

INLEIDING

Ofschoon men wel eens zegt dat het geven van voorbeelden i.p.v. de (theoretische) algemene regel een teken is van (theoretische) zwakte, lijkt het mij toch best dit werk «in concreto» aan te vangen (Hoofdstuk I). Vooral omdat er inzake F.V.'s weinig algemene regels te geven zijn. Feitelijk zou men aan casuïstiek moeten doen i.v.m. dit onderwerp op gevaar af anders een te grove schets af te leveren met onvoldoende schakeringen en nuanceringen. Elk probleem, elke oplossing is immers ten zeerste plaats- en tijdgebonden en hangt van 101 factoren af.

Het fiscaal recht en zeker deze «sector» van het fiscaal recht is wel bij uitstek een recht in (r)evolutie.

Uiteraard kunnen we in dit werkstuk niet aan casuïstiek gaan doen. Dit zou een veel uitgebreidere studie en kennis vergen. Anderzijds blijft het natuurlijk onze bedoeling zoveel mogelijk «de waarheid» te benaderen. Laten we deze bedoeling dan maar omzetten in een hopelijk succesvolle poging...

TITEL I: DE FISCALE VLUCHTHAVENS

HOOFDSTUK 1: PROBLEEMSTELLING AAN DE HAND VAN 2 VOORBEELDEN

De volgende twee voorbeelden mogen zeker niet opgevat worden als een poging om alle problemen die i.v.m. F.V.'s kunnen rijzen te omvatten. Wel is dit een poging om een aantal van de belangrijkste problemen naar voor te schuiven. Tevens hoop ik hiermee klaarder in het licht te stellen hoe met F.V.'s kan gespeeld worden en vooral welke beperkingen deze «spielerei» treffen.

A. EERSTE VOORBEELD : DE LENING.

Een Franse vennootschap Y, dochter van een Belgische moeder-vennootschap X, (die een «gewone» commerciële of industriële vennootschap is), wenst een investeringsproject van 100 miljoen B.F. te verwezenlijken. Om dit te financieren zijn er vele mogelijkheden. We zullen hierna er drie van onderzoeken.

Hypothese I.

X schrijft een obligatielening aan 10% interest uit. X stelt deze gelden aan Y ter beschikking tegen een interest van 12% (sub-hypothese A), 15% (sub-hypothese B), 20% (sub-hypothese C).

Hypothese II.

X richt een financiële holding, Z, op in Luxemburg en laat Z de leningsoperatie doen: ontlening tegen 10%, uitlening tegen 12% (sub-hypothese A), 15% (sub-hypothese B), 20% (sub-hypothese C).

Hypothese III.

X richt een financiële holding, Z, op in Nederland en laat de Nederlandse holding de leningsverrichtingen uitvoeren in dezelfde voorwaarden als in beide voorgaande gevallen, d.w.z. ontlening tegen 10%, uitlening tegen 12% (sub-hypothese A, tegen 15% (sub-hypothese B) en tegen 20% (sub-hypothese C).

Hierna vindt U een tabel, waarvan de bedoeling is de internationale belastingdruk te berekenen in elk van de negen hypothesen. Uit de vergelijking van de resultaten kan men zich een beeld vormen in welke hypothesen het eventueel fiscaal voordelig kan zijn om de leningsoperatie te laten uitvoeren in een F.V. (Nederland of Luxemburg). De afrondingen in de tabel gebeuren tot 0,01.

VERKLARING VAN DE IN DE TABEL OPGENOMEN GE- GEVENS. (*)

Hypothese I (2).

D.B.V. tussen Frankrijk en België dd. 10.3.1964 zoals herzien op 15 februari 1971, art. 16, 3^o: De R.V. wordt verminderd tot 15% (maximum) (deze grens mag overschreden worden indien de interest onbillijk en onredelijk is).

Hypothese II (2).

De D.B.V. die het Groothertogdom Luxemburg heeft afgesloten zijn niet toepasselijk op de Luxemburgse holdings die van het speciaal (vrijstelling)statuut van de wet van 1929 genieten (zie Hoofdstuk III B van dit deel).

De R.V. in Frankrijk op interesten van obligatieleningen is over het algemeen 25%.

(*) De cijfers tussen () bij de ondertitels, verwijzen naar de cijfers van de tabel.

	Hypothese I (België)			Hypothese II (Luxemburg)			Hypothese III (Nederland)		
	A : 12 %	B : 15 %	C : 20 %	A : 12 %	B : 15 %	C : 20 %	A : 12 %	B : 15 %	C : 20 %
(1) Bruto-ontvangst	12,—	15,—	20,—	12,—	15,—	20,—	12,—	15,—	20,—
(2) R.V.	15 % : 1,8	15 % : 2,25	15 % : 3,—	25 % : 3,—	25 % : 3,37	25 % : 5,—	10 % : 1,2	10 % : 1,5	10 % : 2,—
(3) Netto-ontvangst	10,2	12,75	17,—	9,—	11,25	15,—	10,8	13,5	18,—
(4) Interest kosten	10,—	10,—	10,—	10,—	10,—	10,—	10,—	10,—	10,—
(5) Grondslag Venn. B. = Netto-ontvangst (3) - Interest kosten (4) = Bruto-ontvangst (1) - Interest kosten (4)	0,2	2,75	7,—	—	—	—	2,—	5,—	10,—
(6) Venn. B. vóór verrekening	48 % : 0,10	48 % : 1,32	48 % : 3,36	—	—	—	47 % : 0,94	47 % : 2,35	47 % : 4,—
(7) Verrekening: = F.B.B. 15 % van Netto-ontvangst = D.B.V. (Frankrijk- Nederland, art. 24A3)	1,53	1,91	2,55	—	—	—	9,94	1,50	2,—
(8) = Venn.B. (6) na verre- kening (7) = of forfaitaire Venn.B	-1,43	- 0,59	-0,81	—	—	—	— 0,06	0,85 0,06	2,7 0,06
(9) Internationale belas- tingsdruk = R.V. + Venn.B. na ver- rekening (2) + (8) = of R.V. + forf. Venn.Bel.	0,37	1,66	3,81	3,—	3,75	5,0	1,2 1,26	2,35 1,56	4,7 2,06

komt op een vermogensbelasting (i.p.v. een I.B.). Ze is vooral interessant als de interestverschillen tussen ontleende en geleende kapitalen groter worden dan 2%.

Door deze forfaitaire aanslag wordt de belastingdruk in Nederland feitelijk minder groot dan in Luxemburg. Daar bestaat immers een jaarlijkse belasting van 0,16% op kapitaal en obligaties (vgl. met 0,0625 .!) (2).

De kosten voor het overbrengen van de eventuele winst in de vorm van een dividend vanuit de Luxemburgse of Nederlandse holding naar X, de Belgische moeder, zijn verwaarloosbaar.

In hypothese II (Luxemburg) wordt er immers op deze dividenden geen R.V. in Luxemburg ingehouden en kunnen de dividenden in België van het erg voordelig systeem van de D.B.I. genieten, op voorwaarde dat het om *vaste* participaties gaat (art. 113 W.I.B.). Door de werking van de F.R.V. van 5% (art. 191 5°) is het zelfs mogelijk dat er uiteindelijk na «belasting» meer overblijft van de dividenden dan vóór belasting. Dit is nl. zo indien de D.B.I. 95% bedragen (art. 113 § 1 - 90% indien het gaat om een zogenaamde «financiële» vennootschap - opgepast echter voor de terminologie - zie art. 113 " 2). Dan zal men immers 2,48% meer overhouden dan vóór belasting, en deze 2,48% zijn «terug»betaalbaar (immers de F.R.V. van art. 191, 5° is terugbetaalbaar). In ons voorbeeld hebben we verondersteld dat X een commerciële of industriële vennootschap is. Een D.B.I. van 95% is dus toepasselijk.

In globo mag dus gesteld worden dat het overbrengen van de interesten van Luxemburg naar België geen extra kosten met zich zal meebrengen. Dit komt door de afwezigheid van enige R.V. in Luxemburg en door het fiscaal erg gunstig regime betreffende dividenden in België (zie voor een vergelijking van dividendinkomsten in België en in Nederland: hoofdstuk III B van dit deel). De omzetting in Luxemburg van interesten in dividenden is een erg belangrijk moment dus, vanuit fiscaal oogpunt.

Hypothese III (Nederland) is wat de dividendbehandeling betreft, gelijklopend aan hypothese II (Luxemburg) met één afwijking: in Nederland zal een R.V. van 5% worden ingehouden op de uitgekeerde dividenden (3). In geval de financiële holding in Nederland aan een forfaitaire aanslag onderworpen is, vooral wanneer de werkelijke winst vrij groot is t.a.v. de minimale belasting, is het wel aan te raden de winst niet als dividend uit te keren, maar in de plaats daarvan bv. leningen toe te staan met deze winst

(2) Zie over dit forfaitair regime: JONES J.F.A., *Tax Havens and Measures against Tax Evasion and Avoidance in the E.E.C., Associated Business Programmes*, London, 1974, Hdst. 8, *The Position of Luxemburg within the E.E.C.*, 93. (waar een vergelijking met Nederland gemaakt wordt betreffende de financiële holdings).

(3) D.B.V. tussen Nederland en België (19.10.1970): art. 10 § 2: indien de genietter van de dividenden minder dan 25% van het kapitaal heeft van de vennootschap die de dividenden uitdeelt, dan is een R.V. van 15% verschuldigd, anders een R.V. van 5% (deze laatste is onze veronderstelling: nl. een quasi 100% participatie van A in de Nederlandse holding).

We houden voor de rest van dit vb. geen rekening met deze 5% R.V. aangezien dit meestal toch maar een klein bedrag is.

aan de Belgische vennootschap. De Nederlandse fiscus zou dan immers wantrouwig kunnen worden ofschoon in principe onder het forfaitaire regime de Nederlandse fiscus zich niet bemoeit met de (lenings) operaties van de holding. De Nederlandse vennootschap kan zo bv. zonder de minste vrees tegen 14% gaan ontlene bij een zustervennootschap gevestigd in de Nederlandse Antillen, iets wat in België onder art. 46.2° W.I.B. zou vallen (zie Titel II, hoofdstuk I, 1).

We hebben reeds iets gezegd i.v.m. de *kosten* die een vennootschap in een F.V. met zich meebrengt: er zijn niet alleen de *oprichtingskosten*, maar ook de *beheerskosten* en de - zij het minimale - *belastingen* (0,16% in Luxemburg, eventueel 0,0625% in Nederland indien men een akkoord kan sluiten met de Nederlandse fiscus). Dit zijn allemaal kosten die men vermijdt indien men in casu de leningsoperatie «rechtstreeks» doet (hypothese I).

Een probleem rijst i.v.m. de aftrekbaarheid van de interesten in hoofde van de Franse dochtervennootschap Y. Laat ons aannemen dat er zich geen problemen stellen in hoofde van X (hypothese I) of Z (hypothese II en III) voor wat betreft de aftrek van de interesten van de ontleende gelden (bv. omdat de lening aan «derden» is uitgeschreven). Een specifiek probleem rijst bij Y omdat zij geldt leent van een verwante vennootschap. De meeste landen, (ook Frankrijk) passen dan, ter bepaling van de aftrekbaarheid van de betalingen, het «Arm's lenght principle» (A.L.P.) toe. (in het kader van de «Intercompany pricing»: zie titel II, hoofdstuk I). Kort gezegd komt dit erop neer dat men gaat trachten te bepalen wat, gezien de concrete omstandigheden, de «normale» betaling (in casu interestvoet) zou zijn tussen *onafhankelijke* partijen. Men moet er dus voor zorgen geen te hoge interestvoet te bepalen, noch een te lage.

In hypothese II en III (holding in «F.V.» leent aan Y) zal er weinig reactie in principe zijn van de F.V.'s, indien de interest te laag is (de F.V.'s heffen immers quasi geen belasting), maar deze situatie zal om evidente redenen zich niet dikwijls voordoen. Een te hoge interest is een meer plausibele aangelegenheid en dan zal de Franse fiscus in 't verweer schieten (4). De Belgische fiscus zou, geconfronteerd met zo een situatie, naar art. 46, 1° W.I.B. kunnen grijpen. Dit art. legt de bewijslast betreffende de werkelijkheid en het normaal karakter van de betaalde interest op de belastingplichtige (omkering van bewijslast!). Zie daarover meer in titel II, hoofdstuk I, A. Een 20% interest lening (gegeven een 10% interest-kost) zal daarom noch in hypothese I, II of III realiseerbaar zijn. Het «abnormaal» gedeelte van deze interest zal immers door de Franse fiscus beschouwd worden als niet te zijn uitbetaald, maar te behoren tot de belastbare winst. Dit kan vooral in Hypothese I nare gevolgen hebben: dan is er

(4) En ook in Hypothese II, de Luxemburgse fiscus in sommige gevallen, zie: Tax Havens and Measures against..., o.c., 92: het interestverschil mag zo bv. bij financiële holdings in handen van banken slechts 2% bedragen (in deze 2% zijn de vergoedingen voor de tussenkomst van de banken inbegrepen).

immers het risico van internationale dubbele belasting (tenzij de belastingadministraties van beide betrokken landen, in casu België en Frankrijk, het op een akkoord kunnen gooien. Dikwijls wordt in D.B.V.-en daarover een speciale procedure voorzien. Zie over dit alles meer in titel II, hoofdstuk I, A en hoofdstuk II (i.v.m. de D.B.V.-en).

Voor we tot een besluit overgaan, moeten we toch nog eerst vermelden dat bij zulke transacties, problemen kunnen rijzen i.v.m. de wisselkontrole. In tegenstelling tot de liberale wisselkontrole in België en Nederland of de afwezigheid van wisselkontrole in Luxemburg, heeft Frankrijk een strenge wisselkontrole. Zie hierover meer in hoofdstuk 2 C 9^e van deze titel.

BESLUIT

Als men de tabel bekijkt, dan ziet men dat voor de beschreven leningsoperaties (dit kan echt geëxtrapoleerd worden tot quasi alle leningoperaties) fiscaal gezien Luxemburg de minst verkieslijke oplossing is. Ze is nl. steeds de duurste oplossing. Dit komt vnl. doordat op de Luxemburgse holdings de D.B.V.-en niet van toepassing zijn. De (vrij hoge) R.V. is daarenboven een definitief verlies aangezien dit in Luxemburg, bij afwezigheid van Venn. B., met dit laatste niet gecompenseerd kan worden. Merk op dat in sub-hypothese A de Luxemburgse holding slechts een netto-ontvangst heeft van 9% en dus haar interestverplichtingen daarmee niet kan voldoen (verliesoperatie).

Nederland is dus zeker te verkiezen boven Luxemburg, vnl. doordat hier juist wel een uitgebreid net van gunstige D.B.V.-en van toepassing is.

Maar de grote overwinnaar is België: door haar gunstiger Venn. B. (dan Nederland) en door haar gunstiger verrekeningssysteem (waardoor men in tegenstelling tot Nederland tot een negatieve Venn. B. kan komen) compenseert ze de mogelijkheid van het forfaitair regime in Nederland.

Alleen in de sub-hypothese C (20%) is Nederland goedkoper, maar deze hypothese is in feite een onrealistische. In sub-hypothese B (interest van 15%) is Nederland een tikje goedkoper (met het forfaitair regime) maar dit lichte voordeel zal wel tenietgedaan worden door oprichtingskosten en beheerskosten.

De vraag is dus: waarom wordt dan Luxemburg en Nederland wel in de praktijk veel gebruikt voor financiële operaties?

Een eerste verklaring zou kunnen liggen in het feit dat niet alle leningsoperaties gebeuren op de wijze zoals in ons vb. aangeduid. Het is nl. ook mogelijk dat tegenover interestontvangsten geen interestkosten staan. Dit is bv. het geval indien men een lening toestaat uit de (gereserveerde) winst. Dan wordt het natuurlijk van veel groter belang of de interestinkomsten al dan niet aan de Venn. B. onderworpen zullen worden, aangezien de winstmarge in dat geval aanzienlijk wordt.

In plaats van de lening door X te laten toestaan, zou men er dan aan

kunnen denken een financiële holding in Nederland of Luxemburg op te richten. En deze laatste met haar kapitaal (voortkomende uit de door X gemaakte winst) een lening te laten toestaan. Nochtans, in Nederland moet men, om van het forfaitair regime te kunnen genieten, een akkoord met de fiscus kunnen bereiken. Deze laatste zal, gezien de concrete omstandigheden, wel niet zo gemakkelijk zijn akkoord geven.

Nu, het «quod plerumque fit» is de situatie waarbij tegenover interestontvangsten, interestenkosten staan en dan blijft de vraag welk voordeel men kan halen uit de Luxemburgse of Nederlandse holding.

Het belangrijkste «voordeel» m.i. ligt in de afwezigheid van R.V. in Nederland en Luxemburg (5). In België zal, op de betaling door A van haar interestschuld van 10% aan de inschrijvers, een R.V. van 20% ingehouden worden. Dit betekent dat deze laatsten slechts 8% in handen krijgen. In Luxemburg en Nederland echter zouden ze 10% netto krijgen (6). Maar de vraag stelt zich in welk geval dit voordelig zou kunnen zijn. Immers, als ze deze inkomsten aangeven aan de fiskus dan betekent deze R.V. meestal geen extra last. De Belgische inschrijvers op de lening van A kunnen de R.V. volledig verrekenen (en eventueel laten terugbetalen) met hun P.B. De buitenlandse inschrijvers zullen deze belasting waarschijnlijk ook kunnen verrekenen, ofwel omdat er een unilaterale regeling voorzien is (bv. regeling gelijkaardig aan het Belgische F.B.B.) ofwel omdat in een D.B.V. een systeem is uitgewerk ter vermijding van de (internationale) dubbele belasting (cfr. art. 24 A 3° van het D.B.V. tussen Frankrijk en Nederland). de R.V. betekent dus, in de hypothese dat men zijn inkomsten aangeeft, bijna nooit een noemenswaardige extra-kost.

In de hypothese dat men de interestinkomsten niet aangeeft, maakt dit natuurlijk wel een verschil. In dat geval betaalt men, bij een R.V. van 20%, uiteindelijk 20% belasting (dit is dan een definitief verlies), terwijl, bij afwezigheid van R.V., er helemaal geen belasting wordt betaald.

Zo kom ik tot de conclusie dat het enige fiscaal motief in het gebruik van Nederland of Luxemburg als «basis» voor leningsoperaties, dikwijls alleen gelegen is in de... belastingontduiking (7) (8).

(5) Ook in Duitsland bv. is er geen R.V. op interesten van obligatieleningen (tenzij de obligatieleningen is uitgeschreven door een niet-verblijfhouder en de interesten ontvangen worden door een niet-verblijfhouder).

In Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk is de mogelijkheid voorzien om, met speciale toestemming, internationale obligatieleningen uit te schrijven zonder R.V. («Tax Havens and Measures against...», o.c., 92).

(6) De Luxemburgse en Nederlandse vennootschappen zijn dus competitiever op de obligatiemarkt.

De oprichting in Luxemburg van een holding zal dikwijls een aandelenruil betekenen. De overdracht van aandelen naar een holding in Luxemburg valt onder art. 250, 1°, Grote problemen zal dit echter niet meebrengen, want - buiten het feit dat art. 250 bijna nog nooit is toegepast - het bewijs dat deze verrichting de Belgische fiskus niet benadeelt, zal niet moeilijk zijn gezien de aandelen, die overgedragen werden (bv. van de Franse dochter), meestal toch niet in België belast werden (D.B.I.).

(7) De conclusie dat er op (legaal) fiscaal vlak weinig voordeel is te halen uit een F.V. voor dit soort operaties, vind ik bevestigd in een art. van CHOWN J., «The Banker», April 1977, nr. 619. Onder de titel «Who use offshore centres» staat op p. 99 het volgende te lezen:

We zouden hier een kleine parentese willen openen betreffende het onderscheid tussen belastingontduiking en belastingsvermijding. Feitelijk kan men een onderscheid maken tussen:

- a) de (legale) *belastingsbesparing*: men onttrekt zich fysisch aan de belastingheffing; bv. men rookt geen sigaretten.
- b) de (legale) *belastingsvermijding*: men onttrekt zich op wettelijke wijze aan de belastingheffing en men draagt de juridische gevolgen van zijn handelen.
- c) de *simulatie*: men «construeert» de wettelijke voorwaarden waardoor men minder belastingen moet betalen, terwijl de werkelijkheid er niet mee overeenkomt. Men neemt m.a.w., in tegenstelling tot de (legale) belastingvermijding, niet alle (juridische) gevolgen van de constructie. De Rechtspraak heeft dit onderscheid tussen simulatie en belastingvermijding aldus geponeerd in een Cassatiearrest van 6 juni 1961 (in de zaak «Brepols»).

Dit onderscheid is echter in de praktijk allesbehalve gemakkelijk te trekken. De simulatie is de *aktieve* vorm van *belastingontduiking*. (9) (9 bis)

«Many companies use financing subsidiaries based on offshore centres. Based on what I have said already, this might be thought to be counterproductive. After all, if one's aim is to divert income flow into a company subject to a low rate of tax, charges against income such as interest should be taken against profits that would otherwise be subject to a high rate of tax. Why then use a low-tax jurisdiction as a base from which to borrow? Usually these do not achieve any particular tax savings but are a convenient and flexible way of making sure that the same profits are not taxed twice in different countries.»

In het boek «Tax Havens and Measures against...», o.c., komt men ook tot dezelfde conclusie op p. 910.

(8) Deze belastingontduiking zal overigens moeilijk te ontdekken zijn (althans indien het om niet al te grote bedragen gaat) aangezien de afwezigheid van R.V. aan de inschrijvers een extra-anonimiteit bezorgt, naast het feit dat het gaat om een obligatielening aan toonder (per hypothese). Natuurlijk hebben wij het hier steeds over natuurlijke personen. Voor vennootschappen zal het wegens de grotere controle heel wat moeilijker zijn om (grote) leningen toe te staan zonder deze in de boekhouding op te nemen en om de ontvangen interesten niet aan te geven. Het risico van ontdekking van deze fraude is dan ook heel wat groter dan bij natuurlijke personen.

