

Rolnummer 3648
Arrest nr. 7/2006 van 18 januari 2006

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van de artikelen 4 en 5, derde lid (*partim*), van de wet van 4 juli 2004 « tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 teneinde de omzetting van de richtlijn van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 (2003/49/EG) betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lid-Staten te verwezenlijken », ingesteld door de n.v. Lendit.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit de voorzitters M. Melchior en A. Arts, en de rechters L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Moerman, E. Derycke en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Melchior,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van het beroep en rechtspleging*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 7 maart 2005 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 9 maart 2005, heeft de n.v. Lendit, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Emile Duraylaan 64/1, beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 4 en 5, derde lid (*partim*), van de wet van 4 juli 2004 « tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 teneinde de omzetting van de richtlijn van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 (2003/49/EG) betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lid-Staten te verwezenlijken » (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 7 september 2004).

De Ministerraad heeft een memorie ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de Ministerraad heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 7 december 2005 :

- zijn verschenen :

. Mr. F. Tulkens, Mr. J. Werbrouck en Mr. V. Ost, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;

. B. Druart, auditeur-generaal van Financiën, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers J. Spreutels en L. Lavrysen verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde partijen gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *In rechte*

- A -

Ten aanzien van het belang van de verzoekende partij en de ontvankelijkheid van het beroep

A.1.1. De n.v. Lendit voert aan dat haar maatschappelijk doel bestaat in « de aankoop, de verkoop, de verhuur, de uitwisseling, de uitbating, de inrichting en de valorisatie, met name door de oprichting van allerlei gebouwde of niet-gebouwde eigendommen en van enigerlei onroerend goed, alsook de verwerving en overdracht van allerlei onroerende zakelijke rechten. Zij kan alle roerende en onroerende verrichtingen uitvoeren die, rechtstreeks of indirect, betrekking hebben op haar doel (...) » (artikel 3 van de statuten). Zij richt haar activiteit vooral op de markt van de vastgoedcertificaten en bezit een groot aantal daarvan, die zij in principe niet bij de uitgifte ervan heeft verworven. Zij wordt dus in het bijzonder getroffen door de bestreden wet, die het fiscaal stelsel met betrekking tot die certificaten grondig wijzigt.

A.1.2. De Ministerraad voert aan dat het beroep gedeeltelijk onontvankelijk is, in zoverre artikel 4 van de wet van 4 juli 2004 alleen wordt bestreden in de mate dat het de inkomsten uit de meerwaarde bij de realisatie van het aan de vastgoedcertificaten onderliggend onroerend goed of de in artikel 266, tweede lid, 3°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (W.I.B. 1992) vermelde inkomsten beoogt. Het probleem bestaat bovendien alleen wanneer de verkrijger van het inkomen een vennootschap is, met uitsluiting van de natuurlijke personen (voor wie de voorheffing bevrijdend is).

A.1.3. De verzoekende partij geeft toe dat haar grieven alleen betrekking hebben op het stelsel van de vastgoedcertificaten, maar voegt eraan toe dat het enige nieuwe effect van artikel 4 van de bestreden wet uitsluitend die certificaten betreft.

Ten aanzien van het burgerrechtelijk en fiscaal stelsel van de vastgoedcertificaten

A.2.1.1. De verzoekende partij voert aan dat de vastgoedcertificaten rechten zijn van schuldvordering op de inkomsten, de opbrengsten en de realisatiewaarde van een of meer onroerende goederen, waaronder, volgens artikel 106 van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, de luchtvaartuigen, schepen of spoorrijtuigen. Zij maken de omzetting (« effectisering » genoemd) van niet-liquide activa in liquide activa mogelijk, en aldus vastgoedbeleggingen met een relatief geringe inbreng, zonder voor het beheer van het onroerend goed in te staan. Voor de intekenaar op het certificaat gaat het dus om een vastgoedbelegging vanwege het voorwerp ervan, die evenwel de vorm van effecten heeft, waardoor zij kunnen worden gesplitst en gemakkelijk verhandelbaar zijn. De certificaten zijn verhandelbare effecten en roerende waarden; ze worden uitgegeven door een vennootschap die de vastgoedoperatie financiert met de opbrengst van de uitgifte, waarbij het onroerend goed dat zij bezit, concreet wordt gerealiseerd en beheerd door een beheerende vennootschap. Het « economisch eigendom » van het onroerend goed is in handen van de intekenaars op de certificaten, die in ruil daarvoor beschikken over een vorderingsrecht ten aanzien van de vennootschap-emittent met betrekking tot de netto-inkomsten uit het onroerend goed en de bij de tegeldemaking ervan gerealiseerde meerwaarde. De certificaathouders dragen dus het risico van het beheer van het onroerend goed, vermits hun vordering betrekking heeft op de inkomsten uit dat onroerend goed en niet, in tegenstelling tot de obligatiehouders, op de terugbetaling van hun oorspronkelijke inbreng. Dat vorderingsrecht heeft de tastbare vorm van periodieke coupons en een laatste coupon die overeenstemt met de eventuele meerwaarde bij liquidatie (gerealiseerd bij de verkoop van het onroerend goed), die gelijk is aan het verschil tussen de verkoopprijs van het onroerend goed en de boek- en fiscale waarde van het onroerend goed na afschrijvingen.

De vastgoedcertificaten worden uitgegeven voor een duur van twintig tot dertig jaar en veranderen, volgens de statistieken, één keer om de vijf jaar van eigenaar.

In tegenstelling tot de aandeelhouder, die de hoedanigheid van vennoot heeft, is de houder van het vastgoedcertificaat alleen houder van een vorderingsrecht ten aanzien van de vennootschap-emittent. Dat vorderingsrecht verschilt echter fundamenteel van dat van de obligatiehouder, vermits het betrekking heeft op de inkomsten uit de terbeschikkingstelling en vervolgens uit de verkoop van het onroerend goed, zodat de opbrengst van het certificaat in wezen variabel is en de meerwaarde bij liquidatie een onzeker en onvast karakter heeft.

A.2.1.2. De houders van vastgoedcertificaten ontvangen bedragen die, ofwel niet aan belasting zijn onderworpen (terugbetaling van het op het ogenblik van de intekening belegde kapitaal), ofwel daaraan wel zijn onderworpen als roerende inkomsten waarop de schuldenaar van het inkomen, namelijk de vennootschap-emittent, op grond van de artikelen 261 en 267 van het W.I.B. 1992, een roerende voorheffing (van 15 of 25 pct., naar gelang van de uitgiftedatum van het effect) inhoudt : het inkomen is ofwel het deel van het exploitatiesaldo dat overeenstemt met de vergoeding van het door de houder belegde kapitaal, ofwel het deel van het liquidatiesaldo dat overeenstemt met de mogelijke meerwaarde die bij de verkoop van het onroerend goed is gerealiseerd.

In tegenstelling tot wat artikel 313 van het W.I.B. 1992 bepaalt wanneer de verkrijger van het inkomen een natuurlijke persoon is die zijn roerende tegoeden niet aanwendt voor de uitoefening van zijn beroepsactiviteit, is de roerende voorheffing niet bevrijdend wanneer de verkrijger van het inkomen een vennootschap is, maar zij kan, op grond van de artikelen 276 en 279 van het W.I.B. 1992, met de vennootschapsbelasting worden verrekend of worden terugbetaald, en vormt derhalve geen belasting, maar een wijze waarop de belasting wordt geïnd.

A.2.1.3. De verzoekende partij vecht het stelsel aan van de belasting van de inkomsten uit de verkoop van het onroerend goed, die de mogelijke meerwaarde bij liquidatie vormen, in de hypothese dat de houder beslist om de certificaten vóór de vervaldag ervan te verkopen aan een derde – bijvoorbeeld de verzoekende vennootschap. Die hypothese komt vanzelfsprekend zeer frequent voor, gelet op de looptijd van de certificaten en de frequentie waarmee ze van eigenaar veranderen, en doet de vraag van de « proratering » van de inkomsten rijzen, namelijk of de houder van het effect op het ogenblik van de betaalbaarstelling van het inkomen moet worden belast op het hele inkomen dan wel alleen op een deel ervan dat overeenstemt met de periode waarin het effect wordt gehouden, en of de roerende voorheffing die op dat inkomen bij de bron is ingehouden, integraal kan worden verrekend met de belasting, dan wel uitsluitend in verhouding tot de periode waarin het effect wordt gehouden. Het gemeen recht voorziet niet in de « proratering » van de inkomsten en van de voorheffingen, noch voor de beroepsinkomsten, noch voor de uitkering van dividenden : de vennootschap die een aandeel bezit, wordt belast op 100 pct. van het bedrag van het dividend, ongeacht of het aandeel daags vóór de uitkering van dat dividend of daags na de uitkering van het vorige dividend is gekocht. Er is geen « proratering » van het inkomen. Op dezelfde wijze kan zij 100 pct. van de bij de bron ingehouden roerende voorheffing verrekenen, ongeacht het ogenblik waarop het aandeel is verworven (artikel 281 van het W.I.B. 1992). Er is dus geen « proratering » van de voorheffing : de hele voorheffing wordt met het inkomen verrekend, ongeacht het ogenblik waarop het aandeel is verworven.

De « proratering » van de inkomsten en van de voorheffingen is echter wel toegepast voor de vastrentende effecten (artikelen 2, § 4, 19, § 2, tweede lid, en 280 van het W.I.B. 1992). Diegenen die, tussen twee vervaldagen van coupons, dergelijke effecten kopen, worden aldus geacht de door het effect opgebrachte interesten te ontvangen in verhouding tot de periode waarin het wordt gehouden, met andere woorden, voor de verkoper, sinds de laatste vervaldag tot op het ogenblik van de verkoop en, voor de koper, sinds die verkoop tot de volgende vervaldag. Er is dus een « proratering » van het inkomen. Beiden kunnen vervolgens de roerende voorheffing verrekenen met betrekking tot het aandeel van de interesten dat zij moeten aangeven, met dien verstande dat de roerende voorheffing pas op de vervaldag van de coupon daadwerkelijk wordt ingehouden door de schuldenaar van het inkomen en dus door de fiscus wordt geïnd. Er is dus een « proratering » van de voorheffing.

A.2.1.4. Die « proratering » werd evenwel niet toegepast voor de vastgoedcertificaten, die geen vastrentende certificaten zijn (daar de bij de liquidatie van de operatie na de verkoop van het onroerend goed te verdelen meerwaarde volkomen onvoorspelbaar is en het niet mogelijk maakt dat inkomen in de tijd te spreiden), en die aan het gemeen recht onderworpen bleven, zodat bij de vaststelling van de verkoopprijs van de vastgoedcertificaten ermee rekening werd gehouden dat de vennootschap die bij de betaling van de liquidatiecoupon houder is van het certificaat (de koper) zou worden belast op 100 pct. van de gerealiseerde meerwaarde en dat zij bijgevolg 100 pct. van de op diezelfde meerwaarde ingehouden voorheffing met de vennootschapsbelasting zou kunnen verrekenen (zoals in het gemeen recht : geen « proratering » van het inkomen, noch van de voorheffing).

Een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 31 januari 2001 heeft die beginselen bevestigd door de stelling te veroordelen die de belastingadministratie verdedigde en volgens welke, doordat de waarde van het onroerend goed tijdens de hele looptijd van het certificaat stijgt, de belastingplichtige, om 100 pct. van de voorheffing op de bij de verkoop van het onroerend goed gerealiseerde meerwaarde te kunnen verrekenen, eigenaar moest zijn geweest tijdens de hele uitgifteperiode van het certificaat. In het arrest wordt geoordeeld dat de belastingplichtige, om 100 pct. van de ingehouden voorheffing te kunnen verrekenen, alleen tijdens de belastbare periode waarin de verkoop plaatsheeft, houder van het effect moest zijn.

Die « proratering » van de inkomsten en van de voorheffingen is weliswaar toegepast op de zerobonds, die nochtans moeilijk als vastrentende effecten kunnen worden beschouwd, vermits geen enkel inkomen vóór de vervaldag wordt uitgekeerd en dat inkomen als een meerwaarde kan worden beschouwd. In tegenstelling tot de vastgoedcertificaten, stijgt de waarde van de « zerobonds » evenwel op regelmatige wijze volgens de interestvoet en de actuariële kapitalisatieregels, zodat de « proratering » van het inkomen dat met die waardeinstijging overeenstemt (en van de daarmee overeenstemmende voorheffing) mathematisch mogelijk is. Met andere woorden, bij de verkoop van een zerobond is het mogelijk een juiste berekening te maken van het inkomen dat die obligatie reeds virtueel heeft opgebracht en dat dus aan de verkoper toekomt.

