

1 ● Omschrijving van tak 23-beleggingsverzekeringen “fonds dédié” of “toegewezen fonds”

Tak 23-beleggingsverzekeringen zijn verzekeringscontracten waarvan de prestatie gekoppeld is aan de waarde van een aantal eenheden dat men heeft in een fonds. De verzekeringnemer betaalt een premie aan de verzekeringsmaatschappij en die belegt in éénheden van een fonds of van verschillende fondsen.

Deze fondsen kunnen zowel enkel “intern” bestaan in de schoot van de verzekeringsmaatschappij, dan wel “extern” toegankelijk zijn op de markt.

De interne fondsen kunnen nog opgesplitst worden in enerzijds “interne collectieve fondsen” en anderzijds “interne individuele fondsen”.

“Interne collectieve fondsen” zijn toegankelijk voor meerdere verzekeringscontracten (zogezegde retailproducten), terwijl “interne individuele fondsen” aan slechts één verzekeringscontract gekoppeld zijn. In dit laatste geval spreekt men ook van een “toegewezen fonds” of “fonds dédié”.

Een toegewezen fonds is weliswaar een beleggingsfonds zoals ieder ander fonds, met dit verschil dat de onderliggende beleggingen op maat gesneden zijn van een specifieke belegger of groep van beleggers met uitsluiting van andere beleggers.

Beide soorten van interne fondsen worden in principe onafhankelijk beheerd door een externe partij onder de verantwoordelijkheid van de verzekeraar. Bij een intern individueel fonds wordt meestal een gekwalificeerde externe beheerder aangeduid op voorstel van de verzekeringnemer.

De basisregels voor de werking van een Luxemburgse beleggingsverzekering fonds dédié kunnen teruggevonden worden in een administratieve circulaire¹. Voor de Belgische beleggingsverzekering fonds dédié kunnen we tot hertoe enkel terugvallen op enkele voorafgaande beslissingen die het fiscaal regime bepalen, alsook op de algemene regelgeving inzake verzekeringen.²

2 ● Valse start: dreiging met toepassing van artikel 100 W.Succ.³

De Luxemburgse verzekeringsproducten “fond dédiés” kenden op het einde van de jaren 90 een valse start voor Belgisch cliënteel. In tegenstelling tot België, waren er toen in Luxemburg reeds gedurende een aantal jaren beleggingsverzekeringen op de markt die verbonden werden met rechten van deelnemingen in fondsen, en jaren nadien in België de intrede deden als zogenaamde “tak 23”-beleggingsverzekeringen.

“De Luxemburgse verzekeringsproducten “fond dédiés” kenden op het einde van de jaren 90 een valse start voor Belgisch cliënteel.”

1 Lettre circulaire 15/3 du Commissariat aux Assurances relative aux règles d’investissements pour les produits d’assurance-vie liés à des fonds d’investissement, 25 maart 2015.

2 De wet van 4 april 2014 inzake verzekeringen, het KB van 14 november 2003 betreffende de levensverzekeringsactiviteit of KB Leven en het KB van 24 april 2014 tot goedkeuring van het reglement van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten betreffende het commercialiseringsverbod van bepaalde financiële producten aan niet-professionele cliënten.

3 Art. 100.

“De besturen en de openbare instellingen, de stichtingen van openbaar nut en de private stichtingen, alle verenigingen of vennootschappen die in België hun voornaamste instelling, een bijhuis of een om ’t even welke zetel van verrichtingen hebben, de bankiers, de wisselagenten, de wisselagent-correspondenten, de zaakwaarnemers en de openbare of ministeriële ambtenaren moeten aan de ambtenaren van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie, met gebeurlijke rechtvaardiging van hun gelijkvormigheid en zonder verplaatsing, alle inlichtingen verschaffen welke deze nodig achten om de juiste heffing der successierechten te verzekeren. Deze inlichtingen mogen slaan op al de verrichtingen die gedaan werden, hetzij door de overledene, hetzij door zijn echtgenoot, zijn opvolger of door een derde persoon vóór of na het openvallen van de nalatenschap, en die van aard zouden zijn invloed op de heffing der belasting uit te oefenen.

Voormelde inlichtingen mogen slechts worden gevraagd krachtens een bijzondere machtiging van de administrateur-generaal van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie, behelzende de aanduiding van de overleden persoon; bovendien, zo het onderzoek betrekking heeft op feiten die meer dan drie jaar vóór het openvallen der nalatenschap gebeurd zijn ofwel op om ’t even welke door een ander persoon dan de overledene of dezes echtgenoot gedane verrichtingen, moet bedoelde machtiging de feiten die het voorwerp van de opzoeking uitmaken nauwkeurig bepalen.

De inlichtingen moeten worden verschaft binnen drie maanden na de datum waarop ze werden gevraagd. Die termijn kan worden verlengd door de ambtenaar aangewezen in de in het derde lid bedoelde machtiging.”

De Luxemburgse toezienende overheid op verzekeringscontracten had toen ook in een administratieve circulaire de mogelijkheid voorzien om vanaf een zeker bedrag (toen 2.000.000 euro) de mogelijkheid te voorzien om die portefeuille toe te wijzen aan een geïndividualiseerd intern fonds of fonds dédié.

In de boekhouding van de verzekeringsmaatschappij wordt de portefeuille aangehouden als een apart intern individueel fonds, al dan niet belegd in directe lijnen, dat beheerd wordt door een unieke beheerder en die als ondersteuning van één enkel contract dient.

Sommige belastingplichtigen zagen in de jaren '90 via een Luxemburgs contract "fonds dédié" een mogelijkheid om te kunnen ontsnappen aan de uitwisseling van informatie bij overlijden van de verzekeringnemer of de verzekerde. De effectenportefeuille die op een effectenrekening bij een Belgische bank werd aangehouden, werd ingebracht in een Luxemburgs verzekeringscontract fonds dédié, maar in praktijk bleef de onderliggende portefeuille op een Belgische rekening en wees men ook terug dezelfde financiële instelling aan als vermogensbeheerder.

Deze praktijk heeft destijds rond de eeuwwisseling aanleiding gegeven tot een standpunt van de toenmalige Commissie voor het Bank- en Financiewezen (voorloper van de huidige FSMA), dat ook aan diverse instellingen gemeld werd, namelijk dat de bank zich voor zo'n producten zo moet organiseren dat zij op grond van artikel 100 W.Succ. zou moeten kunnen antwoorden op vragen om inlichtingen van de fiscus over transacties voor rekening van de verzekeringnemer.

De bezorgdheid van de toenmalige CBF bestond toen uit het feit dat men een individuele effectenportefeuille kon verpakken in een Luxemburgs verzekeringscontract en de bank in België toch nog verder het beheer bleef waarnemen en contacten bleef onderhouden met de verzekeringnemer omtrent zijn portefeuille, terwijl er bij overlijden van de verzekeringnemer of verzekerde geen verplichting tot uitwisseling van financiële gegevens aan de Belgische fiscus bestond in hoofde van de Luxemburgse verzekeringsmaatschappij.

Artikel 100 W.Succ. laat toe dat onder bepaalde voorwaarden inlichtingen gevraagd mogen worden met betrekking tot de verrichtingen die gedaan werden, hetzij door de overledene, hetzij door zijn echtgenoot, zijn opvolger of door een derde persoon voor of na het openvallen van de nalatenschap, en die van aard zouden zijn, invloed op de heffing van de belasting uit te oefenen (art. 100, tweede lid W.Succ.).

Bij een gewoon contract van discretionair vermogensbeheer gaat men ervan uit dat de financiële instelling de transactie voor rekening van de titularis doet, zodat die beschouwd wordt als een verrichting voor rekening van de titularis.

Het niet kunnen beantwoorden door de financiële instelling van vragen op grond van artikel 100 W.Succ. werd eveneens bestempeld als een bijzonder mechanisme.

Of dat artikel 100 W.Succ. effectief op deze situatie toegepast had kunnen worden, is nog een andere vraag. Niettemin was hiermee de toon gezet om eventuele misbruiken met dergelijke beleggingsverzekeringen te bestrijden en werd ook gesteld dat het niet kunnen voldoen aan het verschaffen van inlichtingen op grond van artikel 100 W.Succ. als een bijzonder mechanisme werd beschouwd.