(9) De houding t.a.v. het fenomeen van de veinzing of simulatie is niet dezelfde in de verschillende landen, evenmin als de houding van de belastingadministratie en de Rechtbanken. In Frankrijk is op dit vlak de theorie van de «abus de droit» ontwikkeld; in de B.R.D.; «Wirtschaftliche Betrachtungsweise»; in Nederland: «fraus legis»; in de V.S.: «Business purpose test». In de meeste landen echter komt de benaderingswijze op het volgende neer: is de constructie verantwoord door «gezonde» economische overwegingen of is daarentegen de enige (of hoofdzakelijke) bedoeling de belastingvermijding? Ofschoon in België in theorie de aanpak meer juridisch is, blijkt uit de praktijk dat we ons bij bovenstaande economische benaderingswijze aansluiten.

Voor meer nuanceringen (in Duitsland wordt bv. de nadruk gelegd op het al dan niet «typisch» karakter van de gebruikte vorm) zie: Internationaal Tax Avoidance, o.c., 269 e.v.

(9 bis) Een bevestiging van het feit dat België de juridische benaderingswijze van het fenomeen simulatie, zoals uitgedrukt in het Cassatiearrest «Brepols», verlaten heeft voor een meer economische aanpak, zoals in de andere landen, vindt men in het Cassatiearrest dd. 7 december 1979 (niet gepubliceerd) inzake «Ines» (zie ook Antwerpen, 2.3.1978, R.P.S., 1979, 312), waartegen de bovengenoemde Cassatievoorziening, dat stelt dat er geen discrepantie tussen juridische constructies en de economische werkelijkheid mag zijn en dat een juridische constructie die «abnormaal» is, niet aanvaard wordt.

d) De *dissimulatie*: dit is de *passive belastingontduiking* (10)

Het niet aangeven van de interesteninkomsten door de inschrijvers van obligatieleningen zou in casu een voorbeeld van dissimulatie zijn, ofschoon we ons in principe in dit werk daar niet mee bezighouden, kan dit toch dikwijls een doorslaggevende factor zijn in de praktijk (11).

Na deze parenthese, zou ik een voorbeeld willen aanhalen dat mij door een praktijkjurist werd verteld. Hij zei: «Hoe belasting vermijden? Men richt een vennootschap op in de Nederlandse Antillen en eentje in Nederland. Men laat de Nederlandse Antillenvennootschap een obligatielening uitschrijven tegen 10%; deze gelden worden verder geleend aan de Nederlandse vennootschap tegen 14% en deze laatste leent verder tegen 15% aan een Franse zustersvennootschap. Resultaat: in Nederland wordt op de ontvangen interesten bijna geen belasting betaald (forfaitaire belasting: 0,0625%); geen R.V. in Nederland, een Venn. B. in de Nederlandse Antillen van slechts 2% (12). De 4% winstmarge wordt als dividend aan de Belgische vennootschap uitgekeerd: geen R.V. in de Nederlandse Antillen en in België D.B.I. en F.R.V. Resultaat: men incasseert 4% interesten quasi zonder belasting. Als deze dividenden verder worden uitgekeerd aan de fysische aandeelhouders dan kunnen deze laatsten van het B.K. genieten (art. 135 W.I.B.).

Nochtans, volgens mijn berekeningen zou de operatie goedkoper verlopen indien gewoonweg de Belgische vennootschap de lening zou uitschrijven! Wat zijn immers de kosten (afroning tot op 0,01%)?

(10) In tegenstelling tot de belastingvermijding, waar men gebruik maakt van de onvolmaaktheden van de belastingwetten om zich in de voorwaarden te plaatsen waarin geen (of slechts een lagere) belasting verschuldigd is, bevindt men zich in het geval van de belastingontduiking wel degelijk in de wettelijke voorwaarden om de belasting te betalen, maar tracht men aan die belasting te ontsnappen. Als men spreekt van internationale belastingvermijding of -ontduiking, dan bedoelt men daarmee dat de ontduiking of vermijding mogelijk wordt gemaakt door het bestaan van verschillende soevereine staten (situaties met internationale verplichtingen). Soms wordt een belastingssituatie «geïnternationaliseerd» (introdactie van een vreemd element) om internationale belastingvermijding of -ontduiking te kunnen plegen; bv.: toepassing van het domiciliebeginsel door de «bronstaat» en van het oorsprongbeginsel door de domiciliestaat, of toepassing van het domiciliebeginsel door de staat van nationaliteit en van het nationaliteitsbeginsel door de staat van domicilie.

Een ander voorbeeld: de hypothecaire interest wordt door land A in land B geplaatst (ligging van het onroerend goed) en door land B in land A (domicilie van de schuldenaar).

(11) We gebruiken de term (internationale) belastingvlucht als neutrale term waaronder zowel belastingvermijding als belastingontduiking kunnen vallen.

(12) 3% indien de vennootschap in de Nederlandse Antillen meer dan 100.000 gulden winst boekt.

De hypothese van de praktijkjurist
 1,50% R.V. ! (in Frankrijk ingehouden)
 0,06 . Nederlandse Venn. B. (13)
 (forfaitaire belasting)*
 0,08% Nederlandse Antillen Venn. B.
 (2% op 4% winst)*

1,64%

Mijn hypothese
 2,25% (R.V. in Frankrijk)
 0,60% (Venn. B.-F.B.B.)

1,65%

* Oprichtingskosten en beheerskosten van de Nederlandse-Antillen vennootschap en de Nederlandse vennootschappen

Conclusie : de oprichtings- en beheerskosten van de twee vennootschappen mogen slechts 0,01% bedragen ; d.w.z. 10.000 B.F. op een lening van 100 miljoen B.F. Allicht zal dit groter zijn.

De finale conclusie is dus duidelijk : geval per geval zal moeten bestudeerd worden. Veel hangt af van de concrete omstandigheden, maar in bijna alle gevallen van leningsoperaties zal het enige «fiscaal» voordeel zijn : een grotere mogelijkheid voor de inschrijvers (op de obligatielening) tot belastingontduiking en niet een mogelijkheid om op legale manier aan (internationale) belastingvermijding te doen.

B. TWEEDE VOORBEELD : DE ROYALTIES.

Hypothese I

Een Belgische (moeder) vennootschap A wenst een octrooi te licentiëren aan haar Franse dochter B. Welke zal de internationale belastingdruk zijn die op de royalties rust ?

Hypothese II

De Belgische moedervernootschap A richt een (octrooien)holding, C, op in Luxemburg door aan deze laatste haar octrooi over te dragen. C. licentieert aan B, de Franse dochtervernootschap van A (en de zustervernootschap van C). Hoeveel belastingen zullen op de door B uitgekeerde royalties betaald moeten worden ?

(13) Merk hierbij op dat :

- a) het gunstiger zou zijn om ongewoon de Venn.B. te laten spreken : dan zou geen belasting hoeven betaald te worden. De Nederlandse vennootschap ontvangt immers slechts netto 13,5%, daar waar ze 14% kosten heeft. Het is echter alles behalve zeker dat de Nederlandse fiscus, wanneer de gewone regels van belastingheffing van toepassing zijn, de aftrek van de interestkosten (van de Nederlandse Antillen) volledig zal aanvaarden.
- b) Langs Nederland wordt gegaan om te profiteren van het D.B.V. dat Nederland met Frankrijk heeft gesloten: 10% R.V. i.p.v. 25% R.V. (wanneer de lening rechtstreeks van de Nederlandse Antillenvennootschap aan de Franse vennootschap was gedaan).

Hypothese III

Buiten een Luxemburgse holding C, richt de Belgische moeder-vennootschap A ook nog een Deense «relais»-vennootschap D op. C licentieert haar octrooi aan D. D sublicentieert aan B, de Franse dochtervennootschap van A. Zal deze constructie tot een kleinere belastingdruk leiden?

Zoals in vb. 1 volgt een tabel waarin de 3 hypothesen naast elkaar worden gesteld en nagezien wordt welke constructie de voordeligste is. De afrondingen zijn tot op 0,01.

VERKLARING VAN DE IN DE TABEL OPGENOMEN GEDEVENS.*

Hypothese I (2)

D.B.V. tussen Frankrijk en België dd. 10.3.1964 herzien op 15.2.1971, art. 8 1°: Royalties zijn in principe slechts belastbaar in de Staat waarvan de beneficiant verblijfhouder is (als het bedrag van de royalties niet overdroven is). Dus geen R.V. en dus ook geen F.B.B. (zie art. 187 W.I.B.)

Hypothese II (algemeen)

Deze constructie gaat niet op voor royalties voortkomende uit know-how of exclusieve rechten. Zie: «Tax Havens and Measures Against...», o.c., p. 90.

Hypothese II (2)

De D.B.V.-en met Luxemburg gesloten zijn niet van toepassing op de hier bedoelde holding (die vrijgesteld is van Venn. B. en R.V.). De R.V. in Frankrijk is «normaal» 33,33..%!!!

Hypothese III (2)

D.B.V. tussen Frankrijk en Denemarken dd. 8 februari 1957: art. 10 2°.

Hypothese II (4) - (5) - (6) - (7)

Zoals reeds aangestipt in II (2), is volgens W. 1929 de hier beschreven holding noch aan Luxemburgse Venn. B., noch aan R.V. in Luxemburg onderworpen (voor interesten, royalties en dividenden).

Hypothese II en III (10)

De F.R.V. van 5% is een terugbetaalbaar bedrag (in het geval van art. 191 5° W.I.B.) dat van toepassing is ook als het land dat de dividenden uitkeert geen belasting op deze inkomsten heft.

(*) De cijfers tussen () bij de ondertitels, verwijzen naar de cijfers van de tabel.

Hypothese	I	II	Hypothese III	
	(België)	(Luxemburg)	Denemarken en Luxemburg	
(1) Bruto-ontvangst	100,—	100,—	100,—	
(2) R.V. (in Frankrijk ingehouden)	0,—	33,33	0,—	
(3) Netto-ontvangst (1) - (2)	100,—	66,66	100,—	
(4) Belastbare grondslag in Venn. B. in België in Luxemburg in Denemarken	100,—	66,66	10,—	
(4bis) Aftrekbare uitgaven in Denemarken (roalties aan Luxemburg)				90,—
(5) Venn. B. in België : 48 % in Luxemburg : 0 % in Denemarken : 37 %	48,—	0,—	3,70	
(5bis) R.V. op (4bis) (in Denemarken ingehouden)				9,—
(6) Uitkeerbaar dividend (4) - (5) in België: zie (15) in Luxemburg: in Denemarken:	—	66,66	6,30	
6bis) Netto-ontvangst (in Luxemburg) uitkeerbaar dividend (geen Venn.B in Luxemburg)				90,—
(7) R.V. op dividend in België: zie (16) in Luxemburg: 0 % in Denemarken: 15 %	—	0,—	0,95	
(7bis): R.V. op dividend (6bis) in Luxemburg: 0 %				0,—
(8) Netto-ontvangst in België (6) - (7)	—	66,66	5,35	
(8bis) Netto-ontvangst in België (6bis) - (7bis)				90,— 95,35
(9) Belastbaar dividend - (8) in hypothese II (8) + (8bis) in Hypothese III	—	66,66	95,35	

(10) F.R.V. van "vaste" participatie	—	3,33	4,77
(11) Belastbare winst (9) + (10)	—	70,—	100,12
(12) Aftrek D.B.I. (hypothese: 95 %)	—	66,50	95,11
(13) Belastbaar in Venn. B. (11) - (12)	—	3,50	5,01
(14) Venn. B. 48 %	—	1,68	2,40
(15) Internationale Belastingdruk (op Vennootschapsniveau) (2) + (5) (2) + (5) + (7) + (14) (2) + (5bis) + (7) + (7bis) + (14)	48,—	35,01	7,05
(16) Uitkeerbaar dividend (100 - (15))	52	64,99	92,95
(17) R.V. (20 %)	10,4	13,—	18,59
(18) Netto-dividend (van de fysische aandeelhouder) = Uitkeerbare winst (16) - RV van 20 % (17)	41,6	51,99	74,36
(19) Verrekenbare bedragen R.V. (17) B.K. (46 % van (16))	10,40 23,92	13, 29,90	18,59 42,76
(20) Belastbaar in P.B. (18) + (19)	75,92	94,89	135,71
(21) P.B. (stel 60 % van (20))	45,55	56,93	81,43
(22) Belastbaar in 'p.b. (20) - (21)	30,37	37,96	54,28
(23) Internationale belastingdruk op Vennootschapsniveau + personeelsniveau) (100 - (22))	69,63	62,04	45,72

Hypothese II en III (12)

Een D.B.I. van 95% veronderstelt dat de ontvanger van de *dividenden* een *vennootschap* is, die een *vaste* participatie heeft (zie art. 112 W.I.B.) en die niet valt onder art. 113 § 2 W.I.B. (ruwweg: 90% D.B.I. voor vennootschappen wier vermogen voor meer dan de helft uit aandelen-bezit bestaat).

Hypothese III (4) en (4 bis)

Ofschoon Denemarken andere inkomsten dan royalties normaal tot hoog belast, is Denemarken een F.V. voor royalties: de Deense fiscus aanvaardt over 't algemeen dat 90% van de royalties in mindering mogen komen van de belastbare winst (14). Feitelijk kan van de overige 10% nog eens beheerskosten afgetrokken worden, zoals dat overigens ook kan door A in hypothese I. Wij hebben gemakkelijks halve met deze factor geen rekening gehouden in de tabel.

Hypothese III (5 bis).

In Denemarken wordt geen R.V. ingehouden op (uitgekeerde) royalties (15).

Hypothese III (7).

D.B.V. tussen België en Denemarken dd. 11.12.1970: art. 10, 2°: R.V. van (max.) 15% op dividenden.

Als we straks in de conclusie de 3 hypothesen van de tabel zullen vergelijken, moeten we er toch mee rekening houden, dat in hypothese II er extra kosten zullen zijn in vergelijking met hypothese I ten gevolge van de oprichting, het beheer en de jaarlijkse belasting (0,16%) van de Luxemburgse holding.

In hypothese III komen daar nog eens de oprichtings- en beheerskosten van de Deense holding bij (de belastingdruk in Denemarken is in de hypothese ingecalculleerd). Merk echter op dat het in rekening brengen van de beheerskosten van de Deense holding (in hypothese III) de (bruto)-winstmarge van 10% zou verminderen en dus ook de Deense Venn. B. zou doen verminderen, zodat een in rekening brengen van het éne (de kosten) gedeeltelijk gecompenseerd zou worden door het verminderen van het andere (de belastingen).

In hypothese III kan niet onmiddellijk van Denemarken naar België gegaan worden omdat de 90% royalties als royalties zouden moeten uitgekeerd worden aan A.

Dit zou in België een Venn. B. van 48% met zich meebrengen, wat we juist willen vermijden. Daarom gaan we eerst langs Luxemburg waar de royalties in dividenden kunnen omgezet worden zonder Venn. B. Men kan die omzetting ook in Denemarken doen, maar dan wel mits betaling van de Deense Venn. B. van 37%, wat we eveneens willen vermijden. We willen juist de royalties in dividenden omzetten omdat deze laatste van het zeer gunstige regime van de D.B.I. in België kunnen genieten (als het gaat om vaste participaties waarvan de dividenden door een vennootschap ontvangen worden).

(14) CHAMBOST, E., *Guide des Paradis Fiscaux*, collection Patrimoines, Tchou, 1977 p. 162.

(15) zie (14)

Evenals in vb. 1, kan hier een probleem rijzen i.v.m. de wisselkontrole. Noch Denemarken, België of Luxemburg zullen hier roet in het eten gooien, maar Frankrijk bezit een strenge wisselkontrole!

Vooraleer een conclusie te trekken zouden we toch willen wijzen op 2 moeilijkheden die zouden kunnen rijzen. Een eerste moeilijkheid zou kunnen gelegen zijn in de fiscale aftrekbaarheid van de door de Franse dochtervennootschap betaalde royalties. Dit probleem is gelijkaardig aan hetgeen we in vb. 1 hebben opgeworpen. Zowel in het geval de royalties aan A (hypothese I) zijn betaald als aan C (hypothese II) of aan D (hypothese III), zal de betaling overeenkomstig de «intercompany pricing» en het «A.L.P.» moeten zijn (zie Deel II, hoofdstuk I, A).

In de «omgekeerde» hypothese, nl. : de Belgische dochter betaalt royalties aan haar Franse moeder (I), Luxemburgse zuster (II) of Deense zuster (III), zou in geval I eventueel art. 24 I° van toepassing kunnen zijn, in geval II zeker art. 46, 1° en in geval III zou art. 46, 1° eventueel toepasselijk kunnen zijn. We zeggen wel «zou» voor geval III omdat in tegenstelling tot Luxemburg, dat juist de aanleiding was tot art. 46 I° en door art. 46 I° in het bijzonder geveiseerd werd (16), het helemaal niet zeker is dat een Deense holding onder art. 46 1° zou vallen. In Com.I.B. 44/67 1 wordt enkel over Zwitserland en Lichtenstein gesproken (naast Luxemburg in 44/67). Denemarken geniet dus een zeker *psychologisch voordeel*, wat in aangelegenheden als deze een erg belangrijke factor is in de keuze van een vluchtland (17).

(16) Zie Com. I.B., 1.6.1976, personenbelasting, 44/67.

(17) Dit psychologisch voordeel kan eventueel gedeeltelijk teniet gedaan worden door informatieclausules in D.B.V.-en. Op die wijze kan de Belgische fiscus (in casu) op het spoor komen van bepaalde constructies. Zo is er dikwijls in een D.B.V. de mogelijkheid voorzien om aan de fiscus van het land waar de betaling wordt ontvangen te vragen wie de aandeelhouders zijn van de ontvangende vennootschap. In onze omgekeerde hypothese III (België - Denemarken - Luxemburg - Frankrijk) zou dit de Franse moeder zijn. Zo komt men te weten, indien men dat nog niet wist, dat de Deense vennootschap een zuster is van de Belgische vennootschap. Zo komt men wellicht ook de Luxemburgse zuster op het spoor. Op dat ogenblik kan men doorheen de Deense relais-vennootschap kijken en de betalingen beschouwen als te zijn gedaan (onrechtstreeks) aan de Luxemburgse zuster (die ze dan weer verder uitkeert aan de Franse moeder). Misschien zou deze «constructie» (van de fiscus dit keer) een beetje ver gezocht zijn (maar m.i. niet meer dan de constructie die de fiscus tracht tegen te gaan), maar daardoor zou hij zonder problemen art. 46 1° in werking kunnen doen treden (betaling van royalties aan een Luxemburgse holding). Een zelfde psychologisch voordeel als t.a.v. Denemarken, heerst t.a.v. Nederland. Nederlandse holdings zullen m.i. niet zo gemakkelijk onder het toepassingsgebied van art. 46 1° vallen en Nederlandse financiële vennootschappen (niet-holdings) vallen zeker buiten het toepassingsgebied van art. 46 1° en ook van art. 46 2°, want Nederland kan moeilijk beschouwd worden als een F.V. in de zin van art. 46 (en 24 en 250) aangezien men daar alleen de zogenaamde «pure» F.V.'s op het oog heeft (zie Com.I.B. 44/67.3. en 5), waar Nederland in de officieuze lijst van vluchtlanden niet voorkomt, evenmin als Luxemburg en Zwitserland overigens (zie over «pure» F.V.'s, punt D van dit hoofdstuk). Nochtans weten we uit vb. 1 dat door zulke vennootschappen met de Nederlandse belastingadministratie een akkoord kan gesloten worden waardoor de Venn. B. quasi volledig wordt uitgeschakeld (forfaitair regime). Zie ook voetnoot (22).

Een tweede moeilijkheid ligt in de overdracht door A aan C van het octrooi bij de oprichting van C (in hypothese II en III). Deze overdracht valt nl. onder art. 250 1°. De belastingsplichtige zal moeten bewijzen dat ofwel «de verrichting aan rechtmatige behoeften van financiële of economische aard tegemoet komt» (en dat zal m.i. in ons besproken geval van geen leien dakje lopen) ofwel «voor de verrichting een werkelijke tegenwaarde is ontvangen» (i.c. de aandelen in de Luxemburgse holding) die een bedrag aan inkomsten opbrengt waarop in België een werkelijke belastingdruk weegt die, vergeleken met de belastingdruk welke zonder die verrichting zou bestaan, als normaal kan worden aangemerkt». Hoe men dit zou kunnen argumenteren lijkt me een raadsel: in het éne geval heeft men immers royalties die volledig aan de Venn.B. (48%) zullen onderworpen worden, in het andere geval heeft men dividenden die onder het systeem van de D.B.I. (per hypothese) vallen en die dus in feite (quasi) niet belast worden. Natuurlijk zullen de fysische aandeelhouders van A op deze dividenden wel belast worden indien A ze aan hen verder uitkeert, maar dan nog blijft er een vrij groot verschil in belastingdruk (Venn.B + P.B.) en daarenboven zal de fiscus waarschijnlijk alleen maar met de Venn.B.rekening houden (het is immers goed mogelijk dat de ontvangen dividenden worden opgenomen in de gereserveerde winst. In de praktijk schijnt de belastingadministratie echter tot hertoe weinig (zoniet geen) gebruik te hebben gemaakt van art. 250 W.I.B.

CONCLUSIE

Als we de internationale belastingdruk vergelijken in de 3 hypothesen van de tabel, rekening houdend met de voorafgaande bemerkingen, dan zien we dat hypothese II fiscaal gezien gunstiger is dan hypothese I en hypothese III nog een stuk gunstiger dan hypothese II, en dit alles zowel op het vlak van de vennootschap als op het niveau van de individuele aandeelhouder.

In hypothese I is de internationale belastingdruk op vennootschapsniveau $\pm 50\%$, daar waar ze slechts $\pm 35\%$ is in hypothese II en slechts $\pm 7\%$ (!) in hypothese III. Wanneer A deze inkomsten verder uitkeert, zal de individuele aandeelhouder, indien hij zijn dividend-inkomsten aangeeft, een internationale belastingdruk oplopen die in hypothese I $\pm 70\%$ is, in hypothese II $\pm 60\%$ en in hypothese III $\pm 45\%$. Als hij zijn inkomsten niet aangeeft, dan zal de internationale belastingdruk in hypothese I $\pm 60\%$ zijn, in hypothese II $+ 50\%$ zijn en in hypothese III slechts $\pm 25\%$!!! (deze laatste gegevens bekomt men door de volgende bewerking: $100 - (18)$ (nettodividend van de fysische aandeelhouder).

