buitenlandse entiteit rechtspersoonlijkheid heeft, moet beantwoord worden in functie van de *lex societatis*, d.i. het recht van het land waar de entiteit haar werkelijke zetel heeft.¹¹ Indien de buitenlandse entiteit conform de *lex societatis* over rechtspersoonlijkheid beschikt, dan wordt deze rechtspersoonlijkheid in België *de plano* erkend.¹² De fiscale behandeling van de entiteit in de vestigingsstaat is dus irrelevant.¹³ Een vennootschap die volgens haar intern recht rechtspersoonlijkheid heeft en fiscaal transparant belast wordt, zal in België niet als transparant worden aangemerkt. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het arrest van 4 juni 1974 van het hof van beroep van Brussel, ook het *Prince de ligne*-arrest genoemd.¹⁴ Volgens het Frans burgerlijk recht heeft de Franse SCI rechtspersoonlijkheid. Om die reden kunnen de inkomsten die in Frankrijk

⁹ Met uitsluiting van die vennootschappen die voor de toepassing van het fiscaal recht worden geacht geen rechtspersoonlijkheid te bezitten: onregelmatig opgerichte handelsvennootschappen, landbouwvennootschappen, Europese economische samenwerkingsverbanden, economische samenwerkingsverbanden en verenigingen van medeëigenaars (art. 29, §2 WIB '92). Merk op dat dit artikel gewijzigd is. Voor een summier overzicht van de wijzigingen, zie voetnoot 216.

¹⁰ Com.IB 1992, nr. 29/2.

¹¹ Art. 110 en 111 WIPR; J. VAN RIJN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1958, 147; Com.IB 1992, nr. 179/1 en Com.IB 1992, nr. 227/17.

¹² Gent 20 juli 1986, *Bull.Bel.* 1987, 653; Brussel 12 mei 1992, *TRV* 1992, 433.

¹³ D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 47.

¹⁴ Brussel 4 juni 1974, *JDF* 1975, 82; K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 82; B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 41.

werden gegeneerd in België slechts belast worden indien deze worden uitgekeerd aan een aandeelhouder. Hoewel het hof de Franse SCI als ‘transparant’ kwalificeert, gaat het over tot de erkenning van de transluciditeit (zie infra nr. 17) om te concluderen dat de Franse fiscale wet irrelevant is voor de belastingheffing in België. Het hof besluit dat de inkomsten in een Franse SCI in België slechts belast kunnen worden indien deze inkomsten aan een Belgische aandeelhouder worden uitgekeerd. Deze verschillen in classificaties tussen verschillende landen kunnen aanleiding geven tot dubbele belasting (zie infra Hoofdstuk 2).

8. *LEX SOCIETATIS* ONDUIDELIJK – De *de plano* erkenning van de rechtspersoonlijkheid van buitenlandse vennootschappen is theoretische zeer eenvoudig. Niet elk rechtstelsel biedt echter een eenduidig antwoord op de vraag of de entiteit rechtspersoonlijkheid heeft. Typerend hiervoor zijn de *common law*-landen. Indien het recht waar de entiteit gevestigd is geen eenduidig antwoord geeft op de vraag of de betrokken entiteit rechtspersoonlijkheid bezit, kan in België niet bepaald worden of ze voor het Belgisch fiscaal recht al dan niet transparant belast moet worden. De Belgische rechtspraak gaat dan op zoek naar de kenmerken van de vennootschap volgens de *lex fori*, d.i. de vennootschapsrechtelijke regels volgens het Belgisch recht (zie infra Hoofdstuk 3).

2. België als bronstaat

9. RECHTSPERSOONLIJKHEID VOLGENS *LEX SOCIETATIS* – Buitenlandse vennootschappen kunnen in België inkomsten verwerven en ingevolge artikel 227, 2° WIB '92 in België belast worden. Buitenlandse vennootschappen die in België inkomsten verwerven zijn aan de belasting van niet-inwoners onderworpen.¹⁵ De term ‘vennootschap’ die in artikel 227, 2° WIB '92 wordt gehanteerd, moet uiteraard ook voldoen aan de definitie van een vennootschap uit artikel 2, §1, 5°, a) WIB '92. De buitenlandse vennootschap moet dus over rechtspersoonlijkheid beschikken om in België belast te worden in de belasting van niet-inwoners. Om te bepalen of een buitenlandse entiteit over rechtspersoonlijkheid beschikt, moet gekeken worden naar de *lex societatis*, d.i. het recht van de staat waar de vennootschap is gevestigd.¹⁶
10. RECHTSVORM VERGELIJKBAAR MET BELGISCHE VENNOOTSCHAP – Artikel 227, 2° WIB '92 bepaalt dat naast buitenlandse vennootschappen ook *verenigingen, instellingen of lichamen zonder*

¹⁵ Titel V. Belasting van niet-inwoners WIB '92; Artikel 227,2° WIB '92.

¹⁶ Artikel 110 en 111, §1, 1° WIPR; Cass. 12 april 1988, *Pas.* 1988, I, 186; K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 82; C. HUYLEBROUCK “Mise en perspective de la notion de ‘résidence’ en droit fiscal international” in E. TRAVERSA en I. RICHELLE (eds.), *Fiscalité internationale en Belgique*, Brussel, Larcier, 2013, 75.

rechtspersoonlijkheid die zijn opgericht in een rechtsvorm die vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een vennootschap naar Belgisch recht en die hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer niet in België hebben aan de belasting van niet-inwoners onderworpen zijn. Een entiteit die volgens haar *lex societatis* geen rechtspersoonlijkheid bezit, kan aldus toch als een afzonderlijk belastbare entiteit worden aangemerkt. Hiervoor moet de vergelijkbaarheid met een Belgische vennootschap worden aangetoond. Wanneer een entiteit vergelijkbaar is met een Belgische vennootschap is uiterst onduidelijk. De wetgever heeft nagelaten om duidelijke voorwaarden en criteria vast te stellen (zie infra Hoofdstuk 4).¹⁷

Hoofdstuk 2. Asymmetrische classificatie in internationale context

11. SOEVEREINE CLASSIFICATIEREGELS – In België wordt een vennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit afzonderlijk belast in de vennootschapsbelasting (zie supra nr. 5). Niet elk rechtsstelsel gaat uit van dit principe. Bepaalde rechtsstelsels hebben entiteiten die rechtspersoonlijkheid bezitten en toch niet afzonderlijk belast worden in de interne vennootschapsbelasting. Volgens de Belgische classificatieregels moet de buitenlandse entiteit op de Belgische inkomsten afzonderlijk belast worden in de belasting van niet-inwoners. Eventuele uitkeringen die gedaan worden aan Belgische aandeelhouders zullen als dividend belast worden in hoofde van de aandeelhouders, terwijl deze aandeelhouders in het buitenland reeds belast kunnen geweest zijn op de inkomsten van de vennootschap. Deze discrepantie tussen bepaalde buitenlandse fiscale stelsels en het Belgisch fiscaal recht brengt een dubbele belasting met zich mee.

§1. Asymmetrische classificatie als oorzaak van dubbele belasting

1. Classificatieregels in verdragscontext

12. DOORWERKING ALS OORZAAK VAN DUBBELE BELASTING – Wanneer de belastingheffing van buitenlandse entiteiten in België bestudeerd wordt, zit men automatisch in een internationale context. In het Belgisch recht bestaat er geen discussie over de voorrang van het verdragsrecht op het intern recht.¹⁸ Specifiek in de fiscale context worden dubbelbelastingverdragen gesloten om internationale dubbele belasting te voorkomen. Traditioneel gaat men ervan uit dat elke staat afzonderlijk de entiteit

¹⁷ D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 52.

¹⁸ Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959, *Le Ski*.

classificeert zonder rekening te houden met de classificatie die de buitenlandse staat aan de entiteit geeft.¹⁹

Dit heeft tot gevolg dat eenzelfde entiteit in België verschillend kan geclassificeerd worden dan in een andere staat. Deze asymmetrische classificatie – ook wel een hybride entiteit en een omgekeerde hybride entiteit genoemd²⁰ – kan aanleiding geven tot een verschillende toepassing van het dubbelbelastingverdrag met betrekking tot dezelfde entiteit, waardoor een dubbele belasting zich kan opdringen.²¹ Bij een hybride entiteit zullen de gerealiseerde inkomsten door de eigen vestigingsstaat in hoofde van de entiteit worden belast. De vestigingsstaat gaat er dan van uit dat de inkomsten nadien uitgekeerd zullen worden aan de partners van de entiteit om ze aldaar nog eens te belasten als dividenden. België zal de entiteit als fiscaal transparant behandelen, waardoor de partners van de entiteit belast worden zonder dat een uitkering vereist is. Bij een omgekeerde hybride entiteit zal de vestigingsstaat de inkomsten rechtstreeks toerekenen aan de achterliggende partners, terwijl de woonstaat van de partners de inkomsten toerekent aan de entiteit. De vestigingsstaat zal deze inkomsten bij uitkering niet nog eens belasten, want ze zijn reeds belast in hoofde van de partners. België gaat ervan uit dat de entiteit belast wordt in de vestigingsstaat op de inkomsten en zal de partners bij de uitkering van een dividend nog eens belasten.²²

2. *Het Partnershiprapport van de OESO*

13. NIET BINDENDE AANBEVELINGEN – Deze problematiek kwam aan bod in het OESO-Partnershiprapport van 1999.²³ Binnen de OESO werd een werkgroep samengesteld om de toepasbaarheid van het OESO-Modelverdrag op partnerships te bestuderen. De werkgroep heeft een aantal aanbevelingen geformuleerd inzake de toepassing van het OESO-Modelverdrag die in acht genomen moeten worden

¹⁹ K. VOGEL e.a., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Third edition, Londen, Kluwer, 1999, 90; W. HUYGEN, “Het OESO-rapport inzake Partnerships – Een kritische analyse”, *AFT* 2002, 388; D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 55.

²⁰ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 568-569.

²¹ J. BARENFELD, *Taxation of cross-border partnerships. Double tax relief in hybrid and reverse hybrid situations*, Amsterdam, IBFD, 2005, 135.

²² Dit wordt door BARENFELD ook aangemerkt als het onderscheid tussen “single tax pattern” en “double tax pattern”. Bij het single tax pattern worden de inkomsten rechtstreeks in hoofde van de uiteindelijke genietter belast terwijl bij het double tax pattern de inkomsten eerst in hoofde van de entiteit worden belast om nadien pas bij een effectieve uitkering de belasting bij de uiteindelijke genietter te heffen (J. BARENFELD, *Taxation of cross-border partnerships. Double tax relief in hybrid and reverse hybrid situations*, Amsterdam, IBFD, 2005, 93-103).

²³ The application of the OECD Model tax Convention to Partnerships, *Issues in International Taxation*, nr. 6, Parijs, OESO, 1999, 131 p., https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/the-application-of-the-oecd-model-tax-convention-to-partnerships_9789264173316-en#page1. Hierna “Partnershiprapport”. De hybride mismatches zijn nu opgenomen in punt 2 van het BEPS-actieplan. De focus ligt daar op het tegengaan van misbruiken en niet zozeer op het vermijden van dubbele belasting (Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2, *Base Erosion and Profit Shifting Project*, OESO, 2016, 99 p.).

bij grensoverschrijdende transacties van partnerships. Aangezien ‘partnership’ niet gedefinieerd werd, is er discussie over wat er onder een partnership moet worden verstaan. De meerderheid van de rechtsleer volgend, gaan wij uit van de these dat ook fiscaal transparante partnerships met rechtspersoonlijkheid onder het toepassingsgebied van het Partnershiprapport vallen.²⁴ Dit past volledig in de ratio van het rapport.

Het is uiterst belangrijk om voor ogen te houden dat een dergelijk rapport van de OESO slechts een verdere analyse is van bepalingen van het OESO-Modelverdrag en de commentaar. De wijzigingen die de OESO aanbrengt aan de commentaar zijn zodanig fundamenteel dat er ingrijpende aanpassingen zijn van de commentaren op het OESO-Modelverdrag en dat de inhoud van het Partnershiprapport niet strookt met de tekst van het OESO-Modelverdrag zelf. Het rapport gaat uit van een teleologische interpretatie, die niet tot de interpretatiemethoden behoort die het verdragsrecht voorziet.²⁵ Hoewel de afdwingbaarheid van het rapport veel vragen doet rijzen, kan wel opgemerkt worden dat de principes die de OESO hanteert toch een zekere invloed hebben gehad op de Belgische rechtspraak.²⁶

14. AANVAARDING CLASSIFICATIE DOOR BRONSTAAT – Om het verdrag in te roepen moet een entiteit voldoen aan twee voorwaarden. Ten eerste moet de entiteit als een ‘persoon’ aangemerkt worden en ten tweede moet ze als ‘inwoner’ gekwalificeerd worden. Het Partnershiprapport stelt duidelijk dat een partnership als een persoon dient te worden gekwalificeerd. Om als inwoner te worden gekwalificeerd, moet de entiteit in de verdragsstaat aan belastingen worden onderworpen. Het is ook mogelijk, indien de entiteit zelf niet gerechtigd is om het verdrag in te roepen, dat de achterliggende partners het verdrag inroepen. Om dubbele belasting bij asymmetrische classificatie te vermijden stelt de OESO een oplossing voor. De bronstaat is gehouden door de classificatie van de entiteit uit de organisatiestaat. Indien de inkomsten van een entiteit in de organisatiestaat fiscaalrechtelijk aan de partners worden toegerekend en dus fiscaal transparant worden behandeld, dan moet de bronstaat

²⁴ W. HUYGEN, “Het OESO-rapport inzake Partnerships – Een kritische analyse”, *AFT* 2002, 388; A. BAX, “De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo”, *TRV* 2006, afl. 1, 6; D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 58. Contra: P. FAES, “Partnerships: commentaargebonden kwalificaties”, *TFR* 2000, afl. 190, 958-959.

²⁵ Teleologische interpretatie is de interpretatie volgens het doel van het verdrag. Het Partnershiprapport gaat het OESO-Modelverdrag interpreteren op een zodanige manier dat dubbele belasting vermeden wordt. Deze algemene bespreking over de interpretatie van de verdragen gaat dit werk te buiten. Voor extensievere uiteenzettingen zie o.a. B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 417 e.v.; F. ENGELEN en F. POTGENS, “Report on the application of the OECD Model Tax Convention to partnerships and the interpretation of tax treaties”, *ET* 2000, afl. 7, 265; W. HUYGEN, “Het OESO-rapport inzake Partnerships – Een kritische analyse”, *AFT* 2002, 401; D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 62.

²⁶ D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 62. De voorbeelden die verder aan bod komen zullen dit ook illustreren.

deze classificatie respecteren. De classificatie van de entiteit in de bronstaat is niet doorslaggevend. Dit rapport is gefocust op de classificatie van partnerships in de verhouding tussen de bronstaat en de organisatiestaat van de entiteit, maar biedt geen oplossing in triangulaire situaties.²⁷

In triangulaire situaties²⁸ ontstaat er geen probleem indien de organisatiestaat van de entiteit en de woonstaat van de partners dezelfde classificatie geven aan de entiteit. In het geval waarin de bronstaat de entiteit niet transparant behandelt en de organisatiestaat en de staat van de partners beiden een transparante classificatie aanhouden zal er geen probleem zijn. De entiteit is in haar organisatiestaat niet aan belasting onderworpen, dus zal het dubbelbelastingverdrag tussen de organisatiestaat en de bronstaat niet ingeroepen kunnen worden. De partners die op de inkomsten belast worden, zullen het dubbelbelastingverdrag tussen hun woonstaat en de bronstaat kunnen inroepen. Ingevolge het Partnershiprapport zal de bronstaat de classificatie die de staat van de partners aan de entiteit geeft moeten accepteren voor verdragsdoeleinden.

	Bronstaat (S)	Organisatiestaat (P)	Woonstaat partners (R)
Fiscale behandeling	Niet transparant	Transparant	Transparant
Toepasselijke DBV	De entiteit is in P niet aan belasting onderworpen. Partners worden in R belast op de inkomsten dus DBV S-R van toepassing.		

Indien de organisatiestaat en de staat van de partners een verschillende classificatie geven aan de entiteit, dan is de geboden oplossing minder bevredigend. De woonstaat van de partners blijft immers vrij om partnerships te classificeren volgens haar intern recht zonder rekening te houden met de organisatiestaat.²⁹ In een situatie waarin de bronstaat en de organisatiestaat beide de entiteit niet transparant behandelen, maar de woonstaat van de partners uitgaat van een transparante behandeling, kunnen zowel de entiteit als de achterliggende partners het dubbelbelastingverdrag met de bronstaat inroepen. De inkomsten zullen nadien van de entiteit aan de partners worden uitgekeerd, waardoor de partners ook het dubbelbelastingverdrag tussen de organisatiestaat en de woonstaat van

²⁷ P. FAES, "Partnerships: commentaargebonden kwalificaties", *TFR* 2000, afl. 190, 961; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 59-60.

²⁸ Met triangulaire situaties worden die situaties bedoeld waarbij de bron van de inkomsten niet gelegen is in de organisatiestaat of de woonstaat van de partners. In deze situatie moet rekening gehouden worden met de fiscale stelsels van drie landen.

²⁹ P. FAES, "Partnerships: commentaargebonden kwalificaties", *TFR* 2000, afl. 190, 961; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 60.

de partners kunnen invoeren. De partners kunnen dus twee dubbelbelastingverdragen invoeren.³⁰ Het Partnershiprapport schrijft hier als oplossing voor dat de bronstaat het voor de belastingplichtige meest voordelige dubbelbelastingverdrag moet toepassen.³¹

	Bronstaat (S)	Organisatiestaat (P)	Woonstaat partners (R)
Fiscale behandeling	Niet transparant	Niet transparant	Transparant
Toepasselijke DBV	De entiteit wordt belast op de inkomsten in P, dus DBV S-P kan worden ingeroepen. De partners worden belast op de inkomsten in R, dus het DBV S-R is ook van toepassing.		

Het Partnershiprapport geeft zelf aan dat voor bepaalde situaties geen oplossing geboden wordt.³² Een entiteit die in haar organisatiestaat transparant behandeld wordt terwijl de entiteit in de woonstaat van de partners niet transparant behandeld wordt, zorgt ervoor dat geen enkel dubbelbelasting kan ingeroepen worden. De partners zijn niet aan belasting onderworpen in de woonstaat en de entiteit is in de organisatiestaat evenmin aan belasting onderworpen, want ze wordt fiscaal transparant behandeld. De behandeling in de bronstaat is in verdragscontext irrelevant. Bij gebrek aan een specifieke verdragstekst, zal de bronstaat een volledige bronheffing kunnen inhouden. Daarna kan ook de woonstaat van de partners nog eens een belasting heffen op de uitkering die door de entiteit wordt gedaan. Het probleem van dubbele belasting stelt zich opnieuw.³³

	Bronstaat (S)	Organisatiestaat (P)	Woonstaat partners (R)
Fiscale behandeling	Niet transparant of transparant	Transparant	Niet transparant
Toepasselijke DBV	De entiteit is niet aan belasting onderworpen in P. De partners zijn niet aan belasting onderworpen in R. Er kan geen enkel DBV worden ingeroepen.		

15. MAATREGELEN TER VERMIJDING VAN DUBBELE BELASTING – Vervolgens gaat het rapport over tot de voorkoming van deze dubbele belasting in de woonstaat. In dit deel staan de conflicten met betrekking tot de kwalificatie van de betrokken inkomsten centraal, wat tot gevolg heeft dat staten een

³⁰ W. HUYGEN, "Het OESO-rapport inzake Partnerships – Een kritische analyse", *AFT* 2002, 397; A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo", *TRV* 2006, afl. 1, 18.

³¹ Partnershiprapport, nr. 74.

³² Partnershiprapport, nr. 70.

³³ W. HUYGEN, "Het OESO-rapport inzake Partnerships – Een kritische analyse", *AFT* 2002, 396.

verschillend artikel van het dubbelbelastingverdrag van toepassing verklaren op eenzelfde inkomensbestanddeel. De woonstaat moet de dubbele belasting voorkomen zoals voorzien in artikel 23 OESO-Modelverdrag,³⁴ waarbij zij rekening houdt met de kwalificatie die de bronstaat aan het inkomensbestanddeel heeft gegeven.³⁵ Zelfs indien de kwalificatie van de inkomsten in de woonstaat van de partners verschillend is, zal ze toch volgens de interpretatie van de bronstaat de inkomsten moeten vrijstellen of een verrekening verlenen.³⁶ Deze gestelde oplossing ligt niet in lijn met de algemene interpretatieregels van artikel 3.2 OESO-Modelverdrag.³⁷ In tegenstelling tot de maatregelen die het Partnershiprapport voorziet, is het niet enkel de kwalificatie van de bronstaat die belangrijk is. De inkomsten die een entiteit behaalt, worden door de woonstaat van de partners ook zelfstandig gekwalificeerd binnen de inkomstencategorieën van het dubbelbelastingverdrag. Enkel indien de woonstaat van de partners volgens het verdrag een vrijstelling of een verrekening moet verlenen zal ze kijken of de bronstaat deze inkomsten effectief heeft belast.³⁸ De woonstaat van de partners gaat niet na of ze volgens de kwalificatie van de inkomsten volgens de bronstaat vrijstelling of verrekening moet verlenen.

§2. De Franse SCI: classificatie van buitenlandse entiteiten in de rechtspraak

1. Société civile immobilière naar Frans recht

16. DOEL VAN DE VENNOOTSCHAP – Een Franse burgerlijke onroerendgoedvennootschap, de société civile immobilière, is een Franse vennootschapsvorm die gebruikt wordt voor het verwerven, aanhouden en beheren van onroerend goed in Frankrijk. Het speelt een belangrijke rol in de overdracht van het familiaal patrimonium. De reden van het gebruik van een société civile is dat het familiaal patrimonium wordt onderworpen aan het mede-eigenaarschap. Elke beslissing die de bevoegdheden van de bestuurder overstijgt of bij aanwezigheid van een minderjarige, wordt onderworpen aan de regel van de unanimiteit (art. 18743-8 Code Civil³⁹). Overigens is het ook mogelijk

³⁴ Artikel 23.1 OESO-Modelverdrag gaat als volgt: Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which, in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall, subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, exempt such income or capital from tax.

³⁵ Partnershiprapport, nr. 102-110.

³⁶ Partnershiprapport, nr. 105.

³⁷ Artikel 3.2 OESO-Modelverdrag gaat als volgt: As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.

³⁸ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 581; F. ENGELEN en F. POTGENS, "Report on the application of the OECD Model Tax Convention to partnerships and the interpretation of tax treaties", *ET* 2000, afl. 7, 257.

³⁹ Code Civil, JO 15 maart 1803, www.legifrance.gouv.fr.

om in allerhande modaliteiten in de statuten te voorzien. Daarnaast wordt wel eens gezegd dat een société civile voor fiscale planning “*un paravan, un écran de fumée fiscale*”⁴⁰ is die er voor zorgt dat de ondergrens van de overdrachtsrechten lager ligt en de tarieven voor de overdracht van aandelen lager zijn waardoor activa goedkoper kunnen overgedragen worden.⁴¹

17. STELSEL VAN TRANSLUCIDITEIT – De Franse SCI beschikt ingevolge artikel 1842 Code Civil over rechtspersoonlijkheid.⁴² Het fiscaal regime van inkomsten uit een SCI is te vinden in artikel 8 CGI⁴³:

“Sous réserve des dispositions de l’article 6, les associés des sociétés en nom collectif et les commandités des sociétés en commandite simple sont, lorsque ces sociétés n’ont pas opté pour le régime fiscal des sociétés de capitaux, personnellement soumis à l’impôt sur le revenu pour la part de bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société. [...]”

Il en est de même, sous les mêmes conditions :

1° Des membres des sociétés civiles qui ne revêtent pas, en droit ou en fait, l’une des formes de sociétés visées au 1 de l’article 206 et qui, sous réserve des exceptions prévues à l’article 239 ter, ne se livrent pas à une exploitation ou à des opérations visées aux articles 34 et 35 ;

[...].”

Het stelsel van transparantie houdt in dat, zoals bij fiscale transparantie, de door de entiteit verkregen inkomsten daadwerkelijk rechtstreeks belast worden in hoofde van haar leden. Echter, in tegenstelling tot de leden bij fiscale transparantie, is het wel de entiteit zelf die het voorwerp is van de belasting. De inkomsten worden dus aangegeven en bepaald in hoofde van de Franse SCI. De kwalificatie van deze inkomsten hangt af van de hoedanigheid van de vennoot. De belasting zal gevestigd en ingevorderd worden in verhouding tot hun aandeel in de vennootschap. Om die reden zal een latere uitkering van de SCI in Frankrijk niet meer belastbaar zijn in hoofde van de vennoten.⁴⁴ Hoewel de Franse wetgeving dit niet benoemt, werd dit door de Franse rechtspraak als ‘*translucide*’ aangemerkt.⁴⁵

In bepaalde gevallen voorziet de Franse fiscale wet in een afwijking op de transparantie van art. 8 CGI. De zogenaamde sociétés immobilières de copropriété hebben volgens artikel 1655ter CGI geen

⁴⁰ Vrij vertaald als een scherm van belastingrook.

⁴¹ G. BARANGER, *La société civile*, Parijs, GLN JOLY éditions, 1995, 13-14 en de verwijzingen die werden opgenomen.

⁴² De tekst gaat als volgt: “*Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Jusqu’à l’immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations.*” Zie P. LE CANNU en B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Parijs, Montchrestien, 2009, 909; M. COZIAN, A. VIANDIER en F. DEBOISSEY, *Droit des sociétés*, Parijs, LexisNexis, 2016, 91.

⁴³ Code général des impôts, JO 30 april 1950, 4469, www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁴ K. DE HAEN, *Fiscale transparantie. Een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 101.

⁴⁵ CE 9 februari 2000, JDF 2004, afl. 7-8, 229, weergave C. DOCCLO; CE 11 juli 2011, www.dalloz.fr. Ingevolge artikel 206, derde lid, b) CGI kan een société civile ervoor opteren om in de vennootschapsbelasting te worden belast.

juridische persoonlijkheid die te onderscheiden is dan die van hun leden.⁴⁶ Deze vennootschappen worden als fiscaal transparant geïntegreerd.⁴⁷ Deze bijzondere afwijking werd in het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag⁴⁸ geïntegreerd. In het bijgevoegde Slotprotocol voorziet paragraaf 2 in een afwijking op de verdeling van de belastingbevoegdheid over dividenden. Frankrijk zal de maatschappelijke rechten van deze vennootschappen als onroerende goederen beschouwen, maar België mag wel belasting heffen volgens de kwalificatie van dividenden.

18. KWALIFICATIE VAN DE INKOMSTEN – Inkomsten uit onroerende goederen worden volgens de internationale consensus belast in de staat waar de onroerende goederen gelegen zijn.⁴⁹ Een buitenlandse deelnemer in een transparante entiteit die niet over een vaste inrichting beschikt in het land waar de onroerende goederen gelegen zijn, zou aan de heffing kunnen ontsnappen. Franse SCI's die beleggen in Franse onroerende goederen zijn zelf het voorwerp van belasting, waardoor er geen gevaar is van verlies van heffingsbevoegdheid.⁵⁰ Het is net dit stelsel van transparantie die voor Belgische vennoten van een Franse SCI bijzondere problemen met zich mee brengt.

Volgens de algemene classificatieregels (zie supra nr. 7) zal België de Franse SCI als een afzonderlijke belastingplichtige aanmerken. De inkomsten die de Belgische deelnemers ontvangen zijn uitkeringen van de vennootschap. De vraag is welke kwalificatie deze uitkeringen hebben. In artikel 3.2 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag wordt bepaald dat *het begrip "onroerend goed" wordt bepaald volgens de wetten van de verdragsluitende Staat waar het betreffende goed gelegen is*. Indien deze uitkeringen inkomsten uit onroerende goederen zijn, dan zijn deze slechts belastbaar in het land waar deze onroerende goederen gelegen zijn.⁵¹ In artikel 15.5 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag wordt, onder voorbehoud van artikel 4, paragraaf 2⁵², een dividend gedefinieerd als *inkomsten uit aandelen*,

⁴⁶ Het gaat om sociétés immobilières waarvan het doel in feite alleen bestaat in ofwel het bouwen of verwerven van onroerende goederen of groepen van onroerende goederen met het doel deze goederen te verdelen om het eigendom of het genot van die gedeelten aan de leden toe te kennen, ofwel het beheren van de aldus verdeelde onroerende goederen of groepen van onroerende goederen, ofwel in de verhuur voor rekening van één of meerdere leden van de onroerende goederen of gedeelten ervan die aan alle leden toebehoren.

⁴⁷ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 53.

⁴⁸ Overeenkomst van 10 maart 1964 tussen België en Frankrijk tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van wederzijdse administratieve en juridische bijstand inzake inkomstenbelastingen, BS 24 juni 1965, hierna Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag.

⁴⁹ Art. 6 OESO-Modelverdrag: Income derived by a resident of a Contracting State from immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State.

⁵⁰ K. DE HAEN, *Fiscale transparantie. Een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 102.

⁵¹ Art. 3.1 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag.

⁵² Het gaat om de deelneming van een vennoot in de handelswinst van een onderneming opgericht in de vorm van een burgerlijke vennootschap of van een vennootschap onder gezamenlijke naam, zomede de deelneming in de handelswinsten van vennootschappen en verenigingen zonder rechtsbestaan. Deze zijn slechts belastbaar in de verdragsluitende Staat waar de betrokken onderneming een vaste inrichting heeft, naar rata van de deelgerechtigdheid van deze vennoot in de winsten van bedoelde inrichting. Hetzelfde geldt voor de deelneming van een gecommanditeerde vennoot in de winsten van een vennootschap bij wijze van eenvoudige geldschieting.

genots aandelen of -rechten, mijnaandelen, oprichters aandelen of andere winstaandelen, alsmede inkomsten van andere maatschappijen delen, die volgens de belastingwetgeving van de staat waarvan de uitkerende vennootschap verblijfhouder is op dezelfde wijze als inkomsten van aandelen worden belast.

	Bronstaat (S) en Organisatiestaat (P): Frankrijk	Woonstaat partners (R): België
Fiscale behandeling	Translucide	Niet transparant
Kwalificatie van de inkomsten	Vraag: zijn de uitgekeerde inkomsten onroerende inkomsten ingevolge artikel 3.2 Frans-Belgisch DBV, dividenden ingevolge artikel 15 Frans-Belgisch DBV of geen van beide waardoor het restartikel (art. 18) speelt? Moet dubbele belasting worden vermeden, zo ja, op welke manier?	

2. Kwalificatie van de uitgekeerde inkomsten in België

2.1. Uitgekeerde inkomsten gekwalificeerd als onroerende inkomsten

19. BRUSSEL 7 NOVEMBER 2002 – In het *Prince de ligne*-arrest (zie supra nr. 7) besliste het hof dat de inkomsten in België belast kunnen worden wanneer deze worden uitgekeerd, maar zegt het niets over de behandeling bij een uitkering. In 2002 werd hetzelfde hof van beroep met deze problematiek geconfronteerd, met deze nuance dat er nu wel effectief inkomsten uitgekeerd werden.⁵³ Om deze reden wordt in de rechtsleer vaak naar dit arrest verwezen als het *Prince de ligne bis*-arrest. De inkomsten werden in Frankrijk gekwalificeerd en belast als onroerende inkomsten. De administratie was van mening dat de inkomsten die aan Belgische aandeelhouders worden uitgekeerd dividend zijn die belastbaar zijn in hoofde van de vennoten.⁵⁴ De Belgische fiscus moest, volgens hen, geen rekening houden met het Frans fiscaal recht, want de Franse SCI had rechtspersoonlijkheid. De uitkeringen waren inkomsten uit de deelgerechtigdheid in de vennootschap. De belastingplichtige Belgische vennoten waren echter van mening dat de inkomsten gekwalificeerd moesten worden als onroerende inkomsten die ingevolge het dubbelbelastingverdrag tussen Frankrijk en België in België vrijgesteld zijn.⁵⁵ Volgens het Frans intern recht is de vennootschap geen afzonderlijk te onderscheiden belastingplichtige. België moet deze inkomsten dus vrijstellen, want de vennoten zijn reeds belast geweest.

⁵³ Brussel 7 november 2002, *FJF* 2003, afl. 5, 486.

⁵⁴ Art. 15 van het Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag.

⁵⁵ Art. 3 en 19.2 van het Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag.

Het hof van beroep baseert zich op de territorialiteit van het fiscaal recht. Ze volgt deels de redenering van de administratie en oordeelt dat, gelet op de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid bij de SCI, de inkomsten dividenden zijn die in België belastbaar zijn in hoofde van de aandeelhouders.⁵⁶ Voor de beslissing wordt een omweg gemaakt via artikel 2 van het slotprotocol bij het Belgisch-Frans dubbelbelastingverdrag. Hoewel hier veel kritiek op gegeven wordt⁵⁷, is het wel een belangrijk argument. Voor de sociétés d'attribution is specifiek voorzien dat de inkomsten onroerende inkomsten zijn terwijl dit voor de sociétés civiles niet werd voorzien. Het hof van beroep miskent wel de autonome verdragskwalificatie van de inkomsten. Er wordt geen rekening gehouden met de kwalificatie die artikel 15 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag voorschrijft.⁵⁸ De kwalificatie van inkomsten onder het dubbelbelastingverdrag is niet noodzakelijk gelijk aan de kwalificatie van de inkomsten volgens het interne recht.

20. CASSATIE 2 DECEMBER 2004 ALS MIJLPAALARREST – Tegen het voormelde arrest van het hof van beroep van Brussel werd een cassatievoorziening ingesteld. Het Hof van Cassatie start met het bepalen van het doel van de Franse vennootschap.⁵⁹ Dit is volgens de vaststellingen van het arrest “het beheer en de verhuur van onroerende goederen waarvan zij eigenaar is en niet de toekenning van onroerende goederen aan haar vennoten”. Het hof oordeelt vervolgens dat het stelsel van *translucidité* wil zeggen dat de vennootschap en haar leden geacht worden geen onderscheiden bestaan te hebben, waarbij de leden behandeld worden alsof zij rechtstreeks eigenaar zijn van de onroerende goederen op grond van de aandelen die zij bezitten. Ten eerste onderzoekt het Hof van Cassatie of de inkomsten als dividenden gekwalificeerd kunnen worden. De definitie van het woord ‘dividenden’ uit artikel 15.5 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag verwijst uitdrukkelijk naar het recht van de staat waar de uitkerende vennootschap haar verblijfplaats heeft. De kwalificatie van dividenden moet naar Frans recht gebeuren. Inkomsten uit een Franse SCI worden naar Frans recht als inkomsten uit onroerende

⁵⁶ Het hof verwoordt het als volgt: “*L’administration soutient à bon droit que le requérant résident belge a perçu des dividendes ayant leur source en France et que ces dividendes sont imposables dans l’Etat de la résidence.*”

⁵⁷ F. MORTIER, weergave Brussel 7 november 2002, *Fisc.Koer.* 2003, afl. 8, 492; P. FAES, “Verdragsrechtelijke kwalificaties, internrechtelijke kwalificaties en het spanningsveld daartussen” (noot onder Brussel 7 november 2002), *TFR* 2003, afl. 242, 520; P. HINNEKENS, “Nieuw arrest inzake Franse ‘société civile immobilière’ (Prince de Ligne bis)”, *Fiscoloog (l.)* 2003, afl. 237, 10; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 16. DOCCLO is van mening dat artikel 15 Frans-Belgisch DBV moet toegepast worden. De Franse fiscale wet kwalificeert de onroerende inkomsten niet, meer nog, ze heft helemaal geen belastingen op de uitkeringen aan de partners. Er is volgens haar niets dat erop wijst dat België de uitkeringen als onroerende inkomsten moet kwalificeren. Hiervoor hoeft geen toepassing gemaakt te worden van §2 van het slotprotocol (C. DOCCLO, noot onder Brussel 7 november 2002, *JDF* 2003, 345-348).

⁵⁸ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 55; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 21

⁵⁹ Cass. 2 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1940.

goederen beschouwd, aldus het Hof van Cassatie. Artikel 15 van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag kan niet toegepast worden. Daarna besluit het Hof van Cassatie dat de inkomsten uit een Franse SCI, volgens artikel 3 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag, als onroerende inkomsten moeten gekwalificeerd worden. Hieruit concludeert ze dat Frankrijk exclusief bevoegd is om de inkomsten uit een Franse SCI te belasten. Als laatste oordeelt het Hof van Cassatie nog dat de Belgische fiscus de onroerende inkomsten moet vrijstellen volgens artikel 19.A van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag.

21. OVEREENSTEMMING MET HET PARTNERSHIPRAPPORT (?) – Het Hof van Cassatie vernietigt dus het arrest van het hof van beroep van Brussel en verwijst de zaak door naar het hof van beroep in Luik die deze cassatierechtspraak volgt.⁶⁰ Veel auteurs nemen het standpunt in dat de uitkeringen van een Franse SCI onroerende inkomsten zijn.⁶¹ Dit standpunt lijkt op het eerste zicht verdedigbaar volgens het Partnershiprapport van de OESO. België moet de kwalificatie als onroerend inkomen van Frankrijk als bronstaat aanvaarden waarna de inkomsten in België moeten worden vrijgesteld. Opdat het Partnershiprapport effectief een bindende werking zou hebben, moet het opgenomen worden in een verdrag en is dus een verdragswijziging aangewezen (zie supra nr. 13). Echter zou de opname van het Partnershiprapport niet volstaan om de problematiek van de uitkering aan Belgische partners uit een *translucide* vennootschap op te lossen. Frankrijk belast de verwerving van de inkomsten terwijl België de uitkering van de inkomsten belast. In de commentaar op het OESO-Modelverdrag is bepaald dat verschillen in de nationale wetgeving moeten gerespecteerd worden.⁶²

⁶⁰ Luik 17 februari 2010, *TFR* 2010, afl. 384, 619-621. Deze rechtspraak wordt o.m. bevestigd in Brussel 10 september 2013, *Fisc.Koer.* 2014, 370-380, weergave; Gent 29 april 2014, *TFR* 2014, afl. 466, 687; Bergen 6 oktober 2014, *Fiscoloog* 2015, afl. 1421, 12 (samenvatting).

⁶¹ F. MORTIER, weergave Brussel 7 november 2002, *Fisc.Koer.* 2003, afl. 8, 492; P. FAES, “Verdragsrechtelijke kwalificaties, internrechtelijke kwalificaties en het spanningsveld daartussen” (noot onder Brussel 7 november 2002), *TFR* 2003, afl. 242, 520; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 18; F.S. MEEÛS, “Le régime d’imposition des revenus distribués à une personne physique résidente en Belgique par une société civile immobilière de droit français” (noot onder Cass. 4 december 2004), *JLMB* 2006, 170; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “De Minister van Financiën en de Franse SCI’s”, *Fiscoloog (I.)* 2006, afl. 269, 4; K. DE HAEN, F. BEARZATTO en M. CHALOT, “La transparence fiscale en Belgique: “Le rapport de l’OCDE devrait (davantage encore) servir de fil conducteur au Juge et au Service des Décisions Anticipées” (1ère partie)”, *RGF* 2006, afl. 9, 10; W. VERMEULEN en A. MISSAL, “Inkomsten uit een Franse SCI: de fiscus krijgt opnieuw ongelijk”, *Notariaat* 2014, afl. 17, 6; S. VAN CROMBRUGGE, “Inkomsten uit Franse translucide SCI: onroerende inkomsten”, *Fiscoloog (I.)* 2015, afl. 374, 8.

⁶² “[...] A clear distinction must be made between the generation of profits and the distribution of those profits and the state of residence should not be expected to credit the tax levied by the state of source upon the distribution against its own tax levied upon generation” (§ 69.3 van de commentaar op het OESO-Modelverdrag 2014).

Daarnaast bevat artikel 19 van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag niet de in het OESO-Modelverdrag aanwezige woorden “*belast in overeenstemming met de bepalingen van het verdrag*”. Het Partnershiprapport zegt uitdrukkelijk dat deze bewoording van artikel 23 van het OESO-Modelverdrag cruciaal is.⁶³ Indien door verschillen in het nationaal recht van de bronstaat en de woonstaat van de partners een dubbele belasting voorligt *article 23 requires that relief from double taxation be granted by the State of residence notwithstanding the conflict of qualification resulting from these differences in domestic law*.⁶⁴ De afwezigheid van die bewoordingen in het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag zorgt ervoor dat België de voorliggende dubbele belasting niet moet voorkomen.⁶⁵

22. CORRECTE KWALIFICATIE ALS ONROERENDE INKOMSTEN (?) – Bovenstaande overwegingen tonen aan dat het Partnershiprapport niet automatisch van toepassing is op deze problematiek en indien ze van toepassing zou zijn, ze geen verplichting oplegt aan België om de dubbele belasting te vermijden. De volgende vraag die rijst is of de kwalificatie van de uitgekeerde inkomsten volgens de verdragsbepalingen onroerende inkomsten zijn. Indien dit zo is, dan moet België alsnog vrijstelling verlenen op basis van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag.

De definitie van het begrip ‘onroerend goed’ in artikel 3.2 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag geeft enkel de mogelijkheid aan Frankrijk om te bepalen volgens haar intern recht wat een onroerend goed is in het licht van het verdrag. De discussie in het arrest van het Hof van Cassatie gaat over inkomsten uit onroerende goederen. Artikel 3 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag is, in tegenstelling tot wat het Hof van Cassatie zonder motivering aanneemt, niet van toepassing.⁶⁶ De Franse *translucide* vennootschap, die eigenaar is van de onroerende goederen, en de vennoten van de vennootschap, die enkel een aandeel hebben in de vennootschap, zijn onderscheiden personen.⁶⁷ De inkomsten worden geacht in hoofde van de vennootschap te zijn behaald, maar wel onmiddellijk bij de vennoten te worden belast. De rechtspersoonlijkheid geeft de Franse SCI een eigen persoonlijkheid en dus ook

⁶³ Partnershiprapport, nr. 104.

⁶⁴ Partnershiprapport, nr. 105.

⁶⁵ Zie in dezelfde zin B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 68.

⁶⁶ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 59-60; C. DOCULO, noot onder Brussel 7 november 2002, *JDF* 2003, 345; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 23.

⁶⁷ CE 9 februari 2000, *JDF* 2004, afl. 7-8, 229, weergave C. DOCULO; P. FAES, “Verdragsrechtelijke kwalificaties, internrechtelijke kwalificaties en het spanningsveld daartussen” (noot onder Brussel 7 november 2002), *TFR* 2003, afl. 242, 520; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 21.

eigen inkomsten. De vennoten hebben maar een onrechtstreeks belang in het onroerend goed. De uitkering aan de deelnemers moet verdragsrechtelijk afzonderlijk worden gekwalificeerd.

Een autonome verdragsinterpretatie van het begrip ‘inkomsten uit onroerende goederen’ zal geen oplossing bieden. Het zal vereist zijn om terug te vallen op het interne recht.⁶⁸ De Belgische partners van de Franse SCI zullen dus maar inkomsten uit onroerende goederen ontvangen indien de deelrechten in de vennootschap als onroerende goederen worden gekwalificeerd. Artikel 529 van de Code Civil bepaalt dat roerend zijn: “*les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d’industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l’égard de chaque associé seulement, tant que dure la société*”. Indien de vennootschap enkel onroerende goederen in haar bezit heeft, dan nog zijn de deelrechten in deze vennootschap roerende goederen.⁶⁹ Het Franse Hof van Cassatie heeft op 2 oktober 2015 geoordeeld dat het vermogen dat een aandeelhouder in een Franse SCI bezit, als roerend vermogen moet behandeld worden.⁷⁰ In de rechtsleer argumenteren bepaalde auteurs dat de uitkering naar Frans fiscaal recht als een uitkering van onroerende inkomsten wordt behandeld.⁷¹ Dit argument kan naar mijn mening niet weerhouden worden. Naar Frans fiscaal recht wordt een uitkering van een Franse SCI aan haar partners immers niet belast.⁷² Er moet een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen de belasting die wordt geheven in hoofde van de partners voor de inkomsten van de *translucide* vennootschap en de belasting die geheven wordt op de uitkering van de inkomsten uit de vennootschap. In de lagere rechtspraak vinden we deze argumentatie ook terug.⁷³

⁶⁸ Artikel 3.2 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag bepaalt dat het begrip “onroerend goed” wordt bepaald volgens de wetten van de verdragsluitende staat waar het betreffende goed gelegen is. De inkomsten worden verkregen uit deelrechten van de SCI. Zie ook A. BAX, K. MARSOUL, S. CLAES en J. DRAYE, “De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA (deel 2)”, *AFT* 2007, afl. 12, 71.

⁶⁹ Zie ook B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 58; C. DOCCLO, noot onder Brussel 7 november 2002, *JDF* 2003, 345.

⁷⁰ Cass. (FR) 2 oktober 2015, nr. 14-14.256, www.dalloz.fr.

⁷¹ K. DE HAEN, *Fiscale transparantie. Een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 106; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 23; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “De Minister van Financiën en de Franse SCI’s”, *Fiscoloog (I.)* 2006, afl. 269, 4; D. BECKERS, “Inkomsten uit een Franse SCI: Cassatie steunt fiscus” (noot onder Cass. 29 september 2016), *TFR* 2017, afl. 520, 369-370; W. VERMEULEN en M. JOOSEN, “La Société Civile Immobilière. The saga continues – a never-ending story?”, *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 46. Enkele van deze auteurs halen aan dat de inkomsten van de SCI moeten aangegeven worden in vak “4.I. revens fonciers” van de aangifte in de personenbelasting. Dit gaat over de inkomsten van de Franse SCI zelf (die belast worden in hoofde van de partners) en niet de inkomsten uit een uitkering.

⁷² Zie art. 108 CGI, www.legifrance.gouv.fr; B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 59; C. DOCCLO, noot onder Brussel 7 november 2002, *JDF* 2003, 342; C. DOCCLO, “Le mystère belge de la transparence des SCI françaises” (noot onder Gent 29 april 2014), *TFR* 2014, afl. 466, 696.

⁷³ Rb. Brussel 11 februari 2010, *JDF* 2010, 165; Rb. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 28 januari 2014, *FJF* 2016, afl. 3, 78; Rb. Henegouwen (afd. Bergen) 15 juni 2015, *FJF* 2016, afl. 4, 117.

Paragraaf 2 van het bijgevoegd protocol bij het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag voorziet voor de zogenaamde sociétés civiles d'attribution in een specifiek regime. De maatschappelijke rechten van deze vennootschappen mogen als onroerende goederen worden gekwalificeerd. *A contrario* kan men hieruit besluiten dat de maatschappelijke rechten van de sociétés civiles de droit commun niet als onroerende goederen mogen gekwalificeerd worden.

Uit de voorgaande beschouwing kunnen we concluderen dat de kwalificatie van de uitkeringen uit een Franse SCI rusten op een incorrecte lezing van het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. Inkomsten die Belgische vennoten ontvangen uit een Franse SCI kunnen niet gekwalificeerd worden als onroerende goederen.

2.2. Blijvend verzet van de Belgische administratie

23. ADMINISTRATIEF STANDPUNT – De administratie houdt, ondanks het arrest van het Hof van Cassatie, voet bij stuk. In een parlementaire vraag⁷⁴ gebruikt de Minister van Financiën het argument uit paragraaf 2 van het slotprotocol bij het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. In een later antwoord op een parlementaire vraag antwoordt hij dat het feit dat inkomsten rechtstreeks in hoofde van de vennoten worden belast slechts een bijzondere modaliteit is van belastingheffing die geen afbreuk doet aan het feit dat de Franse SCI eigenaar is van de onroerende goederen.⁷⁵ De minister is van mening dat bij de uitkering van de inkomsten aan Belgische vennoten enkel inkomsten uit maatschappelijke rechten kunnen uitgekeerd worden. De inkomsten vallen niet onder de restrictieve definitie van artikel 15.5 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag, maar wel onder het restartikel (art. 18 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag). Het restartikel geeft de exclusieve heffingsbevoegdheid aan de woonstaat van de genietter, waardoor de uitgekeerde inkomsten in België belast worden als inkomsten uit dividenden in de zin van artikel 18, 1° WIB '92. De minister kondigt nog aan om in de zaak met Frankrijk tijdens een samenkomst van de Belgisch-Franse commissie klaarheid te scheppen, maar blijkt niet van de visie te willen afstappen.⁷⁶ Dit administratieve standpunt werd in 2016 nog eens bevestigd.⁷⁷

In de rechtsleer werd dit administratieve standpunt niet positief onthaald.⁷⁸ Ze verwijten de minister dat hij een onvolledige beschrijving geeft van het Franse fiscale stelsel. Ze wijzen er op dat in de praktijk

⁷⁴ *Vr. en Antw.* Kamer 2004-2005, 23 februari 2005, nr. 76682, 11959 (vr. nr. 660, VAN DER MAELEN).

⁷⁵ *Vr. en Antw.* Kamer 2005-2006, 11 januari 2006, nr. 83490, 20183 (vr. nr. 1067, VAN DER MAELEN).

⁷⁶ *Mond. Vr.* Kamer 2005-2006, 25 april 2006, *Com* 921, 8-9 (Vr. nr. 11321, VAN DER MAELEN).

⁷⁷ *Vr. en Antw.* Kamer 2015-16, 23 september 2015, nr. 54-089, 281 (vr. nr. 547, DESEYN).

⁷⁸ K. DE HAEN, *Fiscale transparantie. Een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 106; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, "De Minister van Financiën en de Franse SCI's", *Fiscoloog (l.)* 2006, afl. 269, 4; W. CLAES,

de Franse SCI haar resultaten in de inkomstenstaat meldt en de vennoten nadien op de hoogte brengt van hun aandeel. Ze vinden de stelling dat de inkomsten uit een Franse SCI niet als onroerende inkomsten gekwalificeerd kunnen worden juridisch onvoldoende onderbouwd. Op basis van de voorgaande argumentatie omtrent de kwalificatie als onroerende inkomsten, heeft de minister hierover wel gelijk.

24. CIRCULAIRE NR. CI.R. 9.DIV./577.956 – In een circulaire heeft de administratie aangegeven dat ze niet automatisch vrijstelling zal verlenen door het loutere feit dat de inkomsten in het buitenland reeds aan belasting zijn onderworpen. De administratie is van mening dat de andere staat het dubbelbelastingverdrag met België foutief kan toegepast hebben.⁷⁹ Ze neemt de stelling in dat België als woonstaat van de partners niet gebonden is door de kwalificatie van de inkomsten door de bronstaat.⁸⁰ Voor de inkomsten die uitgekeerd worden uit een Franse SCI is deze stelling correct. In dat geval moet de algemene interpretatieregel van artikel 3.2 Belgisch-Frans verdrag toepassing vinden.⁸¹

25. STANDPUNT DIENST VOORAFGAANDE BESLISSINGEN – De Dienst Voorafgaande Beslissingen kreeg de vraag of een dividend dat wordt uitgekeerd door een Franse SCA X aan een Belgische NV Y kan uitsloten worden van de dbi-aftrek bij de toepassing van artikel 203, §1, eerste lid, 5° WIB '92.⁸² Het gaat om de uitsluiting van dividenden die zijn uitgekeerd door een vennootschap die dividenden uitkeert die voor de toepassing van artikel 203, §1, eerste lid, 1°-4° WIB '92 niet zouden afgetrokken kunnen worden ten belope van 90%. In eerste instantie stelt de DVB dat de Franse SCI niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is en dus geen vennootschap is die onderworpen is aan een buitenlandse belasting van gelijke aard als de Belgische vennootschapsbelasting. Het dividend dat de Belgische NV Y ontvangt zou niet in aanmerking mogen komen voor dbi-aftrek. Vervolgens onderzoekt de DVB de uitzondering op artikel 203, §1, eerste lid, 5° WIB '92 (art. 203, §2, zevende lid WIB '92). Deze uitzondering is erop gericht om dubbele belasting te voorkomen. Uitkeringen door een holdingvennootschap die zelf niet van de dbi-aftrek heeft kunnen genieten, kunnen in dat geval toch van de dbi-aftrek genieten. De DVB stelt vast dat de uitkeringen die de Franse SCI aan de Franse SCA

“Het arrest van het Hof van Cassatie over Franse SCI's in het licht van het OESO-rapport betreffende partnerships”, *TFR* 2006, afl. 312, 986-987; D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 64.

⁷⁹ Circulaire nr. Ci.R. 9.Div./577.956 (AOIF 21/2006), 11 mei 2006.

⁸⁰ Zie hierover K. DE HAEN, *Fiscale transparantie. Een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 106.

⁸¹ A. BAX, K. MARSOUL, S. CLAES en J. DRAYE, “De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA (deel 2)”, *AFT* 2007, afl. 12, 72. Merk op dat deze stelling van de administratie geen stand houdt indien het begrip in het dubbelbelastingverdrag zou gedefinieerd zijn en dus geen interpretatieregel naar intern recht, maar wel een verdragsautonome interpretatie voorligt.

⁸² Voorafgaande Beslissing nr. 700.334 van 12 februari 2008, www.stradalex.com.

X heeft gedaan aan belastingen onderworpen waren. De Belgische NV Y kon toch van de dbi-aftrek genieten. De Dienst Voorafgaande Beslissingen gaat dus ook uit van de these dat de uitkeringen uit een Franse SCI geen onroerende inkomsten zijn. Anders was deze uitsluitingsregel uit artikel 203, §1, eerste lid, 5° WIB '92 niet van toepassing geweest.⁸³ In een gelijkaardige constellatie heeft de DVB deze zienswijze herhaald.⁸⁴

2.3. Kwalificatie volgens dividendartikel of restartikel?

26. HOF VAN CASSATIE GEEFT FISCUS GELIJK – Na jarenlang volharden door de fiscus heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 29 september 2016 haar visie gewijzigd.⁸⁵ Nadat het Hof van Cassatie kort de bepalingen uit artikel 3 en 19 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag en paragraaf 2 van het slotprotocol heeft toegelicht, gaat ze over tot de inhoudelijke bespreking van het arrest. Franse SCI's die niet gekozen hebben om aan de vennootschapsbelasting onderworpen te zijn, vallen niet onder paragraaf 2 van het slotprotocol. Uit artikel 238bis CGI besluit het Hof van Cassatie dat het aandeel in de winst van de vennootschap, voor natuurlijke personen, geacht wordt een inkomen uit onroerende goederen te vertegenwoordigen. Het bestreden arrest⁸⁶ vermeldt dat de aandeelhouders onroerende inkomsten verwerven tot op het ogenblik dat besloten wordt om het resultaat aan de aandeelhouders uit te keren. Dit volgt uit het *translucide* stelsel van de vennootschap. Op basis van deze overwegingen besluit het Hof van Cassatie dat de inkomsten uit uitkeringen van maatschappelijke rechten van een Franse SCI geen onroerende inkomsten zijn voor de toepassing van artikel 3 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. Het Hof van Cassatie heeft deze uitspraak reeds bevestigd,⁸⁷ waaruit geconcludeerd kan worden dat een nieuwe visie van het Hof van Cassatie zou kunnen voorliggen.
27. ONZEKERHEID OVER TOEPASSELIJK VERDRAGSARTIKEL – Beide arresten werden in de rechtsleer niet altijd even positief onthaald. De meeste auteurs blijven verdedigen dat de uitkeringen uit een Franse SCI wel als inkomsten uit onroerende goederen moeten worden gekwalificeerd.⁸⁸ Bepaalde auteurs gaan er reeds van uit dat het Hof van Cassatie de inkomsten uit de maatschappelijke rechten van een *translucide* SCI niet kwalificeert als dividenden, zodat artikel 18 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag

⁸³ Zie in dezelfde zin K. DE HAEN, *Fiscale transparantie. Een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 115.