A.2.2.1. De Ministerraad voert aan dat vastgoedcertificaten moeten worden beschouwd als effecten die soortgelijk zijn aan obligaties, zodat, op grond van de artikelen 2, 8°, eerste lid, en 19, § 2, van het W.I.B. 1992 (van kracht voor het aanslagjaar 2005), de inkomsten van die certificaten elk bedrag omvatten dat bovenop de uitgifteprijs is betaald of toegekend, ongeacht of de toekenning op de bij overeenkomst vastgestelde vervaldag

plaatsheeft. Dat was de wil van de wetgever toen hij artikel 56 van het W.I.B. 1992 heeft aangenomen. Het vorderingsrecht van de houder heeft betrekking op de inkomsten en opbrengsten van het onroerend goed en op de prijs van de tegeldemaking van dat goed, met inbegrip van, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, de terugbetaling van het belegde kapitaal, waarbij het vastgoedcertificaat in dat opzicht evenveel waarborgen inzake recuperatie biedt als om het even welk obligatie-effect.

A.2.2.2. De Ministerraad voert ook aan dat de vastgoedcertificaten vastrentende effecten zijn, waarbij die benaming verwijst naar een geheel van financiële instrumenten gedefinieerd in artikel 2, 8°, van het W.I.B. 1992, dat ook effecten beoogt waarvan de inkomsten niet zijn berekend op het ogenblik van de uitgifte, niettegenstaande eventuele moeilijkheden in verband met de « proratering » van de inkomsten.

A.2.2.3. De Ministerraad voert aan dat uit de artikelen 19, § 2, van het W.I.B. 1992 blijkt dat het gedeelte van de roerende inkomsten dat aan iedere opeenvolgende houder van het effect moet worden verbonden, afhankelijk is van de periode waarop die inkomsten betrekking hebben, wat zowel met het gemeen recht als met de financiële praktijk overeenstemt. Alleen indien er geen tussentijdse transactie is geweest, vormt de voorheffing dus automatisch integraal de belasting verschuldigd door de belastingplichtige die op de vervaldag houder van het effect is. Is dat wel het geval, dan zal de op de vervaldag ingehouden roerende voorheffing gedeeltelijk de belasting of de vooruitbetaling van de belasting vormen die elke opeenvolgende houder van die schuldvordering verschuldigd is, en niet de eigen belasting van de laatste houder, zoals de verzoekende partij ten onrechte aangeeft. Artikel 266 van het W.I.B. 1992 sluit aan bij dat beginsel van de « proratering » van het inkomen. Zodra de inhouding bij de bron is uitgevoerd, worden de vrijstellingen of verrekeningen van de roerende voorheffing toegekend in verhouding tot de bruto-interesten die de belastingplichtigen hebben genoten, met uitzondering van de belastingplichtigen die aan de personenbelasting zijn onderworpen, voor wie de voorheffing bevrijdend is en met de verschuldigde belasting overeenstemt. De vastgoedcertificaten, die soortgelijk zijn aan de obligaties, brengen interesten op die « geprorateerd » worden. Het feit dat het inkomen in sommige gevallen moeilijk of zelfs onmogelijk kan worden berekend, mag niet ertoe leiden dat een gedeelte van het toegekend roerend inkomen - *contra legem* - van belasting wordt vrijgesteld, wat het resultaat zou zijn indien aan de laatste houder van het effect een volledige verrekening van de roerende voorheffing wordt toegekend die, in rechte, gedeeltelijk betrekking heeft op vorige houders die hun eigen belastingstelsel moeten ondergaan. De verzoekende partij voert dus ten onrechte aan dat er vóór de bestreden wet geen « proratering » was van het in het geding zijnde inkomen en van de verrekening van de roerende voorheffing. De noodzaak om op fiscaal vlak een regeling in te voeren – regeling die geenszins een vernieuwing van de wet van 4 juli 2004 is, vermits zij sinds het begin van de jaren 1990 van toepassing is –, wordt grotendeels bevestigd door de verrichtingen van de verzoekende partij, de n.v. Lendit, sinds het einde van de jaren 1990, die erin bestaan vastgoedcertificaten op het einde van hun looptijd te verwerven bij verkopers die aan de voorheffing zijn onderworpen (natuurlijke personen, pensioenfondsen), teneinde, tegen een fiscale kostprijs die zij tot het uiterste tracht te beperken (met schending evenwel van de geldende wetbepalingen), de interesten te innen die na de tegeldemaking van de onderliggende onroerende goederen aan de vastgoedcertificaten zijn toegekend.

A.2.2.4. Wat de roerende voorheffing betreft, weerlegt de Ministerraad het argument van de verzoekende partij volgens hetwelk de regels in verband met de verrekening van de roerende voorheffing op de dividenden onder het gemeen recht zouden vallen : artikel 280 van het W.I.B. 1992 voorziet immers in een « proratering » voor de roerende inkomsten die geen dividenden zijn. Er zijn dus wel degelijk situaties waarin de roerende voorheffing die ten aanzien van de belastingplichtige die de roerende inkomsten op de vervaldag int, bij de bron wordt ingehouden, voor hem niet integraal verrekenbaar is. Het gaat aldus om de gevallen waarbij een schuldvordering wordt verworven tussen twee vervaldagen van inkomsten (artikel 280, eerste lid, van het W.I.B. 1992), daar een dergelijke transactie ertoe kan leiden dat een gedeelte van het vervallen inkomen niet daadwerkelijk aan de belasting wordt onderworpen, via de inning, door de cedent, van een meerwaarde die geen belastbaar inkomen vormt, in plaats van een roerend inkomen dat wel aan de roerende voorheffing zou zijn onderworpen. De marktprijs van een effect omvat echter het opgelopen, berekende of geraamde inkomen. Vóór de bestreden wet kon aldus niet worden beschouwd – zoals de verzoekende partij dat ten onrechte doet – dat het bedrag van de verschuldigde vennootschapsbelasting na verrekening van de roerende voorheffing automatisch overeenstemt met de verschuldigde vennootschapsbelasting zonder inhouding van een dergelijke voorheffing. Die voorheffing wordt niet noodzakelijk verrekend met de vennootschapsbelasting, noch terugbetaald.

A.2.2.5. Ten aanzien van artikel 280 van het W.I.B. 1992 voert de Ministerraad aan dat de daarin vervatte beperking tot doel heeft de arbitrage te verhinderen van effecten die roerende inkomsten voortbrengen tussen twee vervaldagen van inkomsten, tussen belastingplichtigen voor wie de roerende voorheffing overeenstemt met de definitieve belasting (natuurlijke personen, v.z.w.'s enz.) en andere belastingplichtigen die de roerende voorheffing met hun belasting kunnen verrekenen. Door op het vlak van de verrekening van de roerende

voorheffing niet in een beperking te voorzien, had die regeling tot gevolg dat het tussen de betaalbaar gestelde laatste coupon en het ogenblik van de overdracht van de schuldvordering opgelopen inkomen belastingvrij werd, daar de roerende voorheffing die ten aanzien van de cessionaris op de vervaldag is ingehouden, integraal werd verrekend met zijn belasting, terwijl de belastbare grondslag van die belasting werd verminderd met het deel van het roerend inkomen dat bij de verwerving aan de cedent was getrocedeerd (bij de vaststelling van de acquisitieprijs werd rekening gehouden met de opgelopen interest). Die praktijk bestond vroeger voor de zerobonds en de gewone obligaties en is onlangs overgenomen op de markt van de vastgoedcertificaten; sinds de aanneming van artikel 280, eerste lid, van het W.I.B. 1992 (wet van 7 december 1988) is de in het geding zijnde beperking van toepassing op de verrekening van de roerende voorheffing voor de interesten van vastgoedcertificaten. De onrechtmatige interpretaties zijn op het einde van de jaren 1990 verschenen, wanneer de verrichtingen zijn begonnen in verband met de liquidatie van de goederen die het voorwerp van dergelijke in de jaren 1970 uitgegeven certificaten hebben uitgemaakt, maar de geschillen waartoe zij aanleiding hebben gegeven, houden niet in dat de algemeen geldende praktijk, op het vlak van de toepassing van de fiscale bepalingen, erin bestond het bedrag van die interesten niet te verdelen onder alle opeenvolgende houders van het effect sinds de uitgifte ervan. Het nieuwe artikel 280, derde lid, van het W.I.B. 1992, dat ermee rekening houdt dat de verkoopwaarde van het onroerend goed toeneemt tijdens de hele looptijd van het vastgoedcertificaat, wil een einde maken aan de misbruiken waarop het arrest van 31 januari 2001 van het Hof van Beroep te Brussel geen bevredigend antwoord kan geven en sluit bovendien aan bij de werkelijkheid van de algemene voorwaarden inzake de vaststelling van de prijs van de effectenhandel, prijs die een raming van het inkomen omvat dat op de datum van de transactie zou worden gerealiseerd. Er zij overigens opgemerkt dat dat arrest geen betrekking heeft op de « proratering » van de verrekening van de roerende voorheffing met de vennootschapsbelasting (daar die materie door specifieke antimisbruikbepalingen wordt geregeld), maar zich ertoe beperkt een standpunt in te nemen over het begrip « tijdperk waarop de inkomsten betrekking hebben », voor de coupon die de interesten toekent die voortkomen uit de uitkering van de prijs van de tegeldemaking van het onderliggend onroerend goed.

Ten aanzien van de bestreden wet

A.3.1. De verzoekende partij voert aan dat er geen enkel verband bestaat tussen de door haar bestreden bepalingen en de richtlijn 2002/49/EG die de bestreden wet - die met spoed en zonder enig debat is aangenomen - beweert ten uitvoer te leggen. De richtlijn verplicht België om af te zien van de inning van de roerende voorheffing in de context van de uitkeringen van interest en royalty's door een onderneming die is onderworpen aan de verplichte inhouding bij de bron bij een onderneming van dezelfde groep gevestigd in een andere lidstaat van de Unie, teneinde een dubbele internationale belasting te voorkomen. Artikel 266, tweede lid, van het W.I.B. 1992 diende dus te worden gewijzigd om het de Koning in die hypothese mogelijk te maken af te zien van de inning van de roerende voorheffing (artikel 3 van de bestreden wet). Dat staat volkomen los van de verrekenbaarheid *ratione temporis* van de voorheffing op de laatste coupon van de vastgoedcertificaten die bij artikel 4 van de wet wordt geregeld. Die bepaling zet geen enkele bepaling van de richtlijn om en brengt grondige wijzigingen aan in de regels die op de vastgoedcertificaten van toepassing zijn, door te voorzien in een « proratering » van de voorheffing op de vastgoedcertificaten overeenkomstig het standpunt (veroordeeld door het Hof van Beroep te Brussel in zijn arrest van 31 januari 2001) volgens hetwelk de periode waarin het certificaat wordt gehouden, voor de berekening van de bij de verkoop van het onroerend goed gerealiseerde meerwaarde, moest worden berekend in verhouding tot de hele periode, in de praktijk 25 of 30 jaar, tussen de uitgifte van de certificaten en de betaalbaarstelling van de liquidatiecoupon.

A.3.2.1. Volgens de Ministerraad situeert artikel 4 zich wel degelijk in het kader van de omzetting van de richtlijn. Er moet immers worden uitgegaan van het koninklijk besluit van 16 mei 2003 dat, inzake roerende voorheffing, het koninklijk besluit tot uitvoering van het W.I.B. 1992 wijzigt, dat, ook al staat het volkomen los van de omzetting van de richtlijn 2003/49/EG, niettemin daarop een reële weerslag heeft bij de omzetting van de richtlijn. De richtlijn is omgezet bij het koninklijk besluit van 22 december 2003. Zij kon evenwel niet volledig worden omgezet zonder het optreden van de wetgever : vandaar de wet van 4 juli 2004. Die wet heeft het de Koning mogelijk gemaakt de omzetting te voltooien : koninklijk besluit van 13 augustus 2004.

A.3.2.2. Het koninklijk besluit van 16 mei 2003 heeft het volkomen onmogelijk gemaakt af te zien van de inning van de roerende voorheffing op de inkomsten van de vastgoedcertificaten, teneinde die af te stemmen op de kapitalisatiebonds (« zerobonds »), vermits zij, op de vervaldag van de overeenkomst, een eenmalig inkomen voortbrengen en het voorwerp kunnen uitmaken van een tussentijdse transactie vóór de laatste vervaldag van de inkomsten, verrichting die het mogelijk maakt een deel van het inkomen als roerend inkomen aan de belasting te onttrekken. Het betreft dus een maatregel om misbruiken te voorkomen.

