

34. De kwalificatie van het handelen in cryptocurrency met gebruik van een trading bot

Belastingheffing in het digitale tijdperk

MR. W.G.G. JANSEN DE LANNOY

De populariteit van cryptocurrency heeft in de laatste jaren een vlucht genomen en in 2021 heeft de Bitcoin een all-time high bereikt van meer dan \$68.500. Door de volatiliteit van de cryptomarkt is het voor velen aantrekkelijk om door middel van daytrading te proberen om te profiteren van eventuele koersstijgingen of -dalingen. In de praktijk zie ik steeds vaker dat daarvoor gebruik wordt gemaakt van een trading bot, want wat is nou handiger dan een bot die je al het werk uit handen neemt en je slapend rijk kunt worden?

De vraag is echter of het gebruik van een trading bot ertoe leidt dat sprake is van ‘meer dan normaal actief vermogensbeheer’ en als gevolg dat belastingheffing in box 1 plaatsvindt. In deze bijdrage ga ik in op de elementen die een rol spelen bij de beoordeling of het gebruik van een trading bot wordt belast in box 1 dan wel box 3, welke bewijsrechtelijke aspecten een rol spelen bij het vaststellen van de rechtspositie van de gebruiker en sluit af met een conclusie.

1. De essentie van een trading bot

1.1 Wat is een trading bot?

Trading bots bestaan in verschillende soorten en maten en worden in vele branches gebruikt om automatisch ‘trades’ te verrichten. Een trade is de aan- of verkoop van bijvoorbeeld een aandeel, valuta, grondstof of cryptocoin. In essentie is een trading bot een softwareprogramma met een algoritme dat op basis van bepaalde indicatoren gericht trades verricht. In algemene zin is de opdracht van een trading bot duidelijk: kopen bij een gunstige (lage) koers en verkopen bij koersstijging. Gelet op de verscheidenheid in trading bots zal ik het in deze bijdragen beperken tot soorten twee trading bots: de swing trading bot (STB) en de arbitrage trading bot (ATB).

1.1.1 Swing trading bot

De STB is een long/short bot die voordeel probeert te behalen door te voorspellen of de waarde van de coin in de toekomst omhoog- of omlaaggaat. Hierbij wordt gebruikgemaakt van data uit voorgaande periodes, op basis van de parameters uit deze data wordt getracht te voorspellen of de koers stijgt of daalt en de bot dus een ‘long-’ (stijging) of ‘short-’ (daling) strategie moet hanteren.

1.1.2 Arbitrage trading bot

De ATB draait op de inefficiëntie van de markt en probeert voordeel te behalen door te handelen op basis van prijsverschillen van een coin op twee verschillende markten. Een voorbeeld van arbitrage is dat de koers van munt X op exchange A € 1 is en op exchange B € 1,05. Door de munt bij exchange A in te kopen en vervolgens direct op exchange B te verkopen, wordt een voordeel gerealiseerd van € 0,05. Arbitrage doet zich dus voor bij kenbare prijsverschillen, waarbij het van belang is om snel te (kunnen) handelen voordat het prijsverschil gelijkgetrokken wordt.

1.2 Risico's

Aan het gebruik van zowel de STB als de ATB kleven risico's. Het voornaamste risico komt voort uit de volatiliteit van de cryptomarkt (marktwerking), hetgeen het voorspellen voor de STB bemoeilijkt en waardoor een prijsverschil voor de ATB vaak slechts korte tijd bestaat. Naast marktwerking zijn er nog tal van andere (uitvoerings)risico's die ik vanwege hun technische aard verder buiten beschouwing laat.

2. Toetsingskader (meer) dan normaal actief vermogensbeheer

Teneinde te kunnen beoordelen of het handelen in cryptocurrency met gebruik van een trading bot ertoe leidt dat sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer, is het van belang om in te gaan op de beoordelingskaders en de elementen die daarbij een rol spelen. Zo dient voor belastbaarheid in box 1 sprake te zijn van een bron van inkomen en om in box 3 te vallen mag het niveau van de ‘normale actieve belegger’ niet worden overstegen.