3. Eerste ruling voor een Belgisch verzekeringscontract fonds dédié in 2005⁴

De DVB aanvaardt hier dat het verzekeringsproduct 'fonds dédié' gedefiscaliseerd kan worden als een tak 23-beleggingsproduct zonder belastbare interest op vervalddag of bij vervroegde afkoop, mocht die zich situeren binnen een termijn van acht jaar, mits er ook geen gegarandeerd rendement is.

Niettemin maakt de DVB in zijn beslissing een algemeen voorbehoud. Gelet op de toenmalige discussies in rechtspraak en rechtsleer over het (fiscale) kwalificatieprobleem van een tak 23-verzekeringscontract in een contract vermogensbeheer kan de voorafgaande beslissing de nodige bescherming bieden "*indien en voor zover een rechtbank dit product niet anders zou kwalificeren dan een tak 23-beleggingsverzekering.*"

Dit voorbehoud werd ingelast omdat de algemene voorstelling van het product erop wees dat het een klassiek tak23-product betreft. Niettemin konden partijen overeenkomsten afsluiten die er toe leiden dat de akte in zijn totaliteit niet meer kwalificeert als een tak23-product. In dat geval zouden partijen een verkeerde kwalificatie gegeven hebben aan hun overeenkomst(en). Het hiermee beoogde kwalificatie vraagstuk was toen volgens de DVB een probleem dat buiten de toepassing van artikel 344, § 1 van het WIB 92 viel.

⁴ Voorafgaande Beslissing nr. 400.374 van 22 april 2005.

4 ● Impact van de taks op verzekeringsverrichtingen (Premietaks)

Begin 2006 werd een premietaks op individuele levensverzekeringen terug geactiveerd en op een tarief van 1,1% gezet als compensatie voor het feit dat de uitstap uit I.C.B.'s die een bepaald percentage in schuldvorderingen beleggen (toen nog 40%) vanaf 1 juli 2005 aan roerende voorheffing onderworpen werden in de mate dat de meerwaarde bij uitstap in interesten gekwalificeerd werd.

Volgens artikel 173 WDRT worden verzekeringsverrichtingen onderworpen aan een jaarlijkse taks wanneer het risico in België is gelegen.

“De toepassing van deze premietaks impliceert dus dat de fiscus het contract als een individuele levensverzekering beschouwt.”

Het risico van de verzekeringsverrichting wordt geacht in België gelegen te zijn indien de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats in België heeft, of, indien de

verzekeringnemer een rechtspersoon is, indien de vestiging van deze rechtspersoon waarop de overeenkomst betrekking heeft zich in België bevindt.

Volgens het toen geldend artikel 175/3 WDRT werd deze taks verminderd tot 1,1% voor de verrichtingen met levensverzekeringen, ook indien deze met een beleggingsfonds verbonden zijn, en op vestigingen van lijfrenten of tijdelijke renten, wanneer ze worden aangegaan door natuurlijke personen.

Het tarief van deze taks werd verhoogd naar 2% op de premies die vanaf 1 januari 2013 werden betaald, daar het tarief van de RV op obligatiefondsen toen ook met tien punten werd verhoogd.

Sinds de heractivatie van deze taks worden ook premiebetalingen voor tak 23-contracten – fonds dédié of niet – daaraan onderworpen omwille van de kwalificatie van individuele levensverzekering. Er wordt daarbij geen verschil gemaakt naargelang de premie al dan niet in natura wordt betaald.

De toepassing van deze premietaks impliceert dus dat de fiscus het contract als een individuele levensverzekering beschouwt.

5 ● De interpretatieve wet van 19 juli 2013⁵

Met de interpretatieve wet van 19 juli 2013 heeft de wetgever een einde gesteld aan de hele discussie en de rechtsonzekere toestand van een beleggingsverzekering.

Tot dan was er een strekking die, gebaseerd op de toenmalige wetgeving, stelde dat het om een kanscontract moet gaan in de zin van artikel 1104 en 1964 BW om voor fiscale en burgerrechtelijke doeleinden te kwalificeren als een echte levensverzekering⁶. Er diende een verschil in prestatie te zijn naargelang de verzekerde bleef leven tot op vervaldag, dan wel voortijdig overleed.

Door deze wet van 19 juli 2013 is het voldoende geworden voor persoonsverzekeringen dat het verzekerd voorval alleen afhankelijk is van de menselijke levensduur, zelfs indien de partijen de wederzijdse prestaties hebben geëvalueerd zonder rekening te houden met de voorvalswetten (d.i. overlevings- en sterftetafels).

Dit heeft ook aanleiding gegeven tot een herdefiniëring van de begrippen verzekeringsovereenkomst en persoonsverzekering (waaronder een tak 23-verzekering behoort).

Volgens artikel 5, al.1, 14° van de wet 4 april 2014 is een verzekeringsovereenkomst *“een overeenkomst, waarbij een partij, de verzekeraar, zich er tegen betaling van een vaste of veranderlijke premie tegenover een andere partij, de verzekeringnemer, toe verbindt een in de overeenkomst bepaalde prestatie te leveren in het geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet waarbij, naargelang van het geval, de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet. Voor de toepassing van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten en -reglementen worden overeenkomsten met betrekking tot kapitalisatieverrichtingen tevens beschouwd als verzekeringsovereenkomsten. Voor deze verrichtingen wordt onder verzekeringnemer verstaan diegene die een kapitalisatieverrichting sluit”*.

⁵ Wet van 19 juli 2013 tot interpretatie van artikel 97 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, BS 8 augustus 2013, dat artikel 160 van de wet van 4 april 2014 aangepast heeft.

⁶ Zie Doc. Kamer, zitting 53, 1991/001, p. 9.

En volgens artikel 5, al. 1, 16° van deze wet is een persoonsverzekering (zoals de beleggingsverzekering tak 23) *“een verzekering waarbij de verzekeringsprestatie of de premie afhankelijk is van een onzeker voorval dat iemands leven, fysieke integriteit of gezinstoestand aantast. Voor de toepassing van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten en -reglementen worden kapitalisatieverrichtingen tevens als persoonsverzekeringen beschouwd.”*

“De onzekerheid van het tijdstip van overlijden van de verzekerde is dus voldoende.”

De onzekerheid van het tijdstip van overlijden van de verzekerde is dus voldoende, zonder dat er nog een kans op winst of verlies voor één van de contractpartijen noodzakelijk is.

Deze principes gelden ook voor tak 23-beleggingsverzekeringen, ongeacht of de onderliggende beleggingen via een collectief dan wel een individueel toegewezen fonds aangehouden worden.

Deze aanpassing van de definitie van levensverzekering heeft ertoe geleid dat het ook fiscaal mogelijk werd om een tak 23-product fonds dédié te erkennen zonder nog het voorbehoud toe te voegen van een eventuele herkwalificatie door de rechtbank, zoals dat het geval was in de voorafgaande beslissing van 2005.

6 ● Impact van de aangifteplicht in de personenbelasting en DAC 2

Vanaf aanslagjaar 2013 worden Belgische belastingplichtigen verplicht om in hun jaarlijkse belastingaangifte melding te maken van individueel gesloten levensverzekeringscontracten bij een in het buitenland gevestigde verzekeringsonderneming (contractnummer, naam en voornaam van de verzekeringnemer).

Bovendien moet de belastingplichtige melden in welk land of in welke landen de betreffende verzekeringsmaatschappijen gevestigd zijn.

Afhankelijk van waar de buitenlandse verzekeringsmaatschappij gevestigd is, wordt respectievelijk vanaf 2017 of 2018 jaarlijks de afkoopwaarde per 31 december van het jaar voordien gemeld aan de Belgische fiscus, alsook de eventuele vervroegde afkoop en de bijstortingen.

Met andere woorden, de Belgische fiscus is in principe op de hoogte van het bestaan van buitenlandse (dus ook Luxemburgse) levensverzekeringscontracten. Hij kan daardoor ook nagaan of de premie taks effectief betaald werd.

“De Belgische fiscus is in principe op de hoogte van het bestaan van buitenlandse levensverzekeringscontracten.”