⁸⁴ Voorafgaande Beslissing nr. 2012.113 van 3 juli 2012, www.stradalex.com.

⁸⁵ Cass. 29 september 2016, *TFR* 2017, afl. 520, 356, noot D. BECKERS.

⁸⁶ Brussel 10 september 2013, *Fisc.Koer.* 2014, 370.

⁸⁷ Cass. 21 september 2017, *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 50.

⁸⁸ D. BECKERS, "Inkomsten uit een Franse SCI: Cassatie steunt fiscus" (noot onder Cass. 29 september 2016), *TFR* 2017, afl. 520, 372; L. DE BROE en D. BECKERS, "Kroniek internationaal en Europees belastingrecht 2016", *AFT* 2017, afl. 8-9, 7; W. VERMEULEN en M. JOOSEN, "La Société Civile Immobilière. The saga continues – a never-ending story?", *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 46.

van toepassing is.⁸⁹ Dit is ook de visie van de administratie.⁹⁰ Het Hof van Cassatie heeft echter niet gezegd welk verdragsartikel zij toepasselijk acht. Er wordt niet bepaald of de uitkering onder toepassing van artikel 15 (dividendartikel), dan wel artikel 18 (restartikel) Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag valt.⁹¹ De kwalificatie van de uitkeringen uit maatschappelijke rechten van een Franse SCI als dividenden conform artikel 15 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag sluit de kwalificatie conform artikel 18 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag uit.

28. KWALIFICATIE ALS DIVIDEND (?) – Dividenden worden in het verdrag gedefinieerd als *inkomsten uit aandelen, genotsaandelen of -rechten, mijnaandelen, oprichtersaandelen of andere winstaandelen alsmede inkomsten van andere delen, die volgens de belastingwetgeving van de Staat waarvan de uitkerende vennootschap verblijfhouder is op dezelfde wijze als inkomsten van aandelen worden belast* (art. 15.5 Frans-Belgisch DBV). Het dividendartikel start vanuit een driedeling. Ten eerste viseert het artikel “inkomsten uit aandelen”, ten tweede “inkomsten uit genotsaandelen of- rechten, mijnaandelen, oprichtersaandelen of andere winstaandelen” en als laatste “inkomsten van andere delen, die volgens de belastingwetgeving van de staat waarvan de uitkerende vennootschap verblijfhouder is op dezelfde wijze als inkomsten van aandelen worden belast”.⁹²

Het verdrag preciseert niet wat onder het begrip “aandelen” (*actions*) moet worden verstaan. Evenmin vinden we in het Frans fiscaal recht een omschrijving van het begrip “aandelen”.⁹³ Aandelen zijn volgens het Frans burgerlijk recht verhandelbare effecten.⁹⁴ Volgens artikel 1841 Code Civil moeten vennootschappen bij wet gemachtigd zijn om verhandelbare effecten uit te geven. Een Franse SCI heeft deze machtiging niet, dus zullen er geen aandelen uitgegeven worden zoals gedefinieerd in artikel 15 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag.⁹⁵

⁸⁹ D. WEYENS, R. MINJAUW en C. BODEUX, “Grondslag van de belasting” in A. TIBERGHIE (ed.), *Handboek voor fiscaal recht 2018-2019*, Mechelen, Kluwer, 2018, 75.

⁹⁰ *Vr. en Antw.* Kamer 2004-2005, 23 februari 2005, nr. 76682, 11959 (vr. nr. 660, VAN DER MAELEN); *Vr. en Antw.* Kamer 2005-2006, 11 januari 2006, nr. 83490, 20183 (vr. nr. 1067, VAN DER MAELEN); *Vr. en Antw.* Kamer 2015-16, 23 september 2015, nr. 54-089, 281 (vr. nr. 547, DESEYN).

⁹¹ B. PEETERS, “Frans vastgoed aangehouden middels SCI: evolutie in de cassatierechtspraak”, *Fiscoloog (l.)* 2017, afl. 401, 8.

⁹² E. REIMER en A. RUST, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 4th edition, Volume 1, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, 834; P. BAKER, *Double Taxation Conventions. A manual on the OECD Model tax convention on income and capital*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, 10-10.

⁹³ Bij gebrek aan verdragsrechtelijke omschrijving moet het begrip bekeken worden vanuit het Frans recht. In België vinden we de verwijzing naar het Frans recht (*lex societatis*) in artikel 111, §1 WIPR.

⁹⁴ Zie artikelen L228-7 tot L228-10 Code de Commerce, www.legifrance.gouv.fr.

⁹⁵ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 63; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 21-22.

Een deelneming in een Franse SCI wordt gekwalificeerd als een maatschappelijk deelbewijs. Inkomsten van andere maatschappijen delen (*revenus d'autres parts sociales*) vallen onder de definitie van aandelen indien ze volgens het Frans fiscaal recht op dezelfde wijze worden belast als inkomsten van aandelen. Een Franse SCI die niet geopteerd heeft om aan de vennootschapsbelasting onderworpen te zijn, zal geen uitkeringen doen aan Franse rijksinwoners die gekwalificeerd kunnen worden als dividenden. Uitkeringen uit een *translucide* SCI aan een Franse rijksinwoner worden helemaal niet belast. Hieruit kan echter niet afgeleid worden dat de uitkeringen aan een Belgische partner helemaal niet meer onder de verdragsdefinitie van "dividenden" kunnen vallen.⁹⁶ Het dividendartikel start vanuit een driedeling. Dit brengt met zich mee dat de voorwaarde dat de uitkeringen volgens de belastingwetgeving van de staat waarvan de uitkerende vennootschap verblijfhouder is op dezelfde wijze als inkomsten van aandelen worden belast, enkel geldt voor de inkomsten van andere maatschappijen delen.

Een laatste mogelijkheid om onder de definitie van "dividend" te vallen is via het deel van de "andere winstaandelen" (*autres parts bénéficiaires*). Andere winstaandelen (*corporate rights*) vertegenwoordigen een deelgerechtigdheid in een vennootschap. Deelgerechtigd zijn in een vennootschap vereist onderworpenheid aan het ondernemingsrisico.⁹⁷ Vennoten van een Franse SCI zijn onbeperkt aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap, waardoor ze voldoen aan deze voorwaarde.⁹⁸ In tegenstelling tot het OESO-Modelverdrag⁹⁹ wordt de term vennootschap niet gedefinieerd in het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag. Ingevolge artikel 22 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag¹⁰⁰ mag teruggeregren worden naar het nationaal recht.¹⁰¹ Een Franse SCI valt onder de definitie van een vennootschap uit artikel 2, §1, 5°, a) WIB '92 (zie supra nr. 3), waardoor de

⁹⁶ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 61; C. DOCCLO, noot onder Brussel 7 november 2002, *JDF* 2003, 345. Contra: P. FAES, "Verdragsrechtelijke kwalificaties, internrechtelijke kwalificaties en het spanningsveld daartussen" (noot onder Brussel 7 november 2002), *TFR* 2003, afl. 242, 521; L. DE BROE en M. DE LA SERNA, "Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen", *AFT* 2005, afl. 4, 22; F.S. MEEÛS, "Le régime d'imposition des revenus distribués à une personne physique résidente en Belgique par une société civile immobilière de droit français" (noot onder Cass. 4 december 2004), *JLMB* 2006, 170.

⁹⁷ E. REIMER en A. RUST, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 4th edition, Volume 1, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, 836.

⁹⁸ Art. 1857 Code Civil, www.legifrance.gouv.fr; B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 64.

⁹⁹ The term "company" means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes (art. 3.1.b) OESO-Modelverdrag).

¹⁰⁰ Art. 22 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag: "Elke niet in deze Overeenkomst nader omschreven term zal, tenzij het zinsverband een andere verklaring vereist, de betekenis hebben welke aan die term wordt toegekend door de wetgeving die in elke verdragsluitende Staat voor de in deze Overeenkomst bedoelde belasting geldt".

¹⁰¹ Ingevolge artikel 2, §1, 5°, a) WIB '92 is een vennootschap *enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die, regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard*.

uitkeringen als dividenden in de zin van artikel 15.5 Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag kunnen worden verstaan. Het valt af te wachten of het hof van beroep van Luik, waar het Hof van Cassatie de zaak naar heeft doorverwezen, ook tot deze conclusie komt.

29. DUBBELE BELASTING – Ongeacht de toepassing van het dividendartikel of het restartikel ligt er toch een situatie van dubbele belasting voor.¹⁰² Belgische rijksinwoners-natuurlijke personen zullen een eerste maal belast worden in Frankrijk op hun deel van de inkomsten van de Franse SCI. Na de uitkering zullen ze een tweede maal belast worden in België op hun dividend. Voor Belgische rijksinwoners-vennootschappen zal de belasting op de uitkering niet kunnen genieten van de dbi-aftrek, omdat de uitgekeerde inkomsten van een Franse SCI uitgesloten worden (zie supra nr. 25). De hogere tarieven die bij een fiscaal transparante (hier *translucide*) vennootschap gehanteerd worden bij de enige belasting, zijn niet verenigbaar met de tweede belasting bij een uitkering door een afzonderlijk belaste entiteit.¹⁰³ Het gaat hier echter niet om een juridische dubbele belasting, maar een economische dubbele belasting.¹⁰⁴ Bij juridische dubbele belasting moet de belasting eenzelfde persoon betreffen, terwijl economische dubbele belasting een taxatie is in hoofde van verschillende belastingsubjecten.¹⁰⁵ Economische dubbele belasting wordt niet als dusdanig geïmplementeerd in dubbelbelastingverdragen.

Het is opmerkelijk dat de keuze om de inkomsten uit de Franse SCI als onroerende inkomsten te kwalificeren deze dubbele belasting teniet doet, maar dergelijke lezing van het verdrag valt niet te rijmen met de tekst. Hoewel de economische dubbele belasting niet geïmplementeerd wordt door de dubbelbelastingverdragen, is ze toch niet wenselijk. Om deze reden is het opportuun om de dubbele belasting die veroorzaakt wordt door de samenloop van conflicterende fiscale regimes weg te werken. Inspiratie hiervoor kan gevonden worden in de voorgestelde oplossing door de OESO in het Partnershiprapport. De ontstane dubbele belasting moet weggewerkt worden door de woonstaat van de partners (zie supra nr. 15). Dit kan louter door de kwalificatie die Frankrijk aan de inkomsten geeft, te aanvaarden. Het Partnershiprapport integreren in het Frans-Belgisch dubbelbelastingverdrag,

¹⁰² B. ROELS, “Frans-Belgische fiscaliteit: Cassatie slaat en zalft”, *VIP* 2017, afl. 4, 24-26; X., weergave van Cass. 29 september 2016, *Fisc.Koer.* 2016, afl. 18, 868.

¹⁰³ Zie hierover W. VERMEULEN en M. JOOSEN, “La Société Civile Immobilière. The saga continues – a never-ending story?”, *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 45. Deze auteurs beschrijven dat het hoge belastingtarief die van toepassing is op fiscaal transparante entiteiten niet verenigbaar is met een tweede belasting bij de uitkering. Hier komt opnieuw het onderscheid op de voorgrond tussen single tax patterns en double tax patterns (zie voetnoot 22).

¹⁰⁴ Juridische dubbele belasting wordt algemeen gedefinieerd als een vergelijkbare belasting in twee (of meer) staten in hoofde van dezelfde belastingbetaler voor dezelfde belastbare materie voor dezelfde periode (§1 van de commentaar bij de introductie van het OESO-Modelverdrag 2014).

¹⁰⁵ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 408; E. REIMER en A. RUST, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 4th edition, Volume 1, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, 4-5.

samen met een wijziging van artikel 19 van het verdrag door de toevoeging van de woorden “*belast in overeenstemming met de bepalingen van het verdrag*”, zouden ook voldoende moeten zijn. Er zou ook kunnen geopteerd worden om een soortgelijke bepaling in te schrijven zoals paragraaf 2 van het slotprotocol. Een wijziging van het verdrag ligt dus voor.

3. *Vergelijking met de Amerikaanse REIT*

30. KWALIFICATIEPROBLEEM – Een Amerikaanse *Real Estate and Investment Trust* geniet een specifiek regime.¹⁰⁶ Het is een gereguleerde entiteit die hoofdzakelijk belegt in onroerende goederen.¹⁰⁷ De REIT moet voldoen aan een aantal voorwaarden. De belangrijkste van deze voorwaarden in dit kader is dat ieder jaar minstens 90% van de belastbare inkomsten aan haar achterliggende investeerders moeten uitgekeerd worden. Bijzonder aan het specifiek regime van de REIT is dat deze uitkeringen fiscaal in aftrek gebracht mogen worden. Hierdoor betaalt de Amerikaanse entiteit in de praktijk geen tot zeer weinig belastingen.¹⁰⁸

De kwalificatie van de inkomsten die een Belgisch inwoner verwerft uit een Amerikaanse REIT brengt een kwalificatieprobleem met zich mee. Dit werd geïllustreerd in een zaak voor het hof van beroep van Luik.¹⁰⁹ Een Belgische holdingvennootschap krijgt inkomsten uit een Amerikaanse REIT in de vorm van dividenden en meerwaarden op aandelen. De belastingplichtige is van mening dat een REIT in de Verenigde Staten een transparante behandeling geniet aangezien ze de winstuitkeringen van haar belastbare basis mag aftrekken. Door deze transparante behandeling wordt de holding geacht over een vaste inrichting te beschikken in de Verenigde Staten, waardoor België de inkomsten krachtens het (oude) Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag¹¹⁰ moet vrijstellen. De belastingplichtige is ook van mening dat ze aanspraak kan maken op de vrijstellingsregeling voor meerwaarden op aandelen.

Het hof van beroep van Luik is van oordeel dat er geen sprake is van fiscale transparantie, maar dat de Amerikaanse REIT *in casu* rechtspersoonlijkheid¹¹¹ heeft en onderworpen is aan de Amerikaanse

¹⁰⁶ Om als een REIT erkend te worden, is het vereist om een expliciete keuze te maken bij de Amerikaanse autoriteiten.

¹⁰⁷ §856 en §857 International Revenue Code, *OLRC* 22 oktober 1986, <http://uscode.house.gov>. De International Revenue Code is Titel 26 van de United States Code. Hierna: IRC.

¹⁰⁸ S. CLAES, “Opbrengsten uit een US REIT: een complexe fiscale cocktail”, *Fiscoloog (l.)* 2016, afl. 389, 4.

¹⁰⁹ Luik 17 september 2014, *FJF* 2015, 149.

¹¹⁰ Overeenkomst van 9 juli 1970 tussen het Koninkrijk België en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen, *BS* 4 oktober 1970.

¹¹¹ De REIT is opgericht als een *corporation* naar Amerikaans recht met rechtspersoonlijkheid. Deze rechtspersoonlijkheid moet ook voor Belgische belastingdoeleinden worden erkend.

vennootschapsbelasting. Ze genieten echter een afwijkend belastingstelsel, waardoor niet voldaan is aan de taxatievoorwaarde uit artikel 203 WIB '92.¹¹² De Belgische holding kan dus niet genieten van de vrijstellingsregeling voor meerwaarden uit aandelen uit artikel 192 WIB '92.

De kern van het probleem – de verdragsrechtelijke kwalificatie van de inkomsten – komt echter niet aan bod.¹¹³ Uitkeringen gedaan door een Amerikaanse REIT worden in het intern Amerikaans recht onder bepaalde voorwaarden aangemerkt als onroerende inkomsten.¹¹⁴ De vraag die rijst is of dergelijke internrechtelijke kwalificatie als onroerend goed doorwerkt op verdragsniveau. In dat geval zal België het dividend als een meerwaarde op onroerend goed moeten beschouwen en vrijstellen op basis van het Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag.¹¹⁵

31. NIEUW DUBBELBELASTINGVERDRAG BRENGT SOELAAS – In het oud Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag wordt geen definitie gegeven van het begrip 'onroerend goed' en 'vermogenswinst'.¹¹⁶ Uit artikel 3.2 van het verdrag volgt dat het begrip mag ingevuld worden door de staat wiens belasting moet worden vastgesteld. België zal deze uitkeringen volgens haar intern recht kwalificeren als dividenden terwijl de Verenigde Staten deze uitkeringen als een meerwaarde op onroerend goed kwalificeren. Er is gevaar van dubbele belasting en opnieuw een gelijkaardige kwalificatiediscussie zoals bij uitkeringen uit een Franse SCI.¹¹⁷

In het nieuw Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag¹¹⁸ werd onder impuls van een ontwerprapport van de OESO¹¹⁹ een oplossing uitgewerkt. Voor de toepassing van het verdrag worden inkomsten uit een Amerikaanse REIT in de regel als dividenden beschouwd.¹²⁰ Een belegger wordt niet geacht onroerende inkomsten te verkrijgen. De winstuitkeringen die uit de vervreemding van een

¹¹² Merk op dat het hof van beroep van Luik ook meegeeft dat dividendinkomsten ontvangen uit een Amerikaanse REIT niet in aanmerking komen voor dbi-aftrek.

¹¹³ S. CLAES, "Opbrengsten uit een US REIT: een complexe fiscale cocktail", *Fiscoloog (l.)* 2016, afl. 389, 6; L. DE BROE en D. BECKERS, "Kroniek internationaal en Europees belastingrecht 2016", *AFT* 2017, afl. 8-9, 8.

¹¹⁴ §897 (h)(1) IRC. In het artikel is voorzien in een 'look-through rule of distributions'. Onder bepaalde voorwaarden zal een uitkering uit een Amerikaanse REIT als een meerwaarde op onroerend goed worden aangemerkt voor zover deze meerwaarden gerealiseerd worden uit de vervreemding van een in de Verenigde Staten liggend onroerend goed. Deze 'look-through'-rule is niet langer van toepassing op aandeelhouders die een participatie van minimum 5% aanhouden.

¹¹⁵ S. CLAES, "Opbrengsten uit een US REIT: een complexe fiscale cocktail", *Fiscoloog (l.)* 2016, afl. 389, 6.

¹¹⁶ Zie respectievelijk artikel 6 en artikel 13 oud Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag.

¹¹⁷ S. CLAES, "Opbrengsten uit een US REIT: een complexe fiscale cocktail", *Fiscoloog (l.)* 2016, afl. 389, 6.

¹¹⁸ Overeenkomst van 27 november 2006 tussen de Regering van het Koninkrijk België en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen, *BS* 9 januari 2008.

¹¹⁹ *Tax treaty issues related to REITs. OECD Report for public discussion draft*, 30 oktober 2007, www.oecd.org.

¹²⁰ §67.3 van de Commentaar op artikel 10 van het OESO-Modelverdrag; A. BAX, K. MARSOUL, S. CLAES en J. DRAYE, "De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA", *AFT* 2007, afl. 12, 72.

onroerend goed voortvloeien, vallen onder het meerwaardenartikel (artikel 13.1 Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag). In dat geval komt de heffingsbevoegdheid toe aan de Verenigde Staten en is de dubbele belasting weggewerkt.¹²¹ In het nieuw verdrag werd in artikel 22, §1, b) uitdrukkelijk voorzien in het vermijden van dubbele belasting. Inkomsten die in België als dividenden worden behandeld en door een Belgisch rijksinwoner behaald worden uit een deelneming in een Amerikaanse entiteit die niet als vennootschap wordt belast, worden in België vrijgesteld op voorwaarde dat de Belgische inwoner naar rata van zijn deelneming door de Verenigde Staten is belast op die inkomsten.¹²² Dit is een duidelijke toepassing van het Partnershiprapport.

§3. De Dienst Voorafgaande Beslissingen: Praktische oplossingen voorrang op de wet

32. ONDERSCHIED PARTNERSHIPRAPPORT EN BELGISCHE WET – Fiscale transparantie is reeds een aantal keren het voorwerp geweest van discussie voor de Dienst Voorafgaande Beslissingen. De weinige Belgische bepalingen worden aangevuld met het gedachtegoed in het Partnershiprapport. De Belgische wet neemt de rechtspersoonlijkheid als determinerend criterium terwijl het Partnershiprapport uitgaat van de verdragsrechtelijke behandeling van partnerships. Het Partnershiprapport neemt aan dat partners van een partnership verdragsbescherming kunnen genieten in een staat, op voorwaarde dat de in die staat behaalde inkomsten in hun woonstaat fiscaalrechtelijk aan hen worden toegerekend.¹²³ De toekenning van rechtspersoonlijkheid aan partnerships is daarvoor irrelevant.

1. Beslissingen omtrent de UK LLP

33. UK LLP NAAR BRITS RECHT – De Britse Limited Liability Partnership (UK LLP) is een aparte juridische entiteit met rechtspersoonlijkheid, afgescheiden van de leden of vennoten.¹²⁴ Opmerkelijk is de beperkte aansprakelijkheid van de vennoten.¹²⁵ Ondanks de rechtspersoonlijkheid van de LLP, wordt deze in de UK fiscaal transparant behandeld. De vennootschap wordt dus niet als een afzonderlijke

¹²¹ Een verdere bespreking van de toepassing van het meerwaardenartikel gaat dit werk te buiten. Voor een specifiek probleem met het Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag zie S. CLAES, “Opbrengsten uit een US REIT: een complexe fiscale cocktail”, *Fiscoloog (l.)* 2016, afl. 389, 6.

¹²² Zie hierover P. HINNEKENS, “New tax treaty between Belgium and the United States: additional step relating to the application of the OECD report on partnerships in Belgian tax law” in L. HINNEKENS en P. HINNEKENS (eds.), *A vision of taxes within and outside European borders*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 537-554.

¹²³ Partnershiprapport, nr. 47; A. BAX, “De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo”, *TRV* 2006, afl. 1, 24.

¹²⁴ Art. 1, (2), (A) van de Limited Liability Partnership Act 2000, *OPSI* 24 juli 2000, <https://www.legislation.gov.uk>; R. VAN DEN EECKHAUT, “Invoering van de ‘Limited Liability Partnership’”, *Fiscoloog (l.)* 2001, afl. 209, 3.

¹²⁵ Art. 1, (4), (A) van de Limited Liability Partnership Act 2000; K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 402.

belastingplichtige aangemerkt voor de toepassing van de inkomstenbelasting en meerwaardebelasting. De vennoten worden belast op de inkomsten van de LLP alsof zij deze ten persoonlijke titel genereren.¹²⁶

In de praktijk wordt een UK LLP vaak gebruikt door internationale accountants-, consultancy- en advocatenkantoren. De inkomsten vanuit de hele wereld worden in de UK samengebracht om dan een deel van het resultaat uit te keren aan de individuele partners. Belgische partners krijgen dus een deel in het resultaat van het Belgisch kantoor en een deel van het resultaat uit buitenlandse kantoren. De fiscale transparantie van de UK LLP brengt met zich mee dat, los van de uitkeringen, elke partner onderworpen is aan de Britse belasting voor zijn deel van de winst. Daarnaast delen de partners niet enkel in de winst, maar worden ze vergoed voor de door hen verrichte prestaties.

34. ERKENNING RECHTSPERSOONLIJKHEID – De DVB oordeelt in het gros van haar beslissingen dat een UK LLP naar Brits recht, d.i. de toepasselijke *lex societatis*, rechtspersoonlijkheid bezit.¹²⁷ Hierdoor wordt de fiscale transparantie van artikel 29 WIB '92 uitgeschakeld. Deze rechtspersoonlijkheid zou voor de toepassing van het intern Belgisch fiscaal recht moeten aanvaard worden.¹²⁸ Dit zou ertoe leiden dat de inkomsten die de UK LLP in België behaalt afzonderlijk belastbaar zijn in de belasting van niet-inwoners voor vennootschappen. In België wordt de UK LLP volgens artikel 227, 2° WIB '92 als een afzonderlijke belastingplichtige aangemerkt. De in België gevestigde partners kunnen enkel op de inkomsten worden belast indien deze door de UK LLP worden uitgekeerd.

35. BELASTINGHEFFING IN HOOFDE VAN DE BELGISCHE PARTNERS – Met betrekking tot de belastingheffing in hoofde van de Belgische partners lijkt de DVB de rechtspersoonlijkheid van de UK LLP niet te erkennen.¹²⁹ De inkomsten die verwezenlijkt worden door het Belgische kantoor van de UK

¹²⁶ Art. 10 van de Limited Liability Partnership Act 2000; R. VAN DEN EECKHAUT, "Invoering van de 'Limited Liability Partnership'", *Fiscoloog (l.)* 2001, afl. 209, 3-4; A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbroglio", *TRV* 2006, afl. 1, 36.

¹²⁷ Voorafgaande Beslissingen nr. 300.230 van 26 mei 2005; nr. 400.373 van 26 mei 2005; nr. 500.003 van 26 mei 2005; nr. 500.004 van 26 mei 2005; nr. 500.076 van 26 mei 2005; nr. 400.233 van 22 juni 2005; nr. 500.210 van 22 september 2005; nr. 500.199 van 20 oktober 2005; nr. 500.252 van 24 november 2005; nr. 800.347 van 16 juni 2009; nr. 900.421 van 9 maart 2010; nr. 2013.110 van 30 april 2013; nr. 2015.154 van 26 mei 2015; nr. 2016.904 van 14 februari 2017, www.stradalex.com. In 2013 heeft de Dienst een afwijkende beslissing geveld. In de beslissing laat men de *lex societatis* links liggen en gaat men onmiddellijk over tot de bespreking van de *lex fori*, d.i. het Belgisch recht. Dit vormt dus een afwijking op de principiële erkenning van de rechtspersoonlijkheid van de Britse LLP's (Voorafgaande Beslissing nr. 2013.575 van 17 december 2013, www.stradalex.com).

¹²⁸ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 81; A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbroglio", *TRV* 2006, afl. 1, 36; P. HINNEKENS, "UK LLP: ook fiscaal transparant voor Belgisch intern recht?", *Fiscoloog (l.)* 2008, afl. 299, 6.

¹²⁹ Het gaat hier over een zuiver nationale verrichting, waardoor België de exclusieve heffingsbevoegdheid over de inkomsten heeft ingevolge artikel 5 van het Belgisch-Brits dubbelbelastingverdrag (Overeenkomst van 1 juni

LLP zijn rechtstreeks belastbaar in hoofde van de Belgische partners in de personenbelasting. In een overgrote meerderheid van de beslissingen worden de inkomsten als baten gekwalificeerd.¹³⁰ Deze baten worden geacht te zijn verkregen op de datum van afsluiting van het boekjaar, voor zover ze uit de boekhouding blijken volgens artikel 205, 1° KB/WIB '92.¹³¹ De DVB gaat hier duidelijk uit van fiscale transparantie.¹³² Op basis van de Belgische classificatieregels kan hier geen verklaring voor gegeven worden. De belastingheffing van de UK LLP zou naar intern recht moeten gebeuren, wat zou resulteren in de afzonderlijke belastbaarheid van de vennootschap. Naar intern Belgisch recht moeten de uitkeringen van de UK LLP aan de Belgische partners als dividenden gekwalificeerd worden.¹³³ In dat geval zou er een duidelijke onderscheid worden gemaakt tussen de inkomsten die men verwerft voor het leveren van hun prestaties en de inkomsten die men verwerft als participatie in de winst.¹³⁴

De inkomsten die hun bron hebben in andere landen dan België waar de UK LLP een kantoor heeft, moeten volgens de DVB vrijgesteld worden op basis van artikel 14 Belgisch-Brits dubbelbelastingverdrag (of een overeenkomstige andere bepaling) mits progressievoorbehoud.¹³⁵ De fiscaal transparante behandeling wordt hier integraal doorgetrokken.¹³⁶ Naar Belgisch recht is de verwerving van buitenlandse inkomsten in de UK LLP volkomen irrelevant, want deze wordt geclassificeerd als een afzonderlijk belastingplichtige. Bijgevolg is er helemaal geen belastingheffing

1987 tussen de Regering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Regering van het Koninkrijk België tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontstaan van belasting naar het inkomen en naar vermogenswinsten, *BS* 1 december 1989, hierna Belgisch-Brits dubbelbelastingverdrag).

¹³⁰ Voor uitzonderingen zie o.m. Voorafgaande Beslissing nr. 400.233 van 23 juni 2005, www.stradalex.com.

¹³¹ Het valt op te merken dat de DVB hier een vreemde formulering hanteert en zelfs twee bepalingen door elkaar slaat. Het moet hier gaan om de boekhouding van de vennoten. Uit de administratieve commentaar bij artikel 360 WIB '92 volgt dat de regel die de DVB aanhaalt enkel van toepassing is indien de belastingplichtige de boekhouding voert (P. HINNEKENS, "UK LLP: ook fiscaal transparant voor Belgisch intern recht?", *Fiscoloog (I.)* 2008, afl. 299, 7).

¹³² K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 405; B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 82; P. HINNEKENS, "Partnership: Rulingcommissie past OESO-rapport toe", *Fiscoloog (I.)* 2005, afl. 265, 5; A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbroglio", *TRV* 2006, afl. 1, 37; K. DE HAEN, F. BEARZATTO en M. CHALOT, "La transparence fiscale en Belgique: "Le rapport de l'OCDE devrait (davantage encore) servir de fil conducteur au Juge et au Service des Décisions Anticipées" (2ème partie)", *RGF* 2006, afl. 10, 11.

¹³³ P. HINNEKENS, "Partnership: Rulingcommissie past OESO-rapport toe", *Fiscoloog (I.)* 2005, afl. 265, 5.

¹³⁴ Door de kwalificatie als baten van de inkomsten miskent de DVB de effectieve herkomst van de inkomsten. De inkomsten die aan de partners worden toegekend voor het leveren van prestaties worden gekwalificeerd als winsten of baten. Inkomsten die uitgekeerd worden aan de partners als participatie in de winst moeten door de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van de UK LLP als dividenden gekwalificeerd worden. Deze mogen ook pas belast worden bij de effectieve uitkering.

¹³⁵ Aangezien de UK LLP voor de toepassing van het Belgisch-Brits dubbelbelastingverdrag als een fiscaal transparante entiteit wordt aangemerkt, dient heffingsbevoegdheid beoordeeld te worden op niveau van de vennoten.

¹³⁶ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 83; A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbroglio", *TRV* 2006, afl. 1, 37.

op het ogenblik dat de buitenlandse inkomsten door de UK LLP verworven wordt. De vraag naar een eventuele verdragsvrijstelling rijst enkel bij de effectieve uitkering van de inkomsten aan de Belgische partners.¹³⁷

36. BELGISCHE INKOMSTEN VAN NIET INWONENDE PARTNERS – Met betrekking tot het aandeel in de Belgische inkomsten van vennoten die geen Belgisch rijksinwoner zijn, is de DVB van oordeel dat overeenkomstig de bepalingen van de dubbelbelastingverdragen de heffingsbevoegdheid aan België wordt toegewezen. Door te aanvaarden dat de buitenlandse partners de dubbelbelastingverdragen met België kunnen invoeren, wordt de fiscale transparantie aanvaard.¹³⁸ Vanuit Belgisch intern fiscaal recht is dit opnieuw eigenaardig. België mag volgens haar intern recht belasting heffen, wat zou moeten leiden tot een niet-transparante behandeling van de UK LLP. De DVB is van oordeel dat het Belgisch inkomen van de buitenlandse partners onmiddellijk belastbaar is in hun hoofde als beroepsinkomsten in de belasting van niet-inwoners. De partners worden geacht een vaste basis te hebben in België, waardoor zelf partners die geen prestaties hebben verricht in het Belgische kantoor worden geacht beroepsinkomsten te hebben.¹³⁹

37. VERKLARING IN HET OESO-PARTNERSHIPRAPPORT – De verschillende classificatie van de UK LLP in België en het Verenigd Koninkrijk kan aanleiding geven tot internationale dubbele belasting in hoofde van de vennoten.¹⁴⁰ De Dienst voorafgaande Beslissingen probeert aan deze dubbele belasting tegemoet te komen en steunt haar beslissingen op het Partnershiprapport (zie supra nr. 14).¹⁴¹ De fiscale behandeling van de UK LLP voor de toepassing van het verdrag krijgt voorrang op de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap.

Voor de toerekening van binnenlandse inkomsten aan de Belgische partners beroept de DVB zich ook op het Partnershiprapport. De fiscale transparantie werkt door naar intern Belgisch recht. De situatie waarin de bronstaat ook de woonstaat van de partners is, komt in het Partnershiprapport niet voor. Het is vreemd dat de Dienst voorafgaande Beslissingen in deze context toepassing maakt van het

¹³⁷ D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 67.

¹³⁸ A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo", *TRV* 2006, afl. 1, 40; P. HINNEKENS, "Taxation of Partnerships in Belgium: An Imbrogljo", *BIT* 2008, 358.

¹³⁹ K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 407; A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo", *TRV* 2006, afl. 1, 40; P. HINNEKENS, "Taxation of Partnerships in Belgium: An Imbrogljo", *BIT* 2008, 359.

¹⁴⁰ P. HINNEKENS, "UK LLP: ook fiscaal transparant voor Belgisch intern recht?", *Fiscoloog (I.)* 2008, afl. 299, 6-7.

¹⁴¹ Dit kon reeds impliciet afgeleid worden uit de Voorafgaande Beslissingen van 2005 en 2006, maar werd expliciet bevestigd in de Voorafgaande Beslissing nr. 700.484 van 17 juni 2008 (zie P. HINNEKENS, "UK LLP: ook fiscaal transparant voor Belgisch intern recht?", *Fiscoloog (I.)* 2008, afl. 299, 6-7).

buitenlands recht. Dit standpunt leidt tot een inconsistentie met het Belgisch-Brits dubbelverdrag.¹⁴² Het voorziet dat de verdragsvrijstelling enkel toegepast wordt op inkomsten die naar Belgisch recht als inkomen uit dividenden worden beschouwd. Er is enkel sprake van een dividend bij de effectieve uitkering van inkomsten. Volgens het Belgisch-Brits dubbelbelastingverdrag mag in de voorliggende situatie dus geen vrijstelling worden verleend. Dit brengt met zich mee dat de Belgische partner reeds belast zal worden op de (Belgische) inkomsten zonder dat hij een uitkering gekregen heeft. Dit valt op basis van het Belgisch intern recht niet te verantwoorden. De toepassing van het Partnershiprapport voor de buitenlandse inkomsten van de Belgische vennoten is daarentegen wel correct.¹⁴³ Er wordt afgestapt van de *lex societatis*-analyse, zodat België kan voorzien in een vrijstelling van de inkomsten waarop de Belgische vennoten reeds belast geweest zijn.

De Belgische inkomsten van buitenlandse vennoten worden conform het Partnershiprapport gealloceerd. België is gebonden door de classificatie die de woonstaat van de partners aan een UK LLP geeft. Deze these is enkel van toepassing indien de inkomsten in de woonstaat van de partners fiscaal aan de partners worden toegerekend.¹⁴⁴ Dit is niet af te leiden uit de voorafgaande beslissingen. De aanwezigheid van een vaste basis van de partners in België doet hieraan geen afbreuk.¹⁴⁵

2. Beslissing omtrent de US LLC

38. UITKERINGEN US LLC VRIJGESTELD – De United States Limited Liability Company (US LLC) is een vennootschapsvorm met rechtspersoonlijkheid waarbij de deelnemers een beperkte aansprakelijkheid genieten. Volgens het Amerikaans fiscaal stelsel wordt een US LLC met een “*US trade or bussiness*” meestal fiscaal transparant behandeld.¹⁴⁶ In een Voorafgaande Beslissing van 24 oktober

¹⁴² P. HINNEKENS, “UK LLP: ook fiscaal transparant voor Belgisch intern recht?”, *Fiscoloog (I.)* 2008, afl. 299, 8; P. HINNEKENS, “UK LLP: verschillende behandeling voor ‘passieve’ vennoten?”, *Fiscoloog (I.)* 2010, afl. 319, 3. Het protocol dat op 24 juni 2009 ondertekend werd door België en het Verenigd Koninkrijk bracht een wijziging van artikel 23 van het verdrag met zich mee. Artikel 23.1, (b) voorziet nu in een vrijstelling die wordt verleend *met betrekking tot inkomsten die overeenkomstig de Belgische wetgeving als dividenden worden behandeld en die door een inwoner van België worden behaald uit een deelneming in een entiteit waarvan de plaats van de werkelijke leiding is gelegen in het Verenigd Koninkrijk en die niet als dusdanig werd belast in het Verenigd Koninkrijk, op voorwaarde dat de inwoner van België naar rata van zijn deelneming in zulke entiteit door het Verenigd Koninkrijk is belast op de inkomsten die overeenkomstig de Belgische wetgeving als dividenden worden beschouwd, zijn betaald* (Zie ook G. LOWAGIE, “DBV België-Verenigd Koninkrijk: protocol met belangrijke wijzigingen”, *Fiscoloog (I.)* 2009, afl. 309, 3).

¹⁴³ K. DE HAEN, “Fiscale transparantie in België: OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling”, *AFT* 2008, afl. 3, 40.

¹⁴⁴ Als de UK LLP in de woonstaat van de partners niet als fiscaal transparant wordt aangemerkt, mocht België de partners niet toelaten om het dubbelbelastingverdrag tussen de woonstaat en België in te roepen.

¹⁴⁵ K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 413; A. BAX, “De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo”, *TRV* 2006, afl. 1, 40.

¹⁴⁶ Een US LLC kan er wel voor opteren om in de vennootschapsbelasting belast te worden op basis van de “*check-the-box regulation*”.

2006¹⁴⁷ oordeelde de DVB over winstuitkeringen van een US LLC die vastgoed aanhoudt aan de enige aandeelhouder-natuurlijk persoon. Na de erkenning van de rechtspersoonlijkheid oordeelt de DVB dat de fiscale transparantie van de US LLC doorwerkt voor verdragsdoeleinden, waardoor de US LLC het Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag niet kan inroepen. Via een verwijzing naar nummer 8.4 van de commentaar op het OESO-Modelverdrag oordeelt de DVB dat de aandeelhouder geacht wordt de inkomsten rechtstreeks te hebben ontvangen.

De toepassing van het verdrag brengt een kwalificatieconflict tussen België en de Verenigde Staten met zich mee. België kwalificeert de inkomsten als dividenden¹⁴⁸ terwijl de Verenigde Staten de inkomsten kwalificeren als inkomsten uit onroerende goederen. De DVB bevestigt dat België voor de toepassing van artikel 23 Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag de kwalificatie gegeven door de Verenigde Staten moet hanteren en dubbele belastingheffing moet voorkomen. De Verenigde Staten mogen belasting heffing op inkomsten op onroerende goederen en België zal bij de uitkering van de inkomsten het dividend moeten vrijstellen.

39. PARTNERSHIPRAPPORT DICTEERT DE HEFFING – De Dienst Voorafgaande Beslissingen past het Partnershiprapport toe. In een verdragscontext is de rechtspersoonlijkheid van de US LLC niet langer het determinerend criterium. Voor de internrechtelijke beoordeling werd wel teruggegrepen naar de klassieke *lex societatis*-test.¹⁴⁹ België moet zich neerleggen bij de kwalificatie als onroerend inkomen die de Verenigde Staten geven aan de inkomsten. Deze inkomsten worden belast in hoofde van de Belgische vennoot, waardoor België vrijstelling moet verlenen.¹⁵⁰ Overigens kan hier voor de

¹⁴⁷ Voorafgaande Beslissing nr. 600.252 van 24 oktober 2006, www.stradalex.com.

¹⁴⁸ Merk op dat de Dienst Voorafgaande Beslissingen voor het intern Belgisch recht de US LLC als een afzonderlijke belastingplichtige classificeert. Dit volgt uit het feit dat de inkomsten naar intern recht als dividenden worden gekwalificeerd *pour autant qu'il soit attribué à son actionnaire* (Voorafgaande Beslissing nr. 600.252 van 24 oktober 2006, www.stradalex.com; Zie ook B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 79).

¹⁴⁹ D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 68.

¹⁵⁰ De DVB gaat er terecht van uit dat het Partnershiprapport van toepassing is op winstuitkeringen. In *example 14* dat het heeft over *cases of conflicts of qualification* wordt enkel gesproken over verkoop van "interest" (zie Partnershiprapport nr. 106-117). Uit dit voorbeeld kan echter niet afgeleid worden dat dit deel van het Partnershiprapport enkel van toepassing is op meerwaarden. Randnummer 102-103 die de *conflicts of qualification* inleiden spreken over 'income'. Bepaalde auteurs zijn hier van oordeel dat de DVB innovatief geweest is, maar gaan wel akkoord met het feit dat de principes van de meerwaarden in het Partnershiprapport *mutatus mutandis* ook voor winstuitkeringen gelden. Zie K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 419; J. DRAYE, W. HUYGEN en A. VAN DE VIJVER, "Winstuitkeringen door Amerikaanse Limited Liability Companies onbelast", *Fiscoloog (I.)* 2007, afl. 284, 2; A. BAX, K. MARSOUL, S. CLAES en J. DRAYE, "De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA (deel 2)", *AFT* 2007, afl. 12, 89.

winstuitkeringen opnieuw verwezen worden naar het nieuwe artikel 22, §1, b) Belgisch-Amerikaans dubbelbelastingverdrag (zie supra nr. 31).

§4. Classificatieregels in het licht van het Europees recht

40. VERENIGBAARHEID CLASSIFICATIETREKSEL (?) – Het Hof van Justitie werd in de zaak *Columbus Container Services*¹⁵¹ geconfronteerd met de fiscale autonomie van de lidstaten in de belastingheffing van buitenlandse inkomsten. Columbus Container is een gewone commanditaire vennootschap naar Belgisch recht die kon genieten van het vroegere gunststelsel voor coördinatiecentra. Hierdoor betaalde de vennootschap in België veel minder belastingen. De aandelen in de vennootschap werden aangehouden door (Duitse) natuurlijke personen en een Duitse vennootschap die tot eenzelfde familie toebehoorden. Naar Duits recht wordt een personenvennootschap als fiscaal transparant behandeld.¹⁵² De winsten van de Belgische vennootschap worden dus pro rata aan de vennoten toegerekend. De Duitse vennoten worden geacht een vaste inrichting te hebben in België. Volgens het Belgisch-Duits dubbelbelastingverdrag¹⁵³ wordt inkomen uit kapitaal dat in België wordt gerealiseerd in Duitsland vrijgesteld van belasting. Duitsland kent echter een regel die niet de vrijstellingsmethode, maar wel de verrekeningsmethode toepast indien inkomsten uit een onbeperkt belastingplichtige laag belast worden.¹⁵⁴

Schematisch voorgesteld komt het probleem van de Duitse regeling hierop neer:

	Bronstaat (S) en Organisatiestaat (P): België	Woonstaat partners (R): Duitsland
Fiscale behandeling	Niet transparant	Transparant
Vraag	Worden vennootschappen gediscrimineerd door de verschillende fiscale behandeling van nationale lidstaten die hen classificeren als fiscaal transparant of afzonderlijk belastbaar?	

¹⁵¹ HvJ 6 december 2007, nr. C-298/05, *Columbus Container Services*.

¹⁵² §1 EStG en §1 Körperschaftsteuergesetz, www.gesetze-im-internet.de.

¹⁵³ Overeenkomst van 11 april 1967 tussen het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van sommige andere aangelegenheden inzake belastingen van inkomen en van vermogen, met inbegrip van de ondernemingsbelasting en de grondbelastingen en van het Slotprotocol, BS 30 juli 1969. Hierna: Belgisch-Duits dubbelbelastingverdrag.

¹⁵⁴ §20, tweede en derde lid Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (AStG), www.gesetze-im-internet.de. Inkomsten die lager belast worden dan 30% in de bronstaat worden in Duitsland niet volledig vrijgesteld. Er zal een verrekening toegepast worden waardoor de Belgische belasting van de Duitse belasting zal afgetrokken worden.

Het Hof van Justitie oordeelt dat er geen sprake is van discriminatie.¹⁵⁵ De Duitse belastingregeling maakt geen onderscheid tussen de belastingheffing over inkomsten uit de winst van personenvennootschappen met zetel in Duitsland en over inkomsten uit de winst van personenvennootschappen met zetel in een andere lidstaat. Vrijheid van vestiging betekent niet dat lidstaten verplicht zijn om hun belastingstelsel aan te passen aan de verschillende belastingstelsels van de andere lidstaten om te waarborgen dat een vennootschap die ervoor heeft geopteerd om zich in een bepaalde lidstaat te vestigen, op nationaal niveau op dezelfde wijze wordt belast als een vennootschap die heeft besloten om zich in een andere lidstaat te vestigen. De fiscale autonomie houdt in dat de lidstaten vrij zijn om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen. Volledigheidshalve is het vernoemenswaardig dat het Hof van Justitie zich niet bevoegd acht om zich uit te spreken over de *treaty override*. Het Hof van Justitie kan niet onderzoeken hoe een nationale maatregel zich verhoudt tot de bepalingen van dubbelbelastingverdragen. Dit kan enkel aangevochten worden voor nationale rechtbanken.¹⁵⁶

41. TOEPASSING VAN DE RECHTSPRAAK – Bij de belastingheffing van buitenlandse inkomsten in hoofde van Belgische partners gaat België uit van de *lex societatis*-test. Het al dan niet aanwezig zijn van rechtspersoonlijkheid in de organisatiestaat wordt als uitgangspunt genomen. Daarmee wordt de belastingheffing van buitenlandse entiteiten gealigneerd met die van buitenlandse entiteiten, los van de fiscale behandeling in de organisatiestaat. België belast zowel Belgische rechtspersonen als buitenlandse rechtspersonen op dezelfde wijze. Er ligt geen verplichting voor om de Belgische regeling aan te passen aan de buitenlandse rechtsstelsels. De hogere belasting die eruit kan voortvloeien is op zich geen discriminatie van buitenlandse vennootschappen ten opzichte van binnenlandse vennootschappen.

Een nationale wetgeving van een lidstaat waarin alle buitenlandse vennootschappen als fiscaal transparant worden beschouwd terwijl de binnenlandse vennootschappen zowel als fiscaal transparant als afzonderlijk belastbaar worden geclassificeerd, zal de Europese toets niet doorstaan.

¹⁵⁵ Merk op dat de Advocaat-Generaal Mengozzi deze zaak behandelde als een CFC-zaak. Hij paste de redenering uit het *Cadbury Schweppes*-arrest (HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, *Cadbury Schweppes*) op deze zaak toe en kwam tot de conclusie dat er wel een schending van het vrij vestigingsverkeer voorlag. Het Hof van Justitie heeft terecht geoordeeld dat *Columbus Container Services* geen zaak is die te maken heeft met een vorm van inkomsten die volgens CFC-regels worden gealloceerd (zie o.a. G. MEUSSEN, "Columbus Container Services – A victory of the member states' fiscal autonomy", *ET* 2008, afl. 4, 172).

¹⁵⁶ Zie HvJ 6 december 2007, nr. C-298/05, *Columbus Container Services*, overwegingen 44, 51 en 53.

Een buitenlandse vennootschap die onder puur intern recht als afzonderlijk belastbaar zou worden geclassificeerd wordt immers gediscrimineerd ten opzichte van de binnenlandse vennootschap. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de belastingheffing over inkomsten uit de winst van vennootschappen met zetel in binnenland en over inkomsten uit de winst van personenvennootschappen met zetel in een andere lidstaat.

§5. Partnershiprapport in de Belgische praktijk

42. PARTNERSHIPRAPPORT DRUKT ZIJN STEMPEL – Samen met de administratie neemt het Hof van Cassatie de wet en de verdragsbepalingen als uitgangspunt. In de laatste arresten oordeelde het Hof van Cassatie dat België heffingsbevoegd was over de inkomsten die uitgekeerd worden uit een Franse SCI. Dit leidt tot dubbele belasting. Deze dubbele belasting was niet aanwezig in haar beslissing in december 2004 (zie supra nr. 20). Hoewel het Hof van Cassatie het niet expliciet heeft bevestigd, kunnen er toch enkele principes uit het Partnershiprapport teruggevonden worden in deze beslissing. Na de arresten in 2016 en 2017 volgt het Hof van Cassatie de wet en de verdragsbepalingen om tot haar beslissing te komen. De Dienst Voorafgaande Beslissingen hanteert deze strikte wettelijke invulling niet altijd even consequent. Het Partnershiprapport biedt hier praktische oplossingen voor het probleem van dubbele belasting, maar er kan niet altijd een grondslag gevonden worden in de wettelijke bepalingen. Overigens is de Dienst Voorafgaande Beslissingen niet altijd even consequent in de gehanteerde redeneringen.

Het Partnershiprapport komt niet alleen terug in bepaalde rechtspraak of Voorafgaande Beslissingen. In de verdragspolitiek vindt het Partnershiprapport zijn intrede. Het Belgisch Modelverdrag heeft een aantal nieuwe bepalingen gekregen. Eveneens werden enkele specifieke dubbelbelastingverdragen gewijzigd. De reeds aan bod gekomen dubbelbelastingverdragen tussen België en de Verenigde Staten en België en het Verenigd Koninkrijk illustreren deze wijzigingen. Bij de wijzigingen van de dubbelbelastingverdragen moet echter wel gewaakt worden voor de zogenaamde *treaty override*. Het Hof van Justitie volgt de discriminatiebenadering bij de classificatieregels. Een nationale wetgeving kan zodanig opgebouwd zijn dat ze voor zowel binnenlandse als buitenlandse vennootschappen een niet-discriminerende behandeling voorziet, maar wel toelaat dat de heffingsbevoegdheid van de verdragsbepalingen (deels) aan de kant geschoven wordt.

Hoofdstuk 3. Toepasselijke *lex societatis* onduidelijk

§1. *Lex societatis*-test primeert

43. CBN-ADVIES NR. 168/1 – De Commissie voor Boekhoudkundige Normen heeft met een opmerkelijk advies¹⁵⁷ – zij het ongewild – de primauteit van de rechtspersoonlijkheid volgens de *lex societatis* opnieuw op de kaart gezet. De CBN ging Duitse en Nederlandse commanditaire vennootschappen die volgens de *lex societatis* geen rechtspersoonlijkheid bezitten toch als rechtspersonen behandelen, omdat ze bepaalde kenmerken vertoonden die in België enkel bij rechtspersonen voorkomen. De Commissie ging de algemene consensus dat de *lex societatis*-test primeert dus aan de kant schuiven en ging de *lex fori*, d.i. het Belgisch vennootschapsrecht, toepassen om te kijken of deze entiteiten in België als een afzonderlijke rechtspersoon zouden belast worden.

Dit advies werd in de rechtsleer allesbehalve positief onthaald.¹⁵⁸ De vele kritieken die geuit zijn op dit advies bevestigen het principe uit het *prince de ligne*-arrest (zie supra nr. 7). Rechtspersoonlijkheid wordt niet beoordeeld volgens het Belgisch vennootschapsrecht. Er wordt gekeken naar het recht van de staat waar de entiteit gevestigd is. Kent dat recht rechtspersoonlijkheid aan de entiteit toe, dan zal België deze rechtspersoonlijkheid erkennen zonder enige inhoudelijke toetsing. Kent het buitenlands recht geen rechtspersoonlijkheid toe, dan gaat men naar Belgisch recht ook geen rechtspersoonlijkheid aan de entiteit toekennen. De *lex societatis*-test primeert in België.¹⁵⁹

§2. Bij onduidelijkheid: vergelijking naar Belgisch recht

44. AANWEZIGHEID RECHTSPERSOONLIJKHEID ONDUIDELIJK – In eerste instantie wordt dus gezocht naar de rechtspersoonlijkheid die de entiteit heeft in de organisatiestaat (*lex societatis*-test). De organisatiestaat biedt niet altijd een eenduidig antwoord op de vraag of de entiteit rechtspersoonlijkheid bezit. In dat geval zal België de fiscale classificatie van deze entiteit moeilijk kunnen bepalen.

¹⁵⁷ Advies CBN nr. 168/1, *Bull. CBN* 1993, nr. 31, 31-33.

¹⁵⁸ Zie o.m. B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 45-46; L. DE BROE, “Nederlandse en Duitse commanditaire vennootschappen: fiscale consequenties van een twijfelachtig advies van de commissie voor boekhoudkundige normen”, *TRV* 1995, 39; K. DEBRIER, “Hybrid entities from a Belgian perspective”, *BIFD* 1996, 306. Contra: S. VAN CROMBRUGGE, “Kroniek boekhoudrecht (juni 1993 - mei 1994)”, *TRV* 1994, 325.

¹⁵⁹ Enkele recentere Voorafgaande Beslissingen bevestigen dit met betrekking tot Nederlandse beleggingsfondsen onder de vorm van commanditaire vennootschappen. Zie o.m. Voorafgaande Beslissingen nr. 2014.565 van 12 januari 2016; nr. 2016.729 van 17 januari 2017, www.stradalex.com. Met betrekking tot een Luxemburgse FCP werd ook deze werkwijze gehanteerd (Voorafgaande Beslissing nr. 2013.491 van 3 december 2013, www.stradalex.com).

45. PRAKTISCHE OPLOSSING IN DE RECHTSPRAAK – Het hof van beroep van Brussel werd in de zogenaamde *Immo Part*-zaak met deze problematiek geconfronteerd.¹⁶⁰ Een Belgische vennootschap had een participatie van 25% in een Amerikaanse General Partnership (US GP). De US GP had op zijn beurt een participatie van 38% in een Amerikaanse Limited Partnership (US LP). Deze US LP had meerwaarden uit een onroerend goed en keerde die uit aan de aandeelhouders. De US GP keerde op haar beurt een deel uit aan de Belgische vennootschap.

Het hof van beroep van Brussel was van oordeel dat de US GP geen rechtspersoonlijkheid heeft. Het hof hanteert hier een tweeledige redenering voor. Eerst stelde ze vast dat op basis van de Uniform Partnership Act die aangenomen is in Michigan¹⁶¹ geen duidelijk antwoord gegeven kan worden op de vraag of de US GP rechtspersoonlijkheid bezit. Daarna greep het hof van beroep terug naar de kenmerken van een rechtspersoon uit het Belgisch vennootschapsrecht (*lex fori*) om de kenmerken die de US GP heeft te toetsen aan de kenmerken die het Belgisch recht aan een rechtspersoon geeft. De vennoten van de US GP hadden afzonderlijke kapitaalrekeningen en er was een rechtstreekse toerekening van kosten, inkomsten, verliezen en winsten aan de vennoten. Verder werd de entiteit ontbonden bij de vervreemding van een substantieel deel van de activa, bestond er voor de vennoten geen mogelijkheid tot terugtrekking voor de ontbinding en konden de schuldeisers de vennoten rechtstreeks aanspreken. Uit deze – Belgische¹⁶² – kenmerken leidt het hof af dat de US GP geen rechtspersoonlijkheid heeft en dus als fiscaal transparant moet aangemerkt worden.¹⁶³

¹⁶⁰ Brussel 30 april 1998, *AFT* 1999, afl. 3, 119, weergave A. VAN DE VIJVER, *Fisc.Koer.* 1998, 316, weergave M. VAN KEIRSBILCK.

