

Beheer van privé-vermogen, speculatieve verrichtingen en beroepsbezigheden

Artikel 90, 1° W.I.B.: “een wettekstje van formaat”

Kristof Verduyckt

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. dr. F. VANISTENDAEL

1. INLEIDING

Het onderwerp van deze tekst handelt over de verhouding *in fiscalibus* tussen de begrippen beheer van privé-vermogen, speculatieve verrichtingen en beroepsbezigheden.

Op het eerste gezicht lijken deze termen weinig of geen raakpunten met elkaar te hebben. De modale Belg die zijn vermogen beheert, zal zich vanuit een aangeboren afkeer voor risico's zelden of nooit wagen aan speculatieve handelingen. Daarnaast lijkt het evident dat wat men bekomt uit het exploiteren van zijn privé-vermogen duidelijk onderscheiden is van wat men ontvangt uit enige professionele activiteit.

Deze opvatting verschilt echter in hoge mate van de fiscaaljuridische visie op de vermelde fenomenen. Uit de administratieve praktijk van de fiscus en de betrokken rechtspraak en rechtsleer blijkt er integendeel een zeer grote interdependentie te bestaan tussen beroepsbezigheden, beheer van een privé-vermogen en speculatie. Deze afhankelijkheid vloeit voort uit de samenhang tussen “beroepsinkomsten” en “diverse inkomsten” in het W.I.B. In zeer veel gevallen gaat de belastingplichtige ten onrechte uit van volgende fictie: “Dit inkomen is volgens mij enerzijds geen gevolg van mijn beroepsactiviteit en anderzijds is het slechts een product van mijn vermogen. Het is bijgevolg niet vatbaar voor taxatie.” Men leest, al dan niet doelbewust, niet verder dan Afdeling 4 van het W.I.B. De restcategorie van de belastbare inkomsten, de diverse inkomsten, zijn al te vaak geen voorwerp van lectuur.

De artikelen 90 en volgende van het W.I.B. worden door de fiscus niettemin gehanteerd als een *catch-all* bepaling die ervoor zorgt dat elke opbrengst, elke waardevermeerdering buiten “het normaal beheer van privaat vermogen” voor

taxatie in aanmerking komt¹. Vooral art. 90,1° W.I.B. dient als proef op de som voor elke vermogensverrichting die niet onder een andere categorie van inkomsten kan worden gebracht. De winsten en baten die men bekomt buiten het uitoefenen van een *beroepsactiviteit* als gevolg van enige prestatie, verrichting of *speculatie* en die geen normaal *beheer van een privé-vermogen* uitmaken, zijn in beginsel te beschouwen als diverse inkomsten. In dit artikel komen alle elementen dus samen en kunnen niet los van elkaar worden gedacht. Deze categorie van inkomsten verdient bijgevolg een nadere analyse.

In een beperkt aantal gevallen gaat de vermogende burger vanuit een houding van zelfverdediging ten aanzien van de fiscus gebruik maken van bepaalde constructies en montages om de te verwachten belasting op grond van art. 90 of andere bepalingen van het W.I.B. te ontwijken. In deze werkwijze ontmoet men de actuele fenomenen van de kasgeldvennootschappen en de zogenaamde “interne meerwaarden”. Deze fiscale dekmantel wordt echter bijna altijd door de Administratie onthuld of streng gecorrigeerd vanuit de bewering dat dergelijke praktijken geen normaal beheer uitmaken of te zeer door speculatieve overwegingen zijn ingegeven. De recente rechtspraak en rechtsleer komen de belastingplichtige eens te meer ter hulp om deze strenge behandeling te nuanceren.

De verhouding tussen de begrippen beroepsbezigheid, beheer van een privé-vermogen en speculatie situeert zich op twee niveaus. In eerste instantie dient het onderscheid tussen beroepsinkomsten en diverse inkomsten te worden verduidelijkt. Vooral het begrip “beroepswerkzaamheid” vervult hierbij een sleutelrol, in die mate dat de indeling van de verschillende activiteiten onder de onderscheiden categorieën hiervan een afgeleide problematiek vormt. Vervolgens wordt art. 90, 1° grondig geanalyseerd met de nodige aandacht voor de positie ten opzichte van art. 90, 8°, 9° en 10° en de relevantie voor de actuele ontwikkelingen inzake meerwaarden.

2. DE OPBRENGST VAN EEN BEZIGHEID: BEROEPSINKOMSTEN OF DIVERSE INKOMSTEN?

2.1. VOORAF

Er zijn talrijke Belgische belastingplichtigen die een zekere opbrengst realiseren uit bepaalde activiteiten. De oorsprong ervan staat vast, maar de fiscale bestemming kan verschillen van geval tot geval. Wanneer gaat het om beroepsinkomsten? Zijn het “slechts” diverse inkomsten? En in dat laatste

¹ S. SABLON en S. LIEVENS, “De evolutie van het begrip “winstgevende bezigheden”, *A.F.T.* 1983, 70.

geval: op welke manier werden ze verkregen? Getuigt de *modus operandi* van een zeker speculatief inzicht of een afwijkend beheer?

Er is eigenlijk sprake van drie domeinen waarbij vooral de afgrenzingen tussen deze domeinen voorwerp zijn van verwarring en discussie². Ten eerste is er het domein van de winstgevende bezigheden die beroepsmatig zijn door de middelen en de wijze waarmee ze worden bekomen. Dit zijn de beroepsinkomsten die eerst zullen worden besproken. Het tweede domein is het domein van het normaal beheer van een privé-vermogen dat in beginsel aan taxatie ontsnapt. Een derde domein wordt gevormd door lucratieve verrichtingen die slechts occasioneel of toevallig worden gesteld en alleen deze laatstgenoemde worden daadwerkelijk overwegend belast onder art. 90, 1° W.I.B. Ze maken een tussencategorie uit in vergelijking met de vorige categorieën in die zin dat ze profiteren van een aangepast tarief (33 % i.p.v. geen taxatie (domein 2) of taxatie aan gemeen en hoger tarief (domein 1)). En elke speculatie, elke vergoeding voor gedane prestaties...kortom, elke opbrengst kan al naargelang de feitelijke omstandigheden behoren tot één van deze domeinen.

Samengevat komt het verband tussen de begrippen van deze uiteenzetting tot uiting in drie vragen:

1. Kadert de opbrengst in de uitoefening van een beroepswerkzaamheid?
2. Geeft de opbrengst aanleiding tot taxatie als diverse inkomsten?
3. Ontsnapt de opbrengst aan belastbaarheid dankzij een normaal vermogensbeheer?

Bij de eerste twee vragen staat de al dan niet aanwezigheid van een beroepswerkzaamheid centraal³, terwijl bij vraag twee en drie het normaal beheer de kern van de betwisting uitmaakt. Zo ontstaat vaak een trapsgewijze redenering waarvan volgende situatie een mooi voorbeeld vormt: de inkomsten uit de verhuur van studentenkamers werden door de belastingplichtigen in eerste instantie aangegeven als onroerende inkomsten, vervolgens door de ambtenaar geherkwalificeerd tot beroepsinkomsten om ten slotte door de gewestelijk directeur en de rechtbank aanzien te worden als diverse inkomsten onder art. 90, 1°, waarbij het verweer van normaal vermogensbeheer werd verworpen⁴.

² T. AFSCHRIFT, *L'impôt des personnes physiques*, in *Bibliothèque fiscale de la Solvay Business School*, Brussel, Larquier, 2005, nr. 334, p. 356 en p. 676, nr. 683; P. COPPENS en A. BAILLEUX, *Droit fiscal. Les impôts sur les revenus*, Brussel Larquier, 1985, p. 210; P. SIBILLE, "La gestion normale d'un patrimoine privé" in X. (ed.), *Liber Amicorum Professor Baron Jean Van Houtte*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1975, 955.

³ H. VAN OUTRYVE, "Kwalificatie van inkomsten uit de verhuur van studentenkamers", (noot onder Rb. Hasselt 3 september 2003), *T.F.R.* 2004, p. 249, nr. 2.

⁴ Rb. Hasselt 3 september 2003, *T.F.R.* 2004, 257, noot H. VAN OUTRYVE.

Er bestaat dus steeds een grote kans dat art. 90, 1° W.I.B. vroeg of laat ter sprake komt.

2.2. BEROEPSBEZIGHEID EN BEROEPSINKOMSTEN

2.2.1. Voorwerp van discussie

Zonder beroep kan er geen sprake zijn van een inkomen, a fortiori van een beroepsinkomen. Wat moet nu onder het woord *beroep* worden verstaan?

Hoewel het begrip veelvuldig voorkomt in het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, wordt het in het wetboek nergens gedefinieerd. Een nadere analyse is daarom vereist wil het in de praktijk toepasbaar zijn. Vele bepalingen van het W.I.B. zijn slechts toepasselijk voorzover een beroepswerkzaamheid aan – of afwezig is⁵.

Algemeen wordt aangenomen dat de beroepsinkomsten alle inkomsten vertegenwoordigen die *rechtstreeks* of *onrechtstreeks* voortkomen uit werkzaamheden van alle aard.

Art. 23 W.I.B. bepaalt namelijk het volgende:

Beroepsinkomsten zijn inkomsten die rechtstreeks of onrechtstreeks voortkomen uit werkzaamheden van alle aard, met name:

1° winst

2° baten

3° winst en baten van een vorige beroepswerkzaamheid

4° bezoldigingen

5° pensioenen, renten en als zodanig geldende toelagen

Deze categorieën van inkomsten hebben allen betrekking op een beroepswerkzaamheid. Er schuilt echter een zekere kringredenering in deze bepaling. Alle opbrengsten van een beroepsmatige werkzaamheid zijn beroepsinkomsten en de beroepsinkomsten zijn de inkomsten van een zekere werkzaamheid. Hoewel dit artikel een zekere aanwijzing geeft over welke inkomsten worden gevisieerd, heeft het begrip beroepsbezigheid of – werkzaamheid toch geen eenduidige of objectieve betekenis in het fiscaal recht.

Het Hof van Cassatie heeft het begrip winstgevend bezigheid gedefinieerd als *het geheel van verrichtingen die zich vaak genoeg voordoen en met elkaar verbonden zijn om een voortdurende en gewone bedrijvigheid op te leveren en die, vallend buiten het normale beheer van het privaat vermogen, een*

⁵ P. LAUWERS, “Het begrip ‘beroepswerkzaamheid’ in de inkomstenbelastingen”, *T.F.R.* 1992, p. 95.

*beroepskarakter hebben*⁶. Deze omschrijving vond ook ingang bij de Administratie⁷. Het gaat dus niet zozeer over een activiteit “om den brode”, maar wel om de aard en vooral de intensiteit van de beoefening⁸. Hoewel “beroepsbezigheid” te beschouwen is als een op zich staand begrip, duidt de referentie aan een “normaal beheer van een privé-vermogen” reeds op het verband tussen deze begrippen⁹.

Deze vage definitie laat op haar beurt ook weer ruimte voor interpretatie, aangezien het geen objectief middel is aan de hand waarvan alle situaties kunnen worden beoordeeld¹⁰. De rechtspraak heeft daarom een aantal criteria ontwikkeld die een indicatie geven over het al dan niet bestaan van een beroepswerkzaamheid en daardoor ook het onderscheid maken met art. 90, 1° W.I.B¹¹. Uit deze rechtspraak blijkt dat geen van de gehanteerde criteria op zichzelf voldoende is om van een bedrijfsmatige aanpak te kunnen spreken¹². De concrete afweging en beoordeling dient uiteindelijk te gebeuren door de feitenrechter; het Hof van Cassatie kan zich er niet over uitspreken¹³.

2.2.2. Criteria

a. Frequentie en herhaling van de handelingen (“zich vaak genoeg voordoen”)

Bij deze selectie van eventueel dienende criteria is deze eerste omstandigheid zeer relevant, zelfs noodzakelijk om te kunnen spreken van een beroepswerkzaamheid¹⁴. Een beroep is immers meer dan het verrichten van enkele losstaande handelingen.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de enkele herhaling van bepaalde werkzaamheden op zichzelf, louter kwantitatief, onvoldoende is om daaruit een beroepswerkzaamheid af te leiden¹⁵. Het uitoefenen van een werkelijke beroepsbezigheid vereist iets meer¹⁶.

⁶ Zie Cass. 23 maart 1965, *Pas.* 1965, 779; Cass. 23 april 1968, *Arr. Cass.* 1968, 1069; Cass. 22 april 1969, *Arr. Cass.* 1969, 792 en *J.D.F.* 1969, 145; Cass. 6 mei 1969, *Arr. Cass.* 1969, 866, *Pas.* 1969, I, 803; Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 403 en meer recent herhaald in Antwerpen 10 mei 1999, *F.J.F.* 1999, afl. 7, 595, *T. App.* 1999, afl. 4, 29.

⁷ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 593, p. 549; P. LAUWERS, *l.c.*, p. 107, nr. 41; P. SIBILLE, *l.c.*, 954.

⁸ S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 103; A. TYBERGHIEN, *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, p. 175, nr. 253.

⁹ P. LAUWERS, *l.c.*, p. 107, nr. 41.

¹⁰ J. BEKAERT, “Het begrip “beroepswerkzaamheid” in het fiscaal recht”, *R.W.* 1989-90, 638.

¹¹ W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, “Diverse inkomsten” in DILLEN, L. en MAES, L. (ed.), *Handboek personenbelasting 2002*, Diegem, Wolters Kluwer, 2002, p. 1259, nr. 7155.

¹² H. VAN OUTRYVE, *l.c.*, p. 249, nr. 3.

¹³ Cass. 22 april 1969, *Arr. Cass.* 1969, 792.

¹⁴ Zie P. COPPENS en A. BAILLEUX, *o.c.*, p. 90; P. LAUWERS, *l.c.*, p. 108, nr. 43.

¹⁵ Cass. 7 december 1973, *J.D.F.* 1974, 340; J. BEKAERT, *l.c.*, 638; S. SABLON en S. LIEVENS, *l.c.*, 71.

¹⁶ P. LAUWERS, *l.c.*, p. 111, nr. 48 en p. 122, nr. 78.

Aangezien het vaak voorkomen van handelingen één van de wezenlijke vereisten is van de beroepsbezigheid volgens het Hof van Cassatie, zal het gebrek aan frequentie a contrario een doorslaggevende rol spelen om te besluiten tot het niet bestaan van een beroepsbezigheid¹⁷.

b. Onderlinge verbondenheid

In de rechtsleer wordt dit criterium opgedeeld in *interne* en *externe* verbondenheid¹⁸.

Extern verbonden betekent dat men te doen heeft met verschillende operaties van dezelfde aard, terwijl intern verbonden inhoudt dat het gaat over een aantal handelingen die verbonden zijn door hetzelfde doel dat zij nastreven, namelijk een winstgevende operatie te realiseren. Het gaat in casu om de interne verbondenheid¹⁹. Indien de handelingen door hun onderlinge verbondenheid een ketting vormen, zal ook de eerste handeling belastbaar zijn: zodra de beroepsbezigheid een aanvang heeft genomen, behoren immers alle verrichtingen tot die bezigheid, van de eerste tot de laatste.

In dit kader kan het onduidelijke fenomeen van “één enkele winstgevende operatie” worden beoordeeld. Op het eerste gezicht zou het hier gaan om een occasionele winst in de zin van art. 90, 1° (*cf. infra*), maar er kan ook sprake zijn van een winstgevende bezigheid, op voorwaarde dat de voorafgaande handelingen (intern) verbonden zijn en een beroeps karakter vertonen²⁰. Zo kan de vergoeding die een uitvinder ontvangt voor de verkoop van zijn vondst een beroepsinkomen zijn indien zij het uiteindelijke resultaat is van zijn winstgevende bezigheden.

c. Doorlopend karakter

Dit aspect is vooral van belang om het onderscheid te maken met inkomsten uit onroerende goederen. Als de verhuring van onroerende goederen samengaat met doorlopende prestaties van huishoudelijk onderhoud, vormen de betrokken huurgelden inkomsten uit een beroepswerkzaamheid²¹.

Ook buiten de verhuring van onroerende goederen kan het continue karakter van de verrichte handelingen bijdragen tot het besluit dat de betrokken verrichtingen een beroepswerkzaamheid uitmaken²².

¹⁷ J. BEKAERT, *l.c.*, 638; S. SABLON, *l.c.*, 103.

¹⁸ S. SABLON, *l.c.*, 103.

¹⁹ Cass. 22 april 1969, *Arr. Cass.* 1969, 792 en *J.D.F.* 1969, 145.

²⁰ S. SABLON en S. LIEVENS, *l.c.*, 72.

²¹ O.a. Antwerpen 20 januari 1998, *F.J.F.* 1998, afl. 3, 187; T. AFSCRIFT, *o.c.*, nr. 542, p. 551.

²² Brussel 30 april 1993, *F.J.F.* 1996, nr. 86 (het ononderbroken opvolgen door een magistraat van de evoluties in het handelsrecht gedurende verschillende jaren is een “winstgevende bezigheid”).

d. Samenhang met de beroepswerkzaamheid

In de aanhef van art. 23 W.I.B. gaat het niet alleen over de *rechtstreekse* resultaten van de beroepsbezigheid, maar ook de *onrechtstreekse* opbrengsten maken deel uit van de belastbare grondslag²³. Dit criterium heeft vooral een invloed inzake de taxatie van de inkomsten uit nevenactiviteiten, zoals auteursrechten, vergoedingen voor voordrachten, studiedagen,...

Zo wordt aangenomen dat de inkomsten uit auteursrechten beroepsinkomsten uitmaken indien ze in het verlengde liggen van het intellectuele beroep zelf²⁴. Ook baten van arbitrages en raadplegingen die door een professor zijn ontvangen, moeten, hoewel het gaat om zelfs heel geïsoleerde verrichtingen, als baten worden belast wanneer ze nauw verbonden zijn met de beroepswerkzaamheid²⁵.

Dit standpunt wordt bevestigd, maar tevens aangevuld door de Administratieve circulaire van 8 augustus 1997. De inkomsten die een persoon, naast zijn bezoldigingen uit zijn gewone beroepsactiviteit en buiten het kader van een arbeidsovereenkomst, verkrijgt uit een geregelde medewerking aan verrichtingen moeten in de regel worden aangemerkt als baten en niet als diverse inkomsten, *wanneer die verrichtingen nauw verbonden zijn met de hoofdactiviteit of in het verlengde ervan liggen*, op voorwaarde uiteraard dat de activiteit moet kaderen in “een geheel van verrichtingen die voldoende talrijk en onderling verbonden zijn”²⁶. Deze laatste voorwaarde is erg belangrijk. Als men dit uit het oog verliest, zal de opbrengst uit een sporadische activiteit onterecht als een beroepsmatig inkomen worden getaxeed²⁷.

Uit het voorgaande blijkt dat het verband met de hoofdwerkzaamheid van de betrokkene voortaan onvoldoende is om de toevallige winsten of baten te veranderen in beroepsinkomsten²⁸. Zo is een winst uit een eenmalige verrichting inzake onroerend goed geen beroepswinst door het enkele feit

²³ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 334, p. 356.

²⁴ M. LOOCKX, “Zijn de auteursrechten verkregen wegens het schrijven van bijdragen in juridische of fiscale tijdschriften belastbaar als diverse inkomsten of als beroepsinkomsten?”, (noot onder Rb. Brussel 2 november 2000), *T.F.R.* 2001, nr. 3, p. 531-532.

²⁵ Brussel 19 oktober 1995, *F.J.F.* 1996, afl. 2, p. 73. Voor andere voorbeelden, zie W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, “Diverse inkomsten”, *l.c.*, p. 1246-1252.

²⁶ Circ. nr. Ci. RH. 241/467.730, 8 augustus 1997, *Bull. Bel.* Nr. 775, 2069; BIBF, *Belasting – en beleggingsgids 2004*, Kapellen, Uitgeverij Pelckmans, 2004, 199.

²⁷ A. TYBERGHIE, K. VAN DUYSSE. e.a., *Handboek voor Fiscaal Recht*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2004, p. 208, nr. 1298, 2. (Een voorbeeld van een onvolledige lezing van de circulaire: Rb. Brussel 2 november 2000, *T.F.R.* 2001, 527, noot M. LOOCKX)

²⁸ P. BELLEN, “Principe de bonne administration. Activité professionnelle accessoire ou hobby?”, *Act. Fisc.* 2004, afl. 13, 2; W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, *l.c.*, nr. 7121, p. 1242; M. GHYSELEN, “§ 5. Inkomstenbelasting” in COUTURIER, J. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Antwerpen, Kluwer, 56.

beroepsmatig actief te zijn in de bouwsector²⁹. Neen, die winst valt onder de diverse inkomsten aangezien de activiteit die eraan ten grondslag ligt, een te lage frequentie kent (slechts éénmaal gesteld). De band die een activiteit vertoont met het beroep van de belastingplichtige is dus onmiskenbaar van groot belang, maar men moet die activiteit zelf ook analyseren om tot een juist oordeel te komen. Slechts wanneer deze activiteit op zich de vereiste kenmerken van een beroepsactiviteit vertoont, zal de opbrengst ervan een beroepsinkomst zijn³⁰.

e. Organisatie en ingezette middelen

Of een bepaalde activiteit een beroepsbezigheid is, zal vaak erg afhankelijk zijn van de professionele aanpak van de activiteit, zoals het gebruikmaken van personeel, bedrijfsruimten, ...³¹ Dit criterium is bijzonder aangewezen om het onderscheid te maken met de zuivere privé-activiteit. Dergelijke activiteit zal slechts aanleiding geven tot een beroepsinkomen indien ze op een hoog georganiseerde manier geschiedt. De echte hobby zonder professionele organisatie is bijgevolg geen beroepswerkzaamheid, ook niet als ze een belangrijk vermogen omvat³².