In hypothese II bereikt men een minimalisatie van de Venn. B. door de omzetting van de royalties in dividenden in een land waar geen Venn. B. op royalties wordt geheven (in casu Luxemburg). Aldus komt het Belgisch fiscaal erg gunstig regime van de D.B.I. en de F.R.V. in werking die

neerkomen op een (quasi) Venn. B.-vrijstelling. In hypothese II moet men echter wel een zware R.V. betalen.

In hypothese III minimaliseert men niet alleen de Venn. B., maar ook de R.V. door het «spel» der D.B.V.-en. De royalties gaan op reis van Frankrijk naar Denemarken en van Denemarken naar Luxemburg om uiteindelijk quasi-belastingvrij in België aan te komen.

De reden waarom de omweg langs F.V.'s hier wel fiscaal gunstig is, in tegenstelling tot vb. 1, is dat royalties meestal zuivere inkomsten zijn, waar niet hoge, fiscaal aftrekbare kosten tegenover staan, in tegenstelling tot de meeste leningsoperaties. Meestal ontstaan de royaltyestroom pas nadat de kosten (of althans het grootste gedeelte ervan), gemaakt voor het tot standbrengen van bv. de uitvinding die aanleiding tot het octrooi gaf, afgeschreven zijn. Dit betekent dan ook, in tegenstelling tot de meeste leningsoperaties, dat grote(re) winstmarges in de Venn. B. vallen. Hier wordt dan ook een operatie via F.V.'s pas echt interessant, zoals uit bovenstaand voorbeeld duidelijk blijkt.

HOOFDSTUK 2: OMSCHRIJVING VAN DE FISKALE VLUCHT-HAVENS

A. DEFINITIE en TERMINOLOGIE.

In Amerikaanse en Duitse literatuur omschrijft men een fiscale vluchthaven als een land (of belastingsjurisdictie) waar hetzij relatief weinig of geen essentiële belastingen (zoals I.B., Venn. B., successie- en registratierechten, omzetbelasting en andere indirecte belastingen, alsmede de op genoemde belastingen betrekking hebbende voorheffingen) worden geheven, hetzij waar binnen een «normaal» te noemen belastingstelsel tegemoetkomingen worden toegekend, zoals ruime winstvrijstellingen (18).

Wij kunnen ons best aansluiten bij deze omschrijving. Het probleem van een omschrijving van wat F.V.'s zijn ligt in de begrenzing van dat begrip. Men mag m.i. dat begrip niet te ver uitrekken op gevaar af dat alle landen als F.V.'s zouden moeten bestempeld worden.

Dit zou het geval zijn indien men zou beweren dat alle landen waar fiscale investerings«incentives» zijn voorzien (bv. in de vorm van de aanvaarding van fiscaal gunstige afschrijvingsmethoden) F.V.'s zijn. Daarom moet het gaan in het geval van tegemoetkomingen (in belastingstelsels die voor het overige als normaal te bestempelen zijn) om serieuze, substantiële en

(18) WISSELINK, M.A., Vennootschappen in goedkope belastinglanden (tax havens). Toepassing van regels van Nederlands belastingrecht, *Weekblad voor fiscaal recht*, 106^e jaargang, 20 oktober 1977, 993 e.v.; I. Begrippen Tax haven en basisvennootschap; 1: Begrip tax haven.

voldoende omvangrijke tegemoetkomingen: bv. de vrijstelling van alle I.B. van de inkomsten van holdings (bv. Luxemburg).

In het Nederlands gebruikt men het best de term «fiskale vluchthaven» (F.V.) (in de Com. I.B. spreekt men over «vluchthaven»; de toevoeging «fiskaal» lijkt me echter nuttig). Deze term duidt immers het best op het karakter van de internationale belastingvlucht (in tegenstelling tot bv. de term «belastinghaven» of «belastingparadijs»).

De oorsprong van de terminologie is terug te vinden in de Engelse/Amerikaanse taal: «tax haven». In de Franse literatuur: «havres fiscaux» of «paradis fiscaux»; in de Duitse literatuur: «Steuerparadiese» of «Steuerroase».

Haven betekent toevluchtsoord (figuurlijk). De gebruiker van een fiskale vlucht «haven» wordt a.h.w. met een zeeman, op zoek naar een veilige haven vergeleken. Elke haven heeft zijn specifieke «charmes». Niet alleen zeehavens vertonen dit kenmerk, ook de fiskale vluchthavens. Slechts uitzonderlijk vertoont één fiskale vluchthaven alle mogelijke voordelen die door de fiskale vluchthavens geboden kunnen worden.

B. KORTE VOORGESCHIEDENIS (19) (20).

1. In de Middeleeuwen was de gunstige belastingbehandeling van de zakenwereld één der oorzaken van de economische bloei van de Hanzesteden. Reeds van de 12de eeuw waren Hanzehandelaars vrijgesteld van elke belasting.
2. In de 16de eeuw toen de internationale handel tot bloei kwam waren de koopvaardijhandelaars vrijgesteld van belasting wegens hun economische verdiensten en wegens het feit dat ze moeilijk «te pakken» waren wegens hun mobiliteit.
3. Zolang de standenmaatschappij bestond hebben geestelijken en edelen dikwijls van een regime van belastingvrijstelling genoten en dit wegens politieke motieven (wegens de vrees nl. van de koningen voor vergeldingsmaatregelen t.a.v. het Hof bij het heffen van belastingen op deze personen).
4. Tussen 1850 en de 2de W.O. bestond er nog geen nood aan F.V.'s want de belastingstarieven waren voldoende laag.
5. Vóór de 2de W.O. ontstond er een kapitaalvlucht o.a. naar Zwitserland ten gevolge van politieke en sociale omwentelingen in Rusland, Duitsland, de Balkanlanden en Zuid-Amerika. Dit had een massale beweging tot gevolg van politieke vluchtelingen die hun kapitaal wensten veilig te stellen op de genummerde bankrekeningen van Zwitserland. Het ging hier feitelijk meer om een vlucht uit kapitaaloverwegingen dan om een vlucht wegens fiskale motieven.

(19) DOGGART, C., *Tax havens and their uses*, Londen, 1976, p. 1

(20) MURRISEN, H., *Offshore funds in limbo*, *The Banker*, nr. 579, 1974, p. 493.

6. Na W.O. II: Europa en Noord-Amerika werden geconfronteerd met reusachtige heropbouwkosten en met uitgaven in het kader van de koude oorlog. Zij lossen dit op via een forse verhoging van de belastingen. Rond die tijd zijn dan ook de fiscale vluchthavens ontstaan.

C. NIET-FISKALE VOORWAARDEN OM ALS F.V. TE KUNNEN FUNCTIONEREN (21).

Niet alleen een fiscaal gunstig regime maakt van een land een «fiscale» vluchthaven.

In de praktijk met een land om met succes als F.V. te kunnen functioneren ook (en soms vooral) nog een aantal niet-fiscale voorwaarden vervullen. Ofschoon dit werk zich meer toespitst op het fiscale aspect van de F.V.'s, nemen we dat het opstellen van een lijstje van niet-fiscale voorwaarden toch nuttig is, niet alleen omwille van de volledigheid, maar vooral omwille van het praktisch belang. Dit lijstje heeft uiteraard niet de pretentie volledig te zijn. Niet elke opgesomde voorwaarde hoeft overigens vervuld te zijn opdat een land een F.V. zou kunnen zijn. Daarenboven hangt het belang van het al dan niet vervullen van één of andere voorwaarde dikwijls af van de concrete omstandigheden.

Tenslotte nog dit: de volgorde waarin de voorwaarden zijn opgenomen weerspiegelt niet een volgorde in belangrijkheid.

1) De D.B.V.-en: wij gaan het hier niet hebben over de fiscale maatregelen die in D.B.V.-en worden getroffen, zoals bv. de vermindering van de bronheffing (zie daarvoor titel II, Hoofdstuk 2), maar wel over de informatieclausules die in de meeste D.B.V.-en zijn bevat (uitwisseling van informatie). Nu, het probleem van de D.B.V.-en stelt zich meestal niet in verband met F.V.'s: de meeste F.V.'s hebben immers geen D.B.V.-en. De hoge belastinglanden sluiten met F.V.'s geen D.B.V.-en omdat tussen beide landen moeilijk een dubbele belasting kan bestaan (tenzij minimaal). Sommige F.V.'s hebben echter wel D.B.V.-en en dit wordt meestal als een voordeel beschouwd voor de gebruiker van deze F.V.'s. Dit is ook meestal zo t.a.v. de fiscale maatregelen die deze D.B.V.-en bevatten. Er is echter aan die D.B.V.-en ook een negatieve zijde (voor de gebruiker van de F.V.'s) nl. de (eventuele) informatieclausule.

Over het algemeen echter betekenen die informatieclausules geen groot gevaar voor de gebruiker. Meestal zal immers de belastingsadministratie

(21) De informatie, hier samengebracht, heb ik gehaald uit de volgende boeken en artikels: - *Internationale Tax Avoidance*, Vol. A., Kluwer, 1979, Deventer op verschillende verspreide pagina's;

- *Internationale Tax Avoidance*, vol. B., o.c., p. 314-314 (over de wisselcontrole in België);
- PARKER, A., *Tax havens and exchange controls*, *Tax haven review*, nr. 4, 1976, 8;
- DOGGART, T., *What Haven for tax Haven*, *Euromoney*, mei 1971, London, 35-36;
- PEPPER H.W.T., *From tax havens to fiscal paradise*, *Bulletin for international fiscal documentation*, vol. 31, nr. 1 van 1977, p. 31-37;
- *Les paradis fiscaux, Finances et développement*, Vol. 13, nr. 1, maart 1976, 31-34.

van de F.V. niet veel informatie kunnen doorspelen aan de administratie van het hoge belastingland om de éénvoudige reden dat ze die niet hebben. De hoge belastinglanden zijn immers geïnteresseerd in een aantal feiten (bv. de verkopen van een verkoopvennootschap) om daaruit tot het al dan niet werkelijk bestaan van economische activiteiten van een «basisvennootschap» (zie Hoofdstuk III A van dit deel) te kunnen besluiten. Maar zulke informatie heeft de F.V. meestal niet omdat hun belastingen (zo er zijn) niet zulke dingen belast, maar wel bv. een jaarlijks registratierecht heft op het kapitaal van de vennootschap. Dit kan echter maar ten volle geponeerd worden voor de «onderontwikkelde» (in economische en belastingzin) F.V.'s. Voor F.V.'s als Nederland en Zwitserland (die beiden bekend staan juist omwille ook van hun uitgebreid net van D.B.V.-en) en alle andere «ontwikkelde» F.V.'s met «normale» belastingbeginselen (behalve voor bepaalde operaties of inkomsten) betekenen die informatieclausules dus wel iets reëel.

Een informatieclausule kan vooral van belang zijn indien daardoor een aantal anti-F.V.'s regels in werking kunnen treden. Als bv. een Belgische vennootschap interesten betaalt aan een Nederlandse kleindochtervennootschap die ze op haar beurt doorspeelt aan haar moedervenootschap (dochter van de Belgische (groot)moeder) gevestigd in de Nederlandse Antillen en de Nederlandse Antillen-holding de interesten omzet in dividenden en ze aldus terug aan de Belgische vennootschap doorschuift, dan zal de Belgische fiscus moeilijk op de hoogte geraken van deze operatie indien hij omtrent de relaties tussen de 3 vennootschappen geen informatie kan krijgen. Voor informatie zal hij dikwijls aangewezen zijn op vreemde belastingadministraties. Door het D.B.V. tussen België en Nederland kan de Belgische fiscus de identiteit van de aandeelhouders van de Nederlandse vennootschap vragen aan de Nederlandse fiscus. Van zodra hij weet dat dit de Nederlandse Antillenvennootschap is, kan hij gemakkelijk de lijn doortrekken tot de Belgische vennootschap.

De Belgische fiscus kan dan de interesten door de Belgische vennootschap betaald onder art. 24 of 46 doen vallen (22) (23).

Dit vb. illustreert ook hoe van de figuur van de lening «fiscaal» misbruik

(22) Valt een Nederlandse financiële holding, onderworpen aan een forfaitair belastingregime (cfr. vb. 1 van Hoofdstuk I van dit Deel), onder art. 46, 1^o? Zo ja, dan is er geen informatieclausule nodig om in casu de leningsoperatie aan te vallen. Zo nee, kan dan art. 46, 2^o toegepast worden? Kan men zeggen dat de interesten, indien men dat te weten komt, onrechtstreeks betaald werden aan de Nederlandse Antillenvennootschap en dat dit onder art. 24, 2^o valt? Kan men m.a.w. met art. 46 (en 250) driehoeksverhoudingen bestrijden? Mij is geen enkel geval inzake art. 46 (of 250) bekend die dat (expliciet) bevestigt!

(23) Indien men niet aanvaardt dat hier art. 46 kan toegepast worden, blijft er nog altijd het (voor de fiscus mindere interessante) art. 24 over. Het nut van de informatieclausule in het D.B.V. ligt er dan in dat dank zij deze clausule de Belgische fiscus aan de weet is gekomen dat interesten betaald worden aan een buitenlandse onderneming die zich in «een band van wederzijdse afhankelijkheid» bevindt. Indien de fiscus kan bewijzen dat de betaalde interesten een abnormaal voordeel uitmaken zal het abnormaal gedeelte tot de grondslag behoren van de Belgische Venn. B.

kan gemaakt worden. Stel immers dat de lening door de Nederlandse Antillen-vennootschap aan de Nederlandse dochter toegestaan, voorkomt uit door de Nederlandse Antillen vennootschap ontvangen dividenden van een aantal dochterondernemingen (kleindochters van de Belgische grootmoedervenootschap). I.p.v. deze dividenden als dividend verder uit te keren aan de Belgische moeder, leent ze deze gelden via de Nederlandse dochter aan de Belgische moeder uit. Op die manier heeft de Belgische moeder op een even kosteloze manier (als indien ze de gelden als dividend zou ontvangen want dan D.B.I. en F.R.V.!) de beschikking over deze gelden, met dit voordeel dat ze de interesten van haar belastbare winst kan aftrekken en die via Nederland en de Nederlandse Antillen als (quasi) belastingvrije dividenden kan ontvangen. Daarmee vermijdt de Belgische vennootschap 50% op Venn. B. die anders op deze interesten zou gedrukt hebben en betaalt ze slechts 10% (R.V. in B. ingehouden (24)) + minimale Venn. B. in Nederland en de Nederlandse Antillen + kosten verbonden aan het «onderhouden» van de vennootschap in Nederland en de Nederlandse Antillen. Dit laatste zal in elk geval een flink stuk onder de 50% blijven. Juist tegen zulke praktijken kan art. 46 een goede remedie zijn: de belastingplichtige moet immers bewijzen dat de betalingen de normale grenzen niet overschrijden en dat ze werkelijk en (wat hier vooral van belang is m.i.) *oprecht* zijn.

2) De *geheimhouding* van de activiteiten (o.a. het bankgeheim): hiermee willen we nogmaals het eventuele gevaar van D.B.V.-en benadrukken. Elke gebruiker van F.V.'s wenst een strikte geheimhouding: D.B.V.-en kunnen deze geheimhouding soms ondergraven. Men wenst als gebruiker dat men zowel zelf geheim blijft (d.w.z. de aandeelhouders, de beheerders enz...) als zijn activiteiten. De geheimhouding rond de personen kan bewerkstelligd worden door de techniek van «nominees» (van Anglo-Saksische oorsprong): het zijn dan deze «stromannen» die in de registers van de aandeelhouders verschijnen enz. door hun naam te «lenen» (in Zwitserland en Liechtenstein is deze techniek bekend onder de naam «fiducie») (25).

Van groot belang hier is dat de Vennootschapswet in de mogelijkheid van aandelen aan toonder voorziet. Het bankgeheim is erg verspreid in de F.V.'s: bv. Zwitserland (26), Bahamas, Bermuda, Liechtenstein, Luxemburg, Nederland, Nederlandse Antillen, Panama.

(24) D.B.V. tussen Nederland en België (19.10.1970): art. 11 § 2.

(25) In België is deze techniek verboden.

(26) Het nummeren van de rekening is een louter interne technische maatregel om het aantal personeelsleden dat de identiteit van de deposant van de genummerde rekening kent te verminderen tot een paar hoofdverantwoordelijken van de bank. Deze laatsten hebben een zwijgplicht t.a.v. iedereen (ook de fiskus!) en dit onder strafbeding, behoudens wettelijk tegenbeding. Dit laatste is het geval bij erfeniszaken, bij faillissement en bij alle «criminele» gevallen. In deze gevallen is de bankier verplicht informatie te verstrekken over klantenrekeningen. Zo heeft de overheid van het Zwitserse kanton Lugano in augustus 1978 beslag gelegd op het banktegoed van 4 Zuid Amerikanen. Het betrof het losgeld dat in okt. 1977 betaald werd voor de vrijlating van de Nederlandse zakenman Caransa.

3) *Zo weinig mogelijk controle* door de plaatselijke overheid op de activiteiten van de gebruiker van de F.V.'s. Dit houdt o.a. in: geen of weinig boekhoudkundige verplichtingen.

4) *Minimale kosten* voor operaties gevoerd in F.V.'s. Hiermee wordt niet alleen bedoeld de oprichtingskosten van een vennootschap, de jaarlijkse registratierechten e.d. meer, maar ook de levenskosten. Dit laatste is vooral van belang voor de F.V.'s die als renteniersplaats gebruikt worden (de F.V.'s voor fysische personen dus). De levenskosten in de Bahamas en Bermuda zijn zo bv. even hoog als in de V.S. (daarenboven reizen de renteniers nog dikwijls heen en weer).

5) *Een goede plaatselijke wetgeving.*

Dit houdt in een liberale bankwetgeving en een vennootschapswetgeving die «up tot date» is en zeer soepel: mogelijkheid om zich snel te vestigen en de vennootschap snel operationeel te maken — zo weinig mogelijk beperkingen t.a.v. de nationaliteit van aandeelhouders, beheerders en personeel -mogelijkheid om eventuele nationaliteitsvereisten te omzeilen via «stromannen» - vrije keuze van vergaderplaats van aandeelhouders en beheerders - mogelijkheid om aandelen aan toonder uit te geven enz... Ook een liberale trustwetgeving is zeer welkom. Trust is een juridisch procédé van Anglo-Amerikaanse oorsprong, waarbij over een zakelijk of persoonlijk recht wordt beschikt door een persoon, trustee, voor rekening van een derde, beneficiant. De trust kent verschillende vormen en kan zeer ingewikkelde structuren aannemen. Ofschoon ze zeker geen onbelangrijk fenomeen is in het gebruik van F.V.'s, gaan we deze aan ons recht vreemde instelling (en dus ook moeilijk volledig te vatten) toch niet systematisch bespreken maar slechts occasioneel.

We willen hier nog wel vermelden dat vooral de snelheid, gemakkelijheid en flexibiliteit van oprichting, exploitatie en einde van de trust, benevens de mogelijkheid om de beneficianten van de trust te onttrekken aan alle wettelijke rechten op het kapitaal of de inkomsten van de trust zonder hun belangen in gevaar te brengen, de belangrijkste «liberale» kenmerken van de trustwetgeving zouden moeten zijn. Trusts worden dikwijls gebruikt om aan de successierechten te ontsnappen (27).

6) *De toegankelijkheid.* Dit is een erg breed begrip. Daaronder kan verstaan worden: enerzijds de fysische toegankelijkheid, anderzijds de juridische en sociale toegankelijkheid.

Onder de fysische toegankelijkheid verstaan we o.a. de ligging van de F.V.: ver of dichtbij de hoge belastinglanden? (van belang voor de hoog gekwalificeerde belastingadviseurs ter plaatse, afstand tussen de residentie van de zakenman en de ligging van de F.V.?), communicatiemogelijkheden (telex, telefoon, luchtverbindingen, bereikbaarheid via de weg, treinverbindingen enz...) Wat de ligging betreft worden de F.V.'s soms in 3 grote gebieden ingedeeld:

(27) In het kader van de vermindering van het betalen van de successierechten is in het Liechtensteinse recht de juridische structuur van de «Stiftung» uitgebouwd.

- de Atlantische en Caraïbische regio's naast Amerika,
- de Europese regio
- de regio van het Verre Oosten en Australië.

Enkel Liberïë (in Afrika) valt buiten dit schema.

Enerzijds is het voor een F.V. voordelig om in de buurt van een groot hoog-belastingland te liggen, anderzijds echter zal dit ook zekere beperkingen met zich meebrengen doordat de grote buur wel een scherp oog zal houden op zijn kleine buur opdat deze niet zo vrijgevig zou zijn om ook de vermindering (en ontduiking) van de belasting van de grote buur in de hand te werken (bv.: Monaco is sinds 1963 (onder druk van Frankrijk) geen F.V. meer voor Fransen). Dat de belasting van anderen vermeden wordt, daartegen zal de grote buur echter niets hebben. Een tweeslachtige houding bijgevolg. De Engelsen gaan dus ten koste van de Engelse fiscus naar Monaco, waar ze met open armen ontvangen worden door Monaco en... Frankrijk. De Fransen gaan naar de Kanaaleilanden ten nadele van de Franse fiscus en ten voordele van het Verenigd Koninkrijk.

F.V.'s die niet in de nabijheid van hoge belastinglanden liggen vestigen soms agentschappen in de landen waar het de meeste van zijn cliënten «recruteert».