¹⁶¹ Uniform Partnership Act van 10 augustus 1917, www.legislature.mi.gov.

¹⁶² B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 48; K. DE HAEN, “De traditionele Belgische kijk op fiscale transparantie: beoordeling op basis van vennootschappenwet” in X. (ed.), *Vennootschap en Belasting*, III, Mechelen, Kluwer, 2016, 60; M. VAN KEIRSBILCK, weergave van Brussel 30 april 1998, *Fisc.Koer.* 1998, 323; L. DE BROE en J. WERBROUCK, “Kroniek internationaal belastingrecht 1998”, *TRV* 1998, 495; A. VAN DE VIJVER, weergave van Brussel 30 april 1998, *AFT* 1999, afl. 3, 121.

¹⁶³ Deze werkwijze van het hof van beroep werd in de rechtsleer bekritiseerd. Zie W. HUYGEN, “Het OESO-rapport inzake Partnerships – Een kritische analyse”, *AFT* 2002, 408. Deze auteur is van mening dat het Belgisch rechtstelsel haar eigen begrippen niet zou mogen opleggen aan buitenlandse rechtstelsels die zich hier niet toe lenen. De Belgische belastingsoevereiniteit en de territorialiteit laten dit echter toe. Deze werkwijze wordt enkel toegepast in de interne rechtsorde. België legt de begrippen dus helemaal niet op aan een buitenlands rechtstelsel.

46. TOEPASSINGEN DIENST VOORAFGAANDE BESLISSINGEN – De DVB past deze rechtspraak zeer vaak toe zonder er expliciet naar te verwijzen.¹⁶⁴ Indien via de *lex societatis* niet uit te maken valt of de betrokken entiteit rechtspersoonlijkheid wordt toegekend, dan gaat de Dienst zonder verdere uitleg over tot een toetsing via de *lex fori*.

Evenwel gaat de Dienst Voorafgaande Beslissingen soms over tot de toetsing van de *lex fori* indien vaststaat dat de entiteit geen rechtspersoonlijkheid bezit volgens de *lex societatis*. Hiermee stapt de DVB in bepaalde gevallen dus over naar de methode die door de CBN (zie supra nr. 43) werd gehanteerd. Zowel met betrekking tot een Duitse KG¹⁶⁵ als met betrekking tot een Cayman Islands LP¹⁶⁶ heeft de Dienst Voorafgaande Beslissingen een analyse gemaakt op basis van de *lex fori* nadat ze geoordeeld had dat het buitenlandse rechtstelsel geen rechtspersoonlijkheid aan de entiteit toekende.

§3. Praktische benadering als antwoord op classificatiemoeilijkheid

47. PRAETORIAANSE BENADERING NIET CONSEQUENT INGEVULD – De rechtspraak heeft een zeer praktische oplossing gegeven. Indien het buitenlandse rechtstelsel geen duidelijk antwoord geeft op de vraag of de entiteit rechtspersoonlijkheid bezit, gaat men over tot de toetsing van de buitenlandse vennootschapsvorm aan de Belgische vennootschapsrechtelijke kenmerken. De Dienst Voorafgaande Beslissingen erkent dit principe. De toepassing die ze eraan geeft is echter niet altijd correct. In bepaalde gevallen gaat de DVB de toets volgens de *lex fori* zien als een “tweede kans” om de entiteit rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Indien vaststaat dat de entiteit geen rechtspersoonlijkheid heeft – en dus fiscaal transparant moet worden aangemerkt naar intern recht – gaat de DVB in subsidiaire orde soms toch nog over tot de toets van de vennootschapsrechtelijke kenmerken.

¹⁶⁴ Voorafgaande Beslissingen nr. 500.198 van 27 oktober 2005; nr. 500.232 van 27 oktober 2005; nr. 900.102 van 16 juni 2009; nr. 2013.527 van 10 december 2013; nr. 2014.568 van 25 november 2014; nr. 2016.633 van 8 november 2016; nr. 2017.200 van 25 april 2017, www.stradalex.com.

¹⁶⁵ Voorafgaande Beslissing nr. 500.190 van 16 februari 2006, www.stradalex.com, besproken in M. DHAENE, “Duitse KG en Cayman Islands LP zijn fiscaal transparant”, *Fiscoloog (I.)* 2007, afl. 281, 10-11. Merk op dat ook in een recente beslissing nog de vennootschapsrechtelijke kenmerken onderzocht werden na het besluit dat het Duitse recht geen rechtspersoonlijkheid toekent aan de Duitse KG’s (Voorafgaande Beslissing nr. 2018.0309 van 8 mei 2018, www.stradalex.com). Nochtans gaat de Dienst Voorafgaande Beslissingen in een andere beslissing onmiddellijk over tot de classificatie als fiscaal transparant nadat ze oordeelt dat de Duitse wetgeving geen rechtspersoonlijkheid aan een KG toekent (Voorafgaande Beslissing nr. 2018.0663 van 2 oktober 2018, www.stradalex.com). Dit onderscheid wordt op geen enkele wijze verantwoord.

¹⁶⁶ Voorafgaande Beslissing nr. 600.164 van 23 mei 2006, www.stradalex.com. Met betrekking tot de Exempted Limited Partnership zijn enkele recente beslissingen die bevestigen dat deze entiteiten niet beschouwd worden als aparte wettelijke entiteiten volgens de bepalingen van de Exempted Limited Partnership Law. Toch gaat de Dienst Voorafgaande Beslissingen over tot een toetsing van de vennootschapsrechtelijke criteria van de *lex fori* (Voorafgaande Beslissingen nr. 900.102 van 16 juni 2009; nr. 2013.527 van 10 december 2013; nr. 2014.568 van 25 november 2014; nr. 2017.200 van 25 april 2017, www.stradalex.com).

Hoofdstuk 4. De vergelijkbaarheidstoets

§1. Situering en opzet

48. PRINCIPE EN TOEPASSING – Inkomsten die buitenlandse entiteiten in België genereren worden in België belast.¹⁶⁷ België treedt hier op als bronstaat. Artikel 227, 2° WIB '92 voorziet dat er een afzonderlijke belastbare entiteit is in België, ook wanneer de betrokken entiteit geen rechtspersoonlijkheid bezit (zie supra nr. 9). Ook verenigingen, instellingen of lichamen zonder rechtspersoonlijkheid die zijn opgericht in een rechtsvorm die vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een vennootschap naar Belgisch recht en die hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer niet in België hebben, zijn aan de belasting van niet-inwoners onderworpen. De wet voorziet echter niet in verdere criteria om te bepalen welke verenigingen, instellingen of lichamen opgericht zijn in een rechtsvorm die vergelijkbaar is met een Belgische vennootschap.

De uitbreiding van de afzonderlijke belastingplichtigen uit artikel 227, 2° WIB '92 geldt enkel indien België optreedt als bronstaat. Indien België als woonstaat van de partners optreedt, zal de niet-toekenning van rechtspersoonlijkheid in de organisatiestaat onmiddellijk de fiscale transparantie van die entiteit met zich meebrengen. Enkel indien de organisatiestaat onduidelijk is over de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de entiteit gaat men de karakteristieken van de entiteit vergelijken met de kenmerken van een Belgische rechtspersoon. Dit moet duidelijk onderscheiden worden van de uitbreiding uit artikel 227, 2° WIB '92.¹⁶⁸

49. UITBREIDING TOEPASSINGSGBIED VERGELIJKBAARHEIDSTOETS – Door de invoering van de statutaire zetelleer in het nieuw Wetboek vennootschappen en verenigingen (zie infra nrs. 73 en 92) wordt de vergelijkbaarheidstoets uit artikel 227, 2° WIB '92 uitgebreid naar artikel 2, §1, 5°, a) WIB '92.¹⁶⁹ De

¹⁶⁷ Zie artikel 7 OESO-Modelverdrag.

¹⁶⁸ In de rechtsleer wordt dit onderscheid niet altijd even duidelijk zichtbaar meegegeven. Zie o.a. A. PIERON, *L'impôt des non-résidents*, Brussel, Larcier, 2010, 59; K. DEBRIER, "Hybrid entities from a Belgian perspective", *BIFD* 1996, 308.

¹⁶⁹ In het initiële ontwerp werd de vergelijkbaarheidstoets uit artikel 227, 2° WIB '92 geschrapt. Deze werd volledig opgenomen in de definitie van een vennootschap (art. 2, §1, 5° a) WIB '92)(Wetsontwerp van 22 november 2018 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3367/001, 143). Door de verwijzing naar 'buitenlandse vennootschappen' in artikel 227, 2° WIB '92 zou de vergelijkbaarheidstoets nog steeds van toepassing blijven in het kader van dit artikel. Dit had echter tot gevolg dat buitenlandse entiteiten die vanuit Belgisch oogpunt als fiscaal transparant geclassificeerd worden in de toekomst toch afzonderlijk belastbaar zouden zijn. Uitkeringen uit buitenlandse transparante entiteiten zouden vanuit Belgisch oogpunt nogmaals belast worden. Dit werd nadien herzien. De vergelijkbaarheidstoets blijft opgenomen in artikel 227, 2° WIB '92. Daarnaast wordt de definitie van 'vennootschap' beperkt tot die vennootschappen die zelf als een binnenlandse

vergelijkbaarheidstoets wordt doorgetrokken naar de vennootschapsbelasting als een vennootschap haar werkelijke zetel in België heeft en haar statutaire zetel in het buitenland.¹⁷⁰ In dat geval zal een vennootschap die in het buitenland is opgericht immers in België belast worden op haar totaal wereldinkomen en dus aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn.

50. VENNOOTSCHAPPEN ONDERWORPEN AAN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING – Kort na de invoering van het nieuwe artikel 139, 2° WIB '64¹⁷¹, dat thans het huidige artikel 227, 2° WIB '92 is, rees de vraag met welke vennootschappen de buitenlandse entiteiten moeten worden vergeleken. Een groot aantal auteurs gingen inspiratie halen uit de oude artikelen 98 en 100 WIB '64, waarnaar het oude artikel 139, 2° WIB '64 verwees.¹⁷² In deze artikelen werd omschreven welke vennootschappen aan de vennootschapsbelasting onderworpen waren. Het nieuwe artikel 139, 2° WIB '64, thans artikel 227, 2° WIB '92, is een update van het oude artikel.¹⁷³ Uit de opbouw van art. 227 WIB '92 is ook af te leiden dat art. 227, 2° betrekking heeft op de vennootschapsbelasting.¹⁷⁴ De vergelijking moet dus gebeuren met entiteiten die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting.¹⁷⁵ Het lijkt ook de meest logische keuze om de buitenlandse entiteiten te vergelijken met de vennootschappen die onderworpen zijn aan de Belgische vennootschapsbelasting. Buitenlandse vennootschappen mogen niet gediscrimineerd worden door de classificatieregels van buitenlandse entiteiten in nationaal recht (zie supra nr. 40). Het afzonderlijk belasten van buitenlandse entiteiten die vergelijkbaar zijn met Belgische entiteiten die fiscaal transparant belast worden, houdt een strijdigheid in van het vrij vestigingsverkeer.

vennootschap kunnen worden aangemerkt (zie ook L. DE BROE en M. PEETERS, "Nieuwe 'statutaire zetelleer' versus fiscale 'werkelijke zetelleer'", *Fiscoloog* 2019, afl. 1607, 4).

¹⁷⁰ L. BROSENS, M. DHAENE en W. VANDE VELDE, "WIB aangepast aan nieuw vennootschapsrecht", *AFT.Act.* 2018, afl. 43, 6.

¹⁷¹ Wet van 22 december 1989 houdende fiscale bepalingen, *BS* 29 december 1989.

¹⁷² A. PIERON, *L'impôt des non-résidents*, Brussel, Larcier, 2010, 59; B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 34; J. GHYSBRECHT, "La régime des sociétés étrangères en Belgique", in J. KIRKPATRICK (ed.), *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Jeune Barreau, 1990, 351-352; A. BAX, "De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders", *Fiscoloog (I.)* 1990, afl. 78, 10; L. HINNEKENS, "De hervorming van de niet-verblijfhoudersbelasting", *AFT* 1990, afl. 3, 78.

¹⁷³ De Belgische wetgever trachtte met het nieuwe artikel de discriminatie weg te werken die bestond tussen buitenlandse entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid die automatisch in de vennootschapsbelasting werden belast en de binnenlandse entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid die transparant werden belast. Dit is impliciet af te leiden uit de voorbereidende werken (*Parl.St.* Senaat 1972-73, nr. 278, p. 65). Verschillende auteurs menen dat de aanzet van deze wetwijziging een procedure was die voor het hof van beroep van Brussel werd gevoerd met betrekking tot een Nederlandse advocatenmaatschap (Brussel 3 november 1987, *AFT* 1988, afl. 6-7, 189-191, noot M. DASSESSE).

¹⁷⁴ Daarnaast reflecteren artikel 227, 1° WIB '92 de personenbelasting en artikel 227,3° WIB '92 de rechtspersonenbelasting.

¹⁷⁵ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 33-34.

51. VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE CRITERIA – De criteria waarmee de vergelijking moet gebeuren brengen meer problemen met zich mee. In de rechtsleer zijn twee verschillende strekkingen hierover. Een eerste strekking gaat uit van de vergelijkbaarheid met fiscale criteria.¹⁷⁶ Deze strekking leest ‘een vennootschap naar Belgisch recht’ uit artikel 227, 2° WIB '92 als een vennootschap die belastbaar is in de vennootschapsbelasting. Dit gaat men vergelijken met de definitie van een ‘company’ uit het OESO-Modelverdrag.¹⁷⁷ De tweede strekking, die door de meerderheid wordt verdedigd, gaat uit van de vergelijkbaarheid van de vennootschapsrechtelijke kenmerken.¹⁷⁸ In dit hoofdstuk zal ook vertrokken worden vanuit deze optiek. In artikel 227, 2° WIB '92 wordt nergens bepaald dat het om fiscaalrechtelijke criteria gaat. Wanneer er in het fiscaal recht niet uitdrukkelijk van wordt afgeweken, wordt toepassing gemaakt van het gemeen recht, d.i. het vennootschapsrecht (zie supra nr. 6).
52. MOEILIJKE TOETS – Eenduidige criteria formuleren om deze vergelijkbaarheidstoets uit te voeren is geen sinecure. Buitenlandse entiteiten vergelijken met Belgische vennootschappen is immers geen zwart-witverhaal.¹⁷⁹ Buitenlandse entiteiten zullen vaak kenmerken vertonen van enerzijds Belgische vennootschappen die afzonderlijk belastbaar zijn en anderzijds van Belgische vennootschappen die transparant behandeld worden. In het verdere verloop van dit hoofdstuk zal getracht worden om eenduidige criteria aan te reiken om deze vergelijkbaarheidstoets af te leggen. Deze criteria zullen gezocht worden in zowel de vennootschapsvormen onder het Wetboek van Vennootschappen (W.Venn) als bij de nieuwe vennootschapsvormen uit het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV). Niet enkel de vennootschappen die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting zullen onder de loep genomen worden, maar ook de vennootschapsvormen die in België fiscaal transparant behandeld worden. Op die manier zouden enkele criteria als relevant bevonden moeten worden en zullen er enkele niet, of in minder doorslaggevende mate, in de vergelijkbaarheidstoets betrokken worden.

¹⁷⁶ J. GHYSBRECHT, “La régime des sociétés étrangères en Belgique”, in J. KIRKPATRICK (ed.), *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Jeune Barreau, 1990, 351-352; A. BAX, “De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders”, *Fiscoloog (l.)* 1990, afl. 78, 10; P. FAES, “Partnerships: commentaargebonden kwalificaties”, *TFR* 2000, afl. 190, 960.

¹⁷⁷ Art. 3, 1, b) OESO-modelverdrag omschrijft een company als “any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes”.

¹⁷⁸ A. PIERON, *L'impôt des non-résidents*, Brussel, Larcier, 2010, 60; B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 37; P. HINNEKENS, “Belasting van niet-inwoners vennootschappen: fiscale transparantie van buitenlandse entiteiten”, in W. MAECKELBERGH (ed.), *Fiscaal praktijkboek 1992-93. Directe belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 102; A. BAX, “De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders”, *Fiscoloog (l.)* 1990, afl. 78, 10.

¹⁷⁹ Merk op dat de Dienst Voorafgaande Beslissingen met betrekking tot Duitse KG's tegenstrijdige uitspraken heeft geveld. In een beslissing van 30 juni 2005 classificeert de DVB Duitse KG's als fiscaal transparant (Voorafgaande Beslissing nr. 300.326 van 30 juni 2005, www.stradalex.com) terwijl ze in een beslissing van 28 november 2006 een Duitse KG niet als fiscaal transparant classificeert. De Duitse KG wordt aan de belasting van niet-inwoners onderworpen (Voorafgaande Beslissing nr. 600.398 van 28 november 2006, www.stradalex.com).

§2. De vennootschap naar Belgisch recht

1. Vennootschapsvormen niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting

1.1. Vennootschappen conform het Wetboek van Vennootschappen

53. MAATSCHAP – De maatschap is een zuivere consensuele overeenkomst die *intuitu personae* wordt gesloten.¹⁸⁰ Een maatschap heeft geen afgescheiden vermogen. De goederen die de vennoten inbrengen vormen enkel een collectieve eigendom die als een onverdeelde eigendom aan de vennoten als groep toebehoort.¹⁸¹ De maatschap wordt niet beschouwd als een afzonderlijk rechtssubject, waardoor ze ook niet procesbekwaam is.¹⁸² De afwezigheid van rechtspersoonlijkheid brengt ook met zich mee dat de vennoten persoonlijk en onbeperkt aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap.¹⁸³ De aandelen zijn niet overdraagbaar, behalve met toestemming van de andere vennoten.¹⁸⁴ Sinds de invoering van de nieuwe insolventiewetgeving¹⁸⁵ zijn ook organisaties zonder rechtspersoonlijkheid onderworpen aan de insolventiewetgeving.
54. TIJDELIJKE EN STILLE VENNOOTSCHAP – De tijdelijke en stille vennootschappen (art. 47 en 48 W.Venn.) bouwen voort op de maatschap. De tijdelijke handelsvennootschap wordt gekenmerkt door het feit dat ze opgericht wordt om een bepaald werk te verrichten. De reden die hier wordt aangehaald voor de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid is het gebrek aan duurzaamheid.¹⁸⁶ Bij de tijdelijke vennootschap is er toch sprake van een afgescheiden vermogen. Het gaat over een doelgebonden vermogen. Het gaat hier enkel om een afgescheiden vermogen en geen eigen vermogen.¹⁸⁷ Zaken die door de vennoten in de gemeenschap worden gebracht, zijn een gemeenschappelijk vermogen die aan de vennoten toebehoren.

¹⁸⁰ H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 55; D. BRULOOT, K. BYTTEBIER, J. CERFONTAINE, H. DE WULF en K. MARESCEAU, *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 89.

¹⁸¹ K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 725.

¹⁸² J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 230.

¹⁸³ H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 56; F. MAGNUS, *La société de droit commun*, Brussel, Larcier, 2015, 122.

¹⁸⁴ Art. 38 W.Venn.; F. MAGNUS, *La société de droit commun*, Brussel, Larcier, 2015, 95.

¹⁸⁵ Art. XX.1, §1, eerste lid Wetboek van Economisch Recht, ingevoerd door de wet van 11 augustus 2017 houdende invoering van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoering van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, BS 11 september 2017, 83100.

¹⁸⁶ D. BRULOOT, K. BYTTEBIER, J. CERFONTAINE, H. DE WULF en K. MARESCEAU, *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 92.

¹⁸⁷ D. BRULOOT, K. BYTTEBIER, J. CERFONTAINE, H. DE WULF en K. MARESCEAU, *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 93.

Een stille vennootschap wordt gekenmerkt door twee soorten vennoten. Enerzijds zijn er de werkende vennoten en anderzijds de stille vennoten. De stille vennoot treedt niet in de openbaarheid, maar gaat enkel als geldschieter fungeren terwijl de werkende vennoot naar buiten toe optreedt. De werkende vennoot is onbeperkt aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. De stille vennoot is enkel gehouden tot zijn inbreng.¹⁸⁸ In tegenstelling tot de maatschap is er bij de stille vennootschap er ook sprake van een afgescheiden vermogen. Het is een doelgebonden vermogen met de specificiteit dat de inbrengende vennoot in principe eigenaar blijft van de ingebrachte zaak.¹⁸⁹

1.2. Vennootschappen conform nieuw Wetboek vennootschappen en verenigingen

55. REDUCTIE AANTAL VENNOOTSCHAPSVORMEN – In de toekomst zullen de tijdelijke vennootschap en de stille vennootschap niet langer een aparte vennootschapsvorm zijn. Beide vennootschapsvormen zullen een variant zijn op de maatschap.¹⁹⁰ Het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen onderstreept dat elke vennootschap over een vermogen beschikt.¹⁹¹ In een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid zal er een scheiding zijn tussen het vermogen van de vennoten en het vermogen van de vennootschap. De persoonlijke schuldeisers van de vennoten kunnen niet het vennootschapsvermogen aanspreken, maar de schuldeisers van de vennootschap kunnen verhaal nemen op het vermogen van de vennootschap en het vermogen van de onbeperkt aansprakelijke vennoot (art. 4:14 WVV). Het vermogen moet ook hier worden gezien als een onverdeeld doelvermogen dat aan de gezamenlijke vennoten toebehoort.¹⁹²
56. TOEKENNING PROCESBEKWAAMHEID – Met de invoering van het WVV krijgen ook de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid procesbekwaamheid. Deze bekwaamheid is zowel actief als passief. Dit kadert mede in het feit dat het onderscheid tussen handelsvennootschappen en burgerlijke vennootschappen wordt afgeschaft. Elke vennootschap zal in de toekomst een onderneming zijn.¹⁹³

¹⁸⁸ T. TILQUIN en V. SIMONSART, *Traité des sociétés*, II, Diegem, Kluwer, 1997, 97; H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 66.

¹⁸⁹ Cass. 4 februari 1954, *Pas.* 1954, 488; Cass. 19 februari 1976, *JT* 1976, 387; H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 67.

¹⁹⁰ F. HELLEMANS en F. PARREIN, “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen”, in M. WYCKAERT (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 15; H. DE WULF, “Het voorontwerp van een nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 56, 13; D. BRULOOT, H. DE WULF, K MARESCHEAU, “Hervorming vennootschapsrecht”, *NjW* 2018, afl. 383, 418.

¹⁹¹ Zie art. 1:1 WVV.

¹⁹² F. HELLEMANS en F. PARREIN, “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen”, in M. WYCKAERT (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 16.

¹⁹³ F. HELLEMANS en F. PARREIN, “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen”, in M. WYCKAERT (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 13.

2. Vennootschapsvormen onderworpen aan de vennootschapsbelasting

2.1. Vennootschappen conform het Wetboek van Vennootschappen

57. ONVOLKOMEN RECHTSPERSOONLIJKHEID – Binnen de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid wordt een onderscheid gemaakt tussen vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid en de vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid. De vennootschap onder firma (art. 201 W.Venn.) is een voorbeeld van een vennootschap met onvolkomen rechtspersoonlijkheid. De vof is een vennootschap tussen twee of meer personen die schriftelijk wordt opgericht en aan bekendmaking onderworpen is.¹⁹⁴ Hoewel een vof rechtspersoonlijkheid heeft, zijn de vennoten onbeperkt en persoonlijk gehouden tot de schulden van de vennootschap.¹⁹⁵ Aangezien het om een onvolkomen rechtspersoonlijkheid gaat, vormt het vennootschapsvermogen hier het preferentieel verhaalsvermogen.¹⁹⁶ Het privévermogen kan in principe nooit aangesproken worden tijdens het bestaan van de vennootschap, want dan is er geen sprake van samenloop van het vermogen van de vennootschap en de privépersoon. Het privévermogen kan slechts aangesproken worden nadat het vermogen van de vennootschap is aangesproken.

In artikel 205 W.Venn. zijn dezelfde regels van toepassing verklaard voor de beherende vennoten van een commanditaire vennootschap. In de literatuur wordt de commanditaire vennootschap dan ook omschreven als een vennootschap onder firma waaraan een stille vennoot aan is toegevoegd.¹⁹⁷ De commanditaire vennootschap op aandelen (CVOA) bezit ook onvolkomen rechtspersoonlijkheid.¹⁹⁸ De landbouwvennootschap (LV) valt onder hetzelfde regime. Een landbouwvennootschap is opgericht met een specifiek doel, nl. de exploitatie van een land- of tuinbouwbedrijf (art. 789 W.Venn.). De landbouwvennootschap is een vennootschap naar burgerlijk recht (art. 2, §3 W.Venn.). Een LV die toch een commerciële doelstelling heeft, verliest zijn burgerlijk karakter. Deze wordt dan behandeld als een

¹⁹⁴ H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 69.

¹⁹⁵ Art. 204 W.Venn.; Cass. 1 december 1925, *Pas.* 1926, I, 88; D. BRULOOT, K. BYTTEBIER, J. CERFONTAINE, H. DE WULF en K. MARESCEAU, *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 324.

¹⁹⁶ H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 43; K. GEENS en J. VANANROYE, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 428-429.

¹⁹⁷ L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1980, 740; D. BRULOOT, K. BYTTEBIER, J. CERFONTAINE, H. DE WULF en K. MARESCEAU, *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 326; J. VAN BAEL, “De commanditaire vennootschap op aandelen”, in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN (ed.), *Miskende vennootschapsvormen*, Antwerpen, Kluwer, 67.

¹⁹⁸ Art. 352, tweede lid W.Venn.

vof of een Comm.V. respectievelijk afhankelijk van de af- of aanwezigheid van een of meer stille vennoten.¹⁹⁹

58. VOLKOMEN RECHTSPERSOONLIJKHEID – Vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid hebben een vermogen dat volledig is afgescheiden van het privévermogen van de vennoten. Schuldeisers kunnen in beginsel nooit het privévermogen van de vennoten aanspreken.²⁰⁰ Meer nog, de achterliggende partners zijn vaak niet gekend. De vennootschappen die in België volkomen rechtspersoonlijkheid hebben, zijn de NV, BVBA en de CVBA. De vennoten in de vennootschap kunnen wijzigen, zonder dat dit afbreuk doet aan de zelfstandigheid van het rechtssubject.²⁰¹

59. ANDERE KENMERKEN RECHTSPERSOONLIJKHEID – Onder het oude recht hebben enkel vennootschappen met rechtspersoonlijkheid procesbekwaamheid. Voor de oprichting van vennootschappen die rechtspersoonlijkheid bezitten is meer nodig dan een louter consensuele overeenkomst. De wet schrijft in de meeste gevallen een geschrift voor, aangezien er voor de toekenning van de rechtspersoonlijkheid de oprichtingsakte moet worden neergelegd op de griffie van de rechtbank van koophandel (thans ondernemingsrechtbank).²⁰² In bepaalde gevallen is er zelfs een authentieke akte vereist.²⁰³

2.2. Vennootschappen conform nieuw Wetboek vennootschappen en verenigingen

60. MAATSCHAP MET RECHTSPERSOONLIJKHEID – Het WVV erkent volgende vennootschappen als vennootschappen met rechtspersoonlijkheid: de vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap, de besloten vennootschap, de coöperatieve vennootschap, de naamloze vennootschap, de Europese vennootschap en de Europese coöperatieve vennootschap (art. 1:5, §2 WVV). Een maatschap wordt als een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid aangemerkt (art. 1:5, §1 WVV). De vof en de Comm.V. worden voortaan gezien als een variant op de maatschap. De vennootschap onder firma is een maatschap met rechtspersoonlijkheid en de commanditaire vennootschap is een vof waarvan ten minste één vennoot de beperkte aansprakelijkheid geniet.²⁰⁴ In

¹⁹⁹ H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 120-121; D. BRULOOT, K. BYTTEBIER, J. CERFONTAINE, H. DE WULF en K. MARESCHEAU, *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 1176-1177.

²⁰⁰ Hierop bestaan uitzonderingen (bv. bestuurdersaansprakelijkheid, doorbraak beperkte gehoudenheid). Deze uitzonderingen zijn in het kader van de vergelijkbaarheidstoets niet relevant, waardoor deze hier niet besproken worden.

²⁰¹ K. GEENS en J. VANANROYE, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 428.

²⁰² Art. 68 W.Venn.

²⁰³ Voor de BVBA en CVBA: art. 66 W.Venn; voor de NV: art. 450 W.Venn.

²⁰⁴ Art. 4:22 WVV.

art. 4:26 WVV wordt wel gespecificeerd dat *“vennoten in een vennootschap onder firma of in een commanditaire vennootschap niet persoonlijk kunnen worden veroordeeld op grond van verbintenissen van de vennootschap zolang deze niet zelf is veroordeeld”*. Dat is hetzelfde principe als onder het huidige recht.

61. NIEUWE BV – Het nieuwe WVV wijzigt de huidige BVBA naar de nieuwe BV. Een grote wijziging is dat het kapitaalbegrip in de BV wordt afgeschaft. Dit is echter geen vrijgeleide om zonder enige buffer een vennootschap op te richten met beperkte aansprakelijkheid. De vennootschap is verplicht een ‘toereikend aanvangsvermogen’ te hebben, wat bestaat uit inbrengen van aandeelhouders.²⁰⁵ De schuldeisers worden niet langer beschermd door een kapitaal, maar wel door een voldoende aanvangsvermogen en een nieuwe uitkeringstest.²⁰⁶ De volwaardige rechtspersoonlijkheid en de beperkte aansprakelijkheid van de BV worden wel behouden.

62. REDUCTIE AANTAL VENNOOTSCHAPSVORMEN – In het kader van de flexibilisering van het vennootschapsrecht worden de CVOA, Comm.VA en de LV afgeschaft. De LV wordt afgeschaft als aparte vennootschapsvorm, maar ingevolge art. 8:2 WVV krijgt een vof, Comm.V of een BV of CV die actief zijn als land- of tuinbouwbedrijf de mogelijkheid geboden om zich het statuut van landbouwonderneming te laten toekennen. Het principe van de landbouwvennootschap blijft dus bestaan.²⁰⁷ Enkel een landbouwvennootschap die de rechtsvorm aanneemt van een vof of een Comm.V kan nog fiscaal transparant behandeld worden, tenzij ze opteert voor de toepassing van de vennootschapsbelasting.

²⁰⁵ M. WYCKAERT en B. VAN BAELEN, “Wie is er bang van de kapitaallose BV?” in M. WYCKAERT (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 37.

²⁰⁶ H. DE WULF, “Het voorontwerp van een nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 56, 19; D. BRULOOT, H. DE WULF, K MARESCÉAU, “Hervorming vennootschapsrecht”, *NjW* 2018, afl. 383, 419.

²⁰⁷ F. HELLEMANS en F. PARREIN, “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen”, in M. WYCKAERT (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 17.

§3. Toepasselijke criteria in de Belgische praktijk

63. IRRELEVANTIE GEHANTEERDE CRITERIA DVB – De Dienst Voorafgaande Beslissingen heeft reeds verschillende criteria gehanteerd om de vergelijkbaarheidstoets uit te voeren. Veel van die criteria zijn echter niet relevant in ons vennootschapsrecht. Sommige zijn te wijten aan een foutieve redenering, andere zijn te wijten aan de recente hervorming van ons vennootschapsrecht. De Dienst Voorafgaande Beslissingen hanteerde reeds volgende criteria:²⁰⁸

- Continuïteit in het voortbestaan van de onderneming
- Toewijzing van inkomsten en kosten
- Afgescheiden vermogen en beperkte aansprakelijkheid
- Overdraagbaarheid van de deelnemingen
- Juridisch statuut van de inbreng
- Oprichtingsvereisten

De continuïteit van de onderneming, de toewijzing van inkomsten en kosten en de overdraagbaarheid van de deelnemingen samen met de onbeperkte aansprakelijkheid zijn geen goede onderscheidingscriteria. Deze onderscheiden eerder de personenvennootschappen van de kapitaalvennootschappen.²⁰⁹ Dit kan aangetoond worden door een vof te vergelijken met een NV. Bij overlijden van een vennoot zal de vof in principe ophouden te bestaan, tenzij anders is overeengekomen. Een NV is niet *intuitu personae* opgericht waardoor de vennootschap blijft voortbestaan. In een personenvennootschap kan men vrij beslissen over de toewijzing van de inkomsten en kosten terwijl in een kapitaalvennootschap strikte wettelijke bepalingen zijn. In een vof zijn de aandelen niet vrij overdraagbaar, maar in een NV zijn aandelen wel vrij overdraagbaar. Ook de onbeperkte aansprakelijkheid van een vennoot in een vof staat in schril contrast met de beperkte aansprakelijkheid van een vennoot in een NV. Beide vennootschappen bezitten rechtspersoonlijkheid. Het criterium van het juridisch statuut van de inbreng steunt op een incorrecte analyse van het vennootschapsrecht. Een inbreng in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid kan ook op een aparte rekening geplaatst worden zodat die eigendom blijft van de inbrenger. Dit zien we bij de stille vennootschap waar het ingebrachte goed van de stille vennoot een eigen goed blijft. Door de komst van het nieuwe WVV is het criterium van de oprichtingsformaliteiten achterhaald. Een maatschap zal in de toekomst ook oprichtingsformaliteiten moeten volbrengen. Een maatschap zal zich moeten inschrijven in het KBO, waardoor het onderscheidingscriterium van de consensuele overeenkomst zal

²⁰⁸ Zie o.a. Voorafgaande Beslissingen nr. 500.198 van 27 oktober 2005; nr. 500.232 van 27 oktober 2005; nr. 600.164 van 23 mei 2006; nr. 2010.229 van 24 augustus 2010; nr. 2011.239 van 12 juli 2011; nr. 2011.276 van 18 oktober 2011; nr. 2012.025 van 28 februari 2012, www.stradalex.com.

²⁰⁹ A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo", *TRV* 2006, afl. 1, 26.

wegvallen. De mogelijkheid tot faillissementsverklaring werd ook aangehaald bij de DVB.²¹⁰ Door het nieuwe insolventierecht²¹¹ is ook dit criterium achterhaald. Elke onderneming kan failliet worden verklaard, zonder dat daarvoor rechtspersoonlijkheid is vereist.

64. IRRELEVANTE CRITERIA RECHTSPRAAK – In de hoger besproken zaak *Immo Part* (zie supra nr. 45) werden ook enkele kenmerken aangehaald. Nagenoeg dezelfde criteria worden gebruikt als bij de Dienst Voorafgaande Beslissingen. Eenzelfde redenering is hier dus van toepassing. Het is opmerkelijk dat de criteria ontleed zijn aan de Amerikaanse ‘Kitner Regulations’ die in 1997 afgeschaft zijn. Het is onmogelijk dat criteria uit een ‘check the box’-regelgeving gebruikt worden om de vergelijkbaarheidstoets uit te voeren. Deze criteria maken in de Verenigde Staten het onderscheid tussen een partnership en een corporation.²¹² Dat maakt niet het onderscheid tussen vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid uit, maar deze tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen.

65. BELANG ONVOLKOMEN RECHTSPERSOONLIJKHEID – Het afgescheiden vermogen heeft zeker belang bij de vergelijkbaarheidstoets. Indien het vermogen volledig afgescheiden is, wat samenvalt met onbeperkte aansprakelijkheid, kan meestal geconcludeerd worden dat we met een rechtspersoon te maken hebben.²¹³ Naar Belgisch recht is er geen enkele vennootschap die een afgescheiden vermogen met beperkte aansprakelijkheid heeft, die niet met de rechtspersoonlijkheid bekleed is. Het is evenwel niet altijd even eenvoudig om te bepalen wanneer een entiteit een vermogen beheert.²¹⁴

Indien het vermogen niet volledig afgesloten is, zal ook gekeken moeten worden naar de behandeling van de vermogens in geval van faillissement van de vennootschap. Kan een schuldeiser zijn vordering tegen de vennoten richten vooraleer hij een vordering instelt tegen de vennootschap zelf, dan heeft deze vennootschap naar Belgisch recht geen rechtspersoonlijkheid. Kan de vordering echter pas gericht worden tegen de vennoten nadat het vennootschapsvermogen is aangesproken en uitgewonnen, dan is er naar Belgisch recht sprake van een onvolkomen rechtspersoonlijkheid. Hoewel dit onderscheid in het vennootschapsrecht een beperkt belang heeft door de invulling van het Hof van

²¹⁰ Voorafgaande Beslissing nr. 500.232 van 27 oktober 2005, www.stradalex.com.

²¹¹ Art. XX.1 WER.

²¹² K. DE HAEN, “De traditionele Belgische kijk op fiscale transparantie: beoordeling op basis van vennootschappenwet” in X. (ed.), *Vennootschap en Belasting*, III, Mechelen, Kluwer, 2016, 61.

²¹³ Deze stelling werd reeds meerdere malen bekritiseerd. Voor een overzicht van de kritieken, zie B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 343-344.

²¹⁴ Voor illustraties zie voetnoot 173.

Cassatie²¹⁵, kan hierin wel het onderscheid tussen vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid gevonden worden.

Verder moet rekening gehouden worden met de specifiek toegekende fiscale transparantie. In België regelt artikel 29, §2 WIB '92 een afwijking.²¹⁶ Bepaalde entiteiten worden voor de toepassing van de vennootschapsbelasting geacht geen rechtspersoonlijkheid te hebben. De belangrijkste hiervan zijn de landbouwvennootschappen en de economische samenwerkingsverbanden. Aangezien de landbouwvennootschap in België kan genieten van een specifiek gunstregime en ook onvolkomen rechtspersoonlijkheid heeft, moet hier voor deze buitenlandse vennootschapsvorm die opgericht is voor landbouwdoeleinden ook een uitzondering geformuleerd worden die gelijkaardig is aan de uitzondering voor de Belgische landbouwvennootschappen. Specifieke regimes die voor Belgische vennootschapsvormen gelden, moeten ook in rekening gebracht worden bij de vergelijkbaarheidstoets.

66. BESTAAN VAN ONGELIJKE BEHANDELING – Bij de vergelijkbaarheidstoets bestaat een onderscheid tussen vennootschappen afkomstig uit een land dat de rechtspersoonlijkheid kent en vennootschappen afkomstig uit een land dat het begrip rechtspersoonlijkheid niet hanteert. Bij toepassing van artikel 227, 2° WIB '92 wordt de rechtspersoonlijkheid die toegekend wordt onmiddellijk in aanmerking genomen. In subsidiaire orde kijkt men naar de vennootschapsrechtelijke kenmerken die de vennootschap heeft. Vennootschappen die afkomstig zijn uit een land dat het begrip rechtspersoonlijkheid niet hanteert, zullen onmiddellijk onderworpen worden aan de *lex fori*-test. Het zou dus kunnen voorkomen dat een vennootschap rechtspersoonlijkheid toegekend krijgt in haar organisatiestaat, maar op basis van de Belgische vennootschapsrechtelijke kenmerken naar Belgisch intern recht geen rechtspersoonlijkheid zou gekregen hebben. Toch zal de vennootschap afzonderlijk belastbaar zijn.

Indien België optreedt als woonstaat van de partners zal enkel een analyse volgens de *lex fori* voorliggen indien het recht van de organisatiestaat geen eenduidig antwoord geeft op de vraag of de entiteit rechtspersoonlijkheid bezit. De (niet-)toekenning van rechtspersoonlijkheid volgens de *lex*

²¹⁵ Cass. 13 februari 1980, *Pas.* 1980, 95; Cass. 6 oktober 2011, *Pas.* 2011, 2142. De vennootschap en de vennoten kunnen samen gedagvaard worden. Beiden veroordelingen kunnen in hetzelfde vonnis worden uitgesproken, zolang de vennootschap in het beschikkend gedeelte eerst wordt veroordeeld. Een hoofdelijke veroordeling van de vennoten en de vennootschap doet geen afbreuk van het principe.

²¹⁶ Merk op dat sinds 1 mei 2019 dit artikel spreekt over vennootschappen erkend als landbouwonderneming, als bedoeld in artikel 8:2 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, en die de rechtsvorm hebben van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en bepaalde vennootschappen onder firma. De onregelmatig opgerichte handelsvennootschappen werden uit het artikel geschrapt.

societatis wordt volledig aanvaard voor de Belgische classificatie.²¹⁷ Het kan dus voorkomen dat een entiteit volgens de *lex fori*-test als fiscaal transparant moet aangemerkt worden, maar toch afzonderlijk wordt belast omdat ze rechtspersoonlijkheid heeft volgens de *lex societatis*.

67. NAAR EEN EENVOUDIGERE VERGELIJKBAARHEIDSTOETS (?) – Een vast stappenplan ontwikkelen om de vergelijkbaarheidstoets uit te voeren blijkt een quasi-onmogelijke opdracht. Vennootschappen in verschillende landen worden op diverse manieren geregeld. Zeker niet alle rechtstelsels bouwen hun vennootschapsvormen rond de notie ‘rechtspersoonlijkheid’. Enkele kenmerken komen echter wel vaak aan bod, waardoor het mogelijk is om een toepasselijke toets te formuleren. Deze toets is niet sluitend, maar biedt wel reeds een indicatie voor veel buitenlandse vennootschapsvormen. Voorts kan men argumenteren dat moet afgestapt worden van het onderscheid tussen *lex societatis* en *lex fori*. Ongeacht of de buitenlandse vennootschap ‘rechtspersoonlijkheid’ kent, zal een vergelijkbaarheidstoets uitgevoerd moeten worden.

Buitenlandse entiteiten die alle kenmerken hebben van een Belgische vennootschap zouden onmiddellijk dezelfde classificatie moeten krijgen als de Belgische vennootschap. In deze vergelijking moeten de specifieke fiscale afwijkingen meegenomen worden. Indien de buitenlandse entiteit geen Belgisch equivalent heeft zal een toets op basis van kenmerken moeten gebeuren. Een eerste stap is kijken naar de aansprakelijkheid van de vennoten in de vennootschap. Hebben de vennoten een beperkte aansprakelijkheid ten opzichte van de schulden van de vennootschap, dan is deze afzonderlijk belastbaar. Zijn de vennoten onbeperkt aansprakelijk, dan zal de vraag gesteld moeten worden of de schuldeisers bij faillissement van de vennootschap rechtstreeks het vermogen van de vennoten kunnen aanspreken, zonder eerst het vermogen van de vennootschap volledig uit te putten.²¹⁸ Als dat zo is, dan is deze vennootschap fiscaal transparant. Hebben de schuldeisers deze mogelijkheid niet, dan wordt de vennootschap afzonderlijk belast.

²¹⁷ B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 353.

²¹⁸ Dit kan worden omschreven als een soort ‘voorrangsrecht’. Kan een schuldeiser onmiddellijk de vennoten aanspreken, zonder dat de vennootschap moet aangesproken worden en dus terwijl er nog steeds activa in de vennootschap aanwezig zijn, dan is de vennootschap fiscaal transparant. Moet de schuldeiser eerst de vennootschap volledig ledigen om nadien pas, als er niets meer in de vennootschap aanwezig is, de vennoten aan te spreken, dan is de vennootschap afzonderlijk belastbaar. Het vennootschapsvermogen vormt het preferentieel verhaalsvermogen.

§4. Besluit

68. COMPLEXE TOETS VEREENVOUDIGD – Geen enkele vergelijkbaarheidstoets is sluitend. Heel wat kenmerken moeten in de toets worden geïntegreerd. De hervorming van het vennootschapsrecht heeft de toets wel wat vereenvoudigd. Deze vereenvoudiging betekent echter niet dat de mogelijkheid voorligt om een eenduidige vergelijkbaarheidstoets te ontwikkelen.

Hoofdstuk 4. Conclusie

69. THEORIE VS. PRAKTIJK – Verschillende classificaties van eenzelfde entiteit in verschillende rechtsordes brengen heel wat juridische problemen met zich mee. In de verdragscontext heeft men dit probleem trachten op te lossen in het OESO-Partnershiprapport. Dit rapport werd niet overal in de Belgische rechtspraak geïntegreerd. De Belgische rechtspraak lijkt zich meer vast te houden aan de verdragsteksten en de weinige Belgische regels. De Dienst Voorafgaande Beslissingen daarentegen gaat meer de richting uit van de praktische oplossingen die door het Partnershiprapport worden aangereikt.

De aan- of afwezigheid van rechtspersoonlijkheid van de buitenlandse entiteit wordt in België in theorie onmiddellijk erkend. Indien de buitenlandse rechtsorde onduidelijk blijft over de toekenning van rechtspersoonlijkheid gaat men in de Belgische rechtspraak over tot een toetsing van de vennootschapsrechtelijke kenmerken volgens het Belgisch recht. De Dienst Voorafgaande Beslissingen hanteert deze toets ook soms wanneer de rechtspersoonlijkheid duidelijk niet toegekend wordt aan de entiteit.

In bepaalde gevallen dringt een vergelijkbaarheidstoets zich op. Hoe deze toets moet uitgevoerd worden, werd niet in enige wetgevende akte voorzien. De Belgische rechtspraak heeft een poging ondernomen om criteria te formuleren. De hervorming van het vennootschapsrecht heeft deze toets vereenvoudigd, maar tot op heden is er in de praktijk geen mogelijkheid gevonden om een eenduidige toets op te stellen.

DEEL II. Vestiging

Inleiding

70. WAT IS EEN BINNENLANDSE VENNOOTSCHAP? – Een vennootschap wordt in België aan de vennootschapsbelasting onderworpen wanneer zij een binnenlandse vennootschap is. Een vennootschap die aan de Belgische vennootschapsbelasting onderworpen is zal op haar totaal wereldinkomen belast worden. Indien de vennootschap geen binnenlandse vennootschap is, dan zal zij in België enkel belast worden op de inkomsten die zij in België heeft behaald. Het is dus van groot belang om te weten wanneer een vennootschap in België gevestigd is en net daar wringt het fiscale schoentje. Niet alleen heeft de wetgever de criteria onduidelijk geformuleerd, maar ook de toenemende mondialisering zorgt voor problemen. Vennootschappen maken meer en meer deel uit van een groter geheel waar de dochtervennootschappen slaafs de opdrachten van de moedervennootschap opvolgen. Conference calls van over de hele wereld, stemmingen per brief of online, etc. maken het extreem moeilijk om de werkelijke leiding van een vennootschap te lokaliseren.
71. VENNOOTSCHAPS- VS. FISCAAL RECHT – Vooraleer overgegaan kan worden tot een bespreking van de vestiging van vennootschappen volgens het fiscaal recht is het vereist om de vestiging op basis van het vennootschapsrecht onder de loep te nemen. De invloed van de Europeesrechtelijke regels, en in het bijzonder de invulling die het Hof van Justitie geeft aan de vennootschapsrechtelijke zetel, zouden een gevolg kunnen hebben voor de vestiging van een vennootschap in het fiscaal recht. Na een vennootschapsrechtelijke analyse wordt overgegaan tot de fiscaalrechtelijke analyse. Ten eerste rijst de vraag hoe de wettelijke bepalingen gelezen moeten worden. Wat zijn de criteria om te bepalen wanneer een vennootschap haar hoofdvestiging in België heeft? Ten tweede zal gezocht worden naar de concrete invulling van deze criteria. Hoe moet in een concrete situatie bepaald worden of die vennootschap in België, dan wel in het buitenland is gevestigd? Uiteindelijk gaan we op zoek naar de noodzakelijkheid en eventueel een mogelijkheid om het inwonersbegrip anders te definiëren.

Hoofdstuk 1. De vestiging op basis van het vennootschapsrecht

§1. Keuze van de zetelleer

72. INCORPORATIELEER OF WERKELIJKE ZETELLEER – De zetel van een vennootschap kan worden vergeleken met de woonplaats van een natuurlijk persoon. De zetel bepaalt onder meer waar de territoriaal bevoegde rechter zich bevindt en, voor ons belangrijk, welk recht van toepassing is op de vennootschap.²¹⁹ Op basis van art. 54 VWEU kiezen de nationale staten soeverein welke zetelleer ze toepassen.²²⁰

De incorporatieleer of de statutaire zetelleer houdt in dat de vennootschap haar woonplaats heeft op de plaats die in de statuten vermeld staat. Het recht van het land waar de vennootschap is geregistreerd zal toepasselijk zijn op de vennootschap.²²¹ Deze leer biedt als grote voordeel dat er rechtszekerheid is over de woonplaats van de vennootschap. Het grote nadeel van de statutaire zetelleer is dat de staten hun nationale wetgeving flexibel maken zodat vennootschappen zich in hun land zouden vestigen waardoor er *regulatory competition* ontstaat.²²² De werkelijke zetelleer houdt in dat een vennootschap haar woonplaats heeft op de plaats waar de werkelijke zetel, d.i. het bestuurscentrum, evenals haar activiteiten- en zakencentrum, zich bevindt.²²³ In de landen die deze leer volgen, kunnen vennootschappen de plaatselijke regelgeving niet ontlopen door de statutaire zetel in een ander land te vestigen. De lokale belangen worden door deze leer dus meer behartigd.²²⁴ Langs de andere kant creëert de werkelijke zetelleer echter meer onzekerheid, vermits een rechter altijd kan oordelen dat de werkelijke zetel van een vennootschap ergens anders ligt dan op de plaats van de statutaire zetel.

²¹⁹ H. BRAEKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Intersentia, Antwerpen, 2012, 233-234.

²²⁰ Art. 54, eerste lid (aanhef) VWEU bepaalt: De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht [...].

²²¹ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Gent, Larcier, 2016, 463-464; K. MARESCEAU, “Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak Cartesio” (noot onder HvJ 16 december 2008), *TBH* 2009, afl. 6, 582.

²²² J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie”, *TRV* 2003, 99.

²²³ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Gent, Larcier, 2016, 461; K. MARESCEAU, “Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak Cartesio” (noot onder HvJ 16 december 2008), *TBH* 2009, afl. 6, 582.

²²⁴ J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie”, *TRV* 2003, 98.

73. ZETELLEER IN BELGIË – België heeft in het verleden resoluut gekozen voor de werkelijke zetelleer.²²⁵

Het bestaan en de juridische aard van een vennootschap worden bepaald door het recht van het land waar de vennootschap haar voornaamste vestiging heeft (art. 110 j° 111, §1, 1° WIPR).²²⁶ Om te bepalen waar de voornaamste vestiging van een vennootschap is gelegen, moet in het bijzonder rekening gehouden worden met *haar bestuurscentrum, evenals met haar zaken- of activiteitscentrum, en in bijkomende orde met haar statutaire zetel* (art. 4, §3 WIPR). Hoewel de statutaire zetel slechts in bijkomende orde wordt vermeld, geldt deze toch als een weerlegbaar vermoeden dat de werkelijke zetel op die plaats gelegen is.²²⁷ Het is immers het adres dat de vennootschap zelf heeft aangeduid als haar zetel. Bij een discrepantie tussen de statutaire zetel en de werkelijke zetel zal evenwel voorrang gegeven worden aan de werkelijke zetel.

De rechtspraak van het Hof van Justitie zet de werkelijke zetelleer onder druk (zie infra nrs. 77-81).²²⁸ De hervorming van het vennootschapsrecht lijkt voor de wetgever de ideale gelegenheid om over te stappen naar de statutaire zetelleer.²²⁹ Dit is dan ook gebeurd. Voortaan luidt art. 2:146 WvV²³⁰: *Dit wetboek is van toepassing op rechtspersonen die hun statutaire zetel in België hebben.*

²²⁵ Cass. 28 september 1959, *Pas.* 1960, 125; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1979, 229; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés précis. Droit communautaire. Droit Belge*, Brussel, Bruylant, 2009, 1156; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, IV, Verenigingen en vennootschappen*, Mechelen, Kluwer, 2011, 392; R. PRIOUX, “Les sociétés belges et les sociétés étrangères” in JEUNE BARREAU (ed.), *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Brussel, Jeune Barreau, 2003, 312; N. VANDEBEEK, “Commentaar bij artikel 110 W.I.P.R.” in H. BAECKMANS, K. GEENS, en E. WYMEERSCH, (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2008, 2; E. NAVEZ, “Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l’UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l’influence européenne” in G. DAL (ed.), *Droit des groupes de sociétés. Questions pratiques*, Brussel, Larcier, 2013, 89; P. WAUTELET, “Quelques réflexions sur la lex societatis dans le code de droit international privé”, *RPS* 2006, 6; V. SIMONART, “L’application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux Limited”, *RPS* 2008, 122-123.

²²⁶ Vooraleer dit principe werd opgenomen in het WIPR werd dit geregeld in artikel 56 W.Venn.

²²⁷ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1979, 229; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés précis. Droit communautaire. Droit Belge*, Brussel, Bruylant, 2009, 1156; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, IV, Verenigingen en vennootschappen*, Mechelen, Kluwer, 2011, 392; R. PRIOUX, “Les sociétés belges et les sociétés étrangères” in JEUNE BARREAU (ed.), *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Brussel, Jeune Barreau, 2003, 312; K. MARESCAU, “Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer”, in BELGISCH CENTRUM VAN HET VENNOOTSCHAPSRECHT (ed.), *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 204.

²²⁸ HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*; HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*; HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*; HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*; HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*; HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale*; HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, *Polbud*.

²²⁹ Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3119/001, 6.

²³⁰ Wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019, 33239.

§2. Vrijheid van vestiging en de zetelleer

74. ALGEMEEN – Eén van de hoofddoelen van de Europese Unie is het creëren van een interne markt, d.i. een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.²³¹ De werkelijke zetelleer leent zich veel minder tot het bereiken van deze doelstelling dan de incorporatieleer. Vrijheid van vestiging, als onderdeel van het vrij verkeer van personen, geeft aan vennootschappen het recht om zich overal binnen de EU zonder belemmeringen te ‘vestigen’.²³² Aangezien de problematiek inzake de zetelleer hoofdzakelijk aan bod komt in het kader van de vrijheid van vestiging, is het vereist om de zetelverplaatsing onder het communautair recht te bespreken. Vennootschappen die hun zetel verplaatsen naar een andere lidstaat knippen de banden met hun oorspronkelijke lidstaat door. Daarom worden aan vennootschappen allerlei beperkingen opgelegd om hun zetel vrij te verplaatsen. De bepalingen met betrekking tot de vrijheid van vestiging geven geen expliciet antwoord op problemen inzake de toepassing van de zetelleer. Het Hof van Justitie heeft evenwel jarenlang uitspraken gedaan over deze problematiek. Hierdoor zijn we aangewezen op de analyse van deze arresten.