Maar voor “organisatie” op zich bestaat er geen regel. Het vereist eens te meer een feitelijke beoordeling³³.

f. Bezoldiging en winstooiwerk

Een onbezoldigde activiteit ter bescherming van bepaalde rechten kan niet worden beschouwd als een beroepswerkzaamheid³⁴. Anderzijds is niet vereist dat de bezigheid is ingegeven door een winstooiwerk opdat de inkomsten worden beschouwd als beroepsinkomsten³⁵. Het gaat eerder om een vatbaarheid voor winst³⁶.

Aangezien de rechtsleer er meer en meer van uitging dat “winstooiwerk” niet meer moet worden onderzocht om te besluiten tot de al dan niet aanwezigheid

²⁹ Luik 27 mei 1987, *A.F.T.* 1988, 28, noot A. MURRATH (bevestigd door Cass. 15 december 1988).

³⁰ Bevestigd door Gent 21 november 2000; Cass. 7 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, afl. 10, 1942, *F.J.F.* 2001, 626, noot en door de Minister, zie reeds *Vr. en Antw. Kamer* 1997-1998, 4 mei 1998, 19087 (*Vr. nr.* 1351 DIDDEN) en *Vr. en Antw. Kamer* 2002-2003, 16 april 2002, 18002-18004 (*Vr. nr.* 972 VAN PARYS); L. TAILLIEU, *Fiscaliteit nu. Personenbelasting. Aanslagjaar 2002, inkomsten 2001*, Antwerpen, Standaard, 2002, nr. 1255-1.

Reeds aangehaald in 1992 door P. LAUWERS, zie P. LAUWERS, “Het begrip ‘beroepswerkzaamheid’ in de inkomstenbelastingen”, *l.c.*, p. 120, nr. 73.

³¹ S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 104-105.

³² S. SABLON en S. LIEVENS, *l.c.*, 73.

³³ A. TYBERGHIEN, *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, p. 177, nr. 256.

³⁴ Rb. Antwerpen 7 januari 2004, *F.J.F.* 2005, afl. 2, 145.

³⁵ Brussel 30 april 1993, *F.J.F.* 1994, afl. 2, 84 en *Fisc. Koer.* 1993, 482, noot.

³⁶ S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 104.

van een beroepsbezigheid³⁷, is de interpretatie van de aanwezigheid van winst oogmerk stilaan verlegd van de sfeer van de winstgevende bezigheden naar deze van art. 90, 1° W.I.B. (*cf. infra*)³⁸.

2.2.3. Besluit

Elk van de aangehaalde criteria heeft zijn belang, maar is op zichzelf niet adequaat om te kunnen spreken van een beroepsbezigheid. Vele van deze criteria zijn op zich wel afdoende om het normaal beheer van een privé-vermogen uit te sluiten, maar laten de mogelijkheid bestaan dat het gaat om occasionele bezigheden of beroepsbezigheden³⁹. Ook hier komt het verband tussen deze begrippen tot uiting. De criteria zijn voldoende om niet-belastbaarheid via de exceptie van normaal beheer van een privé-vermogen uit te sluiten, maar geven geen uitsluitel over de vraag onder welke categorie de belastbare inkomsten moeten worden gebracht. Opdat er werkelijk sprake zou zijn van een beroepswerkzaamheid, moet voldaan zijn aan ten minste twee criteria. Daarnaast heeft de rechter ook rekening te houden met de feitelijke omstandigheden.

De rechters dienen bij hun beoordeling te steunen op de bewoordingen van de wet en de omschrijving van het Hof van Cassatie. Aan de hand van de genoemde criteria komen zij tot een bepaalde kwalificatie van een feitelijke situatie waarbij deze criteria slechts fungeren als hulpmiddelen⁴⁰.

2.3. DE DIVERSE INKOMSTEN VAN ART. 90 W.I.B.: WINSTEN UIT PRESTATIES, VERRICHTINGEN EN SPECULATIES

2.3.1. Inleiding

De diverse inkomsten vormen een concept dat werd gecreëerd in 1962. Als gevolg van de invoering van (oud) art. 67 in het W.I.B. werden de mogelijkheden tot taxatie als het ware allesomvattend aangezien één enkele winstgevende transactie voldoende is om aanleiding te geven tot taxatie⁴¹.

Het gaat in casu nu om de in het oude art. 67, 1° W.I.B. (huidig artikel: 90, 1° W.I.B.) bedoelde occasionele inkomsten: *[onverminderd het bepaalde in 8°, 9° en 10°], winst of baten, hoe ook genaamd, die zelfs occasioneel of toevallig, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, voortkomen uit enige*

³⁷ P. LAUWERS, *l.c.*, p. 121, nr. 75.

³⁸ S. SABLON, "Het normaal beheer van een privaat vermogen", *l.c.*, 104.

³⁹ J. BEKAERT, *l.c.*, 641.

⁴⁰ P. LAUWERS, *l.c.*, p. 111, nr. 48; L. TAILLIEU, *o.c.*, nrs. 1256-1257.

⁴¹ Wet 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen, *B.S.* 1 december 1962, 10674; P. COPPENS en A. BAILLEUX, *Droit fiscal. Les impôts sur les revenus*, p. 209; P. LAUWERS, *l.c.*, p. 99, nr. 15; S. SABLON, "Het normaal beheer van een privaat vermogen", *l.c.*, 101.

prestatie, verrichting of speculatie of uit diensten bewezen aan derden, daaronder niet begrepen normale verrichtingen van beheer van een privé-vermogen bestaande uit onroerende goederen, portefeuillewaarden en roerende voorwerpen.

Uit deze bepaling volgt dat een enkele verrichting die een zekere opbrengst genereert en niet beroepsmatig werd verkregen op zich al voldoende is om geconfronteerd te worden met taxatie onder art. 90, 1° W.I.B. (met uitzondering van het normaal vermogensbeheer, *cf. infra*)⁴². In het verdere verloop van deze tekst zullen de benadrukte begrippen van deze bepaling aan bod komen.

Zodra vaststaat dat de inkomsten niet kunnen worden belast als beroepsinkomsten, rijst de vraag of ze eventueel het etiket “diverse inkomsten” dragen. Het ene sluit immers het andere niet uit. Wie bepaalde geldelijke voordelen ontvangt uit zijn handelingen of gedragingen die geen beroepsinkomsten uitmaken moet nog altijd rekening houden met art. 90 en volgende van het W.I.B.

Een recent voorbeeld kan dit verduidelijken. Een gewezen auteur van stripverhalen ontvangt bepaalde vergoedingen die betrekking hebben op verkochte albums die ondertussen door derden worden getekend. Deze inkomsten hebben geen beroepsmatig karakter aangezien hij zijn stripfiguur creëerde voordat hij als werknemer in dienst was en voordat hij de beroepswerkzaamheid van striptekenaar uitoefende. Maar deze vergoedingen zijn alsnog belastbaar als diverse inkomsten onder art. 90, 1° omdat ze de compensatie vormen voor de overdracht van zijn vermogensrechten als auteur⁴³.

2.3.2. *Beoordeling en criteria*

Winsten of baten, zelfs occasioneel of toevallig, die voortvloeien uit enige prestatie, verrichting of speculatie, moeten in beginsel voor een belasting als divers inkomen tegelijkertijd voldoen aan twee voorwaarden⁴⁴.

Ten eerste moeten ze behaald zijn buiten de uitoefening van een beroepswerkzaamheid; anders zijn ze immers belastbaar als beroepsinkomsten.

⁴² A. HAELTERMAN, ““Interne” privé-meerwaarden op aandelen: belastbaar?”, *Fiscoloog* 1999, afl. 733, 2; P. SIBILLE, “La gestion normale d’un patrimoine privé”, *L.c.*, 954; A. SPRUYT, *Inleiding tot het belastingrecht*, Brugge, Die Keure, 2002, 137.

⁴³ Rb. Antwerpen 7 januari 2004, *F.J.F.* 2005, afl. 2, 145 (één van de eisers is de geestelijke vader van het stripfiguur Jommeke).

⁴⁴ Com. I.B., nr. 90/3; P. BEGHIN en I. VAN DEN WOESTEYNE, *Handboek personenbelasting 2003-2004*, in *Fiscale handboeken*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 561; BIBF, *Belasting – en beleggingsgids 2004*, p. 192; M. ELOY, “Gérer son patrimoine privé en bon père de famille”, *R.G.F.* 2003, afl. 1, 1.

Ten tweede mag het niet gaan om opbrengsten uit herhaalde of geïsoleerde handelingen die onder een normaal beheer van het privé-vermogen van de belastingplichtige vallen⁴⁵.

a. Behaald buiten de beroepswerkzaamheid

Dit is het voornaamste onderscheidingsselement, zoals reeds eerder werd beschreven (*cf. infra*) en vandaar zijn vanzelfsprekend belang⁴⁶. Op grond hiervan is het verschil tussen de inkomstencategorieën gefundeerd en in hoofdzaak de discrepantie tussen die inkomsten die erg vergelijkbaar zijn, namelijk de baten van art. 23, 2° W.I.B. [les profits d' une *occupation lucrative*] en de "occasionele winsten" van art. 90, 1° [les revenus des *opérations occasionnelles, plutôt spéculatives*]⁴⁷. Hierbij werken de eerder vernoemde criteria in tegengestelde zin (*cf. supra*), nl. bij afwezigheid van die richtsnoeren kan er geen sprake zijn van een beroepswerkzaamheid en – inkomen, maar de potentiële kwalificatie als diverse inkomsten blijft bestaan. Wanneer een occasionele verrichting geen nauw verband vertoont met het beroep, zijn de daaruit voortkomende inkomsten diverse inkomsten of inkomsten uit een normaal vermogensbeheer en geen beroepsinkomsten⁴⁸.

Bijgevolg zijn de bijverdiensten van een professor psychologie in zijn bijkomstige hoedanigheid van gerechtsdeskundige belastbaar als diverse inkomsten, ook al wordt hij daartoe aangesteld wegens zijn reputatie en beroepservaring. Zijn werkzaamheden als gerechtelijk expert zijn immers van bijkomstige aard ten opzichte van zijn beroepsactiviteit⁴⁹ en kaderen bijgevolg niet in "een geheel van verrichtingen die voldoende talrijk en onderling verbonden zijn".

Hierbij aansluitend komt men tot de vaststelling dat het onderscheid vooral te maken heeft met de feitelijke frequentie (herhaling) van de verrichtingen⁵⁰. Als er eerder sprake is van een veelvuldig voorkomen ("[...]voldoende talrijk[...]"), zal de winst de hoedanigheid krijgen van beroepsinkomsten⁵¹. Gaat het daarentegen slechts om een eenmalige verrichting, dan is de occasionele winst te kwalificeren als diverse inkomsten⁵².

⁴⁵ P. SIBILLE, *l.c.*, 953.

⁴⁶ M. LOOCKX, "Zijn de auteursrechten verkregen wegens het schrijven van bijdragen in juridische of fiscale tijdschriften belastbaar als diverse inkomsten of als beroepsinkomsten?", *l.c.*, p. 530, nr. 1; S. SABLON en S. LIEVENS, "De evolutie van het begrip "winstgevende bezigheden", *l.c.*, 71.

⁴⁷ T. AFSCHRIFT, *L'impôt des personnes physiques*, p. 548-549 en p. 550, nr. 541.

⁴⁸ Gent 9 mei 1994, *Fiscoloog* 1994, nr. 478, 5.

⁴⁹ Brussel 23 januari 1998, *Fiscoloog* 1998, nr. 653, 9.

⁵⁰ *Vr. en Antw.* Senaat 1999-2000, 9 mei 2000, 929-931 (*Vr. nr. 632 VAN QUICKENBORNE*).

⁵¹ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 706, p. 696.

⁵² Luik 27 mei 1987, *A.F.T.* 1988, 28 (bevestigd door Cass. 15 december 1988).

Daarom gebruikt men voor dergelijke bijkomstige activiteiten onder art. 90, 1° vaak de termen “occasionele bezigheid, toevallige prestatie, ...” om het onderscheid duidelijk te maken met art. 23 W.I.B.

b. Geen gevolg van normaal vermogensbeheer

Uit de loutere lezing van art. 90, 1° volgt dat deze voorwaarde eigenlijk geen voorwaarde is in de eigenlijke betekenis van het woord. Dit aspect wordt pas relevant wanneer een bepaald inkomen, dat ogenschijnlijk als divers kan worden aangemerkt, door de belastingplichtige niet kan worden ondergebracht in zijn normaal vermogensbeheer. Indien deze exceptie niet kan worden verantwoord, dan en slechts dan is er een werkelijke mogelijkheid tot belastingheffing. Gelet op het belang voor de belastingplichtige, zal deze omstandigheid apart worden behandeld.

2.3.3. Vrijgestelde inkomsten

Volgens de fiscale Administratie zijn *a priori* geen belastbare diverse inkomsten⁵³:

- de prijzen gewonnen in publiciteitwedstrijden en – spelen die onder meer worden georganiseerd door of aangekondigd via pers, radio of televisie⁵⁴;
- de winst van toegelaten tombola's en loterijen, met inbegrip van de Nationale Loterij, van pronostiekwedstrijden, van weddenschappen op paardenkoersen, van casinospelen, enz.
- de auteursrechten betaald aan de rechtverkrijgende van een overleden auteur voor uitvoeringen, reproducties, enz. die plaatshadden na het overlijden van de auteur en betrekking hebben op werken die niet voortkomen van de beroepswerkzaamheid van deze laatste.
- *de baten van toevallige verhandelingen op de effectenbeurzen op termijn of contant*: uit de parlementaire voorbereiding van de Wet 20 november 1962 moet namelijk worden afgeleid dat het Parlement hieromtrent impliciet de verklaring van de Minister van Financiën heeft beaamd, volgens welke “de aankoop en de verkoop van roerende waarden te beschouwen vallen als normale beheersverrichtingen betreffende een privé-vermogen, TENZIJ zij door hun *herhaling* een winstgevende bezigheid worden⁵⁵”

Daarnaast vallen ook de vergoedingen toegekend aan vrijwilligers van openbare brandweerkorpsen en de interesten die bij laattijdige betaling van de prijs van koopwaren zijn betaald aan een belastingplichtige die zijn

⁵³ Zie Com. I.B., nr. 90/8; Verslag van de Commissie voor de Financiën van de Staat, *Parl. St. Senaat* 1961-62, nr. 366/148; P. BEGHIN, en I. VAN DEN WOESTEYNE, *o.c.*, 564.

⁵⁴ W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, “Diverse inkomsten”, *l.c.*, p. 1261, nr. 7160.

⁵⁵ Verslag van de Commissie voor de Financiën van de Staat, *Parl. St. Senaat* 1961-62, nr. 366/148.

beroepswerkzaamheid volledig en definitief heeft stopgezet, niet in de categorie van de in art. 90, 1^o bedoelde inkomsten⁵⁶.

Uit het voorgaande blijkt dat een heel aantal criteria voorhanden en nodig zijn om het onderscheid te maken tussen beroepsinkomsten en diverse inkomsten (*supra*, nr. 13 e.v.). De beoordeling vraagt zeer vaak een evenwichtsoefening en afweging van een verzameling van feitelijke elementen. Ofwel maakt een bepaalde opbrengst een beroepsinkomen uit, ofwel vallen de inkomsten onder de restcategorie van de diverse inkomsten (art. 90 e.v. W.I.B.). Het gehanteerde uitgangspunt heeft dus betrekking op de situatie waarbij men een zeker inkomen ontvangt en er moet worden bepaald tot welke inkomstencategorie dit behoort.

In het vervolg van deze uiteenzetting wordt vooral de klemtoon gelegd op de uitwijkmogelijkheden ten aanzien van art. 90, 1^o. Immers, in een eerste fase moet men de inkomsten situeren in een bepaalde categorie. Als het dan blijkt te kunnen gaan om diverse inkomsten, zal de belastingplichtige via de bewoordingen en termen van art. 90, 1^o proberen te ontsnappen aan effectieve taxatie van de bekomen voordelen. Zoals is gebleken, valt wat door de fiscus niet kan worden “gevangen” als beroepsinkomst vaak ten prooi aan art. 90, 1^o.

3. DE KERNBEGRIPPEN “SPECULATIE” EN “NORMAAL BEHEER”

Binnen het kader van art. 90, 1^o W.I.B. zijn de begrippen normaal beheer en speculatie de elementen om het verschil te maken tussen potentiële belastingheffing of niet. Deze termen zijn dan ook bijzonder belangrijk en de nodige aandacht waard. Allereerst wordt speculatie besproken, aangezien dit vaak een hoge drempel vormt voor de belastingplichtige. Wanneer speculatie in casu niet kan worden aangetoond, zal de Administratie slechts zeer zelden lukken in het verantwoorden van haar claim⁵⁷. Indien speculatie wel tot de mogelijkheden behoort, komt de waarde van de andere cruciale notie van art. 90, 1^o aan het licht.

Voorzover de belastingplichtige erin slaagt om de verrichting te lokaliseren binnen zijn normaal vermogensbeheer, kan hij de claim van de fiscus nog ontwijken. Het normaal beheer fungeert bijgevolg als een exceptie ten aanzien

⁵⁶ M. ANDRE, “De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen”, *Bull. Bel.* 1992, nr. 719, 2370-2371.

⁵⁷ Opmerking: hoewel speculatie in de praktijk zo goed als altijd aanleiding geeft tot taxatie, vereist art. 90, 1^o W.I.B. niet *per se* speculatie. Het gaat immers in beginsel om een geheel van feitelijke en juridische omstandigheden waarbij “buiten de beroepsbezigheid” en “buiten normaal beheer” de algemene elementen zijn. Omdat speculatie in geval van betwistingen echter zo goed als altijd het hoofdzakelijk aspect van de discussie gaat uitmaken, is de aandacht daarvoor nu eenmaal groter.

van het principe van belastbaarheid onder art. 90, 1°, dat voornamelijk steunt op speculatie. Een analyse van het geheel van de feiten eigen aan elke situatie vormt de sleutel. Alle hierna vermelde criteria zijn hieraan ondergeschikt en dus van relatieve betekenis.

3.1. SPECULATIE

3.1.1. Omschrijving

De fiscus houdt niet van belastingplichtigen die winsten proberen te maken en daarbij zogenaamd speculatieve inzichten nastreven. Daarom wordt een belangrijke opbrengst te vaak (en overhaast) als speculatie bestempeld.

Hoewel de problematiek sporadisch wordt verduidelijkt via parlementaire vragen⁵⁸, moet ter verduidelijking van dit cruciale begrip weerom een beroep worden gedaan op de jurisprudentie, niet alleen van het Hof van Cassatie, maar ook van de feitenrechtters.

In 1977 werd speculatie nog omschreven als “een opzettelijke aankoop met het oogmerk om met een voordeel te verkopen *binnen een min of meer korte termijn*⁵⁹”. In latere arresten wordt evenwel meer de nadruk gelegd op *risicovol handelen* in de hoop een voordeel te bekomen, waarbij niet langer de wederverkoop binnen korte tijd op de aankoop centraal staat⁶⁰. Volgens deze rechtspraak moet speculatie voornamelijk worden beoordeeld “in functie van de *bedoeling* die iedere belegger, beheerder van een privaat vermogen, heeft om zijn beleggingen te doen opbrengen⁶¹”. De belastingplichtige die bijgevolg slechts wegens een uitzonderlijke gelegenheid een opbrengst realiseert, zal niet speculeren in de zin van art. 90, 1° W.I.B.⁶².

⁵⁸ Vr. en Antw. Kamer 2000-2001, 27 september 2000, 6982-6983 (Vr. nr. 463 LENSSEN) op grond waarvan volgens de Minister beleggingen in afgeleide producten zoals futures en warrants te beschouwen zijn als speculatieve verrichtingen).

⁵⁹ Cass. 18 mei 1977, *Arr. Cass.* 1977, 985, *Bull. Bel* 1979, 607 en *J.D.F.* 1977, 197; Brussel 20 januari 1981, *J.D.F.* 1982, 119.

⁶⁰ Vr. en Antw. Senaat 1999-2000, 9 mei 2000, 929-931 (Vr. nr. 632 VAN QUICKENBORNE); Cass. 15 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1234, *Pas.* 1987, I, 1118 en *Bull. Bel.* 1988, 1508 (“*het inkopen van goederen met het risico er verlies op te lijden, maar met de verwachting, door ze weer te verkopen, er winst op te maken dankzij stijging van de marktwaarde*”); Cass. 6 mei 1988 (bevestiging van Gent 24 maart 1987), *Arr. Cass.* 1987-88, 1161 en *Pas.* 1988, I, 1092; Com. I.B., nr. 90/5.6; M. ANDRE, *l.c.*, nr. 719, 2429; S. DE CEULAER, noot onder Cass. 19 april 1999, *A.F.T.* 2001, nr. 17, p. 353; R. VAN DEN EECKHAUT, “De vraag naar de aanwezigheid van speculatie op het vlak van onroerende verrichtingen”, (noot onder Antwerpen 14 oktober 1997), *Fisc. Koer.* 1997, 649.

⁶¹ Cass. 18 mei 1977, *Arr. Cass.* 1977, 985, *Bull. Bel* 1979, 607 en *J.D.F.* 1977, 197.

⁶² Zoals bijvoorbeeld wegens gezondheidsredenen, geldnood,... zie T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 690, p. 680. In het kader van onroerend goed: M. ANDRE, *l.c.*, nr. 719, 2375.

Het belang van de intentie van de investeerder staat ook vandaag nog centraal⁶³.