Van belang in verband met de fysieke toegankelijkheid zijn ook de gemakkelijke verkrijgbaarheid van arbeidsvergunningen voor vreemde werkrachten (een soepele arbeidswetgeving in 't algemeen) en van verblijfs- en vestigingsvergunningen (vooral een probleem in Zwitserland). Vervolgens zijn er de juridische en sociaal-economische toegankelijkheden. Deze sluiten nauw aan bij punt 5 (voor wat de juridische toegankelijkheid betreft), maar hier leggen we de nadruk op de «toegankelijkheid» van goed (m.a.w. soepel) recht. Dit houdt o.a. in: de vennootschap- en trustrecht met *modellen* (zo bespaart men de «klant» hoge honoraria voor adviseurs). Verder: beschikbaarheid van professioneel advies ter plaatse (zonder te hoge honoraria) en efficiëntie van de diensten. Vooral snelle dienstbehandeling (beantwoorden van vragen, verschaffen van commentaren op wetteksten en literatuur) impressieert (toekomstige) cliënten (belang van een goed image). Het recht moet vooral duidelijk zijn en de aanwezigheid ter plaatse van een groot aantal goede juristen, accountants, alsmede gekwalificeerd bankpersoneel en overheidspersoneel is een niet te versmaden voordeel (dit is vooral een probleem voor nieuwe F.V.'s). Administratieve - beroeps- en bankfaciliteiten moeten aanwezig zijn. De levensstandaard moet behoorlijk zijn (indien personeel van de moedervenootschap naar de F.V. gestuurd wordt). Een bijzonder probleem i.v.m. de juridische toegankelijkheid is de taal. Het is een groot voordeel als de taal Engels of Frans is. Indien dit niet zo is, maar indien het Engels of het Frans ter plaatse goed gekend is en indien vooral goede vertalingen van de plaatselijke wetgeving beschikbaar zijn, is er ook geen probleem. Een belangrijke factor die de F.V.'s niet in handen hebben is het stadium dat aan de contactname met een bepaalde F.V. voorafgaat. In

deze fase zal immers de (toekomstige) gebruiker meestal het advies inwinnen van (individuele) belastingadviseurs die in hun land of een ander hoog belastingland gevestigd zijn. Hun kennis (en vooral hun niet-kennis betreffende bepaalde voordelen van sommige minder gekende F.V.'s) is dikwijls een determinerende factor in de keuze.

7) *Politieke en economische stabiliteit:*

Het imago van een F.V. is van het allergrootste belang. Te vermijden zijn in het bijzonder: onlusten, officiële die vermoord worden!, stakingen, debatten in het parlement over een mogelijke invoering van inkomstenbelasting, bankroeten (28), mogelijkheid van nationalisaties of onteigeningen. Dit is soms moeilijk te vermijden: in vele F.V.'s moet immers rekening gehouden worden met een zwarte of «gekleurde» meerderheid en een blanke minderheid. Sociale en politieke onlusten zijn een dikwijls niet te vermijden gevolg. Ook op economisch vlak is de stabiliteit soms moeilijk te handhaven omdat de economie van vele F.V.'s op een (te) smalle basis rust, bv. alleen toerisme (bv. de Bahamas) of de uitvoer van een beperkt aantal basisproducten. Het feit dat vele F.V.'s geen eigen munt hebben, speelt ook hier een belangrijke rol en stelt hun afhankelijkheid t.a.v. roerende economieën in een scherp daglicht. Daarenboven brengt het succes van sommige F.V.'s de inflatie binnen: deze wordt a.h.w. samen met de aangetrokken vreemde kapitalen geïmporteerd. Een voorbeeld van het belang van de politieke en economische stabiliteit: Libanon was een F.V. voor het kapitaal van het Midden-Oosten. Dit laatste verloor vertrouwen in Libanon toen de «IntraBank» ineestortte. Volledig afgeschreven werd het t.g.v. het feit dat het een bolwerk werd van guerilla-activiteiten.

8) *De houding van de hoge belastinglanden (29):*

De maatregelen recentelijk in vele landen genomen tegen internationale belastingvlucht kunnen de F.V.'s in hun grondvesten doen daveren. Hier komt het voor de F.V.'s op aan om niet in de kijker te lopen. Dus zelfs «goed nieuws» is te vermijden, want dan komt men in het gezichtsveld van de belastingadministraties die het land in kwestie misschien nog niet hadden opgemerkt als F.V. Ten deze geldt ten volle de slagzin «no news, good news».

Wat belangrijk is, is dat men niet die F.V. kiest die door de belastingadministratie al lang met grote argwaan wordt bekeken (psychologisch element). Vanuit dit gezichtspunt is bv. Nederland te verkiezen boven Luxemburg of Zwitserland.

Er zijn niet alleen maatregelen tegen F.V.'s, er is ook de laatste tijd een competitie gekomen tussen de F.V.'s en... de hoge belastingen. Naast een sterke interne concurrentie tussen de F.V.'s onderling zijn de laatste tijd ook hoge belastinglanden bepaalde fiscale voordelen gaan bieden:

(28) Om dit te vermijden hebben een aantal F.V.'s een soms ver doorgedreven selectiviteit ingevoerd wat hun cliënteel betreft («pre-clearance»).

(29) Zie titel II.

- de Verenigde Staten: de DISC's (30)
- Nederland, Luxemburg en Zwitserland: de holdings
- Stockholm, Kopenhagen en Hamburg: vrijhavens (d.w.z.: geen belastingen en geen douanerechten voor entrepot en bewerking van goederen voor re-export enz...: zie verder).

9) Wisselcontrole.

Vooreerst is er de wisselcontrole in de F.V.'s zelf. Onder wisselcontrole verstaan we niet alleen de eigenlijke wisselcontrole op het omruilen van valuta's maar ook de geldcontrole m.a.w. de controle op de kapitaalbewegingen (kapitaalimport en export). Het is belangrijk dat er geen wisselcontrole in het F.V. is. De «kliënten» moeten immers hun bankrekening kunnen aanhouden in de munt die zij verkiezen evenzeer als zij zeker moeten kunnen zijn dat ze de geïmporteerde vreemde munten te allen tijde uit de F.V. kunnen onttrekken. (31).

Natuurlijk is wisselcontrole geen hinderpaal wanneer ze niet toepasselijk is op vennootschappen die zich in de F.V. vestigen en er het statuut gemakkelijk kunnen krijgen van niet-verblijfhouder t.a.v. de wisselcontrolereglementering (dit systeem werkt o.a. op de Kanaaleilanden (Jersey, New Guersney...). In elk geval, als er een wisselcontrole is die ook op de gebruikers van de F.V.'s wordt toegepast, mag deze wisselcontrole slechts een tijdelijke maatregel zijn en zeker geen beleidsinstrument. Soms is wisselcontrole tijdelijk nodig omdat de afwezigheid van controle kan leiden tot moeilijkheden op het vlak van de nationale monetaire reserve en de kredietpolitiek, wat op zijn beurt aanleiding kan geven tot werkloosheid en een galopperende inflatie. En dat maakt nu juist de F.V. ongeschikt voor haar F.V.-statuut!

HOOFDSTUK 3: GEBRUIK DER FISCALE VLUCHTHAVENS

Zoals in het hele werk, beperken we ons hier voornamelijk tot het gebruik van F.V.'s door vennootschappen. Vennootschappen in een F.V. geves-

(30) Toen Kennedy in 1962 de zgn. Kennedy-wet uitvaardigde (Hoofdstuk I, A) waardoor de winsten van de «controlled foreign corporations» onmiddellijk werden belast - zelfs als de winsten van deze buitenlandse vennootschappen gereserveerd werden - werd een uitzondering aangebracht door toelating (licentie) om een gedeelte van de exportwinsten belastingvrij te laten accumuleren in die «controlled foreign corporations». Later werd dit systeem omgevormd tot de DISC's (Domestic International Sales Corporation). Het werd dus op het Amerikaanse land teruggebracht. Het systeem van de DISC's komt erop neer dat, onder zekere voorwaarden, Amerikaanse exportbedrijven van een belastinguitstel zonder tijds-limiet kunnen genieten op 50% van hun inkomsten. Hevige kritiek is gekomen van de EEG en de GATT (wegens oneerlijke concurrentie).

(31) Naast de afwezigheid van een wisselcontrolereglementering, kan een andere reden om een F.V. op te zoeken de afwezigheid zijn van een anti-kartelwetgeving. Opgepast nochtans voor de extra-territoriale kartelwetgeving bv. van de V.S.!

tigd noemen we **basisvennootschappen** (base companies - sociétés de base - Basisgesellschaften). We bespreken ook alleen de basistechnieken in het algemeen.

Er is een hele waaier van basisvennootschappen: dat gaat van allerlei soorten holdings (beleggingsholdings - controleholdings - patentholdings), over financiële vennootschappen (of financiële holdings), verkoopsvennootschappen, produktievennootschappen, scheeps- en vliegtuigvennootschappen, banken en verzekeringsmaatschappijen, tot dienstverlenende vennootschappen enz... Sommige basisvennootschappen kan men als **brievenbusvennootschappen** bestempelen (letter-box companies - sociétés boîtes aux lettres - Briefkastengesellschaften): dit zijn vennootschappen waar de echte activiteit en leiding elders wordt gevoerd dan hun plaats van oprichting en nationaliteit.

Hun (fictief) statutaire zetel ligt in het F.V., maar de werkelijke zetel van leiding bevindt zich in één of ander hoog belastingland (34).

Hier is sprake van misbruik van recht, nl. misbruik van rechtspersoonlijkheid. Door het creëren van een buitenlandse rechtspersoon poogt men aan de binnenlandse belastingdruk te ontsnappen. Van zodra de fiscus dit doorheeft kan hij, op basis van art. 94, zulke vennootschap onder de Belgische Venn. B. doen vallen (35).

1) **Winstcreatie:**

Deze techniek bestaat om in het F.V. te produceren, winst te maken. Dit kan moeilijk aangevallen worden door een hoog belastingland. Opdat die produktie in een F.V. een fiscaal succes zou zijn, moet dit in een zogenaamde pure F.V. gebeuren. Panama zou zo bv. geen oplossing zijn (daar worden de binnenlandse «inkomsten» immers normaal belast). Voor deze produktieactiviteiten zijn speciale «belastingvrije zones» aangelegd. We bespreken ze in afdeling F van dit hoofdstuk.

2) **Winstoverheveling:**

De techniek van winstoverheveling is een erg belangrijke, zonet «de» belangrijkste techniek. Winsten in een hoog belastingland worden kunstmatig verminderd door ofwel de inkomsten te drukken ofwel de uitgaven te vergroten. Dit gebeurt dan telkens ten voordele van een (bijna steeds gelieerde) basisvennootschap. De inkomsten van de basisvennootschap

(34) Het zijn *papieren* basisvennootschappen zonder economische substantie. Ze beantwoorden slechts aan de minimale vereisten van juridische organisatie van de desbetreffende vennootschapsrechtelijke rechtsvorm.

(35) De hypothese is hier een basisvennootschap waarvan de Belgische moeder de werkelijke leiding voert. Een andere hypothese is dat de basisvennootschap als volmachtouder van de moeder optreedt om bepaalde activiteiten te verrichten voor rekening van de moeder. Voor die activiteiten zal de basisvennootschap beschouwd kunnen worden als vaste inrichting van de Belgische moeder. Uiteraard zal een vaste inrichting (tout court) van een Belgische vennootschap in België belastbaar zijn (buitenlandse winsten door Belgische vennootschappen behaald via een buitenlandse vaste inrichting). Ook al heeft, ten slotte, de Basisvennootschap geen Belgische moedervenootschap, dan nog kan zij voor haar bedrijfsactiviteiten in België belast worden, van zodra in België een vaste richting van deze basisvennootschap kan onderkend worden.

vloeien later terug naar de vennootschap, in het hoog belastingland gelegen, door middel van dividenden of als lening! Tegen deze techniek is de hele theorie van de Intercompany Pricing en het Arm's length Principle uitgebouwd (zie titel II, hoofdstuk I, B, bij de bespreking van art. 24).

3) Winstaccumulatie:

Niet alleen de «binnenlandse» inkomsten kunnen naar een F.V. vloeien (door de techniek van de winstoverheveling), ook de «buitenlandse» inkomsten kunnen daar samengebracht worden. In plaats van rechtstreeks van A naar B te gaan, maken deze gelden een omweg via een basisvennootschap in C gevestigd. In plaats van vandaar als dividend naar B te gaan, blijven ze er soms plakken: dit is het fenomeen van de winstaccumulatie (36).

De reden van dit blijven plakken, kan verklaard worden door de belastingwetgeving van land B. Als B een systeem van «foreign tax credit» heeft, ook betreffende de dividenden, zou een directe uitkering een extra belasting betekenen telkens wanneer de belastinglast van land A lager is dan B. Het ophouden van de inkomsten in C betekent dan ook een belastinguitstel ten bedrage van het verschil van de belastingheffing in A en de belasting in B.

Het is dan ook begrijpelijk dat enerzijds in die landen waar een systeem van «foreign tax credit» (aanrekening van buitenlandse belasting op binnenlandse belasting) betreffende dividenden bestaat, er een belastingaccumulatie in F.V.'s wordt gedaan, en anderzijds de fiscus tegen dit fenomeen heeft gereageerd door een systeem van onmiddellijke belasting (bv. V.S. met de «Kennedy»-Wet van 1962, de B.R.D. met de Aussensteuergesetz van 1972). In België daarentegen hoeft men geen belasting uit te stellen, bij afwezigheid van belasting op dividenden (onder zekere voorwaarden) (37).

4) Emigratie.

De meeste radicale manier om aan de belasting van een hoog belastingland te ontsnappen, is door er te vertrekken en elders te gaan verblijven. Zowel een vennootschap als een natuurlijke persoon kan emigreren. Als een vennootschap van nationaliteit verandert, wordt in sommige landen de automatische ontbinding van de vennootschap eraan vastgeknoopt en bijgevolg een meerwaarde- of liquidatiebelasting geheven. In België kan

(36) In landen waar een «stelsel van dubbel tarief» geldt (bv. in Duitsland tot 1976) is het nuttig zoveel mogelijk de daar verwezenlijkte winst als dividend uit te keren (aan een holding in een F.V. gevestigd, waar deze inkomsten worden geaccumuleerd) in plaats van ze ter plaatse te reserveren. In die landen - waar het stelsel van dubbel tarief wordt toegepast - wordt de uitgekeerde winst immers aan een lager Venn. B.-tarief belast dan de gereserveerde winsten.

(37) Wel is een voordeel van winstaccumulatie in een F.V. - ook t.a.v. België - dat deze winsten op hun beurt (quasi) belastingvrije winsten kunnen opbrengen, daar waar dit niet het geval zou zijn bij overbrenging van deze dividenden naar een hoog belastingland, ook al kan die overdracht, zoals in België, om zo te zeggen volledig belastingvrij gebeuren (onder zekere voorwaarden).

men dat sinds het beroemde «Lamot» arrest van 1965 niet meer zeggen : de nationaliteit schijnt in België niet meer als een essentieel element van de vennootschap beschouwd te worden. In heel wat landen heeft men tegen de belastingvlucht via de emigratie geageerd. Door emigratie immers ontsnappen niet alleen de buitenlandse inkomsten aan de belastingjurisdictie, maar vallen de binnenlandse inkomsten onder een systeem van voorheffingen dat meestal heel wat lager ligt dan bv. het progressief tarief van de P.B. Een voorbeeld van een tegenmaatregel in de Aussensteuergesetz: niettegenstaande men geëmigreerd is, blijft men gedurende een bepaalde tijd nog aan de Duitse belasting betreffende de inkomsten van Duitse oorsprong onderworpen, alsof men verblijfhouder was gebleven. Een ander voorbeeld is Canada waar bij emigratie bepaalde goederen geacht worden verwezenlijkt te zijn en dus een latente meerwaardenbelasting wordt geheven. België heeft bij mijn weten op dit gebied nog niet veel maatregelen getroffen.

5) Witwassen van zwart geld.

F.V.'s worden dikwijls gebruikt om zwart geld wit te wassen. Het zwart geld (dit is geld dat niet aan de belasting werd onderworpen) kan via de F.V.'s terug in «roulatie» gebracht worden, daar waar dit anders problemen met zich zou meebrengen, vooral als het om belangrijke bedragen gaat : hoet gaat men bv. op de vraag van de fiscus waar al dat geld vandaan komt waarmee men zich een kasteel van een huis heeft gezet, antwoorden als op uw belastingformulier slechts een bescheiden inkomen wordt aangegeven? Door deze gelden in een basisvennootschap te steken (zonder dit aan de fiscus aan te geven uiteraard) kan men ze terug in omloop brengen. De Belgische fiscus kan immers moeilijk vragen waar de basisvennootschap dat geld vandaan heeft (vooral wanneer geen D.B.V. voorhanden is) (38). De basisvennootschap kan dan dat zwart geld «terug» lenen en de betaalde interesten kan men daarenboven aftrekken. Zo kan zwart geld wit gewassen worden en opnieuw inkomsten opleveren (eventueel opnieuw zwart geld!).

6) Complexer beeld: «driehoeksverhoudingen».

Het beeld dat we tot hertoe geschetst hebben, vooral dat in verband met de winstoverheveling en winstaccumulatie is in werkelijkheid soms complexer! In de praktijk immers gebeuren operaties niet altijd rechtstreeks met een F.V., maar onrechtstreeks. Hierdoor bereikt men een dubbel doel:

- a) De fiscus heeft het moeilijk om te ontdekken wat zich juist afspeelt (de artikelen 24 - 46 en 250 zijn op het eerste zicht niet toepasselijk!)
- b) Door de omweg wordt dikwijls de uiteindelijke belastingdruk nog meer verminderd. Door gebruik (of beter: misbruik) te maken van D.B.V.-en kan men de bronbelasting verminderen, of zelfs uitschake-

(38) En de controle op de basisvennootschap in het F.V. is zo miniem dat men rustig gelden kan manipuleren!

len, daar waar bij een rechtstreekse betaling aan de F.V. de voorheffing meestal heel wat hoger zou geweest zijn bij afwezigheid van een D.B.V.

Maatregelen, zowel unilateraal als bilateraal, zijn getroffen tegen zulke misbruiken (zie titel II hoofdstuk 2).

De tussenschakeling van de vennootschap tussen een F.V. en het hoog belastingland gebeurt door de oprichting van een relais-vennootschap (stepping store - société écran - société relais) (39). We hebben reeds een voorbeeld van een relais-vennootschap gegeven in hoofdstuk I, voorbeeld 2 van dit deel. In dit vb. gingen de royalties van Frankrijk niet over Luxemburg naar België, maar wel over Denemarken, naar Luxemburg en België! Denemarken was in dit vb. een typische relaisvennootschap. Relais-vennootschappen zou ik willen beperken tot vennootschappen gevestigd in landen die een uitgebreid en gunstig net van D.B.V. hebben enerzijds, zodat de bronheffing, in het land waar de inkomsten vandaan komen, vermindert, en anderzijds zelf op die inkomsten geen bronbelasting (of slechts een minimale) heffen en daarenboven aanvaarden dat de winstmarge niet groot is. Ze aanvaarden dus dat tegenover bv. royaltyontvangsten, royalty-uitgaven staan. Het zijn dus geen echte F.V.'s voor die inkomsten in die zin dat ze niet toelaten de ontvangen royalties waar geen lasten tegenover staan, belastingvrij te laten uitkeren als dividenden. Een forfaitair regime, zoals in Nederland en Denemarken, zal immers slechts aanvaard worden als tegenover baten, lasten staan.

In de eigenlijke zin van het woord kan men dus maar van een relais-vennootschap spreken in zoverre er 4 vennootschappen mee betrokken zijn («vierhoeksverhouding») wanneer het om buitenlandse inkomsten gaat, en 3 vennootschappen in het geval van binnenlandse inkomsten (driehoeksverhouding). Een vb. van vierhoeksverhouding heb ik boven geven.

Een andere mogelijke zou zijn: Frankrijk - Nederland - Nederlandse Antillen - België. en vb. van een driehoeksverhouding: België - Nederland - Nederlandse Antillen - België! Nederland (40) of Denemarken dienen om de bronbelasting te verminderen door gebruik te maken van de D.B.V.-en. Van daaruit rechtstreeks naar België gaan, heeft geen zin! Want de (bv.) van Denemarken ontvangen royaltybedragen zouden in de Belgische Venn. B. belast worden. Daarom moet men eerst naar een «echte» F.V. waar de royalties (of interesten of andere inkomsten) in dividenden kunnen omgezet worden. Die dividenden kunnen dan (in tegenstelling tot de interesten of de royalties) in België binnengebracht worden zonder noemenswaardige extra-belastinglast (D.B.I.).

(39) Andere benaming: kanaalvennootschap (conduit-company).

(40) Nederland heeft gereageerd tegen het gebruik van dit land als «geleider» door een vereiste van economische substantie in te stellen.

Op te merken valt dat tot 1963 (toen veranderde het D.B.V. tussen V.S. en de Nederlandse Antillen) men, ofschoon het om buitenlandse inkomsten ging, met 3 vennootschappen kon volstaan in sommige gevallen (in plaats van de normale 4). Dit kwam doordat de Nederlandse Antillen zowel voor de vermindering van de bronheffing zorgden (in relatie met de V.S.) als voor de omzetting in dividenden. Royalties konden tot 1963 dus rechtstreeks van de V.S. zonder bronbelasting naar de Nederlandse Antillen worden gevoerd, waar ze slechts aan een 2% à 4% belasting werden onderworpen; de in dividenden omgezette royalties werden dan naar bv. België gebracht zonder R.V. en in België genoten ze (en genieten ze nog altijd) van de D.B.I.

TITEL II: MAATREGELEN TEGEN DE INTERNATIONALE BELASTINGVLUCHT IN 'T ALGEMEEN EN DE FISCALE VLUCHT-HAVENS IN 'T BIJZONDER

INLEIDING

Dit deel is opgesplitst in 2 Hoofdstukken.

- *Hoofdstuk 1* is het belangrijkste en meest omvangrijke hoofdstuk. Hierin wordt meer bepaald aan de *Belgische unilaterale maatregelen* om F.V.'s te bestrijden, aandacht geschonken. Deze zijn voornamelijk vervat in de artikelen 24, 46 en 250 W.I.B.
- *Hoofdstuk 2* handelt over de *bilaterale maatregelen*. Hierin komen de **D.B.V.-en** aan de beurt. We hebben in dit werk reeds verscheidene keren de **D.B.V.-en** aangehaald. In hoofdstuk 2 worden ze op een meer systematische manier besproken. In *afdeling A* zetten we het voornaamste doel van de **D.B.V.-en** in de schijnwerpers: de **vermijding van de dubbele belasting**. In *afdeling B* gaat het over een ander oogmerk van de **D.B.V.-en** dat ons meer aanbelangt, m.n. de **vermijding van de internationale belastingvlucht**. Daarin wordt ook speciale aandacht geschonken aan de internationale belastingvlucht die gebeurt door **misbruik** van de **D.B.V.-en**. Zowel unilaterale regelen als bilaterale regelen daartegen worden besproken. Deze laatste mogen echter niet tot een dubbele belasting leiden. Dan zou men immers van de ene kwaal in de andere vallen. Dit wijst op de moeilijkheid om maatregelen en tegemaatregelen zo uit te balanceren dat het delicate evenwicht tussen beide uitersten (geen belasting tegen dubbele belasting) wordt bereikt, zonder dat er al te veel mogelijkheden bestaan voor misbruiken in de ene of andere richting.