1. VWEU

75. ARTIKEL 49 EN 54 VWEU – Vrijheid van vestiging wordt geregeld in de artikelen 49 en 54 VWEU. De kernbepaling inzake de vrijheid van vestiging voor vennootschappen is art. 54 VWEU.²³³ Vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen betreffende het recht van vestiging gelijkgesteld met natuurlijke personen die onderdaan zijn van een lidstaat. Voor natuurlijke personen bepaalt artikel 49 VWEU dat beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden zijn. Het verbod heeft eveneens betrekking op de beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

²³¹ Zie artikel 26 VWEU.

²³² K. MARESCEAU, “Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer”, in BELGISCH CENTRUM VAN HET VENNOOTSCHAPSRECHT (ed.), *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 214.

²³³ K. MARESCEAU en H. DE WULF, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 16.

76. PRIMAIR EN SECUNDAIR VESTIGINGSRECHT – Traditioneel wordt een onderscheid gemaakt tussen het primair en het secundair vestigingsrecht. Het primair vestigingsrecht is het recht voor een onderdaan van een lidstaat om een zelfstandige activiteit te starten in een andere lidstaat door in die lidstaat een hoofdvestiging te openen. Het secundair vestigingsrecht is het recht om een nevenvestiging van een hoofdvestiging, zoals een bijkantoor of een dochtervennootschap, te openen in een andere lidstaat.²³⁴ Natuurlijke personen bezitten zowel het primaire als secundaire vestigingsrecht, maar het Hof van Justitie lijkt voor vennootschappen dit onderscheid tussen primair en secundair vestigingsrecht niet te maken.²³⁵ Vennootschappen zouden volgens het Hof enkel kunnen gebruik maken van het secundaire vestigingsrecht. Intussen lijkt het Hof van Justitie evenwel van deze denkwijze te zijn afgestapt (zie infra nr. 81).²³⁶

2. Invulling door het Hof van Justitie

77. VENNOOTSCHAPPEN ZIJN ‘CREATURES OF NATIONAL LAW’ – Het eerste belangrijke arrest met betrekking tot de vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing is het arrest *Daily Mail*.²³⁷ De vennootschap naar Engels recht *Daily Mail* wou haar werkelijke zetel verplaatsen van het Verenigd Koninkrijk naar Nederland. Dit brengt met zich mee dat het fiscaal domicilie van de Britse vennootschap naar Nederland verplaatst. De Britse wet verbiedt vennootschappen met fiscale vestiging in het Verenigd Koninkrijk om hun fiscale vestiging op te geven of te verplaatsen zonder toestemming van het Ministerie van Financiën.²³⁸ Na de afwijzing van het primair vestigingsrecht oordeelt het Hof dat, in tegenstelling tot natuurlijke personen, vennootschappen slechts creaturen van nationaal recht zijn. De aanknopingsfactoren die lidstaten vereisen om aan hun recht onderworpen te blijven, verschillen in de diverse rechtstelsels. Het Hof van Justitie respecteert die verschillen waardoor een vennootschap niet het recht ontleent aan de vrijheid van vestiging om haar werkelijke zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat terwijl haar statutaire zetel in het land van oprichting blijft.²³⁹

²³⁴ K. MARESCEAU en H. DE WULF, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 18.

²³⁵ HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*; HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*; HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale*; J. STUYCK, “Zetelverplaatsing en vrije vestiging van vennootschappen in de EEG” (noot onder HvJ 27 september 1988), *TRV* 1989, 200.

²³⁶ HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, *Polbud*.

²³⁷ HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*.

²³⁸ Section 482(1)(a) van de Income and Corporation Taxes Act 1970, <http://uscode.house.gov>.

²³⁹ K. MARESCEAU en H. DE WULF, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia,

78. GEEN VERMOEDEN VAN MISBRUIK – Meer dan tien jaar na de afwijzing van het verdragsrechtelijke recht op grensoverschrijdende zetelverplaatsingen heeft het Hof van Justitie in het arrest *Centros* een uitweg gegeven voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen.²⁴⁰ *Centros Ltd* is een vennootschap naar Engels recht die is opgericht door een in Denemarken wonend Deens echtpaar. De vennootschap is gevestigd in het huis van een vriend en heeft geen enkele economische activiteit in het Verenigd Koninkrijk. De vennootschap is opgericht in het Verenigd Koninkrijk om de Deense wetgeving inzake een minimumkapitaal te ontwijken. Wanneer het Deens echtpaar een filiaal wil openen in Denemarken weigert de Deense overheid de inschrijving omdat er geen economische activiteit in het Verenigd Koninkrijk wordt uitgeoefend.

Het Hof van Justitie heeft in haar uitspraak twee belangrijke elementen opgenomen. Ten eerste moet een vennootschap geen economische activiteit hebben in het land van oorsprong om zich op de vrijheid van vestiging te beroepen.²⁴¹ Ten tweede moet een proportionaliteitstoets op belemmeringen van vrijheid van vestiging worden toegepast. Lidstaten mogen misbruiken bestrijden, maar dit kan alleen op een “*case-by-case*”-basis, aldus het Hof. Het is een lidstaat niet toegestaan om bepaalde categorieën van verdachte vennootschappen te creëren, zoals Denemarken doet met vennootschappen die geen economische activiteit hebben in het land van oorsprong.²⁴² Hoewel het arrest *Centros* niet over zetelverplaatsingen gaat, is het wel duidelijk dat een natuurlijk persoon gebruik kan maken van zijn primair vestigingsrecht om een vennootschap op te richten in een lidstaat naar keuze. De vennootschap kan nadien gebruik maken van haar secundair recht van vestiging om onder dezelfde voorwaarden als de vennootschappen van de andere lidstaat een bijkantoor of dochtervennootschap op te richten om van daaruit haar werkelijke activiteiten te ontplooiën.²⁴³

79. VERPLICHTE ERKENNING VAN RECHTSBEKWAAMHEID – Het arrest *Centros* kreeg met het arrest *Überseering*²⁴⁴ snel een vervolg. Een in Nederland opgerichte vennootschap wou een Duitse aannemer dagvaarden voor een Duitse rechtbank voor gebrekkige renovatiewerken aan een door de vennootschap beheerde parkeergarage. Hoewel *Überseering* nooit een zetelverplaatsing had

2014, 23; J. STUYCK, “Zetelverplaatsing en vrije vestiging van vennootschappen in de EEG” (noot onder HvJ 27 september 1988), *TRV* 1989, 202.

²⁴⁰ HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*.

²⁴¹ Het Hof van Justitie bevestigt hiermee haar vorige rechtspraak. Zie HvJ 10 juli 1986, nr. 79/85, *Segers*.

²⁴² Bevestigd in HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*.

²⁴³ K. MARESCEAU en H. DE WULF, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 25; M. CRUYSMANS, weergave van HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, *TBH* 1999, 365-366; H. DE WULF, “Brievenbusvennootschappen, vrij vestigingsrecht en werkelijke zetelleer”, *V&F* 1999, 4.

²⁴⁴ HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*.

doorgevoerd oordeelde de Duitse rechter dat de werkelijke zetel van de vennootschap in Duitsland gelegen was. Volgens vaste Duitse rechtspraak moet de rechtsbevoegdheid van een vennootschap worden beoordeeld op basis van het recht van de plaats waar de werkelijke zetel gevestigd is. Dit is de zogenaamde *Sitztheorie*, een variant op de werkelijke zetelleer.²⁴⁵ Aangezien *Überseering* niet was opgericht volgens het Duitse recht, heeft ze geen procesbekwaamheid in Duitsland. Het Hof is van oordeel dat de rechtsbekwaamheid van een onderneming die rechtsgeldig is opgericht in een lidstaat en nog steeds rechtsbanden heeft met deze lidstaat, in een andere lidstaat niet kan worden ontkend. De andere lidstaat kan wel oordelen dat de werkelijke zetel van de onderneming niet langer in de staat van oprichting ligt, maar in de andere staat.²⁴⁶ Doelstellingen van algemeen belang zullen nooit kunnen rechtvaardigen dat de rechtsbekwaamheid van een in een lidstaat rechtsgeldig opgerichte vennootschap wordt ontkend.²⁴⁷

Hoewel bepaalde auteurs oordelen dat het Hof van justitie met het arrest *Überseering* en het arrest *Inspire Art* een einde gesteld zou hebben aan de werkelijke zetelleer,²⁴⁸ kan dit niet uit deze arresten worden geconcludeerd.²⁴⁹ Het Hof is helemaal niet bevoegd om zich uit te spreken over nationale IPR-regels. Overigens heeft het Hof zich nooit uitgesproken over de verwerping van de werkelijke zetelleer. Toch hebben de arresten van het Hof van Justitie gevolgen voor de erkenning van vennootschappen. Lidstaten mogen ingevolge het vrij vestigingsverkeer vennootschappen die rechtsgeldig zijn opgericht en bestaan krachtens het recht van een andere lidstaat principieel niet beletten in de Europese Unie activiteiten te ontplooiën. Lidstaten moeten de vennootschappen van andere lidstaten wederzijds erkennen. De restrictieve benadering van het Hof van Justitie om bepaalde nationale maatregelen te

²⁴⁵ HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*, overweging 4.

²⁴⁶ Bevestigd in de zaak *Cartesio* (HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*) en *Vale* (HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale*). Zie ook K. MARESCEAU en H. DE WULF, "Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?" in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 27; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest *Überseering* van het Hof van Justitie", *TRV* 2003, 103.

²⁴⁷ HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*, overweging 93.

²⁴⁸ G. GOUNALAKIS en W. RADKE, "Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art. 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie", *ZvglRWiss* 1999, afl. 1, 23 en 27; F.G. RAMMELOO, "Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG *Überseering*. IPR-zetelleercontroversie beslecht?", *NiPR* 2003, afl. 2, 140-141; S.F.G. RAMMELOO, "Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG *Überseering*. IPR-zetelleercontroversie beslecht!", *NiPR* 2004, afl. 3, 294.

²⁴⁹ H. DE WULF, "Hof van Justitie 5 november 2002 (C-208/00, '*Überseering*'): Impliceert de vrijheid van vestiging het einde van de werkelijke zetelleer?", *TBH* 2003, 97; S. GILCART, "L'arrêt '*Überseering*': le fragile équilibre entre les règles nationales de conflit de lois et la liberté d'établissement des sociétés", *JDSC* 2003, 112; J. MEEUSEN, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest *Überseering* van het Hof van Justitie", *TRV* 2003, 119-120.

rechtvaardigen, zorgt ervoor dat de werkelijke zetel quasi nooit zal kunnen worden opgelegd aan buitenlandse vennootschappen.²⁵⁰

80. VRIJWILLIGE VERPLAATSING WERKELIJKE AL DAN NIET MET STATUTAIRE ZETEL – Met betrekking tot een Hongaarse vennootschap die haar werkelijke zetel naar Italië wou verplaatsen oordeelde het Hof van Justitie in het arrest *Cartesio*²⁵¹ dat de verplaatsing van de werkelijke zetel van een vennootschap van de ene lidstaat naar een andere lidstaat niet mag verhinderd worden door de emigratiestaat indien deze verplaatsing is toegestaan door het immigratieland.²⁵² De lidstaat van emigratie kan wel bepalen dat de onderneming dan niet langer een binnenlandse onderneming is. Als gevolg daarvan zal de onderneming haar rechtsbekwaamheid in dat land verliezen. Een lidstaat kan immers soeverein bepalen welke criteria vereist zijn opdat de vennootschap een binnenlandse vennootschap is. Het nationaal recht mag bepalen dat zowel de statutaire als de werkelijke zetel van een vennootschap in dat land moeten gelegen zijn opdat de vennootschap een binnenlandse vennootschap zou zijn.²⁵³

Het Hof verduidelijkte het arrest *Cartesio* in het arrest *Vale*.²⁵⁴ Een Italiaanse vennootschap wou alle banden doorknippen met haar land van herkomst en zowel haar werkelijke, als haar statutaire zetel vestigen in Hongarije en daar haar activiteiten uitoefenen. De Hongaarse autoriteiten verwierpen de aanvraag om in het handelsregister opgenomen te worden, omdat een buitenlandse vennootschap niet in het Hongaarse register vermeld kon worden. Het Hof oordeelde dat een lidstaat de rechtsbekwaamheid van een onderneming die volledig haar banden met een bepaalde lidstaat wil doorbreken en haar statutaire zetel wil verplaatsen naar een andere lidstaat, om daar economisch actief te zijn, niet mag negeren voor zover de onderneming zich omzet volgens de regels van de immigratiestaat.

²⁵⁰ S. GILCART, “L’arrêt “Überseering”: le fragile équilibre entre les règles nationales de conflit de lois et la liberté d’établissement des sociétés”, *JDSC* 2003, 115; J. MEEUSEN, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest überseering van het Hof van Justitie”, *TRV* 2003, 123-125.

²⁵¹ HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*.

²⁵² Voor een uitgebreide analyse over ‘voor zover het recht van de ontvangstlidstaat de grensoverschrijdende omzetting toestaat’ zie K. MARESCEAU, “De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio* en *Vale*”, *TBH* 2013, afl. 4, 239-240.

²⁵³ HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*, overwegingen 109 en 110; Zie ook K. MARESCEAU en H. DE WULF, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 29; G. GODDIN en B. GODDIN, “Arrêt « Cartesio »: l’entendue de la liberté d’établissement pour les sociétés “émigrantes”, *JDE* 2009, afl. 3, 78.

²⁵⁴ HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale*, besproken in J. VERMEYLEN, “Arrêt “VALE Épitési”: la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit?”, *JDE* 2012, afl. 9, 276-278; A. VAN HOE, “We zijn er bijna, maar nog niet helemaal: grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na *Vale*” *TRV* 2013, 539-552.

Een samenlezing van beide arresten maakt duidelijk dat de grensoverschrijdende emigratie van de werkelijke zetel niet langer met de ontbinding en vereffening van de vennootschap mag gesanctioneerd worden wanneer de vennootschap haar statutaire zetel mee wil verplaatsen.²⁵⁵

81. LOUTERE VERPLAATSING STATUTAIRE ZETEL – Zeer recent is het Hof van Justitie nog een stap verder gegaan in de mogelijkheid tot zetelverplaatsing van vennootschappen op basis van het vrij vestigingsverkeer in het arrest *Polbud*.²⁵⁶ Het Hof is van oordeel dat de vrijheid van vestiging *Polbud* het recht toekent om zich om te zetten in een vennootschap naar Luxemburgs recht, zonder er een economische activiteit te ontplooiën, voor zover is voldaan aan de in het Luxemburgse recht gestelde oprichtingsvoorwaarden. Het Hof geeft vennootschappen dus de mogelijkheid om het op hen toepasselijke recht te kiezen.²⁵⁷ Niet alleen heeft het hof wetgevingsconcurrentie opnieuw aangewakkerd en versterkt, ook de werkelijke zetelleer krijgt weer een serieuze tik. Het Hof spreekt zich opnieuw niet uit voor een bepaalde leer, maar het volgen van de werkelijke zetelleer zal voor de lidstaat in kwestie nadelig zijn door het gebrek aan de vrijheid die vennootschappen in die landen zullen hebben.²⁵⁸

82. NOOD AAN REGULERING (?) – Het Hof van Justitie heeft een zeer liberale lezing van de vrijheid van vestiging. Vennootschappen zijn in verregaande mate vrij om hun zetel te verplaatsen. Elke keer oordeelt het Hof dat lidstaten hun vennootschapsrechtelijke regels niet mogen opdringen aan in andere lidstaten opgerichte vennootschappen die op hun grondgebied filialen of bijkantoren willen openen. In werkelijkheid hebben deze filialen en bijkantoren dikwijls een zeer belangrijke rol, waardoor het dikwijls gaat om een primaire of zelf enige vestiging.²⁵⁹ Vennootschappen hebben dus meestal de zekerheid dat indien ze op een grensoverschrijdende wijze handel drijven binnen de EU, ze onder het vennootschapsrecht van hun lidstaat van incorporatie blijven ressorteren. Het Europees Parlement heeft in 2012 reeds een oproep gedaan om de grensoverschrijdende zetelverplaatsing te

²⁵⁵ K. MARESCAU, “De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio en Vale*”, *TBH* 2013, afl. 4, 245.

²⁵⁶ HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, *Polbud*.

²⁵⁷ J. MEEUSEN, “Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen”, *RW* 2017-18, afl. 16, 602; F. BERNARD, “L’avènement des scissions transfrontalières”, *DAOR* 2018, afl. 3, 10; I. CORBISIER, “Arrêt *Polbud* de la CJUE: de la créature de droit national au sujet de droit de l’Union européenne”, *TRV-RPS* 2018, afl. 3, 154.

²⁵⁸ J. MEEUSEN, “Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen”, *RW* 2017-18, afl. 16, 602; F. BERNARD, “L’avènement des scissions transfrontalières”, *DAOR* 2018, afl. 3, 10; I. CORBISIER, “Arrêt *Polbud* de la CJUE: de la créature de droit national au sujet de droit de l’Union européenne”, *TRV-RPS* 2018, afl. 3, 154.

²⁵⁹ K. MARESCAU, “De ‘Europese markt voor vennootschapsrecht’: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijk harmonisatieprogramma”, *TPR* 2015, 552.

harmoniseren,²⁶⁰ maar de Commissie is daar tot op heden nog niet op ingegaan. Meerdere stemmen gaan op om de werkelijke zetelleer in Europa achterwege te laten. Dit zou kunnen doordat alle lidstaten vrijwillig de statutaire zetelleer hanteren, zoals België met het nieuw vennootschapsrecht heeft gedaan, dan wel door de harmonisering ervan.²⁶¹

§3. Besluit

83. GROTE VESTIGINGSVRIJHEID – Vennootschappen zijn creaturen van het nationaal recht. Het komt uitsluitend de nationale staten toe om de voorwaarden te bepalen waaraan een vennootschap moet voldoen opdat het als een vennootschap van die lidstaat erkend zou worden. Indien een vennootschap is opgericht en bestaat naar het recht van een EU-lidstaat, moeten andere lidstaten het bestaan van deze vennootschap erkennen. Indien een vennootschap haar werkelijke zetel wil verplaatsen, dan moeten de lidstaten deze grensoverschrijdende omzetting toelaten. Recent besliste het Hof van Justitie zelfs dat een vennootschap louter haar statutaire zetel moet kunnen verplaatsen, zolang voldaan is aan de oprichtingsvoorwaarden van het immigratieland. Het aanhouden van de werkelijke zetelleer blijkt voor de lidstaten zinloos. De buitenlandse vennootschappen die in België hun werkelijke activiteiten uitoefenen kunnen nog steeds onderworpen blijven aan het buitenlandse vennootschapsrecht. Een Belgische vennootschap die naar het buitenland wil emigreren moest onder de oude vennootschapswet veelal een nationaliteitswijziging ondergaan, terwijl een buitenlandse onderneming geen nationaliteitswijziging moet ondergaan om naar België te immigreren.
84. BELGIË IS EUROPA EEN KEERTJE VOOR – Principieel heeft elke lidstaat de keuze tussen de werkelijke zetelleer en de statutaire zetelleer. Het Hof van Justitie heeft echter een zeer liberale invulling gegeven aan het vrij vestigingsverkeer dat in het voordeel is van de mobiliteit van vennootschappen. Dit zorgt ervoor dat vrijwel iedereen het eens is dat het toepassen van de werkelijke zetelleer niet voordelig is voor de lidstaat in kwestie. Steeds gaan meer stemmen op voor de harmonisatie van zowel grensoverschrijdende omzetting als de statutaire zetelleer. De Commissie wuift deze oproep consequent weg, maar België laat niet op zich wachten. In het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen maakt ze een duidelijke keuze in het voordeel van de statutaire zetelleer (zie supra nr. 73).

²⁶⁰ Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een veertiende richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen [2011/2046(INI)], *Pb. C.* 20 augustus 2013, CE 239, 18-23, www.eur-lex.europa.eu.

²⁶¹ S. LOMBARDO, "Regulatory competition in company law in the European Union after *Cartesio*", *EBOR* 2009, 637; K. MARESCEAU, "De 'Europese markt voor vennootschapsrecht': een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijk harmonisatieprogramma", *TPR* 2015, 564.

Hoofdstuk 2. De vestiging in het fiscaal recht

§1. Invulling van de wettelijke bepaling

1. Definiëring van de begrippen

85. BINNENLANDSE VENNOOTSCHAP – Volgens artikel 179 WIB '92 zijn de binnenlandse vennootschappen aan de vennootschapsbelasting onderworpen. Een binnenlandse vennootschap wordt in artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 gedefinieerd als:

“Enigerlei vennootschap die in België haar maatschappelijke zetel, haar voornaamste inrichting of haar zetel van bestuur of beheer heeft en niet van de vennootschapsbelasting is uitgesloten.”

Een buitenlandse vennootschap wordt op haar beurt in art. 2, §1, 5°, c) WIB '92 gedefinieerd als:

“Enigerlei vennootschap die in België geen maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer heeft.”

Verder kan worden aangehaald dat voor de belasting van niet-inwoners beschreven in art. 227, 2° WIB '92 ook teruggegrepen wordt naar de begrippen maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting en zetel van bestuur of beheer. Om te bepalen of een vennootschap een binnenlandse vennootschap is, zijn vier criteria van belang: (i) de maatschappelijke zetel, (ii) de voornaamste inrichting, (iii) de zetel van bestuur en (iv) de zetel van beheer.

86. MAATSCHAPPELIJKE ZETEL – Over de betekenis van het begrip ‘maatschappelijke zetel’ bestaat er in de rechtsleer geen consensus.²⁶² Een eerste strekking in de rechtsleer is van mening dat de maatschappelijke zetel gelijk is aan de statutaire, wettelijke, officiële zetel.²⁶³ Hiermee wordt bedoeld de zetel zoals die is aangeduid in de statuten van de vennootschap. Als de zetel in de statuten opgenomen in België ligt, dan is de vennootschap ook aan de Belgische belasting onderworpen. Het grootste deel van de rechtsleer omschrijft de maatschappelijke zetel ook als de statutaire zetel, maar ziet dit niet als een doorslaggevend criterium.²⁶⁴ Als de statutaire zetel afwijkt van de plaats waar de

²⁶² Zie hierover L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 221.

²⁶³ E. SCHREUDER, *Les impôts sur les revenus. Précis de législation et de jurisprudence*, Brussel, Bruylant, 1957, 94; I. CLAEYS BOUUAERT, *Principes de l'imposition des sociétés en Belgique*, Brussel, Larcier, 1970, 28; I. CLAEYS BOUUAERT, “Binnenlandse of buitenlandse inkomsten: criteria tot onderscheid”, *T.Not.* 1981, afl. 2, 34; W. PIOT, “Fiscale implicaties van zetelverplaatsing naar en vanuit België”, *AFT* 1997, 12-13.

²⁶⁴ L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 89; A. PIERON, *L'impôt des non-résidents*, Brussel, Larcier, 2005, 55; P. SALENS, *Aangifte Vennootschapsbelasting 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, 44-45; H. LEVY MORELLE, “La résidence fiscale des sociétés” in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (ed.), *Cahier de droit fiscal international*, Volume LXXIIa, Deventer, Kluwer, 1987, 236; Y. DEWAELE, “Variations sur la notion de résidence ou de domicile

vennootschap haar zetel van bestuur of beheer of haar voornaamste inrichting heeft, dan zal deze laatste de doorslag geven. De bewijslast om dit vermoeden van fiscaal inwonerschap te weerleggen ligt bij de fiscus. De laatste strekking is van mening dat de maatschappelijke zetel gelijk is aan de werkelijke zetel.²⁶⁵ Deze auteurs geven aan de drie criteria van art. 2, §1, 5°, b) WIB '92 dezelfde betekenis, want de maatschappelijke zetel is een synoniem van zowel de zetel van bestuur als de zetel van beheer. De administratie zou zich volgens hen wel op de statutaire zetel kunnen beroepen, zij het slechts als een indicatie dat de werkelijke zetel in België zou gelegen zijn.

De Belgische administratie en de Dienst Voorafgaande Beslissingen volgen de tweede zienswijze. Beiden zijn van mening dat de maatschappelijke zetel ingevuld moet worden als de statutaire zetel en dat deze enkel een vermoeden vormt van inwonerschap.²⁶⁶

87. VOORNAAMSTE INRICHTING – De voornaamste inrichting wordt in de rechtsleer traditioneel gedefinieerd als de voornaamste bestuursinrichting.²⁶⁷ Dit is in lijn met de betekenis die de wetgever eraan wou geven.²⁶⁸ In de parlementaire voorbereiding wordt de voornaamste inrichting gedefinieerd als de plaats van waaruit de vennootschap haar bedrijvigheid bestuurt. De administratie volgt deze zienswijze volledig.²⁶⁹

88. ZETEL VAN BESTUUR OF BEHEER – In de parlementaire voorbereiding werd duidelijk gesteld dat de zetel van bestuur en de zetel van beheer synoniemen zijn.²⁷⁰ De toevoeging van deze begrippen in het wetboek bij de hervorming in 1964 leidde niet tot een wijziging van het inwonersbegrip. Het was enkel bedoeld ter verduidelijking van de principes. Door deze verduidelijking in de voorbereidende werken

fiscal d'une société" in P-F. COPPENS (ed.), *L'entreprise face au droit fiscal belge. Volume 2*, Brussel, Larcier, 2009, 61.

²⁶⁵ J.J. SPRUYT, "Base companies": *fiscaaljuridische analyse*, Brussel, Bruylant, 1986, 242; P. MIHAL, *Optimisation fiscale: sociétés résidentes et impôt des sociétés*, Brussel, Kluwer, 2002, 109; J.-P. LAGAE, "De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelasting" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 1034; J. WILMART, "Loi du 14 avril 1965 portant approbation de la Convention entre la Belgique et la France tendant à éviter les doubles imposition et à établir des règles d'assistance administrative et juridique réciproque en matière d'impôts sur les revenus, du Protocole final et des lettres annexes, signés à Bruxelles le 10 mars 1964", *journ.prat.dr.fisc.fin.* 1966, 31; G. GEMIS, "Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan? Zeven stokken achter de deur – deel 1", *AFT* 1991, afl. 2, 48.

²⁶⁶ Com.IB 179/22, 179/23 en 179/27; Voorafgaande Beslissingen nr. 900.405 van 1 december 2009; nr. 2015.203 van 21 mei 2015; nr. 2016.904 van 14 februari 2017, www.stradalex.com. In de rechtsleer wordt soms opgeworpen dat de administratie er een tegengestelde visie op nahoudt in Com.OV 4/02 en 4/302. Hierbij wordt uit het oog verloren dat het fiscaal inwonersbegrip in art. 2, §1, 5°, b) WIB '92 een ander inwonerbegrip heeft dan in de overeenkomsten ter vermijding van dubbele belasting.

²⁶⁷ J.-P. LAGAE, "De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelasting" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 1032.

²⁶⁸ Wetsontwerp houdende hervorming van de inkomstenbelasting, *Parl. St. Kamer*, 1961-62, nr. 264/1, 133.

²⁶⁹ Com.IB 179/23 en 179/26; Voorafgaande Beslissing nr. 2010.372 van 14 december 2010, www.stradalex.com.

²⁷⁰ Ontwerp van de wet houdende hervorming van de inkomstenbelasting, *Parl. St. Senaat* 1961-62, nr. 366, 180.

van het wetsonwerp wordt in de rechtsleer aangenomen dat aan de begrippen zetel van bestuur of beheer dezelfde betekenis wordt toegekend dan aan de voornaamste inrichting.²⁷¹ De Dienst Voorafgaande Beslissingen is dezelfde mening toegedaan.²⁷²

2. Belgisch fiscaal recht hanteert de werkelijke zetelleer

89. MAATSCHAPPELIJKE ZETEL ONDERGESCHIKT (?) – Eind de jaren '30 heeft het hof van beroep van Brussel enkele arresten geveld met betrekking tot Antwerpia III.²⁷³ Een vennootschap die in België opgericht was, hier de algemene vergaderingen hield en bestuurders en aandeelhouders had met de Belgische nationaliteit beweerde dat haar werkelijke zetel in Frankrijk lag. Het hof stelt dat de administratieve zetel in Frankrijk slechts een exploitatiezetel is die onder toezicht staat van de maatschappelijke zetel. Enkele auteurs leiden impliciet uit dit arrest af dat de maatschappelijke zetel geïnterpreteerd kan worden als de statutaire zetel en dat deze een afzonderlijk criterium vormt om te bepalen waar de woonplaats van de vennootschap zich bevindt.²⁷⁴ Deze visie kan echter niet worden gevolgd. Er kan nergens uit het arrest afgeleid worden dat de maatschappelijke zetel moet ingevuld worden als de statutaire zetel. Ook bevat het arrest geen bepaling waaruit kan worden afgeleid dat het hof de maatschappelijke zetel als een afzonderlijk criterium hanteert. Wel kan afgeleid worden dat de maatschappelijke zetel ondergeschikt is aan de werkelijke zetel.

Reeds in 1955 heeft het Hof van Cassatie voor een koloniale vennootschap bepaald dat de plaats vermeld in de statuten ondergeschikt is aan de plaats waar de administratieve inrichting zich bevindt.²⁷⁵ Een vennootschap had haar statutaire zetel in Leopoldstad, de voormalige naam van Kinshasa, de hoofdstad van Congo. De rechtbank oordeelde dat de vennootschap werd bestuurd vanuit Brussel en aldaar aan belastingen onderworpen was. Bepaalde auteurs zien hierin reeds dat de maatschappelijke zetel gezien wordt als de statutaire zetel die een vermoeden van vestiging vormt,

²⁷¹ I. CLAEYS BOUUAERT, *Principes de l'imposition des sociétés en Belgique*, Brussel, Larcier, 1970, 29; L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 88; H. LEVY MORELLE, "La résidence fiscale des sociétés" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (ed.), *Cahier de droit fiscal international*, Volume LXXIIa, Deventer, Kluwer, 1987, 236; J.-P. LAGAE, "De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelasting" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 1041.

²⁷² Voorafgaande Beslissingen nr. 900.405 van 1 december 2009; nr. 2014.141 van 29 april 2014, www.stradalex.com.

²⁷³ Brussel 27 december 1937 en Brussel 11 juli 1938, geciteerd in L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 90.

²⁷⁴ L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 90; J.-P. LAGAE, "De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelasting" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 1033.

²⁷⁵ Cass. 16 december 1955, *Pas.* 1956, 376. Het Hof verwoordt het als volgt: 'le siège social se trouve à Leopoldville mais dont le principal établissement administratif se trouve à Bruxelles où est centralisée la comptabilité'.

dat weerlegbaar is.²⁷⁶ Naar mijn mening kan dit niet uit de overwegingen van dit arrest afgeleid worden. Het hof gaat wel vermelden waar de ligging van de maatschappelijke zetel is, maar spreekt zich niet uit over de bewijswaarde ervan. Hier kan dus geen vermoeden uit afgeleid worden. Het is enkel de bevestiging dat de maatschappelijke zetel ondergeschikt is aan de werkelijke zetel.

90. WEERLEGBAAR VERMOEDEN – Hoewel enkele arresten voordien geveld waren, ziet men klassiek het *Mines d'AJustriel*-arrest²⁷⁷ als het principiësarrest inzake de vestiging van de vennootschap. Een vennootschap had haar statutaire zetel in Brussel en exploiteerde mijnconcessies in Portugal. Het hof oordeelde dat de tekst van de wet bevestigt dat eerder de werkelijke situatie van belang is in plaats van de formele of fictieve situatie. Het feit dat de statutaire zetel gesitueerd is in België, is een vermoeden dat de werkelijke zetel zich in België bevindt, maar is niet voldoende om *juris et de jure* te beslissen dat de vennootschap aan de Belgische vennootschapsbelasting onderworpen is. Volgens het hof moet de werkelijke zetel ingevuld worden als de plaats waar de vennootschap geleid en bestuurd wordt.

Na dit arrest was er geen twijfel meer over het bestaan van een weerlegbaar vermoeden dat de statutaire zetel gelegen is op de plaats waar de werkelijke zetel van de vennootschap is.²⁷⁸ Bepaalde auteurs zijn van oordeel dat het niet louter gaat om een weerlegbaar vermoeden, maar een wettelijk weerlegbaar vermoeden.²⁷⁹ Één auteur is hier zelfs van mening dat de fiscus zich mag beroepen op de schijnleer en dat het voldoende is dat de statutaire zetel zich in België bevindt om de vennootschap aldaar te belasten.²⁸⁰ Met het oog op recentere rechtspraak gaat dat laatste te ver. Voor de rechtbank

²⁷⁶ L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 90; J.J. SPRUYT, *“Base companies”: fiscaaljuridische analyse*, Brussel, Bruylant, 1986, 242-243. Contra: L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 225.

²⁷⁷ Brussel 29 juni 1982, *FJF* 1982, afl. 82, 119. Het hof gebruikt volgende bewoordingen: “Attendu que l'article 94 CIR a entendu soumettre à l'impôt les sociétés; que l'énumération contenue dans cet article (siège social, principal établissement, siège de direction ou d'administration), confirme que le législateur a entendu cerner la situation réelle plutôt que des situation formelles ou fictives; Qu'en vertu de cet article, l'impôt est dû si la société ou gérée à partir de la Belgique; que le seul fait que le siège sociale statutaire est situé en Belgique, crée une présomption à cet égard, mais n'est pas suffisant pour déterminer *juris et de jure* que la société est soumise à l'impôt sur les sociétés belges.”

²⁷⁸ Zie Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116; L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 225.

²⁷⁹ T. JANSEN en P. DE VOS, *Handboek internationaal en Europees belastingrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 39; J.-P. LAGAE, “Fiscale erkenning of niet-erkenning van de vennootschap of haar tussenkomst”, *TFR* 1999, afl. 171, 838-839. Contra: L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 91.

²⁸⁰ J. KIRKPATRICK, “Le droit fiscal se fonde sur les réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit”, *journ.prat.dr.fisc.fin.* 1969, afl. 6-7, 172.

van Bergen had de fiscus niet genoeg bewijzen voorgelegd om te besluiten dat de werkelijke zetel van een vennootschap in België lag.²⁸¹ De fiscus faalde verder voor de rechtbank van Brussel om het bewijs te leveren dat een vennootschap met een statutaire zetel gelegen in België ook haar werkelijke zetel op Belgisch grondgebied had en hier belast te worden op het wereldinkomen.²⁸² De maatschappelijke zetel, die in de rechtspraak intussen wordt ingevuld als de statutaire zetel,²⁸³ vormt dus geen zelfstandig criterium. Telkens kan het vermoeden weerlegd worden, waardoor de fiscus geen keuze heeft tussen de statutaire of de werkelijke zetel op basis van de schijnleer. Onder het huidige recht is het vermoeden dat de statutaire zetel gelijk is aan de werkelijke zetel ook geen wettelijk vermoeden. Aangezien het vermoeden niet in de wet is opgenomen, kan het hoogstens gaan om een quasi-wettelijk vermoeden van inwonerschap.²⁸⁴ Op basis van dit vermoeden is het duidelijk dat de bewijslast gelegen is bij de partij die van mening is dat de werkelijke zetel zich op een andere plaats bevindt dan de statutaire zetel. De fiscus die de vennootschap met buitenlandse statutaire zetel in België wil belasten op haar wereldinkomen moet bewijzen dat de werkelijke zetel in België gelegen is. Omgekeerd zal de belastingplichtige de bewijslast dragen indien hij van mening is dat de vennootschap in werkelijkheid geleid wordt in het buitenland.²⁸⁵

91. BRIEVENBUSVENNOOTSCHAPPEN – Bij een brievenbusvennootschap zal het moeilijk zijn voor de administratie om de effectieve leiding vast te stellen. In vele gevallen zijn de bestuursdaden in handen van een fiduciair zakenkantoor of een plaatselijke bank die in opdracht werkt van het Belgisch zakencentrum waar de leiding van uitgaat, waardoor het fiduciair kantoor of de plaatselijke bank een zuiver formele rol speelt.²⁸⁶ Het Hof van Cassatie heeft zich in het Brepolsarrest uitgesproken over de leer van de belastingontwijking.²⁸⁷ Het is belastingplichtigen toegelaten om te kiezen voor de minst

²⁸¹ Rb. Bergen 6 mei 2003, *FJF* 2003, afl. 10, 1003.

²⁸² Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116.

²⁸³ Brussel 29 juni 1982, *FJF* 1982, afl. 82, 119; Luik 9 november 1988, *Bull. Bel.* 1991, afl. 709, 2299; Rb. Bergen 6 mei 2003, *FJF* 2003, afl. 10, 1003; Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116.

²⁸⁴ L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 226.

²⁸⁵ Rb. Leuven 6 april 2012, *TFR* 2013, afl. 438, 272, noot L. BROSENS. Merk op dat de rechtbank in het vonnis enkel spreekt over een feitelijk vermoeden. Dit betekent echter niet dat de rechtbank aanvaardt dat de maatschappelijke zetel moet geïnterpreteerd worden als de werkelijke zetel. De rechtbank is van mening dat niet voldoende bewijs werd geleverd om het vermoeden van de statutaire zetel te weerleggen (contra: L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 227).

²⁸⁶ L. HINNEKENS, "De basis- en brievenbusvennootschap in het Belgische belastingrecht", *AFT* 1983, afl. 4, 92.

²⁸⁷ Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1082. Ook het Hof van Justitie heeft geen enkel probleem met inwoners van een lidstaat die zich in een andere lidstaat vestigen om van een gunstigere wetgeving te genieten. De absolute grens is wel wanneer er een volstrekt kunstmatige constructie zou worden opgezet. Een volstrekt kunstmatige constructie is een fictieve vestiging die geen enkele daadwerkelijke economische activiteit verricht op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst (HvJ 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*).

belaste weg, zelf wanneer de vorm van de rechtshandelingen die ze aannemen niet de meest normale is. Om te besluiten tot belastingontduiking zal simulatie of veinzing moeten bewezen worden.²⁸⁸

Het bewijs van simulatie of veinzing zal voor de fiscus uiterst moeilijk te bewijzen zijn. Hij moet echter aantonen dat de in het buitenland gehouden vergaderingen van de organen of de vennootschap zelf fictief zijn. Hiervoor zal de fiscus vaak op praktische moeilijkheden stuiten bij het bewijs van de feiten in het buitenland.²⁸⁹ In de zaak *Perfita*²⁹⁰ heeft men voor het eerst een praktische oplossing geboden om deze basis- of brievenbusvennootschappen in België te kunnen taxeren. Men gaat uit van de aanwijzingen die aanwezig zijn in België en gaat daar vermoedens uit afleiden. De vaststellingen dat de briefwisseling op een Belgisch adres wordt gevoerd, het belangrijkste actief op een Belgische bank staat en dat de hoofdaandeelhouder een Luxemburgse bank is die gespecialiseerd is in de oprichting van holdingvennootschappen vormen een geheel van samenhangende vermoedens waaruit kan worden besloten dat de buitenlandse zetel van de vennootschap fictief is en de werkelijke zetel in België gelokaliseerd moet worden.²⁹¹ Het feit dat enkele feitelijke aanwijzingen aanwezig zijn in België betekent niet automatisch dat er sprake is van simulatie. Er is geen sprake van simulatie indien de rekeninguittreksels naar een Belgische bestuurder worden verstuurd. Het is eveneens toegelaten dat een buitenlandse vennootschap een bankrekening heeft bij een Belgisch bankkantoor, zelfs als dat in de nabijheid is van de woonplaats van een bestuurder.²⁹²

3. Invloed van het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen

92. INVLOED STATUTAIRE ZETELLEER (?) – Reeds meerdere malen is aan bod gekomen dat de wetgever de statutaire zetelleer in het Belgisch vennootschapsrecht heeft ingevoerd (zie supra nrs. 73 en 84). Men kan dus niet langer veronderstellen dat een vennootschap die onderworpen is aan de Belgische vennootschapsbelasting noodzakelijkerwijze ook aan het Belgisch vennootschapsrecht is onderworpen. Dit staat in schril contrast met de werkelijke zetelleer die het (Belgisch) fiscaal recht hanteert.²⁹³ Zoals reeds aangegeven vult de rechtspraak de maatschappelijke zetel in als de statutaire

²⁸⁸ B. PEETERS, “De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking?”, *AFT* 2010, afl. 3, 24.

²⁸⁹ I. VAN DE VELDE, “De basisvennootschap in het Belgisch fiscaal recht”, in S. VAN CROMBRUGGE en P. BEGHIN (eds.), *Gentse geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, Kalmthout, Biblo, 1989, 183-184.

²⁹⁰ Brussel 9 april 1963, *Rev.fisc.* 1964, 299; L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 91-92; L. HINNEKENS, “De basis- en brievenbusvennootschap in het Belgische belastingrecht”, *AFT* 1983, afl. 4, 92.

²⁹¹ I. VAN DE VELDE, “De basisvennootschap in het Belgisch fiscaal recht”, in S. VAN CROMBRUGGE en P. BEGHIN (eds.), *Gentse geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, Kalmthout, Biblo, 1989, 184.

²⁹² Zie bv. S. VAN CROMBRUGGE, “Luxemburgse basisvennootschap: geen simulatie (bis)”, *Fiscoloog (l.)* 2010, afl. 318, 7.

²⁹³ Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3367/001, 9. Indien zowel het vennootschapsrecht als het fiscaal recht de werkelijke zetelleer hanteren dan zal een vennootschap die voor fiscale doeleinden haar werkelijke zetel in België heeft, geacht worden ook haar vennootschapsrechtelijke zetel

zetel (zie supra nr. 90). Indien de administratie van mening is dat een vennootschap een binnenlandse vennootschap is, dan zal ze moeten bewijzen dat aan de voorwaarden van een binnenlandse vennootschap uit artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 is voldaan.²⁹⁴ De lokalisatie van de voornaamste inrichting is van belang voor dit bewijs. Deze voornaamste inrichting wordt vermoed gelokaliseerd te zijn op de plaats die de statuten vermeldt. Hoewel dit vermoeden weerlegbaar is, wordt aan de statutaire zetel een grote bewijswaarde toegekend. Door de invoering van de statutaire zetelleer kan dergelijke bewijswaarde echter niet meer gegeven worden aan de statutaire zetel.²⁹⁵ Het zal meer en meer voorkomen dat de werkelijke zetel en de statutaire zetel zich niet langer op dezelfde plaats bevinden. Zeker niet omdat de wettelijke verplichting om in de statuten de werkelijke zetel te vermelden verleden tijd is.

93. NIEUWE DEFINITIE BINNENLANDSE VENNOOTSCHAP – Intussen heeft de wetgever reeds een wet gestemd om de fiscale bepalingen in overeenstemming te brengen met het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen.²⁹⁶ Enkel de voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer is nog bepalend voor de woonplaats. De maatschappelijke zetel is uit artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 geschrapt als criterium. Daarnaast werd er in een nieuw artikel 2, §1, 5°, b), tweede lid WIB '92 een vermoeden ingeschreven: *“Behoudens tegenbewijs, wordt de vennootschap die in België haar maatschappelijke zetel heeft, vermoed daar ook haar voornaamste inrichting of haar zetel van bestuur of beheer te hebben; het tegenbewijs is alleen toegelaten wanneer de vennootschap bovendien aantoonst dat haar fiscale woonplaats in een andere Staat is gevestigd dan België volgens de fiscale wetgeving van deze Staat”*.

De interpretatie die door de administratie en de rechtspraak aan het begrip 'maatschappelijke zetel' wordt gegeven, blijft gelden. De statutaire zetel blijft dus een zeker belang hebben.²⁹⁷ De bedoeling van het tegenbewijs is om de staatloosheid van een vennootschap tegen te gaan. Wanneer een vennootschap haar statutaire zetel in België heeft en die, noch volgens het fiscaal recht van de staat waarin haar werkelijke zetel gelegen is, noch volgens het fiscaal recht van een andere staat als een binnenlandse vennootschap wordt beschouwd, wordt deze aangemerkt als een binnenlandse

in België te hebben en aan het Belgisch vennootschapsrecht onderworpen worden. Dit is niet langer het geval indien het vennootschapsrecht de statutaire zetelleer volgt.

²⁹⁴ T. AFSCHRIFT, *Bewijs in fiscaal recht*, Brussel, Larcier, 2002, 62.

²⁹⁵ L. BROSENS, M. DHAENE en W. VANDE VELDE, “Enkele fiscale bedenkingen bij het nieuwe wetboek vennootschapsrecht”, *AFT.Act.* 2017, 20.

²⁹⁶ Wet van 17 maart 2019 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *BS* 10 mei 2019, 45450.

²⁹⁷ L. BROSENS, M. DHAENE en W. VANDE VELDE, “WIB aangepast aan nieuw vennootschapsrecht”, *AFT.Act.* 2018, afl. 43, 7.

Belgische vennootschap.²⁹⁸ Uit de aanwezigheid van een statutaire zetel in België wordt de aanwezigheid van de voornaamste inrichting afgeleid.²⁹⁹ Dit wijzigt niets aan de interpretatie die in de rechtsleer en rechtspraak aan het begrip ‘maatschappelijke zetel’ gegeven werd. Deze interpretatie werd evenwel veruitwendigd in de wettelijke tekst die voordien liet uitschijnen dat zowel de statutaire zetel als de werkelijke zetel op gelijke hoogte stonden.³⁰⁰

94. BINNENLANDSE VENNOOTSCHAP: BEWIJS – Het behoud van het vermoeden dat de voornaamste vestiging gelokaliseerd is waar de statutaire zetel gelegen is, is niet onbelangrijk voor de bewijsvoering. Indien de vennootschap haar statutaire zetel in België gevestigd heeft, volstaat het voor de fiscus om zich op de statuten te beroepen om de vennootschap als een binnenlandse vennootschap te beschouwen. Het is dan aan de vennootschap om het vermoeden te weerleggen en het bewijs te leveren dat de werkelijke zetel in het buitenland gelegen is. Indien een vennootschap haar statutaire zetel in het buitenland heeft, zal er geen enkel vermoeden spelen. Het zal vereist zijn te bewijzen dat de werkelijke zetel zich in België bevindt. Volgens de tekst van de nieuwe wet kan een vennootschap zich niet beroepen op een buitenlandse statutaire zetel als vermoeden dat de werkelijke zetel in het buitenland gelegen zou zijn. Dit is een inperking van het belang van de statutaire zetel.³⁰¹ De gevolgen die de rechtspraak hieraan zal geven zijn nog onduidelijk. Het valt te verdedigen dat een Belgische rechter (terrecht) sneller zal overgaan tot de beslissing dat een vennootschap haar werkelijke zetel in België heeft indien er bepaalde feitelijke elementen op het Belgisch grondgebied aanwezig zijn.

Bijkomend kan een vraag gesteld worden bij het bewijs dat de vennootschap moet leveren. Zal het voldoende zijn dat de vennootschap bewijst dat ze in het buitenland als inwoner aangemerkt wordt door de belastingsautoriteiten of zal ze daarnaast ook moeten bewijzen dat ze volgens de buitenlandse regels ook effectief als fiscaal inwoner van die staat wordt aangemerkt? De memorie van toelichting geeft niet veel meer uitleg dan de wet en vereist het bewijs van een vennootschap dat *haar fiscale woonplaats zich in een andere Staat dan België bevindt volgens de fiscale wetgeving van die andere*

²⁹⁸ Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3367/001, 12. Landen hanteren verschillende aanknopingspunten om de fiscale woonplaats te bepalen. Ondernemingen kunnen hiervan gebruikmaken om aan fiscale planning te doen.

²⁹⁹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3367/001, 104.

³⁰⁰ In de oude tekst van de wet werden de maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting en zetel van bestuur en beheer op gelijke hoogte geplaatst. Uit een loutere lezing van de wet (art. 2, §1, 5° b) jo. 179 WIB) kon men afleiden dat de statutaire zetel voldoende was om onderworpen te worden aan de vennootschapsbelasting. Dit werd door de rechtspraak en rechtsleer echter genuanceerd. De werkelijke zetel heeft voorrang op de statutaire zetel, maar de statutaire zetel geldt wel als een vermoeden dat de werkelijke zetel op die plaats is gesitueerd.

³⁰¹ Contra: L. DE BROE en M. PEETERS, “Nieuwe ‘statutaire zetelleer’ versus fiscale ‘werkelijke zetelleer’”, *Fiscoloog* 2019, afl. 1607, 7.

Staat.³⁰² Indien verschillende staten van mening zijn dat de vennootschap haar fiscale woonplaats in hun staat heeft, zal het toepasselijke dubbelbelastingverdrag uitsluitend moeten geven.³⁰³

4. Besluit

95. WERKELIJKE ZETEL PRIMEERT – Volgens de wet staan de maatschappelijke zetel, de voornaamste inrichting en de zetel van beheer en bestuur op gelijke hoogte. De rechtsleer en rechtspraak hebben de maatschappelijke zetel ingevuld als de statutaire zetel. De plaats waar de statutaire zetel is gelegen, is een vermoeden dat ook de werkelijke zetel zich op die plaats bevindt. De plaats van de werkelijke zetel van de vennootschap is deze van waaruit de vennootschap wordt geleid of bestuurd. Samen met de hervorming van het vennootschapsrecht werd het inwonersbegrip in het Belgisch fiscaal recht aangepast. Deze aanpassing was nodig om staatloosheid te voorkomen. Daarnaast werd de interpretatie die de rechtsleer en rechtspraak aan de wet gaf ook in de tekst veruitwendigd.

§2. Invulling van de werkelijke leiding

96. ALGEMEEN – Uit het vorige hoofdstuk kan worden geconcludeerd dat de werkelijke leiding primeert. Deze werkelijke leiding moet ingevuld worden als de plaats van waaruit de vennootschap wordt geleid of bestuurd. Onmiddellijk rijzen enkele vragen. Ten eerste rijst de vraag wie de vennootschap bestuurt of leidt. Vervolgens wordt gezocht naar de plaats waar de vennootschap dan effectief wordt bestuurd of geleid om de plaats van de werkelijke leiding te kennen.

1. Wie bestuurt de vennootschap?

97. REËLE BENADERING – In de rechtsleer hebben zich twee benaderingen gevormd om te bepalen waar de werkelijke leiding zich bevindt. Volgens de formele benadering bevindt de werkelijke leiding zich bij het orgaan dat krachtens de Belgische vennootschapswetgeving de bestuursbevoegdheden toegewezen krijgt en hiervoor de verantwoordelijkheden draagt. In deze benadering doet het er weinig toe dat de wettelijke bestuursorganen in werkelijkheid enkel instructies opvolgen van een in een ander land gevestigd orgaan. Het wettelijke bestuursorgaan zal enkel genegeerd worden in het geval dat deze niet effectief vergadert en er maar gedaan wordt alsof er werkelijk vergaderd wordt.³⁰⁴

³⁰² Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer 2018-19*, DOC 54, nr. 3367/001, 11.

³⁰³ Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer 2018-19*, DOC 54, nr. 3367/001, 12. In dubbelbelastingverdragen is een zogenaamde ‘*Tie-breaker rule*’ ingeschreven om uit te maken welke staat als woonstaat van de vennootschap wordt aangemerkt. Hierbij wordt uitgegaan van “*the place of effective management*” (artikel 4.3 OESO-Modelverdrag). Voor de concrete invulling van dit begrip zie L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 480-580.

³⁰⁴ T. AFSCHRIFT, “La constitution d’une personne morale de droit étranger dans l’unique but d’éviter l’impôt Belge”, in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst. Tome I*, Brussel, Éditions Nemesis, 1986, 40.

In de reële benadering, die onze voorkeur geniet, gaat de werkelijke leiding uit van het bestuursorgaan dat in werkelijkheid de bestuursbevoegdheden uitoefent. In deze benadering heeft een voorbereiding van de beslissingen door een ander orgaan dan het bestuursorgaan wel invloed en zal er minder belang gehecht worden aan het formele bestuursorgaan indien dat een ondergeschikte rol speelt.³⁰⁵

Dat voor deze laatste benadering gekozen wordt, is logisch. Het is de realiteit die moet primeren, anders heeft men te maken met feitelijke bestuurszetels die worden opgezet om belastingen te ontwijken. De plaats waar de vergaderingen effectief plaatsvinden en waar de effectieve controle zich bevindt, werd ook door de wetgever vooropgesteld.³⁰⁶ Dit brengt met zich mee dat wanneer de reële controle niet in handen ligt van het bestuur, maar bijvoorbeeld de controlerende aandeelhouder in werkelijkheid de touwtjes in handen heeft, de plaats van de werkelijke leiding bij de controlerende aandeelhouder zal liggen (voor de bewijsproblematiek zie infra nr. 106).

98. TOEPASSING IN RECHTSPRAAK – In het *Mines d’ajustriel*-arrest (zie supra nr. 90) heeft het Brusselse hof van beroep zich expliciet uitgesproken in het voordeel van de reële benadering. Het hof oordeelt dat de beslissingen van de raden van bestuur en de algemene vergadering die in België werden genomen loutere bekrachtigingen waren van in Portugal genomen beslissingen en dat het bestuursorgaan een formele rol speelde. Het hof is van mening dat de wetgever eerder reële situaties heeft willen treffen dan formele situaties en besluit dat de vennootschap niet onderworpen is aan de vennootschapsbelasting.³⁰⁷

Het hof van beroep van Gent oordeelde dat de feitelijke leiding van twee brievenbusvennootschappen op de Nederlandse Antillen in België gelegen was.³⁰⁸ De brievenbusvennootschappen hadden geen werkelijk zelfstandig en reëel leven op hun statutaire zetel. De vennootschappen waren gevestigd op de zetel van een trustkantoor en hadden geen eigen telefoon, fax, personeel of kantoor ter beschikking. Het feit dat het trustkantoor volmachten gaf aan één van de aandeelhouders deed

³⁰⁵ J.J. SPRUYT, *“Base companies”*: fiscaaljuridische analyse, Brussel, Bruylant, 1986, 242-245; J. MALHERBE, *Droit fiscal international*, Brussel, Larcier, 1994, 56; L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 276; G. GEMIS, “Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan? Zeven stokken achter de deur – deel 1”, *AFT* 1991, afl. 2, 49; L. HINNEKENS, “De niet-erkenning van Delaware-achtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van Belgisch belastingrecht”, *TFR* 1993, 438; J.-P. LAGAE, “Fiscale erkenning of niet-erkenning van de vennootschap of haar tussenkomst”, *TFR* 1999, afl. 171, 839.

³⁰⁶ Wetsontwerp waarbij, in vervanging van het evenredig patentrecht en het evenredig mijnrecht, eene taxé wordt gevestigd op de inkomsten of winsten behaald in de vennootschappen op aandelen en in zekere financieele- en nijverheidsbedrijven, *Parl.St. Kamer*, 1912-1913, nr. 291, 1158.

³⁰⁷ Brussel 29 juni 1982, *FJF* 1982, afl. 82, 119.

³⁰⁸ Gent 14 januari 2010, *TFR* 2011, afl. 409, 824.

hieraan geen afbreuk. De aandeelhouders traden slechts op als formele bestuurders terwijl de instructies vanuit België werden gegeven.