A.3.2.3. De richtlijn tracht te beletten dat de uitkeringen van interest of royalty's tussen verbonden vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd, aan een dubbele belasting worden onderworpen. Zij heeft België ertoe verplicht af te zien van de inning van de roerende voorheffing in de gevallen die zij beoogt, wat de draagwijdte van het koninklijk besluit van 16 mei 2003 beperkt, maar belet België niet om fraude en misbruiken tegen te gaan.

A.3.2.4. Het koninklijk besluit van 22 december 2003 heeft de richtlijn omgezet door te voorzien in de verzaking van de inning van de roerende voorheffing, met name op de inkomsten uit obligaties, kasbons of andere soortgelijke effecten, met uitzondering van de inkomsten bedoeld in artikel 266, tweede lid, van het W.I.B. 1992, waarvan de schuldenaar en de verkrijger verbonden vennootschappen zijn.

A.3.2.5. Het koninklijk besluit van 22 december 2003 vereiste een wijziging van de wettelijke bepalingen om het de Koning mogelijk te maken af te zien van de roerende voorheffing op de interesten van effecten van het type « kapitalisatiebons ». Die mogelijkheid is ingevoerd bij artikel 3 van de wet van 4 juli 2004, uitsluitend voor de « verbonden vennootschappen ».

De uitbreiding van de mogelijkheid om af te zien van de roerende voorheffing voor een categorie van vastrentende effecten die tot dan toe uitgesloten was, heeft de vraag doen rijzen welke regeling moet worden voorbehouden aan de inkomsten uit vastgoedcertificaten die, om redenen die vergelijkbaar zijn met die welke voor de kapitalisatiebons golden, onlangs van de verzaking werden uitgesloten. Artikel 266, tweede lid, 3°, van het W.I.B. 1992 heeft in dat opzicht de antimisbruikmaatregel beperkt tot uitsluitend de meerwaarde bij liquidatie (waarbij de recurrente interesten daarentegen de vrijstelling van de roerende voorheffing genieten), wat ook inhield dat de voorwaarden inzake de verrekening van de roerende voorheffing moesten worden aangepast. De uitkering van de belasting bij de bron (situatie van de houders die de voorheffing verschuldigd zijn en voor wie de inhouding van de roerende voorheffing bevrijdend is) is pas effectief wanneer de voorheffing die is verbonden aan het gedeelte van het inkomen van een gerechtigde die in beginsel aan een definitieve inhouding van die voorheffing is onderworpen, niet kan worden terugbetaald door een andere belastingplichtige. De wijziging die artikel 4 van de bestreden wet in artikel 280 van het W.I.B. 1992 aanbrengt, is aldus, evenwel op onvermijdelijke wijze, uitsluitend bedoeld om de antimisbruikregeling aan te vullen die de Belgische wetgever heeft ingevoerd in het kader van de vaststelling van de inkomsten die al dan niet kunnen worden beoogd door de vrijstellingsregeling waarin richtlijn 2003/49 voorziet. Zij moet het misbruik tegengaan dat erin bestaat het effect (te dezen het vastgoedcertificaat) te verkopen vóór de laatste vervalddag van de inkomsten, verrichting die het mogelijk maakt een deel van het inkomen als roerend inkomen aan de belasting te onttrekken. Een dergelijke praktijk kon eveneens tussen verbonden vennootschappen worden waargenomen, zodat de bepaling perfect past in de omzetting van de richtlijn.

Het in het geding zijnde misbruik bestaat erin, voor een vennootschap, van een belastingplichtige voor wie de roerende voorheffing bevrijdend is, een vastgoedcertificaat te kopen vóór de vervalddag van de inkomsten en hem een prijs voor te stellen die het nettobedrag omvat dat hij zou kunnen verkrijgen (roerend inkomen verminderd met de roerende voorheffing), vermeerderd met een deel van die voorheffing. Dat vormt een voordeel voor de verkoper, die een prijs verkrijgt die hoger ligt dan het inkomen dat hij zou hebben verkregen indien de roerende voorheffing te zijnen laste zou zijn ingehouden. Ten aanzien van de koper wordt de roerende voorheffing, overeenkomstig de wet, door de schuldenaar van inkomsten (de emittent van het effect) ingehouden op het volledige uitgekeerde inkomen. Zijn verwachte voordeel zou erin bestaan het volledige bedrag van de voorheffing te kunnen verrekenen met de vennootschapsbelasting, wetende evenwel dat het resultaat bij de terugbetaling van het effect doorgaans niet zal overeenstemmen met het door de emittent uitgekeerd roerend inkomen, gelet op de verwerving van het effect, op de secundaire markt, tijdens de looptijd en dus de vorming van de inkomsten. Concreet gezien, zal het verkregen resultaat overeenstemmen met het verschil tussen de liquidatieprijs en de aankoopprijs van het effect, waarbij die laatste in beginsel inkomsten omvat die op de datum van de transactie zijn opgelopen (en kan worden verhoogd met een deel van de roerende voorheffing).

Een en ander zou tot gevolg hebben dat het deel van de geraamde meerwaarde op het ogenblik van de verkoop van het effect, van belasting wordt vrijgesteld, vermits het volledige bedrag van de roerende voorheffing, bij het verstrijken van het certificaat, zou zijn verrekend, terwijl slechts een deel van het op de vervalddag toegekend roerend inkomen, namelijk het bedrag boven het deel van het inkomen dat bij de acquisitie aan de verkoper is geretrocedeerd, in de belastbare grondslag van de koper zou worden opgenomen.

A.3.2.6. Het koninklijk besluit van 13 augustus 2004, ten slotte, heft het verbod op om af te zien van de roerende voorheffing voor de recurrente inkomsten van de vastgoedcertificaten.

A.3.3.1. In haar memorie van antwoord houdt de verzoekende partij vol dat er geen verband bestaat tussen de bestreden wet en de Europese richtlijn, aangezien de uitleg van de Ministerraad het niet mogelijk maakt te antwoorden op de vraag hoe de verplichting, die uit de richtlijn voortvloeit, om af te zien van de inning van de tussen verbonden vennootschappen uitgekeerde interesten en royalty's, ertoe leidt dat de verrekenbaarheid van de op het ogenblik van de liquidatie van de vastgoedcertificaten ingehouden voorheffing moet worden beperkt. De richtlijn betreft immers alleen de verzaking van de roerende voorheffing en het verbod om die te verrekenen is geen antimisbruikmaatregel die past in het kader van de omzetting van de richtlijn. Wat de door de Ministerraad vermelde koninklijke besluiten betreft, die hebben eveneens betrekking op (de uitsluiting van) de verzaking van de voorheffing en niet op het verbod om die te verrekenen.

A.3.3.2. De verzoekende partij is van mening dat de Ministerraad afdwaalt met beschouwingen die losstaan van de grond van het probleem, namelijk de drastische beperking van de verrekenbaarheid van de roerende voorheffing in geval van overdracht van vastgoedcertificaten. Zij wenst niet bij te dragen tot de controverses in verband met de exacte definitie van de « vastrentende effecten », de bestaansreden van het verbod ten aanzien van de Koning om af te zien van de inning van de voorheffing of de regeling van artikel 19 van het W.I.B. 1992.

A.3.3.3. De verzoekende partij betwist het door de Belgische Staat aangeklaagde misbruik en voert hiervoor aan dat de verkoop van een vastgoedcertificaat door een natuurlijke persoon aan een vennootschap onwettig noch onrechtmatig is. Het Hof van Beroep te Brussel heeft dat onlangs bevestigd in een arrest van 25 februari 2005 en het Hof van Cassatie is, sinds een arrest van 6 juni 1961, van mening dat het niet onrechtmatig is om voor « de minst belaste weg » te kiezen. Ook al mocht er van misbruik sprake zijn, dan nog zou het in elk geval alleen bestaan bij de verkoop van het vastgoedcertificaat door een natuurlijke persoon, terwijl de bestreden wet een algemene draagwijdte heeft; de tegenpartij tracht echter de verkopen onder vennootschappen te minimaliseren (terwijl zij ze aanvoert om, zo goed en zo kwaad als het gaat, een verband te kunnen vaststellen tussen de bestreden wet en de richtlijn van 3 juni 2003), terwijl de praktijk aantoonde dat die transacties belangrijk zijn, met name op de secundaire markt. De maatregel is dus niet relevant ten aanzien van het door de Ministerraad geprezen doel en heeft onevenredige gevolgen, vermits de niet-verrekenbaarheid van de voorheffing leidt tot een dubbele belasting waarvan het bedrag afhankelijk is van het ogenblik waarop de verkoop plaatsheeft en losstaat van het bedrag van de ontvangen inkomsten, daar de meerwaarde niet lineair evolueert en onzeker is.

A.3.3.4. Ten aanzien van de nieuwigheid die de « proratering » van de voorheffing over een periode van dertig jaar wel degelijk is, antwoordt de verzoekende partij dat de vraag of de laatste coupon van de vastgoedcertificaten, die de op het onroerend goed gerealiseerde meerwaarde omvat, valt onder het toepassingsgebied van artikel 280 van het W.I.B. 1992, voor discussie vatbaar is. Dat artikel betreft de inkomsten die op « geprorateerde » basis belastbaar zijn. Het beperkt immers de verrekening van de roerende voorheffing tot de « voorheffing op de inkomsten die belastbaar zijn in verhouding tot het tijdperk waarin de belastingplichtige eigenaar of vruchtgebruiker van de roerende goederen en kapitalen of schuldeiser is geweest ». De belasting van de roerende inkomsten op « geprorateerde » basis wordt echter geregeld bij artikel 19 van het W.I.B. 1992. In dat opzicht is reeds in het beroep uiteengezet dat artikel 19 van het W.I.B. 1992 volgens de rechtsleer niet kan worden toegepast op vastgoedcertificaten en de tegenpartij geeft toe dat de meerwaarde bij liquidatie niet kan worden « geprorateerd », daar het onzekere karakter ervan inhoudt dat die alleen in bepaalde gevallen kan worden gerealiseerd. Artikel 280 van het W.I.B. 1992 vormt overigens niet het gemeen recht, vermits het gaat om een bijzondere antimisbruikmaatregel die in 1988 is ingevoerd om af te wijken van de algemene regel volgens welke de voorheffing verrekenbaar is met de verschuldigde belasting en die de belastingadministratie wel degelijk heeft toegepast op de laatste coupons van vastgoedcertificaten.

Voor het overige zou, indien artikel 280 van het W.I.B. 1992 op de vastgoedcertificaten zou moeten worden toegepast, de omvang moeten worden bepaald van het tijdperk op basis waarvan de voorheffing zou moeten worden « geprorateerd », en is die vraag beantwoord in het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 31 januari 2001, dat, in verband met een bepaling die vrijwel identiek is met artikel 280 van het W.I.B. 1992, heeft geoordeeld dat dit tijdperk het belastbare tijdperk is gedurende hetwelk de verkoop heeft plaatsgehad, waarbij de meerwaarde geen enkel inkomen oplevert tot de dag van de tegeldemaking ervan door de verkoop van het onroerend goed. Door te bepalen dat de verrekening van de voorheffing zal worden « geprorateerd » in verhouding tot de looptijd van het certificaat, maakt de bestreden wet een radicale breuk met de vroegere situatie, in tegenstelling tot wat de Ministerraad beweert, wiens standpunt de vraag doet rijzen waarom dan wetgevend moest worden opgetreden.

A.3.3.5. De verzoekende partij voert bovendien aan dat de Ministerraad, door alleen rekening te houden met de fiscale regeling die op de laatste houder van het effect van toepassing is, geen enkele toelichting geeft omtrent de verrekening van de roerende voorheffing door de vorige houders en dus niet tegemoet komt aan de kritiek van ongrondwettigheid, afgeleid uit het feit dat de nieuwe wet tot een dubbele belasting leidt. Zij toont een en ander aan door middel van een voorbeeld waarin een vastgoedcertificaat dat in 1981 voor een duur van 25 jaar is uitgegeven, na 20 jaar door een vennootschap zou worden verkocht en op de vervaldag een meerwaarde van 500 zou opbrengen, waarbij zou kunnen worden beschouwd - *quod non* - dat die op voorspelbare en lineaire wijze evolueert. De belasting zal als volgt worden berekend :

- Roerende voorheffing gedragen op de vervaldag : $500 \times 25 \text{ pct.} = 125$
- Verkoper : meerwaarde van 400; vennootschapsbelasting : $400 \times 34 \text{ pct.} = 136$; geen verrekening van de roerende voorheffing
- Koper : meerwaarde van 100; vennootschapsbelasting : $100 \times 34 \text{ pct.} = 34$; verrekenbare roerende voorheffing : $125 \times 5/25 = 25$; te betalen saldo = 9
- Totale belasting betaald door de verschillende houders op de meerwaarde van 500 : $125 \text{ (R.V.)} + 136 \text{ (Ven.B. verkoper)} + 34 \text{ (Ven.B. koper)} - 25 \text{ (verrekenbare R.V.)} = 270$, dat is 54 pct., terwijl, vóór de wet van 4 juli 2004 (of voor om het even welk ander tijdens de looptijd overgedragen effect), de belasting 34 pct. zou hebben bedragen, ongeacht of het certificaat al dan niet werd overgedragen.