HOOFDSTUK 1: MAATREGELEN DOOR BELGIË GENOMEN TEGEN F.V.'S (41)

België heeft 3 artikelen in het W.I.B. die specifiek handelen over de F.V.'s. Het zijn de artikelen 24, 46 en 250.

Artikelen 24 en 46 zijn beiden te situeren in het kader van de **belastingvlucht via winstoverheveling**. De Belgische fiscus tracht hier in te gaan tegen technieken, door de Belgische belastingplichtige aangewend, om zijn winst te drukken. Dit kan de belastingplichtige doen door zijn uitgaven kunstmatig te vergroten of zijn inkomsten kunstmatig te verkleinen. Het resultaat van deze kunstgrepen is, dat (abnormale) voordelen toevloeien naar (meestal gelieerde) ondernemingen gevestigd in F.V.'s.

Artikel 24 luidt als volgt:

«Wanneer een in België gevestigde onderneming zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt ten aanzien van een in het buitenland gevestigde onderneming, worden alle abnormale of goedgunstige voordelen die zij wegens die band verleent aan laatstbedoelde onderneming, of aan personen en ondernemingen die met deze belangen gemeen hebben, bij haar eigen winsten gevoegd.

Het eerste lid is mede van toepassing op de abnormale of goedgunstige voordelen die worden verleend aan een persoon of een onderneming die krachtens de bepalingen van de wetgeving van het land waar zij gevestigd zijn, aldaar aan een aanzienlijk gunstiger belastingregeling zijn onderworpen dan die waaraan de in België gevestigde onderneming is onderworpen.»

Het eerste lid van artikel 24 dateert reeds van 1962 (wet van 20.11.1962) (42). Het tweede lid dateert van de wet van 25.6.1973. Deze laatste wet heeft ook het 2de lid toegevoegd aan de artikelen 46 en 250 en het eerste lid van art. 250 gewijzigd (zie verder).

Art. 24 verschilt van de artikelen 46 en 250 door dat de bewijslast op de fiscus ligt. In de 2 andere artikelen is de bewijslast omgekeerd en moet de belastingplichtige bewijzen. Art. 24 al. 1 heeft het over ondernemingen die een band van wederzijdse afhankelijkheid hebben (43). We beperken ons hierbij tot de vaststelling dat dit zeer ruim moet opgevat worden. Niet

(41) *Cursus Internationaal belastingrecht, o.c.*, 42 - p. 45; *Fiscale maatregelen ter verhindering van internationale winstoverheveling*, Fabrimétal, Brussel, december 1976, 19 e.v. Ministerie van Financiën, Com. I.B. (76) 24, 44/61 e.v. en 250; *Internationaal Tax Avoidance*, Vol. B., o.c., vooral 87 - 106; EDUARDES-KER, M., *International Tax Strategy, The International Tax Service*, Dublin, 12-14.

(42) Art. 24, 1^o stamt af van art. 27, § 2, 7^o van de gecoördineerde wetten op de I.B. Het enige verschil tussen beide artikelen is dat art. 24, 1^o een ruimer toepassingsgebied heeft door toevoeging nl. van «of aan personen en ondernemingen die met deze belangen gemeen hebben»... t.a.v. het oude art. 27. Dit laatste was er gekomen t.g.v. de Luxemburgse wet op de holdings van 1929.

(43) Wij noemen zulke ondernemingen (wegens de bondigheid van de terminologie) «gelieerde» ondernemingen.

alleen met juridische relaties moet rekening gehouden worden, ook met feitelijke (cfr. Com. I.B.). Merk op dat art. 24 lid 1 van toepassing is welk ook het land mag zijn waarnaar de winsten worden overgeheveld, ook dus als het land «van bestemming» een land is waar de inkomsten hoger belast worden dan in België. Dit hoeft ons niet te verwonderen. Zowel de belastingplichtige kan goede redenen hebben om dit te doen - bv. het bestaan in de buitenlandse onderneming van een verhaalbaar verlies - als de fiscus om dat te bestrijden. Voor hem heeft het nl. geen belang waarnaar het geld gaat. Hij constateert alleen maar dat een belastbare winst verdwijnt.

Historisch gezien is de V.S. begonnen met het toetsen van de «Inter-company pricing» (prijswinning tussen ondernemingen van een groep) aan het A.L.P. zoals omschreven in section 482 U.S.I.R.C. Dit had als gevolg dat de Amerikaanse vennootschappen hun produkten aan hoge prijzen gingen verkopen aan andere ondernemingen binnen de groep om een eventuele winstaanpassing door de Amerikaanse fisucs op grond van section 482 zeker te vermijden.

Zolang andere hoge belastinglanden niet dezelfde maatregel namen was dat geen probleem wanneer de belastingheffing in het land van aankoop even hoog was als in de V.S. Wat kan het immers de «groep» schelen of ze op 100 miljoen winst voor 50 miljoen in Duitsland aan 50% Venn. B. belast werd en voor de andere 50 miljoen aan 50% Venn. B. in de V.S. ofwel of ze op 70 miljoen 50% Venn. B. in de V.S. moest neertellen en in Duitsland op 30 miljoen 50%. Al spoedig zagen de andere hoge belastinglanden de nadelige gevolgen in voor hen van de Amerikaanse maatregel en gingen ze op dezelfde wijze handelen als de Amerikaanse fiscus. Aldus ontstond een groot gevaar van dubbele belasting die door vele internationale groepen werd opgelost door tussenplaatsing van een vennootschap in een F.V. Bij «rechtstreekse» handelingen kan men immers nooit «winnen»: ofwel wordt men 1 keer belast, ofwel op een bepaald gedeelte van de winst twee keer (procedures bestaan om dit te vermijden: bv. in D.B.V.-en). Bij interpositie van een vennootschap in een F.V. daarentegen is het mogelijk dat «op het einde van de dag nog een appeltje voor de dorst te voorschijn komt» (44). Na deze uitwijding gaan we over naar art. 24 al. 2: daarin wordt, zoals in art. 24 al. 1, over «abnormale voordelen» gesproken, maar dit keer hoeven deze voordelen niet gegeven te zijn aan ondernemingen van de groep, maar gaat het om voordelen aan personen of ondernemingen gevestigd in een land met aanzienlijk gunstiger belastingregeling. Het komt vooral op feitelijke gegevens aan. Inzonderheid zijn de zogeheten vluchtlanden of fiscale paradijzen, waar zich o.m. allerlei basisvennootschappen gaan vestigen, bedoeld. Een voorlopige lijst van gekende vluchtlanden is in de Comm. I.B. opgenomen onder 24/23. De landen die daar zijn opgegeven zijn de zogenaamde «privé F.V.'s» (45).

(44) Who uses offshore centres in *The Banker, a.c.*, p. 98.

(45) zie titel I, Hoofdstuk 2, D.

Een greep uit die lijst: Anglo-Normandische Eilanden, Bahamas, Bermuden, Cayssan eilanden, Hong-Kong, Liberia, Liechtenstein, Monaco, Nederlandse Antillen, Panama!

De hoofdblok in art. 24 ligt duidelijk bij het begrip **abnormale voordelen**. Welke zijn de (abstracte) criteria, wat zegt de rechtspraak en wat doet de administratieve praktijk?

Vooraleer we tot het op een rijtje zetten van rechtspraak en administratieve beschikkingen overgaan, zou vooreerst nog de sanctie op «abnormale of goedgunstige voordelen» in herinnering moeten gebracht worden.

Het is in art. 24 dat het abnormaal gedeelte van het voordeel zal geacht worden te vallen in de belastbare winst van de Belgische onderneming. In art. 24 komt dit erop neer dat bepaalde excessieve uitgaven niet als fiscaal aftrekbaar uitgaven beschouwd worden of dat te kleine ontvangsten fictief worden vergroot, in art. 46 gaat het alleen om bepaalde betalingen (interessen, royalties enz...) die niet aftrekbaar zijn (46) (47). Het probleem der «economische» dubbele belasting stelt zich i. v. m. F.V.'s veel minder dan in het geval van gelieerde ondernemingen die beide in hoge belastinglanden gevestigd zijn. Dit komt eenvoudig door het feit dat een F.V. de ontvangen inkomsten niet (of weinig) zal belasten. Als het om verkopen gaat echter (eventueel ook andere verrichtingen) via een basisvennootschap gevestigd in een F.V., zijn er 3 (of meer) landen in het spel en zal het uiteindelijk resultaat afhangen van de verhouding van de (per hypothese) 2 hoge belastinglanden.

1) Indien geen van beiden een aanpassing heeft gedaan, dan is de belastingplichtige de winnaar want dan ontstaat er een (quasi) belastingvrije winst in de F.V. Als één land een aanpassing doet en het andere hoge belastingland een tegenaanpassing, dan ontstaat er eveneens een belastingvrije winst, maar deze hypothese zal wel nooit voorkomen ten gevolge van de interpositie van een vennootschap in een F.V. De 2 hoge belastinglanden transigeren dan immers niet rechtstreeks met elkaar.

2) Wat wel zal voorkomen is dat één land een aanpassing doet en het andere hoge belastingland niets en dan kan men tot een nul-resultaat komen. De belastingvrije winst van de basisvennootschap wordt dan (gedeeltelijk, geheel of zelfs meer dan geheel) in de belastbare winst opgenomen van één van de vennootschappen gevestigd in een hoog belastingland.

(46) In tegenstelling tot art. 24 worden abnormale betalingen van art. 46 voor de ganse betaling, ook het niet abnormaal gedeelte, uit de algemene kosten geweerd en dus in de belastbare winst opgenomen. Zo staat in Com.I.B. 44/71 te lezen, dat een Cassatie arrest van 1963 citeert. De ratio legis daarvan is mij niet duidelijk. Evenmin voor International Tax Avoidance, Vol. B., o.c., 28.

(47) In art. 250 is de sanctie dat de overdracht wordt beschouwd als niet te zijn gebeurd en de inkomsten van die overgedragen activa blijven dus onder de Belgische belastingjurisdictie vallen (zie verder).

3) Een laatste mogelijkheid is dat beide hoge belastinglanden tot een aanpassing overgaan: de ene belastingadministratie verhoogt de verkoopprijs, de andere verlaagt de aankooprijs. Dan zal meestal een dubbele belasting ontstaan, niettegenstaande de interpositie van een vennootschap in een F.V.

We gaan nu over tot de **toerekeningsbepalingen** van het al dan niet bestaan van een abnormaal voordeel, goed voor ogen houdend dat winstaanpassingen vooral bij transacties tussen gelieerde ondernemingen, internationaal gezien dikwijls tot economische dubbele belasting leidt, aangezien - niettegenstaande onze theoretische beschouwingen van boven - in de praktijk de belastingautoriteiten van de verschillende landen verschillende toerekeningsbepalingen toepassen en daarenboven vaak niet de rectificatie, door een belastingautoriteit van een ander land toegepast, aanvaarden door een corresponderende (tegen)aanpassing (48).

De hiervolgende beschouwingen gelden zowel voor het «abnormaal voordeel» van art. 24 al. 1 als voor art. 24 al. 2 (m.m.) (49) en voor de betalingen die de normale grenzen niet overschrijden van art. 46 (m.m.) en de «werkelijke tegenprestatie» van art. 250 W.I.B. (m.m.). De hierna geciteerde rechtspraak en administratieve beslissingen zijn bijna allen i.v.m. art. 24. De reden hiervan is dat art. 250 quasi nog niet is toegepast en dat art. 46 meestal geen zuivere voorbeelden biedt aangezien de vereiste daar dubbel is: geen abnormale betaling én een betaling die werkelijk en oprecht is. (zie verder bij de bespreking van art. 46).

De meeste voorbeelden zijn i.v.m. art. 24 al. 1 en niet al. 2 o.a. omdat deze laatste alinea slechts in 1973 is ingevoerd. Veel maakt dit overigens niet uit voor het hier besproken begrip. Evenmin het feit dat een aantal voorbeelden dateren van vóór 1962: deze rechtspraak blijft volledig relevant.

Een bijzonder moeilijk probleem is dat der dubbele belasting die in België zelf kan ontstaan door de toepassing van art. 24 eventueel gecumuleerd met art. 53. In de Com.I.B. 24/6 staat dat om elke dubbele aanslag te vermijden besloten werd de bepalingen van art. 24, 1e lid W.I.B. niet toe te passen in al de gevallen, waarin de abnormale of goedgunstige voordelen **werkelijk** ten name van de genietters ervan in de P.B., de Venn. B. of de B.N.V. worden belast (50). Een bijzonder geval is de cumulatie van art. 53 met art. 24. Als art. 53 wordt toegepast, is er een werkelijke belasting ten name van de genietter van de abnormale voordelen en zal art. 24 volgens de boven uiteengezette regel niet toegepast worden. Anderzijds, als men volgens art. 24 beslist te belasten dan zal principieel art. 53 niet toegepast worden (Com.I.B. 53/7). Nochtans, zo staat in de voetnoot bij Com.I.B.

(48) Deze dubbele belasting poogt men tegen te gaan in D.B.V.-en en ook op multilateraal plan, cfr. het Oeso-modelverdrag: art. 9 (zie daarover meer in Hoofdstuk II van deze titel).
(49) Zie Com.I.B., 24/22.

(50) Dit is bv. het geval wanneer voordelen worden toegekend aan een Belgische persoon of onderneming die met de buitenlandse onderneming waarmee degene die de voordelen toekent een band van wederzijdse afhankelijkheid heeft, belangen gemeen heeft.

24/6 te lezen, als de toepassing van art. 24 niet leidt tot een werkelijke aanslag (doordat degene die het abnormaal voordeel toekent ook verlieslatend is) dan zal ten name van de genietter dit voordeel belastbaar zijn, zelfs indien deze laatste verlieslatend is of verhaalbare verliezen heeft. Dit is een cumul van art. 24 - want het verhaalbaar verlies wordt door toepassing van art. 24 verminderd - en art. 53 W.I.B. Weliswaar wordt er op dat ogenblik maar één keer effectief belast, maar indien degene op wie art. 24 werd toegepast, later voldoende winst behaalt, dan zal er een tweede belasting op hetzelfde bedrag volgen.

Met **indien-redeneringen** blijkt echter de Belgische fiscus en de Belgische rechter weinig rekening te houden op dit gebied. De toepassing van art. 24 is niet uitgesloten, zo stelt het Hof van Beroep te Brussel het in zijn arrest van 18 oktober 1971 (51), omdat het mogelijk is dat de ontvanger van het abnormaal voordeel - i.c. een te laag geachte verkoopprijs van aandelen aan een Belgische onderneming - later bij een eventuele verwezenlijking van die aandelen (verkoop bv.) op de meerwaarden, berekend als het verschil tussen verkoopprijs en de (te) lage aankoopprijs, **opnieuw** zou belast worden. Belangrijk op te merken is dat een abnormaal voordeel wordt belast. De regels ter bepaling van de winst zoals omschreven in het W.I.B. zijn hier niet van toepassing. Art. 21 en art. 34 (i.v.m. (niet) verwezenlijkte meerwaarden) hebben hier dus geen argumentatiewaarde (52). Evenmin overigens het al dan niet gunstig gevolg voor de Belgische onderneming ten gevolge van het voordeel. Deze 2 zaken moeten onafhankelijk van elkaar beschouwd worden (53).

Niet als abnormale voordelen zijn te beschouwen «... wanneer die toekenningen, volgens de **handelsgebruiken** en overeenkomstig de **economische omstandigheden** van het ogenblik, kunnen worden aanzien al de **normale bezoldiging** of vergoeding van **werkelijke diensten of prestaties...**» (Com.I.B. 24/13).

Wel een abnormaal voordeel daarentegen is de clause in een overeenkomst waarbij een Belgische onderneming zich ertoe verbindt aan de buitenlandse onderneming (waarvan ze afhangt) toe te kennen het gedeelte van de winst dat een hoge minimumwinst overschrijdt die de buitenlandse onderneming aan de Belgische onderneming gedurende een lange periode waarborgt. Deze clause mag dus niet beschouwd worden als een soort verzekeringspremie voor de waarborg door de buitenlandse ondernemingen gegeven, maar moeten integendeel opgevat worden als een contractuele toekenning van een deel van de winst, niet een betaling van een exploitatieschuld of een aftrekbare bedrijfslast.

Art. 24 zal in werking treden telkens wanneer de toepassing van de

(51) Brussel, 18 oktober 1971, *J.P.D.F.*, 1971, 295; dit arrest werd bevestigd door Cass. 20 september 1972, *J.P.D.F.*, 1972, 272.

(52) Com.I.B. 24/17; Cass. 20 september 1972, *J.P.D.F.* 1972, 272.

(53) Cass., 3 november 1965, *Pas.*, 1966, I, 20.

clausule een overheveling tot gevolg heeft van een gedeelte van de normale winst van de Belgische vennootschap (54).

Vooraleer, eindelijk, een systematische opsomming te geven, wil ik erop wijzen dat de administratie meent dat een voldoende bewijs van het abnormaal voordeel door haar geleverd is, indien er een verdachte samenloop van omstandigheden is. Eensluidende vermoedens volstaan dus. Dit is bv. het geval wanneer een buitenlandse onderneming, dochter van een Belgische moederonderneming, Netto-winsten verwezenlijkt die buiten verhouding staan tot de winsten die door de andere ondernemingen van de groep zijn verwezenlijkt en deze buitenlandse onderneming die winsten kan compenseren met belangrijke verliezen die ze de vorige boekjaren heeft geleden. Bekijken we nu de voornaamste verschillende soorten transacties.

1. LENING

Het toestaan van een renteloze lening is een abnormaal of goedgunstig voordeel: het voordeel moet berekend worden op grond van een normale interest (Com.I.B. 24/11). Wat die normale interest is hangt af van de marktomstandigheden. In 1951 werd aan een Belgische dochteronderneming, die een renteloze lening aan haar Franse moederverenootschap had toegekend, een fictieve interest toegerekend van 4% (55). In 1962 aanvaardde het Hof van Beroep te Brussel (56) de lening door een Belgische dochtervennootschap aan een Britse moederverenootschap tegen 6% interest, ofschoon in werkelijkheid de Belgische vennootschap slechts 3,3% ontving t.g.v. een inhouding aan de bron (de Britse «income tax»). In 1971 werd de 6%-grens opnieuw toegepast: aan een interestloze lening door een Belgische vaste inrichting van een Franse vennootschap toegestaan aan 3 dochterondernemingen van de Franse vennootschap, werd een interest van 6% toegevoegd die in de belastbare winst van de Belgische vaste inrichting werd opgenomen (57). Diezelfde 6% werd in een aantal arresten als aftrekbare interest aanvaard (58). Hetgeen boven de 6% werd betaald, werd als excessief beschouwd en in de belastbare winst geïncorporeerd (59). Rekening moet gehouden worden met art. 50, 1° W.I.B. dat het aftrekbaar gedrag (als bedrijfslast) van de interesten beperkt tot een bedrag dat overeenstemt met een jaarlijkse rentevoet van:

(54) Com.I.B. 24/11 en het daar aangehaalde arrest Brussel, 21.1.1953, N.V. Benzina.

(55) Brussel, 5 maart 1951, N.V. Agence Econ. et Fin.

(56) Brussel, 15 november 1962.

(57) Brussel, 24 november 1971, *J.P.D.F.*, 1972, 106.

(58) bv. Gent, 12 januari 1960: interest van 6% aan een buitenlandse holding gestort, op het bedrag der dividenden dat aan deze laatste vennootschap verschuldigd is, maar door haar ter beschikking gesteld blijft van de Belgische onderneming.

(59) Cass. 27 september 1966, *J.P.D.F.* 1967, R. Hottat S.A.

— ofwel het rentetarief dat de Nationale Bank van België toepast voor voorschotten en leningen op overheidsfondsen die geen schatkistcertificaten zijn, vermeerderd met 3 punten;

— ofwel 9% wanneer dat rentetarief lager is dan 6%.

Uiteraard zal elke interest die deze grens overschrijdt als een abnormaal voordeel worden beschouwd. Het specifieke van het begrip abnormaal voordeel is dat het geen forfaitaire grens instelt zoals in art. 50, 1°. Daar waar, wanneer art. 24 of andere gelijkaardige artikels niet van toepassing zijn, men veilig is als men onder de grens van art. 50, 1° blijft, is men dit niet wanneer het criterium het al dan niet abnormaal voordeel is. Het begrip «abnormaal voordeel» is geen forfaitair criterium, zo stelden we boven. De specifieke omstandigheden zijn doorslaggevend. Zo is het mogelijk dat door bijzondere omstandigheden, zoals overmacht, een bepaald voordeel, bv. het toelaten terugbetalingen van schuldvorderingen uit te stellen (zonder interest aan te rekenen), niet als abnormaal wordt aanzien, daar waar dit in «normale» omstandigheden wel «abnormaal» zou zijn. Soms zullen die specifieke omstandigheden ertoe leiden om een zozegde lening als een kapitaalbreng te beschouwen. Dit was bv. het geval bij een Belgische belastingplichtige die zekere sommen transfereerde naar een Duitse GmbH waarin hij vennoot was. De vennoot eiste geen interest, noch legde hij enige verplichting tot terugbetaling op. De betalingen werden als een kapitaalbreng beschouwd. Art. 24 werd toegepast. (60). Men mag echter met het begrip «abnormaal voordeel» niet te ver gaan. Een Cass. arrest dat wel m.i. erg ver ging was het arrest van het Hof van Cassatie dd. 31.10.1979 (61). Het Hof van Cassatie bevestigt hierbij een arrest van het Hof van Beroep van Brussel dd. 23 maart 1979. Dit laatste arrest had een toepassing gemaakt van art. 24 W.I.B. op volgend geval: een Belgische dochteronderneming «Regents Park Land Co» had een lening aangegaan bij haar buitenlandse moederverenootschap. In de overeenkomst was geen interest bedongen. Na een aantal jaren geen interest betaald te hebben doet «Regents» dit plots wel (166.666 F). De administratie meent dat dit een abnormaal voordeel is, én aangezien het om 2 afhankelijke ondernemingen gaat, is art. 24 1° van toepassing. Ook het Hof van Beroep gaat daarmee akkoord: er was immers **geen enkele conventionele verplichting** om interesten te betalen. Het Hof van Cassatie merkt op dat de bedoeling van art. 24 is het op gelijke voet brengen van, enerzijds een Belgische onderneming die zich niet in één of andere band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt t.a.v. een buitenlandse onderneming en één die wel in zo een situatie vertoeft. Met abnormale voordelen, zo vervolgt het Hof van Cassatie, bedoelt art. 24 (o.a.) voordelen toegekend zonder dat ze de uitvoering van één of andere verbintenis vormen, of zonder dat er een tegenprestatie tegenover staat. En voorts maakt het Hof van Cassatie er

(60) Luik, 27 maart 1975, *J.P.D.F.*, sept.-okt. 1976, 273.