Samengevat gaat het bij speculatie, al naargelang de concrete feiten van het geval, dus om twee voorwaarden, waarbij stilaan een derde voorwaarde haar invloed opeist. Enerzijds moet de belastingplichtige op het ogenblik van de aankoop een *belangrijk risico* nemen⁶⁴. Anderzijds moet de *intentie om belangrijke winsten te realiseren* duidelijk aanwezig zijn op datzelfde ogenblik. Dit is duidelijk een precair criterium. Door zijn weinig objectief karakter geeft het bijgevolg vaak aanleiding tot subjectieve beoordelingen. Ten slotte tracht de fiscus een derde voorwaarde toe te voegen, te weten *de abnormaliteit van de operatie* of, in andere termen, het beroep van de belastingplichtige op mechanismen die afwijken van de “normale gang van zaken”⁶⁵. Op die manier probeert de fiscus het bestaan van bepaalde “montages” aan te pakken die volgens haar (uitsluitend) berusten op fiscale motieven. Deze voorwaarde is totaal ontdaan van enige objectiviteit en wordt dan ook terecht bekritiseerd⁶⁶. Er wordt immers zomaar een voorwaarde aan art. 90, 1° W.I.B. toegevoegd⁶⁷. (*infra*, interne meerwaarden en kasgeldvennootschappen).

Hoewel het hanteren van deze abstracte voorwaarden de fiscale praktijk zou vergemakkelijken, moet het bestaan van een speculatieve verrichting, net zoals het voorhanden zijn van een beroepsbezigheid (*cf. supra*), worden afgeleid uit een geheel van omstandigheden eigen aan het concrete geval dat soeverein moet worden beoordeeld door de feitenrechter⁶⁸. Hoewel dit voor de hand liggend lijkt, is het allerminst een eenvoudige opgave⁶⁹.

Opdat de speculatie correct kan worden beoordeeld, dient men zich bovendien te situeren in de tijd. De rechter moet zich plaatsen op het moment dat het goed wordt opgenomen in het vermogen van de belastingplichtige en niet op het ogenblik van wederverkoop⁷⁰. De fiscus moet kunnen aantonen dat de

⁶³ Rb. Bergen 19 november 2003, *F.J.F.* 2005, afl. 1, 38.

⁶⁴ O. D'ABOUT, “Gestion du patrimoine privé, revenus de spéculation ou revenus professionnels...un arbitrage compliqué”, *C & FP* 2004, afl. 3, 71; W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, *l.c.*, nr. 7140, p. 1257.

⁶⁵ O. D'ABOUT, *l.c.*, 72. Zie ook Com. I.B., nr. 90/8.4, waar dit criterium wordt toegepast om verrichtingen uit het normaal beheer te sluiten. In de praktijk heeft het een belangrijker draagwijdte.

⁶⁶ O. D'ABOUT, *l.c.*, 73.

⁶⁷ S. DE CEULAER, “Interne privé-meerwaarden: het kan ook onbelast”, (noot onder Rb. Bergen 14 oktober 2003), *T.F.R.* 2004, 476; G. GOYVAERTS, “REA Leuven stelt interne meerwaarden op aandelen belastbaar...de overweging daartoe wordt echter nauwelijks in het vonnis vermeld”, (noot onder Rb. Leuven 11 januari 2002), *T.F.R.* 2002, 697.

⁶⁸ P. SIBILLE, “La gestion normale d'un patrimoine privé”, *l.c.*, 959.

⁶⁹ M. ELOY, “Gérer son patrimoine privé en bon père de famille”, *l.c.*, 4.

⁷⁰ Cass. 15 mei 1987, *F.J.F.* afl. 88, 8; Cass. 6 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1161, *Pas.* 1988, I, 1092 en *F.J.F.* 1988, afl. 8, 294; Rb. Bergen 19 november 2003, *F.J.F.* 2005, afl. 1, 38; M. ELOY, *l.c.*, 4.

belastingplichtige bij de acquisitie niet de intentie had het goed in zijn vermogen op te nemen, maar enkel het voornemen had belangrijke winsten te realiseren⁷¹.

3.1.2. Relevante omstandigheden

Welke omstandigheden zijn in casu dan relevant? Zoals gezegd gaat het in hoofdzaak om het nemen van belangrijke risico's en de gezindheid om op korte termijn een voordeel te realiseren⁷².

Ten eerste wordt vooral de nadruk gelegd op de herkomst van de aangewende middelen. Indien de verrichting wordt gerealiseerd met ontleende gelden, neemt men vaak aan dat speculatie voor de hand ligt⁷³.

Het facet lening of kredietopening moet echter worden genuanceerd. De verrichting die gedeeltelijk wordt gefinancierd met een lening is niet speculatief op zich, maar ze moet in verhouding zijn met het werkelijke vermogen van de belastingplichtige⁷⁴. Wanneer bijvoorbeeld $\frac{2}{3}$ van het benodigde bedrag afkomstig is van een lening, is speculatie waarschijnlijker dan ingeval van slechts $\frac{1}{4}$ of minder. Bovendien heeft de belastingplichtige nog altijd het recht om fondsen te ontfemen bij derden⁷⁵. Anderzijds is ook de verkrijging van het vermogensbestanddeel in onverdeeldheid een bezwarende omstandigheid, vooral indien dit plaatsheeft buiten de familiale sfeer⁷⁶. Ook deze leidraad mag niet overgewaardeerd worden en is, net zoals een lening, op zichzelf zeker niet bepalend voor speculatie⁷⁷.

Ten tweede dient men rekening te houden met de vermogensverrichtingen op zich (en de daarmee gepaard gaande feitelijke gegevens). Wanneer de verrichtingen zich in (zeer) korte tijd voortdoen of elkaar zeer snel opvolgen, geeft men volgens de rechtspraak enigszins blijk van een speculatieve ingesteldheid⁷⁸. Tevens is het ondernemen van allerlei werkzaamheden ter opwaardering van het betrokken vermogensbestanddeel evenmin gunstig voor de belastingplichtige. Wie een perceel grond verkoopt nadat er een nieuwe toegangsweg, verlichting enz. werd aangelegd, kortom bouwklaar werd

⁷¹ T. AFSCHRIFT, *L'impôt des personnes physiques*, p. 682, nr. 692.

⁷² *Ibid.*, p. 682, nr. 691; P. SIBILLE, *l.c.*, 959.

⁷³ M. ELOY, *l.c.*, 4.

⁷⁴ *Ibid.*, 4; P. SIBILLE, *l.c.*, 960 en 962 (bijvoorbeeld: $\frac{2}{3}$ van het bedrag door lening kan blijk geven van speculatie).

⁷⁵ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 682, nr. 692.

⁷⁶ O. D'AOUT, *l.c.*, 70; R. VAN DEN EECKHAUT, "De vraag naar de aanwezigheid van speculatie op het vlak van onroerende verrichtingen", *l.c.*, 651.

⁷⁷ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 683, nr. 692.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 683, nr. 694 en nr. 696, p. 686; M. ELOY, *l.c.*, 4; P. SIBILLE, *l.c.*, 962; Brussel 17 oktober 1997, *Fiscoloog* 1997, afl. 639, 11.

gemaakt, kan sneller verdacht worden van speculatie⁷⁹. Ook het beroep op professionele verkopers en het voeren van publiciteit plaatst de transactie in een slecht daglicht⁸⁰. Of het gebruik van persoonlijke of professionele kennis altijd wijst op speculatie is onzeker⁸¹. Per slot van rekening is deze invloed onvrijwillig aanwezig: sommige investeerders hebben nu eenmaal meer ervaring of informatie dan anderen zonder dat zij daarvoor, in tegenstelling tot de vorige omstandigheden, kunnen kiezen⁸². Daarnaast moet worden benadrukt dat ook professioneel actieve belastingplichtigen over een privé-vermogen beschikken waarbij er onmiskenbaar een beïnvloeding is⁸³.

Maar, en dit kan niet genoeg worden benadrukt, deze overwegingen zijn altijd onderhevig aan de individuele appreciatie van de rechters en hebben dus geen absolute draagwijdte. Uit de recente rechtspraak en rechtsleer blijkt bijvoorbeeld dat het aanzienlijke bedrag van de meerwaarde⁸⁴, de professionele vertrouwdeheid van de belastingplichtige met het voorwerp van belegging⁸⁵ en het benutten van bepaalde persoonlijke relaties geen of minder dan vroeger invloed hebben op het speculatieve karakter van een verrichting⁸⁶. Ook het aantal vermogenshandelingen is vaak van weinig belang: één enkele handeling is immers al voldoende opdat art. 90, 1° van toepassing zou zijn⁸⁷, maar op grond van een werkelijk geïsoleerde verrichting komt de rechtspraak meestal niet tot taxatie⁸⁸.

De volgende situatieschets kan dienstig zijn als typevoorbeeld voor wat onder speculatie wordt verstaan. Wie een bepaalde opbrengst realiseert als gevolg van een aantal verrichtingen op korte termijn die grotendeels werden gefinancierd met fondsen van derden zonder dat de goederen gedurende een

⁷⁹ Gent 19 januari 1995, *Fiscoloog* 1995, afl. 518, 10. Contra: T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 684, nr. 693.

(Zo is het eerder aangewezen om percelen eerst te verkopen met de belofte om *achteraf* verbeteringswerken uit te voeren)

⁸⁰ M. ELOY, *l.c.*, 4; R. VAN DEN EECKHAUT, *l.c.*, 649.

⁸¹ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 695, p. 684; W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, "Diverse inkomsten", *l.c.*, nr. 7140, p. 1255.

⁸² Indien echt verregaand gebruik wordt gemaakt van bepaalde informatie in het kader van beleggingen, krijgt men veeleer te maken met misbruik van voorkennis, marktmanipulatie, eventueel oplichting enz.

⁸³ O. D'AOUT, "Gestion du patrimoine privé, revenus de spéculation ou revenus professionnels... un arbitrage compliqué", *l.c.*, 70.

⁸⁴ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 696, p. 689 ("*la simple existence de bénéfiques, même élevés, ne peut à notre sens être considérée, isolément, comme exigeant l'existence d'une intention spéculative*")
Contra: als er werkelijk een wanverhouding is tussen aan- en verkoopprijs of een uitzonderlijke opbrengst, werd speculatie soms toch aangenomen, zie Luik 19 december 1991, *Bull. Bel.* 1993, 121; Rb. Brussel 16 januari 2004, *Fisc. Koer.* 2004, afl. 4, 295, noot.

⁸⁵ Brussel 5 februari 1999, *Fisc. Koer.* 1999, 261, noot.

⁸⁶ Rb. Bergen 19 november 2003, *F.J.F.* 2005, afl. 1, 38. Contra: M. ANDRE, "De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen", *l.c.*, nr. 719, 2432 (vroeger was de professionele kennis wel eerder een criterium voor de kwalificatie diverse inkomsten)

⁸⁷ Zie reeds Brussel 15 december 1971, *Bull. Bel.* 1972, 497, 941; P. SIBILLE, "La gestion normale d'un patrimoine privé", *l.c.*, 963.

⁸⁸ O. D'AOUT, *l.c.*, 70.

redelijke termijn in zijn vermogen zijn gebleven, heeft een grote kans om geconfronteerd te worden met effectieve taxatie onder art. 90, 1° W.I.B., maar met absolute zekerheid is het niet vooraf te bepalen. Alles hangt af van de specifieke feitelijke situatie. Gelukkig maar...

3.2. NORMAAL BEHEER VAN EEN PRIVÉ-VERMOGEN

3.2.1. Omschrijving

De fiscale wetgever heeft in 1962 beslist om binnen de categorie van de diverse inkomsten de winsten die voortkomen uit een normaal beheer van een privé-vermogen uit te sluiten van de principiële taxatie sub art. 90, 1° W.I.B.⁸⁹. Op het eerste gezicht vergt dit weinig reflectie. Wat men bijvoorbeeld onrechtmatig of onwettig heeft verkregen, kan moeilijk worden beschouwd als vallende onder een normaal beheer van een privé-vermogen⁹⁰.

Ondanks de pogingen tot nadere precisering in rechtspraak en rechtsleer blijkt het normaal beheer nog steeds een vage notie te zijn die eigenlijk voortdurend de feiten achterna loopt⁹¹. Een goede illustratie hiervan wordt gevormd door de vele parlementaire vragen die aan de Minister van Financiën worden gesteld in het kader van art. 90, 1°. Herhaaldelijk wordt dan teruggrepen naar een modelantwoord dat geen duidelijkheid schept, integendeel: vaak wordt het probleem naar een meer abstract (lees: onduidelijker) niveau getild⁹².

Soms wordt art. 90, 1° in fine eenvoudigweg als volgt opgevat: tegenover de fiscus heeft de belastingplichtige slechts één enkel verweermiddel om heffing op een opbrengst als gevolg van een menselijke activiteit te voorkomen, namelijk bewijzen dat hij enkel en alleen zijn patrimonium op een “verstandige” manier heeft beheerd⁹³.

Uit deze vaststellingen blijkt dat men als uitgangspositie best opteert voor de omschrijving die kan worden teruggevonden in de parlementaire voorbereiding van de wet van 1962⁹⁴:

⁸⁹ M. ELOY, *l.c.*, 1.

⁹⁰ Antwerpen 19 april 1994, *A.F.T.* 1994, 287; Brussel 12 oktober 2000, *T.F.R.* 2001, afl. 194, 58, noot S. HUYGHE (steekpenningen voor vertrouwelijke informatie); zie S. HUYGHE, “Verbeurdverklaarde vermogensvoordelen zijn belastbaar”, noot onder Brussel 12 oktober 2000, *T.F.R.* 2001, afl. 194, p. 62, nr. 5 (zo kunnen verbeurdverklaarde vermogensvoordelen als diverse inkomsten worden belast, hoewel de ontvanger geen eigenaar meer is).

⁹¹ J. DE KORT, “De belastingheffing over door particuliere aandeelhouders gerealiseerde meerwaarden op aandelen”, *R.W.* 2001-02, 587.

⁹² Zie *Vr. en Antw.* Kamer 2000-2001, 27 september 2000, 6982-6983 (*Vr.* nr. 463 LENSSEN) waarbij wordt terugverwezen naar de vragen van andere parlementsliden [zie *Vr. en Antw.* Senaat 1999-2000, 9 mei 2000, 929-931 (*Vr.* nr. 632 VAN QUICKENBORNE) en *Vr. en Antw.* Kamer 2000-2001, 7 juni 2000, 5687-5690 (*Vr.* nr. 386 LETERME)].

⁹³ M. ANDRE, “De fiscale beperkingen van het normale beheer van een privaat vermogen”, *Bull. Bel.* 1980, nr. 585, 1060.

⁹⁴ M. ELOY, *l.c.*, 1; S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 105.

“Feitelijk wijkt het beheer van een vermogen af van de uitoefening van een winstgevende betrekking of van een speculatie, zowel door de aard van de goederen – d.w.z. onroerende goederen, waarden in portefeuille, roerende voorwerpen (allemaal goederen die normalerwijze een privé-vermogen uitmaken) – als door **de aard van de daden** die met betrekking tot die goederen worden verricht: daden die een goed huisvader verricht voor het dagelijks beheer, maar tevens met het oog op het winstgevend maken, de tegeldemaking en de wederbelegging van bestanddelen van een vermogen, d.i. van goederen die hij heeft verkregen door erfopvolging, schenking of door eigen sparen, of nog als wederbelegging van vervreemde goederen⁹⁵”

Op grond van deze tekst komt men zo tot drie voorwaarden voor belastingvrijheid⁹⁶.

Ten eerste moet de winst voortspruiten uit een normaal beheer. Het beleid van een normaal en voorzichtig persoon met betrekking tot zijn privé-goederen is het belangrijkste aspect van de exceptie. Het dient m.a.w. te gaan om handelingen die een goede huisvader gewoonlijk stelt om het privé-vermogen te doen aangroeien of alleszins te behouden⁹⁷. De term “normaal” zelf slaat op het beheer van het vermogen als zodanig en niet op het voorwerp van dat vermogen zelf⁹⁸. Gelet op het voorgaande, mag dit beheer dus niet geschieden met (werkelijk) speculatieve bedoelingen en mag het niet (door hoofdzakelijk herhaling) neerkomen op een winstgevende bezigheid⁹⁹. De vermogensbestanddelen dienen ten slotte op een normale manier tot het vermogen te zijn toegetreden, zoals door erfopvolging, schenking, eigen sparen, ...¹⁰⁰. Wie bijvoorbeeld geërfde goederen louter¹⁰¹ te gelde maakt, valt bijgevolg buiten het toepassingsgebied van de inkomstenbelastingen wegens normaal beheer van zijn privé-vermogen¹⁰².

Ten tweede moet de winst zijn voortgebracht door een privé-vermogen, d.w.z. door een niet-professioneel aangewend vermogen en deze winst moet voor alle

⁹⁵ Verslag van de Commissie voor de Financiën van de Staat, *Parl. St.* Senaat 1961-62, nr. 366/147.

⁹⁶ A. TYBERGHIEN, K. VAN DUYSSE e.a., *Handboek voor Fiscaal Recht*, nr. 1296, p. 202-203.

⁹⁷ Com. I.B., nr. 90/5.1; T. AFSCHRIFT, *L'impôt des personnes physiques*, p. 677, nr. 685; M. ANDRE, “De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, nr. 719, 2365; P. BEGHIN en I. VAN DEN WOESTEYNE, *Handboek personenbelasting 2003-2004*, 563.

⁹⁸ P. SIBILLE, “La gestion normale d'un patrimoine privé”, *l.c.*, 959-960.

⁹⁹ M. ANDRE, “De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, nr. 719, 2365-2366.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 2375, 2427 en 2438 (sterk benadrukt); O. D'AOUT, *l.c.*, 69; P. SIBILLE, *l.c.*, 960.

¹⁰¹ Zonder dat het geheel van omstandigheden problematisch is (bv. vooral geen indicatie van speculatie of betrokkenheid met het beroep), zie *Vr. en Antw.* Kamer 2002-2003, 9 januari 2003, 20724-20725 (Vr. nr. 1204 VAN CAMPENHOUT).

¹⁰² T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 689, p. 679; M. ANDRE, *l.c.*, 2375-2376.

duidelijkheid los staan van iedere beroepswerkzaamheid¹⁰³ en geen aanleiding geven tot belastbaarheid bij toepassing van art. 90, 8°, 9° of 10°¹⁰⁴.

Ten derde moet de bron van de winst bestaan uit onroerende goederen, waarden in portefeuille of roerende voorwerpen¹⁰⁵. Als het privé-vermogen is samengesteld uit andere dan deze bestanddelen, zijn de verrichtingen die daarop betrekking hebben uitgesloten van de vrijstelling¹⁰⁶. Zijn dus belastbaar als diverse inkomsten, de opbrengsten verkregen niet alleen door speculatie, maar ook door het gewoon beheer van een privé-vermogen voorzover zij geen betrekking hebben op de in wet bepaalde beperkende opsomming, maar bijvoorbeeld op onlichamelijke goederen of waarden, zoals technische kennis, handelskennis, uitvindingoctrooien, technische procédés, et cetera¹⁰⁷. Ook de opbrengst uit de occasionele verbintenis om bepaalde rechten die verband houden met immateriële vermogensgoederen niet uit te oefenen, zoals de verbintenis om een bepaalde handelsactiviteit niet uit te oefenen, kan een divers inkomen vormen¹⁰⁸.

3.2.2. *Verhouding tot speculatie*

Ten overvloede wordt door de rechtsleer benadrukt dat een normaal beheer als goede huisvader niet *a priori* onverzoeenbaar is met een zekere graad van speculatie¹⁰⁹.

Ten eerste schreef een vooraanstaande ambtenaar zelf:

“Het blijkt inderdaad zo te zijn dat de speculatie heel goed een goede huisvader kan motiveren om op een bepaald ogenblik in uitzonderlijke omstandigheden zijn privaat vermogen geheel of gedeeltelijk te gelde te maken om het te doen aangroeien, het te doen winst opleveren, vooral indien dit vermogen werd verkregen door erfopvolging, schenking of door eigen

¹⁰³ P.m. indien deze goederen worden bestemd voor het beroep en dus deel gaan uitmaken van het bedrijfsvermogen, zijn de inkomsten beroepsinkomsten: T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 677, nr. 685

¹⁰⁴ Wat reeds vereist is opdat art. 90, 1° ter sprake kan komen. Zie S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 102.

¹⁰⁵ Onlichamelijke goederen worden hier dus niet bedoeld, zie Cass. 24 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 244.

¹⁰⁶ M. ANDRE, *l.c.*, 2364 en 2367; O. D’AOUT, *l.c.*, 75; A. HAELTERMAN, “‘Interne’ privé-meerwaarden op aandelen: belastbaar?”, *l.c.*, 1.

¹⁰⁷ P. BEGHIN en I. VAN DEN WOESTEYNE, *o.c.*, 562; M. ELOY, *l.c.*, 2.

¹⁰⁸ Over art. 90, 1° W.I.B. en niet-concurrentiebedingen, zie: A. TYBERGHEIN, K. VAN DUYSE e.a., *o.c.*, nr. 1298, 5.

¹⁰⁹ Zie o.m. T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 690, p. 681 en de aldaar geciteerde rechtspraak; M. ANDRE, “De fiscale beperkingen van het normale beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, nr. 585, 1058; A. CALICIS, “À propos de ‘la gestion normale du patrimoine privé’...”, *Act. Fisc.* 2003, afl. 26, 3; S. DE CEULAER, noot onder Cass. 19 april 1999, *A.F.T.* 2001, p. 353, nr. 18; W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, “Diverse inkomsten”, *l.c.*, nr. 7140, p. 1255; M. ELOY, *l.c.*, 3; S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 106; W. NIEMEGERERS, “Beurswinsten op aandelen kunnen toch belastbaar zijn! Biedt het bankgeheim voldoende bescherming?”, *A.F.T.* 2000, afl. 4, 155; R. VAN DEN EECKHAUT, “De vraag naar de aanwezigheid van speculatie op het vlak van onroerende verrichtingen”, *l.c.*, 650.

*sparen*¹¹⁰”. Het nastreven van een winst is immers het werkelijke kenmerk van een wijs beheer van een vermogen en het vermogensbeheer kan bijgevolg niet alleen daarom aan de fiscale schandpaal worden genageld¹¹¹.