De extra belastingdruk vloeit voort uit de dubbele belasting van het deel van de meerwaarde met betrekking tot de periode waarin de verkoper het effect heeft gehouden (in het voorbeeld : 400, dat wordt belast in de vennootschapsbelasting voor de verkoper en dat vervolgens een niet-verrekenbare roerende voorheffing ondergaat). Een « proratering » en een verrekening zijn technisch onmogelijk voor de verkoper en de belastingadministratie zou dat overigens niet aanvaarden, noch het jaar van de verkoop (vermits het inkomen onzeker is en het dus niet vaststaat dat een voorheffing zal worden betaald), noch het jaar waarin het certificaat vervalt (bij gebrek aan belastbare grondslag). Er kan niet worden aangevoerd dat de vastgoedcertificaten niet zouden kunnen worden vergeleken met andere effecten wegens het hoog roerend inkomen dat op het einde van het effect betaalbaar wordt gesteld, want dat is ook het geval met de certificaten die activa « effectiseren », de effecten uitgegeven door een gemeenschappelijk fonds voor vastgoedbeleggingen, de obligaties verbonden aan indexen enz. De negatieve gevolgen van de dubbele belasting worden niet voorkomen door een deel van de niet-verrekenbare roerende voorheffing ten laste van de verkoper te leggen, daar hierdoor de fiscale kostprijs wordt verdeeld en niet verminderd.

Ten slotte, in de veronderstelling dat artikel 19 van het W.I.B. 1992, zoals de Ministerraad aanvoert, te dezen van toepassing zou zijn (wat voor discussie vatbaar is en bovendien mathematisch onmogelijk is), toont het voormelde voorbeeld aan dat dit de dubbele belasting niet zou doen verdwijnen.

A.3.4.1. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat het onderzoek van de wetgevende context in zijn memorie noodzakelijk is om het verband vast te stellen tussen de bestreden wet en de richtlijn van 3 juni 2003. Het zijn de maatregelen die vooraf zijn genomen om die om te zetten, die verklaren waarom in de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet wordt gezwegen. Bij die gelegenheid is met name de kwestie gerezen van het stelsel van de vastgoedcertificaten waarvoor stelselmatige en omvangrijke verrichtingen, die een belastingontduiking beoogden, werden vastgesteld. Om de strijd aan te binden, niet tegen een onwettigheid, maar tegen transacties die tot gevolg hebben een inkomen aan de belasting te onttrekken, is voorzien in een verzaking van de roerende voorheffing voor het deel « recurrente inkomsten » van de vastgoedcertificaten, maar elke mogelijkheid om af te zien van de roerende voorheffing (ook voor de verbonden vennootschappen) werd uitgesloten voor het deel « meerwaarden » van de inkomsten van dergelijke certificaten. De wijziging in artikel 280 van het W.I.B. 1992 is het gevolg van dat verbod om af te zien van de inning van de roerende voorheffing, daar een onbeperkte verrekening van de roerende voorheffing met de vennootschapsbelasting voor de laatste houder (die de inhouding op de vervaldag ondergaat) de uitwerking van de bepalingen van artikel 266, tweede lid, 3°, van het W.I.B. 1992 zou hebben tenietgedaan. Het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 25 februari 2005 spreekt zich geenszins uit over de wettigheid van de in het geding zijnde verrichtingen; de Ministerraad ontkent niet het recht om voor de minst belaste weg te kiezen, maar is van mening dat de Staat, om de fiscale inkomsten en de juiste inning van de belasting te waarborgen, mag optreden om te beletten dat die weg wordt gekozen. Hoewel het juist is dat de maatregel zowel op de natuurlijke personen als op de vennootschappen van toepassing is, toont de verzoekende partij niet aan dat de overdrachten tussen personen die de roerende voorheffing kunnen verrekenen, niet meer dan een uiterst klein deel van de

transacties ter zake uitmaken, terwijl de meest waargenomen situaties overdrachten zijn door een natuurlijke persoon of door een belastingplichtige die aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen. De maatregel is dus niet onevenredig.

De Ministerraad is van mening dat de gewijzigde houding van de verzoekende partij ten aanzien van het niet-liquide karakter van de markt verrassend is, gelet op het aantal door haar uitgevoerde openbare biedingen tot overname van vastgoedcertificaten en het feit dat het beheer van het op die manier gevormde vermogen van haar een « market maker » maakt die het Hof op nuttige wijze zou kunnen inlichten over de vraag of de partijen bij die verrichtingen belastingplichtigen zijn die, wegens hun hoedanigheid (natuurlijke personen; institutionele belastingplichtigen die aan de rechtspersonenbelasting zijn onderworpen; niet-ingezetene spaarders) en dankzij de gedane transactie (aankoop of verkoop) aan de belasting van het inkomen zijn ontsnapt.

A.3.4.2. De Ministerraad houdt in zijn memorie van wederantwoord staande dat de « proratering » van de verrekening van de roerende voorheffing voor alle inkomsten bedoeld in artikel 19 van het W.I.B. 1992, met inbegrip van die van de vastgoedcertificaten, wel degelijk dateert van vóór de bestreden wet; het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 31 januari 2001 heeft de « proratering » van het inkomen bevestigd en in een arrest van 12 mei 2005 heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat een vastgoedcertificaat wel degelijk een effect vormt dat soortgelijk is aan een obligatie.

A.3.4.3. In verband met de draagwijdte van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 31 januari 2001, dat overigens geen betrekking heeft op artikel 280 van het W.I.B. 1992, beweert de Ministerraad dat de daarin gedefinieerde referentieperiode begint bij de verkoop van het onroerend goed (het is de verkoper die de meerwaarde realiseert) en overeenstemt met het boekjaar waarin de meerwaarde door de verkoper van het onroerend goed wordt gerealiseerd. Het gaat dus niet om de periode tussen de voorlaatste coupon en de laatste coupon. De meerwaarde bij realisatie is niet verbonden aan de laatste coupon, daar de opbrengst van de verkoop in verschillende schijven aan de certificaathouders kan worden toegekend en het inkomen voortvloeit uit de meerwaarde bij realisatie die aan vorige coupons kon worden toegekend.

A.3.4.4. Volgens de Ministerraad strekt artikel 280, derde lid, van het W.I.B. 1992 ertoe een einde te maken aan de rechtsonzekerheid die kon voortvloeien uit de ontstentenis van een uitdrukkelijke definitie van het tijdperk waaraan de in het geding zijnde inkomsten moeten worden verbonden, met name ten gevolge van de betwistingen die zijn ontstaan na de liquidatie van de eerste vastgoedcertificaten begin de jaren 2000 en naar aanleiding van het arrest van 31 januari 2001 van het Hof van Beroep te Brussel. De nieuwe wet verandert echter niets aan de in artikel 280, eerste lid, reeds vervatte regel van de « proratering ». Door het inkomen te verbinden aan het tijdperk waarin de meerwaarde voor de verkoper van het onroerend goed is gerealiseerd, heeft het voormelde arrest nadelige gevolgen, in zoverre dat tijdperk (het boekjaar) aldus in het algemeen wordt losgekoppeld van de vervalddag van de coupons, in zoverre, in het geval van een overdracht tijdens een belastbaar tijdperk na het tijdperk waarin de meerwaarde is gerealiseerd, de nieuwe verkrijger geen enkele roerende voorheffing met zijn belasting zal kunnen verrekenen, aangezien hij op geen enkel ogenblik tijdens het belastbare tijdperk van de verkoop van het onroerend goed eigenaar van het effect was, en in zoverre het, in de weliswaar weinig waarschijnlijke hypothese dat het roerend inkomen na de liquidatie volledig wordt toegekend tijdens het boekjaar van de verkoop van het onroerend goed, voor de vennootschap die houder is van het certificaat – alsook voor de oorspronkelijke intekenaar die het effect sinds de uitgifte ervan in zijn bezit zou hebben gehad – niet mogelijk zal zijn om het volledige bedrag van de op vervalddag ingehouden roerende voorheffing met zijn belasting te verrekenen. De « belastbare periode waarin de meerwaarde wordt gerealiseerd » loopt, voor de vennootschap die het onroerend goed verkoopt, immers vanaf de eerste dag van het boekjaar tijdens hetwelk zij het onroerend goed heeft verkocht tot aan de datum waarop de balans wordt afgesloten; de laatste vervalddag van het certificaat, alsook de daarmee samengaande beëindiging van de lening en van het effect dat die vertegenwoordigt, zullen echter vóór die datum plaatshebben.

Indien, zoals de verzoekende partij voorstaat, de mogelijkheid wordt geboden dat alleen de laatste houder van het effect het integrale bedrag van de roerende voorheffing kan verrekenen (omdat het bedrag van de roerende voorheffing dat aan de verkoper moet worden verbonden, niet altijd bekend zou zijn), leidt dat overigens ertoe dat aan de verkrijger van een effect op het einde van de looptijd ervan een voordeel wordt toegekend dat onevenredig is ten aanzien van de door hem geboekte winst; artikel 280, eerste lid, van het W.I.B. 1992, toegelicht in het derde lid, maakt het mogelijk aan die situatie tegemoet te komen. De referentieperiode waarin artikel 280 voortaan voorziet, stemt overeen met de werkelijkheid volgens welke de waarde van het goed geleidelijk toeneemt en in aanmerking wordt genomen om de prijs van de tussentijdse transacties vast te stellen. Ten slotte wordt een deel van het kapitaal vaak terugbetaald tijdens de hele looptijd van het certificaat (« afschrijving » van de lening). Dat biedt het voordeel dat de belasting van het roerend

inkomen in de tijd wordt uitgesteld (vermits alleen het gedeelte van de coupon dat niet overeenstemt met een terugbetaling van het kapitaal als roerend inkomen belastbaar is). Volgens die praktijk is het belastbare bedrag van de liquidatiecoupons afhankelijk van de inhoud van de vorige toekenningen (uitsplitsing kapitaal/inkomen). In geval van tussentijdse overdracht zullen de « tussentijdse » houders coupons innen die gedeeltelijk niet aan de voorheffing onderworpen zijn (ten belope van het gedeelte dat overeenstemt met de terugbetaling van het kapitaal), terwijl de laatste houder zal worden belast op de « verhoogde » roerende inkomsten, wat niet neutraal zou zijn indien die laatste houder van de voorheffing zou worden vrijgesteld of het volledige bedrag van de op de vervaldag ingehouden voorheffing zou kunnen verrekenen.

A.3.4.5. Ten aanzien van de door de verzoekende partij aangeklaagde dubbele belasting, geeft de Ministerraad toe dat het door haar gegeven cijfervoorbeeld overeenstemt met een situatie die zich kan voordoen, maar hij repliceert dat, enerzijds, het betrekking heeft op een transactie tussen belastingplichtigen die handelen in het kader van de uitoefening van hun beroepsactiviteit (terwijl, in de praktijk, de particuliere natuurlijke personen vaker betrokken zijn) en, anderzijds, de marktprijzen in beginsel rekening houden met de gevolgen van de inhouding van de roerende voorheffing op de vervaldag; het staat aan de partijen daarmee rekening te houden bij de vaststelling van de prijs. De door de verzoekende partij aangeklaagde situatie doet zich alleen voor indien de koper aan de verkoper een brutoprijs betaalt die geen rekening houdt met de gevolgen van de voorheffing op het roerend inkomen dat nog moet worden toegekend. Indien een belastingplichtige in de onmogelijkheid zou verkeren het bedrag van de door hem verrekenbare roerende voorheffing te bepalen, zou hij daarvan de teruggave kunnen verkrijgen op grond van artikel 376 van het W.I.B. 1992.

Ten aanzien van het eerste middel

A.4.1. Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 170 en 172, tweede lid, van de Grondwet en van het grondwettelijk beginsel van de wettigheid van de belasting, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De verzoekende partij voert aan dat de bestreden wet niet aangeeft in welke mate de « proratering » van de voorheffing die zij invoert, leidt tot een « proratering » van het daarmee overeenstemmend inkomen en dat het onmogelijk is om, wat de vastgoedcertificaten betreft, het gedeelte van de voorheffing te bepalen dat aan elke partij bij een verkoop van dergelijke certificaten verrekenbaar is.