(61) Cass. 31.10.1979, 2de kamer, inzake «Regents Park Land Co», niet gepubliceerd op het ogenblik van het schrijven.

zich van af door te zeggen dat de beoordeling van het abnormaal karakter van een voordeel een *feitenkwestie* is. Het middel van eiseres dat erin bestond te beweren dat het hier om een aftrekbare bedrijfslast ging, werd door het Hof verworpen daar alleen die bedrijfsuitgaven aftrekbaar zijn, die gedaan zijn om (belastbare) inkomsten te verwerven en te behouden (art. 44 en 45 2° W.I.B.).

Zulke uitspraak leidt tot een bijna zekere dubbele belasting. Want het gaat hier feitelijk om een abnormaal voordeel, nl. een interestloze lening, toegekend door de buitenlandse moedervernootschap. Het is dan ook hoogstwaarschijnlijk dat daar een fictieve interest wordt geïmputeerd. Door niet toe te laten een bepaald interestbedrag af te trekken, ontstaat dan onvermijdelijk een dubbele belasting (62). Aan de redenering in *abstracto* van het Hof van Cassatie kan niet veel tegengeworpen worden. De bedoeling van art. 24 is inderdaad, zoals het Hof van Cassatie zegt, het op gelijke voet brengen van een Belgische onderneming die gelieerd is met een buitenlandse onderneming enerzijds en anderzijds een Belgische onderneming die met bovengenoemde buitenlandse onderneming geen banden van afhankelijkheid heeft.

I.c. echter zou het betalen van een interest juist een op gelijke voet brengen zijn van de Belgische afhankelijke en de Belgische onafhankelijke onderneming die in gelijke concurrentievoorwaarden moet kunnen opereren.

Het betalen van een interest zou i.c. niet zozeer een abnormaal voordeel zijn, dan wel een recht trekken van een abnormale toestand. Maar blijkbaar vindt de Belgische fiscus en de Belgische rechter het «abnormaal» dat abnormale voordelen door een Belgische onderneming worden toegekend, maar daarentegen wel «normaal» dat aan een Belgische onderneming diezelfde abnormale voordelen worden toegekend. Een politiek dus van 2 maten en gewichten omwille van het fiscaal belang!

Tenslotte wil ik de aandacht erop trekken dat geen abnormaal voordeel is de toekenning door een Belgische vennootschap aan een **buitenlandse vaste inrichting** van een interestloze lening in tegenstelling dus tot het geval waar deze interestloze lening zou toegekend zijn aan een buitenlandse (bv.) dochteronderneming (63).

(62) Wel is het zo dat ingeval van abnormaal voordeel door een buitenlandse onderneming toegekend is en het buitenland dit voordeel belast, in het kader van een aantal D.B.V.-en procedures voorzien zijn om een dubbele belasting te vermijden (zie Hoofdstuk 2 van deze titel).

(63) Het A.L.P. is niet identiek voor (buitenlandse) vaste inrichtingen als voor dochterondernemingen. Art. 7 lid 2 van het Oeso-modelverdrag stelt als methode van winstberekening van een onderneming en een vaste inrichting het A.L.P. voor (methode van ondernemingsplitsing»). Art. 7 lid 3 bevat een alternatieve methode die echter in de praktijk bijna nooit te verwezenlijken is: nl. de methode van «winstplitsing». Deze methode bestaat in het eerste globaal berekenen van de winst en het opdelen vervolgens van deze globale winst over de verschillende onderdelen (onderneming - vaste inrichting). Het A.L.P. voor dochtervernootschap-moedervernootschap-verhouding is in art. 9 van het Oeso-verdrag vastgelegd.

2. ALLERLEI DIENSTPRESTATIES (in de brede zin)

Het gaat hier zowel om te hoog aangerekende dienstprestaties, door een buitenlandse onderneming geleverd, als om te laag berekende dienstprestaties door een Belgische onderneming uitgevoerd.

Betaling van een niet-gerechvaardigd aandeel in de *beheerskosten* van de begunstigde onderneming.

Zulke betaling wordt als kontraktuele toekenning van de winst, niet als betaling van een exploitatieschuld of aftrekbare bedrijfslast aanzien. Om als bedrijfslast fiscaal aftrekbaar te zijn moet immers aan de 3 voorwaarden van art. 44 W.I.B. voldaan zijn:

de bedrijfsuitgave moet:

- 1) met de uitoefening van het bedrijf verband houden,
- 2) gedaan of gedragen zijn tijdens het belastbare tijdperk,
- 3) gedaan of gedragen zijn om belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden.

Zo ook voor de beheerskosten. Het aftrekbaar bedrag wordt eventueel gewaardeerd in functie van een aantal factoren, zoals kapitaal, omzet, aantal werklieden, enz... (cfr. art. 248 W.I.B.). Wanneer zou blijken dat de bijdrage door de buitenlandse onderneming zo gering is dat dezelfde omzet ook zou verwezenlijkt zijn zonder samenwerking met het buitenlands bedrijf, dan worden deze beheerskosten niet aanvaard (cfr. voorwaarden 3 van art. 44: bedrijfsuitgaven gedaan om inkomsten te verkrijgen of te behouden).

In een administratieve beslissing werd de omslag van groepskosten (research-ontwikkeling en centrale diensten) over de Belgische en buitenlandse ondernemingen van de groep door de Belgische fiscus aanvaard op voorwaarde van een jaarlijkse controle over het door de Belgische vennootschappen ten laste genomen bedrag van de groepskosten en op voorwaarde dat de groepskosten die de Belgische vennootschappen doorrekenen aan de buitenlandse vennootschappen, verhoogd worden met 4% winstopslag (op straffe van toepassing van art. 24 W.I.B.).

In het algemeen zal de Belgische fiscus vinden dat er van een abnormaal voordeel sprake is wanneer onjuiste (overdreven of onderschat naargelang het geval) commissielonen werden aangerekend, of indien de kosten voor technische bijstand, raadgevingen inzake management, schattingen, controles enz... niet correct werden bepaald.

Bijzondere problemen rijzen i.v.m. de kosten- en prijsbepaling van vaste inrichtingen in België die afhangen van buitenlandse vennootschappen.

De keuze tussen een vaste inrichting of een dochtervennootschap is complex. Een belangrijk element is m.i. dat op de winstuitkeringen door een vaste inrichting aan de ondernemingen geen bronheffingen worden geheven (uitzonderingen bestaan: bv. fictief dividend!) in tegenstelling tot de dividenden door een dochtervennootschap uitgekeerd.

Zie over dit alles: NOBEL, N., *Fiscale problematiek rond de buitenlandse vaste inrichting of dochter*, Kluwer, 1976.

Deze vaste inrichtingen kunnen bv. zijn: verkoopskantoren, coördinatiebureau's, laboratoria, expeditiekantoren enz. Indien geen bewijskrachtige gegevens voorhanden zijn (dit zal dikwijls het geval zijn) past de administratie art. 248 W.I.B. toe dat een comparatieve methode bevat (cfr. het A.L.P.): een vergelijking wordt gemaakt tussen de onderneming en tenminste 3 soortgelijke belastingplichtigen die geen wederzijdse banden hebben. De grote moeilijkheid is dikwijls soortgelijke belastingplichtigen te vinden. Alsdan zal men tot een meer forfaitaire methode overgaan. Een vrij veel voorkomende praktijk is dan de eerste jaren van werking de winst forfaitair te bepalen op basis van de werkingskosten (waarin al dan niet de (niet-afrekbare) belastingschuld zit). bv. 10% van de werkingskosten met als minimum het bepaalde in art. 146 K.B.W.I.B. In latere jaren (bv. vanaf het 4de jaar) kan dan eventueel overgestapt worden naar een andere basis ter berekening van de winst: bv. de omvang van de activiteit (met een zeker minimum-bedrag). Al deze berekeningsmethoden worden soms ook nog voor (Belgische) vennootschappen (dus niet vaste inrichtingen) gebruikt.

— de royalties en werkelijke uitgaven die beantwoorden aan een gelijkwaardige tegenprestatie. Dit is o.m. het geval bij een buitenlandse onderneming die dank zij haar Raad van Beheer een vaste marktafzet betekent voor in een Belgische onderneming geproduceerde goederen, wat overeenstemt met de helft van de Belgische productie. Zonder de tussenkomst van de buitenlandse onderneming was de afzetmacht van de Belgische onderneming beperkt gebleven tot de Belgische markt, wat onvoldoende bleek om haar bestaan toe te laten (64).

— Commissie van 5% op de omzet aan een onderling afhankelijke vennootschap voor haar bemiddeling waardoor de Belgische vennootschap kan doorbreken op de Oost-Europese markt (65).

— Betaalde kosten door een Belgische dochter aan een buitenlandse moedervernootschap voor werkelijk gepresteerde verificatiewerken en een tweede financiële controle (66).

— Het Hof van Beroep te Brussel aanvaardde de stelling van de belastingadministratie niet. De belastingadministratie beweerde dat 4% commissieloon op verkopen van textielproducten betaald door een Nederlandse vennootschap aan zijn verkoopsvertegenwoordiger, een Belgische onderneming, te laag was (abnormaal voordeel).

— De redenen van niet-aanvaarding door het Hof waren:

- Het feit dat de Belgische onderneming blijkbaar onafhankelijk was van de Nederlandse vennootschap.

- De verkeerde toepassing van de «vergelijkbare prijsmethode». De Belgische onderneming werd nl. vergeleken met een andere Belgische onderneming die voor haar aankopen afhankelijk was van een buiten-

(64) Luik, 22 mei 1950.

(65) Brussel, 4 maart 1965.

(66) Brussel, 19 juni 1959.

landse moedervereniging en daardoor haar verkoopswijze en winsten niet onafhankelijk kon opstellen (wat steeds noodzakelijk is voor het A.L.P.).

Werden als een abnormaal voordeel aanzien:

— Royalties aan een filmproductievenootschap betaald ten bedrage van 80% van de recettes. Op arm's-length-basis zou dit slechts 65% bedragen. Het abnormaal voordeel bestond dan ook ten bedrage van 15% (67).

— Royaltiebedrag dat hoger lag dan de normale aankoop prijs van een bepaald geneesmiddel werd als abnormaal aanzien. De royalties waren de vergoeding door een Belgische onderneming aan een buitenlandse geneesmiddelenvereniging voor het gebruik der merken (ook kleurstoffen) en de technische, klinische, commerciële en publicitaire kennis en ervaring van deze laatste vereniging (68).

— Royalties voor technische en commerciële bijstand van de Franse moedervereniging aan de Belgische dochter. Deze bijstand bestond in het inwerkingsstellen van de door de moeder in concessie gegeven brevetten. De royalties bedroegen 8 à 10% van het omzetcijfer. Deze royalties werden beschouwd als een (verdoken) winstuitkering (van de exploitatiewinst van de brevetten) (69).

— Het gratis verrichten van makelaarsverrichtingen door een Belgische onderneming ten voordele van een Liechtensteinse (!) vereniging. Een makelaarsloon van 5% werd aan de belastbare winst van de Belgische vastgoedvereniging toegevoegd (70).

3. VERKOOP

Com. I.B. 24/7: «Zo kan het gebeuren dat buitenlandse ondernemingen bewerkte of onbewerkte produkten aan Belgische ondernemingen in rekening brengen voor een hogere prijs dan de normale marktprijs, zich door Belgische firma's gefabriceerde produkten laten leveren tegen te lage prijzen, ...».

Com. I.B. 24/11: Als abnormaal voordeel wordt beschouwd: het aanrekenen van goederen (door een Belgische onderneming) tegen kostprijs: een normale winstoplage op de kostprijs moet bij de winst van de Belgische onderneming worden gevoegd (cfr. «cost-plus» methode in de V.S.).

Een administratieve beslissing bepaalde dat voor haar alles in orde was i.v.m. art. 24 indien de Belgische dochtervereniging produkten aan haar buitenlandse moedervereniging verkocht aan een (netto)-verkoop prijs die niet minder is dan de som van

de totale kostprijs van de geleverde produkten

(67) Brussel, 22 maart 1971, *J.P.D.F.*, 1971, 105.

(68) Brussel, 21 juni 1959.

(69) Brussel, 27 april 1948.

(70) Brussel, 17 juni 1974, *J.D.F.*, maart-april 1975, 90.

- + een winsttoeslag van 10% op die kostprijs
- + de werkelijk gedragen financieringskosten.

De administratieve paste hier dus het «cost-plus» principe toe.

Soms zijn ook hier beslissingen vrij verregaand. In het artikel «Fiskale maatregelen ter verhindering van internationale winstoverheveling» (in Fabrimétal, a.c.), wordt een geval gemeld waar, ofschoon de gefactureerde prijs volkomen normaal was, toch een fictieve interest in de winst van de Belgische verkoopsvennootschap werd opgenomen omdat de in de algemene verkoopsvoorwaarden vastgelegde betalingstermijnen niet gestreng in acht genomen werden.

Verkoop van aandelen

Een Belgische moedervenootschap A heeft een Franse dochter vennootschap X die op haar beurt een Belgische vennootschap B bezit. X koopt aandelen in twee vennootschappen voor een prijs hoger dan de beurswaarde. Vervolgens koopt B deze aandelen van X voor dezelfde prijs; een te hoge prijs dus.

Het verschil tussen de door B betaalde prijs en de beurswaarde van de aandelen werd als een abnormaal voordeel aanzien. Indien de aandelen niet op de beurs worden genoteerd, moet de waarde van de aandelen bepaald worden op basis van de reële balanswaarde (71).

Aandelen werden verkocht aan een prijs lager dan de kostprijs van de aandelen, zoals uit de balans bleek. De werkelijke waarde der aandelen werd geacht niet minder te zijn dan de kostprijs en het verschil tussen deze kostprijs, en de verkoopprijs werd als een abnormaal voordeel beschouwd. Dit is wel een eigenaardige beslissing m.i. (72).

De Britse vennootschap «The Bristol Steam Navigation Company» had een 96,7% participatie in de Belgische vennootschap «N.V. Bristol Shipping Agency». Deze laatste had een meerderheidsparticipatie in de «Compagnie Belge Transmaritime S.A.». Deze laatste vennootschap verkocht aan de «N.V. Bristol Shipping Agency» 200 aandelen in een andere Belgische vennootschap tegen boekwaarde (425.651 BF). Het verschil tussen de werkelijke waarde der aandelen (3.111.256 BF) en de boekwaarde, werd als een abnormaal voordeel, onrechtstreeks aan de Britse vennootschap toegekend, aanzien. (73).

(71) Brussel, 24 februari 1964, *S.A.G.I.P.*, B.416, 331.

(72) Cass. 28 juni 1966, *Pas.*, I, 1966, 1393.

(73) Brussel, 18 oktober 1971, *J.P.D.F.*, 1971, 295; bevestigd in Cass., 20 sept. 1972, *J.P.D.F.*, 1972,; 272 zie ook Com. I.B. 24/11.1.

Opgemerkt kan worden dat, indien dit geval was voorgevallen vóór de Wet van 20.11.1962, die het art. 24 1° haar huidige vorm gaf, geen toepassing gemaakt had kunnen worden van de «voorganger» van art. 24 1°, nl. art. 27 § 2 7° van de gecoördineerde wetten op de I.B. Dit laatste artikel sloeg immers niet op voordelen toegekend aan «...personen en ondernemingen (i.z. de N.V. Bristol Shipping Agency) die met deze (d.i. de buitenlandse onderneming waarmee de Belgische onderneming een band van wederzijdse afhankelijkheid heeft) belangen gemeen hebben...» (uittreksel uit het huidige art. 24 1°). Voor de rest luidde het art. toen hetzelfde als het huidige art. 24 1°.

4. INBRENG

2 Beslissingen van het Hof van Cassatie betreffen het verschil tussen de marktwaarde en de fiscale boekwaarde van een aandelenparticipatie die door een Belgische vennootschap wordt ingebracht in een buitenlandse vennootschap tegen boekwaarde. Het verschil tussen beide waarden moet als een abnormaal voordeel door de Belgische vennootschap bij haar belastbare winst worden gevoegd. Door de inbreng van de aandelen (tegen nieuw uitgegeven aandelen in de buitenlandse vennootschap) tegen boekwaarde, draagt men immers de stille reserve in de aandelenparticipatie, ingebracht als kapitaal, over aan de buitenlandse vennootschap die uit deze latente meerwaarden voordeel kan trekken (74).

5. STORTINGEN PENSIOENFONDS

Een administratieve beslissing stelt dat een abnormaal voordeel in de zin van art. 24 is, het gedeelte van de door de Belgische vennootschap gedane stortingen aan de buitenlands pensioenfonds ten behoeve van Belgische en buitenlandse werknemers dat ene vermindering zou tot gevolg hebben van de bijdragen verschuldigd door de tot dezelfde groep behorende buitenlandse vennootschappen.

CONCLUSIE.

Een wettekst met zo een vaag begrip als «*abnormaal voordeel*» heeft zijn voor- en zijn nadelen. Het grote voordeel is de flexibiliteit; het grote nadeel is de onzekerheid en de mogelijkheid tot willekeur, tot te verregaande uitbreiding, tot een rechtspraak zonder lijn. M.i. zijn er een aantal gevallen geweest waar men te ver is gegaan (cfr. boven). Maar talrijk zijn deze gevallen niet. Omdat de bewijslast van art. 24 soms een harde noot was voor de belastingadministratie, heeft men al spoedig (sinds 1954) 2 artikels ingevoegd, de artikels 46 en 250, waarbij de bewijslast op de schouders van de belastingplichtige kwam te liggen. Deze artikels slaan op specifieke operaties met F.V.'s.

Art. 46:

«De sommen die als interesten van om het even welke obligaties of leningen, als retributies voor de concessie van het gebruik van uitvindingsoctrooien, fabricageprocédé's en andere dergelijke of als bezoldigingen voor prestaties of diensten door een belastingplichtige zijn betaald aan een holdingvennootschap, welke in het buitenland gevestigd is en er onderworpen is aan een fiscaal regime dat afwijkt van het gemeen recht, worden slechts als bedrijfslasten aangenomen, indien de belastingplichtige door alle middelen van recht bewijst dat de betalingen beantwoorden aan

(74) Cass., 2 mei 1962, *Pas.*, I, 968 en Cass., 3 nov. 1965, *Pas.*, I, 290.

werkelijke en oprechte verrichtingen en dat zij de normale grenzen niet overschrijden.

*Het eerste lid is mede van toepassing wanneer de bedoelde sommen worden betaald aan een persoon of een onderneming die krachtens de bepalingen van de wetgeving van het land waar zij gevestigd zijn, terzake van zulke inkomsten aldaar aan een **aanzienlijk gunstiger belastingregeling** zijn onderworpen dan die waaraan die inkomsten in België zijn onderworpen (75)».*

Art. 46 1° lid dateert van de wet van 23 februari 1954, het tweede lid van de wet van 25 juni 1973.

Art. 46, 1° lid is zonder twijfel, historisch gezien, gericht tegen de Luxemburgse holdings (cfr. Com. I.B. 44/67).

Ontleden we even enkele begrippen.

Bestreden praktijken (Com. I.B. 44/62): het creëren van een holding in een F.V. die op «privé-obligaties» van de Belgische vennootschap inschrijft tegen hoge interesten of die het gebruik van uitvindingsoctrooien, fabricageprocédé's of fabrieksmerken afstaat tegen betaling van een ruim percent op het omzetcijfer enz... (76)

Daarmee wordt een dubbel doel bereikt:

1) de belastbare winst van de Belgische vennootschap wordt gedrukt met fictieve lasten, waarvan de belastingplichtigen (aandeelhouders van de holding) de genietters zullen zijn.

2) Op deze wijze kan «zwart» geld witgewassen worden! Als bv. de individuele belastingplichtige zelf zwart geld in de zaak zou steken, zou de fiscus vragen waar hij dat geld vandaan heeft. Door dit geld door de buitenlandse holding te laten lenen vermijdt hij dit probleem. Het zwart geld wordt dus witgewassen en dit witgewassen geld zal waarschijnlijk terug zwart worden (doordat de aandeelhouder zijn dividendinkomen van de buitenlandse holding niet aan de Belgische fiscus aangeeft bv.).

Begrip «Holdingvennootschap» (Com. I.B. 44/63 - 64 - 65): Holding is geen juridisch begrip (77) wel een economisch en financieel begrip.

5 soorten holdings kunnen onderscheiden worden:

1) **De controleholdings.**

Dit is de belangrijkste soort holding. Zij tracht de activiteit van een aantal vennootschappen met gelijkaardige of aanvullende bedrijvigheid te leiden,

(75) Het tweede lid is hetzelfde art. 24 al. 2; een zelfde voorlopige lijst van de gekende vluchtlanden als bij art. 24 is in de Com.I.B. onder 44/67.5 opgenomen.

(76) Als van de buitenlandse holding betaalde bedragen excessieve vergoedingen zijn, is eveneens art. 24 toepasbaar op voorwaarde dat de holding een band van wederzijdse afhankelijkheid heeft met de Belgische vennootschap in kwestie of in een F.V. is gevestigd, wat meestal zoniet altijd, wel het geval zal zijn.