Recent is de reeds langer onder vuur liggende Luxemburgse holdingvennootschap opnieuw in de belangstelling gekomen. De Belgische fiscus was van mening dat een Luxemburgse holding een Belgische vennootschap was. De argumenten die de fiscus hiervoor aanvoerde waren dat de aandeelhouders Belgische inwoners waren, de activa van de vennootschap uitsluitend aandelen waren in twee Belgische vennootschappen, de vennootschap geen personeel of goederen had, de boekhouding werd opgesteld door een externe accountant en de raad van bestuur enkel eerder in België genomen beslissingen onderschreef. De rechtbank wijst al deze argumenten af.³⁰⁹ De eerste drie argumenten toonden volgens de rechtbank op geen enkele wijze aan dat de belangrijke beslissingen in België werden genomen. Enkel op de loutere bekrachtiging van de beslissingen ging de rechtbank verder in. De holding had drie bestuurders. Twee ervan waren inwoners van België en werkten voor de groep waar de Luxemburgse holding deel van uitmaakte. De derde bestuurder was een Luxemburgs advocaat die voor zijn functie werd vergoed. De rechtbank gaf een grote rol aan het Luxemburgs bestuurslid en oordeelde tevens dat de raad van bestuur geen ‘verplichting’ had om de beslissingen die in België zouden genomen zijn te bekrachtigen. De rechtbank geeft hier dus een groot belang aan de beoordelingsbevoegdheid die de formele raad van bestuur heeft.³¹⁰

Het hof van beroep van Brussel heeft de uitspraak van de rechtbank gevolgd.³¹¹ Het hof gebruikt in haar analyse de criteria die de Dienst Voorafgaande Beslissingen gewoonlijk aftoetst.³¹² Deze criteria verwijzen onder andere naar het houden van een buitenlandse bankrekening en de erkenning van inwoners in het buitenland. Hiermee wijkt het hof af van de kwestie.³¹³ Belangrijker in deze kwestie is dat het hof vaststelt dat het beslissingsproces van de Luxemburgse holding aan de realiteit beantwoordt. De courante praktijken in vennootschapsgroepen mogen niet over het hoofd gezien worden, aldus het hof. Dat de Belgische bestuurders een andere functie uitoefenden in de vennootschapsgroep en de Luxemburgse bestuurder zijn prestaties factureerde op het diensthoofd van zijn advocatenkantoor is onvoldoende om te concluderen dat de bestuurders hun rol als

³⁰⁹ Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116.

³¹⁰ L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 279; N. BAMBENS, “Beslissingen voorbereid in buitenland: geen impact op werkelijke zetel als raad van bestuur beoordelingsvrijheid behoudt”, *AFT.Act.* 2014, afl. 29, 3.

³¹¹ Brussel 23 november 2017, *Fisc.Koer.* 2018, afl. 4, 853, weergave.

³¹² Zie Voorafgaande Beslissing nr. 800.430 van 20 januari 2009, www.stradalex.com.

³¹³ L. BROSENS, “Woonplaats buitenlandse holding: fiscus delft onderspit door zware bewijslast”, *Fiscoloog (I.)* 2018, afl. 412, 3.

bestuurder niet hebben vervuld. Het feit dat er geen personeel of materiële middelen gevonden kunnen worden op de statutaire zetel wil niet zeggen dat werkelijke leiding daar niet plaatsvindt. Hoewel het hof hier vasthoudt aan een formele benadering,³¹⁴ gaat de rechtbank toch op zoek naar de werkelijkheid.

Uit bovenstaande arresten kan afgeleid worden dat de Belgische rechtspraak de reële benadering volgt. Steeds wordt gezocht naar wie in werkelijkheid de beslissingen neemt. De formele beslissingsbevoegdheid is hieraan ondergeschikt.

99. VISIE VAN DE ADMINISTRATIE – De vraag of een vennootschap haar voornaamste inrichting in België heeft, is in hoofdzaak een feitenkwestie. De Dienst Voorafgaande Beslissingen krijgt om deze reden dan ook veel aanvragen om de plaats van deze werkelijke zetel te bepalen. Hoewel de vraag wie in werkelijkheid een vennootschap bestuurt van zeer groot belang is, komt dit aspect weinig voor in de ruingaanvragen.³¹⁵ In de weinige rulings gaat de Dienst Voorafgaande Beslissingen de nadruk leggen op de plaats waar de belangrijkste bestuursbeslissingen worden genomen.³¹⁶ De werkelijke leiding is volgens de administratie de plaats waar de raad van bestuur fysiek samenkomt. Het feit dat beslissingen voorbereid worden doet hieraan geen afbreuk. De Dienst Voorafgaande Beslissingen neemt aan dat de aandeelhouders het bestuur niet waarnemen en dus ook geen beslissingen nemen.³¹⁷

2. Waar wordt de vennootschap bestuurd?

100. PLAATS WAAR BESTUURSORGAAN VERGADERT PRIMEERT – Na te weten wie de vennootschap uiteindelijk bestuurt, kan men vaststellen waar de vennootschap wordt bestuurd. In de fiscale rechtsleer wordt hoofdzakelijk verwezen naar de plaats waar het bestuursorgaan effectief en regelmatig vergadert.³¹⁸ Uit de rechtspraak kunnen we hetzelfde besluiten. De plaats waar het bestuursorgaan effectief en regelmatig vergadert, is de plaats waar de woonplaats van de vennootschap zich zal bevinden.³¹⁹

³¹⁴ D. PHILIPPE en A. NOLLET, “L’affaire ‘Belgacom’: consécration d’une approche “formaliste” du siège réel”, *RGFCP* 2018, afl. 6, 9.

³¹⁵ L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 292.

³¹⁶ Voorafgaande Beslissingen nr. 700.310 van 24 juli 2007; nr. 2015.203 van 21 mei 2015; nr. 2016.487 van 25 oktober 2016, www.stradalex.com.

³¹⁷ Voorafgaande Beslissing nr. 2013.081 van 9 april 2013, www.stradalex.com.

³¹⁸ L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 89; A. PIERON, *L’impôt des non-résidents*, Brussel, Larcier, 2005, 55.

³¹⁹ Cass. 16 december 1955, *Pas.* 1956, 376; Rb. Bergen 6 mei 2003, *FJF* 2003, afl. 10, 1003; Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116.

101. HULPMIDDELEN – Zowel voor grote als voor kleine vennootschappen kan deze fiscale woonplaats niet altijd duidelijk worden vastgesteld. Wanneer de werkelijke leiding niet eenduidig te bepalen is, hanteert de rechtspraak tal van hulpmiddelen om te bepalen waar de werkelijke leiding effectief plaatsvindt.³²⁰ Enkele hulpmiddelen die in het verleden reeds aan bod zijn gekomen zijn o.a. het houden van een buitenlandse bankrekening,³²¹ de plaats waar de boekhouding wordt gehouden,³²² de erkenning van de buitenlandse administratie als fiscaal rijksinwoner,³²³ de plaats waar de kantoren zich bevinden³²⁴ en het feit dat er een aangifte in de vennootschapsbelasting is ingediend.³²⁵ Op basis van dergelijke feitelijke vermoedens kan de rechter afleiden dat de plaats van werkelijke leiding zich daar bevindt.³²⁶

Hierbij is wel voorzichtigheid geboden. De statutaire zetel geldt nog steeds als een vermoeden dat ook de werkelijke zetel zich daar bevindt. Dit wordt geïllustreerd in een zaak voor de rechtbank van Gent in verband met een Luxemburgse “holding 1929”.³²⁷ Dit type holding genoot in Luxemburg van een aangepast belastingregime waardoor quasi geen belastingen verschuldigd waren.³²⁸ Een Belgisch echtpaar had een Luxemburgse holding opgericht die effecten en liquiditeiten beheerde. De administratie was van mening dat het echtpaar deze constructie had opgezet om de Belgische belasting te ontlopen, en dus dat de Luxemburgse zetel fictief zou zijn. De rechtbank oordeelde dat de administratie niet had aangetoond dat de zetel van de buitenlandse vennootschap fictief zou zijn. De vaststelling dat de Luxemburgse vennootschap Belgische bankrekeningen had en dat er regelmatig rekeninguittreksels aan het Belgische adres van het echtpaar verstuurd werden, volstaan niet om te besluiten dat de werkelijke zetel van de holding in België gelegen is. Het hof van beroep van Gent heeft het vonnis van de eerste rechter bevestigd.³²⁹ Hoewel de rechter oordeelt dat er niet voldoende bewijs voorligt om te besluiten dat de werkelijke zetel van de vennootschap in België ligt, waren er volgens

³²⁰ L. HINNEKENS, “De basis- en brievenbusvennootschap in het Belgische belastingrecht”, *AFT* 1983, afl. 4, 93.

³²¹ Brussel 23 november 2017, *Fisc.Koer.* 2018, afl. 4, 853, weergave.

³²² Cass. 16 december 1955, *Pas.* 1956, 376.

³²³ Brussel 23 november 2017, *Fisc.Koer.* 2018, afl. 4, 853, weergave.

³²⁴ Rb. Bergen 6 mei 2003, *FJF* 2003, afl. 10, 1003.

³²⁵ Antwerpen 17 december 2013, nr. 2012/AR/1274; Antwerpen 28 maart 2017, www.monkey.be.

³²⁶ Cass. 12 september 1961, *Pas.* 1962, 61; Cass. 30 januari 1962, *Pas.* 1962, 630.

³²⁷ Rb. Gent 21 mei 2008, *Fisc.Koer.* 2008, afl. 10, 509, weergave W. DEFOOR.

³²⁸ Merk op dat het specifieke regime van de Luxemburgse holding 1929 onder druk is gezet door de Europese Commissie waardoor het inmiddels is afgeschaft (Wet van 22 december 2006, *Mémorial A*, nr. 241, 29 december 2006, 4834).

³²⁹ Gent 21 mei 2008, *Fisc.Koer.* 2010, afl. 4, 350, weergave. Merk op dat bij toepassing van de nieuwe definitie van een binnenlandse vennootschap het resultaat hetzelfde zou zijn. De Belgische fiscus slaagt er niet in om te bewijzen dat de werkelijke leiding zich in België bevindt. Het vermoeden dat een buitenlandse statutaire zetel gelegen zou zijn op de plaats van de werkelijke zetel bestaat niet meer. Als de belastingplichtige kan aantonen dat hij in Luxemburg als fiscaal inwoner wordt aangemerkt, dan zal de vennootschap niet als een Belgische binnenlandse vennootschap gezien worden.

bepaalde auteurs wel voldoende aanwijzingen om het tegenovergestelde te oordelen.³³⁰ De rechter hechtte weinig belang aan de aanwijzingen zoals de plaats waar de bankrekeningen worden gehouden, het adres waarop briefwisseling gebeurt, de woonplaats van de aandeelhouders en de woonplaats van de bestuurders. Ook het reeds hoger vermelde arrest van het hof van beroep van Brussel van 23 november 2017 (zie supra nr. 98) illustreert dat in de rechtspraak rekening gehouden wordt met bepaalde feitelijke omstandigheden, maar dat niet automatisch wordt geoordeeld dat de werkelijke zetel op een andere plaats gelegen is dan de statutaire zetel.

102. WOONPLAATS BESTUURDER ALS CRITERIUM? – Een of meerdere bestuurders die hun woonplaats hebben in België terwijl de vennootschap gevestigd zou zijn in het buitenland kan een indicatie zijn dat de statutaire zetel niet overeenkomt met de werkelijke zetel. Bepaalde rechtsleer is van mening dat er geen rekening moet worden gehouden met de woonplaats van de bestuurders, maar enkel met de plaats waar de bestuurders feitelijk samenkomen.³³¹

De rechtbank van Leuven achtte het feit dat de enige bestuurder in Duitsland woonde onvoldoende om te besluiten dat de werkelijke zetel van de vennootschap in Duitsland gelegen was.³³² De zaakvoerder was woonachtig in België en had een vennootschap opgericht. De zaakvoerder verhuisde naar Duitsland en heeft sindsdien geen aangifte vennootschapsbelasting meer ingediend omdat hij van mening was dat de bestuursbeslissingen in Duitsland genomen worden. Net zoals de fiscale administratie was de rechtbank van mening dat de fiscale woonplaats zich nog steeds in België bevindt omdat de belastingplichtige niet bewijst dat de bestuursbeslissingen daadwerkelijk in Duitsland werden genomen. In het arrest wordt enkel gewag gemaakt van enerzijds de statutaire zetel en anderzijds de woonplaats van de bestuurder van de vennootschap. Indien de BVBA aangetoond had dat er geen samenkomsten geweest waren in België of de bestuurder daadwerkelijk zijn beslissingen neemt op zijn woonplaats, dan was de uitspraak van de rechter waarschijnlijk anders geweest. Het is aannemelijk dat de enige bestuurder de beslissingen neemt op zijn woonplaats, maar dat is voor de rechtbank niet voldoende om te besluiten dat de woonplaats van de vennootschap in Duitsland gelegen is. Uit voorgaand arrest kan besloten worden dat de woonplaats van de bestuurder op zichzelf niet voldoende is om te besluiten dat de werkelijke zetel zich daar bevindt.³³³ Dergelijk geval zal met

³³⁰ L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 283; B. SPRINGAEL, "Gebruik van Luxemburgse Holding 1929: geen simulatie", *Fiscoloog (I.)* 2008, afl. 297, 3-4.

³³¹ G. JORION, *Le non-résident ou la société étrangère face à l'impôt belge*, Brussel, Larcier, 2006, 110-111.

³³² Rb. Leuven 6 april 2012, *TFR* 2013, afl. 438, 272, noot L. BROSENS.

³³³ BROSENS, L. "Het woonadres van de zaakvoerder als criterium om het inwonerschap van de éénpersoons-BVBA vast te stellen" (noot onder Rb. Leuven 6 april 2012), *TFR* 2013, afl. 438, 282.

de invoering van de nieuwe definitie van een binnenlandse vennootschap (zie supra nr. 93) quasi gelijk behandeld worden. De Belgische statutaire zetel geldt als vermoeden dat ook de voornaamste vestiging in België gelegen is. De belastingplichtige moet een dubbel tegenbewijs leveren. Enerzijds zal het bewijs geleverd moeten worden dat de werkelijke zetel zich in Duitsland bevindt. Dit tegenbewijs kan volgens de rechtbank van Leuven niet worden geleverd. Kan de belastingplichtige dit toch bewijzen, dan moet anderzijds ook worden aangetoond dat de fiscale woonplaats in Duitsland gevestigd is volgens de Duitse wetgeving.

De woonplaats van de bestuurder kan echter wel een grotere bewijswaarde toegekend krijgen indien er daadwerkelijk activiteiten plaatsvinden. Dit wordt geïllustreerd in een vonnis van de rechtbank van Luik.³³⁴ Het ging over een Luxemburgse vennootschap waar de enige actieve persoon woonachtig was in België. Naast het feit dat de bestuurder woonachtig was in België, vermeldt de rechtbank een hele reeks aan feitelijkheden die aantonen dat de vennootschap vanuit België zou worden bestuurd, zoals o.a. het feit dat de vennootschap gevestigd was op het adres van een boekhoudkantoor, er geen elementen waren die aantoonde dat er activiteit was in Luxemburg, het adres van de woonplaats van de bestuurder op contracten stond vermeld, etc.

103. TOEPASSING: VERGADERINGEN VIA CONFERENCE CALL EN ONLINE STEMMING – In onze hedendaagse digitale en geglobaliseerde wereld komt het meer en meer voor dat bestuursleden niet langer op eenzelfde plaats aanwezig zijn om te vergaderen. Bestuurders van over de hele wereld gaan vergaderen via conference calls vanop hun plaatselijk kantoor, vanuit hun bureau op hun woonplaats of vanuit een plaatselijke vestiging van de vennootschap. Met de bestaande uurverschillen gebeurt het zelf dat bestuursleden niet meer effectief vergaderen, maar dat ze online hun stem moeten uitbrengen over bepaalde beslissingen. In een dergelijk geval is het onmogelijk om een eenduidige plaats vast te stellen van waaruit het bestuur de werkelijke leiding waarneemt. Hier is de statutaire zetel van belang. Deze (onder het nieuw recht Belgische) statutaire zetel zal een vermoeden vormen dat de werkelijke leiding van de vennootschap zich daar bevindt. Het tegendeel kan bewezen worden aan de hand van de hulpmiddelen die de rechtspraak hanteert. Er gaat een bijzondere aandacht naar de woonplaats van de bestuurders. In dergelijke gevallen zal dit meestal niet ingeroepen worden, maar het zou wel van belang kunnen zijn wanneer bijvoorbeeld een meerderheid van de bestuurders in hetzelfde land woonachtig zijn. Verder zullen andere hulpmiddelen moeten worden aangereikt om aan te tonen dat de vennootschap haar werkelijke leiding op een andere plaats waarneemt dan op de statutaire zetel.

³³⁴ Rb. Luik 4 juni 2012, geciteerd in L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 286, voetnoot 1274.

Het zal uiteindelijk de rechter zijn die beslist of deze hulpmiddelen dat voldoende aantonen. De fiscus wordt in dergelijke gevallen geconfronteerd met een zware bewijslast.

104. PLAATS VAN WERKELIJKE LEIDING VOLGENS DE ADMINISTRATIE – De maatschappelijke zetel wordt door de Dienst Voorafgaande Beslissingen niet altijd gezien als een vermoeden dat de werkelijke zetel zich op die plaats bevindt. In bepaalde gevallen wordt de maatschappelijke zetel enkel aangemerkt als een criterium om tot het bestaan van de voornaamste inrichting te besluiten.³³⁵ De administratieve commentaren geven als definitie van de voornaamste inrichting, de plaats *waar zich de zetel van algemeen bestuur bevindt (daar waar de voornaamste directie- en beheersorganen verenigd zijn, d.w.z. de kantoren van de eigenlijke directie, van de handelsafdeling, van de centrale boekhouding, het archief, etc), waar de algemene vergaderingen van aandeelhouders of vennoten worden gehouden, waar uiteindelijk de hogere leiding, het maatschappelijk beheer en de algemene belangen worden waargenomen en behartigd.*

De bepaling van de plaats van de voornaamste inrichting is een feitenkwestie.³³⁶ Om deze feitenkwestie te beoordelen gebruikt de Dienst Voorafgaande Beslissingen de criteria zoals vermeld in de definitie in de administratieve commentaren aangevuld met deze die reeds aan bod zijn gekomen in de rechtspraak. Er werd reeds toepassing gemaakt van o.a. de plaats waar de algemene vergadering wordt gehouden, de plaats waar de raad van bestuur gewoonlijk bijeenkomt, het adres waarop de briefwisseling gebeurt, de plaats waar de boekhouding wordt gehouden, de plaats waar de kantoren van de directie zijn gelegen, de plaats waar het dagelijks bestuur van de vennootschap wordt waargenomen, de woonplaats van de leden van de raad van bestuur en de plaats waar het hogere personeel werkzaam is.³³⁷

3. Besluit

105. VEEL FEITENKWESTIES, NOG MEER ONZEKERHEID – In het Belgisch fiscaal recht wordt de reële benadering gevolgd. Om te bepalen waar de werkelijke leiding van de vennootschap zich bevindt, gaat men op zoek naar wie in realiteit de leiding op zich neemt. Dit is een feitenkwestie waarvan het bewijs moet geleverd worden. Bepaalde hulpmiddelen kunnen in acht worden genomen om te bepalen waar

³³⁵ Voorafgaande Beslissingen nr. 2012.452 van 10 december 2013; nr. 2012.453 van 10 december 2013; nr. 2012.454 van 10 december 2013, www.stradalex.com.

³³⁶ Voorafgaande Beslissingen nr. 900.405 van 1 december 2009; nr. 2010.372 van 14 december 2011, www.stradalex.com.

³³⁷ Voorafgaande Beslissingen nr. 900.405 van 1 december 2009; nr. 2010.372 van 14 december 2011; nr. 2012.452 van 10 december 2013; nr. 2012.453 van 10 december 2013; nr. 2012.454 van 10 december 2013; nr. 2016.487 van 25 november 2016, www.stradalex.com.

de werkelijke leiding zich bevindt en waar ze vergadert. Toch blijken deze hulpmiddelen niet altijd voldoende de plaats van de werkelijke leiding te bepalen. In dat geval wordt teruggegrepen naar de plaats van de statutaire zetel die een vermoeden vormt dat de werkelijke zetel zich daar bevindt. Sinds de invoering van de nieuwe definitie van een binnenlandse vennootschap zal dit vermoeden enkel gelden indien de statutaire zetel zich in België situeert. Bevindt de statutaire zetel zich in België, dan zal de vennootschap het bewijs moeten leveren dat haar fiscale woonplaats zich in een andere staat dan België bevindt volgens de fiscale wetgeving van die andere staat. Slaagt de vennootschap er niet in om dat bewijs te leveren, dan zal ze aangemerkt worden als een Belgische vennootschap. Situeert de statutaire zetel zich in het buitenland, dan zal de fiscus het bewijs moeten leveren dat de werkelijke zetel in België gelegen is.

§3. Naar een realistischer inwonersbegrip?

1. Het klassiek inwonersbegrip onder druk (?)

106. FEITELIJK ZEGGENSCHAP – In het fiscaal recht gaat men steeds op zoek naar de werkelijke leiding. In de reële benadering gaat men het formele orgaan ondergeschikt achten aan het orgaan dat in werkelijkheid de leiding heeft. Deze theorie is in werkelijkheid niet altijd praktisch om te zetten. Veelal zal onvoldoende bewijs geleverd kunnen worden dat het formele orgaan niet de werkelijke leiding op zich neemt.

Een eerste voorbeeld hiervan vinden we in de reeds aangehaalde brievenbusvennootschappen (zie supra nr. 91). De formele leiding ligt bij een instantie gelegen in het land van de statutaire zetel, terwijl de werkelijke leiding ligt bij de in België actieve bestuurders of aandeelhouders die de beslissingen enkel ter bekrachtiging voorleggen aan het formele bestuursorgaan.³³⁸ In vele gevallen zullen (een deel van) deze reële bestuurders ook deel uitmaken van het formele orgaan, maar zal dit formele orgaan niet de werkelijke leiding in handen hebben. Het arrest van het hof van beroep van Brussel van 23 november 2017 maakt het onderscheid tussen de organisatorische substantie en de economische substantie. Uit dit arrest valt af te leiden dat de economische substantie een veel kleiner belang kent dan de organisatorische. Zoals reeds aangegeven (zie supra nr. 98) is dit een formele invulling van het hof. Een formele invulling van het begrip geeft aan de belastingplichtige de mogelijkheid om te kiezen waar zij haar woonplaats zal vestigen. Zolang er voldoende elementen aanwezig zijn in het land waar

³³⁸ J.J. SPRUYT, *“Base companies”*: *fiscaaljuridische analyse*, Brussel, Bruylant, 1986, 192; L. HINNEKENS, “De basis- en brievenbusvennootschap in het Belgische belastingrecht”, *AFT* 1983, afl. 4, 92; G. GEMIS, “Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan? Zeven stokken achter de deur – deel 1”, *AFT* 1991, afl. 2, 49.

de statutaire zetel zich bevindt, zal de fiscus het tegenbewijs niet kunnen leveren en zal de woonplaats geacht worden zich te bevinden op de plaats van de statutaire zetel.³³⁹ De fiscus wordt opgezadeld met de bewijslast waarbij het formele bestuursorgaan in werkelijkheid slechts een ‘marionettenrol’ speelt, terwijl de rechtspraak deze bewijslast enkel maar zwaarder maakt voor de fiscus.³⁴⁰ Een goed ingedeekt formalisme zal veelal door de mazen van het fiscale net glijpen.

Vennootschappen die slechts in handen zijn van één vennoot of een meerderheidsaandeelhouder die ook het bestuur waarneemt, kunnen ook te maken krijgen met het feitelijk zeggenschap. Dit is een probleem dat de fiscus kan ondervinden met elke KMO of familiale vennootschap waarvan de aandeelhouders in België hun woonplaats hebben, maar die hun statutaire zetel hebben in het buitenland.³⁴¹ Het reeds besproken vonnis van de rechtbank van Leuven van 6 april 2012³⁴² toont aan dat deze bewijsproblematiek een reëel probleem vormt (zie supra nr. 102). Het is denkbaar dat de enige bestuurder van een vennootschap de beslissingen reeds neemt op zijn woonplaats om nadien de beslissingen te bekrachtigen op de statutaire zetel van de vennootschap. De twee voorgaande voorbeelden hebben enkel te maken met de bewijsproblematiek. Het is de administratie die moet aantonen dat de werkelijke leiding van de vennootschappen zich in België bevindt. Het bewijs is een feitenkwestie en zal altijd moeilijk te leveren zijn.³⁴³

Het feitelijk zeggenschap dat niet bij het bestuursorgaan van een vennootschap ligt is niet steeds zichtbaar. De economische realiteit in groepsstructuren is dat de moedervernootschap bindende instructies geeft aan de dochtervennootschappen. De moedervernootschap dreigt om bij niet-naleving van deze instructies bepaalde voordelen aan de dochtervennootschappen te onttrekken. Voor de fiscus is het in zo’n geval zeer moeilijk om te bewijzen dat de werkelijke leiding niet bij de dochtervennootschap zelf ligt, maar wel bij de moedervernootschap. De rechtspraak houdt rekening met de economische realiteit waarbij de beleidsverdeling in groepsstructuren anders verdeeld is.³⁴⁴

³³⁹ D. PHILIPPE en A. NOLLET, “L’affaire ‘Belgacom’: consécration d’une approche “formaliste” du siège réel”, *RGFCP* 2018, afl. 6, 12; D. PHILIPPE en A. NOLLET, “Hof van beroep geeft ‘formele’ invulling aan werkelijke zetel”, *AFT.Act.* 2018, 13.

³⁴⁰ Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116; L. BROSENS, “Woonplaats buitenlandse holding: fiscus delft onderspit door zware bewijslast”, *Fiscoloog (I.)* 2018, afl. 412, 3.

³⁴¹ J. LIEVENS, *Governance in het familiebedrijf. Sleutel tot succes*, Tielt, Lannoo, 2004, 54.

³⁴² Rb. Leuven 6 april 2012, *TFR* 2013, afl. 438, 272, noot L. BROSENS.

³⁴³ L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 639.

³⁴⁴ Zie o.m. Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116; Brussel 23 november 2017, *Fisc.Koer.* 2018, afl. 4, 853, weergave.

107. RECHTSONZEKERHEID – Niet alleen de werkelijke beslissingsbevoegdheid kan ergens anders liggen dan bij het formele bestuursorgaan. Ook wanneer de effectieve beslissingsbevoegdheid bij het formele bestuursorgaan ligt, heerst er vaak rechtsonzekerheid bij vennootschappen met internationale aspecten. De bepaling van de werkelijke zetel is steeds een feitenkwestie waarvan de uitkomst dikwijls onzeker is.

Zowel de huidige invulling door de rechtspraak en rechtsleer, alsook de formulering van de wet op zich leiden tot problemen. Voor de wijziging van artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 werden er vier termen gehanteerd die verschillende betekenissen hadden. Deze vaagheid en incoherentie zorgden niet alleen bij de belastingplichtige, maar ook bij rechtsgeleerden en de administratie voor onzekerheid.³⁴⁵ De rechtspraak heeft deze begrippen een duidelijke invulling gegeven, zodat dit probleem voorlopig gedeeltelijk opgelost is. De nieuwe tekst van art. 2, §1, 5°, b) WIB '92 geeft nu duidelijk aan hoe de verhoudingen tussen de verschillende begrippen liggen. Hiermee is het probleem echter niet opgelost. Zolang het woonplaatsbegrip gedetermineerd wordt door de werkelijke zetel en feitelijke begrippen zullen er zich bewijsproblemen voordoen.

108. BLIJVENDE MOGELIJKHEID TOT 'FORUM SHOPPING' – Hoger werd reeds aangehaald dat een ingedekt formalisme veelal niet doorprijkt zal worden (zie supra nr. 106). Net zoals België geven verschillende landen een bepaald belang aan de statutaire zetel als aanknopingspunt.³⁴⁶ Een vennootschap die zich vestigt in een land dat de statutaire zetelleer huldigt, maar eigenlijk opereert vanuit België zou volgens de definitie van een binnenlandse vennootschap als een Belgische binnenlandse vennootschap moeten worden aangemerkt. De bewijslast hiervan ligt bij de fiscus. De vennootschap kan zich organiseren zodat het quasi onmogelijk is voor de fiscus om het bewijs te leveren dat het om een Belgische binnenlandse vennootschap gaat. Aangezien de fiscus niet kan aantonen dat de werkelijke zetel in

³⁴⁵ Wetsontwerp houdende hervorming van de inkomstenbelasting, *Parl. St. Kamer*, 1961-62, nr. 264/1, 133; Com.IB 179/22, 179/23, 179/26 en 179/27; Voorafgaande Beslissingen nr. 900.405 van 1 december 2009; nr. 2015.203 van 21 mei 2015; nr. 2016.904 van 14 februari 2017, www.stradalex.com.

³⁴⁶ Duitsland hanteert de statutaire zetel als volwaardig aanknopingspunt om tot de fiscale woonplaats aanleiding te geven, m.u.v. brievenbusvennootschappen (§1, par. 1. Körperschaftsteuergesetz jo. §11 Abgabenordnung, www.gesetze-im-internet.de). Het Verenigd Koninkrijk gebruikt de plaats van oprichting en de plaats van *central management and control* als alternatieve criteria om tot woonplaats in het Verenigd Koninkrijk te besluiten. Volgens de Finance Act 1988, sectie 66 (www.legislation.gov.uk) worden vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn opgericht als inwoner aangemerkt. De rechtspraak heeft daarna het concept *central management and control* als een tweede criterium toegevoegd. In de Verenigde Staten is een vennootschap inwoner voor de inkomstenbelasting wanneer de vennootschap beheerst wordt door het recht van de Verenigde Staten van Amerika of één van de deelstaten. In de Verenigde Staten wordt de incorporatietheorie gevolgd, waardoor de plaats van oprichting bepalend zal zijn voor het inwonerschap (26 US Code, §7701(a)(4), www.uscode.house.gov)(L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 295-317).

België ligt, zal de vennootschap moeten aantonen dat haar fiscale woonplaats zich in een andere staat dan België bevindt volgens de fiscale wetgeving van deze andere staat. In vele gevallen zal de vennootschap daarin slagen, want de statutaire zetel wordt in vele landen als een vermoeden, een alternatief aanknopingspunt, of zelfs het enig aanknopingspunt aangemerkt om tot inwonerschap te besluiten. Een vennootschap met haar, weliswaar ingedekte, werkelijke zetel in België wordt toch in het buitenland als inwoner gekwalificeerd, waardoor de Belgische wetgeving omzeild is.

109. NUANCERING: INKOMSTENALLOCATIE ONDER DUBBELBELASTINGVERDRAGEN – Het gevolg van het Belgisch fiscaal inwonerschap is dat een vennootschap belast wordt op haar totaal wereldinkomen in België. In het licht van de dubbelbelastingverdragen moet dit principe sterk genuanceerd worden. Ten eerste worden winsten die toekomen aan een buitenlandse vaste inrichting ingevolge artikel 7.1 OESO-Modelverdrag³⁴⁷ belast in de staat waar de inrichting gelegen is. Ten tweede worden inkomsten uit onroerende goederen ingevolge artikel 6.1. OESO-Modelverdrag³⁴⁸ belast in de staat waar het onroerend goed gelegen is. Deze inkomsten worden dus belast in de bronstaat. Indien deze inkomsten worden verwezenlijkt door een Belgische vennootschap, dan zal België deze inkomsten moeten vrijstellen.³⁴⁹ Het resultaat is dat de Belgische vennootschap enkel belast zal worden op de winsten die ze in België heeft gegenereerd. Dit komt sterk overeen met de belastingheffing van een buitenlandse vennootschap op de in België gerealiseerde inkomsten in de belasting van niet-inwoners (zie artikel 227, 2° WIB '92). Zowel de binnenlandse als de buitenlandse vennootschap worden in België op hun Belgische inkomsten belast.

2. Een oproep voor een groter belang van de economische substantie

110. VOORKOMEN VAN MISBRUIKEN – Belastingen ontwijken en zo weinig mogelijk willen betalen is menselijk. Iedereen zal in de mate van het mogelijke trachten op een al dan niet legale wijze zo weinig mogelijk belastingen te betalen. Dit is niet anders bij vennootschappen. Het woonplaatsbegrip is dermate belangrijk en bepalend, zodat het een sluitend begrip moet zijn dat niet gevoelig is aan fiscale planning. Om die reden is het aangeraden om zo weinig mogelijk te werken met formele criteria. Formele criteria zouden nochtans zorgen voor rechtszekerheid.³⁵⁰ Het zou ook mogelijkheden bieden

³⁴⁷ Dit artikel luidt als volgt: *Profits of an enterprise of a contracting state shall be taxable only in that state unless the enterprise carries on business in the other contracting state through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other state.*

³⁴⁸ Dit artikel luidt als volgt: *Income derived by a resident of a contracting state from immovable property situated in the other contracting state may be taxed in that other state.*

³⁴⁹ Zie artikel 23 OESO-Modelverdrag.

³⁵⁰ R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2002, 260; R. THE DAVID, "Tillinghast Lecture: The rising Tax-Electivity of U.S. Corporate Residence, *Tax L. Rev.* 2011, afl. 377, 381-385.

om belastingen te betalen op een plaats naar keuze, louter door aan de vormvereisten te voldoen.³⁵¹ De OESO ziet het belang in van rechtszekerheid en schrijft voor aan de ministers van de G20 dat “*tax certainty plays a key rol*”.³⁵²

Het zal een uitdaging zijn om een zodanig woonplaatsbegrip te formuleren zodat er niet langer gekozen kan worden voor een woonplaats in een land waar weinig tot geen economische activiteiten zijn. We zien veel te veel dat Belgische ondernemers een vennootschap vestigen in Luxemburg, of andere ‘*low tax jurisdictions*’, om van lagere belastingen te genieten terwijl het gros van hun activiteiten in België plaatsvinden. Het doel van belastingen mag vooral niet aan de kant geschoven worden. Een belasting is een betaling aan de overheid om in de uitgaven van alle aard te voorzien.³⁵³ Het financieel doel is een essentieel kenmerk van de belasting, dat wordt opgelegd om de uitgaven van de overheid te dekken.³⁵⁴ Belastingen hebben geen specifieke tegenprestatie, maar toch worden ze opgelegd om in de noden van Belgische inwoners te voorzien. Ondernemingen die in België uitgebreid gebruik maken van de infrastructuur moeten in België belastingen betalen en niet in een land waar ze nauwelijks actief zijn.

111.FORMEEL CRITERIUM AANGEVULD MET FEITELIJK CRITERIUM – Het fiscaal inwonersbegrip zal altijd een feitelijk begrip blijven. Deze feitenkwestie kan echter duidelijker ingevuld worden zodat zowel de fiscus als de belastingplichtige meer zekerheid hebben over de woonplaats van een vennootschap. Toch zien we dat de fiscus veelal gebruik maakt van het bestaande vermoeden dat de werkelijke zetel op de plaats van de statutaire zetel ligt. Het lijkt dan ook aangewezen om dat vermoeden te behouden en enkel de invulling van het begrip werkelijke zetel aan te passen.³⁵⁵ De woonplaats van een vennootschap kan niet langer louter gebaseerd zijn op de plaats waar de bestuurders vergaderen. Dit

³⁵¹ Dit zou het geval zijn wanneer er in de wetgeving enkel formele criteria zijn opgenomen, zoals de plaats van de statutaire zetel, de plaats waar de belangrijkste bankrekening wordt gehouden, of de plaats waar de algemene vergadering bijeenkomt zoals bepaald in de statuten. Deze criteria heeft de belastingplichtige volledig in eigen handen. Louter door de statuten aan te passen en de bankrekeningen naar hetzelfde land te verplaatsen kan de vennootschap aan bepaalde belastingen worden onderworpen. In combinatie met de bestaande dubbelbelastingverdragen zou dit inhouden dat de andere landen de behaalde winst moeten vrijstellen.

³⁵² IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, juli 2018, 32, <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-certainty-update-oecd-imf-report-g20-finance-ministers-july-2018.pdf>.

³⁵³ J. VAN HOUTTE en I. CLAEYS BOUUAERT, *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story, 1979, 1-3.

³⁵⁴ Zie in dit verband T.S. ADAMS, “The Taxation of Business”, *National Tax Association* 1917, afl. 11, 187.

³⁵⁵ Merk op dat met het oog op de rechtszekerheid een formeel criterium enkel zijn toepassing kan vinden voor zover er ook een werkelijke substantiële activiteit plaatsvindt in die staat. Naar mijn mening moet dit niet naar voor komen in de wet, maar is het voldoende dat de wetgever de intentie om enkel over te stappen naar het vermoeden indien blijkt dat er zich een werkelijke activiteit op het Belgisch grondgebied bevindt, in de memorie van toelichting opneemt. Daarnaast moet het risico op dubbel niet-inwonerschap geminimaliseerd worden. Het nieuwe artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 heeft hier een zeer goede oplossing voor gegeven.

criterium is veel te gemakkelijk manipuleerbaar.³⁵⁶ Naast het formeel criterium van de statutaire zetel zal het vereist zijn om ook nog een feitelijk criterium in de wet te voorzien. Het belang om een sterk feitelijk criterium te hanteren komt nog meer op de voorgrond nu de statutaire zetelleer in het vennootschapsrecht haar intrede heeft gemaakt. Een feitelijk criterium is namelijk moeilijker te manipuleren dan een formeel criterium.

112. MEER AANDACHT VOOR ECONOMISCHE ACTIVITEITEN – Onze geglobaliseerde wereld laat niet langer toe dat de woonplaats van vennootschappen wordt ingevuld aan de hand van oude principes. De laatste jaren is onze economie enorm geglobaliseerd, waardoor de huidige principes ontoereikend zijn.³⁵⁷ Er moeten minder fiscale gevolgen worden gegeven aan de woonplaats *as such* en meer gevolgen aan de bron van de inkomsten. Zo wordt de vrije keuze van de woonplaats aan banden gelegd, omdat de kost om de bron van de inkomsten te verplaatsen veel hoger zal zijn.³⁵⁸ Een goed feitelijk criterium zou als ontwijkingsmaatregel zo veel mogelijk moeten aansluiten bij het bronconcept.³⁵⁹ Het woonstaatbegrip zou dus zodanig moeten geformuleerd worden dat ook de bron van de inkomsten erin vervat ligt. Het Hof van Justitie is overigens van mening dat het begrip vestiging inhoudt dat *daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een lidstaat*. De uitoefening van een economische activiteit kan niet los gezien worden van de uitoefening van het recht van vrije vestiging.³⁶⁰

Indien men meer belang hecht aan de economische activiteiten zal het mogelijk zijn om rekening te houden met de verschillende soorten vennootschappen die in het economisch verkeer bestaan. Een kleine familiale onderneming is geen grote holding, maar beiden kunnen het Belgisch inwonerschap proberen te omzeilen. De uitspraak van de rechtbank van Brussel met betrekking tot de Luxemburgse

³⁵⁶ De keuze voor de de plaats waar de bestuurlijke beslissingen worden genomen als ‘feitelijk criterium’ is niet optimaal. Het is een begrip dat zodanig kan gemanipuleerd worden waardoor het voor de fiscus moeilijk te weerleggen is. Hierdoor krijgt dit feitelijk criterium toch een semi-formeel karakter.

³⁵⁷ Zie in dezelfde zin E. KEMMEREN, “Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin-based approach”, *IBFD* 2006, afl. 11, 430. Een eenvoudig voorbeeld zijn de internetgiganten zoals Bol.com. Deze vestigen zich in een *low tax jurisdiction* om van daaruit de hele wereld te voorzien. Dergelijke internetgiganten vindt men in België niet terug. Belastingstelsels zoals Nederland en Luxemburg zijn interessanter voor deze ondernemingen.

³⁵⁸ M.J. GRAETZ, “The David R. Tillinghast lecture. Taxing international income: inadequate principles, outdated concepts and unsatisfactory policies”, *Tax Law review* 2000-2001, afl. 54, 323.

³⁵⁹ L. BROSENS, *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, 681.

³⁶⁰ HvJ 25 juli 1991, nr. C-221/89, *Factortame*, overwegingen 20-22. Overigens heeft het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat elke lidstaat haar aanknopingspunten om vennootschappen aan de belasting te onderwerpen soeverein kan kiezen. Het staat de lidstaten vrij om in dubbelbelastingverdragen de aanknopingspunten ter verdeling van de heffingsbevoegdheid samen te stellen (HvJ 12 mei 1998, nr. C-336/96, *Gilly*; HvJ 21 september 1999, nr. C-307/97, *Saint-Gobain*). Bij de keuze van de aanknopingspunten moeten de lidstaten wel waken dat er geen discriminatie of belemmering van het vrij vestigingsverkeer mee gepaard gaat.

holding (zie supra nr. 98) zou anders geluid hebben indien er uitgegaan werd van economische activiteiten. Elementen zoals de aanwezigheid van Belgische bankrekeningen, het feit dat beslissingen in België werden voorbereid, dat de twee feitelijke bestuurders in België aanwezig waren en het loutere feit dat de bestuursvergaderingen in Luxemburg plaatsvinden zal dan niet voldoende zijn om te besluiten dat het om een Luxemburgse vennootschap gaat. Hetzelfde kan vastgesteld worden in het arrest van de rechtbank van Luik (zie supra nr. 101). Louter door aan te tonen dat de activiteiten in België plaatsvinden kan hier besloten worden dat de Luxemburgse vennootschap een binnenlandse vennootschap is, zonder het bewijs te moeten leveren dat de bestuursvergaderingen fictief zijn.

113. WAT ZIJN ECONOMISCHE ACTIVITEITEN? – De vraag naar deze economische activiteiten zouden kunnen beantwoord worden via enkele welomlijnde criteria.³⁶¹

Een eerste criterium is de kosten voor de uitgevoerde werkzaamheden. Hieronder kan verstaan worden de kosten van personeel, bestuurders en niet-verbonden derde-partijen die werken uitvoeren ten behoeve van de vennootschap. Een vennootschap en haar aandeelhouders zijn onderscheiden entiteiten. Er moet geen rekening gehouden worden met de woonplaats van aandeelhouders als criterium, maar dit kan – vooral bij kleinere vennootschappen – wel een indicatie geven van waar de inkomensgenererende factoren zich bevinden. Men denkt hierbij aan kleinere KMO's zoals bakkers of schrijnwerkers waar de aandeelhouders ook de werkende vennoten zijn. Met een werkende vennoot of een enige aandeelhouder kan ook rekening gehouden worden als kost van de uitgevoerde werkzaamheden.

Er moet ook rekening gehouden worden met de activa van de vennootschap. In een vennootschap worden activa gebruikt om inkomsten te verwerven, zoals verhuur, of om de andere inkomensproducerende factoren in te huisvesten. De aanwezigheid van machines kan bijvoorbeeld aangeven waar de activiteiten plaatsvinden en waar inkomen gegenereerd wordt.

Vervolgens kan ook rekening gehouden worden met de omzet. Bij de bepaling van de omzet heeft het absoluut geen zin om rekening te houden met transacties tussen verbonden ondernemingen, want dit

³⁶¹ Enkele van deze criteria werden eerder ook reeds gehanteerd door de OESO bij woonplaatsconflicten (OESO, *The impact of the Communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule. A discussion paper from the technical advisory group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits*, Parijs, februari 2001, <http://www.oecd.org/tax/treaties/1923328.pdf>, 11). Deze criteria zijn ook reeds aan bod gekomen om de economische relatie met een staat aan te duiden (OESO, *Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention*, 23 mei 2003, <http://www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf>, 5). Merk op dat deze criteria allesbehalve limitatief zijn.

zou opnieuw manipulatie in de hand werken. Er kan enkel gebruik gemaakt worden van omzet verwezenlijkt door transacties met niet-verbonden ondernemingen en consumenten.³⁶² Dit leidt er toe dat in groepsstructuren bepaalde vennootschappen die enkel transacties hebben met verbonden vennootschappen en geen of weinig werkingskosten hebben, belast kunnen worden op basis van hun activa. Deze activa zullen in hoofdorde enkel aandelen zijn in andere vennootschappen, zodat de vennootschap aangemerkt wordt als een binnenlandse vennootschap in die staat waar de dochtervennootschappen gevestigd zijn.³⁶³

114.NIEUW ARTIKEL 2, §1, 5, B) WIB '92 – Om de economische activiteiten in de definitie van een binnenlandse vennootschap te integreren zal een wijziging van artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 vereist zijn. Het belang van de economische activiteiten kan tweërlei opgevat worden. Ten eerste zouden de economische activiteiten kunnen bekeken worden als hulpmiddelen bij de plaats waar het bestuursorgaan haar beslissingen neemt (zie supra nr. 101). Een goed ingedekt formalisme zou in dat geval wel kunnen doorprikt worden door aan te tonen waar de economische activiteiten gesitueerd zijn. Deze wijziging is ook minder ingrijpend, waardoor de identiteit van het huidig inwonersbegrip behouden blijft. Ten tweede zouden de economische activiteiten ook als een afzonderlijk aanknopingspunt kunnen geformuleerd worden. In dat geval zal de vennootschap als een binnenlandse vennootschap aangemerkt worden wanneer het bestuursorgaan haar beslissingen in België neemt *of* indien de meerderheid van de economische activiteiten in België gesitueerd zijn.

Daarnaast kan het nieuwe tweede lid van artikel 2, §1, 5°, b) WIB '92 behouden blijven. Hoger (zie supra nr. 93) werd reeds aangegeven dat de staatloosheid op deze manier vermeden kan worden. Dit is een evolutie die moet aangemoedigd worden.

³⁶² A.H. ROSENZWEIG, "Source as a solution to residence", *Fla T. Rev.* 2015, 504.

³⁶³ Een holding heeft meestal meerdere participaties in verschillende vennootschappen die verspreid zijn over de hele wereld. Indien deze vennootschappen tot eenzelfde groep behoren, kan gezocht worden naar de plaats van waaruit deze groep opereert.

Hoofdstuk 3. Conclusie

115.DEFINITIE AANGESCHERPT, MAAR ONVOLDOENDE – De uitgebreide invulling van het vrij vestigingsverkeer die het Hof van Justitie gegeven heeft, zette België ertoe aan om te kiezen voor de statutaire zetelleer. Het fiscaal recht blijft vasthouden aan de werkelijke zetelleer. De statutaire zetel geldt enkel als vermoeden dat de werkelijke zetel zich ook op die plaats bevindt. Om het fiscaal inwonersbegrip in overeenstemming te brengen met de bepalingen van het WVV heeft de wetgever het begrip ‘binnenlandse vennootschap’ opnieuw gedefinieerd. Ze volgt hiermee de invulling die de rechtspraak en rechtsleer aan de oude definitie gaven en voegde een anti-ontwijkingsbepaling in. Deze aanpassing was wenselijk en zorgt ervoor dat vennootschappen die zich zodanig vestigen dat ze nergens als fiscaal inwoner aangemerkt worden toch als een binnenlandse vennootschap zullen aangemerkt worden. Voor zover de statutaire zetel niet in België ligt, zal ze door de wetwijziging aan belang inboeten.

De werkelijke zetel ligt in België op de plaats waar de bestuursbeslissingen genomen worden. Uit de rechtspraak blijkt dat dit een moeilijk vast te stellen begrip is. Indien het niet eenduidig vast te stellen is waar deze beslissingen genomen worden, hanteert de rechtspraak tal van hulpmiddelen om deze plaats vast te stellen. In de meeste gevallen zal een goed ingedeekt formalisme nog steeds door de mazen van het net glippen. Om deze reden werd geopperd om een groter belang te hechten aan de economische activiteiten. Dit kan enerzijds door de invulling van de hulpmiddelen te laten determineren door economische substantie of anderzijds door economische activiteiten als een zelfstandig aanknopingspunt te beschouwen.

DEEL III. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing

Inleiding

116. INTERNATIONALISERING BRENGT PROBLEMEN – Vennootschappen worden mobiel. Een vennootschap is niet meer zoals vroeger verbonden met één territorium, maar gaat zich vaak internationaliseren om diverse redenen. Deze internationalisering gaat niet enkel samen met het expanderen van de vennootschap naar andere jurisdicties, maar vaak wordt er ook voor gekozen – of net niet voor gekozen – om de plaats van waaruit de belangrijkste activiteiten gebeuren of waar de vennootschap formeel is gevestigd is te verplaatsen. Vennootschappen die hun zetel verplaatsen gaan over van het ene rechtsstelsel naar het andere. De regels in de diverse rechtsstelsels zijn niet steeds dezelfde, waardoor een aanpassing van de vennootschap noodzakelijk en tevens zeer ingewikkeld kan zijn. In de nationale regelgeving kunnen ook belemmeringen bestaan waardoor de verplaatsing bemoeilijkt of minder gunstig wordt.

Hoofdstuk 1. Zetelverplaatsing op basis van het vennootschapsrecht

§1. Het begrip zetelverplaatsing

117. TWEE SOORTEN ZETELVERPLAATSING – Een zetelverplaatsing is de situatie waarbij een vennootschap haar werkelijke en/of haar statutaire zetel zonder ontbinding en zonder haar rechtspersoonlijkheid te onderbreken verplaatst naar een ander land. Een vennootschap kan te allen tijde ontbonden worden om nadien opnieuw opgericht te worden in een ander land of om al het actief in een andere vennootschap over te brengen. Dit is niet wat hier begrepen wordt onder een zetelverplaatsing.

Het is belangrijk om voor ogen te houden dat de zetel van een vennootschap op twee verschillende manieren kan verplaatst worden. Ten eerste kan een vennootschap expliciet beslissen tot een zetelverplaatsing. Ten tweede kan een rechter oordelen dat de werkelijke zetel van een vennootschap verplaatst is zonder dat een bevoegd orgaan een beslissing nam.³⁶⁴

³⁶⁴ Voor een illustratie zie HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*.

§2. Procedure voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen

118. IMMIGRATIEPROCEDURE – De zetelverplaatsing wordt in België geregeld in artikel 112 WIPR:

“De verplaatsing van de voornaamste vestiging van een rechtspersoon van een Staat naar een andere gebeurt slechts zonder onderbreking in de rechtspersoonlijkheid wanneer zij plaatsvindt met inachtneming van de voorwaarden waaronder het recht van deze staat zulks toestaat.

Wanneer een rechtspersoon zijn voornaamste vestiging verplaatst naar het grondgebied van een andere staat, wordt hij vanaf de verplaatsing beheerst door het recht van die staat.”

Dit artikel is een uitdrukkelijke bevestiging van de *Lamot*-rechtspraak³⁶⁵ van het Hof van Cassatie.³⁶⁶ De verplaatsing van de zetel naar België heeft niet de ontbinding van de vennootschap tot gevolg indien (i) de werkelijke zetel naar België is overgebracht volgens de wetgeving van het land van waaruit de zetel wordt overgebracht, (ii) de buitenlandse wetgeving het voortbestaan van de vennootschap als rechtspersoon erkent en (iii) de statuten van de vennootschap conform het Belgische recht aangepast zijn zodat de vennootschap in België als vennootschap kan erkend worden en rechtsbekwaamheid kan genieten. Hoe deze statutenwijziging moet worden doorgevoerd, komt niet aan bod in het arrest van het Hof van Cassatie.³⁶⁷ Zetelverplaatsingen die niet aan deze voorwaarden voldoen, zullen niet met continuïteit van de rechtspersoonlijkheid plaatsvinden. Bijgevolg zal de vennootschap in de emigratiestaat volledig worden geliquideerd om nadien in België opnieuw te worden opgericht.

119. EMIGRATIEPROCEDURE – In het arrest *Vanneste*³⁶⁸ oordeelde de Raad van State dat *uit geen enkele bepaling van de Belgische wet volgt dat een vennootschap door het overbrengen van haar zetel naar het buitenland, ten opzichte van het Belgische recht zou opgehouden hebben als rechtspersoon te bestaan*. Uit dit arrest lijkt de meerderheid van de Belgische rechtsleer te concluderen dat de verplaatsing van de werkelijke zetel van een vennootschap vanuit België naar het buitenland niet automatisch de liquidatie van de vennootschap tot gevolg heeft.³⁶⁹ Het recht van het land waar de zetel

³⁶⁵ Cass. 12 november 1965, RW 1965-66, 911, *Lamot*.

³⁶⁶ K. MARESCAU, “Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer”, in BELGISCH CENTRUM VAN HET VENNOOTSCHAPSRECHT (ed.), *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 210.

³⁶⁷ E. DE BIE en F. JENNÉ, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen in het Belgische recht: waar vertrekken en waar landen?” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 54. Zetelverplaatsingen zijn dus zeer beperkt geregeld. Het Hof van Cassatie geeft geen verdere invulling aan de procedure voor de zetelverplaatsing.

³⁶⁸ RvS 29 juni 1987, TRV 1988, 110-112, *Vanneste*.

³⁶⁹ K. LENAERTS, “Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland” (noot onder RvS 29 juni 1987), TRV 1988, 115; J.-P. BLUMBERG, “Over het

naar verplaatst wordt, moet daarvoor dan ook de continuïteit van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap aanvaarden. (M.a.w. de immigratiestaat moet ook een soortgelijke leer hanteren zoals het Hof van Cassatie in het Lamot-arrest heeft ontwikkeld). Anders zal de vennootschap niet meer bestaan als rechtspersoon.³⁷⁰

120. GRENDOERSCHRIJDENDE OMZETTING IN HET WVV – In het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen heeft de wetgever ervoor geopteerd om de procedure tot grensoverschrijdende omzetting expliciet op te nemen in de wet. Men heeft een apart hoofdstuk aan de zetelverplaatsing gewijd.³⁷¹ In de Memorie van Toelichting wordt erkend dat grensoverschrijdende omzettingen courant gebeuren, maar dat de schuldeisers geen waarborgen hebben. Er wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om de schuldeisers bescherming te bieden door hen de mogelijkheid te geven om zekerheden te eisen.³⁷² Het principe van de continuïteit van rechtspersoonlijkheid is wettelijk verankerd in artikel 14:16 WVV.

De emigratie van vennootschappen wordt voorgesteld door het bestuursorgaan en moet worden bekend gemaakt in de *Bijlagen* bij het *Belgisch Staatsblad* (art. 14:28 WVV). Schuldeisers kunnen een zekerheid of waarborg eisen voor hun schuldvorderingen uiterlijk binnen 2 maanden na deze bekendmaking (art. 14:19 WVV). Het is uiteindelijk de algemene vergadering die het besluit tot omzetting met een vier vijfde meerderheid en met een aanwezigheidsquorum van de helft zal nemen (art. 14:23 j° 14:24, §1 WVV).³⁷³ Dit nadat de algemene vergadering een verslag heeft gekregen met toelichting over het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting (art. 14:20 WVV). De grensoverschrijdende omzetting wordt, op straffe van nietigheid, bij authentieke akte vastgelegd door de notaris (art. 14:25 WVV). De vennootschap wordt pas uitgeschreven uit het Belgisch rechtspersonenregister bij voorlegging van het bewijs van inschrijving in het register van de emigratiestaat. De grensoverschrijdende omzetting wordt pas van kracht vanaf de doorhaling van de inschrijving in het Belgisch rechtspersonenregister (art. 14:27 WVV). In tegenstelling tot de emigratie bevat de immigratie van vennootschappen heel wat minder formaliteiten. Deze moet enkel in een authentieke akte worden vastgesteld waaruit blijkt dat de buitenlandse voorschriften werden

grensoverschrijdende associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie”, *TPR* 1992, 817; W. PIOT, “Fiscale implicaties van zetelverplaatsing naar en vanuit België”, *AFT* 1997, 13.