A.4.2. In een eerste onderdeel voert zij aan dat de wet aldus aan de administratie overlaat om als belastbare grondslag een « geprorateerd » inkomen, een niet « geprorateerd » inkomen of een inkomen dat uitsluitend voor de laatste certificaathouder is « geprorateerd », te definiëren, terwijl het inkomen op basis waarvan de voorheffing wordt berekend, een bestanddeel van de belastingschuld vormt dat bij de wet dient te worden vastgesteld. Door de regel vast te stellen volgens welke de roerende voorheffing die de vennootschap-emittent op de laatste coupon van de vastgoedcertificaten bij de bron heeft ingehouden, alleen nog kan worden verrekend in verhouding tot het tijdperk waarin de houder eigenaar was van het vastgoedcertificaat ten opzichte van de totale looptijd van het certificaat, voeren de artikelen 266, tweede lid, 3^o, en 280, derde lid, met elkaar in samenhang gelezen, van het W.I.B. 1992 immers de regel van de « proratering » van de voorheffing in, zonder aan te geven of die « proratering » leidt tot de « proratering » van de daarmee overeenstemmende inkomsten, terwijl de in het middel beoogde bepalingen de uitvoerende macht verbieden om zulks te doen.

Wellicht gaat het ene gepaard met het andere, wat de aandelendividenen betreft (geen enkele « proratering ») of wat de vastrentende effecten en de « zerobonds » betreft (« proratering »). Maar wat de vastgoedcertificaten betreft, lijkt een « proratering » van de meerwaarde bij liquidatie onmogelijk, omdat, in de logica van de « proratering » van het inkomen, een deel van het inkomen dat voortvloeit uit de meerwaarde bij liquidatie zou moeten worden belast voor de verkoper van het certificaat. Op het ogenblik van de verkoop van het certificaat is echter natuurlijk niet bekend welke meerwaarde zal worden gerealiseerd op het ogenblik dat het onroerend goed zal worden verkocht. Het is onmogelijk om aan de verkoper een gedeelte van een meerwaarde toe te kennen waarvan het bedrag op voorhand niet kan worden bepaald, wat zowel de rechtsleer als de minister van Financiën hebben erkend. Alleen een « proratering » voor de laatste houder die het mogelijk maakt « zijn » deel van de dan bekende meerwaarde te zijnen laste te leggen en die het hem mogelijk maakt « zijn » deel van de voorheffing te verrekenen, zou denkbaar, doch willekeurig zijn. Het zou gaan om een hybride regeling (« proratering » voor de laatste houder, maar niet voor de verkoper), die volkomen afwijkt van het W.I.B. 1992, die niet door de administratie kan worden ingevoerd, en die, bij ontstentenis van enige voorafgaande regeling van die kwestie door de wetgever, zelf uiterst ingewikkelde toepassingsmoeilijkheden, alsook kennelijk discriminerende situaties met zich zou meebrengen.

A.5. In het tweede onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat de bestreden wet de kwestie van de verrekening van de voorheffing wil regelen in een context waar het onmogelijk is om te bepalen welk gedeelte van de voorheffing door de partijen bij een verkoop van een certificaat verrekenbaar is, en dat zij het bijgevolg niet mogelijk maakt de door die personen verschuldigde belastingschuld te berekenen.

Door de verrekening van de onroerende voorheffing te beperken, voert zij een nieuwe belasting in, die gelijk is aan het niet-verrekenbare deel van de aan de bron ingehouden roerende voorheffing; de wet maakt het echter niet mogelijk om te bepalen welk deel van de voorheffing verrekenbaar is - operatie die de Minister van Financiën en de rechtsleer overigens onmogelijk achten. De verkoper zal geen enkel deel van de voorheffing kunnen verrekenen, aangezien de meerwaarde uit een toekomstige verkoop per definitie niet kan worden bepaald, gelet op het onregelmatige, discontinue, variabele en onzekere karakter van de vorming van de mogelijke meerwaarde. De laatste certificaathouder is evenmin in staat om te bepalen welk deel van de voorheffing hij kan verrekenen. Een simplistische lezing van het nieuwe artikel 280, derde lid, van het W.I.B. 1992 die erop neerkomt dat hij de voorheffing kan verrekenen in verhouding tot de periode waarin hij het effect heeft gehouden, moet worden verworpen, omdat die ertoe leidt dat het bedrag van de belastingdruk niet in verhouding staat tot het inkomen uit dat effect; terwijl het werkelijk door de certificaathouder gerealiseerde inkomen afhankelijk is van de kostprijs ervan en van het bedrag van de liquidatiecoupon, zou de verrekening van de voorheffing namelijk afhankelijk zijn van de houdperiode van het certificaat : hoe langer de houdperiode van het certificaat, hoe groter het verrekenbare gedeelte, terwijl de meerwaarde en de liquidatiecoupon identiek zouden zijn. Het aldus ingevoerde systeem is discriminerend en onuitvoerbaar; het zou dat niet zijn indien de wet zou aangeven hoe het deel van de voorheffing dat door de laatste houder van het effect kan worden verrekend, namelijk het deel van de voorheffing dat overeenstemt met het werkelijk door hem gerealiseerde inkomen, op rationele wijze kan worden bepaald, wat niet mogelijk is.

A.6. De Ministerraad voert aan dat, vóór de bestreden wet, artikel 19, § 2, van het W.I.B. 1992 voorzag in de « proratering » van het roerend inkomen en artikel 280, eerste lid, van het W.I.B. 1992 voorzag in die van de verrekening van de voorheffing met betrekking tot het inkomen dat voortvloeit uit de meerwaarde bij de realisatie van het onderliggend onroerend goed. Hij herinnert aan het verloop van de verrichtingen van de aanslag in de vennootschapsbelasting en van de vaststelling van de belastbare grondslag, en voert aan dat de wet het beginsel van de niet-verrekenbaarheid van een deel van de roerende voorheffing duidelijk heeft gesteld, de wijze van berekening van dat deel heeft bepaald en zelf het inkomen heeft vastgesteld dat het recht doet ontstaan op de verrekening, met de vennootschapsbelasting, van de roerende voorheffing met betrekking tot de interesten uit de meerwaarde bij de realisatie van het onroerend goed.

Ten aanzien van het tweede middel

A.7. Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, in zoverre artikel 4 van de bestreden wet de verrekenbaarheid van de roerende voorheffing aanzienlijk beperkt, terwijl het niet-verrekenbare deel van de roerende voorheffing een nieuwe belasting vormt.

A.8.1. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat, in geval van overdracht van de certificaten, de invoering van die belasting leidt tot een dubbele belasting van het deel van de meerwaarde bij liquidatie dat « overeenstemt » met de periode waarin de overdragende vennootschap het certificaat heeft gehouden.

In zoverre zij met de verschuldigde belasting verrekenbaar is, is de roerende voorheffing echter geen belasting, maar een wijze waarop die belasting wordt geïnd. Door een einde te maken aan de mogelijkheid om een voorheffing te verrekenen, voert de wetgever een nieuwe belasting in, vermits de voorheffing wordt berekend op het volledige inkomen (gemeen recht), maar de verrekening van die voorheffing wordt slechts berekend op het deel van dat inkomen dat overeenstemt met de periode waarin de koper het effect heeft gehouden (artikel 280, nieuw derde lid). Het verschil tussen de ingehouden voorheffing en de verrekenbare voorheffing vormt het bedrag van de nieuwe belasting.

A.8.2. In de praktijk leidt de bij de nieuwe wet ingevoerde belasting tot een dubbele belasting wanneer een certificaat door een vennootschap aan een andere vennootschap wordt verkocht, wat zeer vaak voorvalt. In theorie zou de verkoper immers, luidens het nieuwe artikel 280 van het W.I.B. 1992, een deel van de voorheffing moeten kunnen verrekenen met de vennootschapsbelasting die is verschuldigd voor het jaar van de verkoop (zoals dat gebeurt met de andere effecten waarvoor de voorheffing wordt « geprorateerd »). In de praktijk blijkt

dat die verrekening niet zal plaatshebben, omdat het in het jaar van de verkoop onmogelijk is, zelfs niet bij benadering, het bedrag van de meerwaarde te kennen, dat pas jaren later bekend zal zijn, noch bijgevolg het bedrag van de voorheffing te berekenen of te « prorateren » (wat wel mogelijk is voor de obligaties of de « zerobonds »). Bovendien zou het onmogelijk zijn om de verkoper in staat te stellen een deel van de voorheffing te verrekenen in het jaar van de liquidatie, die in veel gevallen talrijke jaren na de verkoop plaatsheeft. De voorheffing moet immers worden verrekend in het jaar van de verkoop van het effect en bovendien zou het voor de verkoper onmogelijk zijn het spoor van al zijn vroegere certificaten te volgen om te weten wanneer en tegen welke prijs die zullen worden vereffend. Ten slotte zou er geen aanvaardbaar motief bestaan om te verantwoorden dat de koper, pas jaren na de belasting te hebben betaald, het deel van de voorheffing te zijnen laste kan verrekenen. Een zeer groot deel van de voorheffing verandert plots in een belasting, wat niet kan worden verantwoord, temeer omdat een en ander leidt tot een dubbele belasting van het deel van de voorheffing dat overeenstemt met de periode waarin de verkoper het effect heeft gehouden, vermits de meerwaarde, voor die periode, een eerste keer wordt belast voor de verkoper die, op het ogenblik van de verkoop, een prijs verkrijgt die rekening houdt met dat deel van de meerwaarde dat reeds virtueel tot stand gekomen is, en die op die prijs (zoals voorheen) de vennootschapsbelasting moet betalen, en een tweede keer wordt belast voor de koper, ten aanzien van wie de roerende voorheffing wordt ingehouden op de hele meerwaarde, maar die die voorheffing alleen nog kan verrekenen in verhouding tot de houdperiode van het certificaat. Een zeer groot deel van de meerwaarde ondergaat dus de vennootschapsbelasting voor de verkoper, en de nieuwe, niet-verrekenbare roerende voorheffing voor de koper.

A.8.3. Hoewel het beginsel « *non bis in idem* » niet volstaat om de bestreden wet te vernietigen, moet het het optreden van de wetgever leiden. Te dezen wordt geen enkele uitleg gegeven over de noodzaak om hiervan af te wijken. De discriminatie is evident, temeer omdat de nieuwe belasting leidt tot een dubbele belasting.

A.8.4. Volgens de Ministerraad is de meerwaarde bij realisatie wezenlijk onzeker en maakt zij het niet mogelijk om, vóór de verkoop van het onroerend goed, de in te houden interest te berekenen. De partijen moeten zich daarvan bewust zijn bij de verkoop van een vastgoedcertificaat en weten dat, op de vervaldag, op het op de laatste vervaldag toegekende inkomen een voorheffing zal moeten worden betaald en dat die voorheffing niet noodzakelijk met de vennootschapsbelasting zal kunnen worden verrekend, daar de belastingadministratie, op grond van artikel 280 van het W.I.B. 1992, nooit een integrale verrekening heeft aanvaard van een voorheffing die bij de bron is ingehouden op interesten van schuldvorderingen die tussen twee vervaldagen van inkomsten van eigenaar zijn veranderd.

Een en ander leidt niet tot de door de verzoekende partij aangeklaagde dubbele belasting. De roerende voorheffing vormt immers, voor sommige belastingplichtigen, een definitieve belasting, zodat het gedeelte van de roerende voorheffing dat betrekking heeft op de periode waarin zij het effect hebben gehouden, overeenstemt met hun eigen belasting. De verkoop van het effect aan een derde (die niet de emittent is) leidt niet tot de verschuldigdheid van de roerende voorheffing. Er is dus geen inning van de belasting in dat stadium. Indien wordt toegestaan dat de laatste houder de roerende voorheffing volledig mag verrekenen, dan zou dat leiden tot een vrijstelling van het gedeelte van het inkomen dat moet worden verbonden aan de vorige houder, met name op grond van artikel 19, § 2, van het W.I.B. 1992 (vandaar de invoering van de in de artikelen 280 tot 282 van het W.I.B. 1992 beoogde antimisbruikmaatregelen).

