



Amerikaans vastgoed en liquidatie-uitkering door een LLC

De Amerikaanse LLC heeft in het verleden een aantal keer voor fiscale onzekerheid gezorgd bij Belgische belastingplichtigen. Met het laatste Amerikaanse dubbelbelastingverdrag leken een aantal problemen opgelost. Recent liet ook de Dienst Voorafgaande Beslissingen nog een keer zijn licht schijnen over de materie, in een geval waarin Belgen een exit voorbereidden van een vastgoedinvestering in de Verenigde Staten middels een LLC.

Amerikaanse LLC

De LLC wordt naar het recht van de Amerikaanse deelstaten doorgaans aangemerkt als een 'partnership'. De deelnemers van de LLC (de 'members') genieten een beperkte aansprakelijkheid, vergelijkbaar met die van aandeelhouders in een corporation. De deelnemers kunnen individuen zijn, maar ook andere LLC's of vennootschappen uit binnen- en buitenland. De meeste staten kennen ook 'single-member' LLC's.

De LLC is in beginsel wel een zelfstandige entiteit met rechtsbekwaamheid. Ze kan zelfstandig in rechte optreden en eveneens voor de rechter gedaagd worden. De oprichting van een LLC is daarenboven aan formaliteiten onderworpen. Niettegenstaande verschillen van staat tot staat, mag aangenomen worden dat de Amerikaanse LLC doorgaans rechtspersoonlijkheid heeft.

Conform het Amerikaanse fiscaal recht wordt de LLC in beginsel fiscaal transparant belast. De LLC zal als 'partnership' de belastingaangiftes doen voor de partners ('Form 1065'). Dit is de standaardbehandeling voor LLC's met meer dan één deelnemer, die verder zelf niet de keuze gemaakt hebben om conform 'Form 8832' in de VS als corporation belast te worden. Via de

zogenaamde check-the-box-regelgeving kunnen Amerikaanse entiteiten, binnen bepaalde grenzen, immers voor Amerikaanse belastingdoeleinden kiezen om als aparte vennootschap dan wel als een fiscaal transparante entiteit belast te worden. Een LLC met slechts één deelnemer zal doorgaans leiden tot een 'disregarded entity approach'. De partner zal dan zelf alle inkomsten en kosten aangeven.

Belang van rechtspersoonlijkheid

De problematiek rond LLC's heeft in het verleden voorwerp uitgemaakt van talrijke discussies in de rechtsleer. Een en ander is nauw verbonden

met de wijze waarop in België de beoordeling rond 'fiscale transparantie' gemaakt wordt. Het is niet omdat de LLC naar Amerikaans recht fiscaal transparant behandeld wordt, dat dit automatisch ook het geval is naar Belgisch fiscaal recht.

In de Belgische rechtsleer en rechtspraak wordt de aanwezigheid of afwezigheid van transparantie traditioneel dan ook gekoppeld aan de aanwezigheid of afwezigheid van rechtspersoonlijkheid. Ten aanzien van buitenlandse entiteiten wordt daarbij gekeken naar de kenmerken onder het lokale vennootschapsrecht (zogenaamde *lex societatis*). Als het lokale vennootschapsrecht minder duidelijk is over de aanwezigheid of afwezigheid van rechtspersoonlijkheid, wordt de beoordeling minder evident. In dat geval wordt teruggegrepen naar de vergelijkbaarheid van de buitenlandse entiteit met Belgische entiteiten (zgn. *lex fori* – overwegingen inzake de bijzonderheden in de belasting der niet-inwoners buiten beschouwing gelaten).

In een outbound-situatie, zal de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid ertoe leiden dat België de entiteit fiscaal transparant behandelt. Specifiek wat LLC's betreft, speelt doorgaans evenwel een andere fiscale behandeling. België zal de LLC a priori immers niet als fiscaal transparant behandelen wegens haar rechtspersoonlijkheid. In de Verenigde Staten geldt, zoals beschreven, wel fiscale transparantie. Bij

uitkering van winsten aan Belgische 'members' bestond dan een risico op dubbele belastingheffing (zie ook parl. vr. nr. 819, vr. en antw., Kamer, 1966-97, p. 12.495).

Dubbele belasting?

Die impact van mogelijke dubbele belasting werd een 14-tal jaar geleden gemilderd via een eerste beslissing van de Dienst Voorafgaande Beslissingen (besl. nr. 600.252, 24.10.2006). Onder verwijzing naar de OESO-commentaar in aanpassing van het OESO-Partnership-rapport,

oordeelde de Dienst toen reeds dat de dividenden uit een vastgoed-LLC in België vrijgesteld moesten worden ingevolge de kwalificatie van de bronstaat als onroerend inkomen. In het 'nieuwe' Amerikaans-Belgische dubbelbelastingverdrag van 27 november 2006 wordt deze situatie expliciet voorzien.

Rulingcommissie

De Rulingcommissie moest zich onlangs opnieuw uitspreken over het fiscaal stelsel van winstuitkeringen uit een LLC (voorafg. besl. nr. 2019.0518). Een Belgische belastingplichtige had in het verleden gronden aangekocht in een Amerikaanse Staat via een LLC. Deze gronden werden door de LLC verkocht in de loop van 2018. De behaalde meerwaarde werd belast in de VS. Vermits de aandeelhouders geen verdere investeringsplannen meer hebben, willen zij de LLC ontbinden, waardoor (onder meer) de verkoopprijs van de gronden uitgekeerd wordt aan de Belgische aandeelhouders van de LLC. De aanvragers stellen zich de vraag hoe deze uitkering in België fiscaal behandeld moet worden.

De Rulingcommissie stelt vooreerst conform de inmiddels gangbare praktijk vast dat de LLC over rechtspersoonlijkheid beschikt naar Amerikaans recht, en dit onder verwijzing naar de Uniform Liability Act. In casu leek het te gaan over een LLC in South Carolina. De LLC heeft in het voorliggende geval niet geopteerd om te worden belast als een vennootschap en wordt aldus in de VS als fiscaal transparant aangemerkt. België zal omwille van deze rechtspersoonlijkheid dan ook geen belastingheffing toepassen zolang winsten gereserveerd worden.

Als gevolg daarvan zullen de liquidatie-uitkeringen principieel als dividenden kwalificeren, die in België

normaal gezien belastbaar zijn tegen 30%, uitgezonderd de mildering via het stelsel van de liquidatiereserve. Hier schiet het Amerikaans-Belgische dubbelbelastingverdrag van 27 november 2006 evenwel te hulp. Ingevolge de regeling voorzien in het verdrag voor 'trans-

parante' entiteiten, kunnen verdragsvoordelen toegekend worden aan de in België wonende aandeelhouders van de LLC. De DVB besluit dan ook dat België de liquidatie-uitkering moet vrijstellen, enerzijds omdat het de 'onroerend inkomen'-kwalificatie van de bronstaat Verenigde Staten moet volgen, anderzijds omwille van de regeling voorzien in artikel 22, §1b van het DVB.

Kaaimantaks: venijn in de staart?

Voorgaande is in lijn met de eerdere beslissingen van de Dienst Voorafgaande Beslissingen. Nieuw sinds 2019 is dat ten aanzien van buitenlandse hybride-entiteiten ook rekening gehouden moet worden met de werking van de kaaimantaks. Op 1 juli 2019 trad immers het gewijzigde kaaiman-KB in werking met betrekking tot buiten de EER gevestigde entiteiten, zoals de Amerikaanse LLC. Dat KB viseert onder meer ook hybride-entiteiten, met name entiteiten met rechtspersoonlijkheid die in hun vestigingsstaat toch fiscaal transparant behandeld worden.

Daardoor kwalificeert de LLC in kwestie als juridische constructie, met ingang van 2019. Schijnbaar werden in 2019 binnen de LLC geen inkomsten meer verkregen, waardoor de impact op het eerste gezicht beperkt is. Wel heeft dit tot gevolg dat de LLC vermeld moet worden in de aangifte personenbelasting, op straffe van een boete van " 6.250. De DVB oordeelt dat het bijzondere artikel 18, lid 1, 3° WIB 92 dat uitkeringen viseert door een juridische constructie niet van toepassing is. Immers, liquidatie-uitkeringen door een vennootschap worden reeds gevisieerd door artikel 18, lid 1, 2° ter WIB 92. Dat is nuttig om te weten vermits hieromtrent in de praktijk onzekerheid bestond en daardoor de moeilijke oefening rond uitkeringen die 'het vermogen van de juridische constructie doet dalen beneden het door de oprichter ingebrachte vermogen' vermeden wordt.

> *De fiscale analyse van een Amerikaanse partnershipachtige entiteit vormt geregeld discussiestof voor Belgische belastingplichtigen. Ten aanzien van een onroerend goed-LLC bevestigt de DVB de aanname dat uitkeringen vrijgesteld kunnen worden in toepassing van het dubbelbelastingverdrag met de*

VS. Sinds 2019 moet ook hier rekening gehouden worden met de kaaimantaks, onder meer op straffe van een boete van " 6.250.

Gertjan Verachtert

Advocaat-vennoot Sansen International Tax Lawyers

n° 3 - 26 november 2020