Ten tweede sluit deze benadering aan bij de burgerrechtelijke omschrijving van het begrip *daad van beheer*. De beroemde civilist H. DE PAGE omschreef dergelijke daad namelijk als “om het even welke daad, zelfs de daad van beschikking, die tot doel heeft een vermogen winst te doen opleveren en te doen toenemen¹¹²”. Wanneer de belastingplichtige zulke daden beoogt, kan men moeilijk spreken van werkelijke speculatie¹¹³. Het begrip *winstoogmerk* mag immers niet worden verward met *speculatieve bedoelingen*. Onder *winstoogmerk* wordt het nastreven van een winst verstaan, wat normaal is zowel in het beheer van een vermogen als bij handelsdaden, terwijl door het speculeren ook een winst wordt nagestreefd, *maar* winst die gegrond is op de verwachte fluctuaties van de markt, de hausse of baisse van toekomstige prijzen en aldus verwant is met het spel of de weddenschap¹¹⁴.

Ten derde is het begrip normaal beheer bovendien een dynamisch gegeven. Het hedendaagse vermogensbeheer veronderstelt een grotere deskundigheid, meer professioneel advies, zekere (grotere) risico's en ten slotte een zeker speculatief inzicht¹¹⁵.

Ten vierde maakt een bepaalde verrichting deel uit van een normaal beheer van een privé-vermogen wanneer de speculatieve doelstelling zich pas openbaart geruime tijd na de verrichting¹¹⁶.

Een recente toepassing van deze billijke interpretatie wordt gevormd door de opvatting dat een zekere graad van speculatie moet worden toegestaan, rekening houdende met het feit dat het wettelijk verantwoord is voor een goede huisvader om de meest interessante handeling uit te zoeken¹¹⁷. Vroeger al werd er van uitgegaan dat het ook niet meer om het normale beheer van een privé-vermogen zou gaan als men de hoogste winst die een verrichting kan opleveren zou weigeren¹¹⁸.

¹¹⁰ M. ANDRE, “De fiscale beperkingen van het normale beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, nr. 585, 1058-1059.

¹¹¹ *Ibid.*, nr. 585, 1059; M. ELOY, *l.c.*, 4.

¹¹² H. DE PAGE, *Traité élémentaire du droit civil belge*, II, nr. 175, p. 104.

¹¹³ P. SIBILLE, *l.c.*, 963.

¹¹⁴ Zie reeds Luik 14 mei 1980, *J.D.F.* 1980, 265.

¹¹⁵ G. GOYVAERTS, “REA Leuven stelt interne meerwaarden op aandelen belastbaar...de overweging daartoe wordt echter nauwelijks in het vonnis vermeld”, (noot onder Rb. Leuven 11 januari 2002), *T.F.R.* 2002, 696S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 106.

¹¹⁶ M. ANDRE, “De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, nr. 719, 2379; M. ELOY, *l.c.*, 4.

¹¹⁷ Rb. Bergen 19 november 2003, *F.J.F.* 2005, afl. 1, 38; O. D'AOÛT, *l.c.*, 69.

¹¹⁸ Luik 16 mei 1984, *J.D.F.* 1986, 261.

Hoewel de rechtspraak deze billijke opvatting volgt¹¹⁹, wordt ze vaak indirect tegengesproken door de rechtsleer, in die zin dat men ter beoordeling van speculatie het criterium van de goede huisvader gaat hanteren. Zo zou de belegger speculeren indien hij niet zou handelen zoals een goede huisvader¹²⁰.

Dergelijke redenering leidt tot een gevaarlijke verwarring van principe en exceptie binnen art. 90, 1^o! De notie van de goede huisvader situeert zich binnen de exceptie van het normaal beheer waardoor verrichtingen met een zeker speculatief gehalte alsnog buiten de toepassing van de diverse inkomsten vallen. Op die manier heeft “het normaal beheer” een subsidiaire (als exceptie) en residuaire (als taxatie kan op grond van art. 90, 1^o *ab initio* W.I.B.) waarde. Het beoordelen van speculatie als voornaamste weg naar taxatie is bijgevolg een eerste stap in de redenering van art. 90, 1^o en gaat dus vooraf aan een toetsing van het goede-huisvaderbegrip. Dit criterium is pas richtinggevend bij deze tweede stap in de argumentatie en sluit niet aan bij speculatie.

Finaal komt dan de grote vraag: wanneer gaat dan een inkomen uit een op zich normale beheersdaad de kwalificatie van divers inkomen aannemen? Wat zijn dan de omstandigheden die ervoor zorgen dat de belastingplichtige deze exceptie niet kan invoeren?

Vaak zal het erop neerkomen dat de feiten zodanig pro speculatie pleiten dat er geen verweer mogelijk is. Wie bijvoorbeeld abnormaal omvangrijke leningen aangaat of al te grote financiële risico's neemt, is geen voorzichtige huisvader (meer)¹²¹.

In andere gevallen zijn het echter specifieke eigenschappen van de situatie die een normaal vermogensbeheer ontkennen. Zo moet men op de eerste plaats rekening houden met de hierboven aangehaalde omschrijving van een normaal vermogensbeheer. Als de belastingplichtige de goederen waaruit de inkomsten voortkomen niet heeft verworven door erfenis, schenking of als gevolg van eigen spaargeld, of als wederbelegging van dergelijke goederen, is het aspect vermogen in dergelijke situaties op zich al problematisch. Daarenboven zal de belastingplichtige er vaak niet in slagen het bewijs te leveren dat hij via eigen middelen, eventueel aangevuld met een relatief beperkte lening, de beoogde doeleinden zou hebben kunnen verwezenlijken. Ook bepaalde praktijken (administratieve bemoeiingen, ...) kunnen er voor zorgen dat hij niet (meer) als een normale beheerder zal worden aanzien.

Uiteindelijk moet men durven toegeven dat in zeer veel gevallen de grens eenvoudigweg niet te trekken is omdat de feitelijke aspecten elkaar tegenspreken. Het onderscheid tussen de vrijgestelde (speculatieve) handeling

¹¹⁹ M. ELOY, *l.c.*, 3.

¹²⁰ A. DE LA CHEVALERIE en J. STEENACKERS, “Wanneer bent u een ‘speculatieve’ belegger?”, *Cash* 2005, afl. 4, 38.

¹²¹ A. TYBERGHIEN, *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, p. 185, nr. 270.

die kadert in het normaal beheer van een privé-vermogen en het belastbaar speculatief inzicht is daarvoor thans hoegenaamd te onduidelijk¹²².

3.2.3. *Verhouding tot een beroepsbezigheid*

Het vermogensbeheer vergt een zekere werkzaamheid en hoeft dus helemaal niet passief te zijn. Het bestaan van die werkzaamheid is geen beroepsbezigheid wanneer ze noodzakelijk is voor het instandhouden en het verbeteren van het globale vermogen¹²³. Als het beheer echter de karakteristieken van een winstgevende bezigheid gaat vertonen, verliest de exceptie van het normaal vermogensbeheer haar gelding aangezien men zich dan bevindt in een andere inkomstencategorie (beroepsinkomsten i.p.v. diverse inkomsten). De grens tussen het belastingvrij vermogensbeheer van de goede huisvader en het belastbaar vermogensbeheer in het kader van de beroepswerkzaamheid is dus erg belangrijk.

Hoewel dit vaak over het hoofd wordt gezien, hebben professionelen naast hun bedrijfsvermogen ook een privé-vermogen¹²⁴. In dit verband komen de diverse inkomsten weer in concurrentie met de beroepsinkomsten. De regel “in het kader van de beroepswerkzaamheid” dient evenwel restrictief te worden uitgelegd¹²⁵.

Slechts wanneer de fiscus in staat is aan te tonen dat de samenstelling van het privé-vermogen direct beïnvloed werd door de concrete bedrijfsactiviteit, kunnen de meerwaarden op het privé-vermogen als beroepsinkomsten worden gekwalificeerd¹²⁶. Hierbij gaat het meestal om de vermogensverrichtingen van vastgoed – en kunsthandelaars. Zo verricht een kunsthandelaar die antieke iconen uit zijn persoonlijke collectie verkoopt een daad binnen het beheer van zijn privé-vermogen. De eventuele meerwaarde is geen divers inkomen, noch een beroepsinkomen¹²⁷. Het is niet omdat de belastingplichtige dergelijke verrichtingen beroepsmatig verricht, dat hij deze goederen niet langer kan beheren binnen zijn privé-vermogen.

Eveneens belet niets dat een vastgoedhandelaar privé-goederen verwerft die gescheiden zijn van zijn ‘koopwaar’ en deze verkoopt met een meerwaarde

¹²² W. NIEMEGEREERS, “Beurswinsten op aandelen kunnen toch belastbaar zijn! Biedt het bankgeheim voldoende bescherming?”, *A.F.T.* 2000, afl. 4, 162.

¹²³ *Ibid.*, 155.

¹²⁴ BIBF, *Belasting – en beleggingsgids 2004*, p. 194; X, noot onder Gent 17 januari 2001, *Fisc. Koer.* 2001, 112.

¹²⁵ T. AFSCHRIFT, *L'impôt des personnes physiques*, p. 43, nr. 30 (algemeen principe van belastingrecht); A. TYBERGHEN, *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, p. 178, nr. 258 (niet alle bouwwerken die een aannemer uitvoert, niet alle onroerende goederen van een vastgoedhandelaar enz. houden verband met de beroepswerkzaamheid).

¹²⁶ Gent 17 januari 2001, *Fisc. Koer.* 2001, 109, noot (de goederen moeten directe beroepsactiva zijn); S. SABLON, “Het normaal beheer van een privaat vermogen”, *l.c.*, 105.

¹²⁷ Brussel 21 mei 1999, *J.D.F.* 1999, 241.

binnen het normale beheer van het privé-vermogen¹²⁸. In gelijkaardige zin werd geoordeeld dat de opbrengst van de verkoop door een kunsthandelaar van kunstvoorwerpen die hij had gekocht lang voor de aanvang van zijn beroepsactiviteit niet beschouwd kan worden als beroepsinkomen, maar wel als divers inkomen, gelet op het speculatieve karakter van de operatie¹²⁹.

Net zoals in het kader van speculatie (*cf. supra*) werd opgemerkt kan de beroepsactiviteit van de belastingplichtige ook een rol spelen bij het vermogensbeheer. Een voorbeeld: een belastingplichtige die beroepshalve een lange ervaring heeft met het uitbaten van zandgroeves, heeft zelf in zijn privé-vermogen het eigendomsrecht van een terrein bestemd voor de exploitatie van een zandgroeve. Na verloop van tijd richt hij samen met zijn kinderen een vennootschap op die overgaat tot de werkelijke exploitatie. Door zijn bedrijfsmatige aanpak van deze bezigheid gaat zijn beheer verder dan een louter controle en is zijn beheersactiviteit veranderd in een beroepsactiviteit¹³⁰.

3.2.4. Onverminderd het bepaalde in 8°, 9° en 10°,...

Bij deze grondige lezing van art. 90, 1° W.I.B. mogen de eerste bewoordingen van deze bepaling niet uit het oog worden verloren. Zelfs al behoren de verrichtingen tot een normaal beheer van een privaat vermogen zoals bedoeld in art. 90, 1° in fine en kunnen de resultaten dus niet worden belast onder het eerste onderdeel van de bepaling, doet dit artikel geen afbreuk aan de mogelijkheid van taxatie op grond van andere wettelijke bepalingen (art. 90, 8°, 9° of 10° W.I.B.)¹³¹. De vrijstelling tengevolge art. 90, 1° in fine wordt bijgevolg verder beperkt door deze artikelen.

De artikelen 90, 8° en 10° W.I.B. worden hier bondig besproken, terwijl art. 90, 9° W.I.B. ter sprake komt bij de bespreking van de meerwaarden op aandelen.

Op grond van artikel 90, 8° W.I.B. is de vervreemding onder bezwarende titel van in België gelegen ongebouwde onroerende goederen of van andere zakelijke rechten dan een recht van erfpacht of van opstal of een gelijkaardig onroerend recht belastbaar wanneer deze goederen zijn verkregen onder bezwarende titel en de vervreemding plaatsheeft binnen acht jaar na de akte

¹²⁸ Com. I.B., nr. 90/8.8; Gent 17 januari 2001, *Fisc. Koer.* 2001, 109, noot.

¹²⁹ Luik 14 november 1990, *F.J.F.* 1991, afl. 3, 135.

¹³⁰ Antwerpen 16 februari 1999 en 16 maart 1999, *Cour. Fisc.* 1999, 487.

¹³¹ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 676, nr. 683; M. ANDRE, "De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen", *l.c.*, nr. 719, 2363; W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, "Diverse inkomsten", *l.c.*, p. 1258, nr. 7145; A. SPRUYT, *Inleiding tot het belastingrecht*, 137-138; A. TYBERGHIEN, *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, p. 184, nr. 269.

van verkrijging¹³². Hetzelfde geldt wanneer de goederen zijn verkregen door schenking onder levenden en vervreemd binnen drie jaar na de akte van schenking en binnen acht jaar na de datum van de authentieke akte van verkrijging onder bezwarende titel door de schenker¹³³. Als deze vervreemding een gerealiseerde meerwaarde met zich brengt, zal deze belastbaar zijn voorzover voldaan is aan deze cumulatieve voorwaarden.

Artikel 90, 10° W.I.B. viseert dan op zijn beurt de meerwaarden gerealiseerd bij gelegenheid van de overdracht onder bezwarende titel van gebouwde onroerende goederen of van zakelijke rechten met betrekking tot die goederen, uitgezonderd het recht van erfpacht of van opstal of dan een gelijkaardig onroerend recht, indien:

- de gebouwde onroerende goederen zijn verkregen onder bezwarende titel en binnen 5 jaar na datum van verkrijging zijn vervreemd;
- die goederen zijn verkregen bij schenking onder levenden en zijn vervreemd binnen drie jaar na de akte van schenking en binnen vijf jaar na de datum van verkrijging onder bezwarende titel door de schenker;
- de belastingplichtige een gebouw heeft opgericht op een ongebouwd onroerend goed dat hij heeft verkregen onder bezwarende titel of bij schenking onder levenden, voor zover de bouwwerken een aanvang hebben genomen binnen vijf jaar na de verkrijging van de grond onder bezwarende titel door de belastingplichtige of door de schenker en het geheel binnen vijf jaar na de datum van de eerste ingebruikname of verhuring van het gebouw werd vervreemd.

De meerwaarden in het kader van art. 90, 8° W.I.B. worden belast aan 33% of 16,5% al naargelang het tijdstip van vervreemding¹³⁴. De taxatie onder art. 90, 10° W.I.B. gebeurt steeds aan de hand van 16,5%¹³⁵.

3.3. BESLUIT

Een poging tot *conclusie* zal in casu bij een poging blijven. Het niet te ontkennen samenspel tussen de genoemde kernbegrippen geeft aanleiding tot een glijdende schaal die voor verwarring zorgt bij fiscus en gerecht over hun precieze betekenis. Dit resulteert maar al te vaak in uiteenlopende beoordelingen en uitspraken die theorievorming moeilijk maken.

Een poging tot *verduidelijking* is misschien wel mogelijk. Het begrip speculatie maakt, in tegenstelling tot wat vaak wordt aangenomen, de essentie uit van art. 90, 1° W.I.B.¹³⁶.

¹³² O. D'AOÛT, "Gestion du patrimoine privé, revenus de spéculation ou revenus professionnels...un arbitrage compliqué", *l.c.*, 70.

¹³³ *Ibid.*, 70. Opmerking: Art. 93 W.I.B. voorziet in specifieke afwijkingen op dit regime en art. 101 § 1 W.I.B. bepaalt het in acht te nemen bedrag.

¹³⁴ Zie art. 171, 1° b en 4° a W.I.B.

¹³⁵ Art. 171, 4° e W.I.B.

De oorzaak hiervan is duidelijk: zodra de fiscus bepaalde inkomsten viseert als diverse inkomsten, wordt speculatie vroeg of laat de spil van de discussie met de belastingplichtige. Als de Administratie het zelf al niet opwerpt als argument bij de aanslag, dan zal het wel voor de rechter ter sprake worden gebracht.

Daarnaast vormt het residuaire belang van het normaal vermogensbeheer een tweede reden¹³⁷. Deze notie brengt geen beginsel tot stand dat bij elke betwisting in het kader van art. 90, 1° moet worden betrokken. Het fungeert slechts als een exceptie ten dienste van de belastingplichtige die er zich mee verweert als taxatie dreigt, in het merendeel van de gevallen wegens speculatie.

Vooraleer wordt overgegaan tot een beoordeling *in concreto* van het belang van art. 90, 1° in het perspectief van een “volwassen” vermogensbeheer, is het aangewezen om de gevolgen van het bestaan van onderscheiden inkomstencategorieën na te gaan.

4. RELEVANTIE VAN HET ONDERSCHIED DER INKOMSTENCATEGORIEËN

Na een onderzoek en beschrijving van de algemene beginselen in verband met het thema van deze verhandeling, zijn er nog een aantal daarmee verwante aspecten die elk op zich ook relevant zijn in deze context. Het gaat om de volgende onderwerpen: bewijslast, aftrekbaarheid van gemaakte kosten en bepaalde verliezen, samenvoeging van inkomsten en toepasselijk tarief.

4.1. BEWIJSLAST

Het is de fiscus zelf die het bewijs dient te leveren dat een handeling in het kader van een beroepswerkzaamheid werd verricht¹³⁸. Dit is een loutere toepassing van het beginsel dat de Administratie de omvang van het belastbaar inkomen dient te bewijzen.

Voor de categorie van de diverse inkomsten is de bewijsvoering niet zo eenduidig. Op impliciete wijze stelt de wet een vermoeden van belastbaarheid in ten opzichte van de inkomsten die onder art. 90, 1° kunnen worden gevat en dat zorgt vanzelfsprekend voor moeilijkheden¹³⁹.

¹³⁶ Art. 90, 1° W.I.B. wordt namelijk zeer veel te pas en te onpas in één adem vernoemd met het normaal beheer van een privé-vermogen.

¹³⁷ Zie P. SIBILLE, “La gestion normale d’un patrimoine privé”, *l.c.*, 957 die spreekt over “[...] une notion, disons, résiduelle, tolérée seulement [...]”.

¹³⁸ O.a. Rb. Antwerpen 12 november 2003, *F.J.F.* 2004, afl. 631; W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, *l.c.*, p. 1242, nr. 7155.

¹³⁹ P. SIBILLE, *l.c.*, 958.

Een voorbeeld: hoewel de Administratie het bewijs dient te leveren van speculatie¹⁴⁰, is zij vaak van mening dat zij enkel de onverenigbaarheid met het normaal beheer van een privé-vermogen moet bewijzen om taxatie op grond van art. 90, 1° W.I.B. te steunen¹⁴¹.

Deze opvatting kan niet worden gevolgd. De Administratie moet allereerst aantonen dat *alle* voorwaarden aanwezig zijn voor het belasten van de opbrengst van de verrichting(en) als divers inkomen of in voorkomend geval als beroepsinkomen¹⁴². Bovendien is het dan de belastingplichtige zelf die gehouden is de feitelijke omstandigheden aan te brengen die volgens hem in tweede instantie de toepassing van de exceptie van het normaal vermogensbeheer rechtvaardigen¹⁴³.

Indien de Administratie vervolgens van oordeel is dat deze exceptie niet verantwoord is, dient zij het tegenbewijs hiervan ten volle te leveren in die zin dat zij alle elementen van geheel art. 90, 1° dient na te gaan én aan toont dat de verrichting de grenzen van het normaal beheer overschrijdt¹⁴⁴. Er kan dus niet worden volstaan met een *prima facie* beoordeling als abnormaal beheer zonder verdere analyse om tot heffing over te gaan¹⁴⁵.

4.2. BELASTBARE GRONDSLAG

Anders dan voor beroepsinkomsten, worden de diverse inkomsten slechts geglobaliseerd met de andere inkomsten voorzover dit voordeliger is¹⁴⁶. De diverse inkomsten komen in aanmerking voor hun nettobedrag, d.w.z. hun brutobedrag, verminderd met de kosten, gedaan of gedragen gedurende het belastbare tijdperk om die inkomsten te verkrijgen of te behouden¹⁴⁷.

Aan een aantal diverse inkomsten zijn geen lasten of verliezen verbonden (prijzen en subsidies, onderhoudsgelden, opbrengsten van lotenleningen en jacht-, vis- en vogelvangstrechten worden netto uitbetaald). Voor de andere

¹⁴⁰ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 682, nr. 691; A. DE LA CHEVALERIE en J. STEENACKERS, "Wanneer bent u een 'speculatieve' belegger?", *Cash* 2005, afl. 4, 37; L. TAILLIEU, *Fiscaliteit nu. Personenbelasting. Aanslagjaar 2002, inkomsten 2001*, nr. 1255.

¹⁴¹ Rb. Bergen 19 november 2003, *F.J.F.* 2005, afl. 1, 38. Zie ook *supra* nr. 60 waarbij de fiscus het tegenbewijs voor de exceptie aanwendt als bewijs voor het middel uit art. 90, 1° W.I.B...

¹⁴² S. SABLON, "Het normaal beheer van een privaat vermogen", *l.c.*, 106; P. SIBILLE, *l.c.*, 958.

¹⁴³ S. SABLON, *l.c.*, 106. P. SIBILLE, *l.c.*, 958.

¹⁴⁴ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 678, nr. 688; A. CALICIS, "À propos de "la gestion normale du patrimoine privé"...", *l.c.*, 4; A. SPRUYT, "Over de belasting van meerwaarden op bestanddelen die deel uitmaken van een privé-patrimonium" in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 805. Contra: Com. I.B., nr. 90/5.3 (waarbij de fiscus uitgaat van een te eenvoudige bewijsvoering)

¹⁴⁵ M. ANDRE, "De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen", *l.c.*, nr. 719, 2366.