Het bedrag van de bij de bron ingehouden roerende voorheffing stemt niet overeen met het bedrag dat met de vennootschapsbelasting is verrekend voor een of meerdere verenigde belastingplichtigen in geval van een tussentijdse overdracht van het effect door een natuurlijke persoon, situatie die het vaakst voorkomt bij openbare bidingen tot overname van vastgoedcertificaten en die wordt beoogd bij de bestreden wet. De « dubbele belasting » die de verzoekende partij aanklaagt, weerspiegelt een situatie die zou voortvloeien uit een vrijwillige praktijk van een verwerver, die erin bestaat een prijs te betalen die hoger ligt dan de marktwaarde van het certificaat, waarde die logischerwijs wel rekening houdt met de gevolgen van de belasting. Bij de verkoop van het vastgoedcertificaat wordt immers verondersteld dat de verkoopprijs onder meer de meerwaarde omvat die het onderliggend onroerend goed tot de datum van verkoop heeft verworven. Voor de koper is, bij de onderhandeling over de prijs van de transactie, normaal gezien rekening gehouden met de meerwaarde die het onroerend goed op de datum van de verkoop heeft verworven, maar ook met de belasting die normaal gezien op het einde van de looptijd van het vastgoedcertificaat op die meerwaarde zal moeten worden betaald. Na de tegeldemaking van het onroerend goed zal ten aanzien van de koper (houder van het vastgoedcertificaat op de vervaldag van de liquidatiecoupon) een roerende voorheffing worden ingehouden op het gedeelte van de coupon dat met een roerende voorheffing overeenstemt, maar hij zal alleen het gedeelte van de roerende voorheffing met betrekking tot de periode waarin hij het effect heeft gehouden, met zijn belasting kunnen verrekenen. In voorkomend geval zal het gedeelte van de roerende voorheffing met betrekking tot de houdperiode van een

verkoper-vennootschap in beginsel (behoudens de naleving van de voorwaarde van de volle eigendom van het effect bedoeld in artikel 280, tweede lid, van het W.I.B. 1992, reeds in de redactie ervan vóór de wet van 4 juli 2004) voor die verkoper verrekenbaar zijn.

Er is dus geen nieuwe belasting, noch een dubbele belasting, aangezien de prijs van de tussentijdse transactie in beginsel rekening moet houden met de gevolgen van de respectieve belasting van elke opeenvolgende houder. Een onachtzaamheid op dat vlak heeft vanzelfsprekend fiscale gevolgen voor de ene of de andere partij, of zelfs voor beide. Dat is des te meer het geval wanneer het niet gaat om onachtzaamheid, maar om een manoeuvre om de belasting te ontduiken. Er zij in dat opzicht eraan herinnerd dat de beperking van de verrekening met de vennootschapsbelasting, die dateert van vóór de bestreden wet, ertoe kan leiden dat een deel van de roerende voorheffing bij geen enkele belastingplichtige verrekenbaar is. Dat is bijvoorbeeld onder meer het geval voor de roerende voorheffing die wordt ingehouden op de roerende inkomsten met betrekking tot kapitaal of roerende goederen waarvan het vruchtgebruik is afgestaan; indien de voorwaarde van de « volle eigendom van de goederen of kapitalen » vervat in artikel 280, tweede lid, van het W.I.B. 1992 niet wordt nageleefd, is het in die hypothese voor de « professionele » belastingplichtige (vennootschap of natuurlijke persoon) aan wie de inkomsten zijn toegekend, volkomen onmogelijk om de roerende voorheffing te verrekenen.

Bovendien stemt het bedrag van het roerend inkomen dat door de schuldenaar van de inkomsten op de vervalldag is toegekend en dat is gedefinieerd overeenkomstig artikel 19, § 2, eerste lid, van het W.I.B. 1992, niet noodzakelijk overeen met het bedrag van het inkomen dat als winst is belast voor de vennootschap die op de vervalldag houder is van het effect, noch met het inkomen dat wordt verondersteld aan die vennootschap toe te komen overeenkomstig artikel 19, § 2, tweede lid, van het W.I.B. 1992. Het feit dat de vennootschap roerende inkomsten ontvangt, heeft geen gevolgen voor de voorwaarden inzake de vaststelling van haar boekhoudkundig resultaat, dat afhankelijk is van de aankoopprijs van het effect, prijs die kan worden gecorrigeerd of afgeboekt. Het spreekt vanzelf dat de aankoopprijs afhankelijk is van verschillende omstandigheden en dat de roerende voorheffing die eventueel bij de bron is ingehouden, een belastbare winst vormt.

A.9.1. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat die belasting, zonder verantwoording en op discriminerende wijze, alleen de houders van de vastgoedcertificaten treft, met uitsluiting van de houders van andere soortgelijke effecten, en in het bijzonder met uitsluiting van de andere instrumenten voor effectisering. Terwijl de « proratering » van de inkomsten (of de ontstentenis ervan) altijd gepaard is gegaan met de « proratering » van de voorheffing (of de ontstentenis ervan) en de roerende voorheffing nog altijd op het hele inkomen wordt berekend, zal de belastingplichtige die zijn certificaat vóór de vervalldag verkoopt, de voorheffing niet kunnen verrekenen en zal de houder van het certificaat op het ogenblik van de liquidatie alleen een verrekening genieten die op basis van de houdperiode is beperkt. Een dergelijke regeling is niet van toepassing op de meerwaarden gerealiseerd door de houders van certificaten die bij de effectisering van andere activa zijn uitgegeven, noch op de obligaties waarvan het rendement is verbonden aan de ontwikkeling van een onderliggende index (zoals de Dow Jones) en dus kan schommelen zoals de meerwaarde van een vastgoedcertificaat. Nochtans heeft de wetgever de redenen voor een dergelijke discriminatie geenszins uitgelegd.

A.9.2. Volgens de Ministerraad is er geen discriminatie, vermits er geen nieuwe belasting is - wat in het antwoord op het eerste onderdeel van het middel wordt aangetoond. Hij herinnert eraan dat er een correlatie bestaat tussen de « proratering » van de roerende inkomsten en die van de verrekening van de roerende voorheffing en dat, voor de verkoper en de koper, de verrekening van de roerende voorheffing is beperkt tot de roerende inkomsten die worden verondersteld te zijn geïnd. Die antimisbruikmaatregel is van toepassing op de interesten uit elke schuldvordering, zodat het fiscaal stelsel dat op de vastgoedcertificaten van toepassing is, niet duurder uitvalt dan het fiscaal stelsel dat op eender welke vorm van roerende waarde van toepassing is. De hier in het geding zijnde verrekening is overigens slechts een precisering van de antimisbruikmaatregel die reeds wordt bedoeld in artikel 280, eerste lid, van het W.I.B. 1992, precisering die elke onduidelijkheid in verband met de in het geding zijnde roerende inkomsten moet voorkomen. Hoewel het juist is dat andere activa dan de onroerende activa zouden kunnen worden « geëffectiseerd », zouden de aldus uitgegeven certificaten vastgoedcertificaten zijn die, op fiscaal vlak, als dusdanig zouden worden behandeld.

De maatregel is verantwoord door de toekenning van een bijzonder hoog roerend inkomen op het einde van de looptijd van het effect, wat niet bestaat voor de meeste andere effecten, zodat van vergelijkbaarheid geen sprake is.

Ten aanzien van het derde middel

A.10.1. Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 56 van het E.G.-Verdrag, waarin het beginsel van het vrij verkeer van kapitaal is verankerd, in zoverre artikel 4 van de bestreden wet tot gevolg heeft dat elke overdracht van een certificaat tussen vennootschappen noodzakelijk leidt tot een verminderde verrekening van de voorheffing, wat de verkoop van vastgoedcertificaten bestraft, terwijl de mogelijkheid om te kunnen worden verkocht en gekocht hun bestaansreden vormt. Elke verkoop vóór het einde van de termijn zal ertoe leiden dat een min of meer groot deel van de voorheffing voor niemand verrekenbaar is. Voor geen enkel ander goed gelden, inzake overdracht, voorwaarden die op fiscaal vlak dermate ongunstig en zo verschillend zijn naar gelang van het ogenblik waarop die overdracht plaatsheeft, en die alleen de professionele beleggers treffen (vermits de voorheffing voor de privé-personen doorgaans bevrijdend is). De liquiditeit van de certificaten is dermate aangetast, dat zij nog minder liquide zouden kunnen worden dan de onroerende goederen die zij effectiseren wanneer de registratierechten bij de verkoop van onroerende goederen lager liggen dan de bij de bestreden wet ingevoerde belasting.

A.10.2. De Ministerraad voert aan dat het vastgoedcertificaat het mogelijk maakt toegang te hebben tot het vastgoedproject, wat veel belangrijker is dan het verhandelbare karakter van het effect. Het is dus in de eerste plaats bestemd voor de « kleine houders », waarbij het belang van de professionele beleggers pas recent is gebleken, bij het vrijkomen van de meerwaarde bij liquidatie die zij aan de belasting trachten te onttrekken. De belastingwet onderwerpt alle inkomsten van de kapitaalverschaffers aan de belasting, met inbegrip van de meerwaarde bij liquidatie, wat belet dat daaruit een argument van discriminatie tussen de natuurlijke personen en de vennootschappen kan worden afgeleid.

De verzoekende partij kent de in het geding zijnde markt perfect en acht die zelf « illiquide »; de transacties zijn pas recent fors toegenomen, bij het naderen van de liquidatie van de certificaten en de nieuwe wet zal die markt niet minder liquide dan voorheen maken, temeer omdat de « nieuwe » regel reeds door de administratie werd toegepast op basis van artikel 280 van het W.I.B. 1992. Het staat overigens aan de partijen om bij het vaststellen van het bedrag van de transacties rekening te houden met de gevolgen van de inhouding van de roerende voorheffing. Het is weinig waarschijnlijk dat de bestreden wet de certificaten minder liquide maakt dan de onroerende goederen die zij « effectiseren », omdat de vastgoedcertificaten bestemd zijn voor de « kleine houders » die het vastgoed in kwestie hoogstwaarschijnlijk niet in eigen naam (maar gezamenlijk) zullen verwerven. De verzoekende partij klaagt de verminderde verrekening van de voorheffing aan bij de overdrachten van certificaten tussen vennootschappen, maar de situaties die het meest waarschijnlijk voorkomen en waaraan de bekritiseerde antimisbruikmaatregel een einde wil maken, hebben betrekking op de tussentijdse overdrachten door een natuurlijke « privé-persoon » die een Belgische ingezetene is, of zelfs door een belastingplichtige die aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen.

Ten aanzien van het vierde middel

A.11.1. Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het beginsel van de rechtszekerheid, van artikel 16 van de Grondwet en van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, in zoverre artikel 5, derde lid, van de bestreden wet (als gevolg waarvan het nieuwe artikel 280, derde lid, van het W.I.B. 1992 van toepassing is op de inkomsten die na de datum van bekendmaking van de wet in het *Belgisch Staatsblad* zijn toegekend of betaalbaar gesteld) de personen die (vóór de datum van bekendmaking van de wet in het *Belgisch Staatsblad*) in vastgoedcertificaten hebben belegd, belast met de voorheffing van de vorige beleggers, waarmee zij de laatstgenoemden niet hebben kunnen belasten.

A.11.2. De verzoekende partij voert aan dat de op de meerwaarde bij liquidatie ingehouden voorheffing altijd integraal kon worden verrekend door de koper van een certificaat die dat certificaat in zijn bezit had sinds de datum van de voorlaatste coupon. Die oplossing, die logischerwijs voortvloeide uit het W.I.B. 1992 en de enige was die in de praktijk kon worden toegepast, werd nog uitdrukkelijk bevestigd bij het voormelde arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 31 januari 2001. De verkopen die dateren van vóór de bestreden wet hebben vanzelfsprekend geen rekening kunnen houden met de ingrijpende verandering die zij teweegbrengt, die namelijk erin bestaat dat de huidige beleggers worden belast met de roerende voorheffing van de vorige beleggers. De houders van certificaten die vóór de inwerkingtreding van de wet zijn verworven, ondergaan met andere woorden een belasting (de niet-verrekenbare roerende voorheffing) op een inkomen dat een derde persoon heeft verkregen, waarbij wordt verondersteld dat dat inkomen het gedeelte is van de meerwaarde bij

liquidatie, vervat in de prijs van de overdracht, dat overeenstemt met de periode gedurende welke de verkoper eigenaar was van het certificaat. Het is echter discriminerend een persoon te belasten op de inkomsten die een andere persoon heeft geïnd, terwijl de andere belastingplichtigen slechts op hun eigen inkomsten worden belast. De belasting is niet verantwoord, temeer omdat de inkomsten gerealiseerd door de personen die certificaten vóór de inwerkingtreding van de wet hebben verkocht, reeds werden belast (belasting voor de verkoper van het deel van de toekomstige meerwaarde vervat in de prijs op het ogenblik van de verkoop van de certificaten).

A.11.3. De verzoekende partij voert aan dat de Staat afbreuk doet aan het eigendomsrecht door zich, op een wijze die de verwachtingen van de beleggers aanzienlijk beïnvloedt, een groot deel van de in het geding zijnde roerende voorheffing toe te eigenen.