7 ● Eerste rulings over Belgische contracten fonds dédié zonder voorbehoud voor herkwalificatie door een rechtbank

De Dienst Voorafgaande Beslissingen (DVB) heeft in enkele rulings bevestigd dat er zelfs voor een Belgische tak 23 met een “toegewezen fonds” of “fonds dédié” geen sprake is van fiscaal misbruik in de zin van artikel 344 §1 WIB 1992, mits er afdoende andere motieven voorhanden zijn dan het ontwijken van inkomstenbelastingen en voor zover uiteraard alle bepalingen van de wet van 4 april 2014 betreffende

verzekeringen en het KB van 24 april 2014 gerespecteerd worden.⁷

De rulingdienst hecht daarbij specifieke aandacht aan de absolute onafhankelijkheid tussen de vermogensbeheerder en de verzekeringsnemer zodat niet aan de kwaliteit van het verzekeringscontract wordt afgedaan op basis van artikel 344, §1 WIB 1992.

⁷ Zie bijvoorbeeld de voorafgaande beslissingen d.d. 2 februari 2016 met referentie nr. 2015.741, d.d. 4 september 2018 met referentie nr. 2018.0727, d.d. 26 januari 2021 met referentie nr. 2020.2185, d.d. 4 mei 2021 met referentie nr. 2021.0196 en d.d. 24 augustus 2021 met referentie 2021.0730.

De rulingdienst legt de nadruk op de volgende elementen:

- Afwezigheid van enige contractuele relatie tussen de nemer en de beheerder en/of de depositobank. De verzekeringnemer mag geen enkel eigendomsrecht bezitten op het interne individuele fonds en zijn onderliggende activa, die de exclusieve eigendom blijven van de verzekeraar en mag ook niet tussenkomen in het beheer van het individuele fonds;
- De activa van het individuele fonds mogen enkel beheerd worden door een onafhankelijke financiële beheerder, aangeduid door de verzekeraar. Het beheer wordt gecontroleerd door de verzekeraar;
- De verzekeringnemer mag geen instructie geven aan de beheerder. De beheerder mag zich wel verbinden om het beleggingsprofiel van de verzekeringnemer en de daaruit voortvloeiende toepasbare beleggingsregels na te leven;
- De beheerder mag in geen geval investeren in niet-liquide effecten van een vennootschap waarin de verzekeringnemer, eventueel met verbonden personen, enige invloed zou uitoefenen en evenmin in een onroerend goed waarop de verzekeringnemer rechten zou hebben waardoor hij niet langer meer als een strikt passieve investeerder beschouwd kan worden. Dit geldt zowel voor rechtstreekse als voor onrechtstreekse investeringen;
- De premie mag enkel in geld gestort worden en niet in natura door inbreng van een reeds bestaande effectenportefeuille of van aandelen van een vennootschap.

“Investeringen in een tak 23-contract van het type toegewezen fonds of fonds dédié kunnen ingegeven zijn door zakelijke en economische overwegingen.”

Bovendien aanvaardt de DVB dat investeringen in een tak 23-contract van het type toegewezen fonds of fonds dédié ingegeven kunnen zijn door zakelijke en economische overwegingen en geen fiscaal misbruik overeenkomstig artikel 344, §1 WIB 1992 uitmaken indien zekere werkingsregels worden gerespecteerd.

Een belangrijke vaststelling is dat in de meest recente voorafgaande beslissingen van mei en augustus 2021 er geen uitspraak gedaan wordt over de nieuwe algemene antimisbruikbepaling van artikel 202 WDRT, terwijl deze bepaling op dat ogenblik reeds in werking is getreden.

Een van de voornaamste werkingsregels die geëerbiedigd moet worden, is dat noch de verzekeringnemer, noch de verzekeringsmakelaar (die de belangen van de verzekeringnemer behartigt) contact hebben met de vermogensbeheerder, voor wie de enige contactpersoon de verzekeraar is. Er is dan ook noodzakelijkerwijze een wijziging van beheerder voor de cliënt van de bank, wanneer die in zo'n beleggingsverzekering stapt.

Door het respecteren van bepaalde werkingsregels kan dus een herkwalificatie in het gewone beheer van een effectenportefeuille door de bank vermeden worden.

We kunnen hierbij wel de vraag stellen of het daarvoor echt noodzakelijk is dat de premie in cash betaald moet worden, zeker wanneer de Belgische verzekeringswet de betaling van de premie in natura op zich niet verbiedt⁸ en er in voorkomend geval eventueel beurstaks geheven wordt op de afstand van de portefeuille aan de verzekeringsmaatschappij, alsook de taks op de betaling van de premie.

De rulingdienst stelt verder ook dat de investeringen onder het tak 23-contract enkel kunnen gebeuren in gereguleerde fondsen en dus niet in niet-liquide instrumenten uitgegeven door vennootschappen die gecontroleerd worden door de verzekeringnemer.

De voorwaarde dat het om gereguleerde fondsen hoeft te gaan kan onzes inziens nog wat gerelativeerd worden wanneer het fonds verhandelbaar is. De onderliggende activa moeten toelaten aan de verzekeringsmaatschappij om deze discretionair te (laten) beheren. Bijzondere waakzaamheid is daarom geboden voor investeringen in niet of minder verhandelbare activa. Dergelijke situaties dienen geval per geval geëvalueerd te worden.

⁸ Zie ook nr. 9.1. hierna.

8. Impact van de nieuwe identificatieregels ter bestrijding van witwasmisdrijven

Ook de UBO wetgeving zorgt voor verdere transparantie van buitenlandse (lees: Luxemburgse) beleggingsverzekeringen.

Door nieuwe Belgische regels inzake de identificatieverplichtingen van de uiteindelijke begunstigen van cliënten, zoals vervat in de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, kan eventueel ook geweten worden wie achter het verzekeringscontract schuilgaat.

Wanneer een Belgische financiële instelling het beheer blijft waarnemen van de onderliggende tegoeden van het tak 23-contract, dan is er niet alleen een identificatieverplichting van de verzekeringsmaatschappij zelf als cliënt, maar zou er ook eventueel een verplichting kunnen zijn tot het identificeren van de uiteindelijke begunstigde(n) van de verzekeringsmaatschappij. De verzekeringnemer, die tevens begunstigde is van het tak 23-contract, kan binnen deze definitie van uiteindelijke begunstigde vallen, voor zover het aanhouden

en/of het beheer van zijn investering ook op geïndividualiseerde basis door de verzekeraar aan de bank wordt toevertrouwd. Deze identificatieverplichting zou ook nodig zijn op basis van de individuele risicobeoordeling, opgelegd door artikel 19 § 2 van de wet.

Niettemin, indien de verzekeringsmaatschappij met betrekking tot haar eigen waakzaamheidsverplichtingen over geschikte procedures beschikt en de bank verder niet over enige negatieve indicatie zou beschikken betreffende de verzekeringsonderneming, dan kan zij het risico witwassen van geld en financiering van terrorisme als verlaagd beschouwen. In dat geval kan de bank het als voldoende beschouwen dat ze (als beheerder) van de verzekeringsonderneming de informatie toegestuurd krijgt met betrekking tot de identificatie van de verzekeringnemers (naam, voornaam). Indien dit echter niet het geval is, dan dient de bank de nodige informatie betreffende de identiteit van de verzekeringnemer zelf te verkrijgen.

9. Wat met het voorbehoud voor de premiebetalingen in natura?

9.1. Geen formeel verbod in de Luxemburgse of Belgische financiële wetgeving

Wat Luxemburgse contracten betreft, is er geen algemeen verbod om premies in natura te betalen. De mogelijkheid om een premie in natura te betalen wordt bovendien bevestigd onder randnummer 5.3.4. van de circulaire 15/3 van 24 maart 2015 van het Luxemburgs *Commissariat aux Assurances*:

“Quel que soit le mode de paiement de la prime, en numéraire ou par apport d’un portefeuille de titres existants, les conditions générales doivent rappeler que les actifs du fonds sont propriété de l’entreprise d’assurances. En cas de liquidation de l’entreprise, le titulaire d’une police d’assurance liée à un fonds dédié ne dispose que du privilège commun à tous les assurés

conformément à l’article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur les secteurs des assurances. Le paiement des prestations se fait normalement en numéraire ; le paiement par remise de tout ou partie du portefeuille d’actifs n’est possible qu’à la demande du client ou s’il a été prévu par les conditions générales et qu’il n’est pas prohibé par la loi applicable au contrat d’assurance”.