2.1 Bron van inkomen (algemene bronvoorwaarden)

Voor de vaststelling dat sprake is van belaste inkomsten in box 1, winst uit onderneming (WUO) of resultaat uit overige werkzaamheden (ROW), moet eerst worden onderzocht of sprake is van een bron van inkomen.¹ Als aan de cumulatieve voorwaarden voor een bron van inkomen is voldaan, moet worden vastgesteld of sprake is van WUO of ROW.²

2.1.1 Bronvoorwaarden

1. Deelname aan het economisch verkeer

Hiervan is in algemene zin sprake als de belastingplichtige met zijn producten of diensten naar buiten treedt, bijvoorbeeld door deze aan te bieden aan een derde. Het dient daarom te gaan om de ontplooiing van activiteiten die zich afspelen buiten de privésfeer (e.g., niet resultaten die zijn behaald met hobbymatige activiteiten). In gevallen waarin de activiteiten in beslotenheid plaatsvinden, is niet zonder meer te zeggen of sprake is van deelname aan het economisch verkeer, daarvoor moet dan worden gekeken naar de intentie van de belastingplichtige.

2. Het beogen van voordeel (winstoogmerk)

Als werkzaamheden worden verricht met als doel voordeel te behalen, is al snel sprake van een winstoogmerk. Opgemerkt zij dat het ontbreken van een winstoogmerk er niet aan in de weg staat dat een bron van inkomen aanwezig is.³

3. Het redelijkerwijs verwachten van voordeel

Het vereiste van de objectieve voordeelverwachting houdt in dat redelijkerwijs moet kunnen worden verwacht dat met de activiteiten voordeel zal worden behaald. De beoordeling of sprake is van een objectieve voordeelsverwachting vindt in beginsel plaats op basis van de feiten en omstandigheden van het specifieke jaar, echter kunnen feiten en omstandigheden uit latere jaren licht werpen op de vraag of in dat eerdere jaar redelijkerwijs kon worden verwacht dat voordeel zou worden behaald.

2.2 Normaal actief vermogensbeheer

De exploitatie van vermogensbestanddelen wordt in box 3 belast als sprake is van normaal actief vermogensbeheer. Van 'meer' dan normaal actief vermogensbeheer is sprake als de werkzaamheden naar hun aard en omvang onmiskenbaar zijn gericht op het behalen van – redelijkerwijs te verwachten – voordelen die het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaat.⁴ Gelet

op het ontbreken van objectieve criteria voor de invulling van deze norm is het de vraag *wanneer* dan sprake is van zulke werkzaamheden. Volgens de jurisprudentie vergt dit een beoordeling van het concrete geval waarin alle relevante feiten en omstandigheden in ogenschouw worden genomen. De specifieke elementen die daarbij een rol spelen, kunnen uit de jurisprudentie worden gedestilleerd, de generieke elementen kunnen als volgt worden geformuleerd:

Het aanwenden van bijzondere kennis of deskundigheid

Als de inkomsten (mede) worden behaald met behulp van de bijzondere kennis van de belastingplichtige kan dit ertoe leiden dat sprake is van belastbare inkomsten in box 1. Gedacht kan worden aan de architect of makelaar die zijn kennis aanwendt bij de aankoop van onroerend goed. De enkele omstandigheid dat een makelaar met een aan- en verkoopvoordeel heeft behaald, leidt overigens niet per definitie tot belaste inkomsten. Daarvoor is vereist dat de bijzondere kennis ook daadwerkelijk ten grondslag ligt en in belangrijke mate heeft bijgedragen aan (de omvang van) het behaalde voordeel. De bijzondere kennis kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de wetenschap van een op handen zijnde wijziging van een bestemmingsplan. Bij een effectenhandelaar kan worden gedacht aan het beschikken over koersgevoelige informatie.⁵ De verwachting dat in toekomst een waardestijging van grond zal plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat een stuk grond geschikt is voor toekomstige woningbouw, is niet een omstandigheid die de zaak in de belaste sfeer brengt omdat het gaat om een algemeen bekende omstandigheid.⁶

Het in belangrijke mate (zelf) verrichten van arbeid

Het spreekt voor zich dat iedere vorm van vermogensbeheer gepaard gaat met het verrichten van enige arbeid. Zo zal de vastgoedbelegger contact hebben met huurders, huren innen en huurovereenkomsten (laten) opstellen. Dat maakt nog niet dat sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer omdat deze werkzaamheden inherent zijn aan de aard van het geëxploiteerde vermogen.⁷ Het dient dus te gaan om werkzaamheden die zijn gericht op het behalen van een hoger rendement dan met beleggen kan worden verwacht, zoals het zelf verrichten van onderhoud, verbouwingen of regelmatig kopen en verkopen met snelle winst (uitponden).⁸ Met de verrichte arbeid moet bovendien worden gestreefd naar extra rendement dat hoger is dan hetgeen de normaal actieve belegger verkrijgt.⁹

2.3 Resumé

De bovenstaande theorie geeft in algemene zin weer wat de fiscale kaders zijn voor het onderscheid tussen belastbaarheid in box 1 en box 3. Op basis hiervan kan redelijkerwijs worden geconcludeerd dat het louter aanhouden van cryptovaluta onder normaal actief vermogensbeheer valt. Er

1 Let wel: ook in box 3 is formeel gezien sprake van 'een bron van inkomen' zij het forfaitair (er wordt geheven over een verondersteld, dus fictief, rendement op het vermogen).

2 Het beoordelingskader voor het onderscheid tussen WUO en ROW gaat de reikwijdte van het artikel te buiten en zal om die reden niet verder worden behandeld.

3 HR 14 april 1993, *BNB* 1993/203, ECLI:NL:HR:1993:BH8770 (Receptenarrest).

4 Dit komt voort uit vaste jurisprudentie, ter illustratie zie bv. HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481.

5 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 75.

6 Conclusie AG Niessen 9 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2009:BI0481.

7 Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.

8 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481.

9 HR 17 augustus 1994, *BNB* 1994/319, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.

worden namelijk geen activiteiten verricht die zijn gericht op het behalen van een hoger rendement dan een andere ‘normaal actieve cryptobelegger’. De vraag die nu voorligt, is echter of het handelen met een trading bot ertoe leidt dat die grens wordt overschreden en daardoor wel sprake is van een bron van inkomen. Daarbij is met name de laatste van de drie cumulatieve bronvoorwaarden relevant; of het voordeel naar objectieve maatstaven redelijkerwijs kan worden verwacht. Omdat in de jurisprudentie geen gevallen bekend zijn waarin deze vraag ten aanzien van het handelen met een trading bot wordt behandeld, zal daarvoor moeten worden gekeken naar de doorslaggevende elementen uit de literatuur en jurisprudentie bij optiehandel en termijnmarkttransacties, omdat die handel een zekere vergelijkbaarheid heeft met de handel in cryptovaluta. Het springende punt voor de belastbaarheid van dergelijke transacties is of zij een speculatief karakter hebben. Als sprake is van speculatie is het voordeel namelijk niet objectief te verwachten (‘voorzienbaar’), waardoor niet wordt voldaan aan de cumulatieve bronvoorwaarden en een bron van inkomen niet aanwezig is.

3. Literatuur en jurisprudentie optiehandel en termijntransacties

3.1 Literatuur

Over het element van speculatie merkt Freudenthal¹⁰ op dat bepalend is de mate waarin het voordeel beïnvloedbaar is door de arbeid van de belastingplichtige. Is die (zeer) gering, dan is sprake van speculatie. Is het de inzet van belastingplichtige geweest om door arbeid de hoogte van het voordeel positief te beïnvloeden en mag normaliter worden aangenomen dat die arbeid ook tot verhoging van dat voordeel zal kunnen leiden, dan is sprake van overige werkzaamheden en dus van belastbaarheid. Het gaat er dus in wezen om of het behaalde resultaat redelijkerwijs beïnvloedbaar was door het handelen van de belastingplichtige. Freudenthal is dan ook van mening dat in het overgrote deel van de gevallen transacties in beursgenoteerde aandelen, in onroerende zaken die op een transparante markt worden verhandeld en transacties in financiële producten (opties, warrants enzovoort) alsmede goederentermijntransacties niet tot het belastbare resultaat uit een werkzaamheid gaan behoren omdat zij speculatief van aard zijn. Andere vooraanstaande fiscalisten, zoals Niessen en Pieterse, leggen bij het aannemen van belastbaarheid de nadruk op de aanwezigheid van een voorsprongpositie bij de handelende persoon. Beschikt die niet over meer kennis of informatie dan de andere marktpartijen en bevindt hij zich ook niet in een voorsprongpositie, dan is sprake van speculatie.¹¹

3.2 Jurisprudentie

Van het behalen van voordelen uit speculatie is sprake als het resultaat niet kan worden beïnvloed door de verrichte

werkzaamheden. De uitslag van de (effecten)transacties is dan niet te voorzien noch kan die uitslag (door arbeid) worden beïnvloed of daarmee op het koersverloop van de beurs enige invloed worden uitgeoefend. In het licht daarvan is het van belang dat handelingen, die uitsluitend bestaan uit het geven van opdrachten tot aan- en verkoop van effecten, waarbij de belastingplichtige zich door het lezen van betreffende bladen om het koersverloop in de gaten te houden, niet zijn aan te merken als ‘andere’ arbeid.¹² Deze werkzaamheden zijn namelijk inherent aan de aard van deze vorm van vermogensbeheer.

Indien werkzaamheden worden verricht die niet omvangrijker zijn dan normaal actief vermogensbeheer maar waarbij wel winst wordt beoogd én door middel van ervaring, deskundigheid, relaties en een voordeel wordt gerealiseerd, is in beginsel sprake van ROW. Maar zelfs in die gevallen geldt dat het voordeel redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn en niet uitsluitend afhankelijk van toeval.¹³ Hoe deskundigen ook te werk gaat, het typische van speculatie is dat de uitslag van de transactie niet kan worden beïnvloed omdat deze wordt bepaald door factoren waarop de speculant geen invloed heeft.¹⁴ Zo werd ten aanzien van een (professioneel) commissionair in effecten, die in privé handelde, geoordeeld dat zijn kennis en kunde er niet toe leidden dat daarmee het speculatieve karakter van de transacties werd ontnomen.¹⁵ In een casus waar in termijntransacties werd gehandeld, leidde de volatiliteit van de markt ertoe dat het voordeel (of nadeel) niet redelijkerwijs kon worden verwacht. Het is dan ook voor insiders niet te voorzien hoe het prijsverloop zal plaatsvinden, ook kan dit niet worden beïnvloed.¹⁶

Het hebben van ervaring en deskundigheid op het gebied van optiehandel is overigens niet gelijk te stellen met het hebben van voorkennis. Het stelt een belastingplichtige in staat om, op basis van de voor alle marktpartijen beschikbare informatie, de kans op voordeel beter in te schatten, maar maakt dat voordeel niet voorzienbaar.¹⁷ Van een voorzienbaar resultaat is bijvoorbeeld sprake als een pakket aandelen door de belastingplichtige wordt verkregen tegen een lagere koers dan waartegen de aandelen op de vrije markt worden verhandeld. In die gevallen wordt weinig waarde toegekend aan de geringe omvang van de verrichte arbeid.¹⁸ Van voorkennis is sprake als de belastingplichtige over informatie beschikt die voor derden niet beschikbaar is. Zo werd voorkennis aanwezig geacht in het geval waarin een aandeelhouder bekend was met de prijs

12 RvB Zwolle 20 april 1956, *BNB* 1956/288.

13 Annotatie Van Soest bij HR 16 januari 1957, *BNB* 1957/64.

14 Annotatie van Tekenbroek bij HR 20 april 1956, *BNB* 1956/288.

15 Hof 's-Gravenhage 12 april 1984, na verwijzing HR 15 juni 1983, *BNB* 1983/217.

16 HR 18 januari 1967, *BNB* 1967/71.

17 Conclusie A-G Niessen 9 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ2071 (gevolgd).

18 HR 17 februari 1999, *BNB* 1999/249, m.nt. Niessen.

10 R.M. Freudenthal, ‘Resultaat uit overige werkzaamheden’ (*Fiscale Monografieën* nr. 103), Deventer: Kluwer 2002, p. 72, 99.

11 R.E.C.M. Niessen & L.J.A. Pieterse, *De Wet inkomstenbelasting 2001* (editie 2010), p. 328-329, 331.

van een overnamebod en vervolgens aandelen verkocht tegen een waarde die net onder het overnamebod lag.¹⁹

De voorzienbaarheid van een voordelig koersverschil zegt overigens nog niets over de voorzienbaarheid van het resultaat. Men kan hoogstens zeggen dat het voordelige koersverschil het speculatierisico verkleint. Het voordeel wordt dan ook slechts als ROW belast als het speculatie-element een ‘ondergeschikte rol’ rol heeft. Bij een ondergeschikte rol kan worden gedacht aan de situatie waarin de aan- en verkopen binnen hetzelfde fonds elkaar zo snel elkaar opvolgen, en de koersverschillen een zodanige omvang hebben, dat slechts een relatief gering speculatierisico wordt gelopen. Zolang echter niet wordt vastgesteld dat het speculatierisico relatief ondergeschikt is, blijft de (speculatieve) aard van de transacties domineren.²⁰

De handel in (kortlopende) opties op aandelen die worden verhandeld op een open markt is speculatief van aard. De omstandigheid dat relatief veel tijd en arbeid wordt besteed aan het bepalen van het juiste moment van aan- en verkoop, doet daar niets aan af. Een met optiehandel te behalen voordeel is in de regel niet voorzienbaar, tenzij de markt imperfecties kent, bijvoorbeeld doordat een op die markt handelende persoon beschikt over meer kennis dan de andere marktpartijen of zich in een voorsprong positie bevindt (informatie-asymmetrie).²¹

4. Het element van speculatie

In de behandelde literatuur en jurisprudentie komt naar voren dat ingeval het voordeel ten tijde van het aangaan van transacties niet voorzienbaar is, niet wordt voldaan aan het vereiste van een objectieve voordeelverwachting. In die gevallen hebben de transacties een speculatief karakter. Een voordeel kan redelijkerwijs worden verwacht als de hoeveelheid of kwaliteit van de arbeid die wordt aangewend om het voordeel te behalen die verwachting wettigt. Dat betekent ook dat als arbeid niet van invloed kan zijn op het behalen van een voordeel het er niet toe doet hoeveel werk een persoon heeft verzet. Het behaalde voordeel blijft dan onbelast. Naast arbeid kunnen ervaring, bijzondere kennis, voorkennis of deskundigheid een beslissende rol hebben gespeeld bij het behalen van het resultaat. Maar ook dan blijft beslissend of het voordeel redelijkerwijs kon worden verwacht. Het hebben van ervaring en deskundigheid op het gebied van effectenhandel stelt een belastingplichtige in staat om, op basis van de voor alle marktpartijen beschikbare informatie, de kans op voordeel beter in te schatten, maar maakt dat voordeel niet voorzienbaar. Als een persoon zich echter in een voorsprongpositie heeft gebracht, bijvoorbeeld door voorkennis te hebben opgedaan over een fusie of overname, dan zal hij de redelijke verwachting kunnen koesteren dat de door hem gekochte effecten bij verkoop een voordeel zullen opleveren.

19 HR 19 februari 1973, *BNB* 1973/131.

20 Conclusie A-G Moltmaker 4 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AW8141.

21 Conclusie A-G Niessen 9 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ2071 (gevolgd).

Hij heeft zich via zijn exclusieve voorkennis een voorsprong gegeven op de doorsneebelegger (informatie-asymmetrie).

5. Het element van speculatie vs het handelen met een trading bot

5.1 Swing Trading Bot

De STB gaat uit van statistische (vaak) openbare gegevens uit het verleden en probeert op basis daarvan te voorspellen of de koers zal stijgen of dalen. Daarmee wordt geen voorsprongpositie gecreëerd en kan geen invloed worden uitgeoefend op het resultaat (de koersstijging of -daling). De enkele omstandigheid dat de STB op basis van gegevens uit het verleden probeert te voorspellen of de koers zal dalen of stijgen, leidt niet tot voorzienbaar voordeel. Zoals het aloude adagium luidt: ‘resultaten uit het verleden bieden geen garantie voor de toekomst’. Het enige onderscheid tussen de STB en een willekeurige belegger is dat dat de bot zonder emotie handelt en dus geen irrationele transacties aangaat. Dat doet echter niet af aan het speculatieve karakter van de transacties.

5.2 Arbitrage Trading Bot

De ATB probeert voordeel te behalen door in te spelen op prijsverschillen op de markt. Anders dan bij reguliere aan- en verkoop van cryptocurrency zit het beoogde voordeel bij gebruik van de ATB niet (hoofdzakelijk) in een mogelijk toekomstige prijsstijging. De vraag of met het verrichten van arbeid de koers kan worden beïnvloed is hier dan ook minder relevant. Het voordeel kan immers worden behaald door het snel kunnen handelen bij kenbare prijsverschillen. De snelheid waarmee wordt gehandeld, is dus van invloed op behalen van het resultaat. Het voordeel (het prijsverschil) is zichtbaar maar dat betekent nog niet dat het resultaat ook voorzienbaar is. Het te behalen voordeel is namelijk (mede) afhankelijk van exogene factoren die niet kunnen worden beïnvloed, zoals prijsdalingen, de liquiditeit op de markt (mate van aanbod) en risico's bij de uitvoering van de transactie. Hierdoor is telkens sprake van een zekere mate van speculatie maar is het de vraag of het speculatie-element een andere dan ondergeschikte rol heeft. Voor de beantwoording van die vraag zal moeten worden gekeken naar de werking van de specifieke ATB en in het bijzonder de kracht van het algoritme.

Doorslaggevend is het antwoord op de vraag of het algoritme van de ATB de gebruiker in een voorsprongpositie brengt (i.e., sneller kunnen handelen dan anderen) die voor anderen niet beschikbaar is. Is die voorsprongpositie niet aanwezig dan blijft de (speculatieve) aard van de transacties domineren. De snelheid waarmee transacties kunnen worden verricht met gebruikmaking van de ATB kan dus doorslaggevend zijn, maar het enkele feit dat het resultaat zichtbaar is, maakt het voordeel niet per definitie voorzienbaar.

6. Bewijsrechtelijke aspecten en vaststellen rechtspositie

De belastingplichtige zal, bij betwisting, aannemelijk moeten maken dat zijn activiteiten in box 3 vallen en zal

daarvoor bewijs moeten aanleveren. Alhoewel de belegger in box 3 niet gehouden is een administratie te voeren, is het bij het handelen in cryptocurrency raadzaam om in ieder geval op de peildatum van elk jaar de vermogenspositie vast te leggen. Het decentrale systeem van vele cryptovaluta en de feitelijke werking van de blockchaintechnologie maken het praktisch vrijwel onmogelijk om individuele transacties te traceren, hetgeen in de praktijk leidt tot bewijsproblemen. Het is namelijk echt lastig om zonder gebruik van speciale programma's de transactiegeschiedenis in kaart te brengen. Bij het gebruik van een trading bot zal daarom bijzondere aandacht moeten worden besteed aan het documenteren van de activiteiten om bewijsproblemen in de toekomst te voorkomen. Om toch vooraf zekerheid te krijgen over de eigen positie kan ervoor worden gekozen om de casus voor te leggen aan de Belastingdienst in de vorm van vooroverleg. Het vooroverleg leidt tot een eenzijdige standpuntbepaling van de inspecteur. Het voordeel is dat de belastingplichtige direct zekerheid heeft over zijn rechtspositie.

In de praktijk zie ik dat belastingplichtigen die hun vermogenssprongen reeds hebben verantwoord in box 3 ervoor kiezen om niets te doen. De vraag die daarbij rijst is wat de gevolgen zijn voor boeteoplegging als de Belastingdienst toch van mening is dat sprake is van een box 1-activiteit. Het gebrek aan fiscale literatuur en jurisprudentie op het punt van het gebruik van een trading bot heeft immers tot gevolg dat onzekerheid kan bestaan over de rechtspositie. Als de belastingplichtige ten tijde van het doen van de aangiften redelijkerwijs kon en mocht menen dat zijn uitleg van het fiscale recht en de daarmee gedane aangifte juist was (pleitbaar standpunt), is er echter geen ruimte om een boete op te leggen.

In dit verband wijs ik volledigheidshalve nog op het arrest van de Hoge Raad van 28 mei 2004, waarin sprake is van een zekere vergelijkbaarheid met de hiervoor genoemde onzekerheid c.q. onduidelijkheid over de rechtspositie.²² In deze zaak verkreeg de belanghebbende in verband met zijn hulp bij de redding van een onderneming een bedrag van f 2,5 miljoen, hetgeen resulteerde in meer dan een verdubbeling van het vermogen ten opzichte van zijn eerdere aangifte. De vermogenssprong gaf voor de inspecteur aanleiding om onderzoek te doen en heeft in dat kader (telefonisch) vragen gesteld aan de adviseur van belanghebbende, die toelichtte dat sprake was van een onbelaste vermogenstoename. Na de telefonische bespreking heeft de inspecteur de aanslag conform aangifte opgelegd. Naderhand is gebleken dat de belanghebbende geen melding (in de bijlage) heeft gemaakt van de mogelijke belastbaarheid van het voordeel, behaald met om niet verkregen certificaten van aandelen. Dit was voor de inspecteur aanleiding tot navordering en boeteoplegging. Anders dan het hof oordeelde de Hoge Raad dat ter zake hiervan geen sprake was van opzet omdat in de aangifte geen gegevens zijn verzwegen die hadden

vermeld hadden moeten worden en door de gemachtigde omtrent de feitelijke gang van zaken geen onjuiste informatie is verstrekt. Dat de door de gemachtigde gegeven juridische kwalificatie achteraf onjuist werd bevonden kon de belanghebbende, gelet op de complexiteit van zowel de feiten als de juridische kwalificatie, niet worden tegengeworpen. Volgens de Hoge Raad had belanghebbende door het vermelden van de vermogenstoename derhalve niet dermate lichtvaardig gehandeld dat hem grove schuld en dus ook geen op opzet kon worden verweten. Deze casus onderstreept mijn visie dat in dergelijke gevallen voor boeteoplegging geen ruimte is. Overigens merkt Poelman in zijn noot terecht op dat het enigszins bevreemdt dat de Hoge Raad aan het onjuiste standpunt niet de kwalificatie pleitbaar heeft gegeven.

7. Conclusie

Bij bestudering van het reguliere beoordelingskader of sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer constateer ik dat de elementen die normaliter doorslaggevend zijn, dat bij de handel in cryptocurrency niet per definitie hoeven te zijn. Alhoewel het aanwenden van specifieke kennis of deskundigheid en het verrichten van arbeid gericht op het behalen van een hoger rendement in beginsel tot ROW leiden, is het element van speculatie beslissend. Het voordeel dient namelijk naar objectieve maatstaven redelijkerwijs te kunnen worden verwacht.

Het element van speculatie leidt ertoe dat ook bij gebruikmaking van een trading bot doorgaans niet kan worden gesproken van een voorzienbaar voordeel. Het gebruik van een STB doorbreekt het overwicht van speculatie geenszins. Dat is mogelijk wel het geval bij gebruik van een ATB, als het algoritme de gebruiker in een voorsprongpositie brengt en dit tot gevolg heeft dat redelijkerwijs moet worden geconcludeerd dat het element van speculatie een ondergeschikte rol heeft gekregen. Omdat de gebruiker zich ook bij gebruik van een ATB blootstelt aan de markt is het echter geen uitgemaakte zaak dat het zichtbare voordeel ook daadwerkelijk verkregen wordt. Een volatiele koers kan er namelijk toe leiden dat weliswaar een prijsvoordeel wordt behaald maar de koers dermate is gedaald dat per saldo verlies wordt geleden.

In mijn optiek zal het gebruik van een trading bot bij de handel in cryptocurrency vanwege het speculatieve karakter van de transacties in slechts zeer spaarzame gevallen tot WUO of ROW (kunnen) leiden. De gebruikers van trading bots doen er echter verstandig aan om hun vermogenspositie regelmatig te documenteren om eventuele bewijsproblemen in de toekomst te voorkomen.

Over de auteur

Mr. W.G.G. Jansen de Lannoy

Advocaat-belastingkundige bij Jaeger Advocaten-belastingkundigen te Amsterdam

22 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0228, FED 2004/426, m.nt. E. Poelmann.