¹⁴⁶ Art. 171, eerste zin en 1° a W.I.B.

¹⁴⁷ A. TYBERGHIEN, K. VAN DUYSE e.a., *Handboek voor Fiscaal Recht*, Brussel, nr. 1303, p. 216.

categorieën van diverse inkomsten, waaronder deze bedoeld in art. 90 1°, mogen de lasten en verwervingskosten worden afgetrokken, op voorwaarde evenwel dat de belastingplichtige het bewijs levert met alle bewijsmiddelen van gemeen recht (met uitzondering van de eed)¹⁴⁸. Als het gaat om een operatie die zich over verschillende jaren uitstrekt, moet de Administratie rekening houden met het geheel van de kosten die gedragen werden gedurende die ganse periode¹⁴⁹.

De beroepsverliezen die werden geleden als gevolg van een bepaalde beroepsactiviteit gedurende het belastbaar tijdperk zijn aftrekbaar van de inkomsten van de andere beroepswerkzaamheden uit art. 23 W.I.B.

Voor de diverse inkomsten geldt daarentegen een beperkte verliescompensatie. Verliezen op vermogenstransacties zijn alleen aftrekbaar als het speculatieve verlies betreft en verliezen op de overdracht onder bezwarende titel van bebouwde of onbebouwde onroerende goederen¹⁵⁰. Deze aftrekbaarheid is bovendien verbonden aan bepaalde voorwaarden. Enerzijds dient de belastingplichtige het bewijs te leveren van het bestaan van het verlies en anderzijds zijn ze slechts overdraagbaar gedurende vijf jaar. Daarbij moet men wel aanvaarden dat de nakomende winsten die het compenseerbare verlies overschrijden weerom belastbaar zullen zijn¹⁵¹.

Wat eveneens van belang is: verliezen, kosten en lasten zijn slecht aftrekbaar binnen de eigen categorie van diverse inkomsten en niet overdraagbaar van de ene naar de andere categorie. Het verlies mag daarom enkel in aftrek worden gebracht van de toevallige en speculatieve winsten en baten die tijdens de vijf volgende belastbare tijdperken werden behaald uit prestaties als bedoeld in art. 90, 1° W.I.B.¹⁵². De regel van de onbeperkt in de tijd recupereerbare beroepsverliezen werd dus niet doorgetrokken voor wat de diverse inkomsten betreft¹⁵³.

Verliescompensatie tussen echtgenoten is toegestaan, maar enkel op diverse inkomsten van dezelfde aard¹⁵⁴.

4.3. BELASTBAAR TIJDSTIP

Aangezien art. 98 W.I.B. uitdrukkelijk stelt dat de in art. 90, 2°, 5° tot 7° bedoelde inkomsten de bedragen zijn die aan de genietter werkelijk betaald of

¹⁴⁸ Zie artt. 97 e.v. W.I.B.

¹⁴⁹ Brussel 29 juni 2001, *F.J.F.* 2002, afl. 5, 386; O. D'AOÛT, *l.c.*, 75.

¹⁵⁰ Art. 103 W.I.B.

¹⁵¹ A. TYBERGHEIN, K. VAN DUYSSE e.a., *o.c.*, nr. 1303, p. 217.

¹⁵² P. BEGHIN en I. VAN DEN WOESTEYNE, *Handboek personenbelasting 2003-2004*, 565; P. BELLEN, "Les revenus divers sont taxables au taux progressif s'il est plus favorable que le taux distinct", (noot onder Arbitragehof 10 maart 2004), *Act. Fisc.* 2004, afl. 18, 1 – 3.

¹⁵³ M. GHYSELEN, "§ 5. Inkomstenbelasting", *l.c.*, 58.

¹⁵⁴ Art. 63 § 2 KB W.I.B.

toegekend worden, besloot de meerderheid van de doctrine tot voor kort dat de in 1°, 3°, 4°, 8° tot 9° bedoelde inkomsten belastbaar zijn vanaf het ogenblik dat de vordering ontstaat¹⁵⁵.

Deze opvatting werd echter niet gevolgd door het Hof van Cassatie. Het hoogste rechtscollege was van mening dat er geen enkele wettelijke basis bestaat waaruit kan worden afgeleid dat een occasionele winst of baat belastbaar zou zijn vanaf het ogenblik dat zij voortvloeit uit een zekere en vaststaande schuldvordering¹⁵⁶. Deze zienswijze werd later bevestigd¹⁵⁷, zodat diverse inkomsten sub art. 90, 1° voortaan belastbaar zijn op het ogenblik dat hun bedrag daadwerkelijk wordt ontvangen en niet vanaf het moment waarop de schuldvordering die eraan ten grondslag ligt, zeker en vaststaand is¹⁵⁸.

4.4. TARIEF

De diverse inkomsten uit art. 90, 1° zijn onderworpen aan een bijzonder stelsel van aanslag. Zij worden in tegenstelling tot de beroepsinkomsten niet samengevoegd met de andere inkomsten om globaal en progressief te worden belast, maar afgezonderd en apart belast aan een vast tarief. In casu gaat het om een tarief van 33 %, tenzij de toepassing van de progressieve aanslagvoeten voordeliger is (art. 171, 1°, a W.I.B.)¹⁵⁹.

5. DE INGENIEUZE HUISVADER: DE RELATIE TUSSEN MEERWAARDEN, CONSTRUCTIES EN ART. 90, 1° W.I.B.

Hoewel we mogen uitgaan van het bestaan van een beginsel van de vrije keuze van de minst belaste weg¹⁶⁰, blijkt dat de fiscus via art. 90, 1° toch afbreuk wenst te doen aan enige ontwikkelde fiscale creativiteit die volgt uit een doordachte interpretatie van de wet. Dit blijkt zeer duidelijk uit een aantal gevallen die door de fiscus incompatibel worden geacht met art. 90, 1° W.I.B. Het komt erop neer dat deze praktijken ofwel als speculatie worden beschouwd door hun complexe karakter, ofwel strijdig met een normaal beheer van een privé-vermogen worden bevonden wegens hun doordacht opzet. In bepaalde gevallen heeft het begrip beroepswerkzaamheid zelfs nog belang.

¹⁵⁵ A. TYBERGHEIN, K. VAN DUYSSE e.a., *o.c.*, nr. 1303, p. 217. Contra: O. D'AOÛT, *l.c.*, 76.

¹⁵⁶ Cass. 1 februari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 113 en *F.J.F.* 2002, 119; S. DE CEULAER, noot onder Cass. 19 april 1999, *A.F.T.* 2001, p. 349, nr. 9; W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, "Diverse inkomsten", *l.c.*, p. 1242.

¹⁵⁷ Cass. 19 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 519 en *F.J.F.* 2002, 120, noot.

¹⁵⁸ M. GHYSELEN, "§ 5. Inkomstenbelasting", *l.c.*, 59. Toch zien sommige rechters het nog altijd anders.

¹⁵⁹ P. BEGHIN en I. VAN DEN WOESTEYNE, *o.c.*, 565.

¹⁶⁰ Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1082 (Brepols); S. DE CEULAER, "Enkele kanttekeningen bij recente (inter)nationale evoluties inzake privé-meerwaarden", *T.F.R.* 2001, p. 633, nr. 11.

Art. 90, 1° heeft onder impuls van de fiscus vooral met betrekking tot de meerwaarden en nu recent met de praktijk van de kasgeldvennootschappen zijn status als fiscaal succesnummer waargemaakt. Een zekere mate van toelichting is daarom meer dan welkom.

Toch dient nu al te worden opgemerkt dat de rechter de begrippen “fiscale planning” en “goede huisvader” niet even tegenstrijdig acht als de Administratie¹⁶¹. Men moet immers oog hebben voor de burger die in gelijkaardige omstandigheden handelt zonder zomaar de gedragingen te herleiden tot het beheer van “de man in de straat”¹⁶².

5.1. ALGEMENE MEERWAARDEN OP AANDELEN

5.1.1. Algemeen

Dit is het klassiek thema waarbij art. 90, 1° W.I.B. ter sprake komt. Algemeen wordt aangenomen dat meerwaarden op hoofdzakelijk aandelen niet belastbaar zouden zijn¹⁶³. Deze slagzin keert vaak terug in de communicatie van financiële instellingen met hun klanten.

Maar de basis waarop die uitspraak is gebaseerd is bij nader inzicht niet zo solide. Dit zogenaamde principe geldt volgens de letter van de wet immers omgekeerd: meerwaarden op aandelen zijn wél belastbaar, TENZIJ ze behoren tot een privaat vermogen dat op een normale manier wordt beheerd¹⁶⁴.

Dat de beleggende Belg bij deze transacties tot op heden relatief weinig geplaagd werd door de fiscus, is eerder het gevolg van een beleid van de Minister van Financiën dan van art. 90, 1° W.I.B., wat moeilijk te verenigen valt met art. 172 G.W.¹⁶⁵. De mogelijkheid van taxatie bestaat dus wel degelijk.

Wanneer het vermogen niet wordt gebruikt voor de uitoefening van de beroepsactiviteit en niet onderworpen is aan de daarmee gepaard gaande risico's (*privé-vermogen*) worden de meerwaarden van dat vermogen niet belast, behoudens als diverse inkomsten. Meerwaarden op bedrijfsvermogen

¹⁶¹ X., noot onder Rb. Luik 15 januari 2004, *Fisc. Koer.* 2004, afl. 7, 405.

¹⁶² Rb. Bergen 14 oktober 2003, *F.J.F.* 2004, afl. 5, 418 en *T.F.R.* 2004, 471, noot S. DE CEULAER, waarbij de belangrijke omvang van het vermogen op de eerste plaats komt bij de beoordeling.

¹⁶³ Deze opvatting is gesteund op de parlementaire voorbereiding van de Wet van 20 november 1962, die stilaan gedateerd aandoet in het kader van hoogontwikkelde aandelentransacties.

¹⁶⁴ A. HAELTERMAN, ““Interne” privé-meerwaarden op aandelen: belastbaar?”, *l.c.*, 2; W. NIEMEGEERS, “Beurswinsten op aandelen kunnen toch belastbaar zijn! Biedt het bankgeheim voldoende bescherming?”, *l.c.*, 157; A. TYBERGHEIN, K. VAN DUYSSE e.a., *o.c.*, nr. 1298, p. 204.

¹⁶⁵ W. NIEMEGEERS, *l.c.*, 157.

daarentegen worden in principe wel belast als bedrijfsinkomen, wanneer het bedrijfsbestanddeel wordt gebruikt in een onderneming of een vrij beroep¹⁶⁶. Het gaat hier over de meerwaarden die voortvloeien uit het privé-vermogen.

5.1.2. Speculatie?

Zoals reeds werd gesteld voor speculatie in het algemeen, zullen aandelentransacties die resulteren in een meerwaarde in bepaalde overeenkomstige omstandigheden als speculatief worden beschouwd en bijgevolg de “kwaliteit” van diverse inkomsten aannemen¹⁶⁷. Wanneer er bijvoorbeeld slechts een korte tijdspanne is verlopen tussen de oprichting van de vennootschap en de verkoop van de aandelen, kan dit worden gekwalificeerd als speculatie aangezien de verkoop al plaatsvond voordat er van enige exploitatie sprake was¹⁶⁸.

In een andere zaak werd het speculatief karakter van een aandelenverkoop dan weer afgeleid uit het feit dat de verkopers de aankoop van de aandelen slechts met 20% via eigen middelen hadden gefinancierd waarbij er wel geen belang werd gehecht aan de korte periode tussen aan – en verkoop¹⁶⁹. Indien het patrimonium van de belastingplichtige als gevolg van de aandelenverwerving nooit in gevaar werd gebracht, is er ook geen sprake van enig risico en bijgevolg is een essentiële voorwaarde om te spreken van speculatie afwezig¹⁷⁰. In sommige uitspraken wordt de wanverhouding tussen aan - en verkoopprijs geïllustreerd¹⁷¹. Dit is eerder streng, aangezien de aandelen van bepaalde sectoren nu eenmaal sneller en meer stijgen dan andere¹⁷².

De belastingadministratie neemt aan dat beursverrichtingen normaal gezien kaderen binnen het normale beheer van het privé-vermogen, zelfs als het om herhaalde aan – en verkooptransacties gaat¹⁷³ (*cf. supra*). Zelfs indien iemand werkelijk speculeert op de beurs zonder blijk te kunnen geven van een normaal beheer, gebeurt het eerder zelden dat die persoon ook effectief wordt belast. De fiscus heeft immers geen informatie over beleggingen op de beurs¹⁷⁴.

¹⁶⁶ Voor meerwaarden op bedrijfsvermogen, zie T. AFSCHRIFT, *L'impôt des personnes physiques*, p. 384 – 442.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 689, nr. 697.

¹⁶⁸ Antwerpen 2 februari 1993, *F.J.F.* 1993, 390 en *Fisc. Koer.* 1993, 453, noot.

¹⁶⁹ Antwerpen 18 november 1997, *Fisc. Act.* 1998, afl. 2, 4 en *F.J.F.* 1998, 106; zie ook A. HAELTERMAN, *l.c.*, 2.

¹⁷⁰ Brussel 5 februari 1999, *Fisc. Koer.* 1999, 261, noot.

¹⁷¹ Luik 19 december 1991, *Bull. Bel.* 1993, nr. 723, 121.

¹⁷² J. DE KORT, “De belastingheffing over door particuliere aandeelhouders gerealiseerde meerwaarden op aandelen”, *l.c.*, 590; W. NIEMEGEREERS, “Beurswinsten op aandelen kunnen toch belastbaar zijn! Biedt het bankgeheim voldoende bescherming?”, *l.c.*, 155.

¹⁷³ BIBF, *Belasting – en beleggingsgids 2004*, p. 193; M. ELOY, “Gérer son patrimoine privé en bon père de famille”, *l.c.*, 5, nr. 5.1.

¹⁷⁴ A. DE LA CHEVALERIE en J. STEENACKERS, “Wanneer bent u een ‘speculatieve’ belegger?”, *l.c.*, 38.

Toch is het opletten geblazen, want de fiscus kan de identiteit van een “anonieme” beursbelegger wel op een indirecte manier achterhalen, namelijk via een indiciaire taxatie. Dit is het geval als de fiscus vaststelt dat de aangegeven inkomsten niet in overeenstemming zijn met dure bestedingen¹⁷⁵. De belegger kan dit verantwoorden door te verwijzen naar zijn aandelentransacties, maar dan kan bij nader onderzoek speculatie aan het licht komen¹⁷⁶. In dat geval zal het door de fiscus begrote inkomen belastbaar zijn als diverse inkomsten voorzover de aandelentransacties niet kunnen worden gekwalificeerd als uitgaande van een goede huisvader¹⁷⁷.

In dit verband kan men zich afvragen hoe de beleggingswinsten van zogenaamde ‘*day traders*’ en de daarmee gepaard gaande graad van speculatie moeten worden beoordeeld. Naar aanleiding van een parlementaire vraag werden helaas eens te meer een aantal criteria aangebracht die reeds genoegzaam bekend zijn, o.a. de wanverhouding tussen verkoop- en aankoopprijs; financiering via lening; de kans op een grote winst, maar ook op een omvangrijk verlies, ...¹⁷⁸ In casu wordt er wel veel belang gehecht aan de verhouding tussen de omvang van de aangewende middelen tot het privévermogen van de betrokken belastingplichtige. Hierdoor kan een quasi identieke transactie al dan niet als belastbaar worden beschouwd gelet op de omvang van het vermogen van de individuele belastingplichtige¹⁷⁹. Deze beleggers spelen dus wel hoog spel in vergelijking met de huisvader die slechts halfjaarlijks een order plaatst¹⁸⁰.

Voor niet-beursgenoteerde effecten kan er daarentegen wel sprake zijn van speculatie als er bijvoorbeeld een belangrijke wanverhouding bestaat tussen aan – en verkoopprijs en de meerwaarde ook het gevolg is van zekere ‘zakenrelaties’¹⁸¹ of als contracten worden verkocht vooraleer ze worden aangekocht, de termijn tussen aan – en verkoop kort is en de verrichting als enig doel had te gokken op verwachte prijsstijgingen of – dalingen om op zeer korte termijn belangrijke winsten te realiseren¹⁸². Dit is dus eens te meer een casuïstische aangelegenheid¹⁸³.

¹⁷⁵ Zie W. NIEMEGERES, “Beurswinsten op aandelen kunnen toch belastbaar zijn! Biedt het bankgeheim voldoende bescherming?”, *l.c.*, 160; J. STEENACKERS, “Vermogensbelasting: is het sop de kool waard?”, *Cash* 2005, afl. 15, 46.

¹⁷⁶ A. DE LA CHEVALERIE en J. STEENACKERS, *l.c.*, 38.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 38.

¹⁷⁸ *Vr. en Antw.* Senaat 1999-2000, 9 mei 2000, 929-931 (Vr. nr. 632 VAN QUICKENBORNE); T. AFSCRIFT, *L'impôt des personnes physiques*, nr. 698, p. 691.

¹⁷⁹ A. TYBERGHEIN, K. VAN DUYSE e.a., *Handboek voor Fiscaal Recht*, p. 205.

¹⁸⁰ S. DE CEULAER, “Enkele kanttekeningen bij recente (inter)nationale evoluties inzake privé-meerwaarden”, *T.F.R.* 2001, nr. 6, p. 631.

¹⁸¹ Luik 19 december 1991, *Bull. Bel.*, 1993, nr. 723, 121.

¹⁸² Brussel 17 oktober 1997, *F.J.F.* 1997, afl. 9, 554 (aan – en verkoop van koffie en cacao op de beurs van Londen) ; M. ELOY, *l.c.*, 4.

¹⁸³ J. DE KORT, “De belastingheffing over door particuliere aandeelhouders gerealiseerde meerwaarden op aandelen”, *l.c.*, 590.

Wat de algemene beoordeling van meerwaarden op aandelen betreft, is de fiscus stilaan tot volgende opvatting gekomen: elke operatie die zich niet beperkt tot het eenvoudig aanhouden van een deelneming gedurende een redelijk geachte termijn is verdacht, zeker wanneer de (snelle) wederverkoop niet gebeurt uit noodzakelijkheid op grond van bepaalde “rechtmatige behoeften”¹⁸⁴.

Hoewel de rechtspraak dus ook wel speculatie aanneemt als de indicatieve omstandigheden daarvoor aanwezig zijn¹⁸⁵, is er toch een tendens merkbaar die afwijkt van het rigide standpunt van de fiscus en meer ruimte laat¹⁸⁶. Zo kunnen er immers andere dan speculatieve motieven aanleiding zijn voor de verkoop van aandelen die niet zozeer noodzakelijk dienen te zijn¹⁸⁷.

5.1.3. Beroepskarakter?

Ook bij deze kapitaalsverrichtingen kan, eerder uitzonderlijk, de vraag naar een beroepsinkomen worden gesteld¹⁸⁸. Het Hof van Cassatie heeft immers geoordeeld dat opeenvolgende aandelentransacties met betrekking tot belangrijke aandelenpakketten in vennootschappen onderling voldoende verbonden waren om als een winstgevende bezigheid te worden gekwalificeerd¹⁸⁹.

Ook de handelingen van de eerder genoemde *day traders* kunnen onder de noemer “beroepswerkzaamheid” worden gebracht voorzover ze er voldoende herhaling is¹⁹⁰. Dit hoeft niet altijd negatief te zijn: wie spreekt van beroepswerkzaamheid en winst, denkt ook aan de grotere marge voor aftrekbare verliezen.

5.2. BIJZONDERE MEERWAARDEN: INTERNE PRIVÉ-MEERWAARDEN¹⁹¹

Hierbij wordt een bijzondere categorie van meerwaarden op aandelen bedoeld. Met de term interne meerwaarden worden de meerwaarden op aandelen in

¹⁸⁴ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, p. 693, nr. 700: dit is een ongeoorloofde toevoeging aan art. 90, 1° en bovendien kan de Administratie willekeurig bepalen wat dan wel die noodzakelijkheid wegens legitieme redenen inhoudt.; A. HAELTERMAN, ““Interne” privé-meerwaarden op aandelen: belastbaar?”, *l.c.*, 2-3.

¹⁸⁵ T. AFSCHRIFT, p. 693-695; M. ELOY, *l.c.*, p. 5, nr. 5.2 (belangrijk verschil tussen aan – en verkoopprijs, kort tijdsbestek, gebruik van vennootschappen i.p.v. eigen middelen...).

¹⁸⁶ M. ELOY, *l.c.*, p. 5, nr. 5.3.

¹⁸⁷ Aandeelhoudersovereenkomsten, wettelijke beperkingen op aandeelhoudersbezit, zekere beroepswerkzaamheid,...

¹⁸⁸ W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, “Diverse inkomsten”, *l.c.*, p. 1252.

¹⁸⁹ Cass. 7 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, afl. 10, 1942, *F.J.F.* 2001, 626, noot.

¹⁹⁰ Er is dan immers sprake van een winstgevende bezigheid (cf. supra en Verslag van de Commissie voor de Financiën van de Staat, *Parl. St.* Senaat 1961-62, nr. 366/148); zie ook A. CALICIS, “À propos de “la gestion normale du patrimoine privé...””, *l.c.*, 5.

¹⁹¹ Deze fiscale topic kende de afgelopen maanden een belangrijke innovatie waarbij het administratief standpunt bij monde van de Minister van Financiën een andere invulling kreeg.

werkmaatschappijen bedoeld, gerealiseerd naar aanleiding van de (vrijwel volledige) verkoop aan en/of de inbreng van die aandelen in een eigen holdingvennootschap in het bijzonder. De holding gaat een lening aan bij een financiële instelling om de aankoopprijs van de aandelen te betalen. Die lening wordt dan terugbetaald door middel van de reserves van de werkvennootschap, die als dividenden worden uitgekeerd aan de holding. Omdat deze dividenden al werden belast bij de uitkerende vennootschap, worden zij bij de holding door het regime van de definitief belaste inkomsten quasi niet meer belast.