A.11.4. De verzoekende partij voert ten slotte aan dat, in het bij de bestreden wet ingevoerde stelsel, de mogelijkheid voor de laatste houder van een vastgoedcertificaat om een deel van de voorheffing te kunnen verrekenen, afhankelijk is van de mogelijkheid die hij heeft om te bewijzen dat hij dat certificaat op een bepaalde datum heeft verworven. Die wet verplicht de certificaathouders (bij wie de bewijslast rust om hun recht op het verrekenen van de voorheffing aan te tonen) dus *a posteriori* ertoe de datum van aankoop van hun effect te bewijzen. Volgens de belastingwet moet het aankoopborderel echter slechts gedurende vijf jaar worden bewaard. Voor de toekomst verplicht de nieuwe wet de kopers van certificaten - op voorwaarde dat zij professionele kopers blijven... - ertoe dat bewijs tot de dag van de liquidatie te bewaren. Maar voor het verleden is het discriminerend de certificaathouders de mogelijkheid te ontzeggen om de voorheffing te verrekenen, terwijl voor hen geen enkel wettelijk motief of geen enkele praktijk bestond om het bewijs van de datum van aankoop jaren daarna te bewaren. Indien het Hof de middelen tegen artikel 4 van de bestreden wet niet zou aannemen, voert de verzoekende partij in ondergeschikte orde aan dat artikel 5, derde lid, zou moeten worden vernietigd, in zoverre het voorziet in de toepasbaarheid van artikel 4 op de inkomsten van de certificaten die vóór de bekendmaking van de wet in het *Belgisch Staatsblad* zijn uitgegeven.

A.11.5. De Ministerraad herinnert eraan dat het beginsel van de « proratering » van de inkomsten en van de verrekening van de voorheffing reeds bestond vóór de bestreden wet, die zich ertoe beperkt de periode te definiëren die aan de zogeheten « liquidatiecoupon » moet worden verbonden, teneinde de in artikel 266, tweede lid, 3°, van het W.I.B. 1992 ingevoerde maatregel op doeltreffende wijze aan te vullen, zodat het antimisbruikmechanisme daadwerkelijk uitwerking heeft. Artikel 4 van de bestreden wet bevestigt dus de bestaande situatie, zodat niet kan worden beweerd dat de verkoopprijs van de vastgoedcertificaten geen rekening kon houden met een ingrijpende verandering die de nieuwe wet met zich mee zou hebben gebracht.

Die wet moet onmiddellijk van toepassing zijn en kan, voor de toekomst, altijd een rechtstoestand wijzigen die niet definitief beëindigd is, daar er geen recht op het behoud van een situatie bestaat. Dat is des te meer het geval, daar de belastingwet jaarlijks wordt goedgekeurd, enerzijds, en de vastgoedcertificaten voor een duur van 25 tot 30 jaar worden uitgegeven, anderzijds.

A.11.6. De Ministerraad voert aan dat er geen afbreuk is gedaan aan het eigendomsrecht. De belasting is een aantasting van het vermogen, maar is niet in strijd met het eigendomsrecht indien zij door de bevoegde overheid is gevestigd en geen enkele grondwettelijke bepaling schendt. Te dezen wordt iedereen verondersteld de belasting te hebben betaald op zijn deel van de meerwaarde en niemand wordt belast op de roerende inkomsten die een andere wordt verondersteld te hebben ontvangen.

A.11.7. De verzoekende partij antwoordt dat, zelfs in de veronderstelling dat een vaststelling van de prijs van de overdracht een einde kan maken aan het bestaan van een dubbele belasting (wat de verzoekende partij aan de tegenpartij vraagt om aan te tonen), voor de transacties die dateren van vóór de inwerkingtreding van de wet of betrekking hebben op certificaten die na die wet zijn vereffend, een dergelijke prijs, die de bij de nieuwe wet ingevoerde « proratering » over 30 jaar omvat, vanzelfsprekend niet kon worden vastgesteld. De tegenpartij kan niet verklaren dat de oplossing van het probleem bestaat in de wijze waarop de prijs van de tussentijdse overdracht wordt berekend, en enkele bladzijden verder beweren dat de huidige certificaathouders bij de tussentijdse transacties vóór de bekendmaking van de bestreden wet rekening hadden moeten houden met de « geprorateerde » last van de voorheffing die bij die nieuwe wet is ingevoerd.

De verzoekende partij antwoordt ook dat zij geenszins het beginsel van de niet-retroactiviteit aanvoert, maar brengt in het geding, enerzijds, een belasting waarvan het bedrag niet afhankelijk is van het inkomen van een effect, maar van de houdperiode ervan en, anderzijds, de onmogelijkheid voor de verwerver om de datum van aankoop van het effect te bewijzen teneinde een deel van de voorheffing te kunnen verrekenen. De tegenpartij wijgt hierover.

De verzoekende partij verwijst naar het arrest nr. 118/2005 van het Hof en is van mening dat, indien artikel 5, derde lid, van de wet wordt vernietigd, de belastingplichtigen, die op de hoogte zijn van de nieuwe bepalingen, hun houding dientengevolge zullen kunnen aanpassen, namelijk ofwel de markt verlaten, ofwel zich ertoe verplichten effecten gedurende 25 of 30 jaar te bewaren, ofwel een niet-verrekenbare voorheffing ondergaan die eigen is aan die specifieke markt.

A.11.8. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat het arrest nr. 118/2005 een ontstentenis van verantwoording in sommige gevallen heeft afgekeurd. Te dezen is de maatregel verantwoord door de zorg om de strijd aan te binden tegen een specifiek misbruik en bevat hij zelf zijn eigen verantwoording. Hoewel het juist is dat het bewijs van de datum van aankoop van de effecten theoretisch gezien voor problemen kan zorgen, bestaan die niet in de praktijk, daar de gearchiveerde documenten (boekhoudkundige of andere) het mogelijk maken die datum aan te tonen. Hij heeft overigens twijfels bij de vraag of een vastgoedcertificaat daadwerkelijk om de vijf jaar van eigenaar verandert - een gemiddelde heeft op zich geen statistische waarde -, ook al betwist hij niet dat transacties vóór de inwerkingtreding van de wet hebben plaatsgehad.

- B -

B.1.1. De verzoekende partij vordert de vernietiging van de artikelen 4 en 5, derde lid, van de wet van 4 juli 2004 « tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 teneinde de omzetting van de richtlijn van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 (2003/49/EG) betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lid-Staten te verwezenlijken ».

B.1.2. Artikel 4 van de bestreden wet voegt een derde lid toe aan artikel 280 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna : W.I.B. 1992), dat voortaan luidt :

« Ten name van de verkrijger van inkomsten van roerende goederen en kapitalen, niet zijnde dividenden en niet zijnde inkomsten van verhuring, verpachting, gebruik en concessie van roerende goederen, wordt de roerende voorheffing slechts verrekend tot het bedrag van de voorheffing op de inkomsten die belastbaar zijn in verhouding tot het tijdperk waarin de belastingplichtige eigenaar of vruchtgebruiker van de roerende goederen en kapitalen of schuldeiser is geweest.

Wanneer de verkrijger van inkomsten van roerende goederen en kapitalen die goederen of kapitalen gebruikt voor het uitoefenen van zijn beroepswerkzaamheid, wordt de roerende voorheffing slechts verrekend tot het bedrag van de voorheffing op de inkomsten die belastbaar zijn in verhouding tot het tijdperk waarin de belastingplichtige de volle eigendom van de goederen of kapitalen heeft gehad.

Voor de toepassing van het eerste en tweede lid, stemt het tijdperk waarop de inkomsten betrekking hebben, voor de in artikel 266, tweede lid, vermelde inkomsten, overeen met de periode die aanvangt op het ogenblik van de uitgifte van de effecten en eindigt op de dag van de toekenning of betaalbaarstelling van de inkomsten ».

De in artikel 266, tweede lid, van het W.I.B. 1992 vermelde inkomsten zijn met name de inkomsten uit vastgoedcertificaten. Artikel 266 (waarvan het tweede lid is gewijzigd bij artikel 3 van de bestreden wet) regelt immers de mate waarin de Koning kan afzien van de inning van de roerende voorheffing op sommige inkomsten. Het luidt :

« De Koning kan, onder de voorwaarden en binnen de grenzen die Hij bepaalt, geheel of ten dele afzien van de inning van de roerende voorheffing op inkomsten van roerende goederen en kapitalen en van diverse inkomsten, indien het verkrijgers betreft van wie de identiteit kan worden vastgesteld, of door collectieve beleggingsinstellingen naar buitenlands recht die een onverdeeld vermogen zijn dat wordt beheerd door een beheersvennootschap voor rekening van deelnemers, wanneer hun aandelen in België niet openbaar worden uitgegeven en niet in België worden verhandeld of effecten aan toonder waarvan de inkomsten begrepen zijn in één van de volgende categorieën :

1° inkomsten van voor 1 december 1962 uitgegeven effecten die wettelijk van mobiliënbelasting of van zakelijke belastingen zijn vrijgesteld of aan belastingen zijn onderworpen tegen een aanslagvoet van minder dan 15 pct.;

2° inkomsten uit certificaten van Belgische instellingen voor collectieve belegging;

3° uitgiftepremies met betrekking tot obligaties, kasbons of andere effecten van leningen uitgegeven vanaf 1 december 1962.

In geen geval kan hij afzien van de inning van de roerende voorheffing op inkomsten :

1° van door effecten vertegenwoordigde leningen waarvan de interest wordt gekapitaliseerd, behalve indien de schuldenaar en de gerechtigde verbonden vennootschappen zijn die hij definieert;

2° van effecten die geen aanleiding geven tot een periodieke uitbetaling van interest en die worden uitgegeven voor een looptijd van ten minste één jaar met een disconto dat overeenstemt met de tot op de vervaldag van het effect gekapitaliseerde interest, behalve indien de schuldenaar en de gerechtigde verbonden vennootschappen zijn die hij definieert;

3° uit vastgoedcertificaten, voor wat de toekenningen of betaalbaarstellingen van inkomsten betreft die geheel of gedeeltelijk betrekking hebben op de verwezenlijking van het onderliggend onroerend goed ».

B.1.3. Artikel 5, derde lid, van de bestreden wet bepaalt :

« Artikel 266, tweede lid, 3°, van het Wetboek van inkomstenbelastingen 1992, zoals ingevoegd bij artikel 3 van deze wet, en artikel 4 van deze wet zijn van toepassing op inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar gesteld vanaf de datum van bekendmaking van deze wet in het *Belgisch Staatsblad* ».

B.2. De verzoekende vennootschap richt haar activiteit vooral op de markt van de vastgoedcertificaten. Zij voert aan dat zij een groot aantal certificaten heeft verworven, in principe na de datum van uitgifte ervan. Zij betwist het fiscaal stelsel dat van toepassing is op de meerwaarde bij liquidatie ervan, zodat het onderwerp van het beroep, wat artikel 4 van de bestreden wet betreft, dient te worden beperkt tot artikel 280, derde lid, van het W.I.B. 1992, in zoverre het van toepassing is op de inkomsten van de vastgoedcertificaten bedoeld in het voormelde artikel 266, tweede lid, 3^o, van het W.I.B. 1992.

B.3. De vastgoedcertificaten zijn, luidens artikel 106 van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, rechten van vordering op de inkomsten, op de opbrengsten en op de realisatiewaarde van één of meer bij de uitgifte van de certificaten bepaalde onroerende goederen.

Zij maken het de intekenaars mogelijk in onroerend goed te beleggen, waarbij die belegging evenwel een roerende vorm heeft. De belegger ontvangt, naast periodieke coupons die op het exploitatiesaldo betrekking hebben, een laatste coupon die, wanneer een meerwaarde wordt gerealiseerd, op het liquidatiesaldo betrekking heeft. Hij ontvangt op dat ogenblik, indien het kapitaal niet eerder is terugbetaald, eveneens de terugbetaling daarvan; daar het om een terugbetaling van een schuldvordering gaat, is die niet belastbaar.

Ten aanzien van artikel 4 van de wet van 4 juli 2004 (eerste, tweede en derde middel)

B.4. De eerste drie middelen zijn gericht tegen artikel 4 en zijn afgeleid uit de schending, het eerste, van de artikelen 170 en 172, tweede lid, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11, van de Grondwet, het tweede, van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, en het derde, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 56 van het E.G.-Verdrag, waarin het beginsel van het vrij verkeer van kapitaal is verankerd.

Die drie middelen zijn gericht tegen de bestreden bepaling, in zoverre zij het de houders van vastgoedcertificaten mogelijk maakt om het bedrag van de roerende voorheffing die zij op de liquidatiecoupon hebben moeten betalen, met het bedrag van de belasting slechts te verrekenen in verhouding tot het tijdperk waarin zij houder van het certificaat zijn geweest,

terwijl de looptijd ervan veel langer kan zijn. De bestreden bepaling voert aldus een « proratering » van de voorheffing in.