³⁷⁰ K. LENAERTS, “Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland” (noot onder RvS 29 juni 1987), *TRV* 1988, 115.

³⁷¹ Hoofdstuk 3. “Grensoverschrijdende omzetting” van de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019, 33239. Emigratie van vennootschappen is te vinden in art. 14:18 tot 14:27 en immigratie van vennootschappen in art. 14:28 tot 14:30.

³⁷² Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3119/001, 324.

³⁷³ Onverminderd de unanimiteit voorzien in art. 14:24, §4 WVV.

nageleefd (art. 14:28 WVV). De omzetting en de daarmee gepaard gaande statutenwijziging worden van kracht vanaf de inschrijving van de vennootschap in het Belgisch rechtspersonenregister (art. 14:29 WVV).³⁷⁴

Hoofdstuk 2. Emigratie van de fiscale woonplaats

§1. Inleiding

121. ÉÉN STAP MET VEEL GEVOLGEN – Een vennootschap die haar zetel naar het buitenland verplaatst, zal geheel of gedeeltelijk haar fiscale banden met België verbreken. De emigrerende vennootschap zal niet langer dezelfde belastingplicht hebben als voordien. De Belgische staat ziet potentiële belastinginkomsten aan haar neus voorbijgaan. Bepaalde belastbare inkomsten zouden in de toekomst het Belgische fiscale stelsel nog moeten ondergaan, maar door de zetelverplaatsing zal België deze belasting niet meer kunnen heffen. In het bijzonder voor inkomsten waarvoor België fiscale incitanten gegeven heeft, wil de Belgische overheid voorafgaand aan de zetelverplaatsing de daaruit volgende inkomsten nog kunnen belasten. Eventueel heeft de vennootschap in het verleden verliezen geleden. Deze verliezen zal de vennootschap nog willen afzetten tegenover de toekomstige winsten. Deze winsten zullen echter niet langer aan de Belgische vennootschapsbelasting onderworpen worden, met uitzondering van de winsten in Belgische inrichtingen. Een vennootschap die haar fiscale banden doorknipt met België heeft ook aandeelhouders. De verplaatsing van de zetel kan gevolgen hebben voor deze aandeelhouders.

122. NIEUW KAPITAALBEGRIJ – Sinds de hervorming van het vennootschapsrecht is in alle vennootschappen, met uitzondering van de nv, het kapitaalbegrif afgeschaft. Om deze reden werd in het WIB '92 een nieuwe definitie van "kapitaal" ingevoerd.³⁷⁵ Onder kapitaal in hoofde van een vennootschap wordt verstaan: enerzijds het kapitaal van een naamloze vennootschap bedoeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen of, in geval van een vennootschap met een andere rechtsvorm waarvoor het Belgisch of buitenlands recht dat haar beheerst in een gelijkaardig begrif voorziet, het begrif zoals bedoeld in dat recht en anderzijds voor vennootschapsvormen waarvoor het Belgisch of buitenlands recht dat de vennootschap beheerst niet in een gelijkaardig begrif voorziet, het eigen vermogen van de vennootschap als bedoeld in het Belgisch recht of het buitenlands recht

³⁷⁴ Zie ook C. PIETTE, "Ontbinding, vereffening en herstructurerings in de schoot van het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH, *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2018, 137-138.

³⁷⁵ Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3367/001, 5-6.

dat de vennootschap beheerst, in zoverre het gevormd wordt door inbrengen in geld of in natura, andere dan inbrengen in nijverheid.³⁷⁶

De definitie van fiscaal gestort kapitaal werd ook gewijzigd om in overeenstemming te zijn met het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (nieuw artikel 184 WIB '92). Zowel voor binnenlandse als voor buitenlandse vennootschappen heeft het gestort kapitaal betrekking op het werkelijk gestort kapitaal zoals het geldt terzake van de vennootschapsbelasting (nieuw artikel 2, §1, 6°, b) WIB '92). Het gestort kapitaal is voortaan het kapitaal voor zover dat gevormd wordt door werkelijk gestorte inbrengen in geld of in natura, andere dan inbrengen in nijverheid, en in zoverre er geen terugbetaling of vermindering heeft plaatsgevonden. Uitgiftepremies en andere bedragen waarop wordt ingeschreven door werkelijk gestorte inbrengen in geld of in natura, andere dan inbrengen in nijverheid, ter gelegenheid van de uitgifte van aandelen of winstbewijzen, worden gelijkgesteld met het gestort kapitaal op voorwaarde dat ze op een of meer afzonderlijke rekeningen onder het eigen vermogen op het passief van de balans worden en blijven vermeld.³⁷⁷

§2. Exitheffingen

1. Huidige Belgische regeling

123.PRINCIPE EN UITZONDERING – Bij het overbrengen van de voornaamste inrichting of de zetel van bestuur of beheer naar het buitenland bevat de winst van de vennootschap mede de meerwaarden die worden verwezenlijkt of vastgesteld naar aanleiding van de verdeling van hun vermogen (art. 208 j° 210, §1, 4° WIB '92). De overbrenging van de zetel wordt gelijkgesteld met een fiscale vereffening. Dit is niet te verwarren met de vennootschapsrechtelijke continuïteit van rechtspersoonlijkheid. Hoewel de vennootschap blijft bestaan, moet fiscaal het maatschappelijk vermogen fictief worden verdeeld.³⁷⁸ Er zal vennootschapsbelasting verschuldigd zijn op de latente meerwaarden.³⁷⁹

³⁷⁶ Zie nieuw artikel 2, §1, 6°, a) WIB '92, zoals gewijzigd door de wet van 17 maart 2019.

³⁷⁷ De geciteerde artikelen werden reeds aangepast aan de nieuwe tekst van het WIB '92. De memorie van toelichting bij het wetsontwerp geeft expliciet aan dat deze wijzigingen bedoeld zijn om de neutraliteit van het WVV op fiscaal vlak te waarborgen. Er zouden dus geen inhoudelijke wijziging aan het WIB '92 mogen zijn (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 3367/001, 4).

³⁷⁸ C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, 1557.

³⁷⁹ Latente meerwaarden worden omschreven als het positieve verschil tussen de werkelijke waarde en de fiscale waarde van de vermogensbestanddelen (zie C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, 1557).

In 2011 werd de uitzondering op deze liquidatie, zoals geregeld in artikel 214bis WIB '92, uitgebreid tot alle binnenlandse vennootschappen.³⁸⁰ *“Niettegenstaande artikel 210, §1, 4°, ingeval van overbrenging van de voornaamste inrichting of de zetel van bestuur of beheer door een binnenlandse vennootschap naar een andere lidstaat van de Europese Unie, vindt geen belastingheffing ingevolge artikel 208, tweede lid of artikel 209 plaats:*

- *Voor wat betreft de bestanddelen die blijvend worden aangewend binnen een in artikel 229, §1, bedoelde Belgische inrichting, beschikt, en die bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten van deze inrichting die in toepassing van artikel 233 in aanmerking worden genomen voor de bepaling van de belastinggrondslag;*
- *In de mate dat de vrijgestelde reserves van de binnenlandse vennootschap voor deze overbrenging, die niet verbonden zijn aan een buitenlandse inrichting, als dusdanig teruggevonden worden binnen het eigen vermogen van de Belgische inrichting van deze vennootschap.”*

Artikel 214bis WIB '92 voorziet in belastingneutraliteit. Uit dit artikel volgt dat de belastingneutraliteit niet speelt indien de bestanddelen van de emigrerende vennootschap niet worden opgenomen in een Belgische inrichting. De belastingneutraliteit zal ook niet spelen bij zetelverplaatsingen naar een lidstaat buiten de EU. Om volledig van de vrijstelling te genieten, zal de achterblijvende inrichting de eigen vermogensstructuur van Belgische vennootschap moeten blijven behouden.³⁸¹

2. *Exitheffingen en het Europees recht*

124. EXITHEFFING OP GESPANNEN VOET MET EU-RECHT – Een vennootschap die stijgt in waarde wordt in principe belast. Deze belasting zal in principe niet geheven worden op het ogenblik van de waardestijging, maar wel op het ogenblik van de verwezenlijking van deze waardestijging.³⁸² Het eenvoudigste voorbeeld hiervan is de stijging van waarde van een actiefbestanddeel dat nadien wordt verkocht. De belasting zal enkel geheven worden naar aanleiding van de verkoop. Dergelijke exitheffingen staan op gespannen voet met het Europees recht.³⁸³ Een vennootschap die een grensoverschrijdende zetelverplaatsing wil doorvoeren wordt immers benadeeld ten opzichte van een vennootschap die haar zetel verplaatst in een binnenlandse context.

³⁸⁰ Art. 47 van de wet van 14 april 2011 houdende diverse bepalingen, BS 6 mei 2011, 26576.

³⁸¹ A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht. Een inzichtelijk handboek*, Brugge, die Keure, 2018, 324.

³⁸² Een waardestijging van een actiefbestanddeel zal in de fiscale aangifte leiden tot een stijging van de reserves. Deze stijging wordt gecompenseerd door een vrijstelling van uitgedrukte meerwaarden (art. 44 WIB '92). Op het ogenblik van verwezenlijking zal deze vrijstelling niet langer gelden. Het resultaat is dat de vennootschap een stijging heeft van de reserves die niet gecompenseerd wordt door een vrijstelling. Een stijging van reserves zal aanleiding geven tot vennootschapsbelasting. Bij een exitheffing valt deze vrijstelling weg zonder enige verwezenlijking.

³⁸³ S. PEETERS, “Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 108-109.

125. VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE BELEMMERINGEN – De problematiek rond exitheffingen kwam voor het eerst naar voren in het arrest *Daily Mail* van het Hof van Justitie (zie supra nr. 77).³⁸⁴ Het Verenigd Koninkrijk legde *Daily Mail* een feitelijke exitbelasting op. In deze zaak antwoordt het Hof niet op de vraag of de vereiste van voorafgaande toestemming van de belastingdienst alvorens de zetel te verplaatsen in strijd is met de vrijheid van vestiging. Het Hof is van mening dat een antwoord op de vennootschapsrechtelijke vraag, over de mogelijkheid om het *central management and control* te verplaatsen naar een andere lidstaat in de Europese Unie zonder verlies van juridische persoonlijkheid of nationaliteit, voldoende is voor de beantwoording van de fiscale vraag. Het Hof van Justitie is van oordeel dat een nationale lidstaat de criteria kan bepalen om aan de nationale wetgeving onderworpen te blijven. Het primair vestigingsrecht valt niet binnen de vrijheid van vestiging. Hieruit kan afgeleid worden dat lidstaten in hun nationaal recht kunnen bepalen dat de grensoverschrijdende zetelverplaatsing voor fiscale doeleinden gelijkgesteld wordt met de liquidatie.³⁸⁵

Ook in het reeds besproken arrest *Cartesio* (zie supra nr. 80)³⁸⁶ heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over de vennootschapsrechtelijke gevolgen van de zetelverplaatsing. Terwijl het arrest *Daily Mail* enkel betrekking heeft op vennootschappen die onderworpen willen blijven aan het recht van de staat van waaruit ze hun zetel verplaatsen, heeft het arrest *Cartesio* betrekking op vennootschappen die hun zetel verplaatsen naar een andere lidstaat om enkel aan het recht van die lidstaat onderworpen te zijn. In dit geval valt de emigratie van de vennootschap onder vrijheid van vestiging. Nationaal recht kan bepalen dat een ontbinding en liquidatie vereist zijn om te emigreren. Dit brengt met zich mee dat de vennootschap verplicht kan worden om de fiscale rekening te betalen aan de grens.³⁸⁷ Toch is er voorzichtigheid geboden bij het trekken van conclusies. Het gaat hier puur om vennootschapsrechtelijke uitspraken waaraan fiscale consequenties gegeven worden. Het Hof beoordeelt de exitheffing zelf niet.³⁸⁸

³⁸⁴ HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*.

³⁸⁵ D. WEBER, "Exit taxes on the transfer of seat and the applicability of the freedom of establishment after Überseering", *ET* 2003, afl. 10, 352; H. SCHNEEWEISS, "Exit taxation after *Cartesio*: The European fundamental freedom's impact on taxing migrating companies", *Intertax* 2009, afl. 6/7, 369; P. VERSWEYVELD, "Exittaxatie. Zijn de Belgische fiscale regels betreffende grensoverschrijdende reorganisaties strijdig met het Europese recht?", *AFT* 2009, afl. 10, 18-19. Contra: S. VAN THIEL, "Taxplanning en het Europees vestigingsrecht. Een stap terug", *AFT* 1989, afl. 10, 265.

³⁸⁶ HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*.

³⁸⁷ D. DEAK, "Outbound establishment revisited in *Cartesio*", *EC Tax Review*, 2008, afl. 6, 252-253; H. SCHNEEWEISS, "Exit taxation after *Cartesio*: The European fundamental freedom's impact on taxing migrating companies", *Intertax* 2009, afl. 6/7, 369; P. VERSWEYVELD, "Exittaxatie. Zijn de Belgische fiscale regels betreffende grensoverschrijdende reorganisaties strijdig met het Europese recht?", *AFT* 2009, afl. 10, 21.

³⁸⁸ S. VAN THIEL, "Taxplanning en het Europees vestigingsrecht. Een stap terug", *AFT* 1989, afl. 10, 265. Het Hof van Justitie spreekt zich enkel uit over het feit dat een vennootschap verplicht kan worden om zich te ontbinden vooraleer ze zich in een andere lidstaat kan vestigen. De fiscale liquidatie die daarmee gepaard gaat, neemt het Hof niet mee in haar redenering.

126. NATUURLIJKE PERSONEN – Hoewel het Hof afkerig stond tegenover vragen over exitheffingen, heeft ze toch uitspraken gedaan over exitheffingen bij natuurlijke personen in het arrest *de Lasteyrie du Saillant*³⁸⁹ en het arrest *N.*³⁹⁰ Het Hof stelt vast dat enkel door de woonplaats te wijzigen naar het buitenland een belasting ontstond op nog niet gerealiseerde inkomsten, terwijl voor inwoners die de woonplaats wijzigen in het binnenland deze belasting niet ontstond. Dit is volgens het Hof een belemmering van de vrijheid van vestiging. In tegenstelling tot de mening van het Hof van Justitie in de zaak *de Lasteyrie du Saillant*³⁹¹, kan deze belemmering echter wel gerechtvaardigd worden door de coherentie van het nationale belastingstelsel. Verder is het Hof van oordeel dat er wel een conserverende aanslag mag gevestigd worden, maar dit mag niet gepaard gaan met de verplichting tot zekerheidsstelling. Waardeverminderingen die zich na de emigratie voordoen moeten in aanmerking genomen worden indien de lidstaat van ontvangst dat niet doet. Na het arrest oordeelden bepaalde auteurs dat dit een rationeel moeilijk te begrijpen onderscheid uitmaakt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen.³⁹² De Europese Commissie heeft in een mededeling vastgesteld dat deze analyse ook van toepassing zou moeten zijn op vennootschappen,³⁹³ zij het om een andere reden dan de ongelijkheid tussen natuurlijke personen en vennootschappen.

127. VENNOOTSCHAPPEN: EEN GERECHTVAARDIGDE BELEMMERING – De mededeling van de Europese Commissie werd gevolgd. Het Hof van Justitie toetst in de zaak *National Grid Indus*³⁹⁴ voor het eerst fiscale bepalingen bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing aan het recht van vestiging.³⁹⁵ National Grid Indus is een vennootschap opgericht naar Nederlands recht die haar werkelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk verplaatst had. De vennootschap had een vordering van meer dan 33 miljoen Britse pond op een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Naar aanleiding van een koerswisseling had de Nederlandse vennootschap daar een niet-gerealiseerde winst op die meer dan 22 miljoen Nederlandse gulden bedroeg. Door de afwezigheid van een vaste inrichting na de zetelverplaatsing in Nederland werd het Verenigd Koninkrijk bevoegd om belastingen te heffen op deze

³⁸⁹ HvJ 11 maart 2004, nr. C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*.

³⁹⁰ HvJ 7 september 2006, nr. C-470/04, *N.*

³⁹¹ De Franse regeling was erop gericht om misbruiken te voorkomen. Het Hof vond deze rechtvaardigheidsgrond niet voldoende om de exitbelasting op natuurlijke personen te rechtvaardigen.

³⁹² L. DE BROE en N. VAN ROBBEBROECK, "Franse exit tax strijdig met vrij vestigingsrecht", *Fiscoloog (l.)* 2004, afl. 244, 4.

³⁹³ Mededeling Europese Commissie nr. COM(2006)825, "Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten", www.eur-lex.europa.eu. Ook JANSSENS wierp op dat het Hof van Justitie deze denkwijze best ook op vennootschappen ging toepassen (L. JANSSENS, "Nederlandse 'exitbelasting' gered?", *Fiscoloog (l.)* 2006, afl. 275, 6).

³⁹⁴ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, *National Grid Indus*.

³⁹⁵ P. WATTEL, "Carry on discriminating", *NJB* 2011, afl. 44/45, 2973; P. VERSWEYVELD en A. VERLEYSEN, "Exitheffingen bij grensoverschrijdende reorganisaties opnieuw onder Europees vuur", *AFT.Act.* 2012, afl. 3, 9.

winsten. Nederland was van oordeel dat ze belasting mocht heffen op deze meerwaarden op het ogenblik dat de vennootschap haar werkelijke zetel naar het Verenigd Koninkrijk verplaatst.

Het Hof is van oordeel dat een Nederlandse vennootschap die haar zetel naar het buitenland wil verplaatsen een liquiditeitsnadeel ondervindt in vergelijking met een Nederlandse vennootschap die haar zetel binnen Nederland verplaatst, vermits de verplaatsing naar het buitenland tot een onmiddellijke belasting van de latente meerwaarden leidt. Dit is een in beginsel verboden beperking van de vrijheid van vestiging. Deze exitheffing kan volgens het Hof van Justitie echter wel gerechtvaardigd zijn om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen. De niet-gerealiseerde meerwaarden zijn aangegroeid in Nederland, dus is het logisch dat Nederland deze meerwaarden mag belasten. Nederland mag dus een belasting heffen op de latente meerwaarden die op haar grondgebied zijn aangegroeid, maar deze exitheffing mag niet verder gaan dan nodig om het doel te bereiken. De nationale wetgeving moet de keuze bieden tussen een onmiddellijke betaling van de heffing of een uitstel van betalen tot op het ogenblik waarop deze meerwaarden worden gerealiseerd. In dit laatste geval mag er wel een interest aangerekend worden, alsook een zekerheidsstelling gevraagd worden. Met betrekking tot waardedalingen die zich voordoen na de emigratie is het Hof van Justitie van oordeel dat het aan de lidstaat van ontvangst is om er rekening mee te houden. Derhalve moet de lidstaat van oorsprong latere waardeverminderingen niet in rekening nemen.

Opmerkelijk is dat de feiten van dit arrest in grote mate vergelijkbaar zijn met de feiten in het arrest *Daily Mail*. Het Hof van Justitie komt impliciet terug op haar *Daily Mail*-rechtspraak wat betreft belastingen.³⁹⁶ Het is nog frappanter dat het Hof van Justitie, dat het wegwerken van discriminaties als taak heeft, enkele discriminaties in het leven roept. Ten eerste heeft het Hof van Justitie een discriminatie tussen natuurlijke personen en vennootschappen in het leven geroepen.³⁹⁷ Waardeverminderingen die zich na de zetelverplaatsing voordoen bij vennootschappen komen niet in

³⁹⁶ S. PEETERS, "Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus" in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 113-114; S. PEETERS, "Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus", *TRV* 2012, 10; M. ISENBAERT, "Zetelverplaatsingen binnen de EU: fiscale doorbraak", *Fiscooloog (l.)* 2012, afl. 338, 1; H. VAN ARENDONCK, "National Grid Indus and its aftermath", *EC Tax Review* 2013, afl. 4, 70.

³⁹⁷ H. VAN DEN BROEK en G. MEUSSEN, "National Grid Indus Case: re-thinking exit taxation", *ET* 2012, afl. 4, 194-195; R. KOK, "Exit taxes for companies in the European Union after National Grid Indus", *EC Tax Review* 2012, afl. 4, 204; H. VAN ARENDONCK, "National Grid Indus and its aftermath", *EC Tax Review* 2013, afl. 4, 70; ECJ TAX FORCE, "Opinion statement of the CFE on the decision of the European Court of Justice of 29 November 2011 in case C-371/10, National Grid Indus BV and business exit taxes within the European Union", *ET* 2013, afl. 6, 278-279.

aanmerking, maar bij natuurlijke personen wel. Voor natuurlijke personen werd beslist dat het opleggen van zekerheden verder gaat dan noodzakelijk, maar voor vennootschappen is dit wel in overeenstemming met het recht van vestiging. De mogelijkheid om interesten aan te rekenen komt niet voor bij natuurlijke personen. Bijkomend kan vastgesteld worden dat de interesten die verschuldigd zijn bij een uitgestelde betaling op zich een grote belemmering inhouden, net zoals de vele administratieve lasten die opgelegd worden. Het lijkt minder belemmerend en even effectief in het bereiken van het doel om enkel een bankgarantie te vragen, zonder de vereiste van jaarlijkse aangifte en de betaling van interesten.³⁹⁸ Een tweede discriminatie kan gevonden worden tussen landen die de ontbinding van de vennootschap vereisen en landen die de ontbinding niet vereisen bij de verplaatsing van hun zetel naar het buitenland.³⁹⁹ Dit komt overeen met het onderscheid tussen werkelijke zetelleerlanden en incorporatieerlanden (zie arrest *Cartesio* supra nr. 80). Lidstaten die de incorporatieer hanteren zullen vennootschappen die hun werkelijke zetel verplaatsen niet laten ontbinden terwijl dit bij werkelijke zetelleerlanden wel het geval is. Werkelijke zetelleerlanden kunnen een belasting heffen omdat de vennootschap ontbonden is en niet zozeer omdat de vennootschap haar zetel verplaatst. Het Hof van Justitie heeft deze laatste discriminatie weggewerkt in het arrest *Vale* (zie supra nr. 80).⁴⁰⁰

128. GESPREIDE BETALING: BELGISCHE REGELING ONVERENIGBAAR – Kort na het arrest *National Grid Indus* werd duidelijk dat lidstaten in een ander uitstelcriterium kunnen voorzien, zodat niet altijd gewacht moet worden tot de effectieve realisatie van de meerwaarden.⁴⁰¹ Dit heeft het Hof van Justitie geoordeeld in de zaak *DMC*.⁴⁰² Er werd aanvaard dat Duitsland de keuze liet tussen de onmiddellijke betaling van de belasting of een gespreide betaling over vijf jaarlijkse termijnen. De reden die het Hof

³⁹⁸ H. VAN ARENDONCK, “National Grid Indus and its aftermath”, *EC Tax Review* 2013, afl. 4, 71. VAN ARENDONCK verwijst naar zijn artikel in het *Maandblad Belastingbeschouwingen (MBB)*.

³⁹⁹ E.-J. NAVEZ, “Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d’établissement des sociétés en droit de l’UE. De Daily Mail à National Grid Indus: évolution, révolution et au-delà?”, *CDE* 2011, afl. 3, 634-636; P. WATTEL, “Carry on discriminating”, *NJB* 2011, afl. 44/45, 2973; S. PEETERS, “Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus”, *TRV* 2012, 10-11; R. KOK, “Exit taxes for companies in the European Union after National Grid Indus”, *EC Tax Review* 2012, afl. 4, 202; H. VAN DEN BROEK en G. MEUSSEN, “National Grid Indus Case: re-thinking exit taxation”, *ET* 2012, afl. 4, 193; O. THOMMES en A. LINN, “Deferment of exit taxes after National Grid Indus: is the requirement to provide a bank guarantee and the charge of interest proportionate?” *Intertax* 2012, afl. 8/9, 488-489; H. VAN ARENDONCK, “National Grid Indus and its aftermath”, *EC Tax Review* 2013, afl. 4, 70.

⁴⁰⁰ Het Hof oordeelde dat een vennootschap die haar werkelijke zetel verplaatst zonder haar statutaire zetel mee te verplaatsen, niet langer ontbonden mag worden. Indien een land de werkelijke zetelleer volgt, zal ze niet langer een belasting kunnen heffen door de ontbinding van de vennootschap. De verplaatsing van de werkelijke zetel mag niet langer tot gevolg hebben dat de vennootschap wordt ontbonden.

⁴⁰¹ M. TELL, “Exit taxation within the European Union/European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11)”, *ET* 2014, afl. 2/3, 48.

⁴⁰² HvJ 23 januari 2014, nr. C-164/12, *DMC*, besproken in N. LENAERTS en W. OEPEN, “De zaak DMC: gordiaanse knoop inzake exitheffingen doorgehakt?”, *Fiscoloog (l.)* 2014, afl. 367, 4-8.

hieraan geeft, nl. het invorderingsrisico, is toch betwistbaar gezien de mogelijkheid om een zekerheidsstelling te eisen.⁴⁰³ Deze rechtspraak wordt nog eens bevestigd in *Verder Labtec*.⁴⁰⁴ Nergens in het arrest wordt een vereiste vermeld dat er rekening moet gehouden worden met de mogelijkheid tot effectieve realisatie, waardoor besloten kan worden dat een gespreide taxatie van minimum vijf jaar altijd conform het vrij verkeer van vestiging is.⁴⁰⁵

Het is in dat opzicht dat België artikel 413/1 in het WIB '92 heeft ingeschreven.⁴⁰⁶ De Belgische wetgeving voorziet in een berekeningswijze waarbij een breuk wordt gehanteerd met in de teller het bedrag van inkomsten waarop de exitheffing van toepassing is, na toepassing van de belastingverhogingen, voorheffingen enz. In de noemer staat het geheel van het belastbaar inkomen. Deze berekeningswijze komt niet noodzakelijk overeen met de exitheffing op de latente meerwaarden.⁴⁰⁷ Er wordt automatisch van uitgegaan dat de reeds gedane voorafbetalingen evenredig werden betaald voor de exitheffing.⁴⁰⁸ Deze voorafbetalingen komen dan niet meer in aanmerking voor de gespreide betaling en gelden als een onmiddellijke betaling. Een voorbeeld zal dit verduidelijken: Een vennootschap heeft een totale belastingschuld van 5000, waarvan er 3000 betrekking heeft op de exitheffing. Indien de vennootschap voorafbetalingen doet van 2500, dan is dat $\frac{1}{2}$ van de totale belastingschuld. Bijgevolg zal er slechts $\frac{1}{2}$ van de exitheffing, zijnde 1500, in aanmerking komen voor de gespreide taxatie. De 2500 aan gedane voorafbetalingen wordt voor 1500, zijnde $\frac{3}{5}$ van de totale voorafbetalingen aangerekend op de exitheffing. Aangezien het niet de bedoeling is van de wetgever dat de te veel betaalde sommen terug te betalen,⁴⁰⁹ kunnen we ons vragen stellen over de conformiteit met het Europees recht.

⁴⁰³ S. PEETERS, "Overgang van heffingsbevoegdheid als gevolg van inbrengverrichting: Hof zegent spreiding van meerwaardebelasting over 5 jaarlijkse betalingstermijnen (noot onder HvJ 23 januari 2014), *TFR* 2014, 624.

⁴⁰⁴ HvJ 21 mei 2015, nr. C-657/13, *Verder Labtec*. Recent werd dit nog eens bevestigd in een zaak tegen het Verenigd Koninkrijk (HvJ 14 september 2017, nr. C-646/15, *Panayi*).

⁴⁰⁵ N. LENAERTS en W. OEPEN, "'Verder LabTec': Gordiaanse exit tax-knoop nu definitief doorgehakt", *Fiscoloog (I.)* 2015, afl. 382, 3.

⁴⁰⁶ Art. 8 van de wet van 1 december 2016 houdende fiscale bepalingen, *BS* 8 december 2016, 80678; G. DE NEEF, "Fiscale emigratie: afrekenen aan de grens of gespreid betalen", *TEP* 2017, afl. 2, 93. De Belgische wet voorziet nu ook in een gespreide betaling van vijf jaar.

⁴⁰⁷ N. LENAERTS, W. OEPEN en G. VAN DYCK, "Belgische exit tax: nieuwe wetgeving knoopt aan bij Europese regels", *Fiscoloog (I.)* 2016, afl. 397, 4.

⁴⁰⁸ B. DESMET, P.-J. WOUTERS en M. VAN DEN BOSCH, "Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen: wetgever neemt nieuwe horde in het Belgisch exitregime", *Intern.fisc.act.* 2016, afl. 10, 4. Verder geeft het Hof nog een verdere invulling aan het arrest *National Grid Indus*. Ze is van oordeel dat er geen vereiste van bankgarantie kan worden gesteld voor zover geen voorafgaande inschatting is gebeurd van het risico van niet-invordering.

⁴⁰⁹ Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp van 27 september 2017 houdende fiscale bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 2052/001, 18.

Situatie onder het huidig artikel 413/1 WIB '92:

	Belasting verschuldigd n.a.v. de zetelverplaatsing = 3000	Gewone belasting = 2000
Gedane voorafbetalingen	1500	1000
Nog verschuldigd	1500	1000
Resultaat	1500 komt in aanmerking voor gespreide taxatie	1000 is onmiddellijk verschuldigd

Situatie waarbij de gedane voorafbetalingen eerst aangerekend worden op de verschuldigde belastingen die niet in aanmerking komen voor gespreide taxatie:

	Belasting verschuldigd n.a.v. de zetelverplaatsing = 3000	Gewone belasting = 2000
Gedane voorafbetalingen	500	2000
Nog verschuldigd	2500	0
Resultaat	2500 komt in aanmerking voor gespreide taxatie	Er is niets onmiddellijk verschuldigd

Indien rekening gehouden wordt met de rechtspraak van het Hof van Justitie, dan zou er een keuze moeten gegeven worden tussen onmiddellijke betaling of gespreide taxatie. De belastingplichtige zou een keuze moeten krijgen om de gedane voorafbetalingen al dan niet volledig op de gewone verschuldigde belasting toe te rekenen.

129. VEREISTE VAN ACHTERBLIJVEN VASTE INRICHTING? – In het arrest *National Grid Indus* werd het achterblijven van een vaste inrichting niet als voorwaarde gesteld om een tijdelijke vrijstelling van de exitheffing te bekomen. Artikelen 4 en 12 van de Fiscale Fusierichtlijn⁴¹⁰ vereisen wel dat de activa achterblijven in een vaste inrichting om van de vrijstelling te genieten. Bepaalde auteurs gingen hieruit concluderen dat de rechtspraak de Fusierichtlijn aan de kant schoof, zodat er geen vaste inrichting moest achterblijven om de vrijstelling te genieten.⁴¹¹ De daaropvolgende arresten maken duidelijk dat deze conclusie te snel werd genomen. Ook in het geval waarin geen vaste inrichting achterblijft, is een gespreide betaling van vijf jaar conform het vrij vestigingsrecht.⁴¹² Indien een lidstaat na de

⁴¹⁰ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, *Pb.L.* 310/34.

⁴¹¹ H. VAN DEN BROEK en G. MEUSSEN, "National Grid Indus Case: re-thinking exit taxation", *ET* 2012, afl. 4, 196; F. CAPITTA en G. LETIZIA, "National Grid Indus Case: Consequences under an Italian perspective", *EC Tax Review* 2012, afl. 5, 282; R. VILAGI, "Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of the EU-law", *ET* 2012, afl. 7, 349.

⁴¹² HvJ 24 januari 2014, nr. C-164/12, *DMC*, overweging 56.

zetelverplaatsing haar heffingsbevoegdheid (op bepaalde) meerwaarden zou kunnen blijven uitoefenen, dan is de gebruikte rechtvaardiging van de coherentie tussen de verschillende belastingstelsels niet langer van toepassing. Dit ligt ook in lijn met de toepassing van de dubbelbelastingverdragen (zie infra nr. 132).⁴¹³ De fiscale fusierichtlijn is voor de belastingplichtige voordeliger dan de gespreide betaling, want ze voorziet in een vrijstelling tot aan de effectieve realisatie. Het is in het licht van deze redenering dat de Belgische wetgeving moet gelezen worden.⁴¹⁴ Indien er bij de zetelverplaatsing een vaste inrichting achterblijft, dan zal voor de activa die in deze inrichting aanwezig zijn een vrijstelling verleend worden conform artikel 214bis WIB '92. Blijft er geen vaste inrichting achter, of worden een deel van de activa mee verplaatst naar het buitenland, dan zal er voor de latente meerwaarden op deze activa een gespreide belasting worden verleend conform art. 413/1 WIB '92.

130.ATA-RICHTLIJN: VERPLICHTE EXITHEFFING – De Europese wetgever heeft getracht om de materie van exitheffingen te harmoniseren. In 2016 werd de ATA-richtlijn⁴¹⁵ aangenomen, waarvan een belangrijk aspect betrekking heeft op zetelverplaatsingen. Artikel 5, lid 1, c) ATA-richtlijn⁴¹⁶ legt aan de lidstaten een verplichting op om een exitheffing toe te passen in geval van zetelverplaatsing van een vennootschap naar het buitenland, in de mate dat de activa niet verbonden blijven met een vaste inrichting in de vertrekstaat⁴¹⁷:

“Een belastingplichtige is onderworpen aan de heffing voor een bedrag dat gelijk is aan de marktwaarde van de overgebrachte activa, op het tijdstip van overbrenging van de activa, minus hun fiscale boekwaarde, in elk van de volgende gevallen: [...]

c) een belastingplichtige brengt zijn fiscale woonplaats over naar een andere lidstaat of naar een derde land, behalve voor de activa die daadwerkelijk verbonden blijven met een vaste inrichting van de lidstaat. [...]”

⁴¹³ S. PEETERS, “Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus”, *TRV* 2012, 14; N. LENAERTS en W. OEPEN, “De zaak DMC: gordiaanse knoop inzake exitheffingen doorgehakt?”, *Fiscoloog (I.)* 2014, afl. 367, 7; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 238.

⁴¹⁴ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2018-19, DOC 54, nr. 2052/001, 12-13.

⁴¹⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164 van 12 juli 2016 van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, *Pb.L.* 193/1. Hierna ATA-Richtlijn.

⁴¹⁶ Naast de zetelverplaatsing viseert artikel 5 ATA-Richtlijn ook nog de overbrenging van activa van een binnenlands hoofdhuis naar een buitenlands hoofdhuis of een buitenlandse vaste inrichting, de overbrenging van een binnenlandse vaste inrichting naar het buitenlands hoofdhuis of een andere buitenlandse vaste inrichting van dezelfde onderneming en de overbrenging van het bedrijf van een vaste inrichting naar het buitenland.

⁴¹⁷ Zie ook S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting. De wetten van 25 december 2017 en 30 juli 2018*, Roeselare, Roularta, 2018, 101; W. WILLEMS, Exit- en entry-taxatie. Analyse van de Anti Tax Avoidance-richtlijn en de impact op het Belgisch fiscaal recht”, *AFT* 2017, afl. 11, 8.

De uitzondering die vermeld wordt met betrekking tot de vaste inrichting is opnieuw te verklaren op basis van de dubbelbelastingverdragen. Zonder hier in detail te treden komt het erop neer dat de lidstaat waar de vaste inrichting gelegen is, heffingsbevoegdheid heeft over de winsten die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting.⁴¹⁸ De richtlijn harmoniseert de gespreide taxatie over een termijn van vijf jaar.⁴¹⁹

3. *Exitheffingen en de dubbelbelastingverdragen*

131. VERENIGBAARHEID ARTIKEL 7 OESO-MODELVERDRAG – Artikel 7 OESO-Modelverdrag bepaalt dat ondernemingswinsten belastbaar zijn in de staat waar de zetel van de onderneming gevestigd is. Dit heeft tot gevolg dat de emigratiestaat slechts heffingsbevoegd is tot op het moment dat de vennootschap haar zetel verplaatst.⁴²⁰ Op basis van artikel 4.1 OESO-Modelverdrag is een vennootschap inwoner van een staat voor zover ze aan belastingen is onderworpen volgens de wetgeving van die staat. Het ogenblik waarop een vennootschap beslist haar zetel te verplaatsen, wordt aan de grens fiscaal afgerekend. De vennootschap is nog steeds inwoner van die staat, want ze is nog aan belastingen onderworpen volgens de wetgeving van die staat.⁴²¹ Artikel 7 OESO-Modelverdrag houdt geen verbod in om de emigratie van een vennootschap naar een andere lidstaat aan belasting te onderwerpen.

132. VERENIGBAARHEID ARTIKEL 13 OESO-MODELVERDRAG – *Voordelen verkregen uit de vervreemding van andere goederen dan deze in de paragrafen 1, 2, 3 en 4 zijn slechts belastbaar in de woonstaat van de vervreemder* (art. 13.5 OESO-Modelverdrag). Meerwaarden ten gevolge van vervreemding van roerend bedrijfsvermogen kunnen enkel belast worden in de staat waar de zetel van de onderneming is gevestigd.⁴²² Na de zetelverplaatsing is dat de staat van immigratie. De vraag moet gesteld worden of

⁴¹⁸ Zie art. 7, lid 1 jo. Art. 13, lid 2 OESO-Modelverdrag; S. PEETERS, “Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus”, *TRV* 2012, 13-14.

⁴¹⁹ Art. 5, lid 2 ATA-richtlijn.

⁴²⁰ S. BILLIET, T. DANNEELS, S. TAELEMAN, L. VANNESTE en L. VINCKE, “Exitheffingen bij vennootschappen” in S. VAN CROMBRUGGE, *Actuele fiscale thema’s 2008. De botsing tussen nationale soevereiniteit en interne markt in het Europees fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2009, 255.

⁴²¹ K. CEJIE, “Emigration taxes – several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond”, *Intertax* 2012, afl. 6/7, 388. Contra: R. MESSIAEN, “De internationale zetelverplaatsing en de emigratiebelasting ex artikel 210 §1, 4° WIB 1992: is de exit-tax verenigbaar met de hogere normen?”, *TFR* 2005, afl. 287, 734. MESSIAEN ziet een temporele fictie in artikel 210, §1, 4° WIB '92. De zetelverplaatsing kan maar vastgesteld worden op het ogenblik dat de zetelverplaatsing reeds doorgevoerd is. Op dat ogenblik is volgens deze auteur de immigratiestaat exclusief bevoegd. Het bestaan van deze temporele fictie wordt terecht bekritiseerd in de rechtsleer (S. BILLIET, T. DANNEELS, S. TAELEMAN, L. VANNESTE en L. VINCKE, “Exitheffingen bij vennootschappen” in S. VAN CROMBRUGGE, *Actuele fiscale thema’s 2008. De botsing tussen nationale soevereiniteit en interne markt in het Europees fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2009, 255).

⁴²² S. BILLIET, T. DANNEELS, S. TAELEMAN, L. VANNESTE en L. VINCKE, “Exitheffingen bij vennootschappen” in S. VAN CROMBRUGGE, *Actuele fiscale thema’s 2008. De botsing tussen nationale soevereiniteit en interne markt in het Europees fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2009, 256; R. MESSIAEN, “De internationale zetelverplaatsing en de

een zetelverplaatsing de vervreemding van de goederen tot gevolg heeft. Volgens de commentaar op het OESO-Modelverdrag moet het begrip ‘vervreemding’ ingevuld worden volgens de wetgeving van de nationale staten,⁴²³ maar ze geeft ook enkele gevallen waarvoor de vervreemding van eigendom werd ingeschreven.⁴²⁴ Het gaat in eerste instantie om gevallen waarin eigendom wordt overgedragen. Wanneer geen eigendom wordt overgedragen gaat het over een herwaardering in de boeken van de vennootschap of een overdracht van een vaste inrichting naar het hoofdhuis.⁴²⁵

De verenigbaarheid van exitheffingen met artikel 13 OESO-Modelverdrag is geen sinecure. De commentaar bepaalt dat de overdracht van een vaste inrichting naar het hoofdhuis gekwalificeerd kan worden als vervreemding, zolang de belastingheffing conform artikel 7 OESO-Modelverdrag is.⁴²⁶ Het blijft een open vraag.⁴²⁷ Met oog op de coherentie van de belastingheffing valt het te verdedigen dat een verenigbaarheid zou moeten voorliggen. Inkomsten, ook al zijn het enkel latente meerwaarden, die in een staat werden opgebouwd, zouden ook in die staat belast moeten worden. Indien een zetelverplaatsing geen vervreemding met zich meebrengt, dan vallen de inkomsten onder het restartikel (art. 21 OESO-Modelverdrag⁴²⁸).⁴²⁹ De latente meerwaarden worden in dat opzicht gezien als inkomen afkomstig uit de emigratiestaat die belastbaar zijn in die staat. Wat er ook van zij, het is een onduidelijke kwestie die baat zou hebben bij een uitdrukkelijke bepaling over zetelverplaatsingen, en overdrachten in het algemeen, en exitheffingen in de OESO-commentaar.

emigratiebelasting ex artikel 210 §1, 4° WIB 1992: is de exit-tax verenigbaar met de hogere normen?”, *TFR* 2005, afl. 287, 735.

⁴²³ OESO-Commentaar 2017, art. 13 § 6.

⁴²⁴ OESO-Commentaar 2017, art. 13 § 5.

⁴²⁵ OESO-Commentaar 2017, art. 13 §§ 9-10.

⁴²⁶ OESO-Commentaar 2017, art. 13 § 10.

⁴²⁷ K. CEJIE, “Emigration taxes – several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond”, *Intertax* 2012, afl. 6/7, 388. Enkele auteurs zijn van mening dat exitheffingen verenigbaar zijn met artikel 13,5 OESO-Modelverdrag. Deze auteurs argumenteren dat herwaarderingen en fictieve vervreemdingen in artikel 13,5 OESO-Modelverdrag worden begrepen (S. BILLIET, T. DANNEELS, S. TAELEMAN, L. VANNESTE en L. VINCKE, “Exitheffingen bij vennootschappen” in S. VAN CROMBRUGGE, *Actuele fiscale thema’s 2008. De botsing tussen nationale soevereiniteit en interne markt in het Europees fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2009, 256-257).

⁴²⁸ Artikel 21,1 OESO-Modelverdrag: “Items of income of a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing Articles of this Convention shall be taxable only in that State.”

⁴²⁹ Zie mondelinge toelichting M. LANG, opgenomen in P. ESSERS, *Abusive Application of International Tax Agreements. Proceedings of a seminar held in Munich in 2000 during the 54th congress of the International Fiscal Association*, Den Haag, Kluwer, 2001, 68-69.

§3. De gevolgen van fiscale liquidatie voor de aandeelhouders

133.EEN FISCALE LIQUIDATIE VOOR DE AANDEELHOUDERS? – Een fiscale liquidatie geeft in principe aanleiding tot de uitkering van een dividend (art 209, eerste lid en 210, §2 WIB '92). De vraag is welke gevolgen deze fiscale liquidatie heeft voor de aandeelhouders van de vennootschap. Voor natuurlijke personen bepaalt artikel 18, eerste lid, 2^oter WIB '92 dat dergelijke uitkeringen, die als dividend worden aangemerkt in artikel 209, dividenden zijn. De vraag is of de fiscale fictie van artikel 210, §1, 4^o WIB '92, die bepaalt dat een grensoverschrijdende zetelverplaatsing wordt gelijkgesteld met een liquidatie, doorwerkt in de personenbelasting.⁴³⁰ Heeft deze fiscale liquidatie voor aandeelhouders-vennootschappen enige gevolgen?

134.AANDEELHOUDER NATUURLIJK PERSOON – Bij een zetelverplaatsing is er geen sprake van een effectieve vermogensoverdracht van de vennootschap naar de aandeelhouders. In dat opzicht kan er ook geen sprake zijn van een toekenning of betaalbaarstelling van een roerend inkomen aan de aandeelhouders, waardoor er in principe geen roerende voorheffing moet worden ingehouden.⁴³¹ Aangezien er geen vermogen overgaat naar de aandeelhouders, kan er ook moeilijk een aangifteplicht zijn.⁴³² De Dienst Voorafgaande Beslissingen is ook deze mening toegedaan.⁴³³ De DVB oordeelt stelselmatig dat er geen dividend ontstaat in hoofde van de aandeelhouders van de vennootschap, vermits de zetelverplaatsing plaatsvindt onder juridische en boekhoudkundige continuïteit. Aangezien er geen sprake is van een toekenning of betaalbaarstelling wordt de roerende voorheffing niet opeisbaar. Wanneer de bestaande vennootschap geliquideerd wordt en nadien een nieuwe vennootschap opgericht wordt in het land van aankomst, dan zal er wel roerende voorheffing verschuldigd zijn.⁴³⁴ Hetzelfde resultaat volgt uit de letterlijke lezing van de wet. Artikel 18, eerste lid, 2^oter WIB '92 verwijst enkel naar de artikelen 186, 197 en 209, maar niet naar artikel 210 WIB '92. Er is dus geen wettekst die zegt dat de liquidatie in de personenbelasting belastbaar is.⁴³⁵

⁴³⁰ Zie ook L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 240.

⁴³¹ C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, 1558; A. HAELTERMAN, "Belgische fiscale regels inzake emigratie en immigratie van vennootschappen" in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 134.

⁴³² N. DE BEULE, *Roerende voorheffing en herstructurering. Een praktische benadering van de 10% heffing*, Mechelen, Ced. Samson, 2003, 74-75.

⁴³³ Voorafgaande Beslissingen nr. 2014.042 van 27 mei 2014, nr. 2014.476 van 30 september 2014, nr. 2015.013 van 24 februari 2015, nr. 2015.152 van 13 mei 2015 en nr. 2015.550 van 22 december 2015, www.stradalex.com.

⁴³⁴ K. LIEVENS en T. VAN DEN BRUEL, "Voorafgaande Beslissing nr. 2014.042 d.d. 27 mei 2014", *TFR* 2014, afl. 472, 1007.

⁴³⁵ A. VAN ZANTBEEK en J. DRAYE, "Aandeelhouders niet belast bij emigratie van Belgische vennootschappen", *TFR* 2012, afl. 418, 293.

135. AANDEELHOUDER VENNOOTSCHAP – Uit artikel 202, §1, 1° WIB '92⁴³⁶ volgt impliciet dat een Belgische vennootschap-aandeelhouder geen boekhoudkundig resultaat moet boeken bij een zetelverplaatsing van een dochtervennootschap onder juridische en boekhoudkundige continuïteit. De vennootschap krijgt door deze zetelverplaatsing geen dividend en verwezenlijkt bijgevolg geen meerwaarde.⁴³⁷ Volgens artikel 198, §1, 7° WIB '92 zijn minderwaarden op aandelen enkel aftrekbaar als beroepskosten indien ze geleden zijn naar aanleiding van de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen. Er kan aangenomen worden dat er geen minderwaarde tot uitdrukking kan worden gebracht, aangezien er geen effectieve realisatie van de aandelen is.⁴³⁸ Het gevolg van de verschillende benadering tussen natuurlijke personen en vennootschappen is dat er een opdeling gemaakt wordt tussen de fiscale behandeling in de personenbelasting en de vennootschapsbelasting. Bij een natuurlijke persoon ontstaat er geen dividend en dus geen uitkering waardoor de liquidatie niet doorwerkt in de personenbelasting, terwijl in de vennootschapsbelasting er wel degelijk sprake is van een fiscale liquidatie die uiteindelijk geen aanleiding geeft tot de boeking van een meerwaarde.⁴³⁹

§4. Verliesverrekening

136. ARTIKEL 240BIS, §2 WIB '92 – De Belgische wetgever heeft een duidelijke regeling uitgewerkt met betrekking tot de verliesverrekening na een zetelverplaatsing. In lijn met de uitzondering die voorzien is in artikel 214bis WIB, heeft de wetgever ook hier de vereiste van het achterblijven van een vaste inrichting gehanteerd. Artikel 240bis §2 WIB '92 bepaalt: *“In geval van de overbrenging van de voornaamste inrichting of de zetel van bestuur of beheer door een Europese vennootschap of een binnenlandse vennootschap naar een andere lidstaat van de Europese Unie met toepassing van het bepaalde in artikel 214bis, zijn de beroepsverliezen in België geleden voor deze overbrenging door de vennootschap enkel aftrekbaar binnen de Belgische inrichting waarover de vennootschap na deze overbrenging beschikt.”*

137. AANWEZIGHEID VAN EEN BELEMMERING (?) – Alle maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, moeten als beperkingen van de

⁴³⁶ Artikel 202, §1, 1° WIB '92: Van de winst van het belastbare tijdperk worden mede afgetrokken, in zover zij erin voorkomen: 1° dividenden [...]. Er worden geen dividenden betaald, waardoor ze ook niet in de winst voorkomen.

⁴³⁷ C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, 1558; A. VAN ZANTBEEK en J. DRAYE, “Aandeelhouders niet belast bij emigratie van Belgische vennootschappen”, *TFR* 2012, afl. 418, 294; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 241.

⁴³⁸ N. DE BEULE, *Roerende voorheffing en herstructurering. Een praktische benadering van de 10% heffing*, Mechelen, Ced. Samson, 2003, 74-75, C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, 1558.

⁴³⁹ L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 240-241.

vrijheid van vestiging worden beschouwd. Een Belgische vennootschap die haar zetel verplaatst binnen België zal niet enkel de verliezen die zij in België heeft geleden, maar ook de verliezen die zij in het buitenland heeft geleden, tegen haar toekomstige winsten kunnen afzetten. Dit staat in schril contrast met de Belgische vennootschap die haar zetel naar het buitenland verplaatst en een vaste inrichting in België achterlaat. Verliezen die voor de zetelverplaatsing in het buitenland werden geleden kunnen niet langer tegen de winsten afgezet worden die in België worden gerealiseerd.⁴⁴⁰ De vraag rijst naar de eventuele behandeling van deze overgebleven verliezen in het emigratieland. Als de immigratiestaat dezelfde wetgeving hanteert als België (art. 206, §3 WIB '92, zie infra nr. 161), dan kunnen deze verliezen niet meer gebruikt worden en gaan ze verloren. In België kunnen enkel de verliezen die in een Belgische inrichting werden geleden na de zetelverplaatsing tegen toekomstige winsten worden afgezet. Mijn inziens vormt dit een belemmering om een grensoverschrijdende zetelverplaatsing door te voeren voor een vennootschap die buitenlandse verliezen heeft die zij bij de zetelverplaatsing niet (volledig) kan afzetten tegen Belgische winsten.

Hoofdstuk 3. Immigratie van de fiscale woonplaats

138. FISCALE DISCONTINUÏTEIT VOOROP – Ons fiscaal systeem is opgebouwd rond continuïteit. Zoals reeds aan bod is gekomen kan deze continuïteit bij zetelverplaatsingen vaak niet gehandhaafd worden. Deze discontinuïteit geeft aanleiding tot problemen. Een vennootschap die haar zetel verplaatst naar België geeft haar huidig fiscaal regime op om onder het buitenlandse regime te vallen. Deze vennootschappen mogen niet de mogelijkheid geboden worden om van deze overstap te profiteren, maar omgekeerd mag de overstap ook niet fiscaal ongunstig zijn voor deze vennootschappen. Het is een moeilijke wisselwerking waar de Belgische wetgever een evenwicht in moet zoeken. De invloed die de Europese wetgever hierop heeft zal niet onbelangrijk zijn. Boekhoudkundig moeten de actief- en passiefstructuur overgenomen worden. Eventuele verliezen die voor de zetelverplaatsing geleden zijn, willen vennootschappen ook kunnen afzetten tegen latere winsten. Dergelijke problemen zijn inherent aan een zetelverplaatsing en worden best zo duidelijk mogelijk geregeld.

§1. De zetelverplaatsing boekhoudkundig

139. CBN-ADVIES NR. 2011/2 – Aangezien de Belgische fiscaliteit gebaseerd is op de boekhoudkundige verwerking, is het relevant om deze te bekijken.⁴⁴¹ Het Belgisch boekhoudrecht geeft geen duidelijke

⁴⁴⁰ Deze verliezen zullen in normale omstandigheden in aanmerking genomen worden bij de fiscale liquidatie, maar het is niet ondenkbaar dat er bij deze fiscale liquidatie geen of onvoldoende positieve belastinggrondslag aanwezig is om deze verliezen tegen af te zetten.

⁴⁴¹ Cass. 20 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 253.

boekhoudkundige verwerking voor de immigratie van vennootschappen, maar er is wel een advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen dat deze problematiek behandelt.⁴⁴² De CBN stelt vooreerst de continuïteit van boekhouding voorop. Er zal geen nieuw boekjaar gestart worden op het moment van de zetelverplaatsing. Vervolgens maakt de CBN een onderscheid tussen drie verrichtingen. Verrichtingen die dateren van voor de zetelverplaatsing, maar waarvan de impact zich niet over verschillende jaren uitstrekt moeten verwerkt worden volgens de regels van het land van emigratie. De verrichtingen die plaatsvinden na de zetelverplaatsing moeten verricht worden volgens de Belgische regels. De verrichtingen die volgens het Belgisch boekhoudrecht een impact hebben die zich gedurende meerdere jaren op de balans zullen uitstrekken, moeten volgens de Belgische regels worden uitgedrukt, ook al werden zij voor de zetelverplaatsing gerealiseerd.

140. WAARDERING ACTIEFBESTANDELEN: ONZEKERHEID – De Commissie heeft dan wel enkele zaken verduidelijkt, toch is er een gebrek aan regeling wat betreft de gehanteerde waarderingsregels bij een immigratie van een vennootschap. De continuïteit van de boekhouding zou met zich moeten meebrengen dat er geen verarming of verrijking mag zijn van de vennootschap of haar aandeelhouders, maar een verschillende regeling voor de waardering van actiefbestanddelen in verschillende landen zou dit wel met zich kunnen meebrengen.