Het voordeel voor de aandeelhouder is tweevoudig. Enerzijds realiseert hij een belastingvrije meerwaarde op zijn aandelen¹⁹². Indien hij de meerwaarde via *dividend* zou ontvangen, is dat niet aftrekbaar voor de vennootschap en hijzelf moet dan 25% roerende voorheffing betalen. Ook een uitkering via *loon* zou geen oplossing zijn: wel een aftrekbare kost voor de vennootschap, maar in hoofde van de begunstigde progressief belastbaar tot 50%. Anderzijds behoudt hij, via zijn participatie in de holding, de controle over de werkvennootschap.

Aangezien de fiscale weldaden voor de hand liggen, is deze vorm van opbrengsten uit privé-vermogen dan ook sinds geruime tijd opgemerkt door de fiscus en de invloed van art. 90, 1° doet zich dienovereenkomstig voelen. Ook in de rechtsleer heeft dit type van inkomsten al talrijke pennen in beweging gebracht¹⁹³.

5.2.1. Standpunt fiscus

In casu is de fiscus de laatste jaren art. 90, 1° W.I.B. letterlijk gaan lezen: “prestatie, verrichting of speculatie” leidt tot belastbaarheid¹⁹⁴. Op grond van deze alternatieve lezing wordt de essentie, speculatie, steeds meer op een andere manier ingevuld: de normaliteit van de *verrichting* wordt een beoordelingselement van *speculatie* (*cf. supra*)¹⁹⁵.

Op die manier wordt het tegenbewijs voor een normaal beheer ten aanzien van de belastingplichtige wel vergemakkelijkt in hoofde van de fiscus (*cf. supra*). Volgens de fiscus kan de oprichting en tussenkomst van een holdingvennootschap namelijk bezwaarlijk als een gewone belegging in het

¹⁹² M. ELOY, *l.c.*, p. 6, nr. 5.7; A. HAELTERMAN, *l.c.*, 3.

¹⁹³ Zie o.m. S. DE CEULAER, “Enkele kanttekeningen bij recente (inter)nationale evoluties inzake privé-meerwaarden”, *l.c.*, 627 – 638; G. GOYVAERTS, “REA Leuven stelt interne meerwaarden op aandelen belastbaar...de overweging daartoe wordt echter nauwelijks in het vonnis vermeld”, (noot onder Rb. Leuven 11 januari 2002), *l.c.*, 696-698; A. HAELTERMAN, *l.c.*, 1 – 4 en E. SANSEN, “Interne meerwaarden op aandelen: overzicht van recente rechtspraak”, *Fisc. Act.* 2004, afl. 13, 3-6.

¹⁹⁴ X., noot onder Rb. Leuven 25 juni 2004, *Fisc. Koer.* 2004, 757.

¹⁹⁵ *Beknopt Verslag Kamercommissie Financiën*, 20 april 2004, 14-15 waarbij de Minister letterlijk zegt: “Voor de toepassing van art. 90 hoeft er geen sprake te zijn van speculatie”, terwijl dit juist de essentie is.

kader van een normaal privé-patrimonium worden aanzien¹⁹⁶. Hoewel de parlementaire antwoorden ogenschijnlijk¹⁹⁷ genuanceerder worden (“geval tot geval beoordelen”)¹⁹⁸, wordt het strakke gezichtspunt tot voor kort toch bevestigd en gehandhaafd in de rullingpraktijk¹⁹⁹.

In het antwoord van de Minister kan het daarom van belang zijn om de woorden “eigen holding” heel letterlijk te nemen²⁰⁰. Indien de aandelen worden gekocht door een aan de belastingplichtige vreemde vennootschap is er een grote kans op afwezigheid van heffing²⁰¹.

Er is echter recentelijk een versoepeling van deze zeer strenge houding. Onder invloed van de laatste rulings op dit vlak komt de Minister als antwoord op een parlementaire vraag tot volgend standpunt: de meerwaarden die een natuurlijk persoon verwezenlijkt bij de inbreng in zijn eigen holding van aandelen, die een meerderheids – of controlebelang in een vennootschap uitmaken, zijn geen diverse inkomsten in de zin van art. 90, 1° W.I.B.²⁰² Maar deze opvatting is onderworpen aan vier voorwaarden, die bovendien cumulatief aanwezig moeten zijn gedurende een periode van drie jaar vanaf de inbreng²⁰³.

Eerst en vooral mag de holdingvennootschap geen kapitaalvermindering doorvoeren. Ten tweede is het ook de werkmaatschappij niet toegelaten een kapitaalvermindering door te voeren, tenzij die middelen door de holdingmaatschappij worden gebruikt voor bijvoorbeeld nieuwe investeringen of financiering van andere groepsvennootschappen of verbonden ondernemingen. Die geldmiddelen mogen wel niet doorstromen naar de aandeelhouders – natuurlijke personen. Ten derde mag de werkmaatschappij dividenduitkeringen niet wijzigen in vergelijking met het voorheen gevoerde dividendbeleid. Hogere dividenden mogen wel worden uitgekeerd voor de zojuist aangehaalde “legitieme doeleinden”, te weten nieuwe investeringen of financiering van andere groepsvennootschappen of verbonden ondernemingen,

¹⁹⁶ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 704, p. 694-695; A. HAELTERMAN, *l.c.*, 3; W. NIEMEGERES en E. POMPEN, “Aanpak fiscus dreigt jaarlijks 5000 bedrijven noodlottig te worden. Familiale holding zwaar onder vuur”, *Trends* 2004, afl. 34, 65.

¹⁹⁷ C. VAN BIERVLIET, “Interne meerwaarden: minister bevestigt streng administratief standpunt”, *Fisc. Act.* 2004, afl. 18, 6.

¹⁹⁸ Zie *Beknopt Verslag Kamercommissie Financiën*, 19 oktober 2004, 4-5; S. LAMOTE, “Art. 90, 1° WIB 1992: fusierichtlijn als *deus ex machina*? Interne meerwaarden op aandelen: komt minister terug op zijn standpunt?”, *Fisc. Act.* 2004, afl. 43, 6-8.

¹⁹⁹ X., [Art. 90, 1° W.I.B. 92. Interne privé-meerwaarden], *Fiscoloog* 2005, afl. 969, 14 – 15.

²⁰⁰ In het verleden werd de “verkoop aan zichzelf” reeds bezwaarlijk als een normaal vermogensbeheer beschouwd, zie S. DE CEULAER, “Enkele kanttekeningen bij recente (inter)nationale evoluties inzake privé-meerwaarden”, *l.c.*, p. 628, nr. 3.

²⁰¹ C. VAN BIERVLIET, *l.c.*, 7 (zoals verkoop aan de vennootschap van de echtgenoot bij huwelijk onder zuivere scheiding van goederen).

²⁰² Zie *Vr. en Antw.* Kamer 2004 – 2005, 23 februari 2005, 16865 (Vr. nr. 657 VAN CAMPENHOUT)

²⁰³ A. COOLS, “Art. 90, 1° WIB 1992. Interne meerwaarden: minister bevestigt versoepeling”, *Fisc. Act.* 2005, afl. 36, 4.

maar ook voor uitbetaling van uittredende aandeelhouders voorzover de hogere dividenden worden aangewend ter terugbetaling van een lening of de aflossing van een rekening – courant die werd aangegaan voor de uitkoop van sommige aandeelhouders. Deze terugbetaling respectievelijk aflossing moet echter wel over een voldoende lange periode worden gespreid. Hierbij wordt nogmaals beklemtoond dat deze vermeerdering van dividend zeker niet rechtstreeks ten goede mag komen aan de aandeelhouders – natuurlijke personen. Ten vierde en ten laatste dienen de door de werkmaatschappij betaalde managementfees, bedrijfsleidersbezoldigingen, enz. overeen te stemmen met de vroegere bedrijfsleidersbezoldigingen. Deze geldstroom van werkmaatschappij naar holding lag wel hoger zijn dan voorheen als blijkt dat daar daadwerkelijke prestaties tegenover staan (zoals boekhouding en personeel) die vroeger op het niveau van de werkmaatschappij werden verricht en nu door de holding worden uitgevoerd (eventueel met overdracht van het betrokken personeel) én marktconform zijn worden doorgerekend.

In vergelijking met het vroegere standpunt dat geen prima facie uitzonderingen toeliet en daarom fel werd bekritiseerd (zie verder), zal deze “feitelijke vrijstelling onder voorwaarden” ongetwijfeld positiever worden onthaald. Door dit uitgebreide antwoord heeft de praktijkjurist voortaan tenminste een zeker richtsnoer om op verder te bouwen. Het leven van fiscalisten hoeft niet altijd moeilijk te zijn.

Maar ondanks het feit dat de fiscale hemel voor de betrokken belastingplichtigen en hun raadgevers lijkt op te klaren, is enige reserve en zelfs voorzichtigheid toch op zijn plaats. Bovenal kan men zich de vraag stellen of de gevolgde werkwijze wel volledig wettelijk, a fortiori grondwettelijk is. Er werd reeds eerder aangegeven welke beoordeling de taxatie op basis van artikel 90, 1° W.I.B. vereist (*cf. supra*). In plaats van deze evaluatie te maken voor elk individueel geval, worden nu een viertal voorwaarden vooropgesteld die ertoe leiden dat de belastingadministratie art. 90, 1° niet meer zal toepassen op de interne meerwaarden, *en dit zonder na te gaan of er al dan niet voldaan is aan de voorwaarden van art. 90, 1°*.

In een grondwettelijk kader lijkt het ministeriële standpunt moeilijk te verenigen met art. 172 van de Grondwet. Zo kan onder meer het verschil in behandeling in functie van het feit of de belastingplichtige al dan niet onmiddellijk de inkomsten (belastingvrij) overhevelt naar zijn privévermogen, dan wel na een wachtperiode van drie jaar mogelijk aanleiding geven tot een onverantwoorde discriminatie tussen verschillende categorieën van belastingplichtigen.

Tussen de geschetste vernieuwende stellingname van de Minister enerzijds en de rulings die tot dit antwoord aanleiding hebben gegeven anderzijds, bestaan bovendien bepaalde verschillen. De Dienst voor Voorafgaande Beslissingen (de Rulingcommissie) vereiste bijvoorbeeld niet dat de inbrengen

meerderheidsparticipaties betroffen²⁰⁴. Wanneer de premissen en de conclusie niet in dezelfde lijn liggen, mag de wakkere lezer beginnen te twifelen aan de houdbaarheid van het antwoord.

5.2.2. Standpunt Rechtbanken

Hoewel de rechtspraak ook wel speculatie aanneemt als de indicatieve omstandigheden daarvoor aanwezig zijn²⁰⁵, is er toch een tendens merkbaar die het rigide standpunt van de fiscus nuanceert²⁰⁶. Zo kunnen er immers andere dan speculatieve motieven aanleiding zijn voor de verkoop van aandelen²⁰⁷. Indien de belastingplichtige zijn omvangrijk patrimonium op het vlak van erfopvolging wil herorganiseren via de verkoop aan een holdingmaatschappij of zelfs alleen de belastingdruk op dat patrimonium op die manier wil verlichten, handelt hij in casu bij uitstek als een goede huisvader²⁰⁸. De rechter brengt de operatie in die gevallen in verband met de omvang van het vermogen²⁰⁹. Zelfs als wordt speculatie dan ten laste gelegd, kan men toch een beroep doen op de exceptie.

Ondanks deze overwegend toegeeflijke houding kan de beoordeling van rechtbank tot rechtbank verschillen. Zo werd de meerwaarde uit de verkoop van aandelen aan een vennootschap gehouden door de volgende generatie in het ene geval wel als een divers inkomen beschouwd²¹⁰, in het andere niet²¹¹.

In de voor de belastingplichtige negatieve recente vonnissen is er één constante: de rechter struikelde telkens over de wanverhouding tussen aan – en verkoopprijs en over het feit dat de transacties elkaar binnen korte tijd opvolgden²¹². Zo was, naast andere omstandigheden, een verkoopprijs die 98 keer hoger lag dan de verkoopprijs of zelfs het 100-voudige bedroeg onoverkomelijk²¹³. Deze appreciatie valt met enige toegeeflijkheid nog te

²⁰⁴ Een participatie van 25 % kon blijkbaar al voldoende zijn, zie A. STOCKMAN, “Interne meerwaarden: zekerheid omtrent niet – toepassing van artikel 90, 1° W.I.B. 92 is mogelijk als bepaalde voorwaarden nageleefd worden”, *Accountancy & fiscaliteit* 2005, afl. 38, 3.

²⁰⁵ M. ELOY, *l.c.*, p. 5, nr. 5.2 (belangrijk verschil tussen aan – en verkoopprijs, kort tijdsbestek, ...).

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 5, nr. 5.3; E. SANSEN, *l.c.*, 3.

²⁰⁷ Aandeelhoudersovereenkomsten, wettelijke beperkingen op aandeelhoudersbezit, ...

²⁰⁸ Rb. Bergen 14 oktober 2003, *F.J.F.* 2004, afl. 5, 418 en *T.F.R.* 2004, 471, noot S. DE CEULAER.

²⁰⁹ E. SANSEN, *l.c.*, 5-6.

²¹⁰ Rb. Leuven 4 oktober 2002, *T.F.R.* 2003, 902, noot S. VAN BREEDAM; zie ook Rb. Leuven 11 januari 2002, *T.F.R.* 2002, 695, noot G. GOYVAERTS. Volgens S. DE CEULAER zijn deze vonnissen weinig overtuigend: zie S. DE CEULAER, “Interne privé-meerwaarden: het kan ook onbelast”, (noot onder Rb. Bergen 14 oktober 2003), *T.F.R.* 2004, 477.

²¹¹ Rb. Luik 19 december 2002, *T.F.R.* 2003, 903, noot S. VAN BREEDAM: dezelfde redenen als bij Rb. Bergen 14 oktober 2003, nl. verzekeren opvolging familiebedrijf en vermijden van conflicten tussen erfgenamen.

²¹² C. VAN BIERVLIET, *l.c.*, 7; E. SANSEN, *l.c.*, 3.

²¹³ Rb. Leuven 11 januari 2002, *T.F.R.* 2002, 695, noot G. GOYVAERTS (100 keer hoger); Rb. Gent 5 november 2003, *F.J.F.* 2004, afl. 8, 742 (98 keer hoger).

verenigen met de essentie van speculatie; de intentie om belangrijke winsten te realiseren²¹⁴. Een kleine opmerking: sinds de jaren tachtig is de (snelle) wederverkoop volgens het Hof van Cassatie weinig relevant meer voor speculatie. Waarom dit in casu opnieuw wordt opgevestigd, is onduidelijk²¹⁵.

Daarnaast vormt het slechts gedeeltelijk opnemen van de meerwaarde in de boekhouding van de holdingvennootschap een te vermijden steen waarover de rechter vaak struikelt²¹⁶. Uit dat feit kan de fiscus volgens de rechter terecht vermoeden dat de niet-geboekte deel van de meerwaarde bij de aandeelhouders van de holding is terechtgekomen in wiens hoofde ze dan belastbaar is als divers inkomen.

Als voorbeeld bij uitstek van de vaak “rechtsonzekere” houding van de rechtbanken kan worden verwezen naar de tegengestelde beoordelingen van twee gelijkaardige situaties op slechts één week tijd door dezelfde rechtbank²¹⁷. Bij de rechter is dus maar weinig eenduidigheid te vinden.

5.2.3. Standpunt rechtsleer

Volgens de doctrine ontwikkelt de Administratie in casu een te strikte, zelfs onlogische opvatting over de notie van het beheer van een privé-vermogen²¹⁸.

Allereerst wordt de verkeerde persoon geïdendeerd. De verrichtingen worden juridisch gezien gesteld door rechtspersonen (de werkvennootschap en de holding) waaraan de natuurlijke personen, de aandeelhouders, eigenlijk vreemd zijn. Het feit dat de natuurlijke persoon die uiteindelijk de meerwaarde realiseert tezelfdertijd aandeelhouder, misschien zelfs bestuurder is van deze vennootschappen, is op juridisch vlak irrelevant. De meerwaarde volgt niet uit zijn privé-vermogensbeheer, maar uit de beslissingen van de vennootschappen met betrekking tot hun vennootschapsvermogen²¹⁹. Zo is het belasten van het niet-geboekte deel van de meerwaarde bij de ontvangende vennootschap opmerkelijk. Ook al zijn de meerwaarden niet correct geboekt, ze zijn uiteindelijk nog altijd door de holding en niet door de aandeelhouders gerealiseerd²²⁰.

²¹⁴ Contra: G. GOYVAERTS, *l.c.*, 697.

²¹⁵ Sinds de arresten van Cass. 15 mei 1987 en 6 mei 1988 staat de intentie centraal.

²¹⁶ Zie Rb. Namen, 27 maart 2002, *A.F.T.* 2002, afl. 8-9, 333, noot D. JAECQUES; S. VERTOMMEN, “Is een niet-geboekte meerwaarde belastbaar bij de aandeelhouder?”, *Fisc. Act.* 2004, afl. 18, 4-6.

²¹⁷ Rb. Leuven 12 september 2003, *Fisc. Koer.* 2003, afl. 15, 559, noot; Rb. Leuven 19 september 2003, *Fisc. Koer.* 2003, afl. 15, 559, noot; E. SANSEN, *l.c.*, 4.

²¹⁸ Over de beoordeling van de nieuwste administratieve opvatting, zie aldaar. M. ELOY, “Gérer son patrimoine privé en bon père de famille”, *l.c.*, 1 en 7; J. KIRKPATRICK en D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 389.

²¹⁹ T. AFSCHRIFT, *o.c.*, nr. 704, p. 694-695.

²²⁰ S. VERTOMMEN, *l.c.*, 5: te verregaande opeenstapeling van vermoedens.

Voor wie deze gedachtegang te ver vindt gaan en toch een interventie van een natuurlijke persoon wil viseren, zal vaak moeten vaststellen dat die interventie niet verder gaat dan de eigenlijke aandelenverkoop²²¹. Volgens die redenering handelde de vrouw die haar aandelen in vennootschap A aan de door haar echtgenoot en zoon opgerichte vennootschap B overdroeg terecht als een “goede huismoeder”²²².

In de praktijk blijkt echter dat de administratieve aanpak van deze kwestie voorbijgaat aan deze juridische opvatting en een feitelijke (economische) benadering vanuit het standpunt van de natuurlijke personen wordt gehanteerd. De verklaring ligt voor de hand. Op grond van de juridische stelling is er namelijk niet onmiddellijk sprake van een in België belastbaar inkomen: meerwaarden op aandelen zijn immers (meestal) vrijgesteld in de vennootschapsbelasting (cf. art. 192 W.I.B.)²²³. Daarom wordt halsstarrig geprobeerd om deze meerwaarden onder de personenbelasting en art. 90, 1^o W.I.B. in het bijzonder te brengen, wat om meer dan één reden bedenkelijk is.

Aangezien de *intentie* van doorslaggevend belang is bij de beoordeling van speculatie (cf. *supra*), gaat het in casu allereerst niet om speculatie: het behalen van een opbrengst is namelijk niet het beoogde doel. Integendeel: de inkomsten per aandeel zijn al aanwezig in het kapitaal van de werkvennootschap en worden alleen op een fiscaalvriendelijke manier naar de houders van de aandelen overgebracht²²⁴. Dividend of meerwaarde is dan louter een etiket voor het positieve saldo (want vaak is er geen werkelijke gelduitkering) dat volgt uit een vermogensstructurering op grond van allerhande niet-speculatieve bedoelingen. Er zijn immers veel financieel – economische voordelen in het geding: vlotte successierechtelijke overgang van het vermogen binnen de familie met gelijktrekking van aandeelhoudersbelangen, verdeling van stemrechten, risicobeperking, voorkomen van onverdeeldheid, kostenrationalisatie, versteviging van de financiële en concurrentiepositie, bescherming van niet – actieve aandeelhouders et cetera²²⁵. Zelfs een fiscaal motief heeft in het kader van speculatie weinig belang²²⁶.

²²¹ Zie A. CALICIS, “À propos de “la gestion normale du patrimoine privé...”, *l.c.*, 3 waarbij ze verwijst naar het vonnis van 24 juli 2002 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel.

²²² Rb. Leuven 19 september 2003, *Fisc. Koer.* 2003, afl. 15, 559, noot (vrouw had vennootschap B niet opgericht en beheersvergoeding die diende om belastbare basis van A te veranderen werd door B gefactureerd).

²²³ Zie D. JAECQUES, noot bij Rb. Namen 27 maart 2002, *A.F.T.* 2002, afl. 8-9, 335.

²²⁴ O. D’AOUT, “Gestion du patrimoine privé, revenus de spéculation ou revenus professionnels... un arbitrage compliqué”, *l.c.*, 73.

²²⁵ *Ibid.*, 72; S. DE CEULAER, “Enkele kanttekeningen bij recente (inter)nationale evoluties inzake privé-meerwaarden”, *l.c.*, 627 – 638; S. DE CEULAER, “Interne privé-meerwaarden: het kan ook onbelast”, (noot onder Rb. Bergen 14 oktober 2003), *l.c.*, 475-476; A. HAELTERMAN, ““Interne” privé-meerwaarden op aandelen: belastbaar?”, *l.c.*, 3; W. NIEMEGEERS en E. POMPEN, “Aanpak fiscus dreigt jaarlijks 5000 bedrijven noodlottig te worden. Familiale holding zwaar onder vuur”, *l.c.*, 67; (vooral) W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2002,

Bovendien moet men zich plaatsen op het *ogenblik* van de verwerving van de aandelen, meer bepaald bij de oprichting van de werkvennootschap. Slechts in zeer uitzonderlijke situaties zal er op dat moment al een voornemen bestaan om de aandelen uiteindelijk over te dragen aan een holding²²⁷.

Bij deze vraag naar speculatie moet worden benadrukt dat de door de fiscus (impliciet) gehanteerde derde voorwaarde, de abnormaliteit van de operatie, enkel en alleen wordt aangewend om de hier besproken verrichtingen te sanctioneren, te meer daar deze omstandigheid geen enkel verband vertoont met de traditionele criteria die op alle overige gevallen van toepassing zijn. Dit gaat voor vele auteurs te ver en kan dus niet worden aanvaard²²⁸. Op die manier is speculatie op het relevante ogenblik zo goed als uitgesloten en hoeft de belastingplichtige zich eigenlijk niet eens te beroepen op de exceptie van art. 90, 1° W.I.B.²²⁹. Bij deze overweging sluit een recente beslissing van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt zich aan: *hoewel de verkoop van aandelen is gebeurd in omstandigheden die bij de belastingdienst vreemd zijn overgekomen, betekent dit nog niet dat daarmee een speculatief inzicht werd aangetoond*²³⁰.

Daarnaast duikt hier opnieuw het betwistbare standpunt inzake bewijslast op. Ook in deze context gaat de FOD ervan uit dat enkel de onverenigbaarheid met het normaal beheer van een privé-vermogen moet worden bewezen om taxatie op grond van art. 90, 1° W.I.B. te steunen²³¹ (*cf. supra*).

Een ander praktisch aspect, het belastbare tijdstip, heeft hierbij ook een invloed. Voortaan zijn de diverse inkomsten sub art. 90, 1° immers pas belastbaar op het ogenblik dat hun bedrag daadwerkelijk wordt ontvangen (*cf. supra*).

p. 970-972, nr. 2137 – 2139; S. VAN BREEDAM, “Zijn meerwaarden op aandelen ingeval van verkoop aan volgende generatie belastbaar?”, (noot onder Rb. Leuven 4 oktober 2002 en Rb. Luik 19 december 2002), *T.F.R.* 2003, 907; X., noot onder Rb. Leuven 12 september 2003 en Rb. Leuven 19 september 2003, *Fisc. Koer.* 2003, p. 563, nr. 3.

²²⁶ S. DE CEULAER, “Interne privé-meerwaarden: het kan ook onbelast”, (noot onder Rb. Bergen 14 oktober 2003), *T.F.R.* 2004, 476.

²²⁷ M. ELOY, *l.c.*, p. 7.

²²⁸ T. AFSCHRIFT en D. DANTHINE, “De la licéité de principe des ventes simultanées d’actifs et d’actions d’une société dans le but d’éviter l’impôt”, *J.D.F.* 2000, 208; G. GOYVAERTS, “REA Leuven stelt interne meerwaarden op aandelen belastbaar...de overweging daartoe wordt echter nauwelijks in het vonnis vermeld”, (noot onder Rb. Leuven 11 januari 2002), *l.c.*, 697; J. KIRKPATRICK en D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 389.

²²⁹ Zoals gezegd gaat de discussie over speculatie vooraf aan het normaal vermogensbeheer, dat slechts residuaar, bij effectieve speculatie, aan bod komt.

²³⁰ Rb. Hasselt 11 februari 2004, *Fiscoloog* 2004, afl. 928, 10.

²³¹ Zie Com. I.B., nr. 90/5.3; S. LAMOTE, “Art. 90, 1° WIB 1992: fusierichtlijn als *deus ex machina*? Interne meerwaarden op aandelen: komt minister terug op zijn standpunt?”, *l.c.*, 7 (bewijslast zo wel erg eenvoudig); X., [Art. 90, 1° W.I.B. 92. Interne privé-meerwaarden], *Fiscoloog* 2005, afl. 969, 13-14 (voorafgaande beslissing nr. 300.293 van 27 augustus 2004).

In het merendeel van de gevallen is er echter geen sprake van een werkelijke gelduitkering als vergoeding voor de meerwaarde. De door de fiscus voorgestane *tax without cash* is bijgevolg vroegtijdig.

Ten slotte moet volgens de wetgever het normaal beheer worden beoordeeld aan de hand van de goederen (*cf. supra*). In het verleden ging het in die context steeds om de juridische aard van die goederen, terwijl in casu dit richtsnoer een nieuwe invulling krijgt: de aard van de bestanddelen van een hedendaags vermogen vereist nu eenmaal een ingewikkeld vermogensbeheer²³².

a. Appendix: Verband met art. 90, 9° W.I.B.

Art. 90, 9° betreft een specifiekere categorie van meerwaarden op aandelen: de meerwaarden op belangrijke deelnemingen. Dit artikel bepaalt dat de meerwaarden die zijn verwezenlijkt ter gelegenheid van de overdracht van een belangrijke deelneming (“aanmerkelijk belang” van meer dan 25%) in een binnenlandse vennootschap of een gedeelte ervan *in beginsel* belastbaar zijn als diverse inkomsten²³³.

Om deze taxatie te vermijden, was het tot nu toe gebruikelijk dat de belastingplichtige een Belgische vennootschap oprichtte die fungeerde als koper van de aandelen en die ze in tweede instantie, gelet op art. 94 W.I.B., na 12 maanden doorverkocht aan de buitenlandse geïnteresseerden²³⁴. Op die manier is niet aan alle voorwaarden tot heffing onder art. 90, 9° voldaan, namelijk het vereiste dat de aandelen moeten worden overgedragen aan een in art. 227, 2° of 3° W.I.B. vermelde rechtspersoon wordt niet vervuld²³⁵. De Administratie gaat in dat verband uit van het volgende standpunt: “Als de meerwaarde op de verkochte aandelen niet belastbaar is op grond van art. 90, 9°, dan passen we gewoon art. 90, 1° toe²³⁶”. Hieruit blijkt dat de fiscus art. 90, 1° meer dan ooit als een catch-all bepaling opvat.

De fiscus zal deze argumentatie op bestaande situaties in de toekomst meer en meer proberen toe te passen opdat er toch maar van enige taxatie sprake zou zijn, gelet op de sinds kort vastgestelde strijdigheid van de regeling van art. 90,

²³² S. DE CEULAER, “Interne privé-meerwaarden: het kan ook onbelast”, (noot onder Rb. Bergen 14 oktober 2003), *l.c.*, 476; A. HAELTERMAN, *l.c.*, 3.

²³³ Zie art. 95 W.I.B. waarbij de meerwaarden niet belastbaar zijn in geval van bepaalde vennootschapsrechtelijke verrichtingen en W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, “Diverse inkomsten”, *l.c.*, p. 1290, nr. 7335.

²³⁴ J. VAN STEENWINCKEL, noot onder H.v.J. 8 juni 2004, nr. C-268/03, *R.G.F.* 2004, afl. 10, 29.

²³⁵ W. DEFOOR en S. VERTOMMEN, *l.c.*, p. 1290; X., noot onder Rb. Brussel 18 februari 2004, *Fisc. Koer.* 2004, 363; J. VAN STEENWINCKEL, noot onder H.v.J. 8 juni 2004, nr. C-268/03, *R.G.F.* 2004, afl. 10, 29.

²³⁶ Zie P. BELLEN, “Le choix de la voie la moins imposée n’est pas incompatible avec la gestion normale d’un patrimoine privé”, (noot onder Rb. Luik 15 januari 2004), *Act. Fisc.* 2005, afl. 8, 2. Opmerking: dit is een indirect gevolg van het gemak waarmee de fiscus tot taxatie onder art. 90, 1° besluit (abnormaal beheer voldoende, zie *supra* bij bewijslast).

9° met de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag²³⁷. Aangezien de lidstaten volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie verplicht zijn hun bevoegdheid op het gebied van directe belastingen uit te oefenen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht²³⁸, wekte het antwoord van het Hof op een prejudiciële vraag van de Rechtbank van Eerste Aanleg van 13 juni 2003 met betrekking tot art. 90, 9° geen verwondering. Naar alle verwachting heeft het Hof van Justitie (zonder verweer van de Belgische regering) namelijk geoordeeld dat de uit art. 90, 9° W.I.B. voortvloeiende benadeling van buitenlandse overnemers uit EG-lidstaten indruist tegen de Europese regels van het vrije vestigingsrecht en het vrij verkeer van kapitaal²³⁹.

De aanmerkelijk – belangheffing is bijgevolg niet meer nuttig voor de fiscus indien de overnemer een rechtspersoon is, gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Gemeenschap²⁴⁰. Hoewel een beschikking van het Hof van Justitie op een prejudiciële vraag de betwiste maatregel niet *erga omnes* vernietigt, bindt dergelijke beschikking wel de andere nationale rechterlijke instanties die over dezelfde vraag uitspraak moeten doen. Het nieuwe “argument” is geen verboden uitbreiding van de vordering (art. 807 Ger. W.) en de belastingplichtige kan er een beroep op doen, ook voor de rechter²⁴¹. Daarom kon de Rechtbank van Eerste Aanleg van Luik de Europese verwerping, hoewel voorbarig, zonder gêne toepassen²⁴².

Het toepassen van art. 90, 1° W.I.B. als antwoord van de fiscus op deze Europese sanctie art. 90, 1° W.I.B. kan echter als een te verre gaande uiting van administratieve vrijheid niet worden aanvaard. Ten eerste zou de meerwaarde op die manier niet belast worden aan 16,5%²⁴³, maar aan 33%, wat o.i. onbillijk is. Ten tweede aanvaardt de rechtspraak dat het nastreven van een voor de hand liggende belastingbesparing het beheer nog niet speculatief, a fortiori abnormaal, maakt²⁴⁴. Het enige dat de belastingplichtige aandeelhouder

²³⁷ Over de onverenigbaarheid van art. 90, 9° W.I.B. met het E.G. – Verdrag bestond in de doctrine al lang geen discussie meer, zie J. VAN STEENWINCKEL, noot onder H.v.J. 8 juni 2004, nr. C-268/03, *l.c.*, 29 en voetnoot nr. 18 van deze noot.

²³⁸ W. VANDENBERGHE, “Meerwaarden op aandelen. (Belgische) aanmerkelijke belangheffing strijdig met Europese verdragsvrijheden”, *Fisc. Act.* 2004, afl. 25, 5.

²³⁹ H.v.J. 8 juni 2004 (De Baeck/België), nr. C-268/03, *J.T. dr. eur.* 2004, afl. 112, 242 en *R.G.F.* 2004, afl. 10, 27, noot J. VAN STEENWINCKEL [waarbij het Hof voortbouwt op H.v.J. 21 november 2002 (X en Y/Riksskatteverket), nr. C-436/00, *Jur. H.v.J.* 2002, I, 10829, concl. J. MISCHO, *PB. C.* 11 januari 2003, afl. 7, 3 en *R.G.F.* 2003, afl. 5, 23, noot J. VAN STEENWINCKEL]; W. VANDENBERGHE, *l.c.*, 4.

²⁴⁰ Voor overdrachten aan buitenlandse rechtspersonen *buiten de EG* dient men wel nog rekening te houden met art. 90, 9°.

²⁴¹ J. VAN STEENWINCKEL, noot onder H.v.J. 8 juni 2004, nr. C-268/03, *l.c.*, 30; W. VANDENBERGHE, *l.c.*, 5-6.

²⁴² Rb. Luik 15 januari 2004, *F.J.F.* 2004, afl. 7, 627 en *Fisc. Koer.* 2004, afl. 7, 402, noot. (Het Hof van Justitie deed immers pas uitspraak op 8 juni 2004).

²⁴³ Art. 171, 4°, e) W.I.B.

²⁴⁴ P. BELLEN, “Le choix de la voie la moins imposée n’est pas incompatible avec la gestion normale d’un patrimoine privé”, (noot onder Rb. Luik 15 januari 2004), *l.c.*, 2; X., noot onder Rb. Luik 15 januari 2004, *Fisc. Koer.* 2004, afl. 7, 405.

in het verleden moest doen, was een Belgische vennootschap oprichten, wat bovendien eens te meer kon zijn ingegeven door andere dan fiscale overwegingen²⁴⁵. Het tot stand brengen van een belastingvrijstelling was vaak niet de enige doelstelling.

Door de recente Europese rechtspraak is de besproken kwestie achterhaald. Aangezien het niet langer noodzakelijk is de omweg via een speciaal daartoe opgerichte Belgische vennootschap te maken, heeft de discussie over speculatie terzake haar voorwerp verloren.

Voor de gevallen waarbij de typische handelswijze uit het verleden is gevolgd en die nu nog hangende zijn of zullen zijn voor de rechtbank, kan er misschien nog enige discussie bestaan over de al dan niet toepasbaarheid van art. 90, 1° W.I.B. In de toekomst echter zal ook dit artikel de belastingplichtige die een belangrijke deelneming aanhoudt niet langer verontrusten. Hij kan verkopen aan overnemers binnen de E.G. zonder met art. 90, 9° of art. 90, 1° W.I.B. rekening te houden. Het eerste artikel is bij betwisting rechteens niet langer toepasselijk en de fiscus zal bijgevolg naar alle waarschijnlijkheid niet meer aansturen op betwistingen²⁴⁶. Het tweede is feitelijk irrelevant geworden: de behoefte aan een tussenvehikel is verdwenen en dus is er ook geen dispuut over speculatie meer op dat gebied.

Deze gedachtegang wordt bevestigd in een recentelijk gepubliceerde beslissing van de Rulingcommissie²⁴⁷. Het betrof een Spaanse ingezetene, houder van een meerderheidsbelang in een Belgische vennootschap, die zijn aandelen wil inbrengen in een Nederlandse vennootschap. In beginsel zou deze inbreng onder de aanmerkelijkbelangheffing vallen die ook in de belasting van niet-inwoners is verschuldigd. De Rulingcommissie sluit de belasting echter uit.

Hoewel de Belgische wetgever tot hertoe de gewraakte bepaling formeel heeft laten voortbestaan, blijkt uit deze beslissing dat de Belgische fiscus het verdict van het Europese Hof van Justitie heeft aanvaard. Weliswaar geldt de oplossing van deze ruling slechts voor het aangehaalde dossier, maar men mag er van uitgaan dat zij toch een grote precedentwaarde heeft²⁴⁸. Wie absoluut zeker wil zijn in een ander dossier, kan zich trouwens tot de Rulingcommissie wenden. Veel geduld moet men dan niet hebben, want de beslissing is al op voorhand bekend.

²⁴⁵ Voorzover er in bepaalde gevallen daaromtrent simulatie zou bestaan, valt dit buiten het voorwerp van deze tekst.

²⁴⁶ Zie het antwoord van de Minister op de parlementaire vraag van de heer Vandenberghe over de beslissing van 8 juni 2004, waarbij hij art. 90, 9° W.I.B. betitelt als een ongerechtvaardigde hinderpaal die moet worden aangepast (*Hand. Senaat 2003-2004*, 8 juli 2004, 61-63).

²⁴⁷ Beslissing nr. 400.344 van 9 juni 2005, te raadplegen via Fisconet (www.fisconet.be)

²⁴⁸ X., "Geen aanmerkelijkbelangheffing meer bij overdracht binnen EU", *Fiscoloog* 2005, afl. 1002, 2.

b. Pro memorie: Meerwaarden met betrekking tot onroerend goed²⁴⁹

In het kader van meerwaarden ten gevolge van onroerende operaties, kunnen twee elementen worden opgemerkt.

Ten eerste is, ongeacht art. 90, 1^o, de opbrengst van een aantal vermogensverrichtingen onder bepaalde voorwaarden in ieder geval belastbaar, zelfs indien het gaat om een normaal vermogensbeheer. Het gaat hier meer bepaald om art. 90, 8^o en 10^o W.I.B.²⁵⁰ (*cf. supra*).

Ten tweede zullen deze meerwaarden te beschouwen zijn als diverse inkomsten in de zin van art. 90, 1^o W.I.B. als ze manifest een normaal vermogensbeheer te buiten gaan²⁵¹. Wanneer er sprake is van een manifeste overschrijding van de grenzen is wel onduidelijk, maar deze opvatting geeft de Administratie eens te meer extra armslag om bepaalde meerwaarden dan toch te belasten.

5.3. ACTUELE MEERWAARDEN: KASGELDVENNOOTSCHAPPEN

Ten slotte blijkt dat art. 90, 1^o niet alleen in het verleden een belangrijke invloed heeft uitgeoefend op (interne) meerwaarden op aandelen, maar dit tot op de dag van vandaag blijft doen. In het kader van de kasgeldvennootschappen, het hete hangijzer van de fiscale actualiteit, heeft deze bepaling in hoofde van de betrokken aandeelhouders een niet te ontkennen draagwijdte.

5.3.1. Mechanisme

Het begrip kasgeldvennootschap is in de loop van de jaren 90 ontstaan uit een in de fiscale praktijk ontwikkelde techniek, bestaande uit een geheel van operaties, die in het algemeen als volgt kan worden omschreven²⁵².

Het verhaal kent altijd een gelijkaardige oorsprong. Doordat een vennootschap in het verleden goede zaken heeft gedaan, is de tijd gekomen om behoorlijk wat belasting te betalen.

²⁴⁹ Voor een uitgebreide bespreking, zie: B. WAÛTERS, "Belasting op meerwaarden op onroerende goederen", *Not. Fisc. M.* 2001, afl. 4, 93- 122.

²⁵⁰ P. BEGHIN en I. VAN DEN WOESTEYNE, *Handboek personenbelasting 2003-2004*, in *Fiscale handboeken*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 561.

²⁵¹ P. SIBILLE, "La gestion normale d'un patrimoine privé", *l.c.*, 956. Contra: P. BEGHIN en I. VAN DEN WOESTEYNE, *Handboek personenbelasting 2003-2004*, 588 (waarbij deze meerwaarden al onder art. 90, 1^o W.I.B. vallen wegens loutere speculatie).

²⁵² Zie T. AFSCHRIFT en D. DANThINE, "De la licéité de principe des ventes simultanées d'actifs et d'actions d'une société dans le but d'éviter l'impôt", *l.c.*, p. 195; V. DE BRABANTER, "De techniek van de kasgeldvennootschappen: een stand van zaken", (noot onder Rb. Brussel 8 juli 2002, Rb. Nijvel 24 juli 2002, Rb. Brussel 2 september 2002), *A.F.T.* 2003, afl. 5, 270.

Een vennootschap (doelvennootschap, bijvoorbeeld Tradeco) met *in concreto* meestal veel jaarwinst en een grote latente meerwaarde op haar handelsfonds verkoopt daarom haar activa, in de regel bestaande uit dit handelsfonds, aan een andere –meestal nieuw opgerichte – vennootschap (de vennootschap Newco), die vaak in handen is van de aandeelhouders van Tradeco. Tradeco kan bijvoorbeeld een jaarwinst van 80 miljoen verwachten en een handelsfonds bezitten van 100 miljoen boekwaarde, terwijl de reële marktwaarde van dit handelsfonds 320 miljoen bedraagt. Newco koopt dan het handelsfonds van Tradeco aan de reële marktwaarde (voor 320 miljoen). Dit kan gebeuren via verschillende financieringsmethoden. Newco wordt voldoende gekapitaliseerd door haar aandeelhouders, hetzij ontvangt zij voldoende leningen van haar aandeelhouders, hetzij een combinatie van beiden (de verkopers kunnen bijvoorbeeld een kortlopende lening aangaan bij hun bank), hetzij gaat Newco zelf een lening aan bij de bank. Deze vennootschap kan de aangekochte activa (de aankooprijzen) fiscaal afschrijven.

Als gevolg van de verkoop genereert Tradeco aanzienlijke liquide middelen (cash) die bijdragen tot het ontstaan van een belangrijke belastbare basis. Tradeco bezit in casu 400 miljoen cash (80 miljoen operationele winst en 320 miljoen als door verkoop van het handelsfonds gerealiseerde meerwaarde). Zij bezit nu wel een belastinglatentie van ongeveer 102 miljoen (80 miljoen + 320 miljoen – 100 miljoen = 300 miljoen aan 33,99%)

In een tweede beweging worden de aandelen van de zogenaamde kasgeldvennootschap verkocht aan een derde; meestal een buitenlandse vennootschap. De prijs die zal worden betaald voor de aandelen zal, gelet op de belastinglatentie op de meerwaarde, vaak hoger liggen dan de intrinsieke waarde ervan.

In het voorbeeld zal de prijs voor Tradeco schommelen tussen 298 miljoen en 400 miljoen²⁵³. In casu wordt bijvoorbeeld 350 miljoen overeengekomen en na verkoop is Tradeco omgevormd tot Cashco en Newco wijzigt haar naam in New Tradeco²⁵⁴.

De operatie is uitermate gunstig voor alle betrokken partijen. De *kopers* van Cashco (ex-Tradeco) betalen 350 miljoen en verkrijgen hiervoor een vennootschap waarin 400 miljoen cash aanwezig is. De theoretische winst bedraagt bijgevolg 50 miljoen en het verhaal eindigt hiermee niet. De vennootschap Cashco gaat vervolgens namelijk over tot het stellen van allerhande handelingen die de belastbare basis verminderen of zelfs doen verdwijnen (afschrijvingen op nieuwe investeringen, interesten op leningen,...)

²⁵³ Respectievelijk de netto eigen vermogenswaarde in hypothese van betaling van belastingen en de netto eigen vermogenswaarde in de hypothese dat er geen belastingen worden betaald.

²⁵⁴ Vaak zal Newco haar naam gewoon wijzigen in Tradeco, zodat er ogenschijnlijk niets is gebeurd (een nieuw BTW-nummer is vaak het enige zichtbare verschil).

Daarnaast is de situatie van de *verkopers* na verkoop van hun aandelen Tradeco evenmin benard te noemen. In het voorbeeld ontvangen ze privé 350 miljoen, waarvan ze 320 miljoen terug in New Tradeco (ex-Newco) investeren (kapitaal en/of lening, cf. aankooprijds handelsfonds).

Bijgevolg dienen ze ten eerste geen belastingen te betalen op het jaarresultaat, bekomen ze ten tweede een onmiddellijke verrijking van 30 miljoen in de privé-sfeer én 320 miljoen “gratis” uitkeerbaar uit New Tradeco op termijn. Ten derde is er sprake van extra afschrijvingen ten belope van 320 miljoen in New Tradeco, waardoor de eerste 320 miljoen winst van New Tradeco eigenlijk niet wordt belast.

Ten slotte is er voor de verkopers, naast het financiële aspect, niets veranderd in de exploitatie van de onderneming²⁵⁵. Ook overige partijen zoals banken, tussenpersonen enz. hebben bijzonder wel gevaren bij deze operaties²⁵⁶.

Deze vorm van “*tax sheltering*” is in beginsel niet illegaal, laat staan louter fiscaal geïnspireerd. Vaak liggen zelfs andere dan fiscale beweegredenen aan de grondslag. Zo kan het een praktische oplossing zijn voor het voortzetten van een onderneming onder verschillende familieleden of voor het vergemakkelijken van de verkoop van een onderneming. Het Belgische fiscale regime is immers vaak gunstiger voor de verkoper van aandelen dan voor de verkoper van belangrijke activa zoals het handelsfonds²⁵⁷. Deze sociaal-economische realiteit wordt nu volkomen genegeerd door de fiscus, hoewel de rechtbanken er toch gevoelig voor zijn.

Op zich lijkt er dus weinig aan de hand te zijn, maar afhankelijk van het al dan niet malafide karakter van de nieuwe aandeelhouders kunnen allerlei misbruiken optreden. Ofwel worden de investeringen niet gedaan of halen de nieuwe aandeelhouders de vennootschap leeg en verdwijnen zonder meer in de natuur, ofwel is er sprake van fictieve investeringen (bijvoorbeeld mijnlicenties in ongekende oorden), met hetzelfde resultaat als gevolg²⁵⁸. Er is eigenlijk sprake van fraude als de vennootschap niet (langer) op een normale wijze blijft voortbestaan²⁵⁹.

²⁵⁵ Zie vorige voetnoot.

²⁵⁶ Zie over de rol van de bankwereld: V. BERNARD, “Le régime des sociétés de liquidités: en liquidation?”, (noot onder Rb. Luik 12 september 2002), *R.G.F.* 2003, afl. 8 – 9, 25.

²⁵⁷ *Ibid.*, 24-25.

²⁵⁸ V. DE BRABANTER, *l.c.*, 270.

²⁵⁹ W. NIEMEGEREERS, “De kasgeldvennootschap van A tot Z. Legale constructie of crimineel instrument?”, *Trends* 2004, afl. 45, 95.

5.3.2. *Reactie: de harde aanpak*²⁶⁰

De fiscus is echter allesbehalve bij de pakken blijven zitten en tracht zich op allerlei manieren te revancheren waarbij zowel het fiscaal recht, het (fiscaal) strafrecht en het vennootschapsrecht worden aangewend. Een eerste aanpak verloopt via de simulatie, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de diverse overeenkomsten enkel tot doel hadden om de winsten en reserves van de vennootschap uit te keren aan de aandeelhouders²⁶¹. Daarnaast werd ook gretig gebruik gemaakt van de bepalingen inzake fiscale fraude en witwassen. Zelfs de anti-misbruikbepaling van art. 344 § 1 was in dit verband dienstig. Ook het vennootschapsrecht blijkt een nuttig instrument te zijn ten aanzien van de oudzaakvoerders van de kasgeldvennootschap (veelal tevens oud-aandeelhouders)²⁶². Ten slotte probeert de Administratie de finale genietters van de inkomsten te treffen via art. 90, 1° W.I.B. Deze laatste invalshoek verdient verdere uitdieping.

5.3.3. *Fiscale situatie van de verkopers van de aandelen*

De techniek veronderstelt in beginsel dus twee opeenvolgende verkopen aan verschillende kopers²⁶³. In eerste instantie gaat de doelvennootschap met belangrijke, vaak ondergewaardeerde activa over tot de verkoop van deze activa en nadien vindt een verhandeling van de aandelen plaats. In hoofde van de aandeelhouders-verkopers kan dus art. 90, 1° bij de tweede verrichting toepassing vinden, aangezien de verrichtingen een belangrijke meerwaarde in hoofde van de verkopers opleveren²⁶⁴.

Hier vindt het principe toepassing dat het aan de fiscus is om het bewijs te leveren van speculatie opdat art. 90, 1° zijn gevolgen zou sorteren (cf. supra). Bovendien moet de speculatieve intentie worden beoordeeld op het moment dat het goed, in casu de aandelen, worden verworven.

Als men in vermelde situatie deze lijn doortrekt, kan het bestaan van speculatie niet worden verantwoord. In hoofde van de aandeelhouders kan er van *a priori* speculatie nooit sprake zijn geweest, aangezien het oprichten en voeren van

²⁶⁰ Zie G. VERVECKEN, "De doorbraakproblematiek – Een toepassing op de kasgeldvennootschap. Of hoe geraakt het geld bij de fiscus?", *Doc. Min. Fin.* 2003, afl. 1, 205-321 en vooral p. 274-299 waarbij via verschillende denkpijpen (o.a. wettelijke, gerechtelijke en fiscale doorbraak) "frauduleuze" kasgeldvennootschappen worden geïmagineerd.

²⁶¹ V. BERNARD, *l.c.*, 25; V. DE BRABANTER, *l.c.*, 271.

²⁶² J. VANDEN BRANDEN, "Bedrieglijk inzicht bij verkoop van handelszaak door een kasgeldvennootschap", (noot onder Rb. Brugge 8 september 2003), *A.F.T.* 2005, afl. 1, 29-32.

²⁶³ V. BERNARD, *l.c.*, 23.

²⁶⁴ Waarbij abstractie wordt gemaakt van de bijzondere meerwaarden in het kader van art. 90, 9° W.I.B. Zie T. AFSCRIFT en D. DANTHINE, "De la licéité de principe des ventes simultanées d'actifs et d'actions d'une société dans le but d'éviter l'impôt", *l.c.*, p. 196-197 en 206-207.

een onderneming hun evidente uitgangspunt was zonder dat ze hoopten te profiteren van een zekere markt voor hun aandelen²⁶⁵.

De fiscus is zich vanzelfsprekend bewust van de vereisten van speculatie. Waarom er zich dan op beroepen als het toch een verloren zaak is?

De verklaring kan gevonden worden in de Administratieve opvatting over speculatie die steeds meer belang hecht aan de reeds vermelde, twijfelachtige derde voorwaarde: de complexiteit van de operatie die de aanleiding vormt voor de private verrijking (*cf. supra*). Gelet op het fiscaal hoogtechnologisch niveau van de genoemde operatie wekt het geen verbazing dat de fiscus hier dankbaar gebruik van maakt. Deze praktijk is bekritiseerbaar²⁶⁶, niet in het minst omdat het niet vatbaar is voor verweer vanwege de belastingplichtige: het is een vaststaand feit dat het hier gaat om een vergevorderd staaltje van fiscale spitstechnologie.

In bijkomende orde lijkt deze verstandige wijze van vermogensbeheer *prima facie* niet onverenigbaar met een normaal vermogensbeheer. De transacties hebben onmiskenbaar betrekking op waarden in portefeuille, wat onder privé-vermogen in de zin van art. 90, 1° W.I.B. kan worden gebracht (*cf. supra*)²⁶⁷.

Het problematische aspect van de kwestie is dus, ook in dit geval, te herleiden tot de vraag of dergelijke praktijken een normaal beheer uitsluiten²⁶⁸. Het antwoord is neen, omdat *in globo* de elementen die een schijn van speculatie opwekken (*cf. supra*), niet aanwezig zijn²⁶⁹. Daarnaast moet opnieuw worden benadrukt dat de wens tot belastingvermijding niet zomaar mag worden gelijkgeschakeld met een speculatieve intentie, a fortiori een abnormaal beheer²⁷⁰. Ten slotte vereist de subjectieve maatstaf van de goede huisvader ook in deze omstandigheden een daaraan aangepaste eigen invulling.

Gelet op het belang en de natuur van de privé-goederen (“de vruchten van een leven lang werken”) is een doordacht en inventief optreden aangewezen en moet men de nodige ruimte toestaan²⁷¹. Voorzover men de belastbare grondslag wil verminderen op een legale manier en met respect voor alle daarmee gepaard gaande gevolgen, is er geen enkel onoverkomelijk bezwaar tegen de toepassing van vernoemde technieken²⁷².

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 201-202; V. BERNARD, *l.c.*, 27; V. DE BRABANTER, *l.c.*, 276.

²⁶⁶ V. BERNARD, *l.c.*, 28.

²⁶⁷ T. AFSCHRIFT en D. DANTHINE, “De la licéité de principe des ventes simultanées d’actifs et d’actions d’une société dans le but d’éviter l’impôt”, *l.c.*, nr. 8, p. 199.

²⁶⁸ *Ibid.*, nr. 8, p. 199.

²⁶⁹ *Ibid.*, nr. 18, p. 206.

²⁷⁰ *Ibid.*, nr. 20, p. 208.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 210, nr. 23.

²⁷² *Ibid.*, nr. 63-64, p. 240-241.

Het komt alleen de wetgever toe om deze vorm van “*tax shelter*” teniet te doen door specifieke maatregelen te nemen²⁷³. Enkel de werkelijke misbruiken van de techniek, die gepaard gaan met fictieve handelingen, kunnen door de Administratie momenteel worden aangepakt²⁷⁴.

Deze kritische opvattingen uit de doctrine vinden hun weerslag in de rechtspraak betreffende deze fiscale constructie. In eerdere beslissingen zijn de rechters immers niet geneigd de fiscus zomaar te volgen, integendeel: de Administratie trok telkens aan het kortste eind²⁷⁵. Zo besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel dat de meerwaarde op de aandelen van een kasgeldvennootschap van belasting kan worden vrijgesteld. In die zaak ging het om eenvoudige transacties waarbij de verkoopprijs beantwoordde aan de normale marktprijs²⁷⁶.

Recentere beslissingen worden wel stilaan minder gunstig voor de aandeelhouders, maar daarbij ging het om gevallen waarin de aandeelhouders te veel in eigen naam de verrichtingen bewerkstelligden²⁷⁷. Daarenboven moet worden opgemerkt dat bijvoorbeeld de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel slechts schoorvoetend de taxatie als divers inkomen heeft aanvaard²⁷⁸. In dat vonnis wordt niettemin bevestigd dat de verkoop van de aandelen als een verrichting van normaal beheer kan worden beschouwd. Hoewel de rechtbank in haar beslissing de heffing bevestigde, was dit louter het gevolg van het feit dat de belastingplichtigen in de fase voorafgaand aan de verkoop blijkbaar alles in het werk hadden gesteld om de waarde van de aandelen te verhogen en op manier op een onvergeeflijke wijze (geen toepassing van de exceptie van normaal beheer, cf. *supra*) hadden gespeculeerd.

Ook de rechters zijn van mening dat deze operaties niet noodzakelijk op fraude wijzen²⁷⁹. Hoewel de aanhouder misschien wint, lijkt art. 90, 1° W.I.B. voorlopig toch niet afdoende te zijn om de techniek van de kasgeldvennootschappen te bestrijden, vooral niet in hoofde van de aandeelhouders-verkopers.

²⁷³ V. DE BRABANTER, “De techniek van de kasgeldvennootschappen: een stand van zaken”, (noot onder Rb. Brussel 8 juli 2002, Rb. Nijvel 24 juli 2002, Rb. Brussel 2 september 2002), *l.c.*, 275.

²⁷⁴ *Ibid.*, 279.

²⁷⁵ Rb. Brussel 8 juli 2002, *A.F.T.* 2003, afl. 5, 270; Rb. Nijvel 24 juli 2002, *F.J.F.* 2003, afl. 5, 496 en *J.L.M.B.* 2002, 1681, noot P. HAUTFENNE; Rb. Luik 20 september 2002, *F.J.F.* 2004, afl. 2, 110.

²⁷⁶ Rb. Nijvel 24 juli 2002, *F.J.F.* 2003, afl. 5, 496 en *J.L.M.B.* 2002, 1681, noot P. HAUTFENNE.

²⁷⁷ Zie L. LAMY en G. RAZÉE, “L’article 90, 1° CIR au service de la lutte contre les sociétés de liquidités”, *Act. Fisc.* 2004, afl. 1, 2-3 waarbij het vonnis van Rb. Brussel 17 april 2003 (teveel persoonlijk optreden van aandeelhouders) wordt vergeleken met het vonnis van Rb. Nijvel 24 juli 2002 (beperkte tussenkomst aandeelhouders).

²⁷⁸ Rb. Brussel 17 april 2003, *F.J.F.* 2004, afl. 2, 112.

²⁷⁹ Voor een recente bevestiging, zie Antwerpen 24 april 2004, *Fisc. Koer.* 2005, afl. 6, 299, noot. Oudere rechtspraak: Rb. Brussel 8 juli 2002, *A.F.T.* 2003, afl. 5, 270; Rb. Brussel 17 april 2003, *F.J.F.* 2004, afl. 2, 112.

5.4. BESLUIT

De Administratie staart zich met betrekking tot constructies te zeer blind op de derde voorwaarde om speculatie aan te tonen, nl. de complexiteit van de verrichting en heeft te weinig aandacht voor economische overwegingen zodat art. 90, 1° kan worden toegepast in elke situatie waarbij rechtstreeks of onrechtstreeks een constructie betrokken is.

In de rechtspraak en rechtsleer wordt daarentegen terecht beklemtoond dat de goede huisvader die zijn vermogen doordacht beheert en het beroep op een fiscale constructie elkaar niet uitsluiten²⁸⁰. Zolang de belastingplichtige het behoud van zijn vermogen nastreeft met eerbiediging van de wet en de operationele gevolgen, mogen zijn handelingen niet zomaar als abnormaal beheer of speculatief worden beschouwd.

Het is toch moeilijk denkbaar dat een beheer abnormaal zou zijn of worden enkel en alleen omdat het op een intelligente manier gebeurt²⁸¹. Het kan niet genoeg worden benadrukt: speculatie vereist essentieel het bestaan van een risico²⁸². Alles wat daarbij komt (zie de zogenaamde abnormaliteit), is in strijd met de restrictieve interpretatie van de fiscale wet²⁸³.

Niet alleen zou men de visie van de fiscus kunnen beschouwen als bedrijfsonvriendelijk en een onrechtstreekse vermogensbelasting (vooral met betrekking tot interne meerwaarden op aandelen), maar eigenlijk ook als een aantasting van het eigendomsrecht in hoofde van de aandeelhouders²⁸⁴. Niets kan immers worden belast, tenzij de wet zelf het uitdrukkelijk bepaalt.

In elk geval is over de interne meerwaarden en de kasgeldvennootschappen het laatste woord nog niet gezegd.

6. ALGEMEEN BESLUIT

Het getouwtrek tussen de fiscus en de vaak vermogende potentieel belastingplichtige over de kwalificatie van bepaalde inkomsten wordt in de

²⁸⁰ Rb. Luik 15 januari 2004, *F.J.F.* 2004, afl. 7, 627 en *Fisc. Koer.* 2004, afl. 7, noot; P.BELLEN, "Le choix de la voie la moins imposée n'est pas incompatible avec la gestion normale d'un patrimoine privé", *l.c.*, p. 2.

²⁸¹ S. SABLON, "Het normaal beheer van een privaat vermogen", *l.c.*, 106.

²⁸² X., noot onder Rb. Leuven 25 juni 2004, *Fisc. Koer.* 2004, 756.

²⁸³ O. D'AOÛT, "Gestion du patrimoine privé, revenus de spéculation ou revenus professionnels...un arbitrage compliqué", *l.c.*, 86.

²⁸⁴ P. BELLEN, "Le choix de la voie la moins imposée n'est pas incompatible avec la gestion normale d'un patrimoine privé", *l.c.*, p. 2.

praktijk zeer casuïstisch opgelost, al dan niet in het voordeel van de inkomstenbehaler.

Een constante keert steeds weer terug: de rechtsonzekerheid die de verhouding tussen de begrippen kenmerkt. Niet alleen is de grens tussen normaal en abnormaal beheer van het privé vermogen flinterdun, maar ook de eventuele kwalificatie als beroepsinkomsten of diverse inkomsten kan verschillen van geval tot geval.

De Administratie heeft haar standpunt waarmee een maximale belastbaarheid wordt nagestreefd. Door een heel scala aan criteria en feitelijke omstandigheden te hanteren is taxatie in zeer veel gevallen mogelijk en waarschijnlijk. De notie normaal beheer van het vermogen wordt zodanig restrictief opgevat dat een (verantwoorde) belastingontwijking slechts heel zelden wordt aangenomen door de Administratie. Hoe meer het vermogensbeheer zich ontwikkelt, hoe problematischer de situatie wordt: alleen de rechtsleer slaagt er soms nog in een poging tot eenduidigheid te ondernemen. Een wetgevend initiatief zou in casu dus heel wenselijk zijn, waarbij de wetgever beter voor duidelijke begrippen kiest die in de wet zelf exhaustief worden omschreven waardoor alle betrokken partijen weten hoever ze kunnen gaan. Vooral voor de (interne) meerwaarden op aandelen dringt deze behoefte zich op.

Meer bepaald kan de situatie als volgt worden samengevat. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds enkelvoudige en meervoudige verrichtingen en anderzijds complexe verrichtingen of, zoals men het vaak kan lezen, tussen “verrichtingen en het geheel van de omstandigheden” en “geheel van verrichtingen”. Voor de enkelvoudige handelingen van de belastingplichtige is er ondertussen al heel wat duidelijkheid ontstaan. De opbrengst van een loutere verkoop van een roerend goed bijvoorbeeld kan in eerste instantie een beroepsinkomen of een divers inkomen uitmaken, gelet op de eerder bepaalde criteria. Wanneer het dan blijkt te gaan om een in art. 90, 1° W.I.B. vermeld inkomen (niet voortkomend uit een winstgevende bezigheid), spelen de begrippen speculatie en normaal beheer hun bepalende rol voor taxatie.

De verrichtingen die bestaan uit meer dan één activiteit zijn al moeilijker te beoordelen. Typisch in dit verband is de aankoop van een perceel grond (al dan niet in onverdeeldheid), gevolgd door verkaveling en ten slotte verkoop van verschillende delen van het oorspronkelijke perceel. Hier moet er eerder een afweging gebeuren om te beoordelen of er geen speculatie of abnormaal beheer aanwezig is. In dergelijke gevallen is de notie van de goede huisvader belangrijk. Zelfs al zou er sprake zijn van speculatie, dan nog kan de exceptie van het normaal vermogensbeheer verantwoord zijn indien de transacties te herleiden zijn tot het beheer van een (intelligente) huisvader.

Ten slotte zijn er de complexe verrichtingen, die als geheel een gans proces uitmaken waarbij het gebruik van een bepaalde constructie in het merendeel van de gevallen het doorslaggevende element uitmaakt. De kwestie van de interne meerwaarden vormt hiervan het prototype, recent aangevuld met de hetze over de kasgeldvennootschappen. Bij deze verregaande vormen van vermogensorganisatie lijkt de belastingplichtige zich toch wel ver te verwijderen van het beheer van een goede huisvader, zeker voor de fiscus. Volgens de meeste rechters kunnen deze constructies evenwel vaak nog (net) door de beugel. De grenzen van het normaal beheer van een privé-vermogen zijn nu wel erg verruimd. Deze betwisting zal waarschijnlijk nog intenser worden. Hoever kan de creatieve belastingplichtige gaan voordat hij deze grenzen ook voor de fiscale rechter manifest overschrijdt?

Een punt van zelfkritiek: de lezer kan deze beschrijving van de toepassing van de inkomstencategorieën en dan vooral art. 90, 1° op het eerste gezicht als tendentius beschouwen. De inkomstenbehaler wordt al te vaak voorgesteld als het slachtoffer van een onfaire en inhalige houding van de fiscus. Toch heeft de waarheid haar rechten, aangezien uit de rechtsleer en de rechtspraak blijkt dat de fiscus soms verder wil gaan dan de wet haar toelaat of deze te eigenzinnig interpreteert. Zolang de rechter hierop nog een effectieve controle kan uitoefenen, rijzen er geen problemen. Zonder te willen spreken van terreur²⁸⁵, wordt men ondertussen wel vaak onterecht geïntimideerd en het slachtoffer van knevelarij, wat op zich al een “belasting” uitmaakt...

De opmerking die de heer De Clercq formuleerde bij de invoering van de categorie van de diverse inkomsten in 1962, vat het voorgaande goed samen:

“Het is zo, dat wij hier voor feitelijke kwesties zullen komen te staan; dat hieruit contestaties zullen ontstaan die misschien wel de vreugde zullen uitmaken van zekere fiscale experts, maar zeker niet van de belastingplichtigen noch van de administratie. We zullen misschien jaren moeten wachten vooraleer dienaangaande een gevestigde rechtspraak zal bestaan, als die er ooit komt. De belastingplichtige dreigt het slachtoffer te zullen worden, onder meer van de onduidelijkheid en de vaagheid van de termen die wij in art. 67 (huidig art. 90) vinden”²⁸⁶.

²⁸⁵ Zie V. BERNARD, “Le régime des sociétés de liquidités: en liquidation?”, (noot onder Rb. Luik 12 september 2002), *I.c.*, 26 die inzake kasgeldvennootschappen spreekt over “le régime de la terreur”

²⁸⁶ Zie P. LAUWERS, “Het begrip ‘beroepswerkzaamheid’ in de inkomstenbelastingen”, *I.c.*, p. 101, voetnoot 48.