(77) Art. 46 spreekt echter wel uitdrukkelijk over holdingvennootschappen, zodat er een juridische beperking is, nl. de vereiste van de rechtspersoonlijkheid. De vraag stelt zich dan ook of wel alle investeringsholdings (dus ook alle holdings waar het gaat om een privé-beheer van een portefeuille) door de wet bedoeld zijn, zoals in Com. I.B. 44/64 gezegd wordt.

te controleren, samen te ordenen en te rationaliseren door middel van aandelenparticipaties in die vennootschappen.

2) **Investerings- of beleggingsholdings.**

Hun doel is niet de controle op de exploitatievennootschappen, maar een winstgeverder en stabielere belegging, door een oordeelkundige keuze en een degelijk beheer van een effectenportefeuille. In deze holdings kan het zowel gaan om een professioneel beheer van een portefeuille (cfr. de «Investment trust») als een privé-beheer van een portefeuille.

3) **Financieringsholding.**

Daarmee worden de holdings bedoeld die tot doel hebben om aandelen aan te kopen van vennootschappen die opgericht worden, in opbouw zijn of zich in een ontwikkelingsperiode bevinden. Op het ogenblik dat deze laatste vennootschappen voldoende ontwikkeld zijn om het vertrouwen van het publiek in te boezemen, brengen ze de aandelen op de markt. De financiële steun die ze geven aan de vennootschappen is dus, in tegenstelling tot de controleholdings, slechts van speculatieve en tijdelijke aard.

4) **Gemengde holdings.**

Dit zijn holdings die naast het beheer van een portefeuille, ook een eigen nijverheids- of handelsbedrijvigheid uitoefenen.

5) **Octrooiholdings.**

Hun doel is het verwerven van octrooien en het vervolgens afstaan van het gebruik ervan tegen betaling (royalties). Het bezit van octrooien wordt dus als gelijkwaardig beschouwd met aandelenbezit.

Al deze holdings zijn door art. 46 1^o bedoeld. Dus ook de gemengde holdings!

Het begrip «**Fiscaal regime dat afwijkt van het gemeen recht**»: (Com. I.B. 44/66) Dit betekent dat de winsten van de holdingsvennootschappen **niet of slechts zeer licht** worden belast vergeleken met het **normale belastingstelsel van de gewone belastingplichtigen**. Volgens de Com. I.B. (44/67 - 67.1) zijn het Groothertogdom Luxemburg, Liechtenstein en Zwitserland, voorbeelden van landen waar het fiscaal statuut van de holdings afwijkt van het gemeen recht.

Art. 46 voert een **wettelijk vermoeden van simulatie** in (juris tantum) voor de erin bedoelde betalingen (opgemerkt kan overigens worden dat er van band van wederzijdse afhankelijkheid geen sprake meer is) (78).

De betalingen moeten slaan op «**werkelijke en oprechte verrichtingen én ze mogen de normale grenzen niet overschrijden**».

De betalingen moeten normaal zijn: voor wat daaronder verstaan wordt, verwijs ik naar de bespreking van art. 24 meer bepaald naar de bespreking van het begrip «(ab)normaal voordeel».

Het moet gaan om werkelijke verrichtingen: Com.I.B. 44/71 zegt dat **feitelijke gegevens** ook hier weer doorslaggevend zijn en dat het voorschrijven van algemene toepassingsregelen niet mogelijk is. Wel kan reeds

(78) Ook in Frankrijk is sinds 1 januari 1978 de bewijslast omgekeerd voor (bepaalde) betalingen aan vennootschappen in F.V.'s (art. 238 van de Franse Code Général des Impôts).

gesteld worden dat een onvoldoend bewijs op zich is het voorleggen van akten en bescheiden in juridisch juiste vorm want de wetgever heeft er juist naar gestreefd praktijken tegen te gaan waarbij een schijn van werkelijkheid door deze akten wordt gegeven aan louter fictieve verrichtingen. Evenmin volstaan vage en oncontroleerbare antwoorden of niet door concrete feiten gestaafde beweringen. De belastingplichtige zal moeten bewijzen dat de uitgaven gedaan zijn en aan werkelijk financiële (in het geval van een lening), commerciële of industriële (in het geval van bv. octrooien gebruik e.d.) behoeften voldoen, dat de lening in een bepaalde verrichting is belegd, dat het rendement van die belegging de last van de lening (de interest o.a.) kan compenseren, dat het octrooi een bepaalde industriële waarde vertegenwoordigt, dat het werkelijk gebruikt wordt, dat de zaken daardoor zijn uitgebreid of indien niet, waarom niet enz... (Com IB 44/71 - 72).

De meeste zaken struikelen over het feit dat de betaling werkelijk en oprecht moeten zijn. Dikwijls worden ze als geveinsde of fictieve betalingen beschouwd (79).

Betalingen ten gevolge van een contractbreuk behoren niet tot de sommen (interesten, royalties) bedoeld in art. 46! Daarenboven was in het haar voorliggend geval de contractbreuk reëel en waren de betalingen niet overdreven en was het vergelijk waarbij de compensatie wegens het verbreken van het contract werd bepaald, genegocieerd door 2 «honorable» juristen (80).

We kunnen concluderen dat op het eerste zicht art. 46 door de verlegging van de bewijslast een machtig wapen in handen blijkt van de fiscus. Toch moet rekening gehouden worden met het feit dat de fiscus zal moeten bewijzen dat zekere betalingen zijn gebeurd aan een buitenlandse holding die aan een gunstig belastingstelsel is onderworpen (t.a.v. het gemeen recht) of dat deze betalingen zijn gebeurd aan personen of ondernemingen gevestigd in een vluchtland. Dit kan een eerste moeilijkheid opleveren. Een tweede is dikwijls het achterhalen door de fiscus van de feiten om alzo de «voorstelling» van de feiten, door de belastingplichtige «opgedist» te kunnen doorprikken (81).

(79) Bv. Cass., 23.1.1958, *Pas.*, 1958, I, 548; Cass., 8.5.1962, *Pas.*, 1962, I, 1013 en Cass., 10.11.1964, *Pas.*, 1965, I, 251. (i.v.m. geveinsde int.betalingen aan een Luxemburgse holding); Cass., 19.10.1965, *Pas.*, 1966, I, 231^o, i.v.m. een fictief gebruik van een Luxemburgse holding).

(80) Brussel, 2 oktober 1972, *J.P.D.F.*, 1972, 306. Was de constatacie van het feit dat het hier niet om een som ging, bedoeld in art. 46, niet voldoende om alle andere overwegingen i.v.m. art. 46 weg te laten, en tot de niet-toepasselijkheid van art. 46 te besluiten.

(81) De zwakheid van de artikelen 24, 2^o, 46 en 250 is immers dat driehoeksverhoudingen, m.a.w. het werken via transitvenootschappen, niet onmiddellijk door deze teksten bedoeld zijn. Ze handelen over rechtstreekse verrichtingen met F.V.'s of geprivilegieerde holdings. Zelfs indien men mag aannemen dat de fiscus doorheen de transitvenootschappen, die tussen de F.V. en België i.v. worden opgesteld, kan kijken, dan blijft nog de moeilijkheid die constructie te ontdekken, tenzij met het land van de transitvenootschap een D.B.V. zou zijn afgesloten waarin een informatieclausule is opgenomen, zal dit quasi onmogelijk zijn.

In art. 46 gaat het om een **beperkte lijst van soorten uitgaven** (nl. interesten, royalties, e.a.). In art. 24 daarentegen gaat het om **alle mogelijke abnormale voordelen**: d.i.: zowel te veel uitgaven (maar dan in tegenstelling tot art. 46, alle mogelijke uitgaven) als te weinig inkomsten.

Verschillende mogelijke hypothesen:

1) Het gaat om te weinig inkomsten dan kan art. 46 niet toegepast worden. Alleen art. 24 is toepasselijk eventueel. De belastingadministratie zal moeten bewijzen dat er is een

art. 24 al. 2

- abnormaal of goedgunstig voordeel aan F.V.

- X wederzijdse band vereist

of

art. 24 al. 1

- abnormaal of goedgunstig voordeel

- wederzijdse band

- X F.V. vereist

2) Het gaat om uitgaven:

a) Het gaat niet om de uitgaven bedoeld in art. 46: Alleen art. 24 is dan toepasselijk onder de voorwaarden van 1)

b) het gaat wel om de uitgaven in art. 46 bedoeld.

i) Niet aan een F.V. of een preferentiële holding. Art. 24 is alleen toepasselijk, onder de voorwaarden in 1)

ii) Wel aan een F.V. of preferentiële holding. Zowel art. 46 als art. 24 zijn toepasselijk (behalve misschien als het gaat om een preferentiële holding (niet in F.V. gevestigd) die geen band heeft van wederzijdse afhankelijkheid dan zal alleen art. 46 toepasbaar zijn.

Art. 46 heeft dan zeker de voorkeur (voor de fiscus): voordeel, omkering van de bewijslast - geen band van wederzijdse afhankelijkheid wordt vereist (ook niet in het geval van preferentiële holdings). Belastingplichtige moet in geval van art. 46 bewijzen dat het gaat om een

- werkelijke en oprechte (d.i. bonafide) verrichting

- betaling die de normale grenzen niet overschrijdt.

Art. 250:

Dit artikel bestrijdt niet de winstoverheveling op zich, zoals de artikelen 24 en 26, maar wel datgene wat aan de basis kan liggen, zowel van de winstoverheveling als van de winstaccumulatie (in F.V.'s), m.n. de overdracht van activa. De techniek van de winstaccumulatie komt op het volgende neer: men richt een vennootschap op in een F.V. aan wie de buitenlandse inkomsten van de verblijfhouder toevloeien (i.p.v. vroeger rechtstreeks naar de verblijfhouder). Op die wijze ontsnappen die buitenlandse inkomsten volledig aan de belastingjurisdictie van de staat van de verblijfhouder (buitenlandse inkomsten van buitenlandse vennootschappen vallen er immers niet onder). Een aantal landen hebben tegen deze techniek maatregelen genomen. Zo bv. Duitsland in de Aussensteuergesetz en de V.S. met de «Kennedy-wet». Die maatregelen komen neer op een uitbreiding van de (normale) belastingjurisdictie. De staat van de

verblijfhouder gaat dan toch de door een buitenlandse vennootschap behaalde buitenlandse inkomsten belasten in hoofde van de verblijfhouders. Ze worden aan deze laatste toegerekend zelfs al heeft de buitenlandse vennootschap deze inkomsten (winsten) gereserveerd. En meestal worden deze inkomsten ook gereserveerd. Het nut van zulke buitenlandse vennootschap ligt hoofdzakelijk immers in het **belastinguitstel** (daarom ook winstaccumulatie). Want van zodra de inkomsten door de buitenlandse vennootschap worden uitgekeerd aan de verblijfhouder, worden ze natuurlijk bij hem volledig belast door de staat van de verblijfhouder (buitenlandse inkomsten van de verblijfhouder), althans indien men het spel volledig eerlijk speelt. Men kan immers als verblijfhouder de van de buitenlandse vennootschap ontvangen dividenden gewoon niet aangeven. In dat geval is er natuurlijk **belastingafstel**, maar dan enkel indien men aan belastingontduiking doet. Om dit belastinguitstel te pareren zijn die maatregelen van een aantal hoge belastinglanden daarom er ook op gericht om **onmiddellijk** belasting te heffen.

In België is de situatie iets of wat **particulier m.i.** : als we over de inkomsten van de verblijfhouder die hij uit de buitenlandse vennootschap haalt spraken, dan zijn dit dividendinkomsten (de hypothese is een buitenlandse dochtervennootschap). Deze buitenlandse dividendinkomsten worden in de meeste staten normaal belast onder aftrek van een 'foreign tax credit'. In de V.S. bv. kan men de belasting (of het inkomen) verminderen met in het buitenland betaalde belasting. Als nu de buitenlandse vennootschap i.p.v. de winsten te reserveren, de winsten onmiddellijk uitkeert, dan ontstaat geen belastingvoordeel in hoofde van de verblijfhouder. De uiteindelijke belasting zal zijn de belasting uit te stellen. Wel betaalt hij dan later een extra-prijs, want indien de winsten worden gereserveerd, zonder dat erop in de F.V. enige belasting is geheven, dan is bij latere uitkering van deze gereserveerde winsten geen «foreign tax credit» mogelijk (wat anders wel mogelijk zou zijn t.a.v. de belasting die geheven werd in het bronland van de buitenlandse inkomsten van de buitenlandse vennootschap).

In België echter bestaan het fameus systeem van het D.B.I. De uitbetaling door de buitenlandse basisvennootschap van dividenden aan de Belgische vennootschap brengt geen extrabelasting mee (82). Het resultaat van het in circuit brengen van een buitenlandse basisvennootschap die de buitenlandse inkomsten van een Belgische vennootschap collecteert i.p.v. dat de Belgische vennootschap het zelf doet, is dan dat i.p.v. de buitenlandse R.V. , (eventueel verlaagd door een D.B.V. en gecompenseerd door het F.B.B.) + de Belgische Venn. B., alleen de buitenlandse R.V. (niet gecompenseerd en eventueel hoger ten gevolge van de afwezigheid van een D.B.V. tussen het buitenland waar de inkomsten hun bron vinden en de F.V.) verschuldigd is.

(82) Wel is het zo dat het accumuleren van (belastingvrije) winsten in een F.V. dit voordeel heeft dat de F.V. op zijn beurt quasi-belastingvrije winsten zal doen ontstaan!

Maar ook die R.V. kan omzeild worden door «gebruik» (beter) misbruik dan D.B.V.-en. Men gaat bv. niet rechtstreeks van Frankrijk naar de Nederlandse Antillen, maar wel over Nederland waar men een «akkoord» heeft met de fiscus.

Rekening moet natuurlijk gehouden worden met de kosten die de basisvennootschap meebrengt en het feit dat het D.B.I. niet 100% is, maar 90% of 95% (gecompenseerd door F.R.V.). En dit D.B.I. is van toepassing, ook op dividenden ontvangen van een basisvennootschap in een F.V. ! Daarenboven is in beide hypothesen het B.K. van art. 135 van toepassing voor de natuurlijke aandeelhouder (als men als natuurlijke aandeelhouder dus rechtstreeks dividenden uit de F.V. ontvangt, is het beter een Belgische vennootschap ertussen te plaatsen om het systeem van het D.B.I. en het B.K. (i.p.v. F.B.B.) in werking te stellen). We verwijzen hierbij naar de tabel opgenomen in Hoofdstuk 1, vb. 2, van titel I, waaruit blijkt dat in sommige gevallen een belastingbezwaar van meer dan 40% op het vennootschapsniveau en van 25% op het personenniveau mogelijk is. In België is er dus niet alleen de mogelijkheid van belastinguitstel, maar ook van (gedeeltelijke) belastingafstel !

Ook België treedt tegen bovengenoemde praktijken op, maar wel op een andere manier dan de B.R.D. of de V.S. (en nog andere landen). Daar waar in de V.S. en de B.R.D. men het belastinguitstel wil tegengaan door onmiddellijke belasting, gaat men in België preventief te werk tegen praktijken die tot belastingafstel kunnen leiden, m.n. in art. 250. Hier worden sommige overdrachten van activa naar bepaalde vennootschappen tegengegaan. Immers, opdat de buitenlandse vennootschap inkomsten kan collecteren, moet ze de activa hebben die deze inkomsten voortbrengen. Het is juist tegen de overdracht van deze activa, waarmee alle «miserie» begint, dat art. 250 ageert. Denk maar aan de Belgische vennootschap die haar octrooi overdraagt aan een opgerichte dochter-basisvennootschap en waarbij deze laatste dit octrooi terug licentieert aan de Belgische vennootschap. Deze royalties ondergaan dan enkel een R.V. in België en komen als dividend belastingvrij terug in België binnen. Op die wijze worden de winsten van de Belgische vennootschap kunstmatig gedrukt (door winstoverheveling) waardoor een belastingvermijding ontstaat van Venn. B. - R.V. !

Feitelijk zou men het zo kunnen stellen : in de meeste hoge belastinglanden is het nuttig een onderscheid te maken tussen winstoverheveling en winstaccumulatie (in een F.V.) (83). In België is vanuit fiscaal oogpunt een winstaccumulatie in een F.V. niet noodzakelijk : men kan evengoed deze winsten in de vorm van dividenden naar België, quasi belastingvrij «overpompen». De overdracht van activa is een basis waarop buitenlandse inkomsten quasi belastingvrij kunnen gemaakt worden, ook t.a.v. de Belgische Venn. B. Daarenboven kan ze een basis zijn tot winstoverheve-

(83) Alhoewel beiden toch niet zo streng te scheiden zijn, nl. één van de technieken om tot winstaccumulatie te komen, is juist de techniek van de winstoverheveling.

ling (cfr. vb. van boven) of eenwinstoverheveling zelf zijn, nl. wanneer de activa aan te lage prijs worden overgedragen. Alsdan kan art. 24 (!) in werking treden. Deze omvat nl. potentieel *alle* overdrachten van activa (en niet alleen de activa in art. 250 opgesomd) die abnormale of goedgegunstige voordelen uitmaken.

Vooraleer art. 250 te citeren, wil ik erop wijzen dat er nog een strengere vorm van internationale belastingvlucht bestaat dan de overdracht van activa, nl. de emigratie. Echt specifieke bepalingen heeft België daar niet tegen (in tegenstelling tot bv. de B.R.D.). Wel kan de ruime omschrijving in het W.I.B. van verblijfhouderschap (zowel van vennootschappen als van natuurlijke personen) een sein betekenen (84).

Art. 250 luidt als volgt:

«Aan de Administratie der directe belastingen kan niet worden tegengeworpen, de akte van verkoop, cessie of inbreng van aandelen, obligaties, schuldvorderingen of andere titels tot vestiging van leningen, uitvindingsoctrooien, facricageprocédé's, fabrieks- of handelsmerken en alle andere, soortgelijke rechten, aan een in het buitenland gevestigde holdingvennootschap die er onderworpen is aan een belastingregeling die afwijkt van het gemeen recht, tenzij de belastingplichtige bewijst dat de verrichting van rechtmatige behoeften van financiële of economische aard tegemoet komt, ofwel dat hij voor de verrichting een werkelijke tegenwaarde heeft ontvangen die een bedrag aan inkomsten opbrengt waarop in België een werkelijke belastingdruk weegt die, vergeleken met de belastingdruk welke zonder die verrichting zou bestaan, als normaal kan worden aangemerkt.

Het eerste lid is mede van toepassing wanneer de bedoelde akte is aangegaan met een persoon of onderneming die krachtens de bepalingen van de wetgeving aan het land waar zij zijn gevestigd, ter zake van de inkomsten uit de vervreemde goederen of rechten, aldaar aan een aanzienlijk gunstiger belastingregeling zijn onderworpen dan die waaraan soortgelijke inkomsten in België zijn onderworpen.»

Het eerste lid van artikel 250 gaat terug tot art. 41, § 2, samengeördende wetten, Wet van 23.2.1954; het werd in 1962 ingevoerd als art. 250. Door de Wet van 25.6.1973 werd niet alleen het tweede lid ingevoerd, ook het eerste lid onderging een wijziging. Tot vóór de wet van 1973 sloeg het wettelijk vermoeden van simulatie immers alleen op **portefeuillewaarden**. Vanaf 1973 zijn ook bestanddelen van **industriële eigendom** bedoeld, zoals

(84) Er blijft echter discussie over de vraag of een vennootschap die haar statutaire zetel in België heeft, maar haar voornaamste inrichting en zetel van bestuur en beheer in het buitenland heeft, onder de Venn. B. valt of onder de B.N.V. Ofschoon in art. 94 «of» staat, zou een wetshistorische interpretatie leiden tot de B.N.V. Prof. Lagae is voorstander van deze interpretatie. In Groot Brittannië is het in elk geval zo dat de maatschappelijke zetel geen belang heeft: wanneer de commerciële activiteit en de leiding van de vennootschap niet in Groot Brittannië gevoerd wordt, zal deze vennootschap niet onder de Venn. B. in Groot Brittannië vallen, doch slechts onder een systeem van B.N.V., zelfs al heeft de vennootschap haar maatschappelijke zetel in Londen.

uitvindingsoctrooien, fabricageprocédé's, fabriekmerken e.a. Daarenboven werd er ook een verandering aangebracht aan het door de belastingplichtige te leveren tegenbewijs. Vóór 1973 was dit het bewijs dat een **werkelijke tegenwaarde** was ontvangen die een **normaal bedrag van belastbare inkomsten** opbracht. Aangezien het nogal eens voorkwam dat er wel een normaal bedrag aan belastbaar inkomen was, maar dat het belastbaar inkomen om één of andere reden slechts aan een laag belastingtarief onderworpen was, werd in 1973 de vereiste van een normaal bedrag aan belastbaar inkomen vervangen door de vereiste van een werkelijke, normale belastingdruk (in vergelijking met de belastingdruk die zou bestaan zonder de verrichting in art. 250 bedoeld). Daarenboven werd in 1973 een alternatieve bewijsmogelijkheid voorzien nl. dat het om een financieel of economisch gezonde verrichting gaat.

Art. 250 voert de niet-tegenstelbaarheid aan de fiscus van de erin opgesomde verrichtingen in. Zoals in art. 46 gaat het hier om een vermoeden dat slechts «*juris tantum*» geldt. De bewijslast die de belastingplichtige hier heeft, is iets anders (althans het is anders geformuleerd) dan dat van art. 46. De belastingplichtige kan ofwel bewijzen dat de verrichting aan rechtmatige behoeften van financiële of economische aard voldoet: Com. I.B. 250/7 zegt dat voor de betekenis van dit bewijs men zich nuttig kan inspireren aan de inhoud van de bewijslast van art. 46. Het tweede tegenbewijs bestaat in het bewijs dat een werkelijke tegenwaarde is ontvangen die een bedrag aan belastbare inkomsten oplevert waarop een werkelijke normale (in vergelijking met de situatie zonder de in art. 250 bedoelde verrichting) belastingdruk rust.

De simulatie kan alleen tegen de belastingplichtige opgeworpen worden, niet tegen de rechtsopvolgers. De sanctie van art. 250 is immers dat de akten in art. 250 bedoeld, geacht worden niet te bestaan en de inkomsten verder worden belast alsof de afstand niet had plaatsgevonden. Indien dit ook zou gelden t.a.v. de rechtsopvolgers, zou dit betekenen dat in het vermogen van deze laatste fictief vermogensbestanddelen zouden worden ingebracht die er zich in werkelijkheid niet in bevinden. Zover heeft men het niet willen drijven (cfr. Com.I.B. 250/3 & 5).

Voor de begrippen holdingvennootschap en belastingregeling die afwijkt van het gemeen recht, kan naar art. 46 verwezen worden. Voor de betekenis van een «*aanzienlijk gunstiger belastingregeling*»: cfr. art. 24,2de lid en art. 46 2de lid. Ofschoon de bewijslast is omgekeerd, moet de fiscus toch nog bewijzen dat de verrichtingen van art. 250 hebben plaatsgevonden. Dit kan soms grote problemen scheppen, vooral als het gaat om individuele belastingplichtigen (en deze zijn vooral beoogd in art. 250, zo blijkt uit de wetshistoriek). Het aandelenbezit bv. van een particulier is meestal door de fiscus niet gekend. In België is er (nog) geen vermogensbelasting. Dus op die basis kan de Belgische fiscus dit bezit niet achterhalen. Ook via de I.B. gaat het slechts zelden omdat nu eenmaal heelwat Belgen hun R.I. niet aangeven! Als zo een particulier dit aandelenbezit ruilt voor bv. aandelen in een Luxemburgse holding, (dan zal er geen R.V. worden

geheven op de door deze holding uitgekeerde dividenden), zal de Belgische fiscus dit niet te weten komen. Misschien mede daardoor is er zo weinig rechtspraak over dit artikel. Buiten een arrest van het Hof van Beroep van Luik (85) en een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel (86), zijn mij althans geen rechterlijke beslissingen bekend. Op basis daarvan zou men kunnen concluderen dat art. 250 nog niet veel gefunctioneerd heeft, of om het sterker uit te drukken, om zo te zeggen dode letter is gebleven.

HOOFDSTUK 2: MAATREGELEN OP BILATERIAAL VLAK: DE DUBBELBELASTINGVERDRAGEN.

INLEIDING

- A. Dubbelbelastingverdragen hebben als eerste en voornaamste doel de **vermijding van de dubbele belasting**. De benaming dubbelbelastingverdrag is daarom in zekere zin misleidend. Juister zou zijn te spreken van anti-dubbelbelastingverdragen! De meest courante oplossing om de problematiek van de internationale dubbele belasting op te heffen is de afstand van belastingheffing (of de vermindering ervan). Op die wijze worden de belastingbarrières voor investeringen in het andere verdragsland uit de weg geruimd.
- B. Een tweede oogmerk van de D.B.V.-en is **het bestrijden van de internationale belastingvlucht**. Daartoe wordt meestal een coördinatie van de belastingadministraties en een uitwisseling van informatie op touw gezet.

A. VERMIJDEN VAN DUBBELE BELASTING.

1. Internationale dubbele belasting kan verschillende oorzaken hebben. Eén van de belangrijkste daarvan is het feit dat bijna alle staten het wereldwijd inkomen van hun verblijfhouders belasten en daarenboven alle inkomsten die hun oorsprong vinden in de desbetreffende staat, ook al is de geniet van deze laatste inkomens een niet-verblijfhouder. Aldus wordt een inkomen uit land B, ontvangen door een verblijfhouder van land A, meestal zowel in land A als B belast.
2. Een nog meer omvangrijke dubbele belasting kan ontstaan wanneer bv. een Amerikaan in België zich komt vestigen. Dan zal principieel zijn wereldinkomen zowel onder de V.S. belasting als onder de Belgische

(85) Luik, 30 mei 1974, *J.P.D.F.*, 1974, 154.

(86) Brussel, 2 oktober 1972, *J.P.D.F.*, 1972, 306; dit arrest heeft het overigens meer over art. 46.

(87) Introduction to U.S. International Taxation, *o.c.*, 151 - 160; Cursus Internationaal belastingrecht, *o.c.*, i.v.m. misbruik van dubbelbelastingverdragen; Tax Havens and Measures against..., *o.c.*, Hoofdstuk 6, 65 e.v.

belasting vallen. De Belgische belasting omdat de Amerikaan een Belgisch verblijfhouder is, de V.S. belasting omdat hij... Amerikaan is. Immers in de V.S. wordt de belasting op het wereldwijd inkomen op alle nationalen gevestigd ook al verblijven ze niet in de V.S.

3. Dubbele belasting kan ook voortkomen ten gevolge van de toepassing van het «A.L.P.»

Tegen deze internationale dubbele belasting hebben vele staten **unilaterale regelen** opgesteld. In België vindt men deze o.a. in de artikelen 88 - 111 - 128 - 187 - 191 - 195 (88). Unilaterale regelen bieden meestal slechts een partiële oplossing. De dubbele belasting wordt niet uitgeschakeld, wel verminderd.

Een verdergaande vermindering of zelfs volledige uitschakeling kan bekomen worden via de D.B.V.-en. Problemen als onder 1. vermeld worden opgelost door bv. een vermindering van de bronheffing.

Problemen als onder 2. vinden hun oplossing door een bepaling wie welke inkomens mag belasten. In geval het gaat om 2 staten die als criterium voor de belasting op het wereldwijdinkomen het verblijfhouderschap hebben, maar daar niet hetzelfde onder verstaan, kan een D.B.V. een oplossing bieden voor mogelijke conflicten door een éénvormige bepaling van wat onder «verblijfhouder» moet verstaan worden.

Problemen zoals in 3. vermeld, die ontstaan ten gevolge van unilaterale maatregelen (bv. art. 24 W.I.B.) en/of ten gevolge van D.B.V.-en (bv. art. 9 (89) in de D.B.V.-en van België) worden door D.B.V.-en opgelost door een kader te voorzien waarin procedures van overeenkomst tussen de betrokken belastingadministraties betreffende het vaststellen van aanpassingen (van winsttransfers tussen (gelieerde ondernemingen) en corresponderende tegenaanpassingen, kunnen plaatsvinden (90).

B. VERMIJDEN VAN INTERNATIONALE BELASTINGVLUCHT.

Hiertegen zijn niet alleen unilaterale regelen voorzien maar ook zijn in vele D.B.V.-en artikelen daarvan artikelen desbetreffend opgenomen. In de Belgische verdragen zijn dit meestal artikels 9 en 26. Het artikel 9 hebben we in A. al aangehaald. Dit artikel bevat de mogelijkheid tot herziening

(88) In het algemeen kan men volgende systemen onderscheiden:

1. de volledige vrijstelling van het buitenlandse inkomen;
2. de vrijstelling met progressievoorbehoud (cfr. art. 80 W.I.B.);
3. de aftrek van de buitenlandse belasting van de «binnenlandse» belasting: deze aftrek kan zowel volledig als gedeeltelijk of forfaitair (bv. F.B.B. van art. 195) zijn;
4. de methode van vermindering van de aanslagvoet (bv. art. 88 - art. 128);
5. de methode van aftrek van buitenlandse belasting van het buitenlandse inkomen (bv. in België o.a. op de buitenlandse R.I. - de R.I. genieten ook nog van methode 3!)

(89) In het D.B.V. tussen België-Frankrijk en België-Finland: art. 5. Zie over dit alles meer in punt B van dit Hoofdstuk.

(90) Dit laatste is een recente datum. In het oorspronkelijk Oeso-modelverdrag (de basis van vele D.B.V.-en) van 1963 was zulke procedure bv. niet voorzien. Slechts bij een wijziging in 1974 werd art. 9 en art. 25 van het Oeso-verdrag aangevuld in die zin.

van de winst van Belgische ondernemingen die rechtstreekse of onrechtstreekse banden van wederzijdse afhankelijkheid hebben met in het verdragssluitende land gevestigde personen of ondernemingen door toepassing van het A.L.P. Zoals we boven zegden kan dit aanleiding geven tot dubbele belasting, maar dikwijls zijn procedures in de D.B.V.-en voorzien ter vermijding daarvan (91).

Art. 26 van de meeste D.B.V.-en door België gesloten (92) pakt de internationale belastingvermijding aan door een systeem van **uitwisseling van informatie** in te stellen m.b.t. de belastingen die het voorwerp van het verdrag zijn. In principe gebeurt deze uitwisseling **alleen op uitdrukkelijk verzoek** van de belastingadministratie van een verdragssluitende staat. Daarenboven voorzien de D.B.V.-en van België dat alleen die inlichtingen moeten gegeven worden die op grond van de eigen wetgeving of normale administratieve praktijk te verkrijgen zijn. Tenslotte is het verboden inlichtingen mee te delen die handels- nijverheids- of beroepsgeheimen openbaar maken of waarvan de mededeling strijdig zou zijn met de openbare orde.

Een administratieve circulaire (93) legt de voorwaarden vast waaronder inlichtingen door de Belgische administratie gevraagd respectievelijk gegeven mogen worden aan de belastingadministratie van een staat waarmee België een D.B.V. heeft gesloten.

De verplichte voorlegging van een certificaat van de belastingadministratie van de staat van verblijfhouderschap indien men van de vermindering van de bronheffing, **voorzien door het D.B.V.**, wil genieten, is een veel gebruikte techniek (in D.B.V.-en) tegen misbruik van D.v.b.-en. Op die wijze is men zeker dat het inkomen in de staat van verblijfhouderschap is aangegeven. Natuurlijk is deze maatregel in die zin slechts een partiële oplossing dat de belastingontduiking onverkort mogelijk blijft wanneer men geen gebruik maakt van het D.B.V. Nochtans verhindert men daardoor wel dat er van het D.B.V. «misbruik» zou gemaakt worden (94). Immers, doordat D.B.V.-en voordelen toekennen (zie A), ontstaan daarbij bijna automatisch misbruiken. Deze misbruiken van D.B.V.-en kunnen worden tegengegaan, zowel door unilaterale regelingen als door bilaterale regelingen. Een vb. van een bilaterale regeling is hierboven gegeven, een vb. van een unilaterale regeling is het Zwitsers decreet van 14 december 1962 (onder druk van o.a. Duitsland) gericht in het bijzonder tegen de

(91) Dit is het voordeel van een D.B.V. Zonder D.B.V. zou er ook een aanpassing van de winst gebeuren (op basis van art. 24 W.I.B. bv. - in die zin is art. 9 in de D.B.V.-en niets nieuws) maar een corresponderende tegenaanpassing zou veel moeilijker te verkrijgen zijn, zodat het risico van een dubbele belasting veel groter wordt.

(92) Art. 19 (België-Finland); art. 20 (België-Frankrijk); art. 23 (België-Marokko); art. 27 (België-Nederland).

(93) Min. van Financiën, circulaire van 31 oktober 1975, nr. R. 9/271.842.

(94) Dikwijls wordt in D.B.V.-en gestipuleerd dat het de toepassing van éézijdige maatregelen ter voorkoming van belastingvermijding en -ontduiking niet in de weg staat (bv. Belgisch-Luxemburgs D.B.V. dd. 17 september 1970, Slotprotocol, § 10).

misbruiken die van het D.B.V. tussen Zwitserland en Duitsland werden gemaakt.

Zowel de éézijdige als de bilaterale maatregelen hebben tot doel te voorkomen dat het gunstregime van het D.B.V. zou verleend worden aan personen die niet door het D.B.V. worden beoogd.

Zo stelt het Zwitsers decreet van 1962 in art. 2 dat het D.B.V. niet van toepassing is wanneer een **essentieel** (d.i. meer dan 50%) gedeelte van de vermindering (t.g.v. het D.B.V.) rechtstreeks of onrechtstreeks ten goede komt aan personen die geen recht hebben op de voordelen van het D.B.V. Daarmee wil men vooral een dam werpen tegen het gebruik van tussenpersonen en meer bepaald van transit (of relais) vennootschappen.

vb.: In plaats van een lening rechtstreeks tussen B en C te doen (tussen B en C is geen D.B.V.; een R.V. van 25% wordt ingehouden op de door B aan C uitbetaalde interesten) gaat men over een Zwitserse vennootschap aan wie door C het geld wordt (uit)geleend. De Zwitserse vennootschap leent het verder uit aan B. Tussen Zwitserland enerzijds en B en C anderzijds is er een D.B.V. waardoor geen bronbelasting wordt geheven. Van B gaan de interesten bronvrij over Zwitserland waar ze eveneens bronvrij naar C gaan. Om dit tegen te werken bepaalt het Zwitsers decreet dat het D.B.V. met C niet van toepassing zal zijn (en dus evenmin de vrijstelling van bronbelasting) als schulden (i.c. interesten) betaald worden uit een **belangrijk** (> 50%) gedeelte van de buitenlandse inkomens van de Zwitserse verblijfhouder (i.c. de interestinkomsten betaald door B).

Ook in geval van onvoldoende winstuitkering bepaalt het Zwitsers decreet dat D.B.V.-en niet van toepassing zijn. Waarover gaat het hier? Een verblijfhouder van land C haalt inkomsten uit land B. Tussen B en C is geen D.B.V. Tussen B en Zwitserland is er wel een D.B.V. waardoor de R.V. wordt afgeschaft. Wat doet de verblijfhouder van C? Hij sticht een Zwitserse vennootschap en laat deze laatste de inkomsten bronvrij uit B halen. Daardoor spaart men de bronheffing tussen B en C uit. De hypothese is nu echter in tegenstelling tot het vb. van de transitvennootschap, dat de inkomens in de Zwitserse vennootschap worden opgepot. Dit komt doordat, hier verondersteld wordt dat tussen C en Zwitserland geen D.B.V. is afgesloten. Een uitkering zou dan een bronheffing betekenen.

Om dit te vermijden keert men geen of weinig winst uit. Dat zou normaal geen voordeel kunnen betekenen, ware het niet dat Zwitserland in bepaalde gevallen een F.V. is m.n. voor de holdings. Als het dus gaat om zogenaamde passieve inkomsten (dividenden, royalties, interesten) dan zullen deze inkomsten onder zekere voorwaarde niet belast worden.

Zulke constructies heeft het Zwitserse decreet willen tegengaan. Daarom bepaalt het dat wanneer een rechtspersoon in Zwitserland, waarin personen die geen aanspraak kunnen maken op een D.B.V. een essentieel belang hebben, niet een voldoende winstuitkering doet van de ontvangen buitenlandse inkomsten (d.i. < 25% van de bruto buitenlandse winst die belastingvermindering of -vrijstelling hebben genoten t.g.v. het D.B.V.), het D.B.V. (met B in casu) niet speelt.

Daardoor kan Zwitserland de voorheffing, die zonder D.B.V. was ingehouden in B, voor rekening van B gaan innen bij de Zwitserse vennootschap. Ook kan door de niet-toepasselijkheid van het D.B.V. het forfaitair B.K. (ter compensatie van de belasting in de bronstaat B gegeven in het geval het D.B.V. tussen B en Zwitserland de voorheffing niet afschafte doch slechts verminderde) vervallen evenals het gunstregime van de Zwitserse holding. Tenslotte is het mogelijk dat de belastingautoriteiten van B en C (!) van de gang van zaken worden verwittigd.

Zoals boven reeds gezegd voorzien niet alleen unilaterale maatregelen (zoals het zo juist aangehaalde Zwitserse decreet), maar ook de D.B.V.-en zelf in regelen ter voorkoming van het misbruik van de D.B.V.-en, bv.: D.B.V. tussen Zwitserland en Frankrijk. Wanneer een Zwitserse vennootschap gecontroleerd wordt door niet-verblijfhouders (Fransen) dan zal de belangrijke participatie (25%) die de Zwitserse vennootschap heeft in een Franse vennootschap, niet aan het verminderde tarief van 5% (D.B.V.) maar wel aan een R.V. van 15% onderworpen worden. Dit om de lust te ontnemen aan de Fransen om een Zwitserse vennootschap op te richten (door inschrijving op het kapitaal en betaling met hun aandelen in de Franse vennootschap) waardoor de dividenden quasi belastingvrij (Zwitserland als F.V. voor holdings) via de Zwitserse holding aan de Franse aandeelhouders kunnen worden uitgekeerd (95).

Een andere reeks anti-belastingvluchtmaatregelen vinden we in bijna alle D.B.V.-en met Luxemburg. Daarin wordt elke belastingreductie door het ene verdragsland toegekend aan een verblijfhouder van het andere verdragsland, nl. Luxemburg, onthouden aan de Luxemburgse holding-vennootschappen die van het speciale Luxemburgse vrijstellingsregime (W 1929) genieten.

Tenslotte wordt in de meeste D.B.V.-en bepaald dat O.G.-en alleen daar belast worden waar ze gelegen zijn. In het verdragsland van de verblijfhouder-eigenaar van de O.G.-en, is er volgens het D.B.V. meestal een regime van vrijstelling voorzien weliswaar met progressievoorbehoud (d.w.z.: men berekent het progressieve tarief op basis van het totaal inkomen - met inbegrip van de buitenlandse O.G.-en - maar men belast niet de buitenlandse O.G.-en) (96). De investering in buitenlandse O.G.-en kan aldus voordelen opleveren als de plaatselijke belasting lager ligt dan de belasting geheven op O.G.-en gelegen in de staat van verblijfhouder-

(95) Op Venn. B. vlak kan natuurlijk geen belastingvermijding meer verkregen worden. Maar wel op P.B. vlak, althans als men de P.B. zou willen ontduiken. Alsdan zou de R.V. van 25% (bij rechtstreekse uitkering door de Franse vennootschap) tot 5% R.V., bij uitkering door de Franse vennootschap van de Zwitserse holding (D.B.V.) + 5% R.V. bij uitkering door de Zwitserse holding aan de (Franse) aandeelhouder herleid kunnen worden. Om dit te vermijden werd de 5% R.V. (in Frankrijk ingehouden) tot 15% opgetrokken.

(96) Een toepassing van vrijstelling met progressievoorbehoud vindt men in art. 80 W.I.B. Dit artikel bepaalt dat, wanneer een vrijstelling van de Belgische belasting is voorzien door een D.B.V., de vrijstelling steeds met progressievoorbehoud is.

schap. Om dit belastingvoordeel te vermijden heeft Duitsland, in navolging van het V.K. en de V.S. vastgehouden aan zijn «krediet»-methode, bv. betreffende O.G.-en in Spanje gelegen (D.B.V. tussen Spanje en Duitsland art. 23 (1) (b) (ee)). Indien dan de Spaanse belasting lager ligt dan de corresponderende Duitse belasting, zal het verschil tussen deze belasting en de Duitse belasting, die zou verschuldigd zijn indien het O.G. in Duitsland was gelegen, moeten bijgepast worden.

Een speciaal probleem dat we hier terloops willen opmerken is een mogelijk conflict tussen de unilaterale regels van de verdragsstaten en de regels van het D.B.V. Dit komt vooral voor wanneer in een verdragsstaat verregaande éézijdige anti-belastingvluchtmaatregelen zijn genomen. Dit is het geval wanneer de wetgever met ficties begint te werken, bv. betreffende het verblijfhouderschap.

Om mogelijke conflicten met D.B.V.-en te vermijden zijn er in deze laatste soms speciale voorzieningen opgenomen die de voorrang geven aan die éézijdige bepalingen. De D.B.V.-en kunnen op die wijze niet in de weg staan van nationale anti-vlucht maatregelen.

vb. Duits-Zwitsers D.B.V. (11 augustus 1971) art. 4 § 3 en § 4, art. 4 § 4 komt erop neer dat de in die paragraaf bedoelde bepalingen van de Duitse Aussensteuergesetz van toepassing blijven en het D.B.V. aan deze regeling dus geen afbreuk doet.

vb. Nederlands-Zwitsers D.B.V. (12 november 1951 - geamendeerd op 22 juni 1966) protocol art. 2 en 9. Daarin wordt bepaald dat een aantal Nederlandse regels van toepassing zullen blijven **niettegenstaande** de toepassing van het D.B.V. tot andere resultaten zou leiden. De Nederlandse regels hier bedoeld gaan o.a. over de fictie dat in sommige omstandigheden Nederlanders gedurende 5 jaar aan de Nederlandse inkomstenbelasting blijven onderworpen, niettegenstaande hun emigratie (cfr. de Duitse Aussensteuergesetz). Zo blijft gedurende die tijd de Nederlandse meerwaardenbelasting van toepassing bij de vervreemding van substantiële participaties in Nederlandse vennootschappen (waarvan het vermogen voor minstens 20% uit aandelen bestaat) (97).

(97) Ook in het D.B.V. tussen Nederland en België is een gelijkaardige regel opgenomen die sinds de invoering in België van de aanmerkelijke belangheffing op de verwezenlijking van meerwaarden op aandelen door privé-personen (art. 67 8°) een eerder historisch belang heeft. Vóór de invoering van art. 67 8° echter zou de normale werking van het D.B.V. tussen België en Nederland met zich meegebracht hebben dat het voor een Nederlander met belangrijke participaties volstaan zou hebben naar België te emigreren opdat geen meerwaardenbelasting zou geheven worden. Immers, volgens de normale regeling van het D.B.V. zou de bronstaat (Nederland) zich van belasting hebben moeten onthouden en zou België de belastingbevoegdheid hebben. Aangezien echter toendertijd deze handelingen niet werden belast, kwam dit neer op een belastingvrijstelling. Om dit te vermijden werd bepaald dat het D.B.V. geen afbreuk zou doen aan de Nederlandse regels betreffende (fictief) behoud van de domicilie ook na hun emigratie voor wat (o.a.) betreft de meerwaardenbelasting op participaties.

C. CONCLUSIE.

D.B.V.-en willen enerzijds de dubbele belasting vermijden, anderzijds willen ze (internationale) belastingvermijding tegengaan. Dit zijn twee totaal tegenstrijdige doelstellingen. Voorts worden dikwijls D.B.V.-en zelf aangegrepen om aan belastingvermijding te doen (misbruik van D.B.V.-en). Dit is niet altijd vermijdbaar. De tegenmaatregelen (unilateraal of in de D.B.V.-en zelf) moeten immers ervoor zorgen dat ze niet tot resultaat geven dat er een dubbele belasting is. Want dat wil men nu juist vermijden in de D.B.V.-en. Men zou dan van de ene kwaal (geen belasting) in de andere vallen (dubbele belasting). Daarom is het noodzakelijk dat maatregelen tegen de internationale belastingvermijding - in 't algemeen of in 't bijzonder door misbruik van D.B.V.-en - voldoende genuanceerd worden. In de nuancerings komen er echter altijd gaten waarvan de belastingvermijders (en -ontduikers) gebruik kunnen maken.