Stel dat een buitenlandse vennootschap een machine heeft gekocht ter waarde van 10 000 EUR die reeds vier jaar is afgeschreven. Het buitenlandse boekhoudrecht hanteert een afschrijvingstermijn van vijf jaar terwijl de Belgische wetgeving een termijn van tien jaar voorziet. Voor de verplaatsing van de zetel werd reeds 8000 EUR afgeschreven. Deze aankoop samen met de afschrijvingstermijn heeft gedurende meerdere jaren impact op de balans, waardoor deze volgens de Belgische regels moet worden uitgedrukt. Er moet toepassing gemaakt worden van een afschrijvingstermijn van tien jaar. Er moet nog zes jaar afgeschreven worden. De vraag is welk bedrag er afgeschreven moet worden. Moet rekening gehouden worden met de restwaarde, zijnde 2000 EUR, die afschrijfbaar is over de resterende zes jaar of moet er ook rekening gehouden worden met de Belgische regels voor de waardering in het verleden? In het laatste geval is de boekhoudkundige restwaarde nog 6000 EUR die afgeschreven wordt over zes jaar. Dit is enkel de boekhoudkundige verwerking. De vraag naar de fiscale verwerking is hier nog niet aan bod gekomen. In de rechtsleer wordt vooropgesteld dat de noodzaak tot vergelijkbaarheid

⁴⁴² CBN-advies nr. 2011/2 van 8 december 2008 besproken in M. VAN GILS en A. PEETERS, "Zetelverplaatsing naar België: boekhoudkundige gevolgen", *Fiscoloog* 2011, afl. 1245, 7-10.

van de opeenvolgende jaarrekeningen met zich meebrengt dat de bedragen van de voorgaande boekjaren aan de Belgische waarderingsregels zouden aangepast worden.⁴⁴³

141. CBN-ADVIES NR. 2018/3 – Onlangs heeft de CBN een advies gepubliceerd omtrent de waardering na de hervorming van de vennootschapsbelasting (waardering volgens werkelijke waarde, zie infra nr. 157). Dit advies richt zich op de situatie waarin de emigratiestaat en de immigratiestaat een verschillende waardering hanteren in hun boekhoudrecht.⁴⁴⁴ In beginsel blijft de boekhoudkundige continuïteit van toepassing, zelf indien er zich waarderingsverschillen voordoen. De geïmmigreerde vennootschap kan ervoor kiezen om de Belgische waarderingsregels op de resterende waarde toe te passen.⁴⁴⁵ Bij uitzondering is de CBN van oordeel dat de bepaalde waarderingsverschillen tussen het buitenlands en het Belgisch boekhoudrecht het nodig maken om de balans op basis van de openingsbalans aan te passen. Dit houdt in dat de balans gevormd wordt zoals ze er zou uitgezien hebben indien de Belgische boekhoudregels er van in het begin op van toepassing waren. Hiervoor moet aan twee voorwaarden voldaan worden. Ten eerste moeten de waarderingsregels betrekking hebben op verrichtingen die volgens het Belgisch boekhoudrecht de balans gedurende meerdere boekjaren kunnen beïnvloeden. Ten tweede moet de overdracht van deze verrichtingen met boekhoudkundige continuïteit ertoe leiden dat de waardering die zou opgenomen worden in de openingsbalans in strijd is met de waarderingsregels van het Belgisch boekhoudrecht.⁴⁴⁶

⁴⁴³ Y. VERDINGH, "Zetelverplaatsingen", in X. (ed.), *Vennootschap en belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2016, 247; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 243.

⁴⁴⁴ CBN-Advies nr. 2018/3 besproken in S. VAN CROMBRUGGE, "CBN over zetelverplaatsing naar België en verschil in waarderingsregels", *Balans* 2018, afl. 799, 1-4; S. VAN CROMBRUGGE, "Zetelverplaatsing naar België: definitief CBN-advies", *Balans* 2018, afl. 806, 7-8.

⁴⁴⁵ In het voorbeeld met de machine (zie vorig randnummer) mag de vennootschap er voor kiezen om de restwaarde van 2000 EUR gedurende zes jaar af te schrijven.

⁴⁴⁶ Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien een vennootschap een actiefbestanddeel tegen hogere delen zou kunnen afschrijven dan de Belgische regeling zou toelaten. Stel dat een buitenlandse vennootschap een machine gekocht heeft voor 10 000 EUR. Ze mag deze volgens het buitenlands boekhoudrecht afschrijven over 10 jaar. Het Belgische boekhoudrecht voorziet een afschrijvingstermijn van vijf jaar. Indien de vennootschap na vier jaar immigrereert naar België zal ze reeds 4000 EUR afgeschreven hebben. Overstappen op de Belgische regels zou impliceren dat ze de resterende 6000 EUR in één keer mag afschrijven. Dit is in strijd met het Belgisch boekhoudrecht. Voor het Belgisch boekhoudrecht zal uitgegaan worden van afschrijvingen van 2000 EUR per jaar (afschrijvingstermijn van vijf jaar), zodat er geacht wordt reeds 8000 EUR afgeschreven te zijn. De 4000 EUR die in het buitenland reeds afgeschreven zijn, zal dan geacht worden te veel afgeschreven te zijn en zal boekhoudkundig herwerkt worden door het kapitaal, de uitgiftepremies, de belastingvrije reserves en/of de beschikbare reserves te crediteren.

§2. Samenstelling van het eigen vermogen

142. BELANG VAN DE REGELING – Een eerste belangrijke vraag die rijst is hoe het eigen vermogen van de naar België verplaatste vennootschap fiscaalrechtelijk moet worden bekeken. Het eigen vermogen kan gekwalificeerd worden als fiscaal gestort kapitaal, belaste reserves of vrijgestelde reserves. Fiscaal gestort kapitaal zal niet onderworpen worden aan de Belgische vennootschapsbelasting en kan belastingvrij worden uitgekeerd aan de aandeelhouders. Belaste reserves worden niet meer onderworpen aan de vennootschapsbelasting en de belastingvrije reserves moeten nog het volledige fiscale stelsel in België ondergaan.⁴⁴⁷ Merk op dat het nieuw kapitaalbegrip (zie supra nr. 122) ook voor de immigratie van vennootschappen tot (tekstuele) aanpassingen van het WIB '92 heeft geleid.

143. BELGISCHE WETTELIJKE REGELING – België hanteert als principe dat het geen belastingen zal heffen op bestanddelen waar het voor de zetelverplaatsing geen heffingsbevoegdheid op had.⁴⁴⁸ Dit principe wordt met betrekking tot de eigen vermogensstructuur van de vennootschap veruitwendigd in artikel 184bis, §5 WIB '92: *“Ingeval een buitenlandse vennootschap haar voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer naar België overbrengt en ten gevolge van deze overbrenging onderworpen wordt aan de Belgische vennootschapsbelasting, dan wordt ten name van de ten gevolge van deze overbrenging ontstane binnenlandse vennootschap, het bedrag van het gestorte kapitaal geacht overeen te stemmen met het kapitaal, de uitgiftepremies en de bedragen waarop ingeschreven is ter gelegenheid van de uitgifte van winstbewijzen, in de mate en binnen de grenzen bedoeld in artikel 184, eerste en tweede lid.*

De andere bestanddelen van het eigen vermogen worden als belaste bestanddelen aangemerkt, met uitzondering van de vrijgestelde reserves verbonden aan een Belgische inrichting waarover die buitenlandse vennootschap beschikte voor de overbrenging.

In afwijking van het tweede lid worden de andere in het buitenland overgebrachte bestanddelen van het eigen vermogen als vrijgestelde reserves aangemerkt indien de overbrenging gebeurt vanuit een vennootschap als bedoeld in artikel 203, §1, eerste lid, 1°, behalve wanneer die vennootschap gevestigd is in een lidstaat van de Europese Unie en daar aan de gemeenschappelijke bepalingen inzake belastingen is onderworpen.

[...]

⁴⁴⁷ L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 248-249.

⁴⁴⁸ Memorie van Toelichting bij het ontwerp van de wet van 11 december 2008 houdende wijzigingen van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 teneinde het in overeenstemming te brengen met de richtlijn 90/434/EEG van de raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, gewijzigd bij richtlijn 2005/19/EEG van de raad van 17 februari 2005, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 1398/1, 16.

144. FISCAAL GESTORT KAPITAAL – Het fiscaal gestort kapitaal van de geïmmigreerde vennootschap bestaat uit het (statutair) kapitaal, de uitgiftepremies en de bedragen waarop ingeschreven is ter gelegenheid van de uitgifte van winstbewijzen, in de mate en binnen de grenzen bedoeld in artikel 184, eerste en tweede lid (art. 184*bis*, §5, eerste lid WIB '92). Om het fiscaal gestort kapitaal te bepalen, moet de totstandkoming van het kapitaal worden gereconstrueerd en geëvalueerd op basis van de criteria die in België voor fiscaal gestort kapitaal worden gesteld in artikel 184, eerste tot derde lid WIB '92.⁴⁴⁹ Voor de bepaling van het fiscaal gestort kapitaal mag enkel rekening gehouden worden met werkelijk gestorte inbrengen in geld of in natura andere dan inbrengen in nijverheid, en in zoverre er geen terugbetaling of vermindering heeft plaatsgevonden.⁴⁵⁰ Uitgiftepremies en andere bedragen waarop wordt ingeschreven ter gelegenheid van de uitgifte van aandelen of winstbewijzen worden met fiscaal gestort kapitaal gelijkgesteld, op voorwaarde dat ze op het passief van de balans vermeld worden op een of meer afzonderlijke rekeningen onder het eigen vermogen op het passief van de balans.⁴⁵¹ Indien men emigreert vanuit een land dat een dergelijke regel niet voorziet opdat een uitgiftepremie of winstbewijs als fiscaal gestort kapitaal wordt aangemerkt, dan is het voldoende dat men aan deze voorwaarden voldoet vanaf de dag dat men naar België is geïmmigreerd.⁴⁵²

145. BELASTE RESERVES – Alle andere bestanddelen van het eigen vermogen worden als belaste reserves aangemerkt (art. 184*bis*, §5, tweede lid WIB '92). Dit is volledig in lijn met het algemeen principe dat België geen belastingen zal heffen op die bestanddelen die ze zonder een zetelverplaatsing niet zou kunnen belasten. Indien deze belaste reserves worden uitgekeerd, zal wel roerende voorheffing verschuldigd zijn. Een Belgische aandeelhouder die een uitkering krijgt van een buitenlandse vennootschap zal roerende voorheffing verschuldigd zijn op die uitkering.⁴⁵³

Voor de wet van 11 december 2008 was deze problematiek nog niet in de wet geregeld. Het hof van beroep van Antwerpen moest zich uitspreken over de kwalificatie van meerwaarden op aandelen van een naar België verplaatste vennootschap die opgericht was in Nederland.⁴⁵⁴ De Nederlandse

⁴⁴⁹ L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 249.

⁴⁵⁰ Artikel 184, eerste lid WIB '92.

⁴⁵¹ Artikel 184, tweede lid WIB '92.

⁴⁵² A. HAELTERMAN, "Belgische fiscale regels inzake emigratie en immigratie van vennootschappen" in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 140.

⁴⁵³ A. HAELTERMAN, "Belgische fiscale regels inzake emigratie en immigratie van vennootschappen" in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 140; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 249; Voorafgaande Beslissing nr. 2013.404 van 12 november 2013, www.stradalex.com.

⁴⁵⁴ Antwerpen 1 april 2008, *FJF* 2009, afl. 17, 698.

vennootschap had stelselmatig meerwaarden geboekt op haar participatie in een andere onderneming. In Nederland is deze meerwaarde vrijgesteld.⁴⁵⁵ Bij haar vertrek uit Nederland rekent de vennootschap haar latente meerwaarden af met de Nederlandse fiscus. Op de meerwaarde op haar participatie waren geen belastingen verschuldigd. De Belgische fiscus is van oordeel dat de vennootschap na haar zetelverplaatsing belasting verschuldigd is op de totale meerwaarde van de participatie en dus ook op de meerwaarde die in Nederland werd opgebouwd. Ze argumenteert hiervoor dat de meerwaarde nooit belast is geweest en dat de vennootschap bij haar aankomst in België nooit aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde heeft voldaan.⁴⁵⁶ Het hof is van oordeel dat de meerwaarden gevormd voor de zetelverplaatsing enkel in Nederland kunnen belast worden als gevolg van de territoriale werking van de Belgische vennootschapsbelasting. Reserves die op het ogenblik van de emigratie bestonden, worden in België als definitief belaste reserves beschouwd.⁴⁵⁷ Het hof beroept zich ook op het antwoord van een parlementaire vraag omtrent de meerwaarden op aandelen.⁴⁵⁸

Uit het arrest kan men afleiden dat de kwalificatie van de reserves die in het buitenland gegeven werd, in België zal doorwerken. Dit volgt uit de continuïteit van de rechtspersoonlijkheid en de neutraliteit van de zetelverplaatsing. De zetelverplaatsing wijzigt de aard van de reserves niet.⁴⁵⁹ Na het arrest was het onzeker of elke zetelverplaatsing tot gevolg had dat de winsten geacht werden hun normale aanslagregime ondergaan te hebben.⁴⁶⁰ Indien dit het geval was, zou dit perspectieven openen voor hevige fiscale planning. Deze rechtspraak werd kort nadien bevestigd in artikel 184*bis*, §5 WIB '92, al heeft de wetgever deze mogelijkheid tot planning ingezien en een serieuze stok achter de deur gehouden (zie infra nr. 147).

146. VRIJGESTELDE RESERVES – De vrijgestelde reserves die verbonden zijn aan een Belgische inrichting waarover de buitenlandse vennootschap beschikte voor de overbrenging van de vennootschap naar

⁴⁵⁵ Art. 13.1 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, www.wetten.overheid.nl.

⁴⁵⁶ Een vennootschap die van een voorlopig vrijgestelde reserve geniet, moet deze reserve op een aparte balanspost zetten door een onbeschikbare reserve aan te leggen (art. 190 WIB '92).

⁴⁵⁷ In Nederland worden de reserves beschouwd als 'belaste reserves' ook al werd er geen effectieve belasting op geheven. In België moeten deze reserves dan ook de stempel van 'belaste reserve' krijgen. België kan geen belasting heffen op deze reserves. Naast het territorialiteitsbeginsel is dit een toepassing van het "*exemption vaut impôt*"-principe. Een inkomen dat in het buitenland zijn normaal belastingregime heeft ondergaan, wordt in België beschouwd als een inkomen onderworpen aan de buitenlandse belasting, zelf al voorziet het buitenlands belastingregime in een vrijstelling van het inkomen (Cass. 15 september 1970, *Pas.* 1971, I, 37, *Sidro*).

⁴⁵⁸ *Vr. en Antw.* Senaat 1994, 29 maart 1994, nr. 742, 2926 (vr. nr. 996, DE CLIPPELE). De Minister van Financiën antwoordde bevestigend op de vraag of de meerwaarde op aandelen van een buitenlandse holdingvennootschap die haar aandelen verkocht heeft en nadien haar zetel naar België verplaatst als belaste reserves worden beschouwd. Zie ook F. MORTIER, noot onder Antwerpen 1 april 2008, *Fisc.Koer.* 2008, 698.

⁴⁵⁹ K. BRONSELAAR, "Landinwaartse zetelverplaatsing en voorheen uitgedrukte meerwaarden op aandelen: de Belgische fiscus vist achter het net" (noot onder Antwerpen 1 april 2008), *TFR* 2009, afl. 360, 368.

⁴⁶⁰ F. MORTIER, noot onder Antwerpen 1 april 2008, *Fisc.Koer.* 2008, 706.

België vormen een uitzondering op de aanmerking van het statuut van belaste reserve (art. 184*bis*, §5, tweede lid *in fine* WIB '92). Dit past opnieuw volledig in de neutraliteitsgedachte. België ging reeds voor de zetelverplaatsing belasting kunnen heffen op deze reserves, dus na de zetelverplaatsing behouden de reserves hetzelfde statuut.

147.VENNOOTSCHAPPEN UIT BELASTINGPARADIJZEN – Indien de overbrenging gebeurt vanuit een vennootschap als bedoeld in artikel 203, §1, eerste lid, 1° WIB '92, vormen de andere bestanddelen van het eigen vermogen naast het fiscaal gestort kapitaal vrijgestelde reserves (art. 184*bis*, §5, derde lid WIB '92). Het gaat om overbrengingen van een vennootschap die niet aan de vennootschapsbelasting of aan een buitenlandse belasting van gelijke aard als die belasting is onderworpen of die gevestigd is in een land waar de gemeenrechtelijke bepalingen inzake belastingen aanzienlijk gunstiger zijn dan in België (art. 203, §1, eerste lid, 1° WIB '92). De beoordeling van het laag- of niet-belaste statuut van de vennootschap moet gebeuren op het ogenblik van de immigratie.⁴⁶¹ Deze regeling gaat wel ver. Een buitenlandse vennootschap die in het buitenland als transparant of *translucide* (zie supra nr. 17) wordt aangemerkt, valt ook onder de definitie van artikel 203, §1, eerste lid, 1° WIB '92.⁴⁶² Deze vennootschappen kunnen echter wel degelijk een normaal belastingregime ondergaan, want hun vennoten worden belast in de personenbelasting op de winsten van de vennootschap. Er is dus geen enkele reden om deze transparante of *translucide* vennootschappen die hun zetel naar België verplaatsen te 'straffen' door hun reserves als vrijgestelde reserves aan te merken.

§3. Waardering van de activabestanddelen en de step up verplichting

148.DISCREPANTIE TUSSEN BOEKWAARDE EN MARKTWAARDE – Een vennootschap die haar zetel verplaatst naar België heeft verschillende activa op haar balans staan. De boekwaarde en de marktwaarde van deze activa zijn in veel gevallen niet gelijk, waardoor er latente meerwaarden op de activabestanddelen zitten. De bevoegdheid tot belastingheffing over die latente meerwaarden gaat op het ogenblik van de verplaatsing van de zetel over op België. Het is dus van belang om te weten aan welke waarde deze vermogensbestanddelen in België in rekening zullen worden genomen.

⁴⁶¹ Voorafgaande Beslissingen nr. 2013.404 van 12 november 2013 en nr. 2014.660 van 10 februari 2015, www.stradalex.com.

⁴⁶² A. HAELTERMAN, "Belgische fiscale regels inzake emigratie en immigratie van vennootschappen" in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 141.

Deze materie is het onderwerp geweest van een harmonisatie in de ATA-Richtlijn. Deze richtlijn werd intussen omgezet in nationale wetgeving door de wet van 25 december 2017.⁴⁶³ Om een goed beeld te krijgen van de nieuwe wetgeving zal de oude wetgeving samen met de tekortkomingen en de problemen eerst aan bod komen.

1. De onduidelijkheid voor de hervorming

149. WAARDERING VOLGENS BOEKWAARDE (?) – Het principe van de waardering van de activabestanddelen is als volgt opgenomen in artikel 184ter, §2, tweede lid (oud) WIB'92⁴⁶⁴: *ingeval van de overbrenging naar België van haar maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer door een buitenlandse vennootschap worden voor wat betreft de bestanddelen verbonden aan de buitenlandse inrichtingen of de in het buitenland gelegen bestanddelen waarover deze vennootschap beschikt, de later gerealiseerde meerwaarden en minderwaarden wat deze activa betreft, vastgesteld uitgaande van de boekwaarde op het ogenblik van de verrichting.* De tekst van de wet doet vermoeden dat België vanuit fiscaal oogpunt kiest om de bestanddelen op te nemen aan de boekwaarde die ze hadden in de vertrekstaat. Dit zou tot gevolg hebben dat België meerwaarden kan belasten die niet aangegroeid zijn in België. Dit kan aanleiding geven tot dubbele belasting.⁴⁶⁵ De tekst van de wet staat in schril contrast met de tekst in de memorie van toelichting: *voor wat betreft de buitenlandse bestanddelen van de vennootschap die haar zetel naar België verplaatst, geldt opnieuw dat deze fiscaal in aanmerking worden genomen voor een aanschaffingswaarde gelijk aan de werkelijke waarde van deze bestanddelen op de datum van de zetelverplaatsing.*⁴⁶⁶

Als antwoord op een parlementaire vraag heeft de Minister van Financiën de letterlijke tekst van de wet toegepast.⁴⁶⁷ Een vennootschap met haar zetel in een EU-lidstaat verplaatst haar zetel naar België. Op de balans van de vennootschap staat een obligatieportefeuille met een boekwaarde van 100 EUR. Op het moment van de zetelverplaatsing was de werkelijke waarde 120 EUR. Door de emigratie was de vennootschap een exithelling op deze meerwaarde van 20 EUR verschuldigd. Na de zetelverplaatsing wordt de obligatieportefeuille verkocht voor 130 EUR. De vraag was of de vennootschap belasting verschuldigd was op de aangegroeide meerwaarde in België van 10 EUR, dan wel op de totale

⁴⁶³ Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, BS 29 december 2017, 116422.

⁴⁶⁴ Merk op dat in de oude tekst van de wet nog verwezen wordt naar de verplaatsing van de maatschappelijke zetel. Door de aanpassing van het WIB '92 door de wet van 17 maart 2019 vinden we de maatschappelijke zetel niet meer terug in de huidige artikelen met betrekking tot de grensoverschrijdende zetelverplaatsing.

⁴⁶⁵ L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", TRV/RPS 2016, 244.

⁴⁶⁶ Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2007-08, nr. 52-1398/001, 1

⁴⁶⁷ Vr. en Antw. Kamer 2015-16, 24 maart 2016, nr. 54-70, 242 (vr. nr. 886, VAN BIESEN).

meerwaarde van 30 EUR, zijnde het verschil in de verkoopprijs en de boekwaarde. De Minister van Financiën oordeelde dat *op basis van de huidige wettelijke bepalingen de meerwaarde van 30 EUR in principe volledig belastbaar is in België*. Dit is een uiterst betwistbaar standpunt. Een emigrerende vennootschap krijgt niet alleen te maken met een exitheffing, maar in dit geval ook met een *entry*belasting. De meerwaarde van 20 EUR werd in de vertrekstaat reeds belast, dus de waardering van activabestanddelen volgens boekwaarde leidt tot dubbele belasting.⁴⁶⁸

In de rechtsleer werd een praktische benadering van de wet vooropgesteld. De term ‘boekwaarde’ uit artikel 184ter, §2, tweede lid (oud) WIB’92 zou dan verwijzen naar de boekwaarde in de Belgische jaarrekening. Deze boekwaarde is niet noodzakelijk gelijk aan de boekwaarde die het actiefbestanddeel had in het land van emigratie. Het is de vennootschap toegelaten om op het moment van de zetelverplaatsing de boekwaarde van de actiefbestanddelen te herwaarderen aan de marktwaarde.⁴⁶⁹ Dit volgt expliciet uit de memorie van toelichting: “[...] *De meerwaarden gerealiseerd op dergelijke bestanddelen van intra-Europese vennootschappen waren hoegenaamd niet belastbaar in België. Bijgevolg worden latere meerwaarden met betrekking tot dergelijke buitenlandse bestanddelen vastgesteld uitgaande van de boekwaarde van deze bestanddelen op het ogenblik van deze verrichting.*”⁴⁷⁰

150. CREATIE VAN AFTREKPOSTEN – Het toekennen van deze fiscale step-up heeft op het eerste zicht enkel tot gevolg dat België geen meerwaarden kan belasten die ze voorheen ook niet kon belasten. Een meerwaarde kan echter ook gebruikt worden om een afschrijving, een minderwaarde of een waardevermindering op te boeken. Deze hebben telkens tot resultaat dat ze van de belastbare winst kunnen afgetrokken worden. In dat opzicht werd een zesde lid in artikel 184ter, §2, (oud) WIB’92 geschreven: “*In de gevallen bedoeld in het eerste en het tweede lid, worden de minderwaarden, waardeverminderingen of afschrijvingen met betrekking tot de op het moment van de verrichting of de zetelverplaatsing in het buitenland gelegen bestanddelen evenwel slechts in aanmerking genomen voor zover deze leiden tot een fiscale nettowaarde die lager is dan de boekwaarde van deze bestanddelen op het ogenblik van de verrichting of de verplaatsing verminderd met het bedrag van de*

⁴⁶⁸ L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Immigratie van vennootschappen naar België: dubbele belasting”, *Fiscoloog* 2016, afl. 1478, 6; N. DELVIGNE, M. POSSOZ en L. VANDENAMEELE, “Immigration de sociétés en Belgique: avis de la CNC et nouvelles disposition fiscales”, *TRV/RPS* 2018, afl. 7, 686.

⁴⁶⁹ A. HAELTERMAN, “Belgische fiscale regels inzake emigratie en immigratie van vennootschappen” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 132; Y. VERDINGH, “Zetelverplaatsingen”, in X. (ed.), *Vennootschap en belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2016, 249; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 244-245.

⁴⁷⁰ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1398/004, 11. Eigen onderlijning.

herwaarderingen van deze bestanddelen verricht voor de zetelverplaatsing dat in het land van vestiging van de vennootschap voor de zetelverplaatsing niet daadwerkelijk aan belasting werden onderworpen.”

Hiermee heeft de wetgever willen vermijden dat het bedrag van de herwaarderingen die werden verricht voor de zetelverplaatsing, die in de vertrekstaat niet daadwerkelijk aan belasting werden onderworpen in België gebruikt konden worden om de belastbare basis te drukken.⁴⁷¹

Het gevolg van deze bepaling is dat voor het bepalen van minderwaarden, waardeverminderingen en afschrijvingen enkel van de werkelijke waarde mag uitgegaan worden indien het verschil tussen de werkelijke waarde en de boekwaarde voor de zetelverplaatsing daadwerkelijk belast werd in de vertrekstaat. Werd deze meerwaarde niet belast, dan zal voor deze minderwaarden, waardeverminderingen en afschrijvingen rekening gehouden worden met de boekwaarde van het bestanddeel voor de zetelverplaatsing. Voor meerwaarden daarentegen kan steeds worden uitgegaan van de werkelijke waarde op het ogenblik van de zetelverplaatsing, met uitzondering van zetelverplaatsingen vanuit belastingparadijzen.⁴⁷² Dit leidt tot praktische complexiteit. Indien geen exitheffing werd geheven op alle actiefbestanddelen zal er rekening moeten gehouden worden met twee fiscale waarden.⁴⁷³

151. OVERBRENGING VAN VENNOOTSCHAPPEN UIT BELASTINGPARADIJZEN – In artikel 184ter §2, derde lid (oud) WIB'92 is een afwijking voorzien op de waardering volgens de geherwaardeerde boekwaarde voor zetelverplaatsingen uit belastingparadijzen: *“Het tweede lid is niet van toepassing indien de overbrenging gebeurt vanuit een vennootschap als bedoeld in artikel 203, §1, eerste lid, 1°, behalve wanneer die vennootschap gevestigd is in een lidstaat van de Europese Unie en daar aan de gemeenrechtelijke bepalingen inzake belastingen is onderworpen.”* De wet specificeert echter niet welke waarde er wel moet worden gehanteerd. Deze bepaling lijkt moeilijk te kaderen in de tekst van de wet, want volgens de logische redenering die de wet volgt zou ook hier de boekwaarde van de buitenlandse activabestanddelen als waardering naar voor moeten geschoven worden.⁴⁷⁴ Als de waarderingsregels die de Minister van Financiën naar voor lijkt te schuiven (zie supra nr. 149) gehanteerd worden, dan voegt deze bepaling niets toe aan de gewone regel. Als je de werkelijke (of de geherwaardeerde

⁴⁷¹ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1398/001, 33; T. BLOCKERYE, *Acquisitions, fusions et reorganizations de sociétés*, Limal, Anthemis, 2012, 270, voetnoot 453; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 247.

⁴⁷² Y. VERDINGH, “Zetelverplaatsingen”, in X. (ed.), *Vennootschap en belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2016, 250.

⁴⁷³ L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 247.

⁴⁷⁴ M. VAN GILS, “Zetelverplaatsing voor en na de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie”, *TFR* 2009, afl. 369, 834.

boek-)waarde neemt als waarderingsregel, dan is deze bepaling wel begrijpelijk. Meerwaarden zullen in belastingparadijzen niet of nauwelijks belast zijn geworden. Om de zetelverplaatsing naar België geen aanleiding te laten geven tot verrijking van de vennootschap gaat men uit van de historische boekwaarde van het actiefbestanddeel. In dergelijke gevallen is er geen gevaar van dubbele belasting en kan België de aangegroeide meerwaarden in het belastingparadijs belasten.⁴⁷⁵

152. BELGISCHE INRICHTING – De voorafgaande aanwezigheid van een vaste inrichting zorgt ervoor dat de vennootschap voor de bestanddelen van deze inrichting reeds aan de Belgische belasting van niet-inwoners was onderworpen. In het vierde en het vijfde lid van artikel 184ter §2 (oud) WIB'92 is een afzonderlijke regeling uitgewerkt. Meerwaarden van Belgische vaste inrichtingen die geherwaardeerd werden naar aanleiding van de immigratie naar België worden *gelijkgesteld met de in artikel 44, §1, 1°, bedoelde uitgedrukte, niet verwezenlijkte meerwaarden* (art. 184ter §2, vijfde lid (oud) WIB'92). De vrijstelling in de vennootschapsbelasting is maar van toepassing zolang voldaan is aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde (art. 190, tweede lid WIB '92).⁴⁷⁶ De bedoeling van de wetgever is dat de zetelverplaatsing geen invloed heeft op de fiscale toestand van Belgische vaste inrichtingen.⁴⁷⁷

153. TERUGNAME VAN WAARDEVERMINDERINGEN OP AANDELEN – De wetgever heeft nagelaten om de problematiek omtrent de terugname van waardeverminderingen na de zetelverplaatsing van waardeverminderingen die voorafgaand aan de zetelverplaatsing werden geboekt te regelen. De Dienst Voorafgaande Beslissingen is wel op deze problematiek ingegaan.⁴⁷⁸ Twee Luxemburgse vennootschappen wensten naar België te immigreren om hier te fuseren met elkaar. Voor de verplaatsing van hun zetel hadden ze ten gevolge van een beursdaling een waardevermindering geboekt op hun deelneming in een Belgische vennootschap. Na de verrichtingen wensten de vennootschappen deze waardevermindering terug te nemen. De DVB is van oordeel dat *een terugname van een waardevermindering op aandelen op fiscaal vlak niet als een terugname van een waardevermindering op aandelen wordt beschouwd, maar als een in artikel 44, §1, 1° WIB '92 bedoelde*

⁴⁷⁵ Y. VERDINGH, "Zetelverplaatsingen", in X. (ed.), *Vennootschap en belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2016, 250; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 245.

⁴⁷⁶ Om te voldoen aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde is vereist dat het vrijgestelde bedrag op één of meer afzonderlijke rekeningen van het passief geboekt is en blijft en niet tot grondslag dient voor de berekening van de jaarlijkse dotatie aan de werkelijke reserve of van enige beloning of toekenning.

⁴⁷⁷ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1398/001, 19; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 247. Artikel 184ter, §2, vierde lid (oud) WIB '92 illustreert dit door te bepalen dat de overbrenging in dit geval *niet tot gevolg mag hebben dat de oorspronkelijke termijn voor herbelegging van de meerwaarden wordt verlengd*.

⁴⁷⁸ Voorafgaande Beslissing nr. 2012.034 van 29 mei 2012, www.stradalex.com.

uitgedrukte niet verwezenlijkte meerwaarde die aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde (artikel 190 WIB '92) dient te voldoen om vrijgesteld te kunnen worden.

Minderwaarden op aandelen worden fiscaal niet als beroepskost aangemerkt (art. 198, §1, 7° WIB '92).⁴⁷⁹ Boekhoudkundig is een terugname van dergelijke waardeverminderingen te beschouwen als een uitzonderlijke opbrengst. Deze opbrengst wordt vrijgesteld bij hun latere terugname indien *de waardeverminderingen op aandelen voordien krachtens artikel 198, 7° WIB '92 als verworpen uitgave zijn belast* (art. 74, tweede lid, 1°, derde gedachtestreepje KB/WIB '92). Het hof van beroep van Antwerpen boog zich in een arrest van 4 september 2018 over de vraag hoe deze bepaling moet toegepast worden in het kader van een immigratie.⁴⁸⁰ Het hof aanvaardt de toepassing van artikel 74, tweede lid, 1° KB/WIB '92 niet. Ze is van mening dat er geen equivalent bestaat in Luxemburg van artikel 198, §1, 7° WIB '92, maar dat hoeft helemaal niet. Artikel 74, tweede lid, 1° KB/WIB '92 is niet van toepassing op enige terugname van een waardevermindering die in het buitenland werd geboekt, want het gaat om aandelen die *krachtens* artikel 198, eerste lid, 7° als verworpen uitgave werden belast. Een soortgelijke bepaling wordt niet in de wet vermeld.⁴⁸¹ De fiscale startwaarde is in België gelijk aan de boekwaarde van de overgedragen bestanddelen op datum van de verrichting. De activa worden in België gezien als nieuwe activa die nog geen waardeverminderingen hebben ondergaan, waardoor het hof van oordeel is dat de terugname fiscaal aan te merken is als een in artikel 44, §1, 1° WIB '92 bedoelde uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarde. Deze kan worden vrijgesteld door te voldoen aan de ontaantastbaarheidsvoorwaarde (art. 190 WIB '92). Deze uitspraak sluit aan bij de beslissing die de Dienst Voorafgaande Beslissing genomen heeft.⁴⁸²

Deze behandeling van waardevermindering op aandelen die in het buitenland werden aangenomen is mogelijks in strijd met het Europese vrij vestigingsverkeer. Een buitenlandse vennootschap die waardeverminderingen op haar aandelen heeft geboekt wordt gediscrimineerd ten opzichte van Belgische vennootschappen. België hanteert een verschillende regeling op buitenlandse vennootschappen die een terugname van een waardevermindering op aandelen doorvoeren en nadien in België terugnemen en binnenlandse vennootschappen die een waardevermindering op aandelen terugnemen. Indien de minderwaarde in het buitenland niet verworpen wordt, is eenzelfde regeling

⁴⁷⁹ Met uitzondering van de minderwaarden op aandelen geleden n.a.v. de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen tot ten hoogste het gestorte kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd.

⁴⁸⁰ Antwerpen 4 september 2018, *Fiscoloog* 2018, afl. 1585, 12, weergave CB.

⁴⁸¹ W. WILLEMS, "Het (onzekere) lot van buitenlandse waardeverminderingen en verliezen na zetelverplaatsing", *AFT.Act.* 2018, afl. 36, 5.

⁴⁸² B. DE COCK en B. VAN VLIERDEN, "Wat met terugname waardevermindering op aandelen na zetelverplaatsing?", *Fiscoloog (l.)* 2018, afl. 418, 5.

van toepassing op buitenlandse en Belgische vennootschappen. Een terugname van de waardevermindering zal aan de belastbare basis toegevoegd worden. Indien de minderwaarde in het buitenland verworpen wordt, dan zal de buitenlandse vennootschap verschillend behandeld worden dan de binnenlandse vennootschap.⁴⁸³ Merk op dat sinds de hervorming van de vennootschapsbelasting (zie infra nr. 156) enkel nog aangegroeide winsten in België belast worden.⁴⁸⁴ Op het ogenblik van de zetelverplaatsing wordt de werkelijke waarde van de aandelen in aanmerking genomen. De regeling is dan sowieso niet in strijd met het Europees vrij vestigingsverkeer. Deze stelling zal echter anders luiden indien in het buitenland verliezen aanwezig zijn die na de zetelverplaatsing niet meer kunnen aangewend worden op toekomstige winsten (zie infra nr. 162).

2. Waardering na de hervorming

2.1. Anti Tax Avoidance Directive

154. VERPLICHTE TOEKENNING STEP-UP – Aangezien een vennootschap binnen de EU altijd een exitheffing zal betalen op haar latente meerwaarden in de vertrekstaat, moet men dubbele belasting vermijden door het toekennen van een fiscale step-up voor fiscale doeleinden in de immigratiestaat.⁴⁸⁵ Men tracht te vermijden dat dezelfde waardeangroei twee maal belast wordt. Met dit doel voor ogen werd artikel 5, vijfde lid ATA-Richtlijn geschreven⁴⁸⁶: *Wanneer de activa, de fiscale woonplaats of het bedrijf van een vaste inrichting naar een andere lidstaat worden of wordt overgebracht, aanvaardt die lidstaat de waarde die is vastgesteld door de lidstaat van de belastingplichtige of van de vaste inrichting als beginwaarde van deze activa voor belastingdoeleinden, tenzij deze niet overeenstemt met de marktwaarde.*

De regeling houdt in dat de fiscaal in aanmerking te nemen boekwaarde van de activa en de afschrijvingen in de immigratiestaat zullen bepaald worden op basis van de marktwaarde⁴⁸⁷ die de vertrekstaat in aanmerking heeft genomen voor de bepaling van de exitheffing. De richtlijn spreekt zich niet uit hoe de vertrekstaat belastingen op de latente meerwaarden moet heffen en tegen welk tarief

⁴⁸³ Zie bv. Voorafgaande Beslissing nr. 2012.034 van 29 mei 2012 en Antwerpen 4 september 2018, zie voetnoten 478 en 480.

⁴⁸⁴ De aandelen zullen aan de werkelijke waarde in de boekhouding opgenomen worden. De vertrekstaat zal dan aan de grens afrekenen op basis van deze werkelijke waarde en België zal enkel de waardeschommelingen die zich na de zetelverplaatsing voordoen in aanmerking nemen.

⁴⁸⁵ S. PEETERS, "Exit taxation: From an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool, *EC Tax Review* 2013, art. 3, 131; W. WILLEMS, Exit- en entry-taxatie. Analyse van de Anti Tax Avoidance-richtlijn en de impact op het Belgisch fiscaal recht", *AFT* 2017, afl. 11, 15.

⁴⁸⁶ De ATA-Richtlijn voorziet vier gevallen waar er in een exitheffing moet worden voorzien (art. 5 ATA-richtlijn).

⁴⁸⁷ Marktwaarde wordt gedefinieerd als het bedrag waarover activa kunnen worden verhandeld of wederzijdse verplichtingen kunnen worden afgewikkeld in een rechtstreekse transactie tussen bereidwillige niet-gerelateerde kopers en verkopers (art. 5, zesde lid ATA-Richtlijn).

dit moet gebeuren.⁴⁸⁸ Voor de lidstaat van aankomst wordt wel verwezen naar die waarde die vertrekstaat in acht neemt als beginwaarde voor belastingdoeleinden. Wanneer de lidstaat van vertrek een andere waarde zou aannemen, zoals de waarde vastgesteld voor boekhoudkundige doeleinden, dan zou de logica van de ATA-Richtlijn doorbroken worden.⁴⁸⁹ De step-up die de lidstaat van aankomst toekent aan de vennootschap zou erop moeten neerkomen dat de startwaarde in dat land dezelfde is als de waarde waarop exitheffingen werden geheven.

155.TENZIJ DEZE NIET OVEREENSTEMT MET DE MARKTWAARDE – De laatste zinsnede ‘tenzij deze niet overeenstemt met de marktwaarde’ laat lidstaten toe om de marktwaarde die in de andere staat gebruikt werd om de hoogte van de exitheffing te bepalen aan te vechten.⁴⁹⁰ In de voorafgaande overwegingen van de richtlijn is expliciet opgenomen dat het noodzakelijk is dat de ontvangende staat de mogelijkheid heeft om de door de vertrekstaat bedoelde waarde van de overgebrachte activa te betwisten wanneer deze de marktwaarde niet weergeeft.⁴⁹¹ Indien een lidstaat effectief overgaat tot betwisting van de marktwaarde bestaat opnieuw het risico op dubbele belasting of dubbele niet-belasting.⁴⁹²

Het is onduidelijk of deze betwisting van de waarde een verplichting is in hoofde van de lidstaten. Volgens een letterlijke lezing van artikel 5, vijfde lid ATA-richtlijn is het niet vereist dat een step-up toegekend wordt tot de correcte marktwaarde. De verplichting tot het toekennen van de step-up naar de correcte marktwaarde brengt een dubbele belasting of een dubbele niet-belasting met zich mee, maar is wel volledig conform het territorialiteitsbeginsel. In dat opzicht zal het aankomstland geen meerwaarden belasten die niet op haar grondgebied zijn aangegroeid. Indien de step-up naar de correcte marktwaarde niet wordt verleend, dan heeft dit tot gevolg dat er een correcte hoeveelheid aan belastingen zal geheven worden in hoofde van de vennootschap, al zal dit niet volledig conform

⁴⁸⁸ S. PEETERS, “Exit taxation: From an internal market Barrier to a tax avoidance prevention tool, *EC Tax Review* 2013, art. 3, 132.

⁴⁸⁹ W. WILLEMS, Exit- en entry-taxatie. Analyse van de Anti Tax Avoidance-richtlijn en de impact op het Belgisch fiscaal recht”, *AFT* 2017, afl. 11, 17.

⁴⁹⁰ S. PEETERS, “Exit taxation: From an internal market Barrier to a tax avoidance prevention tool, *EC Tax Review* 2013, art. 3, 132; W. WILLEMS, Exit- en entry-taxatie. Analyse van de Anti Tax Avoidance-richtlijn en de impact op het Belgisch fiscaal recht”, *AFT* 2017, afl. 11, 17.

⁴⁹¹ Overweging nr. 10 ATA-Richtlijn.

⁴⁹² S. LOOSVELT en H. DURIEU, “Europese Anti-Tax Avoidance Richtlijn doorgelicht”, *Intern.fisc.act.* 2017, afl. 1, 3; W. WILLEMS, Exit- en entry-taxatie. Analyse van de Anti Tax Avoidance-richtlijn en de impact op het Belgisch fiscaal recht”, *AFT* 2017, afl. 11, 17. In de overgrote meerderheid van de gevallen zal het echter om dubbele belasting gaan, want indien de vertrekstaat een te lage waarde aan de actiefbestanddelen heeft gegeven, zal de ontvangststaat met alle plezier deze waarde aannemen om nadien belastingen te heffen op de meerwaarden. Als de waarde die de vertrekstaat in acht neemt te hoog is, zal de ontvangststaat deze waarde betwisten en een lagere waarde aannemen voor de interne fiscale doeleinden. Dezelfde (meer)waarde zal zowel in de vertrekstaat als de ontvangststaat belast worden.

het territorialiteitsbeginsel zijn. Met het oog op het doel van de richtlijn, nl. het tegengaan van belastingontwijkingspraktijken en dubbele heffing,⁴⁹³ lijkt een verplichting van de betwisting van de waarde niet opportuun. Om de doelstelling van de richtlijn te bereiken, maar toch de aangroei van de meerwaarden te belasten waar deze zich heeft voorgedaan, lijkt het m.i. beter om een mogelijkheid of zelfs een verplichting tot onderling overleg in te schrijven indien de vertrekstaat een verkeerde waarde gehanteerd heeft. Zo kan deze waarde en de bijhorende exitheffing kan aangepast worden naar de correcte marktwaarde. Indien de staat van vertrek blijft werken met een incorrecte marktwaarde, moet het mogelijk zijn om een correcte toepassing van de richtlijn af te dwingen zonder dat de belastingplichtige de dubbele rekening moet betalen.

2.2. *Hervorming van de vennootschapsbelasting*

156. WET VAN 25 DECEMBER 2017 – Samen met de hervorming van de vennootschapsbelasting⁴⁹⁴ heeft België de richtlijn in haar nationale wetgeving omgezet. De nationale wetgeving gaat verder dan wat de Europese richtlijn vereist. De step-up regeling is ook van toepassing voor zetelverplaatsingen buiten de Europese Unie voor zover de betrokken meerwaarden in het land van vertrek aan belasting worden onderworpen en voor zover met dat land uitwisseling van fiscale inlichtingen mogelijk is op grond van een bilateraal akkoord of een bilateraal of multilateraal gesloten juridisch instrument.⁴⁹⁵

157. PRINCIPE: WAARDERING VOLGENS WERKELIJKE WAARDE – De wetgever heeft de wettekst aangepast teneinde in overeenstemming te zijn met de richtlijn. In geval van de overbrenging naar België van haar voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer door een buitenlandse vennootschap worden, voor wat de bestanddelen aangewend in de buitenlandse inrichtingen of de in het buitenland gelegen bestanddelen waarover deze vennootschap beschikt, de later gerealiseerde meerwaarden, minderwaarden, afschrijvingen en waardeverminderingen wat deze activa betreft, *vastgesteld uitgaande van de werkelijke waarde die zij hebben op het ogenblik van de verrichting* (art. 184ter, §2, tweede lid WIB '92).

Deze werkelijke waarde wordt geacht overeen te stemmen met de waarde die de vertrekstaat aan deze activabestanddelen geeft voor de berekening van de exitheffing op het moment van de zetelverplaatsing, tenzij de administratie aantoont dat de werkelijke waarde lager is (art. 184ter, §2, vijfde lid WIB '92). Een bijkomende voorwaarde is dat de bestanddelen op het ogenblik van de

⁴⁹³ Overweging nr. 5 ATA-Richtlijn.

⁴⁹⁴ Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017, 116442.

⁴⁹⁵ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel van 20 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, DOC 54, nr. 2864/001, 10.

zetelverplaatsing gelegen zijn in een staat waarmee België een akkoord of overeenkomst heeft gesloten of die met België deelneemt aan een ander bilateraal of multilateraal gesloten instrument dat de uitwisseling van inlichtingen mogelijk maakt (art. 184ter, §2, zesde lid WIB '92). De fiscus krijgt de mogelijkheid om de vastgestelde waarde door de vertrekstaat te weerleggen. Met het oog op het misbruik door belastingplichtigen die een hogere waarde in de vertrekstaat met een lagere belastingdruk leggen, is dit een nuttige regel. Omgekeerd voorziet artikel 184ter WIB '92 echter niet in een mogelijkheid voor de belastingplichtige om de waarde die de verstrektstaat aan de activabestanddelen geeft te weerleggen indien deze lager is dan de werkelijke waarde. De tekst van de wet *“tenzij de administratie aantoont dat de werkelijke waarde lager is”*, is niet in overeenstemming met de tekst van de richtlijn die het heeft over *“tenzij deze waarde niet overeenstemt met de werkelijke waarde”*.⁴⁹⁶ Het lijkt erop dat de wetgever bij een te lage waardering van de activabestanddelen in het buitenland volledig vertrouwt op de eerlijkheid van de fiscus. De fiscus zou inlichtingen moeten uitwisselen met de buitenlandse autoriteiten teneinde een juiste waarde in het buitenland in aanmerking te nemen voor de exitheffing.⁴⁹⁷

158.AFWIJKING: GEEN EXITHEFFING IN HET BUITENLAND OF GEEN INLICHTINGEN – In de nieuwe wet werd rekening gehouden met het feit dat een vennootschap ook haar zetel kan verplaatsen naar België vanuit een land dat geen belasting op de meerwaarden heft of dat geen fiscale inlichtingen uitwisselt.⁴⁹⁸ In dat geval wordt de werkelijke waarde van de activabestanddelen bij de zetelverplaatsing *vermoed overeen te stemmen met de aanschaffings- of beleggingswaarde ervan verminderd met de waardeverminderingen en afschrijvingen die zich overeenkomstig de Belgische fiscale wetgeving zou hebben voorgedaan, tenzij het tegendeel wordt aangetoond* (art. 184ter, §2, zevende lid WIB '92). Afschrijvingen met betrekking tot de op het ogenblik van de verrichting in het buitenland gelegen bestanddelen worden slechts in aanmerking genomen in de mate dat zij zijn gegrond op de aanschaffings- of beleggingswaarde. De later gerealiseerde minderwaarden of waardeverminderingen op deze bestanddelen worden vastgesteld uitgaande van de aanschaffings- of beleggingswaarde ervan verminderd met de waardeverminderingen en afschrijvingen overeenkomstig de Belgische fiscale wetgeving (art. 184ter, §2, elfde lid WIB '92). In tegenstelling tot het zevende lid is er in het elfde lid geen tegenbewijs mogelijk.⁴⁹⁹ Dit laatste lid heeft tot doel om bij de gevallen waarin de meerwaarden

⁴⁹⁶ N. DELVIGNE, M. POSSOZ en L. VANDENAMEELE, “Immigration de sociétés en Belgique: avis de la CNC et nouvelles disposition fiscales”, *TRV/RPS* 2018, afl. 7, 688.

⁴⁹⁷ J. COUGNON, “Réforme fiscale à l’impôt des sociétés et transposition des directives ATAD”, *R.G.F.C.P.* 2018, afl. 6, 21-22.

⁴⁹⁸ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, DOC 54, nr. 2864/001, 41.

⁴⁹⁹ B. PEETERS, “De nieuwe regels inzake grensoverschrijdende overdrachten van activa”, *Fiscooloog* 2019, afl. 1598, 9.

bij vertrek niet aan belasting worden onderworpen een fiscale step-up te vermijden. De toekenning van een step-up zou tot een complementair verlies leiden dat zou doorwerken op het Belgisch belastbare resultaat.⁵⁰⁰ Artikel 184ter, §2, elfde lid WIB '92 neemt het oude artikel 184ter, §2, zesde lid WIB '92 over, maar laat helaas na te verduidelijken dat het om de gevallen gaat waarin in het buitenland niet daadwerkelijk belasting werd geheven.⁵⁰¹

In deze waarderingsregels is echter een tekstuele fout geslopen. In artikel 184ter, §2, zevende lid WIB '92 wordt verwezen naar de waardeverminderingen en afschrijvingen die zich overeenkomstig de bepalingen van het WIB *zouden hebben voorgedaan* terwijl artikel 184ter, §2, elfde lid WIB '92 verwijst naar de waardeverminderingen en afschrijvingen die zich overeenkomstig de bepalingen van het WIB *hebben voorgedaan*. In het licht van de bedoeling van de wetgever,⁵⁰² was het beter geweest om in beide leden de voorwaardelijke wijs te gebruiken.⁵⁰³

159.ZETELVERPLAATSING VANUIT BELASTINGPARADIJS – De wet neemt het oude artikel 184ter §2, derde lid WIB '92 quasi identiek over en maakt van de gelegenheid gebruik om tegemoet te komen aan de kritiek dat het artikel niet bepaalt welke waarderingsregels toegepast moeten worden.⁵⁰⁴ Artikel 184ter, §2, zesde lid WIB '92 bepaalt dat *in dat geval de later gerealiseerde waardeverminderingen, meerwaarden en minderwaarden worden vastgesteld uitgaande van de aanschaffings- of beleggingswaarde ervan verminderd met de afschrijvingen en waardeverminderingen die overeenkomstig de bepalingen van het Belgisch fiscaal recht in aanmerking zouden zijn genomen en worden de afschrijvingen met betrekking tot de op het moment van de verrichting in het buitenland gelegen bestanddelen evenwel slechts in aanmerking genomen in de mate dat zij zijn gegrond op de aanschaffings- of beleggingswaarde.*

⁵⁰⁰ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, DOC 54, nr. 2864/001, 42.

⁵⁰¹ S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting. De wetten van 25 december 2017 en 30 juli 2018*, Roeselare, Roularta, 2018, 109.

⁵⁰² Het gaat hier om de situatie waarin de Belgische regels in het buitenland *zouden worden* toegepast. Het doel van deze bepaling is om in de gevallen waarin er geen belasting werd geheven bij vertrek geen fiscale step-up te verlenen. Zie Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, DOC 54, nr. 2864/001, 42.

⁵⁰³ S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting. De wetten van 25 december 2017 en 30 juli 2018*, Roeselare, Roularta, 2018, 108; B. PEETERS, "De nieuwe regels inzake grensoverschrijdende overdrachten van activa", *Fiscoloog* 2019, afl. 1598, 9.

⁵⁰⁴ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, DOC 54, nr. 2864/001, 41.

3. Evaluatie

160.COMPLEXE REGELING MET ONVOLKOMENHEDEN – De nieuwe wetgeving zorgt ervoor dat de belasting bij emigratie en de toegekende step-up bij immigratie op elkaar afgestemd worden. Beiden worden gewaardeerd volgens hun werkelijke waarde. Wat die werkelijke waarde precies is, wordt niet verder gespecificeerd in het WIB '92.⁵⁰⁵ Daarnaast is de omzetting van het betwistingsrecht waarin de ATA-richtlijn voorziet, gebrekkig gebeurd.

De wetteksten zijn zeer moeilijk geformuleerd. De vier geïmplementeerde verrichtingen⁵⁰⁶ in de ATA-richtlijn worden in eenzelfde artikel door elkaar geregeld. In de uiterst complexe regeling zijn bovendien nog enkele onvolkomenheden geslopen die een rechtzetting vereisen.

§4. Meeneembaarheid van verliezen

161.ENKEL VERLIEZEN UIT DE BELGISCHE VASTE INRICHTING – Beroepsverliezen worden achtereenvolgens van de winst van elk volgend belastbaar tijdperk afgetrokken (art. 206, §1 WIB '92). Ingeval een buitenlandse vennootschap haar voornaamste inrichting of haar zetel van bestuur of beheer naar België overbrengt, geldt dit voor wat betreft beroepsverliezen door deze vennootschap geleden binnen een Belgische inrichting waarover deze vennootschap voor deze overbrenging beschikte (art. 206, §3 WIB '92). Dit komt opnieuw overeen met het principe dat de Belgische wetgever hanteert. Bestanddelen die voor de verrichting in België niet belastbaar waren, zullen dat na de verrichting ook niet zijn.⁵⁰⁷

Voor de toerekening van verliezen na een fusie, bepaalt artikel 206, §2, eerste lid WIB '92 dat de overdrachtsregels van fiscale verliezen *slechts* van toepassing zijn op de beroepsverliezen geleden binnen haar vooraf bestaande Belgische inrichting. In het licht van de bedoeling van de wetgever moet artikel 206, §3 WIB '92, met betrekking tot de verliezen na de zetelverplaatsing, ook op die manier gelezen worden.⁵⁰⁸ Voor verliezen die in het buitenland werden geleden, moet België geen fiscale

⁵⁰⁵ Zie ook J. COUGNON, "Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD", *R.G.F.C.P.* 2018, afl. 6, 40.

⁵⁰⁶ Zie voetnoot 416.

⁵⁰⁷ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 1398/1, 37.

⁵⁰⁸ M. VAN GILS, "Zetelverplaatsing voor en na de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie", *TFR* 2009, afl. 369, 836; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 251.

aftrek verlenen. Deze zijn opgelopen wanneer België geen heffingsbevoegdheid had over zowel de inkomsten als verliezen.⁵⁰⁹

162. CONFORM EUROPEES RECHT (?) – In het kader van een grensoverschrijdende fusie heeft het Hof van Justitie reeds een uitspraak gedaan over de verliesverrekening na een fusie in de zaak *A Oy*.⁵¹⁰ Een Finse moeder vennootschap wou fuseren met haar Zweedse dochter vennootschap. De Finse fiscus was van mening dat de verliezen die de Zweedse dochter vennootschap voor de fusie had geleden na de verrichting niet afgetrokken kunnen worden van de winst in Finland. Het Hof is van oordeel dat het feit dat de Finse moeder vennootschap geweigerd wordt de verliezen van de Zweedse dochter vennootschap te compenseren, een belemmering inhoudt van de vrijheid van vestiging. Indien de Finse moeder vennootschap dochter vennootschappen zou oprichten in Finland, dan had ze die verliezen wel kunnen aftrekken van de toekomstige winsten. Dit kan de moedermaatschappij tegenhouden om daar dochterondernemingen op te richten. Het Hof van Justitie ziet deze belemmering van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en het gevaar van dubbele verliesverrekening en van belastingontwijking tegen te gaan. Het Hof doet, in overeenstemming met de zaak *Marks & Spencer*⁵¹¹, nog een belangrijke uitspraak over de evenredigheid van de maatregel. De nationale regeling is niettemin onverenigbaar met het recht van de Unie wanneer de moedermaatschappij de mogelijkheid wordt ontzegd om aan te tonen dat haar niet-ingezetene dochterondernemingen alle mogelijkheden tot verrekening van dat verlies hebben uitgeput en dat zijzelf, noch een derde dat verlies in haar lidstaat van vestiging kan verrekenen in toekomstige belastingjaren.⁵¹²

Het Hof van Justitie hecht veel belang aan de vraag of alle verrekeningsmogelijkheden in de vestigingsstaat van de verlieslatende vennootschap uitgeput zijn. Indien dit zo is, dan moet de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap de verrekening van de verliezen toestaan.⁵¹³ Dezelfde problematiek speelt bij grensoverschrijdende zetelverplaatsingen. Een automatische weigering van de verliezen die voor de immigratie aanwezig zijn in het buitenland, is strijdig met het

⁵⁰⁹ A. HAELTERMAN, “Belgische fiscale regels inzake emigratie en immigratie van vennootschappen” in J. FALCONIS, M. WYCKAERT en L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 131; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 251.

⁵¹⁰ HvJ 21 februari 2013, nr. C-123/11, *A Oy*.

⁵¹¹ HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, *Marks & Spencer*.

⁵¹² HvJ 21 februari 2013, nr. C-123/11, *A Oy*, overweging 65.

⁵¹³ D. TRIPPAS en N. BAMMENS, “Grensoverschrijdende fusie: kunnen verliezen worden ‘geïmporteerd’?”, *Fiscoloog (l.)* 2013, afl. 353, 4.

vrij vestigingsverkeer.⁵¹⁴ Verliezen die in het buitenland worden geleden en die niet meer aangewend kunnen worden om af te zetten tegenover toekomstige winsten in het buitenland (definitieve verliezen), zouden dus na de immigratie van de vennootschap in België moeten afgetrokken worden. Zolang België in de nationale fiscale wetgeving niet voorziet in de mogelijkheid voor de geïmmigreerde vennootschap om aan te tonen dat ze in het buitenland alle mogelijkheden heeft uitgeput om verrekening van het geleden verlies te bekomen, ligt er een strijdigheid met het Europees recht voor. Recent is een prejudiciële vraag ingediend bij het Hof van Justitie om de strijdigheid van dergelijk verrekeningsverbod met het vrij vestigingsverkeer vast te stellen.⁵¹⁵

Hoofdstuk 4. Conclusie

163. EMIGRATIE VAN VENNOOTSCHAPPEN: AFREKENING AAN DE GRENS – Vennootschappen die hun zetel vanuit België naar het buitenland verplaatsen, krijgen af te rekenen met een exitheffing. Dit geeft problemen met de vrijheid van vestiging. Een vennootschap die haar zetel verplaatst naar het buitenland wordt door de exitheffing belemmerd in de uitoefening van haar vestigingsvrijheid. Het Hof van Justitie ziet hier een gerechtvaardigde belemmering in. Een exitheffing wordt gerechtvaardigd door de gewichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid die tussen de lidstaten wordt gewaarborgd. Opdat deze belemmering niet verder zou gaan dan nodig, moet er voorzien worden in de keuze tussen de onmiddellijke betaling of de gespreide betaling over een periode van vijf jaar. Indien er een risico van niet-invordering aanwezig is, dan mag de staat van vertrek een bankgarantie eisen. Intussen is deze materie grotendeels geharmoniseerd en voorziet de ATA-Richtlijn in een verplichte exitheffing bij zetelverplaatsingen.

De emigratie van een vennootschap brengt een fiscale liquidatie met zich mee. De aandeelhouders ontsnappen aan de afrekening. De aandeelhouders-natuurlijke personen krijgen geen effectieve vermogensoverdracht, waardoor er geen roerende voorheffing in de personenbelasting verschuldigd is. Aandeelhouders-vennootschappen hebben wel een liquidatie, maar krijgen geen effectieve

⁵¹⁴ Zie in dezelfde zin: F. BOULOGNE en N.S. SLAVNIC, “Cross-boarder restructuring and ‘final losses’”, *ET* 2012, afl. 10, 494; L. PINTE, S. PEETERS en M. POSSOZ, “Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit”, *TRV/RPS* 2016, 251.

⁵¹⁵ Zie verzoek om een prejudiciële beslissing van 19 juni 2018, nr. C-405-18, *AURES Holdings*, www.curia.europa.eu. De vragen luiden als volgt: Kan het begrip “vrijheid van vestiging” in de zin van artikel 49 VWEU aldus worden uitgelegd dat daaronder ook de loutere overdracht van de plaats van beheer van een vennootschap van de ene lidstaat naar de andere valt? Zo ja, is het in strijd met de artikelen 49, 52 en 54 VWEU dat het op grond van de nationale wetgeving niet is toegestaan dat een entiteit uit een andere lidstaat, wanneer de zakelijke activiteiten of plaats van beheer van die entiteit naar de Tsjechische Republiek zijn verplaatst, een in die andere lidstaat geleden fiscaal verlies opvoert?

uitkering van een dividend. De vennootschap verwezenlijkt geen meerwaarde, waardoor ze niet aan belasting onderworpen is.

164. IMMIGRATIE VAN VENNOOTSCHAPPEN: VEELHEID AAN COMPLEXE REGELS – Een vennootschap die haar zetel verplaatst naar België wil haar actief- en passiefstructuur zo veel mogelijk behouden. De kwalificatie van het eigen vermogen is van belang voor de verdere belastbaarheid van het vermogen van de vennootschap. Het statutair kapitaal en bepaalde uitgiftepremies vormen het fiscaal gestort kapitaal. De andere bestanddelen worden aangemerkt als belaste reserves, met uitzondering van de vrijgestelde reserves die reeds voor de zetelverplaatsing aanwezig waren in een Belgische vaste inrichting. Deze blijven gekwalificeerd als vrijgestelde reserves. Vennootschappen die naar België komen vanuit een belastingparadijs worden anders behandeld. De reserves, andere dan de fiscaal gestorte reserves, worden aangemerkt als vrijgestelde reserves. Op die manier wordt niet-belasting vermeden.

De waardering van activa heeft reeds tot grote discussies aanleiding gegeven. Voor de hervorming van de vennootschapsbelasting zorgde de verschillende formulering in de wet en de parlementaire voorbereiding voor onzekerheid over de waardering. De ATA-Richtlijn verplicht de lidstaten van de Europese Unie tot het toekennen van een fiscale step-up om de exitheffing in de vertrekstaat en de waardering in de staat van aankomst met elkaar in overeenstemming te brengen. België heeft bij de omzetting van deze richtlijn gekozen om de regeling toe te passen op zetelverplaatsingen uit alle landen. De activabestanddelen worden gewaardeerd tegen de werkelijke waarde. Hoewel er meer duidelijkheid is over de waardering van de activabestanddelen, zal de wetgever nog enkele inconsistenties moeten wegwerken.

De huidige Belgische verliesverrekening lijkt niet in overeenstemming te zijn met het Europees recht. Indien elke lidstaat dezelfde regeling zou hebben zoals België, dan zou er geen mogelijkheid zijn om definitieve verliezen die zich voor de zetelverplaatsing hebben voorgedaan na de zetelverplaatsing te verrekenen met toekomstige winsten.

Algemene conclusie

De rechtspersoonlijkheid determineert de Belgische classificatie van buitenlandse entiteiten. Uit de weinige wettelijke bepalingen, die duidelijke hiaten vertonen, werd in de rechtsleer en rechtspraak een theoretische uitwerking gegeven aan deze classificatieregels. De theoretische classificatieregels geven niet altijd een gewenst gevolg. Meer nog, de theoretische invulling van de classificatieregels geeft op heel wat problemen geen antwoord. Vooral de Dienst Voorafgaande Beslissingen laat de theorie soms achter zich en kiest voor praktische oplossingen. Dit leidt tot inconsistenties in de Belgische praktijk.

Door de invoering van de statutaire zetelleer heeft de Belgische wetgever een nieuw inwonersbegrip ingevoerd. Het bevestigt de interpretaties uit de rechtspraak en de rechtsleer. De nieuwe definitie van een binnenlandse vennootschap tracht misbruiken te voorkomen. Er worden echter enkel misbruiken voorkomen die erin bestaan dat de vennootschap nergens als fiscaal inwoner wordt aangemerkt. Een goed inwonersbegrip voorkomt ook dat vennootschappen hun fiscaal domicilie kunnen plaatsen naar waar het hen het beste uitkomt. Een groter belang hechten aan economische activiteiten in de definitie van binnenlandse vennootschappen zou dit kunnen voorkomen.

Zij het nu voor belastingdoeleinden of andere doeleinden, vennootschappen zijn mobieler dan ooit en verplaatsen hun zetel van en naar België. De fiscale gevolgen van de zetelverplaatsing worden wettelijk geregeld. Een groot deel van deze Belgische fiscale regels werden door de hervorming van de vennootschapsbelasting, en onder impuls van de ATA-Richtlijn, grondig aangepakt. De immigratie en emigratie van vennootschappen werden in Europa volledig op elkaar afgestemd. Toch bestaan er tal van inconsistenties in de Belgische wetgeving. Niet alleen werd de Europese richtlijn niet overal even correct omgezet, maar ook enkele strijdigheden met het Europees vrij verkeer van vestiging blijven in de Belgische fiscale wetgeving aanwezig.

Bibliografie

Deel I. Rechtspersoonlijkheid

Rechtspraak

- Rb. Brussel 11 februari 2010, *JDF* 2010, 165;
- Rb. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 28 januari 2014, *FJF* 2016, afl. 3, 78;
- Rb. Henegouwen (afd. Bergen) 15 juni 2015, *FJF* 2016, afl. 4, 117;
- Brussel 4 juni 1974, *JDF* 1975, 82;
- Gent 20 juli 1986, *Bull.Bel.* 1987, 653;
- Brussel 3 november 1987, *AFT* 1988, afl. 6-7, 189, noot M. DASSESSE;
- Brussel 12 mei 1992, *TRV* 1992, 433;
- Brussel 30 april 1998, *AFT* 1999, afl. 3, 119, weergave A. VAN DE VIJVER, *Fisc.Koer.* 1998, 316, weergave M. VAN KEIRSBILCK;
- Brussel 7 november 2002, *FJF* 2003, afl. 5, 486;
- Luik 17 februari 2010, *TFR* 2010, afl. 384, 619;
- Brussel 10 september 2013, *Fisc.Koer.* 2014, 370;
- Gent 29 april 2014, *TFR* 2014, afl. 466, 687;
- Luik 17 september 2014, *FJF* 2015, 149;
- Bergen 6 oktober 2014, *Fiscoloog* 2015, afl. 1421, 12 (samenvatting);
- Cass. 1 december 1925, *Pas.* 1926, I, 88;
- Cass. 9 juni 1931, *Pas.* 1931, I, 218;
- Cass. 4 februari 1954, *Pas.* 1954, 488;
- Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959, *Le Ski*;
- Cass. 19 februari 1976, *JT* 1976, 387;
- Cass. 13 februari 1980, *Pas.* 1980, 95;
- Cass. 12 april 1988, *Pas.* 1988, I, 186;
- Cass. 23 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 415;
- Cass. 2 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1940;
- Cass. 6 oktober 2011, *Pas.* 2011, 2142;
- Cass. 29 september 2016, *TFR* 2017, afl. 520, 356;
- Cass. 21 september 2017, *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 50;
- CE 9 februari 2000, *JDF* 2004, afl. 7-8, 229, weergave C. DOCCLO;
- CE 11 juli 2011, www.dalloz.fr
- Cass. (FR) 2 oktober 2015, nr. 14-14.256, www.dalloz.fr;

- HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, *Cadbury Schweppes*;
- HvJ 6 december 2007, nr. C-298/05, *Columbus Container Services*;
- HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale*.

Rechtsleer

- Monografieën

- BAKER, P., *Double Taxation Conventions. A manual on the OECD Model tax convention on income and capital*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, losbl.;
- BARANGER, G., *La société civile*, Parijs, GLN JOLY éditions, 1995, 239 p.;
- BARENFELD, J., *Taxation of cross-border partnerships. Double tax relief in hybrid and reverse hybrid situations*, Amsterdam, IBFD, 2005, xxii + 406 p.;
- BEGHIN, P., *Vennootschapsbelasting toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2016, XXX + 445 p.;
- BEGHIN, P. en ROGEMAN, A., *Vennootschapsbelasting toegepast 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2018, XXX + 350 p.;
- BEZARD, P. en PLEVEN, R., *Sociétés civiles. Contrat de société, sociétés en participation, registre du commerce et des sociétés. Loi du 4 janvier 1978, décrets du 3 juillet 1978*, Parijs, Librairies techniques, 1979, X + 572 p.;
- BRAEKMANS, H. en HOUBEN, R., *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, xlii + 924 p.;
- BRULOOT, D., BYTTEBIER, K., CERFONTAINE, J., DE WULF, H. en MARESCEAU, K., *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 1254 p.;
- CHEVALIER, C., *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, LXVI + 1716 p.;
- COZIAN, M., VIANDIER, A. en DEBOISSEY, F., *Droit des sociétés*, Parijs, LexisNexis, 2016, 867 p.;
- DE HAEN, K., *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, V + 438 p.;
- FREDERICQ, L., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1980, 693 p.;
- GEENS, K. en WYCKAERT, M., *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, XXVII + 906 p.;
- HAELTERMAN, A., *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 496 p.;
- LE CANNU, P. en DONDERO, B., *Droit des sociétés*, Parijs, Montchrestien, 2009, 1087 p.;
- MAGNUS, F., *La société de droit commun*, Brussel, Larcier, 2015, 242 p.;
- PEETERS, B., *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Gent, Larcier, 2011, 905 p.;
- PIERON, A., *L'impôt des non-résidents*, Brussel, Larcier, 2010, 197 p.;
- REIMER, R. en RUST, A., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 4th edition, Volume 1, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, xxxiv + 1087 p.;
- RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, XIV + 530 p.;
- TILQUIN, T. en SIMONSART, V., *Traité des sociétés*, II, Diegem, Kluwer, 1997, XII + 399 p.;
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1954, VIII + 949 p.;

VOGEL, K., e.a., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Third edition, Londen, Kluwer, 1999, xxxviii + 1688 p.

- *Verzamelwerken*

DE HAEN, K., “De traditionele Belgische kijk op fiscale transparantie: beoordeling op basis van vennootschappenwet” in X. (ed.), *Vennootschap en Belasting*, III, Mechelen, Kluwer, 2016, 1620-1950;

GEENS, K. en VANANROYE, J., “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen” in VAN EECKHOUTTE, W. (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 425-487;

GHYSBRECHT, J., “La régime des sociétés étrangères en Belgique”, in KIRKPATRICK, J. (ed.), *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Jeune Barreau, 1990, 349-371;

HELLEMANS, F. en PARREIN, F., “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen”, in WYCKAERT, M. (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 1-32;

HINNEKENS, P., “Belasting van niet-inwoners vennootschappen: fiscale transparantie van buitenlandse entiteiten”, in MAECKELBERGH, W. (ed.), *Fiscaal praktijkboek 1992-93. Directe belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 93-112;

HINNEKENS, P., “New tax treaty between Belgium and the United States: additional step relating to the application of the OECD report on partnerships in Belgian tax law” in HINNEKENS, L. en HINNEKENS, P. (eds.), *A vision of taxes within and outside European borders*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 537-554;

HINNEKENS, P., “International income tax problems of partnerships” in IFA (ed.), *Cahier de droit fiscal international*, Den Haag, Kluwer, 1995, 87-112;

HUYLEBROUCK C., “Mise en perspective de la notion de ‘résidence’ en droit fiscal international” in TRAVERSA, E. en RICHELLE, I. (eds.), *Fiscalité internationale en Belgique*, Brussel, Larcier, 2013, 7-97;

VAN BAEL, J., “De commanditaire vennootschap op aandelen”, in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN (ed.), *Miskende vennootschapsvormen*, Antwerpen, Kluwer, 59-94;

WEYENS, D., MINJAUW, R. en BODEUX, C., “Grondslag van de belasting” in TIBERGHIE, A. (ed.), *Handboek voor fiscaal recht 2018-2019*, Mechelen, Kluwer, 2018, 68-94;

WYCKAERT, M. en VAN BAELEN, B., “Wie is er bang van de kapitaallose BV?” in WYCKAERT, M. (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 33-60;

- *Bijdragen in tijdschriften*

BAX, A., “De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo”, *TRV* 2006, afl. 1, 3-49;

BAX, A., “De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders”, *Fiscoloog (I.)* 1990, afl. 78, 9-16;

BAX, A., MARSOUL, K., CLAES, S. en DRAYE, J., “De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA (deel 2)”, *AFT* 2007, afl. 12, 39-92;

BECKERS, D., “Inkomsten uit een Franse SCI: Cassatie steunt fiscus” (noot onder Cass. 29 september 2016), *TFR* 2017, afl. 520, 362-372;

- BROSENS, L., DHAENE, M. en VANDE VELDE, W., “WIB aangepast aan nieuw vennootschapsrecht”, *AFT.Act.* 2018, afl. 43, 3-10;
- BRULOOT, D., DE WULF, H. en MARESCEAU, K., “Hervorming vennootschapsrecht”, *NjW* 2018, afl. 383, 414-429;
- CLAES, W., “Het arrest van het Hof van Cassatie over Franse SCI’s in het licht van het OESO-rapport betreffende partnerships”, *TFR* 2006, afl. 312, 981-987;
- CLAES, S., “Opbrengsten uit een US REIT: een complexe fiscale cocktail”, *Fiscoloog (I.)* 2016, afl. 389, 4-8;
- DEBRIER, K., “Hybrid entities from a Belgian perspective”, *BIFD* 1996, 306-310;
- DE BROE, L., “Nederlandse en Duitse commanditaire vennootschappen: fiscale consequenties van een twijfelachtig advies van de commissie voor boekhoudkundige normen”, *TRV* 1995, 38-40;
- DE BROE, L. en WERBROUCK, J., “Kroniek internationaal belastingrecht 1998”, *TRV* 1998, afl. 7, 492-515;
- DE BROE, L. en DE LA SERNA, M., “Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen”, *AFT* 2005, afl. 4, 13-25;
- DE BROE, L. en DE LA SERNA, M., “De Minister van Financiën en de Franse SCI’s”, *Fiscoloog (I.)* 2006, afl. 269, 2-4;
- DE BROE, L. en BECKERS, D., “Kroniek internationaal en Europees belastingrecht 2016”, *AFT* 2017, afl. 8-9, 5-32;
- DE BROE, L. en PEETERS, M., “Nieuwe ‘statutaire zetelleer’ versus fiscale ‘werkelijke zetelleer’”, *Fiscoloog* 2019, afl. 1607, 1-7;
- DE HAEN, K., BEARZATTO, F. en CHALOT, M., “La transparence fiscale en Belgique: “Le rapport de l’OCDE devrait (davantage encore) servir de fil conducteur au Juge et au Service des Décisions Anticipées” (1ère partie)”, *RGF* 2006, afl. 9, 3-28;
- DE HAEN, K., BEARZATTO, F. en CHALOT, M., “La transparence fiscale en Belgique: “Le rapport de l’OCDE devrait (davantage encore) servir de fil conducteur au Juge et au Service des Décisions Anticipées” (2ème partie)”, *RGF* 2006, afl. 10, 2-20;
- DE HAEN, K., “Fiscale transparantie in België: OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling”, *AFT* 2008, afl. 3, 19-49;
- DE WULF, H., “Het voorontwerp van een nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 56, 7-36;
- DHAENE, M., “Duitse KG en Cayman Islands LP zijn fiscaal transparant”, *Fiscoloog (I.)* 2007, afl. 281, 10-11;
- DOCCLO, C., noot onder Brussel 7 november 2002, *JDF* 2003, 337-349;
- DOCCLO, C., “L’imposition en Belgique des dividendes de SCI françaises de droit commun – Un autre cas d’interprétation unilatérale d’une convention bilatérale” (noot onder Luik 17 februari 2010), *TFR* 2010, afl. 384, 621-627;
- DOCCLO, C., “Le mystère belge de la translucidité des SCI françaises” (noot onder Gent 29 april 2014), *TFR* 2014, afl. 466, 694-697;
- DRAYE, J., HUYGEN, W. en VAN DE VIJVER, A., “Winstuitkeringen door Amerikaanse Limited Liability Companies onbelast”, *Fiscoloog (I.)* 2007, afl. 284, 1-4;

ENGELÉN, F. en POTGENS, F., "Report on the application of the OECD Model Tax Convention to partnerships and the interpretation of tax treaties", *ET* 2000, afl. 7, 250-269;

FAES, P., "Partnerships: commentaargebonden kwalificaties", *TFR* 2000, afl. 190, 954-962;

FAES, P., "Verdragsrechtelijke kwalificaties, internrechtelijke kwalificaties en het spanningsveld daartussen" (noot onder Brussel 7 november 2002), *TFR* 2003, afl. 242, 520-522;

HINNEKENS, L., "De hervorming van de niet-verblijfhoudersbelasting", *AFT* 1990, afl. 3, 71-94;

HINNEKENS, P., "Nieuw arrest inzake Franse 'société civile immobilière' (Prince de Ligne bis)", *Fiscoloog (l.)* 2003, afl. 237, 9-12;

HINNEKENS, P., "Winstuitkeringen door Franse SCI: vrijstelling in België", *Fiscoloog (l.)* 2004, afl. 253, 1-3.

HINNEKENS, P., "Partnership: Rulingcommissie past OESO-rapport toe", *Fiscoloog (l.)* 2005, afl. 265, 1-5;

HINNEKENS, P., "Taxation of Partnerships in Belgium: An Imbroglia", *BIT* 2008, 353-361;

HINNEKENS, P., "UK LLP: ook fiscaal transparant voor Belgisch intern recht?", *Fiscoloog (l.)* 2008, afl. 299, 5-8;

HINNEKENS, P., "UK LLP: verschillende behandeling voor 'passieve' vennoten?", *Fiscoloog (l.)* 2010, afl. 319, 1-3;

HUYGEN, W., "Het OESO-rapport inzake Partnerships – Een kritische analyse", *AFT* 2002, afl. 10, 386-412;

LENAERTS, N., "Duitse CFC-regels belemmeren de vestigingsvrijheid niet", *Fiscoloog (l.)* 2008, afl. 290, 10-12;

LOWAGIE, G., "DBV België-Verenigd Koninkrijk: protocol met belangrijke wijzigingen", *Fiscoloog (l.)* 2009, afl. 309, 1-3;

MORTIER, F., weergave Brussel 7 november 2002, *Fisc.Koer.* 2003, afl. 8, 484-496;

MEEÛS, F.S., "Le régime d'imposition des revenus distribués à une personne physique résidente en Belgique par une société civile immobilière de droit français" (noot onder Cass. 4 december 2004), *JLMB* 2006, 165-173;

MEUSSEN, G., "Columbus Container Services – A victory of the member states' fiscal autonomy", *ET* 2008, afl. 4, 169-173;

PEETERS, B., "Frans vastgoed aangehouden middels SCI: evolutie in de cassatierechtspraak", *Fiscoloog (l.)* 2017, afl. 401, 5-8;

ROELS, B., "Frans-Belgische fiscaliteit: Cassatie slaat en zalft", *VIP* 2017, afl. 4, 21-26;

VAN BORTEL, D., "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgisch belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 42-76;

VAN CROMBRUGGE, S., "Kroniek boekhoudrecht (juni 1993 - mei 1994)", *TRV* 1994, 315-328;

VAN CROMBRUGGE, S., "Inkomsten uit Franse translucide SCI: onroerende inkomsten", *Fiscoloog (l.)* 2015, afl. 374, 6-8;

VAN DEN EECKAUT, R. en VEROUGSTRAETE, H., "Protocol met belangrijke wijzigingen eindelijk in werking getreden", *Fiscoloog (l.)* 2013, afl. 351, 1-3;

VAN DE VIJVER, A., weergave van Brussel 30 april 1998, *AFT* 1999, afl. 3, 119-124;

VAN KEIRSBILCK, M., weergave van Brussel 30 april 1998, *Fisc.Koer.* 1998, afl. 10, 316-329;

VERMEULEN, W. en Missal, A., "Inkomsten uit een Franse SCI: de fiscus krijgt opnieuw ongelijk", *Notariaat* 2014, afl. 17, 1-7;

VERMEULEN, W. en JOOSEN, M., "La Société Civile Immobilière. The saga continues – a never-ending story?", *Not.Fisc.M.* 2018, afl. 2, 43-49;

VANNESTE, L., "Winstuitkeringen van Franse SCI: Cassatie verandert het geweer van schouder", *AFT Act.* 2016, afl. 39, 8-10;

X., weergave van Cass. 29 september 2016, *Fisc.Koer.* 2016, afl. 18, 865-868.

Varia

- Advies CBN 168/1, *Bull. CBN* 1993, nr. 31, 31-33.
- Voorafgaande Beslissing nr. 300.230 van 26 mei 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 400.373 van 26 mei 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.003 van 26 mei 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.004 van 26 mei 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.076 van 26 mei 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 400.233 van 22 juni 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 300.326 van 30 juni 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.210 van 22 september 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.199 van 20 oktober 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.198 van 27 oktober 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.232 van 27 oktober 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.252 van 24 november 2005, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 500.190 van 16 februari 2006, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 600.164 van 23 mei 2006, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 600.252 van 24 oktober 2006, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 600.398 van 28 november 2006, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 700.334 van 12 februari 2008, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 800.347 van 16 juni 2009, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 900.102 van 16 juni 2009, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 900.421 van 9 maart 2010, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2010.221 van 13 juli 2010, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2010.229 van 24 augustus 2010, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2011.239 van 12 juli 2011, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2011.276 van 18 oktober 2011, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2012.025 van 28 februari 2012, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2012.113 van 3 juli 2012, www.stradalex.com;

- Voorafgaande Beslissing nr. 2013.110 van 30 april 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2013.491 van 3 december 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2013.527 van 10 december 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2013.575 van 17 december 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2014.568 van 25 november 2014, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2015.154 van 26 mei 2015, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2014.565 van 12 januari 2016, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2016.633 van 8 november 2016, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2016.729 van 17 januari 2017, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2016.904 van 14 februari 2017, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2017.200 van 25 april 2017, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2018.0309 van 8 mei 2018, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2018.0663 van 2 oktober 2018, www.stradalex.com;
- *Vr. en Antw.* Kamer 2004-2005, 23 februari 2005, nr. 76682, 11959 (vr. nr. 660, VAN DER MAELEN);
- *Vr. en Antw.* Kamer 2005-2006, 11 januari 2006, nr. 83490, 20183 (vr. nr. 1067, VAN DER MAELEN);
- *Vr. en Antw.* Kamer 2015-16, 23 september 2015, nr. 54-089, 281 (vr. nr. 547, DESEYN);
- *Mond. Vr.* Kamer 2005-2006, 25 april 2006, *Com* 921, 8-9 (Vr. nr. 11321, VAN DER MAELEN)

Deel II. Vestiging

Rechtspraak

- Rb. Bergen 6 mei 2003, *FJF* 2003, afl. 10, 1003;
- Rb. Gent 21 mei 2008, *Fisc.Koer.* 2008, afl. 10, 509, weergave W. DEFOOR;
- Rb. Leuven 6 april 2012, *TFR* 2013, afl. 438, 272, noot L. BROSENS;
- Rb. Brussel 6 juni 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1116;
- Brussel 27 december 1937, *Bull.Contr.Dir.* 1938, afl. 128, 196;
- Brussel 11 juli 1938, *Bull.Contr.Dir.* 1939, afl. 139, 148;
- Brussel 9 april 1963, *Rev.fisc.* 1964, 299;
- Brussel 29 juni 1982, *JDF* 1983, 100-106; *FJF* 1982, 200;
- Luik 9 november 1988, *Bull. Bel.* 1991, afl. 709, 2298;
- Gent 21 mei 2008, *Fisc.Koer.* 2010, afl. 4, 349, weergave X.;
- Gent 14 januari 2010, *TFR* 2011, afl. 409, 824;
- Antwerpen 17 december 2013, nr. 2012/AR/1274;

- Antwerpen 28 maart 2017, www.monkey.be;
- Brussel 23 november 2017, *Fisc.Koer.* 2018, afl. 4, 853, weergave X.;
- Cass. 16 december 1955, *Pas.* 1956, 376;
- Cass. 28 september 1959, *Pas.* 1960, 125;
- Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1082;
- Cass. 12 september 1961, *Pas.* 1962, 61;
- Cass. 30 januari 1962, *Pas.* 1962, 630;
- HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*;
- HvJ 25 juli 1991, nr. C-221/89, *Factortame*;
- HvJ 15 mei 1997, nr. C-250/95, *Futura Participations*;
- HvJ 12 mei 1998, nr. C-336/96, *Gilly*;
- HvJ 21 september 1999, nr. C-307/97, *Saint-Gobain*;
- HvJ 26 oktober 1999, nr. C-294/97, *Eurowings*;
- HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*;
- HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*;
- HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*;
- HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, *Cadbury Schweppes*;
- HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*;
- HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale*;
- HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, *Polbud*.

Rechtsleer

- *Monografieën*

AFSCHRIFT, T., *Bewijs in fiscaal recht*, Brussel, Larcier, 2002, VII + 381 p.;

BROSENS, L., *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemondialiseerde economie. Een analyse in de context van de Belgische inkomstenbelasting en dubbelbelastingverdragen*, Gent, Larcier, 2018, xv + 827 p.;

CLAEYS BOUUAERT, I., *Principes de l'imposition des sociétés en Belgique*, Brussel, Larcier, 1970, 259 p.;

COUZIN, R., *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2002, xiv + 280 p.;

JANSEN T. en DE VOS, P., *Handboek internationaal en Europees belastingrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, xx + 958 p.;

JORION, G., *Le non-résident ou la société étrangère face à l'impôt belge*, Brussel, Larcier, 2006, 604 p.;

GEENS, K. en WYCKAERT, M., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, IV, Verenigingen en vennootschappen*, Mechelen, Kluwer, 2011, XXVII + 906 p.;

HINNEKENS, L., *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, Brussel, Ced. Samson, 1985, 199 p.;

LIEVENS, J., *Governance in het familiebedrijf. Sleutel tot succes*, Tielt, Lannoo, 2004, 220 p.;

MALHERBE, J., *Droit fiscal international*, Brussel, Larcier, 1994, 910 p.;

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT J. en MALHERBE, P., *Droit des sociétés précis. Droit communautaire. Droit Belge*, Brussel, Bruylant, 2009, 1498 p.;

MIHAL, P., *Optimisation fiscale: sociétés résidentes et impôt des sociétés*, Brussel, Kluwer, 2002, vi + 403 p.;

PIERON, A., *L'impôt des non-résidents*, Brussel, Larcier, 2005, 222 p.;

RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1979, 500 + VIII p.;

SALENS, P., *Aangifte Vennootschapsbelasting 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, 1162 p.;

SCHREUDER, E., *Les impôts sur les revenus. Précis de législation et de jurisprudence*, Brussel, Bruylant, 1957, 515 p.;

SPRUYT, J.J., *"Base companies": fiscaaljuridische analyse*, Brussel, Bruylant, 1986, 308 p.;

VAN HOUTTE, J. en CLAEYS BOUUAERT, I., *Beginnelen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story, 1979, XXXI + 677 p.

- *Verzamelwerken*

AFSCHRIFT, T., "La constitution d'une personne morale de droit étranger dans l'unique but d'éluider l'impôt Belge", in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst. Tome I*, Brussel, Éditions Nemesis, 1986, 27-67;

DEWAELE, Y., "Variations sur la notion de résidence ou de domicile fiscal d'une société" in COPPENS, P-F. (ed.), *L'entreprise face au droit fiscal belge. Volume 2*, Brussel, Larcier, 2009, 61-75;

HELLEMANS, F. en PARREIN, F., "Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen", in WYCKAERT, M. (ed.), *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 1-32;

LAGAE, J.-P., "De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelasting" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 1031-1050;

LEVY MORELLE, H., "La résidence fiscale des sociétés" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (ed.), *Cahier de droit fiscal international*, Volume LXXIIa, Deventer, Kluwer, 1987, 231-243;

MARESCEAU, K., "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer", in BELGISCH CENTRUM VAN HET VENNOOTSCHAPSRECHT (ed.), *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 203-237;

MARESCEAU, K. en DE WULF, H., "Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?" in FALCONIS, J., WYCKAERT, M. en DE BROE L., (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 11-46;

PRIOUX, R., "Les sociétés belges et les sociétés étrangères" in JEUNE BARREAU (ed.), *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Brussel, Jeune Barreau, 2003, 311-347;

VANDEBEEK, N., "Commentaar bij artikel 110 W.I.P.R." in BAECKMANS, H., GEENS, K. en WYMEERSCH, E. (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2008, losbl.;

VAN DE VELDE, I., "De basisvennootschap in het Belgisch fiscaal recht", in VAN CROMBRUGGE, S. en BEGHIN, P. (eds.), *Gentse geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, Kalmthout, Biblo, 1989, 147-205.

- *Bijdragen in tijdschriften*

- ADAMS, T.S., "The Taxation of Business", *National Tax Association* 1917, afl. 11, 185-194;
- BAMMENS, N., "Beslissingen voorbereid in buitenland: geen impact op werkelijke zetel als raad van bestuur beoordelingsvrijheid behoudt", *AFT.Act.* 2014, afl. 29, 1-4;
- BROSENS, L., "Het woonadres van de zaakvoerder als criterium om het inwonerschap van de éénpersoons-BVBA vast te stellen" (noot onder Rb. Leuven 6 april 2012), *TFR* 2013, afl. 438, 275-282;
- BROSENS, L., DHAENE, M. en VANDE VELDE, W., "Enkele fiscale bedenkingen bij het nieuwe wetboek vennootschapsrecht", *AFT.Act.* 2017, afl. 43, 17-20;
- BROSENS, L., "Woonplaats buitenlandse holding: fiscus delft onderspit door zware bewijslast", *Fiscoloog (l.)* 2018, afl. 412, 1-4;
- BROSENS, L., DHAENE, M. en VANDE VELDE, W., "WIB aangepast aan nieuw vennootschapsrecht", *AFT.Act.* 2018, afl. 43, 3-10;
- CLAEYS BOUUAERT, I., "Binnenlandse of buitenlandse inkomsten: criteria tot onderscheid", *T.Not.* 1981, afl. 2, 33-48;
- CORBISIER, I., "Arrêt Polbud de la CJUE: de la créature de droit national au sujet de droit de l'Union européenne", *TRV-RPS* 2018, afl. 3, 153-154;
- CRUYSMANS, M., weergave van HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*, *TBH* 1999, 363-366;
- DE BROE, L. en PEETERS, M., "Nieuwe 'statutaire zetelleer' versus fiscale 'werkelijke zetelleer'", *Fiscoloog* 2019, afl. 1607, 1-7;
- DE WULF, H., "Hof van Justitie 5 november 2002 (C-208/00, "Überseering"): Impliceert de vrijheid van vestiging het einde van de werkelijke zetelleer?", *TBH* 2003, 96-97;
- DE WULF, H., "Brievenbusvennootschappen, vrij vestigingsrecht en werkelijke zetelleer", *V&F* 1999, 1-12;
- GEMIS, G., "Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan? Zeven stokken achter de deur – deel 1", *AFT* 1991, afl. 2, 44-57;
- GILCART, S., "L'arrêt "Überseering": le fragile équilibre entre les règles nationales de conflit de lois et la liberté d'établissement des sociétés", *JDSC* 2003, 99-117;
- GODDIN, G. en GODDIN, B., "Arrêt "Cartesio": l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés 'émigrantes'", *JDE* 2009, afl. 3, 77-78;
- GOUNALAKIS, G. en RADKE, W., "Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art. 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie", *ZvgIRWiss* 1999, afl. 1, 1-27;
- GRAETZ, M.J., "The David R. Tillinghast lecture. Taxing international income: inadequate principles, outdated concepts and unsatisfactory policies", *Tax Law review* 2000-2001, afl. 54, 262-336;
- HINNEKENS, L., "De basis- en brievenbusvennootschap in het Belgische belastingrecht", *AFT* 1983, afl. 4, 85-98;
- HINNEKENS, L., "De niet-erkenning van Delaware-achtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van Belgisch belastingrecht", *TFR* 1993, 431-442;
- KEMMEREN, E., "Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin-based approach", *IBFD* 2006, afl. 11, 430-452;

- KIRKPATRICK, J., "Le droit fiscal se fonde sur les réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit", *journ.prat.dr.fisc.fin.* 1969, afl. 6-7, 161-176;
- LAGAE, J.-P., "Fiscale erkenning of niet-erkenning van de vennootschap of haar tussenkomst", *TFR* 1999, afl. 171, 833-850;
- LOMBARDO, S., "Regulatory competition in company law in the European Union after Cartesio", *EBOR* 2009, 627-648;
- MARESCEAU, K., "Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak Cartesio" (noot onder HvJ 16 december 2008), *TBH* 2009, afl. 6, 581-609;
- MARESCEAU, K., "De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale", *TBH* 2013, afl. 4, 231-255;
- MARESCEAU, K., "De 'Europese markt voor vennootschapsrecht': een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijk harmonisatieprogramma", *TPR* 2015, 549-596;
- MARIAN, O., "The function of corporate tax-residence in territorial systems", *Chapman Law Review* 2014, afl. 157, 158-183;
- MEEUSEN, J., "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest überseering van het Hof van Justitie", *TRV* 2003, 95-127;
- MEEUSEN, J., "Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen", *RW* 2017-18, afl. 16, 602;
- PEETERS, B., "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking?", *AFT* 2010, afl. 3, 4-42;
- PHILIPPE, D. en NOLLET, A., "Hof van beroep geeft 'formele' invulling aan werkelijke zetel", *AFT.Act.* 2018, 11-14;
- PHILIPPE, D. en NOLLET, A., "L'affaire 'Belgacom': consécration d'une approche "formaliste" du siège réel", *RGFCP* 2018, afl. 6, 4-12;
- PIOT, W., "Fiscale implicaties van zetelverplaatsing naar en vanuit België", *AFT* 1997, 11-17;
- RAMMELOO, S.F.G., "Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Überseering. IPR-zetelleercontroverse beslecht?", *NiPR* 2003, afl. 2, 134-144;
- RAMMELOO, S.F.G., "Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Überseering. IPR-zetelleercontroverse beslecht!", *NiPR* 2004, afl. 3, 283-295;
- ROSENZWEIG, A.H., "Source as a solution to residence", *Fla T. Rev.* 2015, 471-526;
- SANHEZ, E.G. en FLUXA, J.F., "The transfer of the seat of and the freedom of establishment for companies in the European Union: An analysis of ECJ case law and the regulation on the statute for a European company", *ET* 2005, 219-231;
- SIMONART, V., "L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux Limited", *RPS* 2008, 111-206;
- SPRINGAEL, B., "Gebruik van Luxemburgse Holding 1929: geen simulatie", *Fiscoloog (I.)* 2008, afl. 297, 1-4;
- STUYCK, J., "Zetelverplaatsing en vrije vestiging van vennootschappen in de EEG" (noot onder HvJ 27 september 1988), *TRV* 1989, 198-203;
- THE DAVID, R., "Tillinghast Lecture: The rising Tax-Electivity of U.S. Corporate Residence", *Tax L. Rev.* 2011, afl. 377, 381-385;

- VAN CROMBRUGGE, S., "Luxemburgse basisvennootschap: geen simulatie (bis)", *Fiscoloog (I.)* 2010, afl. 318, 7;
- VAN HOE, A., "We zijn er bijna, maar nog niet helemaal: grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na Vale" *TRV* 2013, 539-552;
- VERMEYLEN, J., "Arrêt "VALE Épitési": la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit?", *JDE* 2012, afl. 9, 276-278;
- WAUTELET, P., "Quelques réflexions sur la lex societatis dans le code de droit international privé", *RPS* 2006, 5-56.
- WILMART, J., "Loi du 14 avril 1965 portant approbation de la Convention entre la Belgique et la France tendant à éviter les doubles imposition et à établir des règles d'assistance administrative et juridique réciproque en matière d'impôts sur les revenus, du Protocole final et des lettres annexes, signés à Bruxelles le 10 mars 1964", *journ.prat.dr.fisc.fin.* 1966, 7-197;

Varia

- Voorafgaande Beslissing nr. 700.310 van 24 juli 2007, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 800.430 van 20 januari 2009, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 900.405 van 1 december 2009, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2010.372 van 14 december 2010, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2010.372 van 14 december 2011, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2013.081 van 9 april 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2012.452 van 10 december 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2012.453 van 10 december 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2012.454 van 10 december 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2014.141 van 29 april 2014, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2015.203 van 21 mei 2015, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2016.487 van 25 oktober 2016,, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2016.487 van 25 november 2016, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2016.904 van 14 februari 2017, www.stradalex.com.

Deel III. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing

Rechtspraak

- Antwerpen 1 april 2008, *FJF* 2009, afl. 17, 698;
- Antwerpen 4 september 2018, *Fiscoloog* 2018, afl. 1585, 12, weergave CB;
- Cass. 28 september 1959, *Pas.* 1960, 125;
- Cass. 12 november 1965, *RW* 1965-66, 911, *Lamot*;
- Cass. 15 september 1970, *Pas.* 1971, I, 37, *Sidro*;

- Cass. 20 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 253;
- RvS 29 juni 1987, *TRV* 1988, 110, *Vanneste*;
- HvJ 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*;
- HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Centros*;
- HvJ 5 november 2002, nr. C-208/00, *Überseering*;
- HvJ 30 september 2003, nr. C-167/01, *Inspire Art*;
- HvJ 11 maart 2004, nr. C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*;
- HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, *Marks & Spencer*;
- HvJ 7 september 2006, nr. C-470/04, *N*;
- HvJ 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*;
- HvJ 16 december 2008, nr. C-2010/06, *Cartesio*;
- HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, *National Grid Indus*;
- HvJ 12 juli 2012, nr. C-378/10, *Vale*;
- HvJ 21 februari 2013, nr. C-123/11, *A Oy*;
- HvJ 24 januari 2014, nr. C-164/12, *DMC*;
- HvJ 21 mei 2015, nr. C-657/13, *Verder Labtec*;
- HvJ 14 september 2017, nr. C-646/15, *Panayi*;
- HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, *Polbud*.

Rechtsleer

- *Monografieën*

- BLOCKERYE, T., *Acquisitions, fusions et reorganizations de sociétés*, Limal, Anthemis, 2012, IV + 498 p.;
- BRAEKMANS, H. en HOUBEN, R., *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, xlii + 924 p.;
- CHEVALIER, C., *Vademecum Vennootschapsbelasting*, Gent, Larcier, 2018, LXVI + 1716 p.;
- DE BEULE, N., *Roerende voorheffing en herstructurering. Een praktische benadering van de 10% heffing*, Mechelen, Ced. Samson, 2003, VI + 177 p.;
- ESSERS, P., *Abusive Application of International Tax Agreements. Proceedings of a seminar held in Munich in 2000 during the 54th congress of the International Fiscal Association*, Den Haag, Kluwer, 2001, xii + 85 p.;
- GEENS, K. en WYCKAERT, M., *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, XXVII + 906 p.;
- HAELTERMAN, A., *Vennootschapsbelasting doorgelicht. Een inzichtelijk handboek*, Brugge, die Keure, 2018, XVIII + 373 p.;
- MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, J. en MALHERBE, P., *Droit des sociétés précis. Droit communautaire. Droit Belge*, Brussel, Bruylant, 2009, 1498 p.;

RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, XIV + 530 p.;

VAN CROMBRUGGE, S., *De hervorming van de vennootschapsbelasting. De wetten van 25 december 2017 en 30 juli 2018*, Roeselare, Roularta, 2018, 287 p.;

VAN GERVEN, D., *Handboek vennootschapsrecht. Algemeen deel*, Gent, Larcier, 2016, 1300 p.

- *Verzamelwerken*

BILLIET, S., DANNEELS, T., Taelman, S., VANNESTE, L. en VINCKE, L., "Exitheffingen bij vennootschappen" in VAN CROMBRUGGE, S. (ed.), *Actuele fiscale thema's 2008. De botsing tussen nationale soevereiniteit en interne markt in het Europees fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2009, 243-301;

DE BIE, E. en JENNÉ, F., "Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen in het Belgische recht: waar vertrekken en waar landen?" in FALCONIS, J., WYCKAERT, M. en DE BROE L., (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 47-98;

HAELTERMAN, A., "Belgische fiscale regels inzake emigratie en immigratie van vennootschappen" in FALCONIS, J., WYCKAERT, M. en DE BROE L., (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 129-142;

LAGAE, J.-P., "De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelasting" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 1031-1050;

MARESCEAU, K., "Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer", in BELGISCH CENTRUM VAN HET VENNOOTSCHAPSRECHT (ed.), *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 203-237;

PEETERS, S., "Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus?" in FALCONIS, J., WYCKAERT, M. en DE BROE L., (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 107-128;

PIETTE, C., "Ontbinding, vereffening en herstructurerings in de schoot van het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen", in BRAECKMANS, H., GEENS, K. en WYMEERSCH, E., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2018, 113-139;

VERDINGH, Y., "Zetelverplaatsingen", in X. (ed.), *Vennootschap en belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2016, 235-259.

- *Bijdragen in tijdschriften*

BERNARD, F., "L'avènement des scissions transfrontalières", *DAOR* 2018, afl. 3, 5-48;

BLUMBERG, J.-P., "Over het grensoverschrijdende associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie", *TPR* 1992, 803-833;

BOULOGNE, F. en SLAVNIC, N.S., "Cross-boarder restructuring and 'final losses'", *ET* 2012, afl. 10, 486-494;

BRONSELAAR, K., "Landinwaartse zetelverplaatsing en voorheen uitgedrukte meerwaarden op aandelen: de Belgische fiscus vist achter het net" (noot onder Antwerpen 1 april 2008), *TFR* 2009, afl. 360, 366-369;

CAPITTA, F. en LETIZIA, G., "National Grid Indus Case: Consequences under an Italian perspective", *EC Tax Review* 2012, afl. 5, 277-282;

- CEJIE, K., “Emigration taxes – several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond”, *Intertax* 2012, afl. 6/7, 382-399;
- COUGNON, J., “Réforme fiscale à l’impôt des sociétés et transposition des directives ATAD”, *R.G.F.C.P.* 2018, afl. 6, 13-41;
- DEAK, D., “Outbound establishment revisited in Cartesio”, *EC Tax Review*, 2008, afl. 6, 250-258;
- DE BROE, L. en VAN ROBBEBROECK, N., “Franse exit taks strijdig met vrij vestigingsrecht”, *Fiscoloog (I.)* 2004, afl. 244, 1-4;
- DE COCK, B. en VAN VLIERDEN, B., “Wat met terugname waardevermindering op aandelen na zetelverplaatsing?”, *Fiscoloog (I.)* 2018, afl. 418, 1-6;
- DELVIGNE, N., POSSOZ, M. en VANDENAMEELE, L., “Immigration de sociétés en Belgique: avis de la CNC et nouvelles disposition fiscales”, *TRV/RPS* 2018, afl. 7, 679-690;
- DE NEEF, G., “Fiscale emigratie: afrekenen aan de grens of gespreid betalen”, *TEP* 2017, afl. 2, 93-95;
- DESMET, B., WOUTERS, P.-J. en VAN DEN BOSCH, M., “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen: wetgever neemt nieuwe horde in het Belgisch exitregime”, *Intern.fisc.act.* 2016, afl. 10, 1-6;
- ECJ TAX FORCE, “Opinion statement of the CFE on the decision of the European Court of Justice of 29 November 2011 in case C-371/10, National Grid Indus BV and business exit taxes within the European Union”, *ET* 2013, afl. 6, 276-278;
- ISENBAERT, M., “Zetelverplaatsingen binnen de EU: fiscale doorbraak”, *Fiscoloog (I.)* 2012, afl. 338, 1-3;
- JANSSENS, L., “Nederlandse ‘exitbelasting’ gered?”, *Fiscoloog (I.)* 2006, afl. 275, 4-6;
- KOK, R., “Exit taxes for companies in the European Union after National Grid Indus”, *EC Tax Review* 2012, afl. 4, 200-206;
- LENAERTS, K., “Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland” (noot onder RvS 29 juni 1987), *TRV* 1988, 112-115;
- LENAERTS, N. en OEPEN, W., “De zaak DMC: gordiaanse knoop inzake exitheffingen doorgehakt?”, *Fiscoloog (I.)* 2014, afl. 367, 4-8;
- LENAERTS, N. en OEPEN, W., “‘Verder LabTec’: Gordiaanse exit tax-knoop nu definitief doorgehakt”, *Fiscoloog (I.)* 2015, afl. 382, 1-4;
- LENAERTS, N., OEPEN, W. en VAN DYCK, G., “Belgische exit taks: nieuwe wetgeving knoopt aan bij Europese regels”, *Fiscoloog (I.)* 2016, afl. 397, 1-7;
- LIEVENS, K. en VAN DEN BRUEL, T., “Voorafgaande beslissing nr. 2014.042 d.d. 27 mei 2014”, *TFR* 2014, afl. 472, 1007;
- LOOSVELT, S. en DURIEU, H., “Europese Anti-Tax Avoidance Richtlijn doorgelicht”, *Intern.fisc.act.* 2017, afl. 1, 1-6;
- MESSIAEN, R., “De internationale zetelverplaatsing en de emigratiebelasting ex artikel 210 §1, 4° WIB 1992: is de exit-tax verenigbaar met de hogere normen?”, *TFR* 2005, afl. 287, 731-750;
- MORTIER, F., noot onder Antwerpen 1 april 2008, *Fisc.Koer.* 2008, 694-706;
- NAVEZ, E.-J., “Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d’établissement des sociétés en droit de l’UE. De Daily Mail à National Grid Indus: évolution, révolution et au-delà?”, *CDE* 2011, afl. 3, 611-658;
- PEETERS, B., “De nieuwe regels inzake grensoverschrijdende overdrachten van activa”, *Fiscoloog* 2019, afl. 1598, 6-10;

- PEETERS, S., "Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus", *TRV* 2012, 5-20;
- PEETERS, S., "Exit taxation: From an internal market Barrier to a tax avoidance prevention tool", *EC Tax Review* 2013, art. 3, 122-132;
- PEETERS, S., "Overgang van heffingsbevoegdheid als gevolg van inbrengverrichting: Hof zegent spreiding van meerwaardebelasting over 5 jaarlijkse betalingstermijnen (noot onder HvJ 23 januari 2014)", *TFR* 2014, 621-626;
- PINTE, L., PEETERS, S. en POSSOZ, M., "Immigratie van vennootschappen naar België: dubbele belasting", *Fiscoloog* 2016, afl. 1478, 5-6;
- PINTE, L., PEETERS, S. en POSSOZ, M., "Zetelverplaatsing van vennootschappen naar België: spanningsveld tussen boekhoudkundige continuïteit en fiscale discontinuïteit", *TRV/RPS* 2016, 234-252;
- PIOT, W., "Fiscale implicaties van zetelverplaatsing naar en vanuit België", *AFT* 1997, 11-17;
- SCHNEEWEISS, H., "Exit taxation after Cartesio: The European fundamental freedom's impact on taxing migrating companies", *Intertax* 2009, afl. 6/7, 363-374;
- SENDETSKA, O., "ECJ Case law on corporate exit taxation: From National Grid Indus to DMC: what is the current state of law?", *EC Tax Review* 2014, 230-237;
- TELL, M., "Exit taxation within the European Union/European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11)", *ET* 2014, afl. 2/3, 47-55;
- THOMMES, O. en LINN, A., "Deferment of exit taxes after National Grid Indus: is the requirement to provide a bank guarantee and the charge of interest proportionate?" *Intertax* 2012, afl. 8/9, 485-493;
- TRIPPAS, D. en BAMMENS, N., "Grensoverschrijdende fusie: kunnen verliezen worden 'geïmporteerd'?", *Fiscoloog (I.)* 2013, afl. 353, 1-4;
- VAN ARENDONCK, H., "National Grid Indus and its aftermath", *EC Tax Review* 2013, afl. 4, 70-71;
- VAN CROMBRUGGE, S., "CBN over zetelverplaatsing naar België en verschil in waarderingsregels", *Balans* 2018, afl. 799, 1-4;
- VAN CROMBRUGGE, S., "Zetelverplaatsing naar België: definitief CBN-advies", *Balans* 2018, afl. 806, 7-8;
- VAN DEN BROEK, H. en MEUSSEN, G., "National Grid Indus Case: re-thinking exit taxation", *ET* 2012, afl. 4, 190-196;
- VAN DER BRUGGEN, E., "Het fiscaal regime van naar België verplaatste vennootschappen", *TRV* 1994, 485-503;
- VAN GILS, M., "Zetelverplaatsing voor en na de wet van 11 december 2008. Deel I. Immigratie", *TFR* 2009, afl. 369, 823-836;
- VAN GILS, M. en PEETERS, A., "Zetelverplaatsing naar België: boekhoudkundige gevolgen", *Fiscoloog* 2011, afl. 1245, 7-10;
- VAN THIEL, S., "Taxplanning en het Europees vestigingsrecht. Een stap terug", *AFT* 1989, afl. 10, 259-267;
- VAN ZANTBEEK, A. en DRAYE, J., "Aandeelhouders niet belast bij emigratie van Belgische vennootschappen", *TFR* 2012, afl. 418, 291-295;
- VERSWEYVELD, P., "Exittaxatie. Zijn de Belgische fiscale regels betreffende grensoverschrijdende reorganisaties strijdig met het Europese recht?", *AFT* 2009, afl. 10, 3-23;

VERSWEYVELD P. en VERLEYSEN, A., "Exitheffingen bij grensoverschrijdende reorganisaties opnieuw onder Europees vuur", *AFT.Act.* 2012, afl. 3, 7-9;

VILAGI, R., "Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of the EU-law", *ET* 2012, afl. 7, 346-354;

WATTEL, P., "Carry on discriminating", *NJB* 2011, afl. 44/45, 2973;

WEBER, D., "Exit taxes on the transfer of seat and the applicability of the freedom of establishment after Überseering", *ET* 2003, afl. 10, 350-354;

WILLEMS, W., Exit- en entry-taxatie. Analyse van de Anti Tax Avoidance-richtlijn en de impact op het Belgisch fiscaal recht", *AFT* 2017, afl. 11, 5-20;

WILLEMS, W., "Het (onzekere) lot van buitenlandse waardeverminderingen en verliezen na zetelverplaatsing", *AFT.Act.* 2018, afl. 36, 5-10.

Varia

- Voorafgaande Beslissing nr. 2012.034 van 29 mei 2012, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2013.404 van 12 november 2013, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2014.042 van 27 mei 2014, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2014.476 van 30 september 2014, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2014.660 van 10 februari 2015, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2015.013 van 24 februari 2015, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2015.152 van 13 mei 2015, www.stradalex.com;
- Voorafgaande Beslissing nr. 2015.550 van 22 december 2015, www.stradalex.com;
- *Vr. en Antw.* Senaat 1994, 29 maart 1994, nr. 742, 2926 (vr. nr. 996, DE CLIPPELE);
- *Vr. en Antw.* Kamer 2015-16, 24 maart 2016, nr. 54-70, 242 (vr. nr. 886, VAN BIESEN).