Ook in de Belgische wetgeving worden premiebetalingen in natura niet verboden. Artikel 5, 19° van de wet van 4 april 2014 met betrekking tot verzekeringen definieert de premie als *“iedere vorm van vergoeding door de verzekeraar gevraagd als tegenprestatie voor zijn verbintenissen.”*

9.2. Geen verbod in de rullingpraktijk

In de relevante voorafgaande beslissingen met betrekking tot fonds dédiés laat men beide mogelijkheden open maar preciseert men dat de aanvraag betrekking heeft op een premiebetaling in speciën. Zie VB nr. 2015.724 van

02.02.2016, randnummer 32: *“La prime peut être versée en espèces ou en nature. La présente demande ne vise toutefois que les primes payées en espèces.”*

In de voorafgaande beslissing nr. 2015.0741 van 02.02.2016, randnr. 9, wordt geïnsinueerd dat de premie in cash betaald wordt omdat men deze dient over te schrijven *“door storting uitsluitend op de ‘bankrekening’ die door de maatschappij wordt meegegeeld en waarvan het nummer en de gestructureerde mededeling in het verzekeringsvoorstel zijn vermeld.”* Bij de liquidatie van het contract behoudt de maatschappij zich wel het recht voor om de betaling in geld van de prestatie (bij overlijden/op de eindvervaldag) of van de afkoopwaarde te vervangen door de rechtstreekse overdracht van activa aan de verzekeringnemer of aan de begunstigde(n), naargelang het geval, wanneer de (of bepaalde van de) activa van het fonds een verminderde liquiditeit vertonen (wegens bijzondere omstandigheden van de markten of wegens de specifieke kenmerken van die activa).

In de voorafgaande beslissing nr. 2018.0727 van 04.09.2018, randnr. 36, wordt er enkel gesteld dat de premie in cash betaald wordt: *“Les primes seront exclusivement versées en espèces. Il en sera de même pour les primes complémentaires (cf. infra n° 49).”*

Inzake beurstaks heeft de Centrale Administratie in 2019 een (niet-gepubliceerde) individuele beslissing genomen op vraag

van een beroepsvereniging waarin bevestigd wordt dat een premiebetaling door cessie van een effectenportefeuille onder bepaalde voorwaarden met vrijstelling van beurstaks kan gebeuren.

Er is dus nooit een formeel verbod van premiebetaling in natura op grond van de financiële regelgeving vermeld geworden, omdat dat verbod inderdaad ook niet wettelijk bestaat.

“Wettelijk bestaat er geen formeel verbod om een premiebetaling in natura te doen.”

In de relevante voorafgaande beslissingen met betrekking tot fonds dédiés sluit men de premiebetaling in natura niet uit, maar blijkt er een zekere achterdocht te bestaan waardoor men steeds preciseert, veelal onder de titel dat fiscaal misbruik bespreekt, dat de aanvraag enkel betrekking heeft op een premiebetaling in speciën.

9.3. Aard premiebetaling irrelevant voor eventuele diskwalificatie verzekeringscontract

Teneinde het onderscheid tussen een contract van vermogensbeheer en een verzekeringscontract tak 23 te behouden, is de manier van premiebetaling niet relevant maar wel dat het **beheer** van de onderliggende effecten autonoom gedaan of gedelegeerd kan worden door de verzekeringsmaatschappij aan de vermogensbeheerder.

Dat is inderdaad het verschil tussen een contract van vermogensbeheer tussen de belastingplichtige en een vermogensbeheerder en een verzekeringscontract tussen de belastingplichtige en de verzekeringsmaatschappij. En dit blijft zo ongeacht de manier waarop de onderliggende beleggingen aangehouden worden: via een intern of extern collectief fonds of via een intern toegewezen fonds, maar ook ongeacht de manier van betaling van de premie: in cash of in natura.

De verzekeringsmaatschappij wordt eigenaar van de gelden of effecten en is verplicht om het beheer daarvan te voeren in functie van het beleggingsprofiel van de verzekeringnemer. Hij vertrouwt dit beheer meestal toe aan een externe beheerder. De uitbesteding van het beheer is zeker zo voor een toegewezen fonds, maar kan zich ook voordoen voor het beheer van een intern collectief fonds.

De nemer(s) heeft/hebben geen contractuele relatie met de beheerder en bezit(ten) geen eigendomsrecht op het/de interne collectieve fonds(en) of de individuele fondsen en de onderliggende activa blijven de exclusieve eigendom van de verzekeraar.

Zelfs al is het contract gekoppeld aan één of meer interne individuele fondsen, dan nog mag/mogen de nemer(s) in geen geval tussenkomen in het beheer ervan. Als de nemer(s) de beleggingsstrategie wil(len) wijzigen en zijn/hun portefeuilles aanpassen, mag/mogen hij/zij uiteraard zijn/hun beleggingsprofiel samen met de tussenpersoon of verzekeraar herzien die de beheerder dan op zijn beurt zal verwittigen. In geen geval en op geen enkel ogenblik mag de nemer (net zomin als de tussenpersoon) de beheerder een (on) rechtstreeks bevel geven of, meer algemeen, enige specifieke instructie of voorstel over één of meer beleggingen.

De gekozen verzekeraar kan desgevallend van beheerder veranderen zonder dat iemand zich daartegen kan verzetten, ook de verzekeringnemer niet. Dat element is noodzakelijk. Het beheerscontract dient een clause te bevatten die uitdrukkelijk daarin voorziet.

Deze onafhankelijke beheersregels kunnen ook perfect gerespecteerd worden bij een premiebetaling in natura, tenzij dat de effecten of beleggingen van die aard zijn dat zij niet vervreemd kunnen worden zonder mede instemming van de verzekeringnemer zelf.

Er wordt dan ook terecht in de voorafgaande beslissing vermeld dat de niet-liquide effecten van een vennootschap waarin de verzekeringnemer, eventueel met verbonden personen, enige invloed zou uitoefenen, alsook een onroerend goed waarop de verzekeringnemer rechten zou hebben waardoor hij niet langer meer als een strikt passieve

investeerder beschouwd kan worden, geen onderliggende beleggingen kunnen uitmaken. In die optiek zouden zij evenmin in natura ingebracht worden.

Doch deze instemming van de verzekeringnemer tijdens het beheer onder het verzekeringscontract is zeker niet nodig bij de inbreng van portefeuillewaarden die beursgenoteerd zijn of betrekking hebben op rechten van deelneming van collectieve beleggingsfondsen die niet in beperkte kring aangehouden worden. Het feit dat zij zo ingebracht worden als premiebetaling wil evenmin zeggen dat de beheerder niet meer vrij zou zijn om deze onmiddellijk of mettertijd te verkopen om te herbeleggen in andere financiële instrumenten.

Er is dan ook geen misbruik of herkwalificatie te vrezen in een contract van vermogensbeheer indien de premiebetaling gebeurt met normaal (of conventioneel) verhandelbare financiële instrumenten, omdat de verkoop en herbelegging geen instemming van de verzekeringnemer behoeft. Onafhankelijk beheer blijft dan mogelijk, zonder enige inmenging van de verzekeringnemer.

“De manier van premiebetaling is niet relevant, maar wel het autonoom beheer van de onderliggende tegoeden van het contract door de verzekeringsmaatschappij of diens vermogensbeheerder.”

Premiebetalingen met normaal verhandelbare financiële instrumenten zouden dus getolereerd moeten worden omdat zij een onafhankelijk beheer toelaten.

Bijzondere waakzaamheid moet echter aan de dag gelegd worden voor investeringen in besloten private equity fondsen. Deze hebben meestal een besloten karakter wegens hun illiquiditeit, waardoor zij doorgaans niet verhandelbaar zijn. In die situatie dient geval per geval geëvalueerd te worden of de betaling in natura met zo'n besloten fondsen, al dan niet een risico op fiscaal misbruik inhoudt.

9.4. Impliciete erkenning voor beurstaks

De Centrale Administratie zag er in 2019 geen probleem in om een vrijstelling van beurstaks toe te staan in bepaalde situaties waarin een premie betaald wordt in natura.⁹

Een verzekeringsovereenkomst kan gedefinieerd worden als een overeenkomst waarbij in ruil voor de verzekeringsprestatie van de verzekeraar, een premie wordt betaald als tegenprestatie van de verzekerde. Een verzekeringsovereenkomst is logischerwijze een overeenkomst ten bezwarende titel.

De overdracht van effecten, waarbij ook de juridische eigendom wordt overgedragen, kwalificeert bijgevolg als een overdracht ten bezwarende titel in uitvoering van de tussen verzekeringnemer en verzekeraar afgesloten verzekeringsovereenkomst.

Bijgevolg zal in beginsel ook de TOB toepassing kunnen vinden aangezien de effecten worden overgedragen ten bezwarende titel.

Evenwel zal de TOB alsnog ingevolge een uitdrukkelijke vrijstellingsbepaling geen toepassing vinden indien er geen Belgische of buitenlandse professionele tussenpersoon

optreedt bij de overdracht van de effecten in het kader van de premiebetaling in natura.¹⁰

In principe kan gesteld worden dat de bankier op een passieve manier tussenkomt in de overboeking van de effecten naar de rekening van de verzekeringsmaatschappij en er bijgevolg geen beurstaks verschuldigd is. Er is namelijk geen uitdrukkelijke opdracht aan de bank geweest om voor de belegger een transactie van overdracht aan te gaan met de verzekeringsmaatschappij. Volgens de administratie kan dit laatste wel het geval zijn indien de financiële tussenpersoon ook verzekeringsmakelaar is van de belegger.

In de lijn van een passieve tussenkomst, is het naar onze mening ook aangewezen dat de belegger deze effecten ook niet in discretionair vermogensbeheer aanhoudt, omdat de transfert van effecten dan geacht wordt door de financiële tussenpersoon gedaan te worden in naam en voor rekening van zijn client-belegger.

De toepassing van de beurstaks is in het debat over de fiscale aanvaardbaarheid van premiebetaling in natura wel een pluspunt.

⁹ Individuele beslissing Ci. 719.548 van 12 juni 2019.

¹⁰ Art. 1261¹ WDRT stipuleert dat verrichtingen waarin geen beroepspersoon optreedt, vrijgesteld zijn van beurstaks.

“De toepassing van de beurstaks is in het debat over de fiscale aanvaardbaarheid van premiebetaling in natura wel een pluspunt.”

De beurstaks is immers enkel verschuldigd indien er overdracht is van eigendom naar de verzekeringsmaatschappij.¹¹ In die situatie kan de fiscus nog moeilijk stellen dat het verzekeringscontract niet tegenstelbaar is en dat het eerder om effecten gaat die door de belegger aangehouden blijven onder een contract van discretionair vermogensbeheer. Dit laatste veronderstelt immers dat de eigendom behouden wordt door de belegger.

9.5 Algemene antimisbruikbepaling inzake JTER (art. 202 WDRT)

Gelet op de precisering in de memorie van toelichting, kan de opening van een nieuwe tak 23-verzekeringsovereenkomst met transfer van effecten in het kader van een premiebetaling in natura het voorwerp uitmaken van fiscale controle waarbij gepoogd zal worden de algemene antimisbruikbepaling overeenkomstig artikel 202 WDRT toe te passen om blijvend de JTER te kunnen toepassen.

In de memorie van toelichting worden acht situaties als voorbeelden van misbruik aangemerkt.

Eén van de situaties raakt eventueel ook de Luxemburgse verzekeringssector¹²:

“6° de overplaatsing van een effectenrekening of van een bestaande Tak 23-verzekeringsovereenkomst naar een Tak 23-verzekeringsovereenkomst afgesloten met een buiten België gevestigde verzekeringsonderneming, met het oogmerk om te ontsnappen aan de taks;”

Het gaat hier om een weerlegbaar vermoeden van fiscaal misbruik ter vermijding van de JTER.

De vraag stelt zich of deze regel nieuwe inschrijvingen op Luxemburgse tak 23-contracten gaat afremmen doordat de Belgische tussenpersoon de handeling als niet-tegenstelbaar zal beschouwen voor de verdere berekening van de JTER en of er argumenten zijn om dit vermoeden te weerleggen.

Vooreerst is er een tekstueel argument om deze bepaling niet van toepassing te verklaren: in de praktijk plaatst men nooit een effectenrekening over naar een verzekeringscontract, maar wel de verkoopopbrengst van de tegoeden daarop of de financiële instrumenten zelf die daarop geboekt stonden.

Bovendien is een tegenbewijs mogelijk door de belastingplichtige. De memorie van toelichting verduidelijkt dat de belastingschuldige steeds het recht heeft om aan de hand van concrete en objectief verifieerbare elementen aan te tonen dat de verrichtingen kunnen worden verklaard door andere motieven dan het ontwijken van de taks. Dergelijke

motieven zijn in principe eigen aan de titularis van de rekening en hangen van elk geval afzonderlijk af.

Het is echter mogelijk, vervolgt de memorie, dat in de gestelde voorbeelden de gedragingen het gevolg kunnen zijn van technische, operationele of organisatorische redenen eigen aan de financiële tussenpersoon en die zich opdringen aan de titularis van de effectenrekening. Deze redenen moeten dan ook mee in rekening worden genomen.¹³

Enkel wanneer met concrete elementen kan worden aangetoond dat de verrichting heeft plaatsgevonden omwille van hoofdzakelijk andere dan fiscale motieven, zal de Belgische tussenpersoon of de titularis tegenover de administratie het tegenbewijs kunnen leveren.

Wat een belegging in een Luxemburgse tak 23 betreft, kunnen niet alleen motieven van vermogensplanning en gecontroleerde overdracht van vermogen naar de volgende generatie spelen, maar ook financieel rechtelijke argumenten.

De Luxemburgse wet- en regelgeving biedt immers één van de sterkste beschermingen voor de verzekeringnemer in Europa. Het gaat hier meer bepaald om de zogenaamde veiligheidsdriehoek.

Elke Luxemburgse levensverzekeraar is wettelijk verplicht om alle representatieve activa en verbintenissen van zijn klanten te vertegenwoordigen (de technische voorzieningen) door deze te deponeren bij een onafhankelijke depothoudende bank. Elk van deze deponerende banken moet een deposito-overeenkomst met de verzekeringsmaatschappij ondertekenen, die moet worden goedgekeurd door het *Commissariat aux Assurances* (CAA - het officiële controleorgaan voor de verzekeringssector in Luxemburg).

Door deze regeling worden de activa die de technische voorzieningen vertegenwoordigen te allen tijde perfect gescheiden van de andere activa van de verzekeringsonderneming en op verschillende bankrekeningen aangehouden.

¹¹ Verrichtingen die niet resulteren in een eigendomsoverdracht zijn niet belastbaar (*Parl.St. Kamer 1913, nr. 342, 31*).

¹² *Parl.St. Kamer 2020-2021, nr. 55-1708/001, 23-24*.

¹³ *Parl.St. Kamer 2020-2021, nr. 55-1708/001, 24*.

Bovendien heeft de Luxemburgse verzekeringsmarkt een internationale faam.

Er zijn momenteel een honderdtal verzekeringsmaatschappijen, waarvan de meeste dochterondernemingen van grote internationale groepen. Dit komt enerzijds door een betere reglementaire omkadering van de verzekeringsactiviteit, maar ook de financiële aantrekkingskracht van de Luxemburgse arbeidsmarkt voor competente medewerkers.

Bovendien is de Luxemburgse regelgeving van die aard dat zij meer diversificatie in het product aanbod van beleggingsverzekeringen toelaat.¹⁴

Luxemburg is dus niet alleen een financieel centrum voor de fondsen industrie, maar ook de plaats bij uitstek voor de

distributie van verzekeringsproducten in het kader van het recht van vestiging of het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Unie.

Dit leidt ertoe dat een Belgische resident goede redenen heeft, andere dan fiscale, om voor een Luxemburgse tak 23-verzekering te kiezen.

“Een Belgische resident heeft goede redenen, andere dan fiscale, om voor een Luxemburgse tak 23-verzekering te kiezen.”

10. Uitwisseling van informatie naar het Centraal Aanspreekpunt (CAP)

Het CAP is een elektronische databank bij de Nationale Bank van België met een overzicht van rekeningen en bepaalde financiële contracten die in België worden aangehouden bij financiële stellingen (door zowel inwoners als niet-inwoners).¹⁵

Sinds de aanpassingen aan de reglementering van het CAP door de wet van 8 juli 2018,¹⁶ moet ook informatie met betrekking tot tak 21-, 23-, 25- en 26-beleggingsverzekeringen uitgewisseld worden, met uitzondering van overlijdensverzekeringen en de contracten gesloten in het kader van een van de drie pijlers van het Belgisch pensioenstelsel.

Vanaf begin 2022 moeten financiële instellingen die in België actief zijn bijkomende informatie overmaken aan het CAP.

Sindsdien dienen ook de geglobaliseerde bedragen van levensverzekeringen per 31 december gemeld te worden. Hieronder behoren dus ook de tak 23-beleggingsverzekeringen met “toegewijde fondsen”.¹⁷

Deze verruimde aangifteplicht past in het kader van de strijd tegen het witwassen van geld, de financiering van terrorisme en zware criminaliteit en de belastingontduiking.

In praktijk passen vele Luxemburgse verzekeringsmaatschappijen deze uitwisseling naar het CAP ook toe voor contracten waarvan de verzekeringnemer een Belgische inwoner is.

11. DAC 6

De vraag stelt zich of de onderschrijving van een levensverzekeringscontract door een Belgische inwoner en fiscaal ingezetene bij een in Luxemburg gevestigde verzekeringsmaatschappij een meldingsverplichting inhoudt in het kader van de DAC 6 (“Directive on Administrative Cooperation 6” of “DAC 6”), ofwel uit Belgisch, ofwel uit Luxemburgs oogpunt.

De analyse zal in het bijzonder aandacht hebben voor:

- het scenario waarin de jaarlijkse belasting op effectenrekeningen niet verschuldigd is wanneer een levensverzekeringscontract wordt gesloten met een Luxemburgse maatschappij, en
- het geval dat de premie in natura wordt betaald.

¹⁴ B. GOFFAUX, Conséquences de la transposition de la Directive DAC 6 en droit interne belge dans les domaines de la gestion et de la transmission patrimoniale, R.G.E.N. 2020/9, p. 421: “L’avantage fiscal du contrat d’assurance-vie de droit luxembourgeois proviendrait, indirectement, de la souplesse réglementaire caractérisant le paysage luxembourgeois de l’assurance et de l’usage qui en serait fait plutôt que du régime qui lui serait applicable en droit fiscal belge.”

¹⁵ Voor een historiek van het CAP, zie ook K. HELLINCKX, S. MERTENS, E. ROGGEN, “Uitbreiding van het Centraal aanspreekpunt: einde van het Belgisch fiscaal bankgeheim en voorloper van een vermogens(winst)belasting?”, *TBF* nr. 16, 2021, blz. 47 e.v.

¹⁶ Art. 4 van de wet van 8 juli 2018 houdende organisatie van een Centraal aanspreekpunt van rekeningen en financiële contracten en tot de uitbreiding van de toegang tot het centraal bestand van berichten van beslag, delegatie, overdracht, collectieve schuldenregeling en protest.

¹⁷ Art. 20, al. 1, 3) van de programmawet van 20 december 2020. Art. 20, al. 1, 3) van de programmawet van 20 december 2020.

Er wordt door sommige tussenpersonen ten onrechte een verschillende behandeling voor DAC 6 voorzien naargelang de beleggingsverzekering al dan niet een fonds dédié betreft en de premie al dan niet in natura wordt betaald. Enkel wanneer het een fonds dédié is en de premie in natura betaald wordt, zou de verzekeringsmaatschappij actief tussenkomen in het beheerscontract en zou wezenskenmerk B.2¹⁸. van toepassing zijn alsook de main benefit test vervuld worden.

“De main benefit test bij premiebetalingen in natura voor Luxemburgse tak 23-contracten is niet voldaan indien dergelijke betalingen ook toegestaan worden bij Belgische verzekeringsmaatschappijen.”

Hierdoor wordt er een inconsistente interpretatie gemaakt van het begrip “constructie” alsook, afhankelijk van de situatie van de onderliggende beleggingen, een verkeerde uitvoering verleend aan de main benefit test.

Hierna wordt nader ingegaan op de tak 23 van het type fonds dédié omdat de betaling van een premie in natura zich doorgaans enkel zal stellen in het kader van zo'n type van beleggingsverzekeringen.

Voor deze analyse wordt uitgegaan van het feit dat een Luxemburgse tak 23 een grensoverschrijdende constructie is én dat het niet gaat om een marktklare constructie.

Dit geldt zeker indien de verzekeringsproducten aangeboden worden onder de vrije dienstverlening (FOS-polices). Indien het product door een Belgisch bijhuis van een Luxemburgse verzekeringsmaatschappij “verkocht” wordt, is een nadere analyse nodig om de eventuele impact van het Luxemburgs hoofdhuis te kunnen inschatten voor het al dan niet grensoverschrijdend karakter.

Dat de afsluiting van een tak 23-beleggingsverzekering een grensoverschrijdende constructie kan vormen, wordt overigens ook bevestigd in de rechtsleer¹⁹ en is ook niet in tegenstrijd met wat ACA daarover meldt in haar FAQ:

“Il revient à chaque entreprise d'assurance de décider au cas par cas, en fonction des informations mises à sa disposition sur la base de ses obligations existantes, si un contrat d'assurance-vie devra être considéré comme un dispositif déclarable au sens de la présente loi. » en « une analyse au cas

par cas est nécessaire afin de déterminer si ce dispositif doit être considéré comme un « dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration » au sens de la loi. ». Nous avons ainsi la confirmation qu'un contrat d'assurance vie transfrontière n'est pas déclarable de manière systématique. En effet, ce dispositif transfrontière devra être analysé au cas par cas sur la base de faits et circonstances afin d'établir ou non l'obligation de déclaration.”

Om onder de uitwisselingsverplichting te vallen dient de structuur te voldoen aan minstens één van de zogenaamde wezenskenmerken.

Een wezenskenmerk is een eigenschap of kenmerk van een grensoverschrijdende constructie die geldt als een indicatie van een mogelijk risico op belastingontwijking. Deze wezenskenmerking zijn onderverdeeld in 5 categorieën, telkens aangeduid met een letter:

- de categorie A omvat de algemene wezenskenmerken die ook aan de “main benefit test” zijn gekoppeld;
- de categorie B omvat de specifieke wezenskenmerken die ook aan de “main benefit test” zijn gekoppeld;
- de categorie C omvat de specifieke wezenskenmerken in verband met grensoverschrijdende transacties;
- de categorie D omvat de specifieke wezenskenmerken in verband met automatische uitwisseling van inlichtingen en uiteindelijk belang;
- de categorie E omvat de specifieke wezenskenmerken in verband met verrekenprijzen.

In het voorgelegde geval van een Luxemburgse beleggingsverzekering “fonds dédié” met premiebetaling in natura, is wezenskenmerk B2 relevant, namelijk *“een constructie die tot gevolg heeft dat inkomsten worden omgezet in vermogen, schenkingen of andere inkomstencategorieën die lager worden belast of van belasting worden vrijgesteld”*.

De opbrengsten van een Luxemburgse tak 23 (“unit linked”) verzekering, die gerealiseerd worden bij vervroegde afkoop of bij uitkering wegens beëindiging van het contract, diskwalificeren als roerende inkomsten en zijn vrijgesteld wanneer bij hun inschrijving geen verbintenissen worden aangegaan die wat betreft hun duur en hun bedrag of hun rendementsvoet bepaald zijn.²⁰

De tak 23-contracten waarover het hier gaat bevatten zo geen verbintenissen.

Deze defiscalisatie in de inkomstenbelastingen geldt zowel voor Belgische als voor buitenlandse (lees: Luxemburgse) contracten. Belastbare interesten en dividenden worden dus geconverteerd naar een vrijgesteld vermogen.

18 Wezenskenmerk B.2 (zie definitie p. 83).

19 Zie Grégory HOMANS, « DAC 6 Les assurances-vie luxembourgeoises sont-elles visées ? » *Actualités Fiscales*, 2020-23, p. 2.

20 Volgt *a contrario* uit art. 19 §1, 3° b) WIB 1992.

Dit kan op zich onder het wezenskenmerk B2 vallen²¹.

Niettemin moet bij een constructie die voldoet aan wezenskenmerk B2 ook nog voldaan worden aan de main benefit test opdat ze meldingsplichtig zou zijn.

Hierover zegt de FAQ van de Belgische administratie het volgende :

“Aan deze test is voldaan als kan worden aangetoond dat gelet op alle relevante feiten en omstandigheden het belangrijkste voordeel of één van de belangrijkste voordelen die van een constructie redelijkerwijs kan worden verwacht, het verkrijgen van een belastingvoordeel is.

Om na te gaan of er een belastingvoordeel is, moet de door de belastingplichtige verschuldigde belasting rekening houdend met de constructie worden vergeleken met het bedrag dat dezelfde belastingplichtige in identieke omstandigheden verschuldigd zou zijn in afwezigheid van de betrokken constructie.”

Onder nr. 5.7. van de FAQ van de administratie staat bovendien dat aan de *main benefit test* voldaan wordt als één of meerdere belastingvoordelen bestaan en deze beschouwd worden als het *belangrijkste voordeel van de constructie*.

Aangezien deze defiscalisatie in de inkomstenbelastingen ook kan worden behaald binnen een Belgische context met een louter Belgische tak 23-verzekering, kan verdedigd worden dat dit voordeel niet te beschouwen is als het belangrijkste voordeel van de constructie.

Deze principiële zienswijze wordt ook hernomen in de FAQ Febelfin blz. 15:

*“Uitgangspunt is alvast dat er geen sprake is van een belastingvoordeel, indien een grensoverschrijdende constructie m.b.t. specifieke activa fiscaal neutraal is t.o.v. een louter lokale constructie m.b.t. dezelfde activa (vb. Belgische inwoner met belegging in fonds/SICAV in Luxemburg ipv fonds in België). **In de mate dat het grensoverschrijdend karakter geen significant fiscaal voordeel toevoegt, is er niet voldaan aan de main benefit test** (eigen beklemtoning).*

Dit blijkt ook uit de bewoording van de administratie “Veelal gaat het immers juist om het samenspel of de wisselwerking tussen verschillende belastingregimes en wordt een

onrechtmatig belastingvoordeel gecreëerd door het grensoverschrijdende aspect van een constructie.” En de “louter toepassing van een (preferentieel) buitenlands belastingregime heeft niet automatisch tot gevolg dat aan de main benefit test is voldaan”. Aan de main benefit test is dus enkel voldaan als het fiscaal voordeel voortvloeit uit de asymmetrie tussen de rechtsgebieden. Dit ligt bovendien in lijn met de preambule (nr. 19) van DAC-6.”

Met andere woorden de grensoverschrijdende constructie dient dus een belastingvoordeel te bieden dat er niet is bij een louter Belgische constructie.

Dit wordt ook bevestigd in de rechtsleer, onder meer door Bernard Goffaux²², specifiek met betrekking tot Luxemburgse tak 23-verzekeringscontracten:

“Le dispositif ne deviendrait échangeable que pour autant que le critère de l’avantage principal soit rencontré.

A ce sujet, il convient de noter qu’en tant que tel, le contrat d’assurance-vie de droit luxembourgeois ne permet pas la réalisation d’un gain fiscal et bénéficie du même régime d’imposition qu’un simple contrat de droit belge.”

In de FAQ van Febelfin worden een aantal situaties van onderschrijving van een Luxemburgs verzekeringscontract tak 23 beschreven en nagegaan of het om een al dan niet meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie gaat. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naargelang de premie al dan niet in speciën betaald wordt en het al dan niet om een fonds dédié gaat.

Bij premiebetalingen in geld is er geen enkel probleem vermits tak 23-levensverzekeringen ook in het Belgisch recht bestaan en het grensoverschrijdend karakter bijgevolg geen extra fiscaal voordeel biedt.

Niettemin maakt Febelfin wel een onderscheid wanneer de premie in natura betaald wordt (en het om een fonds dédié gaat).

Wanneer in de situatie van een fonds dédié de premie in natura betaald wordt, dan zijn de commentaren en het standpunt van Febelfin de volgende:

“MBT [main benefit test]: le but est d’éviter à terme le PrM, la TOB et durant sa courte existence, la TCT. A contrario, taxe de 2% sur les primes.

²¹ Men kan zich de vraag stellen of de afwezigheid van de JTER een element is om toch te kunnen stellen dat aan de main benefit test voldaan is. Hiertegen kunnen evenwel de volgende argumenten worden ingeroepen om te kunnen stellen dat er niet voldaan wordt aan de main benefit test:

- Ook al voorziet de Belgische wetgever de uitwisseling van grensoverschrijdende constructies in het WDRT, dan nog is het op heden geen uitgemaakte zaak of deze indirecte taks ook geïmagineerd wordt. Het wezenskenmerk B2 vertrekt immers van inkomsten die omgezet worden, terwijl de JTER in principe tegoeden viseert;
- Het grensoverschrijdend karakter moet een significant fiscaal voordeel toevoegen. Zoniet is er niet voldaan aan de main benefit test. Een eventuele besparing van 0,15% lijkt geen significant voordeel te zijn, doch dit is een feitenappreciatie waarvan de uitkomst kan verschillen als het om een significant nominaal bedrag gaat. Dit moet dus geval per geval beoordeeld worden;
- De nieuwe JTER is op tak 23-producten niet verschuldigd door de verzekeringnemer maar door de verzekeringsmaatschappij. Het is aan deze laatste om die taks al dan niet contractueel door te rekenen aan de verzekeringnemer. Het is dus best mogelijk dat deze taks ook niet verschuldigd is op Belgische tak 23-contracten, indien de Belgische verzekeringsmaatschappij intern beslist om deze taks niet door te rekenen naar haar klanten.

²² B. GOFFAUX, “Conséquences de la transposition de la Directive DAC 6 en droit interne belge dans les domaines de la gestion et de la transmission patrimoniale”, R.G.E.N. 2020/9, p. 411 e.s.

Toutefois, l'obtention de cet avantage fiscal est contesté par le service des décisions anticipés dans l'hypothèse de l'apport d'une portefeuille titres (Ruling SDA 2015.724 et 2018.0727).

En théorie, l'avantage fiscal ne provient pas de l'aspect transfrontalier du dispositif car le traitement fiscal serait identique dans l'hypothèse d'un contrat branche 23 lié à un fonds dédié conclu avec une compagnie d'assurance belge.

Toutefois, s'il apparaît qu'en pratique, de tels contrats avec paiement de prime en titres n'existent pas sur le marché belge et qu'il faut donc recourir à une compagnie Luxembourgeoise, alors le MBT est satisfait. En effet, l'avantage fiscal provient bien de l'aspect transfrontière du dispositif."

Volgens Febelfin zou dus aan de main benefit test voldaan zijn indien echter blijkt dat dergelijke contracten met betaling van de premie in effecten in de praktijk niet bestaan op de Belgische markt en dat het derhalve noodzakelijk is een Luxemburgse verzekeringsmaatschappij te gebruiken. Bovendien zou het fiscaal regime van een tak 23-contract en meer in het bijzonder de afwezigheid van beurstaks en roerende voorheffing in rulings betwist worden bij premiebetaling in natura.

Dit standpunt kan niet gedeeld worden omwille van de volgende overwegingen:

- Vooreerst werd hiervoor al duidelijk gesteld dat er bij een inbreng in natura niet noodzakelijkerwijze sprake hoeft te zijn van fiscaal misbruik op voorwaarde dat bepaalde werkingsregels worden geëerbiedigd;
- De Belgische rulingdienst heeft zich tot op heden nooit negatief uitgesproken over premiebetalingen in natura.

Luxemburgse regelgeving DAC 6

Vermits de meldingsplicht in principe door de tussenpersoon gebeurt en deze laatsten ook in Luxemburg gevestigd kan zijn, wordt er ook even stilgestaan bij de Luxemburgse regelgeving inzake DAC 6.

De DAC 6 richtlijn is omgezet in Luxemburgs recht door de wet van 25 maart 2020 betreffende meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies. De Luxemburgse belastingdienst heeft "Verduidelijkingen betreffende de uitvoering van de wet van 25 maart 2020 betreffende de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies" gepubliceerd, waarvan de laatste versie dateert van 12 februari 2020.

De Luxemburgse belastingautoriteiten hebben met name verduidelijkt dat: ***aan het criterium van het belangrijkste fiscaal voordeel niet voldaan is wanneer het belangrijkste belastingvoordeel dat door middel van de regeling wordt verkregen, strookt met het voorwerp of doel van de***

Indien gesteld wordt dat de premie in speciën betaald wordt of betaald moet worden, dan is dit enkel omdat het nemen van de voorafgaande beslissing veel meer tijd (6 maanden-1 jaar) zou vergen om zowel intern als met de Centrale Administratie op eenzelfde golfengte te zitten.

- Ondanks de afwezigheid van positieve rulings, vindt de praktijk van inbreng in natura wel degelijk plaats op de Belgische markt, zij het eventueel in mindere mate dan in Luxemburg.

Men dient er evenwel over te waken dat men in een Luxemburgs contract geen inbreng in natura doet die vanuit een Belgisch reglementair oogpunt niet mogelijk zou zijn. Bij dergelijke inbreng zou er inderdaad gesteld kunnen worden dat men zijn toevlucht zoekt tot een grensoverschrijdende structuur.

Bijzondere omzichtigheid dient in die optiek geboden te worden aan een inbreng van (private equity) beleggingen of van illiquide beleggingen.

“De premiebetaling in natura kan op zich niet als een fiscaal misbruik beschouwd worden.”

Doch zelfs voor dergelijke beleggingen kunnen misschien andere dan fiscale redenen spelen. Zulke situaties worden dus best individueel onderzocht vooraleer zij plaatsvinden.

toepasselijke wetgeving en in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever. Om te bepalen of de betrokken regeling aan dit voornemen beantwoordt, moet rekening worden gehouden met alle bestanddelen van de regeling, zodat een regeling die, in haar geheel beschouwd, niet aan dit voornemen beantwoordt, bijvoorbeeld doordat zij gebruik maakt van de subtiliteiten van een belastingstelsel of van incoherenties tussen twee of meer belastingstelsels om de verschuldigde belasting te verminderen, niettemin voldoet aan het criterium van het voornaamste voordeel.” (eigen benadrukking)

In het kader van de toepassing van wezenskenmerk B2, en zoals hierboven besproken in de analyse vanuit Belgisch perspectief, lijkt het ons derhalve dat de toets van het voornaamste voordeel geacht zou kunnen worden niet te zijn vervuld in het geval van de betaling van een premie in geld of in natura. Voorwaarde is evenwel dat een soortgelijk contract

had kunnen worden gesloten met een in België gevestigde verzekeringsmaatschappij, in het kader van een zuiver Belgische rechtsverhouding, en op voorwaarde dat hetzelfde Belgische belastingvoordeel dan zou bestaan bij de genoemde premiebetalingen.

In geval van betaling van een premie in natura en i) wanneer de betaling van een dergelijke premie niet zou zijn toegestaan indien de polis was gesloten met een in België gevestigde verzekeringsmaatschappij of ii) wanneer de betaling van

dergelijke premie voor een polis met een Belgische maatschappij niet dezelfde belastingvoordelen zou hebben opgeleverd in België, dan lijkt het ons voorzichtiger ervan uit te gaan dat aan het criterium van het voornaamste voordeel is voldaan en dat de onderschrijving van dergelijk verzekeringscontract dan moet worden beschouwd als een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie in de zin van DAC-6.

Besluit

Sinds het ontstaan van de tak 23-beleggingsverzekering in de latere jaren 90, is er heel wat gebeurd op wetgevend vlak waardoor Luxemburgse beleggingsverzekeringen volledig transparant en kenbaar gemaakt worden aan de Belgische fiscus. De mogelijkheid om de banktegoeden om te zetten in een beleggingsverzekering om zo onder de radar te blijven bij overlijden is dus volledig onderuitgehaald.

De vrees voor eventuele misbruiken met dit product, waarbij tegoeden in vermogensbeheer bij Belgische instellingen omgezet worden in Luxemburgse beleggingsverzekeringen wordt hierdoor sterk weggenomen, en quasi onbestaande.

De idee dat dit eventuele misbruik van wegstoppen van een effectenportefeuille in de hand gewerkt wordt door premiebetalingen in natura lijkt ook achterhaald.

De premiebetaling in natura kan immers op zich niet als een fiscaal misbruik beschouwd worden.

Alles valt en staat met de correcte toepassing van de werkingsregels van een tak 23-beleggingsverzekering en meer in het bijzonder met het beheer van daaraan gekoppelde beleggingen.

De essentie blijft immers dat die tegoeden (of effecten) eigendom worden van de verzekeringsmaatschappij en dat die via een intern of extern fonds verder beheerd kunnen worden door een derde partij, in discretionair vermogensbeheer.

Op basis van een aantal evoluties in de Belgische wetgeving en internationale regelgeving kan gesteld worden dat in het geval van overdracht van een “normale” effectenportefeuille, waarbij de verzekeringsmaatschappij of diens vermogensbeheerder nadien geen voorafgaand akkoord van de verzekeringnemer nodig heeft voor een vervreemding ervan, er geen sprake kan zijn van een eventueel fiscaal misbruik van een verzekeringscontract met herkwalificatie in een contract van vermogensbeheer.

Een meer soepele en constructieve houding van de Belgische fiscus om een herinvestering van een effectenportefeuille in een beleggingsverzekering “fonds dédié” te aanvaarden dringt zich bovendien op teneinde geen inbreuk te plegen op het Europees principe van vrij verkeer van kapitaal of van diensten.

Disclaimer

Dit document werd opgemaakt door Lombard International Assurance S.A. in september 2023. De inhoud ervan is louter informatief en mag niet worden gezien als een verzoek of aanbod om enig levensverzekeringsproduct te kopen of te verkopen. De vermelde informatie is evenmin bedoeld als enige vorm van wettelijk, fiscaal of beleggingsadvies en mag dan ook uitsluitend worden gebruikt samen met gepast professioneel advies van een geschikte en gekwalificeerde bron. De aanvaarding van het door de klant ondertekende voorstel blijft ter beoordeling van Lombard International Assurance.

Het overzicht van belastingheffingen is indicatief. De belastingtarieven en aanslagvoeten zijn aan verandering onderhevig.

Dit document is uitsluitend bestemd voor

professionele tussenpersonen en mag niet worden verspreid aan of in aanmerking worden genomen door klanten.

Alle informatie in dit document is gebaseerd op de wijze waarop Lombard International Assurance S.A. de wetten van België en Luxemburg en van iedere andere in dit document vermelde jurisdictie interpreteert, zoals die van kracht waren op het ogenblik waarop dit document tot stand kwam. Lombard International Assurance S.A. kan niet aansprakelijk worden gesteld voor wijzigingen in deze wetten of in de belastingpraktijk die net voor of na de datum van dit document worden doorgevoerd. Hoewel alle zorg is besteed aan het samenstellen van dit document, wordt er onder geen beding beweerd of gegarandeerd – noch uitdrukkelijk, noch impliciet – dat de hierin vermelde informatie correct, volledig of

betrouwbaar is, behalve de informatie met betrekking tot Lombard International Assurance of haar groepsmaatschappijen. De auteursrechten voor dit materiaal berusten bij Lombard International Assurance S.A.

U dient tijdig voor de intekening kennis te nemen van het essentiële-informatiedocument voor ieder verpakt retailbeleggingsproduct en verzekering gebaseerd beleggingsproduct. Het essentiële-informatiedocument is kosteloos beschikbaar op verzoek bij Lombard International Assurance S.A. of uw tussenpersoon. Het essentiële-informatiedocument kan geraadpleegd worden op: www.lombardinternational.com/priips.

Copyright © 2023 Lombard International Assurance S.A.

Lombard International Assurance S.A.
lombardinternational.com

Head office
4, rue Lou Hemmer
L-1748 Luxembourg
Grand Duchy of Luxembourg
Tel +352 34 61 91-1
Fax +352 34 61 90

R.C.S. Luxembourg N° B 37604
VAT LU 15902470
Tax N° 1991 2204 696

*Lombard International Assurance –
Succursale belge/Belgisch bijkantoor*
Avenue Louise/Louizalaan 480
B-1050 Bruxelles/Brussel
Belgique/België
Tel +32 2 588 23 80
Fax +32 2 644 55 35
RPM Bruxelles – TVA/RPR Brussel – BTW
BE 0657.800.550
KBC Bank
Avenue du Port/Havenlaan 6
B-1080 Bruxelles/Brussel
Belgique/België
IBAN: BE64 3760 2726 5552
BIC: KREDBEBB

Representative offices in

GENEVA | LUGANO | ZURICH