B.5.1. In het eerste middel voert de verzoekende vennootschap aan dat artikel 4, door niet aan te geven of de « proratering » van de voorheffing die het invoert, samengaat met een « proratering » van het daarmee overeenstemmend inkomen, de administratie toestaat de grondslag van het inkomen te bepalen en aldus een element van de belastingschuld dat bij de wet zou moeten worden vastgesteld; indien, zoals dat het geval is voor de andere roerende inkomsten, de « proratering » van de voorheffing gepaard zou moeten gaan met die van het inkomen, zou moeten worden vastgesteld dat het, doordat de meerwaarde die bij de verkoop van het onroerend goed zal worden gerealiseerd, niet op voorhand kan worden bepaald, bij de verkoop van een vastgoedcertificaat vóór de vervaldag ervan (de verkoop van het onroerend goed) onmogelijk zou zijn een gedeelte van die meerwaarde aan de verkoper toe te wijzen (eerste onderdeel). Voor de koper zal de verrekening van de roerende voorheffing die hij zal kunnen genieten, afhankelijk zijn van het tijdperk waarin hij het vastgoedcertificaat zal hebben gehouden en niet van het inkomen dat het heeft opgebracht, wat discriminerend zou zijn (tweede onderdeel).

B.5.2. In het tweede middel voert de verzoekende vennootschap aan dat de bestreden bepaling, door het de houder van een vastgoedcertificaat mogelijk te maken de roerende voorheffing (met de op de meerwaarde bij liquidatie verschuldigde belasting) alleen te verrekenen in verhouding tot het tijdperk waarin hij het certificaat heeft gehouden, een nieuwe belasting invoert, die overeenstemt met het niet-verrekenbare deel van die voorheffing en die leidt tot een dubbele belasting van dat deel : de verkoper van een vastgoedcertificaat zal het deel van de voorheffing dat overeenstemt met het tijdperk waarin hij dat certificaat zal hebben gehouden, niet kunnen verrekenen met de belasting die is verschuldigd voor het jaar van de verkoop van het certificaat (daar hij het bedrag niet kent van de mogelijke meerwaarde die bij de verkoop van het onroerend goed zou worden gerealiseerd), noch met de belasting die verschuldigd is voor het jaar van de verkoop van het onroerend goed (die mogelijk pas jaren na de verkoop van het certificaat plaatsheeft); de koper zal dat deel van de voorheffing evenmin kunnen verrekenen, terwijl hij die op de hele meerwaarde zal hebben betaald (eerste onderdeel). Dat stelsel van dubbele belasting zou discriminerend zijn, in zoverre de gedeeltelijke niet-verrekening van de roerende voorheffing op de inkomsten uit

vastgoedcertificaten niet zou gelden voor andere inkomsten die daarmee vergelijkbaar zouden zijn (tweede onderdeel).

B.5.3. In het derde middel voert de verzoekende vennootschap aan dat de bestreden bepaling, door het niet mogelijk te maken de roerende voorheffing integraal te verrekenen met de belasting die is verschuldigd op de meerwaarde bij liquidatie van de vastgoedcertificaten (terwijl zij werden gecreëerd om te kunnen worden verhandeld), de verkoop ervan door professionele beleggers voor wie, in tegenstelling tot wat voor de particulieren geldt, de roerende voorheffing niet bevrijdend is, bestraft.

B.6.1. Hoewel de memorie van toelichting bij de bestreden wet aangeeft dat die wet een richtlijn ten uitvoer legt van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 (2003/49/EG) die ertoe strekt om, op 1 januari 2004, in de Staat waaruit die uitkeringen afkomstig zijn elke belasting op de uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten op te heffen (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, DOC 51-1075/001, p. 4), stelt het Hof vast dat dit niet het geval is voor de bestreden maatregel van « proratering ».

B.6.2. Over het ontwerp van wet is geen enkel commissieverslag aan de Kamer uitgebracht; het is zonder bespreking in voltallige zitting aangenomen en is niet door de Senaat geëvoceerd. In de parlementaire voorbereiding wordt dus niet aangegeven waarom is beslist de verrekening van de roerende voorheffing die op die inkomsten wordt geïnd, voortaan te beperken tot het deel ervan dat verhoudingsgewijs overeenstemt met het tijdperk waarin de verkrijger van de coupon het vastgoedcertificaat heeft gehouden.

B.7.1. De beperking, door de in het geding zijnde bepaling, van de mogelijkheid om de roerende voorheffing met betrekking tot de meerwaarde bij liquidatie van een vastgoedcertificaat met de verschuldigde belasting te verrekenen tot het deel van de voorheffing dat verhoudingsgewijs overeenstemt met de houdperiode ervan, leidt ertoe dat, wat de roerende voorheffing betreft, dat inkomen wordt behandeld zoals dat van de vastrentende effecten bedoeld in artikel 2, § 4, van het W.I.B. 1992 die, krachtens artikel 19, § 2, tweede lid, van het W.I.B. 1992, ten name van elke opeenvolgende houder van de effecten belastbaar zijn in verhouding tot het tijdperk waarin hij houder is geweest, en waarvan de roerende voorheffing die is verschuldigd door de verkrijger van inkomsten van kapitalen en roerende goederen, met uitzondering van de dividenden, die deze kapitalen en

roerende goederen gebruikt voor het uitoefenen van zijn beroepswerkzaamheid, op grond van artikel 280 van hetzelfde Wetboek slechts wordt verrekend ten belope van het bedrag van de voorheffing dat betrekking heeft op de inkomsten die belastbaar zijn in verhouding tot het tijdperk waarin de belastingplichtige de volle eigendom van de kapitalen en de roerende goederen heeft gehad.

B.7.2. Dat stelsel is eveneens van toepassing op de obligaties die tijdens hun bestaan geen enkele interestcoupon opleveren (de « zerobonds »), maar waarvan de interesten tot de vervaldag worden gekapitaliseerd. Die effecten, bedoeld in artikel 266, tweede lid, 1° en 2°, gewijzigd bij de bestreden bepaling, zijn onderworpen aan het stelsel van de vastrentende effecten, gelet op het feit dat de waarde ervan op regelmatige wijze toeneemt, zodat het mogelijk is de reeds verkregen waardevermeerdering te berekenen wanneer het effect vóór de vervaldag ervan wordt verkocht.

B.7.3. Door die regeling toe te passen op de liquidatiecoupons van de vastgoedcertificaten, voorziet artikel 4 van de bestreden wet in een gelijke behandeling van de belastingplichtigen die zich in wezenlijk verschillende situaties bevinden : niet zozeer ten aanzien van het onderwerp van het recht van de schuldeiser (dat betrekking heeft op de netto-inkomsten van het onroerend goed en op de opbrengst van de tegeldemaking ervan wanneer het gaat om een vastgoedcertificaat, terwijl het betrekking heeft op de interesten en de terugbetaling van het kapitaal wanneer het om een obligatie gaat), maar vooral ermee rekening houdend dat, in tegenstelling tot de inkomsten van de vastrentende effecten, de meerwaarde die wordt gerealiseerd bij de verkoop van een onroerend goed, van nature niet vaststaat en onzeker is, zodat het om een variabel inkomen gaat.

B.7.4. Die gelijke behandeling, die in de parlementaire voorbereiding niet is verantwoord, leidt ertoe dat de verkrijger van de liquidatiecoupon, laatste houder van het effect, de voorheffing met de verschuldigde belasting alleen kan verrekenen in verhouding tot de houdperiode en aldus, terwijl de meerwaarde gelijk blijft, alleen een verrekening kan genieten die des te beperkter zal zijn, daar de houdperiode korter is, wat geen relevant criterium is; zij leidt overigens ertoe dat de houders van vastgoedcertificaten die ze vóór de vervaldag hebben verkocht, in tegenstelling tot de houders van vastrentende effecten (of « zerobonds »), geen enkel deel van de voorheffing zullen kunnen verrekenen, aangezien de meerwaarde die voortvloeit uit een toekomstige verkoop van het onroerend goed, niet kan

worden bepaald; op een parlementaire vraag heeft de Minister van Financiën immers op het volgende gewezen :

«De vastgoedcertificaten die worden beschouwd als obligaties en dus een schuldvordering vormen op de emittant geven recht op een aandeel enerzijds in de periodieke inkomsten die voortvloeien uit de gebouwen waarmee ze verband houden en die in principe kunnen worden gekwantificeerd, en anderzijds in de meerwaarde die door de eventuele verdere realisatie van deze gebouwen tot stand zullen kunnen komen maar waarvan het bedrag volledig onvoorspelbaar is. In dit ene geval is het onmogelijk een actuariële berekeningsformule toe te passen om de inkomsten vast te stellen die in de tijd moeten worden gespreid. De administratie blijft niettemin verder zoeken naar een pragmatische oplossing voor dit probleem en voor dat van de variabele inkomsten uit obligaties » (*Vragen en Antwoorden*, Kamer, 1992-1993, vraag nr. 237 van 23 september 1992, p. 3454).

B.7.5. De Ministerraad voert echter aan dat de maatregel verantwoord is door de zorg om een einde te maken aan misbruiken die zijn vastgesteld wanneer, in de in B.7.4 bedoelde hypothese, de verkoper een belastingplichtige is voor wie de roerende voorheffing bevrijdend is.

B.7.6. Er kan worden aangenomen dat de wetgever vermocht te oordelen dat de in B.7.1 omschreven beperking noodzakelijk was om ontwijking van belasting inzake vastgoedcertificaten te voorkomen. Er is immers vastgesteld dat, wanneer een vastgoedcertificaat vóór de vervaldag ervan werd verkocht, de koper, die aan de vennootschapsbelasting is onderworpen en de roerende voorheffing op de meerwaarde bij liquidatie op de vervaldag is verschuldigd, de voorheffing integraal kon verrekenen met de verschuldigde belasting, terwijl hij het effect had gekocht van een belastingplichtige, voor wie de voorheffing bevrijdend zou zijn, door hem een prijs voor te stellen die het nettobedrag omvat dat de verkoper zou kunnen ontvangen (roerend inkomen verminderd met de roerende voorheffing), vermeerderd met een deel van de roerende voorheffing dat zij overeengekomen zouden zijn. De koper zal, van zijn kant, niet worden belast op het bij de liquidatie uitgekeerde inkomen, maar alleen op het verschil tussen dat inkomen en de prijs waartegen hij het effect zal hebben verworven (in voorkomend geval, vermeerderd met de aan de verkoper voorgestelde toeslag, die een deel van de roerende voorheffing vertegenwoordigt), terwijl hij de voorheffing integraal zal kunnen verrekenen met de verschuldigde belasting. Een dergelijke operatie maakt het mogelijk het deel van de meerwaarde dat de contracterende partijen bij de verkoop van het effect als reeds gerealiseerd beschouwen, van belasting vrij te stellen.

B.7.7. Hieruit volgt dat de bestreden maatregel verantwoord is wanneer het vastgoedcertificaat, vóór de vervaldag ervan, door een belastingplichtige voor wie de roerende voorheffing bevrijdend is, is overgedragen aan een belastingplichtige voor wie dat niet het geval is. Buiten die hypothese voorziet hij, voor inkomsten waarvan de aard en de kenmerken verschillend zijn, in de gelijke behandeling die in B.7.3 en B.7.4 is beschreven : hij steunt aldus op een criterium dat niet relevant is en ertoe leidt dat sommige belastingplichtigen lasten moeten dragen die niet evenredig zijn met de inkomsten die zij ontvangen.

Alleen in die mate zijn de middelen gegrond.

Ten aanzien van artikel 5, derde lid, van de wet van 4 juli 2004 (vierde middel)

B.8.1. In zoverre zij de inwerkingtreding van artikel 4 regelt, is die bepaling daarmee onlosmakelijk verbonden.

B.8.2. Zij dient derhalve in dezelfde mate te worden vernietigd.

Om die redenen,

het Hof

- vernietigt artikel 4, alsook de woorden « en artikel 4 » in artikel 5, derde lid, van de wet van 4 juli 2004 « tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 teneinde de omzetting van de richtlijn van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 (2003/49/EG) betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lid-Statens te verwezenlijken », behoudens wanneer het vastgoedcertificaat door een belastingplichtige voor wie de roerende voorheffing bevrijdend is, vóór de vervaldag ervan is overgedragen aan een belastingplichtige voor wie dat niet het geval is;

- verwerpt het beroep voor het overige.

Aldus uitgesproken in het Frans, het Nederlands en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 18 januari 2006.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior