

Erasmus School of Economics

5 Masterscriptie

10

**De fiscale behandeling van het
Afgezonderd Particulier Vermogen (APV)**

15

20

Rotterdam, 16 november 2011

25 Naam: Rob Huisman
Studentnummer: 287507
Begeleider: T.C. Hoogwout

30

Voorwoord en korte samenvatting

In deze scriptie ben ik op zoek gegaan naar alternatieven voor de nieuwe fiscale behandeling van de irrevocable discretionary trust (thans fiscaal aangeduid als Afgezonderd Particulier Vermogen (“APV”)). De nieuwe fiscale behandeling en de alternatieven heb ik getoetst aan de beginselen van
5 behoorlijke wetgeving. Uiteindelijk is mijn voorkeur uitgegaan naar een systeem waarbij de begunstigten in de belastingheffing worden betrokken, omdat onder deze alternatieven zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de beginselen van behoorlijke wetgeving. De ingevoerde fiscale behandeling leidt in een aantal gevallen tot strijdigheid met de beginselen van behoorlijke wetgeving.

10

Bij het schrijven van deze scriptie heb ik eerst de vakliteratuur bestudeerd. In de afgelopen decennia is erg veel geschreven over de trust. Hierdoor was het moeilijk om overzicht te houden en heeft het schrijven van de scriptie meer tijd gekost dan ik van tevoren had gedacht. Ook heeft het regelmatig tot de nodige ergernissen geleid. Gelukkig heeft mijn begeleider, de heer Hoogwout, met goede
15 opmerkingen en aanwijzingen mij in de goede richting gewezen. Ik ben hem daar zeer dankbaar voor.

Inhoudsopgave

	Voorwoord en korte samenvatting	2
	Inleiding	6
5	0.1 Civielrechtelijke eigenschappen van de trust	7
	0.2 Waarom een trust oprichten?.....	8
	0.3 Kaders van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001)	8
	0.4 Kaders van de Successiewet 1956 (SW 1956)	10
	0.5 Fiscale behandeling van de trust.....	11
10	0.6 Opbouw van de scriptie.....	12
	Hoofdstuk 1. Fiscale behandeling van het trustvermogen tot 1 januari 2010	13
	1.1 Eigenschappen van de trust die in deze scriptie centraal staat	14
	1.2 Haags trust verdrag.....	16
	1.3 Arresten Hoge Raad	17
15	1.3.1 Samenvatting van het geschil	18
	1.3.2 Oordeel van het Hof	18
	1.3.3 Oordeel van de Hoge Raad.....	19
	1.4 Inkomstenbelasting.....	21
	1.5 Gevolgen van de arresten	23
20	1.6 Beleidsbesluiten.....	24
	1.7 Commissie Moltmaker	24
	1.8 Conclusies en samenvatting	26
	Hoofdstuk 2. Fiscaal stelsel per 1 januari 2010	27
	2.1 Heffingsvacuüm	27
25	2.2 Doelstelling van de wijziging.....	29
	2.3 Veranderingen in de Wet IB 2001.....	30
	2.3.1 Afgezonderd particulier vermogen.....	30
	2.3.2 Afzonderen van vermogen	32
	2.3.3 Toerekening aan inbrenger	34
30	2.3.4 Toerekening aan erfgenamen	35

	2.3.5	Toerekening aan begunstigen	36
	2.3.6	Toerekening aan begunstigen met een juridisch afdwingbare verplichting	36
	2.3.7	Onderworpenheidstoets	36
	2.4	Veranderingen in de SW 1956	37
5	2.5	Veranderingen in de IW 1990	38
	2.6	Veranderingen in de Wet VPB 1969	39
	2.7	Veranderingen in de Wet DB 1965	40
	2.8	Overgangsrecht.....	41
	2.8.1	Inkomstenbelasting.....	41
10	2.8.2	Schenk- en erfbelasting	42
	2.9	Overige opmerkingen bij de nieuwe wetgeving	43
	2.10	Conclusies en samenvatting	43
	Hoofdstuk 3. Vijf alternatieve fiscale stelsels.....		44
	3.1	Alternatief 1: fiscale transparantie richting begunstigen	44
15	3.2	Alternatief 2: belasten bij het inbrengen en bij het APV zelf.....	46
	3.3	Alternatief 3: belasten bij het APV zelf en bij uitkeren	48
	3.4	Alternatief 4: toerekenen aan de inbrenger en na overlijden aan de begunstigen	49
	3.5	Alternatief 5: belasten bij de inbreng en belasten bij de uitkering	50
	3.6	Europese aanpak.....	51
20	3.7	Conclusies en samenvatting	52
	Hoofdstuk 4. Beginselen van behoorlijke wetgeving.....		53
	4.1	Welke beginselen van behoorlijke wetgeving zijn van belang.....	53
	4.2	Zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel	54
	4.3	Rechtszekerheidsbeginsel.....	56
25	4.4	Legitimiteitbeginsel.....	56
	4.4.1	Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)	56
	4.4.2	Bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting	57
	4.4.3	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM)	59
	4.5	Proportionaliteitsbeginsel.....	60
30	4.6	Draagkrachtbeginsel.....	60

4.7	Gelijkheidsbeginsel	61
4.8	Conclusies en samenvatting	61

Hoofdstuk 5. Hoe verhouden de verschillende behandelmethoden zich tot de beginselen van behoorlijke wetgeving? 62

5	5.1	Welke beginselen van behoorlijke wetgeving zijn van belang.....	62
	5.2	Zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel	62
	5.3	Rechtszekerheidsbeginsel.....	62
	5.4	Legitimiteitbeginsel.....	66
	5.4.1	Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)	66
10	5.4.2	Bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting	67
	5.4.3	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM)	69
	5.5	Proportionaliteitsbeginsel	69
	5.6	Draagkrachtbeginsel.....	72
	5.6.1	Draagkrachtbeginsel: samenloop APV en wettelijke verdeling	73
15	5.6.2	Draagkrachtbeginsel: normale belastingheffing	73
	5.7	Gelijkheidsbeginsel	76
	5.8	Conclusies en samenvatting	76
	Conclusies	78
	Literatuurlijst	82

20

Inleiding

Met ingang van 1 januari 2010 heeft de Nederlandse wetgever enkele wijzigingen doorgevoerd in de fiscale behandeling van de irrevocable discretionary trust en soortgelijke doelvermogens (hierna: trust). De wetgever wilde het heffingslek, dat was ontstaan na de arresten van de Hoge Raad in 1996¹, 5 dichten. Daarnaast diende de wetwijziging als budgettaire dekking voor het verlagen van de tarieven in de Successiewet 1956. De wetgever heeft er voor gekozen om de trust als entiteit te behandelen en het trustvermogen voor fiscale doeleinden toe te rekenen aan de inbrenger(s) van dat vermogen (hoofdregeel). Na overlijden vindt toerekening plaats aan de erfgenamen. Bij uitzondering vindt toerekening plaats aan de begunstigden².

10

De wetgever had ook voor alternatieve fiscale behandelmethoden kunnen kiezen. De volgende alternatieve behandelmethoden worden in hoofdstuk 3 van deze scriptie besproken:

- 1) toerekenen aan de begunstigden;
- 2) belasten bij het inbrengen en bij het APV zelf;
- 15 3) belasten bij het APV zelf en bij het uitkeren;
- 4) toerekenen aan de inbrenger en na diens overlijden aan de begunstigden;
- 5) belasten bij het inbrengen, gevolgd door belasten bij het uitkeren.

In deze scriptie wil ik onderzoeken hoe de fiscale behandelmethoden zich verhouden tot de 20 beginselen van behoorlijke wetgeving, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het legitimiteitbeginsel en het draagkrachtbeginsel.³

De probleemstelling is als volgt:

25 *Hoe verhouden de nieuwe wettelijke regeling en de in de literatuur besproken alternatieven om het vermogen van een irrevocable discretionary trust (APV⁴) in de heffing te betrekken zich tot de beginselen van behoorlijke wetgeving?*

Hierna zal ik kort de civielrechtelijke elementen van een trust bespreken. Daarna zal ik de kaders van 30 de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) bespreken, omdat hier de belangrijkste wijzigingen in hebben plaatsgevonden.

¹ Deze arresten worden besproken in paragraaf 1.3

² Deze behandelmethode wordt besproken in hoofdstuk 2. Hier wordt tevens ingegaan op de uitzondering op de hoofdregeel (geen toerekening bij voldoende compenserende heffing in het vestigingsland van de trust)

³ De beginselen van behoorlijke wetgeving worden besproken in hoofdstuk 4.

⁴ De term APV staat voor Afgezonderd Particulier Vermogen. In hoofdstuk 2 zal ik deze term nader toelichten

0.1 Civielrechtelijke eigenschappen van de trust

In paragraaf 1.1 ga ik uitgebreid in op de trust die in deze scriptie centraal staat (irrevocable discretionary trust). In deze inleiding zal ik kort ingaan op de algemene, civielrechtelijke eigenschappen van een trust.

5

De trust komen we voor het eerst tegen in de middeleeuwen in Engeland⁵. In het Nederlandse rechtssysteem, dat gebaseerd is op de Romeinsrechtelijke traditie kennen we de trust niet en daardoor bestond veel onduidelijkheid over de (civielrechtelijke en) fiscale gevolgen. Volgens het kabinet (Kok II) kan een trust als volgt worden aangeduid:

10

“Een trust is een vermogen dat door een persoon (de settlor) van zijn eigen vermogen wordt afgezonderd, al dan niet in beheer wordt gegeven bij een derde (de trustee), waar het vermogen overigens afgescheiden vermogen blijft ter begunstiging van bepaalde doelen of bepaalde personen (beneficiaries).”⁶

15

De positie van de betrokken personen bij een trust bespreek ik uitgebreid in hoofdstuk 1. In deze inleiding wil ik reeds vermelden dat, na de inbreng in een trust, geen van de betrokken personen (inbrenger, trustee en begunstigden) economisch en juridisch eigenaar is van het vermogen. Civielrechtelijk is dit een van de belangrijkste ‘voordelen’ van een trust. Als een van de betrokken

20 personen failliet wordt verklaard, kunnen schuldeisers niet bij het afgezonderde trustvermogen. Het trustvermogen blijft tevens buiten de huwelijksgemeenschap en de (civielrechtelijke) nalatenschap.

25

Een trust is geen rechtspersoon, maar een soort conglomeraat van vermogen, dat als entiteit⁷ naar buiten treedt en een eigen leven leidt⁸. Dit betekent onder andere dat de trust in het economisch

25 verkeer als zelfstandige entiteit kan optreden. De trust verschilt van een stichting, zoals wij die in Nederland kennen. De stichting heeft rechtspersoonlijkheid en is daardoor zowel juridisch als economisch eigenaar van het ingebrachte vermogen.

30

De trustee heeft alleen het juridische eigendom, maar de trustgoederen zijn afgescheiden van zijn eigen vermogen. Bij het faillissement van een stichting kunnen de schuldeisers zich verhalen op het

30 vermogen van de stichting. Bij een faillissement van de trustee is geen verhaal mogelijk op het trustvermogen.

⁵ M.E. Koppenol-Laforce en F. Sonneveldt, Doelvermogens; trust en familiestichting, WPNR 2001/6433

⁶ Kabinetsstandpunt inzake het rapport “De warme, de koude en de dode hand” van de werkgroep modernisering successiewetgeving, WDB 2001-00370 M, te raadplegen via <http://www.recht.nl/nieuws/belastingrecht/archief/index.html?nid=2299>

⁷ Een entiteit bestaat wezenlijk en kan daarom in eigen hoedanigheid naar buiten toe optreden. Een aantal vermogensbestanddelen te samen vormt geen entiteit. Zodra de vermogensbestanddelen worden ondergebracht in een trust is er wel sprake van een entiteit.

⁸ N. Nobel, De fiscale trustarresten; Een Pyrrhus-overwinning voor de fiscus WPNR 1990-6376, pagina 785

Bovendien mag een stichting alleen uitkeringen doen indien deze een ideële of sociale strekking hebben⁹. Aan oprichters en leden van de organen van een stichting mogen in het geheel geen uitkeringen worden gedaan. Bij een trust gelden over het algemeen geen beperkende regels voor het doen van uitkeringen.

5

In de literatuur wordt de trust ook wel aangeduid als een juridisch fantoom en een veelkoppig monster. In het proefschrift van M.E. Koppenol-Laforce, inzake het Haags Trustverdrag¹⁰, worden maar liefst 35 soorten trusts vermeld¹¹. Nederland heeft zich aangesloten bij dit Haags Trustverdrag, waardoor Nederland bovenstaande civielrechtelijke gevolgen van een trust erkent en accepteert. Nederland is

10

0.2 Waaron een trust oprichten?

Een particulier kan diverse redenen hebben om zijn vermogen in een trust onder te brengen. Civielrechtelijk zijn dit bijvoorbeeld: de verzorging van een kind dat niet voor zichzelf kan zorgen, de spreiding van familievermogen over meerdere generaties en het bij elkaar houden van familievermogen teneinde dit te behouden voor latere generaties. Daarnaast kan gedacht worden aan de bescherming van het familievermogen tegen het persoonlijk faillissement van een familielid of een echtscheiding binnen de familie. In de praktijk biedt het Nederlandse (erf)recht te weinig mogelijkheden om bovenstaande zaken goed te regelen¹². Een alternatief dat hier wel in voorziet is de trust. Daarnaast kan ook de fiscale aantrekkelijkheid van de trust een rol spelen. Hierop kom ik in de volgende hoofdstukken uitgebreid terug.

15

20

0.3 Kaders van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001)

Met de Wet IB 2001 (en haar voorgangers) wordt beoogd belasting te heffen over de inkomsten die een natuurlijk persoon geniet. De heffing van inkomstenbelasting wordt onder andere verdedigd met een beroep op het draagkrachtbeginsel. Iedere burger moet naar zijn of haar vermogen bijdragen aan de financiering van de voorzieningen die de overheid ter beschikking stelt.

25

⁹ Artikel 2:285, lid 3 BW

¹⁰ De landen die bij dit Verdrag zijn aangesloten erkennen de civielrechtelijke eigenschappen van een trust, zoals omschreven in het Verdrag (zie 1.2.)

¹¹ Aldus J. van Rijn van Alkemade, Yes, the Dutch can tame the trust (1), WPNR 1998, nr. 6317. Het proefschrift van Koppenol-Laforce dateert uit 1997, ongetwijfeld zullen er momenteel nog veel meer soorten trusts zijn.

¹² Zie bijvoorbeeld M.E. Koppenol-Laforce en F. Sonneveldt, Doelvermogens; trust en familiestichting, WPNR 2001/6433 en M.U.M.A. Waaijer-Linders, Trust in de familiestichting, WPNR 2010/6848. In laatstgenoemd artikel wordt bijvoorbeeld ingegaan op het verschil tussen de inbreng in een BV (tegen uitreiking van aandelen) en inbreng in een trust (zonder uitreiking van deelgerechtigheid). Aandelen en andere deelgerechtigdheden vererven, waardoor verwatering kan optreden. Bij een trust is hiervan geen sprake. Een ander voorbeeld: een persoon kan alleen verkrijgen indien hij op het moment van overlijden van de erflater bestaat. Een trust biedt hierin meer flexibiliteit.

De opbrengst van de inkomstenbelasting bedroeg de afgelopen jaren minder dan 1 miljard euro¹³. Dit kan worden verklaard door het bestaan van de loonbelasting (opbrengst 2009: 47 miljard¹⁴). De loonbelasting is een voorheffing op de inkomstenbelasting. Eerstgenoemde belasting wordt afgedragen door de werkgevers.

- 5 Door persoonlijke aftrekposten¹⁵ is de opbrengst van de inkomstenbelasting in sommige jaren zelfs negatief. Dit kan verklaard worden door het feit dat bij inhouding van loonbelasting geen rekening wordt gehouden met de persoonlijke omstandigheden waarin de belastingplichtige verkeerd.

10 Het inkomensbegrip van de inkomstenbelasting gaat uit van het bronnenstelsel. Er moet, uitzonderingen daargelaten¹⁶, sprake zijn van een bron van inkomen alvorens er belastingheffing kan plaatsvinden. Wat onder een bron van inkomen wordt verstaan is niet gedefinieerd in de huidige Wet IB 2001 (noch in haar voorgangers). Een omschrijving is wel terug te vinden in de Leidraad op het Besluit Inkomstenbelasting 1941. Aan een bron worden drie cumulatieve eisen gesteld:

- 15
- 1) Deelname aan het maatschappelijk verkeer;
 - 2) Het beogen van een geldelijk voordeel;
 - 3) Het in redelijkheid kunnen verwachten van een geldelijk voordeel.

20 Sinds de invoering van de Wet IB 2001 (met ingang van 1 januari 2001) kent de inkomstenbelasting in Nederland een boxensysteem. In elke box wordt een ander deel van het inkomen belast tegen een bepaald tarief. De kwalificatie van het inkomen is daarmee van belang geworden. Onder de Wet IB 1964 was dit niet het geval, omdat al het inkomen tegen hetzelfde (progressieve) tarief werd belast.

25 In box 1 wordt het inkomen uit werk en woning belast tegen een progressief tarief, oplopend tot 52% (2011). In box 2 wordt het inkomen uit aanmerkelijk belang belast tegen een tarief van 25% (2011). In box 3 wordt het forfaitaire rendement uit sparen en beleggen belast tegen een tarief van 30% (2011). Het forfaitaire rendement wordt gesteld op 4% (2011).

30 Artikel 2.14 van de Wet IB 2001 regelt de 'boxenvolgorde', waardoor een inkomensbestanddeel slechts in één box belast kan worden (uitzonderingen daargelaten). In principe gaat box 1 voor box 2 en box 3. Box 2 gaat op haar beurt voor box 3.

¹³ <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/22390FC2-EFF4-4F75-865C-8AE1E0EDB0C5/0/2010opbrengstrijksbelastingenbijna7miljardeurolagerart.pdf>

¹⁴ <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/22390FC2-EFF4-4F75-865C-8AE1E0EDB0C5/0/2010opbrengstrijksbelastingenbijna7miljardeurolagerart.pdf>

¹⁵ De bekendste aftrekpost is waarschijnlijk de hypotheekrenteaftrek

¹⁶ Bij bezittingen en schulden die in box 3 van de Wet IB 2001 vallen hoeft men zich niet af te vragen of sprake is van een bron van inkomen.

Naast het zogenaamde ‘tariefshoppen’ tussen de boxen kan het interessant zijn om ervoor te zorgen dat bepaalde inkomsten in het geheel niet belast worden met inkomstenbelasting. In het eerste hoofdstuk van deze scriptie zal duidelijk worden dat dit - in elk geval tot 1 januari 2010 - mogelijk was door bepaalde vermogensbestanddelen af te zonderen in een trust.

5 0.4 Kaders van de Successiewet 1956 (SW 1956)

De andere belastingwet die in deze scriptie centraal staat is de SW 1956. In deze wet worden met ingang van 1 januari 2010 twee belastingen geregeld: de schenkbelasting en de erfbelasting.

Voor deze datum werden in de SW 1956 drie belastingen geregeld, te weten: het schenkingsrecht, het successierecht en het recht van overgang. Laatstgenoemde belasting is per 1 januari 2010 afgeschaft.

10 De andere twee belastingen hebben een naamswijziging ondergaan. In het vervolg van deze scriptie zal ik enkel de nieuwe termen schenkbelasting en erfbelasting gebruiken.

In Nederland heffen we schenk- en erfbelasting van de verkrijger omdat deze geen inspanningen hoeft te verrichten voor de verkrijging. Dit wordt ook wel het ‘buitenkansbeginsel’ genoemd. Tegenstanders
15 van de schenk- en erfbelasting stellen dat het vermogen al eerder is belast bij de erflater of schenker (bijvoorbeeld met inkomstenbelasting) en het daarom niet legitiem is om ditzelfde vermogen nogmaals bij de erfgenaam of begunstigde in de heffing te betrekken. In de politiek lijkt het ‘buitenkansbeginsel’ (voorlopig) te prevaleren boven de dubbele heffing die volgens de tegenstanders ontstaat. Daarnaast zal ook de opbrengst (2009: 1,8 miljard euro¹⁷) van de schenk- en erfbelasting een
20 rol spelen. Voor een algehele afschaffing zal toch elders budgettaire dekking gevonden moeten worden.

De schenk- en erfbelasting zijn zogenoemde verkrijgingsbelastingen. Als iemand ten tijde van zijn/haar overlijden (fictief) in Nederland woont, moeten de erfgenamen, legatarissen en
25 lastbevoorreedden erfbelasting betalen over hetgeen zij verkrijgen. Schenkbelasting wordt geheven over hetgeen wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking (fictief) in Nederland woont.

Het tarief van de schenk- en erfbelasting is afhankelijk van twee elementen. Enerzijds is de (familie)relatie tussen de schenker en de begunstigde, respectievelijk de erflater en de erfgenaam van
30 belang. Anderzijds is de hoogte van de verkrijging van belang. Voor de hoogte van de verschuldigde belasting dient ook rekening gehouden te worden met diverse vrijstellingen. Ook deze zijn afhankelijk van de (familie)relatie tussen de schenker en de begunstigde, respectievelijk de erflater en de erfgenaam.

¹⁷ <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/22390FC2-EFF4-4F75-865C-8AE1E0EDB0C5/0/2010opbrengstrijksbelastingenbijna7miljardeurolagerart.pdf>

0.5 Fiscale behandeling van de trust

Zoals gezegd is de fiscale behandeling van de trust ingrijpend gewijzigd. Beter gezegd: de fiscale behandeling van de irrevocable discretionary trust is gewijzigd.

- 5 Het is niet geheel duidelijk of de wijzigingen ook toegepast moeten worden op de andere trust vormen. Boer bespreekt het voorbeeld van een fixed trust met daarin een life interest¹⁸. Op basis van de toelichting op het wetsvoorstel is het niet geheel duidelijk of de fixed trust kwalificeert als APV (en of het vermogen op basis van artikel 2.14a Wet IB 2001 aan de inbrenger moet worden toegerekend, onder de gelijktijdige toerekening van een juridisch afdwingbare verplichting aan de begunstigde).
- 10 Met Boer ben ik van mening dat de fixed trust naar de huidige wettekst kwalificeert als APV. Een verduidelijking middels een beleidsbesluit zou echter geen overbodige luxe zijn.

- Bij een revocable trust is het niet geheel duidelijk of de nieuwe wetgeving moet worden toegepast of dat hieroor nog steeds de fiscale transparantie geldt. Het verschil tussen beide benaderingen is van
- 15 belang indien de reële heffingstoets¹⁹ van artikel 2.14a, zevende lid Wet IB 2001 een rol speelt. Deze onderworpenheidstoets geldt niet voor de fiscale transparantiegedachte.

- In het vervolg van deze scriptie zal ik - uitzonderingen daargelaten - alleen ingaan op de irrevocable discretionary trust. Waar ik hierna over trust spreek, doel ik op de irrevocable discretionary trust. In
- 20 paragraaf 1.1 ga ik in op de verschillende trust vormen.

- Voor de wetwijziging was de fiscale behandeling van de trust met name gebaseerd op enkele arresten van de Hoge Raad, omdat adequate wetgeving ontbrak. Als de inbrenger (fictief) in Nederland woonachtig was kon de inbreng in een trust worden belast met schenkbelasting, maar daarna ontstond
- 25 – in termen van de staatssecretaris - een ‘zwevend vermogen’ dat onbelast kon aangroeien. In het vestigingsland van de trust wordt meestal geen of weinig belasting geheven over de winst van de trust. Ook Nederlandse schenkbelasting kon (eenvoudig) worden ontweken door (tijdelijke) emigratie.

- De wetgever ontving signalen dat in toenemende mate gebruik werd gemaakt van deze
- 30 belastingbesparende constructies. Met name aandelen in familiebedrijven en courante beleggingen werden afgezonderd in een trust. Met de toenmalige (ontbrekende) wetgeving en jurisprudentie kon niet in alle gevallen adequaat worden ingegrepen²⁰. Daarom was het volgens de Nederlandse wetgever tijd om (nieuwe) wetgeving in te voeren.

¹⁸ J.P. Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, NDFR Fiscaal wetenschappelijke reeks, hoofdstuk 9

¹⁹ Zie paragraaf 2.3.7

²⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 9 (MvT)

Een andere reden voor de wetswijziging was de wens om de belastingheffing op schenken en erven te verlagen. Voor het verlagen van de tarieven (en het verhogen van de vrijstellingen) in de SW 1956 is een budgettaire dekking van 235 miljoen euro nodig. Het grootste gedeelte (210 miljoen euro) moet worden opgebracht door de nieuwe fiscale behandeling van trusts²¹.

5

Met ingang van 1 januari 2010 worden de vermogensbestanddelen alsmede de opbrengsten en uitgaven van het trustvermogen in beginsel toegerekend aan de inbrenger. Als de inbrenger is overleden vindt toerekening in beginsel plaats aan diens erfgenamen. Slechts bij uitzondering, wanneer de inbrenger onbekend is, vindt toerekening plaats aan de begunstigen. Daarnaast worden

10 juridisch afdwingbare rechten belast bij de begunstigen. Voor dit deel vindt – waarschijnlijk²² - wel toerekening plaats aan de inbrenger, maar onder gelijktijdige toerekening van de juridisch afdwingbare verplichting aan de begunstigen.

0.6 Opbouw van de scriptie

In deze scriptie zal ik allereerst de fiscale behandeling van de irrevocable discretionary trust tot 1

15 januari 2010 bespreken. Daarnaast zal ik stil staan bij de eigenschappen van een trust en zal ik bekijken wie er betrokken zijn bij een trust.

In hoofdstuk 2 zal ik vervolgens de nieuwe fiscale behandeling uiteenzetten. In hoofdstuk 3 zal ik de diverse alternatieven voor de fiscale behandeling bespreken. Omdat ik in hoofdstuk 5 de diverse

20 alternatieven wil afzetten tegen de beginselen van behoorlijke wetgeving zal ik in hoofdstuk 4 de relevante beginselen uiteenzetten. Zoals gezegd, zal ik in hoofdstuk 5 toetsen of beginselen van behoorlijke wetgeving geschonden worden door de nieuwe regelgeving. Ook zal ik bekijken of deze beginselen onder de alternatieve regelgeving geschonden worden. In de conclusie zal ik vervolgens toelichten welke fiscale behandelmethodes mijn voorkeur heeft.

25

²¹ Persbericht Ministerie van Financiën van 24 oktober 2008, V-N 2008/54.27

²² Zie mijn opmerkingen omtrent de fixed trust in paragraaf 0.5

Hoofdstuk 1. Fiscale behandeling van het trustvermogen tot 1 januari 2010

In dit hoofdstuk wil ik gaan bekijken hoe het trustvermogen tot 1 januari 2010 in de Nederlandse belastingheffing werd betrokken. Hierbij zal ik kijken naar de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting. De bekendste trust, is de trust die is opgericht naar Anglo-Amerikaans recht. Het beoogde (civielrechtelijke en/of fiscale) doel van de inbrenger kan ook worden bereikt met bijvoorbeeld: de Stiftung, de Anstalt, de Antilliaanse stichting particulier fonds, de foundation en de Treuhands.²³

De fiscale behandeling van het trustvermogen werd lange tijd bepaald aan de hand van een viertal arresten van de Hoge Raad, welke geweest zijn voor de SW 1956²⁴. Deze arresten hadden in eerste instantie alleen gevolgen voor de behandeling onder de SW 1956. Al snel werd in de literatuur gespeculeerd over de gevolgen voor de inkomstenbelasting, maar de bevestiging in de rechtspraak kwam pas enige jaren later.

Zoals gezegd zijn de arresten van 18 november 1998²⁵ geweest voor de schenkbelasting²⁶. In de arresten ging het om de zogenoemde irrevocable discretionary trust. De wetgever was al langere tijd niet blij met het heffingslek²⁷ dat was ontstaan. Voor het verlagen van de belastingheffing op schenken en erven was een budgettaire dekking nodig van 235 miljoen euro. In de inleiding heb ik reeds aangegeven dat 210 miljoen euro opgebracht moet worden door de nieuwe fiscale behandeling van het APV²⁸.

Daarnaast werden er signalen van de belastingdienst en andere (EU-)landen ontvangen dat burgers in toenemende mate vermogen afzonderen en aldus (Nederlandse) belastingheffing ontgaan²⁹. Hier lag een taak voor de wetgever die mooi gecombineerd kon worden met een verlaging van de belasting op schenken en erven.

Ik zal hieronder eerst uitleggen wat de eigenschappen van de trust zijn die in deze scriptie centraal staat. Daarna zal ik bekijken welke personen bij een trust betrokken zijn. In paragraaf 1.2 zal ik het Haags Trust Verdrag bespreken, waarmee Nederland de civielrechtelijke erkenning van trusts heeft geregeld. Tevens zal ik uitleggen waarom dit verdrag niet van toepassing is op de fiscale behandeling van trusts.

²³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 9 (MvT).

²⁴ Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31.756 t/m 31.759, BNB 1999/35c tot en met 37c

²⁵ Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31.756 t/m 31.759, BNB 1999/35c tot en met 37c

²⁶ Het ging destijds om het schenkingsrecht, maar zoals ik in de inleiding aangaf zal ik in deze scriptie alleen de nieuwe termen schenk- en erfbelasting gebruiken.

²⁷ Zie paragraaf 1.5

²⁸ Persbericht Ministerie van Financiën van 24 oktober 2008, V-N 2008/54.27

²⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 9-16 (MvT).

Vervolgens zal ik de arresten van de Hoge Raad bespreken, welke van belang zijn voor de fiscale behandeling tot 1 januari 2010. Omdat de arresten van de Hoge Raad alleen de gevolgen voor de schenk- en erfbelasting schetsen kijk ik vervolgens naar de gevolgen voor de inkomstenbelasting in paragraaf 1.4. Hierbij zal ik ook enige (recente) jurisprudentie behandelen. Na een korte bespreking van het beleidsbesluit en het onderzoek naar mogelijke verbeteringen in de SW 1956 uit 2001 sluit ik af met een conclusie. Hierin wordt tevens duidelijk waarom de wetgever heeft ingegrepen met ingang van 1 januari 2010.

1.1 Eigenschappen van de trust die in deze scriptie centraal staat

Een trust is geen rechtspersoon, maar een soort conglomeraat van vermogen, dat als entiteit naar buiten treedt en een eigen leven leidt.³⁰ Dit betekent onder andere dat de trust in het economisch verkeer als zelfstandige entiteit³¹ op kan treden. Bij de oprichting van een trust draagt de inbrenger, door een eenzijdige rechtshandeling, vermogensbestanddelen over aan de trustee. De trustee wordt juridisch eigenaar van het vermogen. De overgedragen vermogensbestanddelen gaan echter economisch gezien niet tot het vermogen van de trustee behoren. Het trustvermogen wordt ook wel ‘zwevend vermogen’ genoemd, omdat het vermogen niet aan een natuurlijk persoon is toe te rekenen en niet in de belastingheffing wordt betrokken. Niet bij de inbrenger, niet bij de begunstigde en (veelal) niet bij het APV zelf³².

Een trust kan opgericht worden door één of meerdere personen. Ook kan het voorkomen dat een bank of trustkantoor de trust opricht. Vervolgens kan een cliënt vermogensbestanddelen inbrengen.

De inbreng kan zowel onherroepbaar (irrevocable) als herroepbaar (revocable) plaatsvinden. Bij de laatste vorm kan men zich afvragen of de vermogensbestanddelen het eigen vermogen van de inbrenger wel hebben verlaten. De inbrenger houdt immers het recht om de beschikkingsmacht over zijn vermogen terug te krijgen. In deze scriptie wil ik verder niet ingaan op de revocable trust. Bij de irrevocable trust is de beschikkingsmacht over het ingebrachte vermogen in beginsel overgegaan op de trustee. In de praktijk wordt dit door de belastingdienst regelmatig bestreden indien duidelijk wordt dat de inbrenger achter de schermen nog aan de touwtjes trekt. Zie hiervoor ook de jurisprudentie die voor de inkomstenbelasting is gewezen in paragraaf 1.4.

30

³⁰ N. Nobel, De fiscale trustarresten; Een Pyrrhus-overwinning voor de fiscus WPNR 1990-6376, pagina 785

³¹ Een entiteit bestaat wezenlijk en kan daarom in eigen hoedanigheid naar buiten toe optreden. Een aantal vermogensbestanddelen te samen vormt geen entiteit. Zodra de vermogensbestanddelen worden ondergebracht in een trust is er wel sprake van een entiteit.

³² Tenzij in het vestigingsland wel winstbelasting wordt geheven. Ook kan de niet in Nederland gevestigde trust als buitenlands belastingplichtige in de Nederlandse heffing worden betrokken o.b.v. artikel 3 Wet VPB 1969. Daarvoor moet de trust wel Nederland inkomen genieten in de zin van de Wet VPB 1969.

De inbrenger kan er voor kiezen om de begunstigde zelf aan te wijzen (fixed trust). Ook kan de inbrenger er voor kiezen om dit laatste (deels) aan de trustee over te laten (discretionary trust). In dat geval zal de inbrenger door de ‘Letter of wishes’ zijn wensen met betrekking tot de groep begunstigden kenbaar maken en in welke situatie(s) een uitkering kan plaatsvinden. Deze ‘Letter of wishes’ kan op een later moment worden gemaakt of worden aangepast. Voorafgaand aan de beslissing om een uitkering te doen, moet de trustee veelal toestemming vragen aan de ‘protector’. Bij de fixed trust behoudt de inbrenger zeggenschap over de uitkeringen die te zijner tijd gedaan worden. De trustee heeft weinig tot geen zeggenschap. Bij deze trust vorm is het de vraag of de vermogensbestanddelen het eigen vermogen van de inbrenger wel hebben verlaten. De inbrenger kan in sommige gevallen zelfstandig besluiten om de kring van begunstigden, de hoogte van de uitkeringen enz. te wijzigen. Alleen bij juridisch afdwingbare rechten zal dit niet gaan, want de schenking aan de begunstigde heeft dan immers al definitief plaatsgevonden. Deze schuldbekentenis kan niet zomaar ongedaan worden gemaakt.

Bij de irrevocable fixed trust bestaat de mogelijkheid voor de inbrenger om alleen zichzelf als begunstigde aan te wijzen.

In deze scriptie wil ik verder niet ingaan op de fixed trust³³. Wel gaat deze scriptie over de irrevocable discretionary trust. Bij deze vorm krijgen de begunstigden geen (on)voorwaardelijke uitkeringsrechten. Het enige wat de begunstigde krijgt is een verwachting dat ooit iets verkregen wordt uit het trustvermogen, veelal pas na het overlijden van de inbrenger. Er wordt ook wel gesproken over een blote verwachting, omdat er nog geen juridisch of feitelijk (voorwaardelijk) recht op een uitkering uit het trustvermogen bestaat³⁴. Het is uiteindelijk aan de trustee of deze verwachting ook werkelijkheid wordt. De inbrenger kan met een letter of wishes wel zijn voorkeuren kenbaar maken, maar de trustee is hier (in theorie) niet aan gebonden.

Samengevat: deze scriptie gaat enkel over de irrevocable discretionary trust. Bij deze trust vorm hebben de ingebrachte vermogensbestanddelen daadwerkelijk het vermogen van de inbrenger verlaten. Hierna zal ik kort ingaan op de posities van de personen die bij een trust zijn betrokken.

- Inbrenger: de persoon die vermogensbestanddelen overdraagt aan de trustee. Bij de irrevocable discretionary trust hebben de vermogensbestanddelen het vermogen van de inbrenger daadwerkelijk verlaten.
- Trustee: de vermogensbestanddelen van de inbrenger wordt overgedragen aan de trustee, maar gaan economisch gezien geen deel uitmaken van het eigen vermogen van de trustee.

³³ Voor een overzicht van de fiscale positie van de fixed trust verwijs ik naar E.R. Roelofs, Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet, WFR 2010/1632

³⁴ Zie onder andere paragraaf 5 van het Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M (Verzamelbesluit over de Trust, de SPF en ander “zwevend vermogen”)

Wel is de trustee juridisch eigenaar van het vermogen. De trustee is enkel bevoegd om over het vermogen te beschikken ten behoeve van de begunstigden. Vaak wordt de functie van trustee verricht door rechtspersonen (trustkantoren), maar ook een natuurlijk persoon kan trustee zijn. De inbrenger kan in een letter of wishes bepalen aan wie de trustee te zijner tijd uitkeringen moet doen, maar de trustee hoeft zich hier bij een discretionary trust niet aan te houden.

- Begunstigde: de begunstigde is degene aan wie een verwachting wordt toegekend dat ooit iets uit het vermogen van de trust wordt verkregen. Het is uiteindelijk aan de trustee om te bepalen of deze verwachting ook uitkomt.
- Protector: in sommige gevallen moet de trustee aan een protector toestemming vragen om bepaalde acties uit te voeren. Een protector is vaak een vertrouweling van de inbrenger.

1.2 Haags trust verdrag

Lange tijd heeft onduidelijkheid bestaan over de vraag of Nederland een trust moet erkennen, aangezien het Nederlandse civiele recht de trust niet kent. Na goedkeuring van het Haags trustverdrag³⁵ (in dit hoofdstuk verder: Verdrag) kan een positief antwoord worden gegeven op deze vraag. Het Verdrag is op 1 juli 1985 tot stand gekomen en Nederland heeft het verdrag op 4 oktober 1995 goedgekeurd³⁶.

Uit het eerste artikel blijkt de strekking van dit Verdrag. Het Verdrag wijst het toepasselijk recht aan dat van toepassing is op de trust en regelt de erkenning van de trust. In het tweede artikel wordt vervolgens de trust gedefinieerd waarop het Verdrag van toepassing is³⁷. De trust die in deze scriptie centraal staat voldoet aan deze omschrijving. Artikel 11 van het Verdrag zorgt ervoor dat de trust door de landen die het Verdrag ondertekenen erkend moet worden. Nederland moet aldus erkennen dat:

“(…) het trustvermogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de trustee en dat de trustee in zijn hoedanigheid van trustee als eiser of verweerder in rechte kan optreden en kan verschijnen voor een notaris of voor enig persoon die handelt in de uitoefening van een openbare functie”.

³⁵ Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, Trb 1985, 141

³⁶ Wet van 4 oktober 1995, Stb. 508 (Wet conflictrecht trusts)

³⁷ “Een rechtsbetrekking die bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods in het leven wordt geroepen door een insteller, waarbij de goederen onder de macht van een trustee worden gebracht ten behoeve van een begunstigde.” Verder moeten de goederen van de trust een afgescheiden vermogen vormen en geen deel uitmaken van het vermogen van de trustee. De rechtstitel van de goederen moet bovendien op naam van trustee staan.

Overigens hoeft Nederland de trust niet te erkennen indien:

5 *'de kenmerkende elementen, afgezien van de keuze van het toepasselijk recht, de plaats van bestuur en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met Nederland dan met de staat van het toepasselijk recht'*³⁸.

Bij de oprichting van een trust zal men dus zorgvuldig moeten zijn, om bijvoorbeeld te voorkomen dat er problemen met een dubbele vestigingsplaats ontstaan.

10 Artikel 19 van het verdrag gaat over de fiscale gevolgen van de erkenning van een trust die is opgericht naar het recht van een ander land. Dit artikel kan voor een inbreuk zorgen op de verplichte erkenning die wordt voorgeschreven door het Verdrag.

15 *"Het verdrag laat de bevoegdheden van de Staten op belastinggebied onverlet."*

Ondanks dat met de goedkeuring van het Verdrag enkele problemen rond de erkenning van trusts zijn weggewerkt was het fiscale probleem nog niet opgelost. Nederland mag namelijk haar eigen belastingregels toepassen. Omdat Nederland de trust niet kent in haar rechtsstelsel was niet duidelijk hoe de betrokkenen bij een trust in de belastingheffing betrokken moesten worden (er waren immers
20 geen duidelijke wettelijke regels of andere richtlijnen). Dit leidde tot de eerder genoemde arresten van de Hoge Raad die hierna besproken worden.

1.3 Arresten Hoge Raad³⁹

Nadat er, door de goedkeuring van het Verdrag, duidelijkheid was ontstaan over de civielrechtelijke gevolgen van de erkenning van trusts bleef veel onduidelijkheid bestaan over de fiscale consequenties.
25 In vier zaken betreffende de fiscale behandeling van trusts werd op 18 november 1998 arrest gewezen door de Hoge Raad. In deze vier zaken ging het om de gevolgen voor de (erf- en) schenkbelasting.

30 De vier zaken lijken erg op elkaar, vandaar dat ik hierna alleen HR 18 november 1999, nr. 31.758 bespreek.

³⁸ Artikel 13 van het Verdrag

³⁹ Hoge Raad 18 november 1998, nrs. 31.756 t/m 31.759, BNB 1999/35c tot en met 37c

1.3.1 Samenvatting van het geschil

Y is woonachtig in Nederland en heeft bij akte van 30 juli 1992 een trust opgericht overeenkomstig het recht van Jersey. Y heeft naast een bedrag in contanten ook aandelen aan het vermogen van de trust toegevoegd.

5

Als begunstigden zijn onder andere een stichting en de nakomelingen van Y aangewezen. Verder is in de trustakte te lezen dat de trustee bevoegd is geheel naar eigen inzicht te handelen met het trustvermogen, binnen het doel dat in diezelfde akte is omschreven. Wel is voor een aantal gedefinieerde handelingen de toestemming van de protector nodig. Deze protector kan bijvoorbeeld de trustee ontslaan en bepaalde begunstigden aanwijzen. De protector mag zelf geen economisch voordeel aan de trust ontnemen. De vader van Y is aangewezen als protector.

10

De inspecteur heeft een aanslag schenkbelasting opgelegd aan de trust, omdat degene van wie verkregen wordt in Nederland woonachtig is. Ook heeft de inspecteur een aanslag schenkbelasting opgelegd aan de begunstigden.

15

1.3.2 Oordeel van het Hof⁴⁰

Het Hof heeft de aanslagen vernietigd. De stelling van de inspecteur, dat de trust als doelvermogen belast moet worden, werd niet gevolgd door het Hof. Het Hof zag onvoldoende aanknopingspunten om doelvermogens zonder rechtspersoonlijkheid als verkrijger in de zin van de SW 1956 aan te kunnen merken. Dit hield tevens in dat er, voor de trust, geen sprake was van een verkrijging in de zin van de SW 1956.

20

Het vermogen kwam volgens het Hof toe aan de trustee, maar ten aanzien van deze persoon ontbrak het motief van vrijgevigheid. De begunstigden hebben slechts een onzekere en onbepaalde aanspraak gekregen en dat is niet voldoende om te spreken van een verkrijging in de zin van de SW 1956.

25

De inspecteur stelde verder nog dat de trust is ingesteld om schenkbelasting te besparen, zodat er sprake was van wetsontduiking (fraus legis). Belanghebbende weerspreekt niet dat belastingbesparing een van de doelen was, maar voegt eraan toe dat mede is gekozen voor een trust met het oog op de mobiliteit in geval van emigratie. Het Hof maakte korte metten met de stelling van de inspecteur. Het stond de insteller vrij om, mede vanuit het oogpunt van belastingbesparing, te kiezen voor deze weg.

30

Naar het oordeel van het Hof kon bij de inbreng geen schenkbelasting worden geheven. Hierna zal blijken dat de Hoge Raad hier anders over dacht.

⁴⁰ Hof Den Haag, Tweede Meervoudige Belastingkamer, 30 november 1995 (Nr. 95/4513)

1.3.3 Oordeel van de Hoge Raad

Het beroep in cassatie was ingesteld door de Staatssecretaris van Financiën. Het arrest van de Hoge Raad werd pas op 18 november 1998 gewezen. Dat is bijna 2 jaar na de conclusie van de Advocaat-generaal en bijna 3 jaar na de beslissing van het Hof. Dat kan er op duiden dat de Hoge Raad flink heeft geworsteld met deze problematiek.

De Hoge Raad gaat er net als het Hof vanuit dat de trust rechtsgeldig tot stand is gekomen. Er is dus geen sprake van *fraus legis*. Daarna heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of de trust of een van de andere betrokkenen als verkrijger voor de SW 1956 kan worden aangemerkt.

10

Zoals hiervoor besproken blijkt uit het Haags Trustverdrag dat Nederland zijn belastingwetgeving kan toepassen alsof het Verdrag niet bestaat. Uit ditzelfde Verdrag volgt volgens de Hoge Raad dat eerst gekeken moet worden naar het civiele recht dat op de trust van toepassing is. In het land van oprichting moet worden bekeken welke rechtsgevolgen de oprichting, inbreng en uitdeling hebben.

15

Vervolgens moet het Nederlandse fiscale recht hierop worden toegepast, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad beschrijft vervolgens in r.o. 3.6 de positie van de betrokkenen. Cruciale vraag daarbij is of een van deze personen een vermogensrecht kan ontlenen aan het ingebrachte vermogen.

20

- **Positie inbrenger:** de inbrenger heeft volgens de Hoge Raad onherroepelijk afstand gedaan van zijn vermogen. Daarmee heeft hij de beschikkingsmacht over zijn vermogensbestanddelen verloren. De inbrenger is (in deze casus) nog wel aan te merken als begunstigde.

25

- **Positie protector:** de protector heeft volgens de Hoge Raad vergaande bevoegdheden gekregen met betrekking tot het functioneren van de trust. Toch heeft de protector geen enkel (economisch) recht met betrekking tot het vermogen zelf verkregen.

- **Positie trustee:** de trustee is volgens de Hoge Raad eigenaar geworden van het vermogen, maar dit vermogen blijft afgescheiden van zijn eigen vermogen. De trustee mag zijn bevoegdheden uitsluitend uitoefenen ten behoeve van de begunstigden. Hierdoor heeft het vermogen van de trust geen enkele waarde voor de trustee.

30

- **Positie begunstigden:** de begunstigden hadden geen (voorwaardelijk) recht op een uitkering uit het vermogen van de trust gekregen. Er is slechts sprake van een verwachting. De trustee zal uiteindelijk beslissen of deze verwachting uitkomt.

35

De Hoge raad concludeert in r.o. 3.7 dat geen van de betrokken personen enig recht kan ontlenen aan het trustvermogen. Vervolgens meldt de Hoge Raad in r.o. 3.8 dat toch sprake moet zijn geweest van een schenking van de insteller aan “een begunstigde”. De insteller heeft immers uit vrijgevigheid gehandeld en is verarmd.

De Hoge Raad leek echter te worstelen met de vraag: wie is verrijkt? De hiervoor genoemde personen hadden immers (nog) geen rechten tot het vermogen van de trust gekregen. De enige overgebleven mogelijkheid was om de trust zelf te belasten voor de verkrijging. De Hoge Raad besloot daarom om de trust gelijk te stellen met een doelvermogen:

5

“een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen, dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een (rechts)persoon en wordt behandeld als een zelfstandige entiteit”.

10 Vervolgens was nog één stap nodig om tot een belaste schenking te kunnen komen: het aanmerken van het doelvermogen tot verkrijger in de zin van de SW 1956. De Hoge Raad besliste dat het niet binnen het stelsel van de successiewet past dat een Nederlander zich, uit vrijgevigheid, zonder heffing van schenkbelasting kan ontdoen van zijn vermogen. Aangezien het begrip verkrijger niet verder gedefinieerd is in de successiewet moet ook het doelvermogen volgens de Hoge Raad worden
15 aangemerkt als verkrijger. De conclusie is dan ook dat de trust schenkbelasting is verschuldigd naar het hoogste (derden) tarief, omdat wordt verkregen van een inwoner van Nederland die bovendien uit vrijgevigheid verarmd is. De trustee moet zorgen dat de belasting betaald wordt, omdat hij bestuurder is van de trust.

20 Nobel⁴¹ en Sonneveldt⁴² hebben (forse) kritiek geuit op de arresten van de Hoge Raad. Hierna zal ik de twee grootste kritiekpunten kort bespreken.

1) Een van de kernpunten van de arresten is dat de Hoge Raad de trust aanmerkt als doelvermogen en dat doelvermogen vervolgens aanmerkt als belastingplichtig subject voor de SW 1956. Nobel noemt dit laatste opmerkelijk, omdat de SW 1956 vanouds her, veel meer dan de andere
25 belastingen, georiënteerd is op het civiele recht. In het civiele recht is het doelvermogen geen rechtssubject. Slechts in uitzonderingsgevallen⁴³ heeft de fiscale wetgever een doelvermogen als belastingplichtige aangemerkt. Nu in de SW 1956 niet expliciet is opgenomen dat een doelvermogen belastingplichtig is kan Nobel zich niet vinden in dit onderdeel van het arrest.

2) Bij de inbreng in een trust is bovendien geen sprake van vrijgevigheid van de insteller ten
30 opzichte van de trust. De vrijgevigheid van de insteller richt zich op de begunstigen, waarbij de trust slechts een tussenstation is. De Hoge Raad had echter geoordeeld dat deze begunstigen slechts een verwachting hadden verkregen. Sonneveldt is het op dit punt dan ook niet eens met de Hoge Raad.

⁴¹ N. Nobel, de fiscale trustarresten; Een Pyrrhus-overwinning voor de fiscus, WPNR 1999, nr. 6376

⁴² F. Sonneveldt, een doelredenering rondom een doelvermogen: recente ontwikkelingen inzake een irrevocable discretionary trust, WFR 1999/14

⁴³ Zie bijvoorbeeld artikel 2, lid 1, onderdeel b AWR en artikel 3, onderdeel c Wet VPB

Eenzijds ben ik het met de kritiek eens. Het lijkt erop dat de Hoge Raad geprobeerd heeft een heffingslek te dichtten. Anderzijds kan ik me ook wel vinden in de eindconclusie van het arrest, waardoor een Nederlander zich niet zonder heffing van schenkbelasting van zijn vermogen kan ontdoen. Dit past volgens de Hoge Raad niet binnen het stelsel van de SW 1956. Als ik de vergelijking met het begrip ‘goedkoopmansgebruik’ trek, kan ik de stappen van de Hoge Raad nog beter volgen. In het welbekende arrest HR 1957/208, nr. 12.931, BNB 1957/208 besloot de Hoge Raad dat de bedrijfseconomie als uitgangspunt dient te gelden voor goedkoopmansgebruik. Enkel indien een bedrijfseconomisch gebruik leidt tot een strijdigheid met de voorschriften of de beginselen van de belastingwet moet worden afgeweken van dit gebruik. Bij de fiscale behandeling van een trust kan men ook stellen dat een afwijking van het civiele recht nodig was om ervoor te zorgen dat een voorschrift, dan wel beginsel, van de SW 1956 niet geschonden werd.

Hoogwout draagt nog een andere oplossing aan, waarbij de inbreng onbelast blijft.⁴⁴ Bij de uitkering wordt een begunstigde belast met erfbelasting op basis van artikel 13 SW 1956. Er is iets aan het vermogen van de erflater onttrokken (de inbreng). De uitkering wordt aangemerkt als verkrijging op grond van een derdenbeding dat de erflater heeft gemaakt ten behoeve van de begunstigde. De inbrenger moet dan op het moment van overlijden wel (fictief) inwoner van Nederland zijn. Deze oplossing had naar mijn idee zuiverder geweest, maar heffing van schenk- of erfbelasting had dan langdurig uitgesteld kunnen worden. Bij de inbreng zou dan immers geen schenkbelasting verschuldigd zijn. Misschien dat de Hoge Raad daarom niet voor deze oplossing heeft gekozen.

1.4 Inkomstenbelasting

De trust wordt door de Hoge Raad aangemerkt als doelvermogen voor de SW 1956. De trust wordt dus fiscaal voor de SW 1956 erkend als entiteit. Nobel schrijft in zijn artikel⁴⁵ dat deze erkenning ook voor andere belastingen moet gelden. De trust moet dan zelfstandig in de belastingheffing betrokken worden. Dat zou inhouden dat de ingebrachte vermogensbestanddelen niet worden belast bij de inbrenger/begunstigde zolang zij zich in de trust bevinden.

Rechterlijke uitspraken omtrent de inkomstenbelasting volgden pas later⁴⁶. Een recent voorbeeld hiervan is de uitspraak van Rechtbank Den Haag op 16 december 2009⁴⁷. De inspecteur stelde in deze zaak dat de inbrenger geen afstand had gedaan van zijn vermogen door de inbreng in een irrevocable discretionary trust.

⁴⁴ T.C. Hoogwout, Fiscale behandeling van het Afgezonderd Particulier Vermogen, FTV 2010/01

⁴⁵ N. Nobel, de fiscale trustarresten; Een Pyrrhus-overwinning voor de fiscus, WPNR 1999, nr. 6376

⁴⁶ Wel kan verwezen worden naar HR 17 november 1971, BNB 1972/13. Hierin werd geoordeeld dat uitkeringen uit een fixed trust niet afkomstig zijn van de inbrenger, maar van de trust zelf. Dit arrest lijkt te impliceren dat een fixed trust onder de inkomstenbelasting ook als zelfstandige entiteit wordt erkent. Zie ook K.R. de Vries, Inkomsten uit een trust onder de Wet inkomstenbelasting 2001, WFR 2001/1631

⁴⁷ Rechtbank Den Haag op 16 december 2009, nr.09/02178, NTFR 2010-471

De inbreng had plaatsgevonden toen de inbrenger nog in het buitenland woonde. Na zijn (re)migratie naar Nederland moest volgens de inspecteur het trustvermogen als box 3 vermogen bij de inbrenger aangemerkt worden. De rechtbank oordeelde, in lijn met de hiervoor behandelde jurisprudentie, dat de inbrenger slechts een verwachting heeft gekregen dat er te zijner tijd een uitkering aan hem wordt
5 gedaan vanuit het trustvermogen. Met andere woorden: de inspecteur heeft niet aannemelijk kunnen maken dat de inbrenger een afdwingbaar recht op een uitkering heeft ten opzichte van de trust. De trust is dus ook voor de inkomstenbelasting een zelfstandige (niet transparante) entiteit⁴⁸.

Een tweede voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006⁴⁹ waarin voor het eerst beslist
10 werd dat in rechte vorderbare periodieke uitkeringen uit een trustvermogen de tegenwaarde van een prestatie vormen⁵⁰. Het onderbrengen van vermogen in een trust is een prestatie en op de trust komt een verplichting te liggen om periodieke uitkeringen te doen (dit is de tegenwaarde).⁵¹ De uitkeringen hebben daardoor een vermogensrechtelijk karakter (artikel 25, eerste lid, onderdeel g, Wet IB 1964) en vallen daarom niet onder de overige periodieke uitkeringen (artikel 30, eerste lid, onderdeel c Wet
15 IB 1964). Onder de huidige wet IB 2001 zijn vermogensrechtelijke periodieke uitkeringen belast in box 3 (artikel 5.3, tweede lid, onderdeel f) en overige periodieke uitkeringen in box 1 (artikel 3.101, eerste lid, onderdeel c). Over het algemeen kan daarom gezegd worden dat in rechte vorderbare periodieke uitkeringen uit een trustvermogen belast zijn in box 3. De contante waarde van de toekomstige uitkeringen is jaarlijks onderworpen aan de forfaitaire vermogensrendementsheffing.

20 Een derde voorbeeld is de recente uitspraak van Hof 's-Gravenhage⁵² waarin de inspecteur niet kon aantonen dat de trust in kwestie transparant was. Met andere woorden: er was volgens het Hof sprake van een irrevocable discretionary trust. De inspecteur stelde dat de inbrenger kon besluiten tot beëindiging van de trust. Het tegendeel bleek echter uit de trustakte en de inspecteur heeft niet
25 bewezen dat de inbrenger dit kon omzeilen.

⁴⁸ Zie voor het tegenovergestelde Rechtbank Haarlem, AWB 08/2773 en 08/2774, NTFR 2009-577. Hier werd duidelijk dat de belastingplichtigen meer dan een blote verwachting hadden dat zij te zijner tijd een uitkering konden ontvangen. De inbrenger had nog vergaande bevoegdheden, waardoor geen sprake was een irrevocable discretionary trust. Het vermogen van de trust moest daarom nog steeds aan de inbrenger worden toegerekend. De begunstigden hadden een 'overig vermogensrecht met waarde in het economisch verkeer' verkregen (artikel 5.3, tweede lid, onderdeel f Wet IB 2001), welke de inbrenger als schuld kon aftrekken van zijn box 3 bezittingen.

⁴⁹ HR 14 juli 2006, nr. 39 201, BNB 2007/18, met noot van R.M. Freudenthal

⁵⁰ Hiervan is geen sprake bij een irrevocable discretionary trust. Bij een irrevocable fixed trust is hier wel sprake van, (zie ook paragraaf 1.1)

⁵¹ Zie r.o. 3.5

⁵² Hof 's Gravenhage, 3 november 2010, BK-10/00138, V-N 2001/14.11

Daarnaast stelde de inspecteur dat de trust als transparant moest worden aangemerkt, omdat (1) de peetzoon vermogensbeheerder is en invloed kan uitoefenen, (2) de inbrenger tevens begunstigde is en (3) in de letter of wishes is opgenomen dat de inbrenger recht heeft op uitkeringen uit het trustvermogen indien zijn persoonlijke situatie daartoe aanleiding geeft. Het Hof maakte korte metten met de stellingen van de inspecteur, omdat (1) de peetzoon geen beschikkingsmacht heeft, maar slechts een adviserende functie, (2) de begunstigde slechts een verwachting heeft dat hij in de toekomst uitkeringen uit het trustvermogen zal ontvangen en (3) de trustee zich niet hoeft te houden aan de letter of wishes. Tot slot merkte het Hof op dat geen sprake is van *fraus legis*. Het verijdelen van de Nederlandse belastingheffing was geen oogmerk van de handelingen. De inbrenger prefereerde de trust boven een testamentaire regeling vanwege de flexibiliteit en dat is zijn goed recht.

Met deze laatste uitspraak is duidelijk waarom de fiscus in deze gevallen vaak achter het net vist. Alle bewijslast rust op de inspecteur en het is voor hem vaak onmogelijk om te bewijzen dat de beschikkingsmacht is overgegaan op een van de betrokkenen.

1.5 Gevolgen van de arresten

Als gevolg van de arresten van de Hoge Raad heeft de belastingdienst een effectief middel in handen gekregen om de trust in de heffing te betrekken indien de inbrenger in Nederland woont ten tijde van de inbreng. Op dat moment kan ten gevolge van de inbreng immers schenkbelasting worden geheven. Een belangrijk gevolg van deze laatste conclusie is dat geen schenkbelasting kan worden geheven als de inbrenger ten tijde van de inbreng niet (fictief) in Nederland woont. Voor vermogende buitenlanders die naar Nederland willen (r)emigreren bleek dit een goede vorm van tax- en estate planning. Vlak voor (r)emigratie naar Nederland konden zij immers hun vermogen inbrengen in een trust, zodat zij na (r)emigratie naar Nederland geen belasting waren verschuldigd over het ingebrachte vermogen. Ook voor Nederlanders werd hier een nieuwe tax- en estate planningsmogelijkheid geïntroduceerd. Door (tijdelijke) emigratie naar het buitenland kon schenkbelasting worden voorkomen. Hierbij is artikel 3, lid 1 van de SW 1956 wel van belang. De emigrant moet minimaal tien jaar in het buitenland wonen alvorens hij de schenking aan de trust uitvoert. Indien de emigrant het staatsburgerschap van een ander land heeft minimaal één jaar. Doet hij de schenking eerder, dan wordt de emigrant als fictief inwoner van Nederland aangemerkt en is de trust alsnog schenkbelasting verschuldigd ten tijde van de schenking.

Een ander voordeel dat al snel werd opgepikt door de belastingadviespraktijk was het inbrengen van vermogensbestanddelen die op het moment van inbreng nog niet veel waarde hebben, maar waarvan de waarde in de toekomst flink kan toenemen. Op het moment van inbreng wordt over een beperkt bedrag schenkbelasting geheven bij de trust (of geen schenkbelasting in het geval van verkoop tegen schuldigerkenning).

De vermogensbestanddelen kunnen vervolgens belastingvrij aangroeien in de trust, mits deze niet als buitenlandse belastingplichtige wordt aangemerkt in de zin van art. 3 Wet VPB 1969. Indien de trust in het buitenland is gevestigd zal bij uitkering van het vermogen aan de begunstigten geen schenkbelasting zijn verschuldigd, omdat niet van een Nederlandse inwoner wordt verkregen.

5

De derde en laatste mogelijkheid is het verkopen van vermogensbestanddelen aan de trust. Eventuele toekomstige waardeinstijgingen zijn dan niet meer belast bij de inbrenger, want zij komen ten goede aan de trust.

10 In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel wordt vermeld dat na de trustarresten (bijna) geen belaste schenkingen meer zijn gedaan aan trusts. Toch waren er signalen dat in toenemende mate vermogen werd afgezonderd. Dat is een aanwijzing dat van bovenstaande mogelijkheden veelvuldig gebruik werd gemaakt. Het lijkt er, volgens de memorie van toelichting, zelfs op dat de trustarresten een handleiding vormen voor internationale estateplanning⁵³.

15 **1.6 Beleidsbesluiten**

Volledigheidshalve behandel ik hier ook het laatste (inmiddels vervallen) beleidsbesluit inzake de trust, SPF en ander 'zwevend vermogen'⁵⁴. Uitgangspunt van dit besluit was dat geen 'zwevend vermogen' mocht ontstaan. De staatssecretaris bood de mogelijkheid om de trust voor te leggen aan de belastingdienst. Vervolgens kon een transparantieovereenkomst worden afgesloten, zodat voor alle

20 betrokken duidelijk was waar ze aan toe waren: transparantie van de trust. Dit was echter niet mogelijk voor de in deze scriptie besproken variant van de irrevocable discretionary trust. De staatssecretaris ging er in dit besluit vanuit dat de verwachting van de begunstigde in de meeste gevallen belast

25 werden in box 3, omdat sprake was van meer dan een blote verwachting. Uit de jurisprudentie hierboven wordt duidelijk dat dit bij een irrevocable discretionary trust meestal juist niet het geval is. Weinig belastingplichtigen zullen daarom een vaststellingsovereenkomst hebben afgesloten. Des te meer reden voor de introductie van nieuwe wetgeving per 1 januari 2011.

1.7 Commissie Moltmaker

In het verleden is, door de Commissie Moltmaker⁵⁵, nagedacht over de modernisering van de SW 1956. Met betrekking tot trusts en doelvermogens stelde de commissie voor om het begrip stichting

30 zodanig te verruimen dat ook buitenlandse doelvermogens en trusts hieronder zouden vallen.

⁵³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 10 (MvT)

⁵⁴ Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M (Verzamelbesluit over de Trust, de SPF en ander "zwevend vermogen")

⁵⁵ Rapport 'De warme, de koude en de dode hand' van 13 maart 2000, te raadplegen via <http://www.recht.nl/nieuws/belastingrecht/archief/index.html?nid=2299>

Elke inbreng in - en uitkering door - een stichting zou belast worden tegen het derden tarief van de SW 1956. Elke stichting zou fiscaal als non-transparant worden aangemerkt.

5 Daarnaast stelde de commissie voor om een 'familiestichting' te introduceren, waarvoor fiscale
faciliteiten zouden gaan gelden. Volgens de commissie bestond er grote behoefte aan een fiscaal
aantrekkelijke Nederlandse tegenhanger van de trust. De familiestichting moest vermogende
Nederlands ervan weerhouden om hun vermogen in buitenlandse trusts onder te brengen. De
maximale levensduur zou 60 jaar gaan bedragen. Het inbrengen van vermogen in de
10 'familiestichting' zou geschieden tegen 10% schenk- of erfbelasting en bij de uitkering zou het tarief
gelden dat van toepassing is op de relatie tussen de inbrenger en de ontvanger. Tijdens het bestaan van
de familiestichting zou een jaarlijkse heffing plaatsvinden, welke overeenkomt met de
inkomstenbelasting⁵⁶. Artikel 2:285 BW zou aangepast moeten worden, zodat voor de familiestichting
geen uitdelingsverbod zou gelden⁵⁷.

15 In 2001 heeft het kabinet positief gereageerd op het onderdeel 'trusts en doelvermogens' in het rapport
van de commissie⁵⁸. Het kabinet was met de commissie van mening dat de trust fiscaal als non-
transparant aangemerkt dient te worden. Met betrekking tot de 'familiestichting' was het kabinet van
mening dat nader onderzoek nodig was naar de noodzaak hiervan. Vooral de introductie van een
jaarlijkse heffing kent nogal wat haken en ogen. De Wet IB 2001 is enkel gericht op natuurlijke
20 personen, zodat een grote aanpassing (of nieuwe regeling) nodig zou zijn.

Ook in de parlementaire behandeling van de nieuwe wetgeving per 1 januari 2010 is gesproken over
het rapport van de commissie Moltmaker⁵⁹. Volgens de memorie van toelichting is de voorgestelde
methode van de commissie niet werkbaar. Voor de jaarlijkse heffing zou de trust (fictief) in Nederland
25 gevestigd moeten zijn. Volgens de memorie van toelichting lijkt dit strijdig te zijn met de vrijheid van
kapitaalverkeer. Ik kom hier in de volgende hoofdstukken op terug. De aanpassing van de Wet IB
2001 (of de introductie van een nieuwe regeling) zou bovendien te veel complicaties met zich mee
brengen.

⁵⁶ Het voorstel van de commissie lijkt gebaseerd te zijn op de Duitse familiestichting, welke ook een jaarlijkse heffing kent. Zie o.a. I.A. Koele, Over de familiestichting, de charitatieve 'private foundation' en de trust in de toekomstige Successiewet, WPNR 2004/6576

⁵⁷ Zie ook paragraaf 0.2. inzake het uitdelingsverbod van de reguliere stichting naar Nederlands civiel recht.

⁵⁸ Kabinetsstandpunt inzake het rapport "De warme, de koude en de dode hand" van de werkgroep modernisering successiewetgeving, WDB 2001-00370 M, te raadplegen via <http://www.recht.nl/nieuws/belastingrecht/archief/index.html?nid=2299>

⁵⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 50-51 (MvT).

1.8 Conclusies en samenvatting

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet hoe de irrevocable discretionary trust fiscaal werd behandeld in Nederland tot 1 januari 2010. Opvallend is dat de Hoge Raad met haar arresten een aantal tax- en estate planningsmethoden heeft gecreëerd. Opvallender is misschien nog wel dat de wetgever pas 11
5 jaar na de arresten een stokje heeft gestoken voor deze manier van tax- en estate planning. Voor die tijd moest de praktijk zich redden met een beleidsbesluit dat niet overeenkwam met de arresten van de Hoge Raad en niet gold voor de irrevocable discretionary trust. De voorstellen van de commissie Moltmaker, met betrekking tot de 'familiestichting' zijn nimmer uitgevoerd. In het volgende hoofdstuk zal ik nader ingaan op de nieuwe wetgeving.

10

Hoofdstuk 2. Fiscaal stelsel per 1 januari 2010

In het eerste hoofdstuk heb ik beschreven hoe de fiscale behandeling van de irrevocable discretionary trust en de betrokkenen tot 1 januari 2010 verliep. Bij het nieuwe wetsvoorstel is de term afgezonderd particulier vermogen (“APV”) geïntroduceerd. Over het algemeen wordt de irrevocable discretionary trusts gevangen door het begrip APV⁶⁰ ⁶¹. Hierna zal ik daarom vooral de term APV gebruiken, waarmee tevens de irrevocable discretionary trust wordt bedoeld. Uit de memorie van toelichting op het wetsvoorstel blijkt dat de staatssecretaris signalen vanuit de belastingdienst en andere EU-landen ontving over het feit dat particuliere vermogens in toenemende mate werden afgezonderd om belastingheffing te ontgaan.⁶² Met ingang van 1 januari 2010 is de fiscale behandeling daarom ingrijpend gewijzigd.⁶³ Ook de wens om de belastingheffing bij schenken en erven te verminderen heeft hierbij een grote rol gespeeld.⁶⁴

Uit de memorie van toelichting op het wetsvoorstel blijkt dat doelvermogens voortaan worden ingedeeld in vier categorieën: afgezonderde particuliere vermogens, sociaal belang behartigende instellingen, algemeen nut beogende instellingen en overige doelvermogens.⁶⁵ In deze scriptie richt ik mij alleen op de eerste categorie. Wel zal ik hierna kort aangeven wat een APV onderscheid van de andere doelvermogens.

In het vervolg van dit hoofdstuk zal ik de nieuwe wettelijke behandeling bespreken. Tijdens de parlementaire behandeling is ook gesproken over alternatieve fiscale behandelingen. Deze alternatieven zal ik bespreken in hoofdstuk 3. In hoofdstuk 4 komen de beginselen van behoorlijke wetgeving aan bod. In hoofdstuk 5 zal ik bekijken hoe de verschillende fiscale behandelmethoden zich verhouden tot deze beginselen.

2.1 Heffingsvacuüm

Volgens de memorie van toelichting is het instellen van een APV op zichzelf geoorloofd, bijvoorbeeld om familievermogen te bundelen en te beschermen. De staatssecretaris geeft echter aan dat hij moeite heeft met het heffingsvacuüm dat is ontstaan na de arresten van de Hoge Raad. Hierdoor loopt de Nederlandse staat belastingopbrengsten mis.

⁶⁰ Een ANBI die opereert in de vorm van een irrevocable discretionary trust kan geen APV zijn. Zie ook paragraaf 2.3.1.

⁶¹ Zie paragraaf 0.5 voor andere trust vormen, zoals de fixed trust.

⁶² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 9 (MvT)

⁶³ Wet van 17 december 2009 tot wijziging van de Successiewet en enige andere belastingwetten (vereenvoudiging bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en herziening tariefstructuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956)

⁶⁴ Zie ook paragraaf 0.3.

⁶⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 8 (MvT)

Ook in het vestigingsland van het APV wordt vaak geen (of nauwelijks) belasting geheven. De staatssecretaris heeft minder moeite met het mislopen van belastingopbrengsten als in het buitenland 'voldoende' belasting wordt geheven. Dit leid ik af uit artikel 2.14a, zevende lid Wet IB 2001. Bij 'voldoende' heffing in het buitenland vindt de toerekening, die hierna wordt besproken, namelijk niet plaats⁶⁶. Bovendien wordt dan geen belastingheffing ontweken.

Een vergelijkbare situatie speelt in de vennootschapsbelasting bij (bijvoorbeeld) de renteaftrekbeperking van artikel 10a. Als de betaalde rente - door een lichaam dat in Nederland is gevestigd - in het buitenland voldoende belast wordt, kan volgens de wettekst geen sprake zijn van het ontwijken van belastingheffing. Binnen de EU mogen alleen volstrekt kunstmatige transacties zonder economische realiteit worden bestreden met anti-misbruikbepalingen⁶⁷. Als in het buitenland voldoende heffing plaatsvindt, ontbreekt (volgens de Nederlandse wetgeving) de economische realiteit van de rechtshandeling niet (ook wel de safe harbour bepaling genoemd).

De toerekeningsfictie van artikel 2.14a Wet IB 2011 zou men ook kunnen zien als anti-misbruikbepaling, om te voorkomen dat het APV nergens in de heffing betrokken wordt. Als in het buitenland voldoende heffing plaatsvindt zal niet snel sprake zijn van een volstrekt kunstmatige situatie. Daarom is waarschijnlijk ook hier een safe harbour bepaling ingebouwd.

De belastingdienst probeerde voor de wetwijziging wel om de betrokkenen bij het APV in de belastingheffing te betrekken, maar dit bleek een tijdrovende klus, die ook nog eens werd belemmert door juridische rookgordijnen. Uit hoofdstuk 1 bleek ook al dat de belastingdienst moeilijk kon bewijzen dat het vermogen nog steeds aan de inbrenger (of reeds aan de begunstigden) moest worden toegerekend. Met de nieuwe regelgeving beschikt de belastingdienst volgens de staatssecretaris wel over toereikende middelen om de constructies in de uitvoerings sfeer effectief te bestrijden.⁶⁸

⁶⁶ Zie ook paragraaf 2.2.7. waarin wordt toegelicht wat onder voldoende heffing wordt volstaan

⁶⁷ Zie onder andere HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes)

⁶⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 11 (MvT)

2.2 Doelstelling van de wijziging

De bedoeling van de wetgever was om een APV als fiscaal transparant aan te merken.⁶⁹ Er zijn artikelen (of onderdelen) toegevoegd aan vijf wetten: de Wet IB 2001, de SW 1956, de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969), de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: 5 Wet DB 1965) en de Invorderingswet 1990 (hierna IW 1990). Verder zijn in de diverse uitvoeringsregelingen nieuwe artikelen opgenomen.

In de memorie van toelichting wordt de hoofdregel van de nieuwe wetgeving als volgt omschreven:

10 *“Vermogensbestanddelen die in een afgezonderd particulier vermogen worden ingebracht, aangehouden en uitgekeerd, krijgen eenzelfde fiscale behandeling als vermogensbestanddelen die niet op zodanige wijze zijn afgezonderd”.*⁷⁰

Aan deze hoofdregel kan naar mijn idee op verschillende manieren uitvoering worden gegeven.

15

De eerste optie is om de inbrenghandeling voor fiscale doeleinden volledig te negeren⁷¹. De tweede optie is om het APV voor alle fiscale wetten bij fictie als transparant aan te merken (bijvoorbeeld door één bepaling in de AWR), waardoor na de inbreng toerekening plaatsvindt aan de inbrenger. Dit komt overeen met de toerekening van vermogen aan de maten van een maatschap. De derde en tevens 20 laatste optie is om de inbrenghandeling wel te erkennen, het APV als non-transparant aan te merken, maar door middel van een fictiebepaling (per wet) het vermogen toch toe rekenen aan de inbrenger.

Zoals ik hierboven beschrijf waren de nieuwe wetsartikelen, volgens de staatssecretaris, nodig om ervoor te zorgen dat APV's voortaan fiscaal als transparant aangemerkt zouden worden (optie 2). 25 Auerbach⁷² komt echter zeer terecht tot de conclusie dat onder de Wet IB 2001 en de SW 1956 geen sprake is van fiscale transparantie. Het nieuwe artikel 2.14a Wet IB 2001 is opgenomen in afdeling 2.4, tussen de andere toerekeningsregels. Dit leidt echter nog niet tot fiscale transparantie van het APV zelf. De vermogensbestanddelen worden door een fictiebepaling toegerekend aan de inbrenger. De fictiebepaling zou niet nodig zijn als het APV fiscaal als transparant was aangemerkt voor alle fiscale 30 wetten (bijvoorbeeld door een fictiebepaling in de AWR).

⁶⁹ Dit blijkt o.a. uit de volgende passages uit Kamerstukken II 2008/09, 31 930 nr.3 blz. 8 (MvT): “De afgezonderde particuliere vermogens zijn als hoofdregel fiscaal transparant, hetgeen betekent dat er doorheen gekeken wordt naar de inbrengers van het vermogen of hun erfgenamen.” en Kamerstukken II 2008/09, 31 930 nr.3 blz.11 (MvT): “De wettelijke basis bestaat hierin dat de afgezonderde particuliere vermogens als aparte entiteit worden genegeerd. Het afgezonderd particulier vermogen wordt zodoende als fiscaal transparant behandeld.”

⁷⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 11 (MvT)

⁷¹ Het juridisch negeren van de inbrenghandeling is niet mogelijk. Dit zou in strijd zijn met het Haags Trust Verdrag (zie hoofdstuk 1).

⁷² X.G.R. Auerbach, Afgezonderd particuliere vermogen:constructiefouten, WFR 2010/1172.

In algemene zin kan daarom gesteld worden dat een APV een non-transparante entiteit is en dat voor de hierboven beschreven derde en tevens laatste optie is gekozen. Verder kan geconcludeerd worden dat de wettekst en de bedoeling, die blijkt uit de parlementaire geschiedenis, op dit punt niet overeenkomen. Voor de consequenties hiervan verwijs ik naar het hiervoor genoemde artikel van Auerbach⁷³.

Uit de wettekst blijkt mijns inziens duidelijk dat gekozen is voor de laatste optie (toerekening en non-transparantie), zodat er bij eenvoudige structuren geen twijfel kan bestaan. Anders is dat voor gecompliceerde structuren waar Auerbach over schrijft. Hij leidt uit een artikel van Feteris⁷⁴ af dat de Hoge Raad, waar mogelijk, de wettekst uitlegt op een wijze die overeenkomt met de doelstelling van de wetgever. Hieraan zijn echter ook grenzen verbonden. Het valt te bezien of de Hoge Raad inderdaad waarde hecht aan de parlementaire geschiedenis, mede gezien de duidelijke fictieve toerekening die blijkt uit de wettekst.

Hierna zal ik ingaan op de wijzigingen in de verschillende wetten, zodat de belangrijkste consequenties van de wijzigingen duidelijk worden.

2.3 Veranderingen in de Wet IB 2001

In het nieuwe artikel 2.14a en 10a.7. Wet IB 2001 is de fiscale behandeling van het APV opgenomen. Het artikel 2.14a Wet IB 2001 is, zoals al eerder opgemerkt, opgenomen in afdeling 2.4, tussen de andere toerekeningsregels. Artikel 10a.7. Wet IB 2001 is opgenomen in het hoofdstuk met overgangsrecht. Dit overgangsrecht wordt aan het einde van dit hoofdstuk besproken.

2.3.1 Afgezonderd particulier vermogen

Voordat we aan toerekening toekomen, moet eerst bepaald worden wanneer sprake is van een APV. In artikel 2.14a, tweede lid is vastgelegd dat als APV wordt aangemerkt:

“een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd (..)”

Dit is slechts anders wanneer tegenover de afzondering van het vermogen een uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten heeft plaatsgevonden of een economische deelgerechtigheid is ontstaan. Deze vermogensrechten worden namelijk reeds op een andere manier in de Nederlandse belastingheffing betrokken.⁷⁵

⁷³ X.G.R. Auerbach, Afgezonderd particuliere vermogen:constructiefouten, WFR 2010/1172

⁷⁴ M.W.C. Feteris. Kwaliteit van wetgeving en het decoderen van dubbele boodschappen, WFR 2010/570

⁷⁵ Belangen in kapitaalvennootschappen worden reeds belast in box 2 of box 3. Een economische deelgerechtigheid in een samenwerkingsverband (bijvoorbeeld VOF) wordt reeds belast in box 1 of box 3.

Tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd wat onder ‘*meer dan bijkomstig*’ moet worden verstaan. In de Nota naar aanleiding van het verslag heeft de wetgever aangegeven dat hiermee, afhankelijk van de omstandigheden, 10 tot 15% wordt bedoeld. Hierbij dient gekeken te worden naar de activiteiten en/of de grootte van het vermogen.⁷⁶

5

Tevens geeft de wetgever aan dat het APV daarmee de tegenhanger is van de algemeen nut beogende instelling (ANBI), welke uitsluitend of nagenoeg uitsluitend⁷⁷ het algemeen nut beoogt⁷⁸. Verder is in de wetgeving expliciet vastgelegd dat een sociaal belang behartigende instelling (SBBI) geen APV kan vormen. Een SBBI behartigt op de eerste plaats de individuele belangen van leden of een kleine

10

doelgroep, maar heeft ook een maatschappelijke waarde (bijvoorbeeld een sportvereniging).⁷⁹

Freudenthal merkt, naar mijn mening terecht, op dat het niet eenvoudig is om een onderscheid te maken tussen particulier en niet particulier belang.⁸⁰ In de parlementaire geschiedenis is enkel gemeld dat: “*particulier belang inhoudt dat het belang slechts een beperkte groep personen, meestal een*

15

familie aangaat”.⁸¹ Verder heeft de wetgever aangegeven dat bewust een open norm is gebruikt, waaraan de rechter invulling kan geven. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede, maar zo hoeft de wet niet gewijzigd te worden bij toekomstige maatschappelijke ontwikkelingen.

Het hoeft niet perse om belangen van individuen of families te gaan. Freudenthal merkt daarom op dat

20

ook liefdadigheidsstichtingen zich zorgen moeten maken. Deze stichtingen zullen zich naar mijn mening moet aanmelden als ANBI (of zichzelf, eventueel na overleg met de fiscus, ervan moeten overtuigen dat ze een SBBI zijn). Ook dat biedt echter geen volledige zekerheid, omdat de ANBI status achteraf altijd teruggenomen kan worden.⁸²

⁷⁶ Kamerstukken 2008/09, 31 930, nr. 9, p.56

⁷⁷ Tot 1 januari 2010 lag de grens bij 50%, nu in beginsel bij 90%, maar gezien de bewoordingen van de wetgever kan de grens, afhankelijk van de omstandigheden, ook bij 85% worden gelegd.

⁷⁸ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p 57

⁷⁹ http://www.belastingdienst.nl/variabel/sociaal_belang_behartigende_instellingen/sociaal_belang_behartigende_instellingen-01.html#P6_363

⁸⁰ R.M. Freudenthal, Het nieuwe APV-regime: ‘Zwarte Pieten’ met familie en fiscus, TFO 2010/40

⁸¹ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55 (MvT)

⁸² Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Arnhem 14 september 2010, nr.09/02680, waarin de ANBI status met terugwerkende kracht werd teruggenomen, omdat de feitelijke werkzaamheden (meer dan 50% particulier belang) niet overeenkwamen met de opgegeven werkzaamheden (minder dan 50% particulier belang). Dit betrof het belastingjaar 2002 waardoor belanghebbende niet direct als APV werd aangemerkt. Onder de huidige wetgeving is dit waarschijnlijk wel het geval, omdat er geen ruimte lijkt te zitten tussen de ANBI-status en het APV.

In de literatuur wordt ook geschreven over de pensioenstichting⁸³. Een directeur grootaandeelhouder (“DGA”) kan pensioen in eigen beheer opbouwen in een eigen bv of een stichting. Beiden zijn belastingplichtig voor de VPB zolang de DGA in leven is. De stichting moet bovendien een onafhankelijk bestuur hebben. In de literatuur wordt gewezen op de mogelijke voordelen van de
5 nieuwe APV wetgeving in combinatie met de pensioenstichting.

Voorbeeld: een DGA overlijdt en heeft geregeld dat zijn erfgenamen het liquidatiesaldo van de stichting zullen ontvangen. Er is geen weduwen-/partnerpensioen. De erfgenamen (partner en kinderen) zijn derden ten opzichte van de stichting en daarom is het derdentarief⁸⁴ van de erfbelasting
10 van toepassing bij het overlijden van de DGA. In de literatuur wordt de opvatting verdedigd dat de stichting na het overlijden van de DGA kan worden aangemerkt als APV, omdat deze geen pensioenuitvoerder meer is, maar slechts beleggingen aanhoudt. Daardoor is de stichting niet meer onderworpen aan vennootschapsbelasting⁸⁵. De erfgenamen (partner en kinderen) vallen nu in de eerste tariefgroep⁸⁶, omdat het vermogen van de stichting wordt toegerekend aan de DGA. Voor het
15 overlijden was nog geen sprake van een APV. De inbreng (opbouw) heeft mijns inziens niet plaatsgevonden onder - in het maatschappelijk verkeer - ongebruikelijk voorwaarden, omdat de stichting een pensioenverplichting toekent aan de DGA. Naar mijn mening is bij de inbreng (opbouw) daarom ook geen sprake van een meer dan bijkomstig particulier belang van de inbrenger of een met hem verwant persoon (zie ook 2.3.2 hierna). De belastingdienst zal waarschijnlijk niet accepteren dat
20 de APV na het overlijden van de DGA als APV kwalificeert. De rechter zal moeten uitmaken of het bovenstaande inderdaad mogelijk is op basis van de nieuwe wetgeving.

2.3.2 Afzonderen van vermogen

In lid 3 van het nieuwe artikel 2.14a Wet IB 2001 wordt aangegeven wat de wetgever onder het
25 *afzonderen* van vermogen verstaat. Er kunnen twee categorieën onderscheiden worden.

Het gaat enerzijds om vermogensbestanddelen die (rechtens dan wel in feite, direct of indirect) om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden worden afgezonderd in een APV. Het begrip afzonderen moet breed opgevat worden. Ook het schenken of fictief vervreemden van een vermogensbestanddeel valt hier onder. Ook dit is gedaan om toekomstige ontwikkelingen te
30 kunnen ondervangen (open norm).

⁸³ Zie onder andere B. Bos en mr. C.van Erk, Pensioenstichting als alternatief voor pensioen, in BV Rendement (<http://www.bakertillyberk.nl/Kennisbank-detail/2166/68635/Pensioenstichting-als-alternatief-voor-pensioen-bv.html>)

⁸⁴ De erfbelasting bedraagt 30% over de eerste € 118.708 en 40% over het meerdere (2011).

⁸⁵ Voor het overlijden was de stichting op basis van artikel 4, tweede lid Wet VPB 1969 belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting als pensioenuitvoerder voor de DGA.

⁸⁶ De erfbelasting bedraagt 10% over de eerste € 118.708 en 20% over het meerdere (2011).

Anderzijds gaat het hierbij om vermogensbestanddelen die (rechtens dan wel in feite, direct of indirect) vervreemd worden aan een APV, waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd van de vervreemder of een met hem verwant persoon.

5 Het is van belang om een onderscheid te maken tussen deze twee categorieën. Bij het afzonderen om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden is altijd sprake van het *afzonderen* van vermogen. Bij het vervreemden tegen een zakelijke prijs is alleen sprake van *afzonderen* als daarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd van de inbrenger of een met hem verwant persoon.

10

Van het laatste is bijvoorbeeld sprake als een vermogensbestanddeel met een hoog winstpotentieel wordt verkocht aan een APV. In paragraaf 1.5. is dit besproken. De toekomstige winsten zijn bij het APV zelf (nagenoeg) onbelast en de inbrenger kon tot 1 januari 2010 ook niet in de heffing betrokken worden. Om te voorkomen dat elke zakelijke transactie leidt tot een APV is het van belang dat de
15 inbrenger een meer dan bijkomstig particulier belang beoogt met de verkoop.

Het vermogen dat bij een zakelijke transactie, zonder particulier belang, door het APV is aangekocht kan dus nog steeds zonder belastingheffing in Nederland aangroeien⁸⁷.

20 Tot slot wil ik stilstaan bij de vraag of een ondernemer (een deel van zijn) onderneming staakt bij de inbreng in een APV en bij de vraag of een aanmerkelijk belang houder zijn aandelen vervreemd bij de inbreng in een APV. Naar mijn mening is dit alleen het geval indien het APV meerdere inbrengers kent en de gerechtigdheid van de inbrengers tot hun vermogensbestanddelen daarmee wijzigt. In de memorie van toelichting wordt een duidelijk voorbeeld gegeven van deze situatie⁸⁸:

25

*“M brengt zijn aanmerkelijkbelangaandelen in BV M (verkrijgingsprijs € 100 000) ter waarde van € 2 500 000 en een vordering op BV M van € 500 000 in een Zwitserse Stiftung in. Broer N stort op hetzelfde moment € 1 miljoen aan contanten in dezelfde Stiftung. De afzondering door M en N is onbelast voor de schenkbelasting. Voor de inkomstenbelasting is de toerekening tussen M en N in de
30 verhouding driekwart tegen een vierde en vervreemdt M een kwart van zijn aanmerkelijk belang, terwijl N driekwart deel van zijn contanten overdraagt aan M. Voor M is sprake van een aanmerkelijkbelangwinst van € 600 000 (1/4 van € 2 500 000 minus een vierde van € 100 000). N*

⁸⁷ Zie T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde nieuwe regeling voor trusts en aanverwante rechtsfiguren, Forfaitair 2009/198 en X.G.R. Auerbach, Afgezonderd particulier vermogen, naar een duaal stelsel, WPNR 2009/6802

⁸⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 11

5 wordt een 25%-aanmerkelijkbelanghouder en heeft een verkrijgingsprijs van € 625 000. Hij heeft tevens een vordering van € 125 000 op BV M; deze vordering valt bij N, net als die van € 375 000 bij M, in box 1 (artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001). De situatie wordt in feite behandeld alsof M 25% van de aandelen vervreemdt aan N en er geen afgezonderd particulier vermogen zou zijn”.

Hetzelfde voorbeeld kan worden toegepast op de inbreng van een onderneming in een APV (in plaats van een aanmerkelijk belang). De ondernemer draagt in dat geval een deel van zijn onderneming over aan de andere inbrenger. Er bestaat geen recht op stakingsaftrek voor de inbrengende ondernemer, omdat daarvoor de gehele onderneming gestaakt dient te worden (artikel 3.79 Wet IB 2001). Indien een zelfstandig deel van de onderneming wordt gestaakt kan wel gebruik worden gemaakt van de 10 faciliteit van artikel 3.129 Wet IB 2001. Op basis van deze faciliteit kan (een deel van de) stakingswinst worden om gezet in een lijfrente, waardoor de belastingheffing over dit deel uitgesteld kan worden. Echter, een situatie waarbij door de inbreng een zelfstandig deel van de onderneming 15 wordt gestaakt is moeilijk voor te stellen (indien de inbrenger nog in leven is), omdat aan de inbrenger altijd een evenredig deel van de ingebrachte onderneming zal worden toegerekend op basis van artikel 2.14a Wet IB 2001.

Indien de inbreng plaatsvindt bij overlijden kan overigens wel gebruik worden gemaakt van de 20 hierboven beschreven faciliteiten, omdat dan de (gehele) subjectieve onderneming wordt gestaakt⁸⁹. Indien de inbrenger overlijdt na de inbreng, kunnen deze faciliteiten als gevolg van de toerekeningbepaling van artikel 2.14a Wet IB 2001 ook worden toegepast. Hetzelfde geldt voor de doorschuifbepalingen van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001.

2.3.3 Toerekening aan inbrenger

25 Als eenmaal duidelijk is dat een APV is ontstaan dient voor de toerekening van de vermogensbestanddelen van het APV allereerst gekeken te worden naar artikel 2.14a, eerste lid, Wet IB 2001. Hierin is de toerekening van het APV voor de inkomstenbelasting geregeld. Zolang de inbrenger in leven is, worden de bezittingen en schulden, alsmede de opbrengsten en uitgaven van het APV aan hem toegerekend. De insteller zal de vermogensbestanddelen en de bijbehorende 30 opbrengsten en uitgaven op moeten geven in zijn aangifte inkomstenbelasting (box 1,2 of 3). Dit kan leiden tot een liquiditeitsprobleem bij het betalen van de inkomstenbelasting, omdat de inbrenger niet meer kan beschikken over de afgezonderde vermogensbestanddelen en de daarmee gegenereerde opbrengsten. Op deze problematiek ga ik in hoofdstuk 3 en 5 verder in.

⁸⁹ Het gaat te ver om deze mogelijkheden in deze scriptie te bespreken. Ik verwijs naar het artikel van M.J. Hoogeveen, overlijden van de ondernemer in de winstfeer, TFO 2002/134. Gezien de toerekeningbepaling van artikel 2.14a Wet IB 2001 zou hetgeen in dit artikel wordt besproken ook van toepassing moeten zijn na de inbreng in een trust op het moment van overlijden.

2.3.4 Toerekening aan erfgenamen

Nadat de insteller van het APV is overleden, zal toerekening plaats moeten vinden aan diens erfgenamen, per erfgenaam in dezelfde verhouding als hij of zij verkrijger krachtens erfrecht is van de overledene⁹⁰. De toerekening aan erfgenamen is op zichzelf vreemd, omdat het APV juridisch gezien niet tot de nalatenschap van de erflater behoort. Door de fictiebepaling behoort het APV voor fiscale doeleinden wel tot de nalatenschap⁹¹. In hoofdstuk 3 en 5 ga ik nader in op de liquiditeitsproblemen die bij de erfgenamen kunnen ontstaan als het gevolg van deze toerekening.

In de literatuur, die verscheen naar aanleiding van de plannen voor de nieuwe wetgeving, werd opgemerkt dat de toerekening kon worden ontweken door een persoon te onterven⁹².

Er werd zelfs geopperd om de Nederlandse staat als erfgenaam aan te wijzen⁹⁴. De ontferde persoon zou als begunstigde geen erfbelasting verschuldigd zijn bij het overlijden. Ook daarna zou het vermogen voor fiscale doeleinden niet aan hem worden toegerekend.

Op basis van deze literatuur heeft de wetgever een aantal wijziging doorgevoerd in zijn plannen. In de wettekst is nu opgenomen dat een ontferd persoon tevens wordt aangemerkt als erfgenaam indien deze nog wel begunstigde is van het APV⁹⁵.

Artikel 2.14a, zesde lid biedt een 'toerekeningsstop' voor het geval de erfgenaam in kwestie geen begunstigde is en dat ook nooit zal kunnen worden. Er is veel kritiek geuit op deze bepaling.⁹⁶ De bewijslast ligt namelijk geheel bij de erfgenaam, maar omdat deze geen begunstigde is, noch zal worden, is de verwachting dat hij niet aan de informatie kan komen om dit te bewijzen. Langereis wijst er daarom terecht op dat een erfgenaam goed moet opletten met het al dan niet beneficiair aanvaarden van een nalatenschap als het risico bestaat dat de erflater een APV heeft waarvan hij geen (of in mindere mate dan zijn erfdeel) begunstigde is⁹⁷. Ik kom hier in paragraaf 5.6.2 nog op terug.

⁹⁰ Artikel 2.14a, eerste lid Wet IB 2001

⁹¹ T.N. Peters van Neijenhof, De nieuwe regeling voor afgezonderde particuliere vermogens, WPNR 2010/6848

⁹² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 54 (NV).

⁹³ Een kind/echtgenoot kan door de erflater ontferd worden in een testament. Het kind heeft, ondanks de onterving, wel recht op de legitieme portie (helpt van het erfdeel waar het kind recht op heeft). De echtgenoot heeft geen recht op de legitieme portie, maar heeft wel recht op een 'passend verzorgingsniveau', bijvoorbeeld het recht om in de woning te blijven wonen. Zie ook: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/vragen-en-antwoorden/is-het-mogelijk-om-mijn-echtgenoot-en-kinderen-te-onterven.html>

⁹⁴ F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956, WFR 2009/731

⁹⁵ Ook als een partner of bloed- of aanverwant in de rechte lijn begunstigde is wordt de ontferde persoon toch als erfgenaam bestempeld.

⁹⁶ Zie onder andere R.M. Freudenthal, *Het nieuwe APV-regime: 'Zwarte Pieten' met familie en fiscus*, TFO 2010/40 en M.C. Hoelen en P.Th.M. van den Oord, Afgezonderd particulier vermogen, FTV 2009/06

⁹⁷ Langereis bepleit hier tevens dat, indien op een later moment het bestaan van een APV duidelijk wordt, dit geen bijzondere omstandigheid is, als bedoeld in artikel 4:194 BW. De nalatenschap kan dan niet achteraf alsnog beneficiair worden aanvaard door een bijzondere omstandigheid. Ch.J. Langereis, Het nieuwe successierecht bij

2.3.5 Toerekening aan begunstigen

De toerekening aan begunstigen komt aan de orde als niet te bepalen is wie de inbrenger, diens partner en diens erfgenamen zijn. In dat geval vindt toerekening aan begunstigen plaats op basis van artikel 2.14a, vijfde lid Wet IB 2001. De term begunstigen dient hier breed opgevat te worden, de
5 wettekst spreekt namelijk over ‘een persoon die rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde is van het APV’ Ook hier kan weer sprake zijn van liquiditeitsproblemen.

In het persbericht maakte de staatssecretaris nog melding van een keuzemogelijkheid: *“Insteller en begunstigen krijgen voorts een keuzemogelijkheid om op verzoek het doelvermogen niet langer meer
10 aan de insteller maar aan de begunstigen toe te rekenen”*⁹⁸. Deze mogelijkheid heeft het wetsvoorstel niet gehaald.

2.3.6 Toerekening aan begunstigen met een juridisch afdwingbare verplichting

In de uitvoeringsregeling van de Wet IB 2001 is nog eens vastgelegd dat de begunstigde die wel een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van het APV in de belastingheffing wordt betrokken voor
15 dat recht. Dit is het niet-discretionaire (of fixed) deel van het APV. Als het bijvoorbeeld gaat om een jaarlijkse betaling aan een begunstigde, dan kan degene aan wie de vermogensbestanddelen worden toegerekend (inbrenger/erfgenaam) deze verplichting als schuld opnemen in de betreffende box voor de inkomstenbelasting. De betalingsverplichting wordt fiscaal namelijk aan hem toegerekend, omdat hij bij fictie als eigenaar van het betreffende vermogensbestanddeel wordt gezien.

20 2.3.7 Onderworpenheidstoets

Om dubbele belasting te voorkomen is artikel 2.14, zevende lid Wet IB 2001 opgenomen. In sommige gevallen is het APV zelf aan een belasting naar de winst onderworpen in het vestigingsland. Als Nederland dan ook nog eens gaat heffen bij (bijvoorbeeld) bij de inbrenger, ontstaat internationale economische dubbele belastingheffing⁹⁹. Deze vorm van dubbele heffing wordt niet voorkomen door
25 een belastingverdrag, aangezien deze zich richt op het voorkomen van juridische dubbele belastingheffing (als dat al is afgesloten met het vestigingsland van het APV).

Toerekening vindt daarom niet plaats als sprake is van voldoende onderworpenheid in het vestigingsland. Daarvan is sprake als de belasting resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële
30 heffing naar de winst. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat een reële heffing 10% bedraagt.

een afgezonderd particulier vermogen, FED 2009/82. Deze zienswijze is op 14 december 2010 bevestigd door Rechtbank Zwolle, zaaknummer 518529 ER 10-83, LJN: BP0203

⁹⁸ Persbericht Ministerie van Financiën van 24 oktober 2008, V-N 2008/54.27

⁹⁹ Bij twee verschillende personen wordt belasting geheven over hetzelfde object (door verschillende instanties). Vergelijk met juridische dubbele belasting, waarbij door twee verschillende instanties belasting wordt geheven over een object bij een en dezelfde persoon.

Omdat er gesproken wordt over ´naar Nederlandse begrippen´, moet de winst bepaald worden aan de hand van het winstbegrip in de Wet VPB 1969.¹⁰⁰ Het niet toerekenen voor de inkomstenbelasting heeft tot gevolg dat de vermogensbestanddelen van het APV niet worden belast bij de inbrenger/erfgenaar/begunstigde in box 1, box 2 of box 3. Bij overlijden gaat ook het deel dat voldoet aan de onderworpenheidstoets krachtens erfrecht over op de erfgenamen (zie ook paragraaf 2.4).

2.4 Veranderingen in de SW 1956

Ik heb hiervoor laten zien dat voor de inkomstenbelasting een toerekeningsfictie is geïntroduceerd. In de SW 1956 waren logischerwijs ook enkele wijzigingen nodig. Anders zou een afzondering van vermogen belast zijn met schenkbelasting (tegen het hoogste tarief), terwijl het vermogen vervolgens fiscaal weer toegerekend zou worden aan de inbrenger.

In artikel 17a SW 1956 is daarom bepaald dat de afzondering van vermogen, als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001, niet als verkrijging door het APV wordt aangemerkt. Bij een schenking (inbreng bij leven) aan het APV vindt dus geen heffing van schenkbelasting plaats. Bij een inbreng bij overlijden wordt er wel erfbelasting geheven, omdat het vermogen definitief is overgegaan op de erfgenamen. De vermogensbestanddelen van het APV worden immers na het overlijden toegerekend aan de erfgenamen.

Daarnaast is in artikel 16 SW 1956 vastgelegd dat de vermogensbestanddelen van het APV, bij het overlijden van de inbrenger, fictief, krachtens erfrecht worden verkregen door de erfgenamen van de inbrenger. Aangezien de toerekening van artikel 2.14a van toepassing is verklaard op de gehele SW 1956, kan ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van artikel 35b SW 1956 e.v. toegepast worden door de erfgenamen. Voor 2010 was dit uiteraard niet mogelijk, omdat het vermogen niet werd toegerekend aan de erflater. Ook het deel dat voldoet aan de onderworpenheidseis van artikel 2.14a, zevende lid, gaat krachtens erfrecht over op de erfgenamen. De erfgenamen zijn over dit deel dus ook erfbelasting verschuldigd. Daarnaast wordt de verkrijging van een, een in rechte vorderbare aanspraak (het niet-discretionaire of fixed deel van het APV), als gevolg van het overlijden van de inbrenger, aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht. Hiertegenover zal in de meeste gevallen een gelijke last staan die in mindering komt op de verkrijging.

In artikel 17 SW 1956 is bepaald dat een schenking door het APV geacht wordt te zijn gedaan door degene aan wie de vermogensbestanddelen van het APV worden toegerekend. Voor het toepasselijke tarief en eventuele vrijstellingen dient dus gekeken te worden naar de (familie)relatie tussen de verkrijger en de inbrenger (of die tussen de verkrijger en de erfgenaar indien de inbrenger is overleden).

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2008/09, nr. 3, p. 57 (MvT)

Bij emigratie is het van belang om rekening te houden met de woonplaatsficties van artikel 3 SW 1956¹⁰¹. Artikel 16 en 17 SW 1956 gelden voor bezittingen en schulden van een APV, als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001. Na emigratie vindt nog steeds toerekening plaats voor de inkomstenbelasting, maar geen belastingheffing (tenzij het APV Nederlands vermogen bezit in de zin van Hoofdstuk 7 Wet IB 2001, in dat geval ontstaat buitenlandse belastingplicht). Uitkeringen door het APV, binnen 10 jaar na emigratie van een Nederlander, kunnen nog wel belast worden met schenkbelasting¹⁰².

De omgedraaide situatie kan ook aan de orde zijn: wel belastingheffing in de inkomstenbelasting, maar bij schenking/erfenis geen heffing van schenk- of erfbelasting. Dit is bijvoorbeeld het geval als iemand die geen inwoner is van Nederland een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap heeft ingebracht in een APV. Toerekening op basis van artikel 2.14a Wet IB 2001 leidt tot buitenlandse belastingplicht voor de inkomstenbelasting (artikel 7.5 Wet IB 2001). Bij overlijden vindt een fictieve vervreemding plaats op basis van artikel 4.16, eerste lid, onderdeel e Wet IB 2001. Afhankelijk van de feitelijke situatie zal Nederland daadwerkelijk belasting mogen heffen over de vervreemdingswinst. Hierbij is het (ontbreken van een) belastingverdrag van belang.

Indien de buitenlands belastingplichtige voorheen binnenlands belastingplichtige is geweest kan tevens invordering van de voorlopige aanslag - die is opgelegd op basis van artikel 4.16, eerste lid, onderdeel h - aan de orde komen. Ook dit is weer afhankelijk van het (ontbreken van een) belastingverdrag. Tot slot kan wellicht een beroep worden gedaan op de doorschuifregeling voor (een deel van) de verkrijgingsprijs op basis van artikel 4.17a Wet IB 2001. Een schenking of erfenis bij overlijden zal echter niet belast zijn met schenk- of erfbelasting. Artikel 1, eerste lid SW 1956 stelt namelijk dat alleen schenk- of erfbelasting geheven kan worden indien verkregen wordt van een (fictief) inwoner van Nederland¹⁰³.

2.5 Veranderingen in de IW 1990

Het nieuwe artikel 23a IW 1990 creëert een bijzonder verhaalsrecht. De ontvanger mag hier alleen gebruik van maken als het niet mogelijk is om de belastingschuld bij de belastingplichtige te innen. Het gaat hier alleen om belastingschulden die zijn ontstaan als gevolg van de toerekening van het APV als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001.

In de parlementaire geschiedenis is beschreven dat de invordering van deze belastingaanslagen maximaal 3 stappen kent¹⁰⁴.

¹⁰¹ De woonplaatsfictie stelt dat een Nederlander na zijn emigratie nog 10 jaar 'fictief' woonachtig is in Nederland voor de schenk- en erfbelasting. Voor niet-Nederlands, die in Nederland hebben gewoond geldt een fictie van 1 jaar, maar enkel voor de schenkbelasting.

¹⁰² D. van Beelen, APV's: vluchten, opdoeken of juist omarmen, Belastingbrief 2009/10/11

¹⁰³ E.R. Roelofs, De fictiebepalingen van art. 16 en 17 Successiewet 1956 en het woonplaatsbegrip, FTV 2010/12

¹⁰⁴ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09 31 930, nr.3 blz. 60-61 (MvT)

Allereerst wordt bekeken of bij de belastingplichtige ingevorderd kan worden. Lukt dat niet, dan kan men tot verhaal overgaan op goederen die zich in het APV zelf bevinden. In het uiterste geval kan de ontvanger overgaan tot verhaal op goederen die zich bevinden bij een derde, waarin het APV direct of indirect een belang heeft van 5% of meer. Het verhaal is dan wel gemaximeerd tot het belang dat het APV in die derde heeft. Bijzonder is verder dat de rechten die de derde heeft ondergeschikt zijn gemaakt aan de bijzondere verhaalsmogelijkheid. Het eigendomsrecht kan hierdoor buitenspel gezet worden. De derde verkrijgt vervolgens een regresrecht op basis waarvan hij de schade kan verhalen bij de werkelijke belastingplichtige.

10 In hoofdstuk 5 kom ik terug op de wenselijkheid van deze bepaling en het eigendomsrecht van de derde. Auerbach drukt de wijzigingen naar mijn idee doeltreffend uit: “(..) *het lijkt op zijn minst onwenselijk om wetgeving te introduceren die problemen met de invordering reeds in zich draagt*”¹⁰⁵.

2.6 Veranderingen in de Wet VPB 1969

Allereerst acht ik het van belang om te benadrukken dat (volgens de parlementaire geschiedenis) een lichaam, dat onderworpen is aan de vennootschapsbelasting, geen inbrenger kan zijn van vermogen in een APV. Er moet immers sprake zijn van een particulier belang, wat er op duidt dat de inbreng plaatsvindt door de natuurlijk persoon- aandeelhouder¹⁰⁶. Het ligt daarom voor de hand dat het lichaam een uitkering doet, waarna de aandeelhouder natuurlijk persoon het vermogen inbrengt in het APV.

20 Ik kan mij overigens wel een situatie voorstellen waarin een lichaam inbrenger is van het vermogen¹⁰⁷. Een erflater met een vijftal erfgenamen beslist dat zijn holdingmaatschappij de aandelen in de werkmaatschappijen (met tientallen werknemers verkoopt aan een trust (tegen schuldiggerkenning), zodra hij komt te overlijden. Dit doet hij enerzijds om het familievermogen bij elkaar te houden. Anderzijds doet hij dit om de belangen van het bedrijf en de werknemers te beschermen. Hij heeft
25 namelijk voor zijn overlijden vernomen dat zijn erfgenamen het bedrijf willen opsplitsen, waarbij de nodige ontslagen zullen vallen. Overheerst in dat geval nog steeds het meer dan bijkomstige particuliere belang of kan hier ook een zakelijk bedrijfsbelang worden onderscheiden voor meer dan 85 tot 90 procent? Deze situatie zal zich niet snel voordoen, maar het geeft wel aan dat de nieuwe wetteksten vol zitten met open normen, waarbij de rechter uiteindelijk de knoop zal moeten
30 doorhakken. Open normen maken de wetgeving flexibeler, waardoor de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid toeneemt.

¹⁰⁵ X.G.R. Auerbach, Doelvermogens verdienen evenwichtige wetgeving, WFR 2009/122

¹⁰⁶ Als men toch tot de conclusie komt dat het vermogen ingebracht is door het lichaam, dan zal geen sprake zijn van een APV. Wel kan dan sprake zijn van een ander doelvermogen waarvoor geen particulier belang nodig is.

¹⁰⁷ Zie A.C.P. Bobbeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten deel 1, WFR 2011/910 (pagina 915) voor een ander voorbeeld.

Ook de doeltreffendheid van de wetgeving neemt toe, omdat een rechter de wet naar de bedoeling van de wetgever kan uitleggen. Bij de keuze voor een open norm verliest het rechtszekerheidsbeginsel het dus van de drie hiervoor genoemde beginselen¹⁰⁸.

- 5 In de Wet VPB 1969 was eigenlijk maar één aanpassing nodig. In artikel 8, vijftiende lid is opgenomen dat voor een aantal artikelen in de Wet VPB 1969¹⁰⁹ de toerekeningsregels van artikel 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing zijn.

Op deze aanpassing wil ik verder niet ingaan, omdat ik mij met name wil beperken tot de gevolgen onder de Wet IB 2001 en de SW 1956. Voor de gevolgen van de APV wetgeving voor de Wet VPB 10 verwijs ik naar het artikel van Bobbeldijk en De Leeuw¹¹⁰. Ik maak één kanttekening bij de bespreking van artikel 25 Wet VPB in dit artikel. De auteurs bespreken hier de situatie waarin dividendbelasting wordt geheven ten laste van een APV, ter zake van dividenden waarover het APV in Nederland vennootschapsbelasting verschuldigd is¹¹¹. Volgens de auteurs zorgt de 'fiscale transparantie' van 15 artikel 2.14a Wet IB 2001 (via artikel 8, vijftiende lid Wet VPB) ervoor dat het APV de geheven dividendbelasting niet mag verrekenen, aangezien het APV voor toepassing van artikel 25 Wet VPB niet wordt aangemerkt als het subject ten laste van wie dividendbelasting is geheven. Mijns inziens 20 zorgt de onderworpenheid aan de Wet VPB er echter voor dat het APV voldoende belast zal zijn in de zin van artikel 2.14a, zevende lid Wet IB 2001. Hierdoor vindt op basis van artikel 2.14a Wet IB 2001 geen fiscale toerekening plaats van de vermogensbestanddelen. Deze niet-toerekening werkt vervolgens via artikel 8, vijftiende lid Wet VPB door naar artikel 25 Wet VPB. Het APV heeft in dat geval wel degelijk recht op verrekening van de dividendbelasting, omdat zij wordt aangemerkt als subject ten laste van wie de dividendbelasting is geheven.

2.7 Veranderingen in de Wet DB 1965

- 25 Artikel 4 Wet DB 1965 bepaalt wanneer inhouding van dividendbelasting achterwege mag blijven. Het zevende lid poogt dividendstripping¹¹² te voorkomen door bepaalde personen of lichamen niet aan te merken als uiteindelijk gerechtigden. Het gaat hierbij om gekunstelde situaties waardoor in de ogen van de fiscus ten onrechte geen dividendbelasting wordt ingehouden.

¹⁰⁸ Kathmann M.C.J.G. en N.M.R. Lennarts, Welke kwaliteitscriteria staan op het spel bij het gebruik van open normen in het belastingrecht, Forfaitair 2009/199

¹⁰⁹ artikelen 8c, 10a, 12a, 13b, 13ba, 20a, 25 en 28

¹¹⁰ A.C.P. Bobbeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten deel 1, WFR 2011/910 en deel 2, WFR 2011/956

¹¹¹ Pagina 919 en 920, situatie 1

¹¹² Zie voor een uitleg van het begrip dividendstripping het commentaar van het NDFR of de Vakstudie bij artikel 4 Wet DB 1965

Dit is bijvoorbeeld het geval als men de opbrengst laat neerslaan bij een persoon die in een gunstigere verdragspositie verkeert dan de oorspronkelijke aandeelhouder/uiteindelijk gerechtigde. Door een samenstel van rechtshandelingen wordt een betere verdragspositie bewerkstelligd.

5 Het achtste lid bepaalt dat de aandelen en opbrengsten in kwestie, conform artikel 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001 toegerekend moeten worden aan de inbrenger. Zou dit artikel niet bestaan, dan kan een APV gebruikt worden om de toepassing van het zevende lid te dwarsbomen.

Tot slot wijs ik in dit verband naar het eerder genoemde artikel van Bobbeldijk en De Leeuw¹¹³. Zij bespreken de gevolgen van de nieuwe wetgeving voor de Wet DB.

10 **2.8 Overgangsrecht**

In deze paragraaf wil ik kijken naar het overgangsrecht dat is gecreëerd door de wetgever. Dit overgangsrecht kan er namelijk voor zorgen dat strijdigheden met de beginselen van behoorlijk bestuur worden voorkomen.¹¹⁴

2.8.1 Inkomstenbelasting

15 Voor de inkomstenbelasting is nauwelijks overgangsrecht gecreëerd. Voor bestaande gevallen, waarbij voor 20 april 2009 een vaststellingsovereenkomst was afgesloten met de belastingdienst, geldt de nieuwe regelgeving niet¹¹⁵. In deze overeenkomsten is afgesproken aan wie toerekening plaatsvindt, zodat toch al geen sprake is van 'zwevend vermogen'.

20 Ook kleine APV's komen om reden van eenvoud niet in aanmerking voor de behandeling volgens de nieuwe systematiek. Het saldo van de bezittingen en schulden mocht, op 20 april 2009, per erfgenaam niet meer bedragen dan € 5.000. Tevens mag het APV geen aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 bezitten.¹¹⁶

25 Opmerkelijk is dat in de nieuwe regelgeving geen step up wordt verleend tot de waarde in het economisch verkeer op 1 januari 2010. Voor bezittingen en schulden die bij de natuurlijke persoon tot box 3 worden gerekend zal dit geen problemen opleveren. Daar wordt immers belasting geheven over een forfaitair rendement, waarbij de waarde van de bezittingen en schulden op de waarde in het economisch verkeer (of de WOZ waarde) worden gesteld.

30 Artikel 10a.7, vierde en vijfde lid Wet IB 2001 vermelden de regels voor de waardebepaling per 1 januari 2010 van de bezittingen die na toerekening in box 1 vallen en het aanmerkelijk belang dat na toerekening in box 2 valt.

¹¹³ A.C.P. Bobbeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten deel 1, WFR 2011/910 en deel 2, WFR 2011/956

¹¹⁴ Ik denk hierbij met name aan het rechtszekerheidsbeginsel, dat in hoofdstuk 4 nader zal worden toegelicht.

¹¹⁵ Artikel 10a.7., tweede lid Wet IB 2001

¹¹⁶ Artikel 10a.7., eerste lid Wet IB 2001

Voor de aanmerkelijk belang aandelen is dit bijvoorbeeld de historische verkrijgingsprijs van de inbrenger, waardoor de voordelen van het inbrengen van het aanmerkelijk belang met een lage waarde (zie paragraaf 1.5.) geheel zijn verdwenen. Sterker nog, de inbrenger ondervindt een nadeel, omdat hij ten tijde van het inbrengen schenkbelasting was verschuldigd. Dit bezwaar wordt deels weggenomen door de teruggaaf van schenkbelasting (zie paragraaf 2.8.2.). Ook kan het zijn dat het APV zelf belasting heeft moeten betalen in de afgelopen jaren. De vraag is of dit nog verrekend kan worden met de belasting die in Nederland verschuldigd is bij de verkoop van het aanmerkelijk belang.

Het niet verlenen van de step up is opmerkelijk, omdat de wetgever al lange tijd op de hoogte was van de gevolgen van de arresten van de Hoge Raad en niets heeft ondernomen. In hoofdstuk 4 en 5 kom ik hier verder op terug bij het bespreken van het rechtszekerheidsbeginsel.

2.8.2 Schenk- en erfbelasting

Na enig aandringen in de fiscale literatuur¹¹⁷ en door de tweede kamer¹¹⁸ is uiteindelijk besloten om de schenk- of erfbelasting die in het verleden is geheven terug te geven. Anders zou er sprake geweest zijn van 'overkill'. In het verleden heeft de inbrenger afstand gedaan van zijn vermogen en daarover schenk- of erfbelasting betaald. Door de nieuwe wetgeving wordt ditzelfde vermogen weer aan hem (of zijn nabestaanden) toegerekend. Door het ontbreken van een step up naar de waarde in het economische verkeer lijkt het net of de inbrenger nooit afstand heeft gedaan van zijn vermogen. Ik vind het daarom terecht dat de wetgever tot deze teruggaafmaatregel is gekomen. In principe zal de teruggaaf plaatsvinden aan het APV, deze was immers als verkrijger de belasting verschuldigd.

De NOB merkt nog op dat het kabinet geen reden ziet om rente te vergoeden over deze teruggaaf. De opgelegde aanslag was volgens de wetgever immers terecht. De teruggaaf is enkel bedoeld om onevenwichtigheden, die ontstaan door de nieuwe wetgeving, weg te nemen.¹¹⁹ Ik heb moeite met deze redenering, vooral omdat geen step up wordt geboden tot de waarde in het economisch verkeer van de bezittingen op 1 januari 2010. Door de wetswijzigingen worden ook waardeinstijgingen van voor 1 januari 2010 in de heffing betrokken. Het zou in dat geval voor de hand liggen om rente te vergoeden over de teruggaaf, zodat de betaling (destijds) en de teruggaaf van schenk- of erfbelasting economisch gezien neutraal verloopt. De transactie van toen wordt dan economisch gezien geheel teruggedraaid. Nu wordt de inbrenger in feite alsnog dubbel belast over zijn inbreng door het rente nadeel. In hoofdstuk 5 ga ik nader in op het overgangsrecht, de step up en de rentevergoeding.

¹¹⁷ A. Koele, Fears and Fantasies met betrekking tot trusts en andere doelvermogens, FTV 2009/06

¹¹⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 7, p. 24 en 25 (Verslag)

¹¹⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 7, p. 24 en 25 (Verslag)

2.9 Overige opmerkingen bij de nieuwe wetgeving

Opvallend is dat Nederland, voor zover bekend, het enige land is met deze vorm van toerekening¹²⁰. De toekomst zal moeten uitwijzen of de Nederlandse aanpak door andere landen overgenomen gaat worden.

5

In de literatuur en de parlementaire stukken zijn vele onduidelijkheden en vragen omtrent de nieuwe regelgeving terug te vinden. Zo vroeg men zich bijvoorbeeld af of de wetgeving strijdig is met hogere regelgeving. Het gaat hierbij met name om de strijdigheid met afgesloten belastingverdragen. In hoofdstuk 5 ga ik, aan de hand van de beginselen van behoorlijke wetgeving, in op de onduidelijkheden en de vragen.

10

2.10 Conclusies en samenvatting

Als tussenconclusie wil ik allereerst vermelden dat onder de nieuwe wetgeving het APV nog steeds als niet-transparant wordt aangemerkt. Toerekening vindt bij fictie plaats aan de inbrenger en na diens overlijden aan de erfgenamen (of bij uitzondering aan de begunstigden). Schenkingen aan het APV worden niet belast met schenkbelasting. Pas bij het uitkeren door het APV of overlijden van de inbrenger wordt schenk- of erfbelasting geheven. Ook heb ik enkele problematische punten in relatie met de beginselen van behoorlijk bestuur gesignaleerd. In hoofdstuk 4 en 5 kom ik hier uitgebreid op terug.

15

¹²⁰ X.G.R. Auerbach, Afgezonderd particulier vermogen, naar een duaal stelsel, WPNR 2009/6802, onderzochte landen zijn: België, Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, Italië, Zweden, Spanje, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zwitserland, Roemenië, Ierland, Portugal en Luxemburg.

Hoofdstuk 3. Vijf alternatieve fiscale stelsels

In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel bespreekt de staatssecretaris twee alternatieve fiscale stelsels voor de behandeling van een APV. Ook in de fiscale literatuur zijn diverse alternatieve fiscale stelsels geschetst, waarvan ik er drie zal bespreken. Ik zal in dit hoofdstuk geen uitgebreide beschrijving geven van de stelsels, maar slechts de hoofdlijnen en eventuele probleempunten bespreken.¹²¹ In hoofdstuk 5 zal ik een vergelijking maken tussen de verschillende stelsels. Daarbij zijn de beginselen van behoorlijke wetgeving van belang. Deze worden in hoofdstuk 4 besproken.

3.1 Alternatief 1: fiscale transparantie richting begunstigden

Bij het eerste alternatief dat de staatssecretaris bespreekt is sprake van fiscale transparantie richting de begunstigden. Toerekening vindt (in principe) nooit plaats aan de inbrenger en/of diens erfgenamen. Bij het afzonderen van het vermogen dienen de begunstigden direct schenkbelasting te betalen, omdat de insteller 'definitief' afstand doet van zijn vermogen¹²². In de SW 1956 zal hiervoor een speciale regeling moeten worden opgenomen, omdat afgeweken wordt van de juridische werkelijkheid. Juridisch gezien verkrijgen de begunstigden immers nog geen vermogen, maar enkel een verwachting dat zij ooit een uitkering ontvangen uit het vermogen van het APV. In de Wet IB 2001 moet een toerekeningsregel opgenomen worden waarbij de vermogensbestanddelen na de fictieve schenking aan de begunstigden worden toegerekend. De begunstigden zullen dan bijvoorbeeld vermogensrendementsheffing verschuldigd zijn over het vermogen dat aan hen wordt toegerekend.

De staatssecretaris noemt vijf problemen die verbonden zijn aan dit fiscale stelsel. Door deze problemen prefereert de staatssecretaris de huidige nieuwe wetgeving boven dit alternatieve stelsel. Hieronder zal ik de problemen bespreken en van commentaar voorzien.

Ten eerste hebben de begunstigden de structuur niet zelf opgezet. Naar mijn mening is dit op zichzelf geen probleem, een begunstigde van een 'normale' schenking zal ook niet vragen om een schenking en wordt daarvoor toch in de heffing betrokken. In dat geval beschikt de begunstigde overigens wel over de financiële middelen om de aanslag te voldoen.

Ten tweede geeft de staatssecretaris aan dat de begunstigden verder van het vermogen afstaan dan de inbrenger.

¹²¹ De alternatieven die door de staatssecretaris worden besproken kunnen ook moeilijk uitgebreid worden besproken, omdat deze vrij summier worden behandeld. Redactie vakstudienieuws vindt dit een gemiste kans. Daar kan ik mee instemmen, omdat nu eigenlijk geen heldere discussie kan worden gevoerd over de verschillende mogelijkheden. V-N 2009/22.3, blz. 37-38.

¹²² Tenzij de inbrenger zelf als begunstigde kan worden aangemerkt (via de letter of wishes)

Volgens mij staan de inbrenger en de begunstigen beiden ver van het vermogen af nadat dit ingebracht is in het APV. Zowel bij de oplossing uit hoofdstuk 2 als bij deze oplossing wordt iemand belast voor vermogen waarvan hij juridisch geen eigenaar (meer) is.

- 5 Ten derde weet de persoon in kwestie volgens de staatssecretaris niet altijd dat er vermogen is afgezonderd en dat hij begunstigde is geworden. Dit probleem kan naar mijn mening worden opgelost met een meldingsplicht voor het APV (de trustee). In een register kan op deze manier bijgehouden worden wie er iets inbrengt en wie begunstigde is van het APV (volgens de letter of wishes).
- 10 Ten vierde geeft de staatssecretaris aan dat de begunstigen de onbelemmerde beschikkingsmacht over het afgezonderde vermogen missen. Dit is uiteraard het grootste probleem, maar ook bij de gekozen oplossing (zie hoofdstuk 2) speelt dit probleem. De inbrenger kan immers ook niet meer beschikken over de ingebrachte vermogensbestanddelen. Toch wordt hij voor deze bestanddelen in de inkomstenbelasting betrokken. Bijkomend probleem voor het onderhavige alternatief is overigens dat
- 15 de begunstigen ook nog eens schenkbelasting verschuldigd zijn, terwijl zij (nog) geen liquide middelen hebben gekregen.

Ten vijfde speelt het probleem dat begunstigen geschrapt of toegevoegd kunnen worden, bijvoorbeeld als gevolg van een geboorte of overlijden.

20

Tot slot zou ik hier nog aan willen toevoegen dat de omvang van de verkrijging zeer moeilijk te bepalen is aangezien bij een irrevocable discretionary trust nog geen definitieve verkrijgingen hebben plaatsgevonden.

- 25 Een oplossing voor de laatste drie problemen zou naar mijn idee gevonden kunnen worden in het opleggen van een conserverende aanslag aan de begunstigen¹²³. Dit kan zowel voor de schenkbelasting als voor de inkomstenbelasting (bijvoorbeeld jaarlijks voor de vermogensrendementsheffing). De conserverende aanslag voor de schenkbelasting zou opgelegd moeten worden aan de begunstigde als de inbrenger ten tijde van de inbreng in Nederland woont. Ook
- 30 de fictiebepalingen van artikel 3 SW 1956 moeten van toepassing worden verklaard (wellicht zelfs met een langere termijn), anders zou men de invordering van de conserverende aanslag kunnen omzeilen door 'tijdelijk' naar het buitenland te emigreren. Zodra de begunstigde definitief iets verkrijgt uit het APV zal hij de conserverende aanslagen (deels) moeten betalen.

¹²³ Zie ook R. Freudenthal, Aanpassingen APV-regime in verdragsperspectief: We zijn er nu toch, WFR 2009/1301

Om strijdigheden met het EU recht te voorkomen kan ervoor gekozen worden om bij emigratie de conserverende aanslag na 10 jaar kwijt te schelden¹²⁴¹²⁵. Ik pleit er voor om te onderzoeken, eventueel in overleg met de Europese Commissie, hoe lang deze termijn mag zijn. Het APV kan eventueel jaarlijks een reservering maken voor de geconserveerde belasting die de begunstigden verschuldigd zijn, zodat deze niet voor verrassingen komen te staan. Aangezien de conserverende aanslag opgelegd wordt aan de begunstigden pleit ik er niet voor om het APV de belasting te laten afdragen.

Ook kan men door middel van een conserverende aanslag rekening houden met een wijziging in de kring van begunstigden. De conserverende aanslag kan immers aangepast worden als iemand niet langer of voor een kleiner deel begunstigde is. Hiervoor is uiteraard wel van belang dat het APV of de trustee verplicht worden wijzigingen in de kring van begunstigden te melden. Ook informatie uitwisselingsverdragen met landen waar veel APV's zijn gevestigd kunnen hierbij helpen.

Tot slot wil ik bij elk alternatief kort stilstaan bij het budgettaire aspect voor de Nederlandse schatkist. De nieuwe fiscale behandeling is immers mede ingevoerd om de verlaging van de tarieven in de SW 1956 mogelijk te maken. Bij dit eerste alternatief wordt, door de conserverende aanslag, de belastingheffing uitgesteld tot het moment waarop daadwerkelijk uitkeringen plaatsvinden. Uit budgettair oogpunt zal daarom tevens heffingsrente in rekening gebracht moeten worden over het bedrag van de conserverende aanslag inkomstenbelasting, omdat deze anders onbelast langdurig kan worden uitgesteld.

Voor de conserverende aanslag schenkbelasting zal dit naar mijn mening niet nodig zijn. Enerzijds omdat een eventuele aangroei van het APV vermogen vroeg of laat leidt tot een grotere verkrijging bij de begunstigden en anderzijds omdat de daadwerkelijke schenking pas plaats vindt op het moment van de juridische verkrijging.

3.2 Alternatief 2: belasten bij het inbrengen en bij het APV zelf

Bij het tweede alternatief is geen sprake van enige fiscale transparantie. Het APV houdt, net zoals voor 1 januari 2010, zijn eigen fiscale identiteit. De staatssecretaris verwijst naar het voorstel dat de werkgroep Moltmaker heeft gedaan (zie ook paragraaf 1.7). Deze commissie stelde voor om het APV aan een heffing te onderwerpen die overeenkomt met de inkomstenbelasting. Daarvoor zou de Wet IB 2001 aangepast moeten worden, zodat ook het APV belastingplichtig wordt.

¹²⁴ Vergelijk de conserverende aanslag die opgelegd wordt bij pensioenen. Onder andere in de N-zaak werd deze termijn niet strijdig geacht met het EU-recht. (HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04). Ik zou overigens pleiten voor een langere termijn, omdat een APV ook gebruikt wordt voor lange termijn estate planning. Een voorbeeld daarvan is het 'generatieskippen' Als een kleinkind wordt benoemd tot begunstigde kan de 10-jaars termijn in het buitenland makkelijker worden volgemaakt.

¹²⁵ Uiteraard zal bij emigratie ook naar een eventueel belastingverdrag tussen Nederland en het emigratieland gekeken moeten worden, zodat men niet in strijd handelt met de goede verdragstrouw. In de toekomst zou Nederland dit punt in de verdragsonderhandelingen kunnen betrekken.

Voor de SW 1956 zou bij de inbreng schenkbelasting worden geheven, gelijk aan hetgeen besproken in hoofdstuk 1. Nadeel van deze methode is dat vermogen met groeipotentieel, maar een lage waarde in het economisch verkeer tegen een beperkte heffing van schenkbelasting kan worden ingebracht (en overgedragen aan de begunstigen), gelijk aan de situatie van voor 2010. De jaarlijkse heffing bij het APV zorgt er, in tegenstelling tot de situatie van voor 2010, echter voor dat tijdens het bestaan van het APV ook belasting betaald moet worden.

Het tweede nadeel van deze methode, voor de staatssecretaris, is dat een niet-inwoner¹²⁶, net als in tot de situatie van voor 2010, zonder heffing van schenkbelasting vermogen kan inbrengen in een APV.

10 Deze methode is volgens de staatssecretaris niet werkbaar. Voor de heffing van inkomstenbelasting moet het APV fictief in Nederland gevestigd zijn, wat kan leiden tot strijdigheid met de Europese regels met betrekking tot vrijheid van kapitaalverkeer. In hoofdstuk 5 zal ik deze bewering nader onderzoeken, omdat deze ook bij alternatief 3 naar voren komt. Overigens wordt de vestigingsplaatsfictie in andere landen wel toegepast¹²⁷.

15

Auerbach doet naar mijn mening een goed voorstel voor een vestigingsplaatsfictie¹²⁸. Deze zou van toepassing moeten zijn zolang de inbrenger in Nederland woont, ongeacht de vraag of de inbreng heeft plaatsgevonden toen de inbrenger in Nederland woonde. Indien de inbrenger overlijdt ten tijde van (fictief) inwonerschap van Nederland, dan blijft het APV nog 30 jaar in Nederland gevestigd. Dit dient ter compensatie van het feit dat geen heffing plaats vindt bij het uitkeren van het vermogen. Bovendien blijft de vestigingsplaats van toepassing indien ten minste 50% van het aantal begunstigen (fictief) in Nederland woonachtig is. Volgens Auerbach is het gerechtvaardigd om in deze gevallen belasting te heffen van het APV, omdat de band van de inbrenger en begunstigen met Nederland in deze situaties nauw aanwezig is. In andere situaties ligt het meer voor de hand dat andere landen belasting mogen heffen. Wanneer een APV ophoudt fictief inwoner te zijn van Nederland, zal een exithetffing plaatsvinden¹²⁹. Om dubbele belastingheffing te voorkomen dient Nederland eventuele buitenlandse (winst)belasting te verrekenen met de verschuldigde inkomstenbelasting.

25

¹²⁶ Rekening houdend met de fiscale woonplaats fictie van 10 jaar voor de SW 1956

¹²⁷ Canada, Verenigd Koninkrijk en Nieuw Zeeland. Zie ook X.G.R. Auerbach, Doelvermogens verdienen evenwichtige wetgeving, WFR 2009/122

¹²⁸ X.G.R. Auerbach, Doelvermogens verdienen evenwichtige wetgeving, WFR 2009/122. Dit voorstel deed hij overigens voor alternatief 3. Auerbach pleit dus niet voor alternatief 2.

¹²⁹ De vormgeving van deze exithetffing zal afhankelijk zijn van de uitkomst van de lopende discussie tussen Nederland en de Europese commissie inzake de exithetffingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

Uit budgettair oogpunt zal dit alternatief het snelst liquide middelen voor de overheid opleveren. Bij de inbreng dient belasting betaald te worden en net als onder de huidige nieuwe regeling wordt jaarlijks een belasting geheven over het vermogen van het APV¹³⁰. Deze heffing vindt echter plaats bij het APV zelf.

5 3.3 Alternatief 3: belasten bij het APV zelf en bij uitkeren

Het derde alternatief komt niet voor in de parlementaire behandeling, maar is aangedragen door Auerbach.¹³¹ Het lijkt op alternatief 2. Voor een uitgebreide uiteenzetting van dit alternatief verwijs ik naar het artikel van Auerbach. Ik zal mij hier beperken tot de hoofdlijnen.

10 Auerbach ziet het APV als een vergaarbak en doorgeefluik naar de overige familieleden. Daarom stelt hij voor om bij de inbreng van vermogen in een APV geen schenkbelasting te heffen, mits de heffing bij uitkering is verzekerd en niet (kosteloos) oneindig kan worden uitgesteld.

Om te voorkomen dat belastingheffing (kosteloos) oneindig wordt uitgesteld stelt Auerbach voor om een jaarlijkse heffing te introduceren, welke moet ingaan in het jaar volgend op het jaar waarin de inbrenger overlijdt.¹³² In binnenlandse situaties zal deze heffing voor weinig problemen zorgen, maar 15 bij een APV dat in het buitenland is gevestigd zou dit tot problemen kunnen leiden. In dat geval is een fictie nodig (zie ook alternatief 2). De staatssecretaris heeft aangegeven dat veel APV's gevestigd zijn in landen waarmee Nederland geen belastingverdrag (ter voorkoming van dubbele belasting) heeft afgesloten. In dat geval zouden de problemen rondom de schending van goede verdragstrouw beperkt kunnen zijn. De vrijheid van kapitaalverkeer zou nog wel roet in het eten kunnen gooien. In hoofdstuk 20 5 ga ik verder in op deze problematiek.

Auerbach stelt voor om schenkbelasting te heffen zodra er vermogen wordt uitgekeerd. Dit is gerechtvaardigd omdat bij de inbreng nog geen heffing heeft plaatsgevonden. Het grootste voordeel van deze oplossing is dat enkel belasting wordt geheven bij personen die op dat moment de 25 beschikkingsmacht hebben over de betreffende vermogensbestanddelen. Er zijn dan ook geen toerekeningsficties nodig voor de vermogensbestanddelen, maar alleen een vestigingsplaatsfictie voor het APV zelf.

Auerbach concludeert tot slot dat het probleem niet ligt bij het afzonderen van vermogen, maar bij het 30 feit dat de APV's gevestigd zijn in tax havens waar (nauwelijks of) geen belastingheffing plaatsvindt. Daar geef ik hem gelijk in. In hoofdstuk 5 zal ik bekijken of zijn oplossing aansluit bij de beginselen van behoorlijke wetgeving.

¹³⁰ Mits niet strijdig met het EG-recht

¹³¹ X.G.R. Auerbach, Doelvermogens verdienen evenwichtige wetgeving, WFR 2009/122

¹³² Auerbach heeft dit idee overgenomen van Stevens/Olde Bijvank. Zie ook S.A. Stevens en S. Olde Bijvank, de contouren van een Nederlandse trust, FTV 2007/47

Uit budgettair oogpunt lijkt dit alternatief op de huidige regeling. Jaarlijks wordt het vermogen van het APV belast¹³³ en bij de uitkering wordt schenkbelasting geheven. Onder dit alternatief zal echter schenkbelasting tegen een hoger tarief worden geheven, omdat het derdentarief van toepassing is (er vindt immers geen toerekening aan de inbrenger plaats).

5 **3.4 Alternatief 4: toerekenen aan de inbrenger en na overlijden aan de begunstigen**

Ook dit alternatief wordt niet door de staatssecretaris besproken¹³⁴, maar spreekt eigenlijk voor zich. Tot het overlijden van de inbrenger worden de vermogensbestanddelen aan hem of haar toegerekend. Daarna vindt in tegenstelling tot de gekozen oplossing (hoofdstuk 2) toerekening plaats aan de begunstigen. Wat mij betreft spelen hier in beginsel dezelfde problemen als bij de toerekening aan de erfgenamen en aan de inbrenger: het gebrek aan liquide middelen om de belasting te voldoen. Bovendien kan een persoon ook na het overlijden van de inbrenger nog worden verwijderd uit (of toegevoegd worden aan) de kring van begunstigen. Hiervoor zou een teruggaafregeling gemaakt moeten worden of, net zoals ik bij alternatief 1 voorstelde, een conserverende aanslag moeten worden opgelegd. Een andere oplossing is het innen van de erf- en inkomstenbelasting bij het APV (middels de trustee), zoals onder de nieuwe regeling in Frankrijk, die hieronder wordt besproken¹³⁵.

De nieuwe regeling in Frankrijk geldt voor de (revocable en de irrevocable) trust die is gevestigd buiten Frankrijk¹³⁶. Zolang de, in Frankrijk woonachtige, inbrenger in leven is wordt hij zelfstandig in de Franse vermogensheffing betrokken. Zodra de inbrenger is overleden, worden de, in Frankrijk woonachtige, begunstigen in de Franse vermogensheffing betrokken. Buitenlands belastingplichtigen worden alleen in de heffing betrokken voor Franse bezittingen en rechten. De trustee dient jaarlijks een opgaaf te doen van de bezittingen en rechten die zijn ondergebracht in de trust. Het verzuimen hiervan kan een flinke boete opleveren.¹³⁷ Zowel de trustee als de inbrenger kunnen voor de betaling van de boete worden aangesproken.

Indien de inbrenger (of na zijn overlijden de begunstigen) geen opgaaf doen van het trustvermogen in hun aangifte, wordt het gehele vermogen belast tegen een speciaal tarief van 0,5%. Deze belasting dient voldaan te worden door de trustee. De inbrenger (of na zijn overlijden, de begunstigen) kunnen voor de betaling van deze belasting worden aangesproken.

Uitkeringen zijn onderworpen aan Franse dividendbelasting, indien de ontvanger ten tijde van de verkrijging inwoner is van Frankrijk. De ontvanger dient deze dividendbelasting zelf te betalen

¹³³ Mits niet strijdig met het EG-recht

¹³⁴ Deze opmerking wordt o.a. gemaakt in VN 2009/22.3, blz. 37

¹³⁵ Jérôme Assouline, French draft legislation on trusts,

<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A31BAB8E-403E-4654-9234-58EB914EA70F>

¹³⁶ Ik ga hier niet in op de vraag hoe deze regeling zich verhoudt tot het EU-recht.

¹³⁷ € 10.000 of indien hoger: 5% van de bezittingen van de trust.

Indien bij overlijden daadwerkelijk vermogen wordt verkregen is de begunstigde hierover erf- of schenkbelasting verschuldigd.

Een speciale erfbelasting wordt geheven indien bij overlijden nog niet direct vermogen wordt verkregen:

- 1) Indien de begunstigten (en de begunstiging) bekend zijn op het moment van overlijden geldt het toepasselijke tarief tussen de erflater en de begunstigten. De begunstigten dienen zelf zorg te dragen voor de betaling, waarschijnlijk omdat zij geacht worden over het vermogen te kunnen beschikken;
 - 2) Het tarief voor kinderen en grootouders wordt gesteld op 45%. Opmerkelijk is dat in dit geval de trustee zorg dient te dragen voor de betaling van de erfbelasting;
 - 3) De restbalans van de trust wordt onderworpen aan een erfbelasting van 60%. Ook deze belasting dient voldaan te worden door de trustee. Dat is een logisch gevolg van het feit dat nog niet bekend is wie de begunstigten zijn en/of voor welk deel.
- In dat geval zal ook geen van de begunstigten opgaaf doen van zijn 'deel' voor de vermogensheffing. Over het trustvermogen zal daarnaast 0,5% vermogensheffing verschuldigd zijn. Deze belasting dient in eerste instantie voldaan te worden door de trustee.

Indien de trustee gevestigd is in een niet-coöperatieve jurisdictie en de inbrenger ten tijde van de inbreng inwoner was van Frankrijk dient altijd 60% erfbelasting betaald te worden (te voldoen door de trustee). De vraag is overigens hoe Frankrijk de trustee in dit geval wil dwingen tot het betalen van de belastingen. Met niet-coöperatieve jurisdicties zal in de regel geen invorderingsverdrag zijn afgesloten.

Budgettair komt dit alternatief redelijk overeen met de huidige nieuwe regeling. Het grote verschil is dat na overlijden wordt toegerekend aan de begunstigten in plaats van aan de erfgenamen. De belasting kan ook verschuldigd zijn door de trustee.

3.5 Alternatief 5: belasten bij de inbreng en belasten bij de uitkering

Dit laatste alternatief wordt voorgesteld door zowel Koele¹³⁸ als Zwemmer¹³⁹, alhoewel hun plannen op één belangrijk punt van elkaar verschilt. Koele pleit voor een vestigingsplaatsfictie van het APV in Nederland (en verwijst naar Italië, waar in 2007 een soortgelijke regeling is ingevoerd). De vestigingsplaatsfictie zou alleen moeten gelden indien de inbrenger en (een deel van) de begunstigten in Nederland wonen. Zowel bij de inbreng als bij de uitkering zou in dat geval schenkbelasting geheven kunnen worden tegen het hoogste derden tarief.

¹³⁸ I.A. Koele, Fears and Fantasies met betrekking tot trust en andere doelvermogens, FTV 2009/06

¹³⁹ J.M. Zwemmer, De Successiewet op de schop, WPNR 2008/6757

Koele pleit tevens voor een 'exitbepaling', op basis waarvan Nederland tot 10 jaar na emigratie van het APV (als gevolg van de emigratie van de inbrenger en/of een deel van de begunstigen) schenkbelasting zou kunnen heffen over uitkeringen. Wat mij betreft is dit meer een woonplaatsfictie die vergelijkbaar is met artikel 3 SW 1956 en geen 'exitbepaling'. Deze laatste mogelijkheid zie ik zelf minder zitten, omdat een APV vaak voor de lange termijn estate planning wordt gebruikt. Een heffing bij uitkering binnen 10 jaar lijkt daarmee illusionair.

In het voorstel van Zwemmer is geen vestigingsplaatsfictie nodig, omdat ook de woonplaats van de verkrijger een aanknopingspunt voor de schenk- en erfbelasting zou worden. Uitkeringen door een APV zouden in dat geval belast moeten worden bij de verkrijger, indien deze in Nederland woont. Dit zou een rigoureuze verandering van de SW 1956 tot gevolg hebben, omdat tot nu toe altijd de woonplaats van de schenker/erflater van belang is. Overigens stelt Zwemmer voor om bij andere schenkingen/erfenissen (niet afkomstig van een APV) de woonplaats van de schenker/erflater bepalend te laten blijven. Ik betwijfel of dit niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Ik kom hier in hoofdstuk 5 op terug.

Uit budgettair oogpunt zal dit geen wenselijk alternatief zijn. Hoewel belasting geheven wordt bij de inbreng, kan de heffing bij uitkering langdurig worden uitgesteld. In de tussentijd vindt geen jaarlijkse heffing plaats.

20 **3.6 Europese aanpak**

Tot slot zou ik hier nog willen pleiten voor een Europese aanpak van de probleem die spelen rondom het APV. Zoals uit dit hoofdstuk blijkt hebben veel (Europese) landen de afgelopen tijd nieuwe wetgeving geïntroduceerd om belastingontwijking middels APV's tegen te gaan. Een aantal EU-lidstaten, waaronder Nederland, heeft recentelijk afwijzend gereageerd op de plannen van de Europese Commissie inzake de invoering van een CCCTB¹⁴⁰. Wellicht dat hier meespeelt dat elk land al vele jaren haar eigen winstbelasting heeft en daarom weigert om hier soevereiniteit prijs te geven. De Europese Commissie kan misschien beter beginnen op een kleiner gebied, bijvoorbeeld met een Richtlijn waarin een gezamenlijke aanpak van APV's wordt afgesproken. In alle Europese landen zouden dan dezelfde regels gelden, die vervolgens ingepast kunnen worden in de nationale wetgeving. Dit zou er tevens voor zorgen dat economische dubbele heffing (bijvoorbeeld heffing bij een inbrenger in Nederland en heffing bij een begunstigde in een andere lidstaat) binnen de Europese Unie wordt voorkomen. Elke lidstaat dient naar mijn mening wel vrij te blijven in de bepaling van het toepasselijke tarief.

¹⁴⁰ Zie o.a. <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/07/01/reactie-op-verzoeken-over-ccctb-richtlijnen.html>

3.7 Conclusies en samenvatting

In dit hoofdstuk heb ik 5 alternatieven fiscale behandelmethoden besproken, te weten:

- Alternatief 1: toerekenen aan de begunstigden;
- Alternatief 2: belasten bij het inbrengen en bij het APV zelf;
- 5 - Alternatief 3: belasten bij het APV zelf en bij het uitkeren;
- Alternatief 4: toerekenen aan de inbrenger en na diens overlijden aan de begunstigden;
- Alternatief 5: belasten bij het inbrengen en belasten bij het uitkeren.

Ik heb mij beperkt tot de hoofdlijnen van deze alternatieven, maar waar nodig zal ik in het vijfde
10 hoofdstuk dieper ingaan op bepaalde onderdelen van de alternatieven.

Hoofdstuk 4. Beginselen van behoorlijke wetgeving

In dit hoofdstuk wil ik onderzoeken welke beginselen van behoorlijke wetgeving van belang kunnen zijn voor de fiscale behandeling van het APV. Een van deze beginselen is het legaliteitsbeginsel (rechtmatigheidbeginsel). Hieronder schaar ik tevens de hogere internationale regelgeving waaraan 5 Nederland zich moet houden. Voorbeelden hiervan zijn (bilaterale) belastingverdragen en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: EU Verdrag). In hoofdstuk 5 zal ik vervolgens bekijken hoe de nieuwe fiscale behandeling van het APV zich verhoudt tot deze beginselen. Ook zal ik bekijken hoe de geschetste alternatieven zich hiermee verhouden.

4.1 Welke beginselen van behoorlijke wetgeving zijn van belang

10 Naast de beginselen van behoorlijke wetgeving kennen we de beginselen van behoorlijk bestuur¹⁴¹. Jansen heeft hier in de Fiscale Geschriften van het NDFR de nodige aandacht aan besteed. Voor deze scriptie heb ik de beginselen van behoorlijke wetgeving nodig, maar hier is beduidend minder over geschreven. Het principe van de beginselen is wel hetzelfde, vandaar dat ik hieronder regelmatig gebruik maak van de Fiscale Geschriften. Alleen de uitvoering van de beginselen is anders, omdat de 15 beginselen van behoorlijke wetgeving van toepassing zijn op wetgeving(sbeleid) en de beginselen van behoorlijk bestuur op het handelen van bestuursorganen.

Gribnau pleit voor de ontwikkeling van beginselen van een behoorlijke fiscale wetgevingsprocedure¹⁴². Hij noemt hierbij de volgende waarden die gerespecteerd moeten worden: 20 vrijheid, eigendom, autonomie en gelijkheid van burgers. Gribnau geeft als voorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het draagkrachtbeginsel.

In 2000 is een nota verschenen van het kabinet inzake Wetgevingskwaliteit en wetgevingsvisitatie 25 (hierna: de Nota). In deze nota wordt weergegeven welke beginselen van toepassing zijn op de Nederlandse wetgeving¹⁴³. In de samenvatting van deze nota is het volgende te lezen:

30 *“Met kwaliteit van wetgeving wordt bedoeld, dat wetgeving voldoet aan eisen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, doorzichtigheid, consistentie, proportionaliteit, effectiviteit en efficiency, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.”*

¹⁴¹ Dit zijn de beginselen die bestuursorganen, zoals de inspecteur, in acht moeten nemen bij hun handelen.

¹⁴² J.L.M. Gribnau, Integriteit van het fiscale wetgevingsproces, NTFR 2010/643

¹⁴³ Kamerstukken II, 2000-2001, 27.475, nr. 2

In een eerdere nota, Zicht op wetgeving, uit 1991 werden reeds enkele kwaliteitseisen van het overheidsoptreden via wetgeving uiteengezet. Volgens de nota uit 2000 staat het kabinet nog steeds achter de analyse en de conclusies van de nota Zicht op wetgeving uit 1991. De eerste kwaliteitseis in deze nota luidt¹⁴⁴:

5

“Wetten moeten rechtmatig zijn, dat wil zeggen in overeenstemming met het recht (...)”

Deze kwaliteitseis is wat mij betreft het best te vertalen in het legitimiteitbeginsel. Dit beginsel wordt steeds belangrijker, met name door de toenemende regelgeving vanuit de Europese Unie.

10

Ik zal mij met name richten op het rechtszekerheidsbeginsel, het legitimiteitbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Ik zal echter beginnen met een korte bespreking van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

15 Wetten in formele zin (zoals de APV wetgeving) kunnen niet getoetst worden aan ongeschreven rechtsbeginselen¹⁴⁵ en de Grondwet¹⁴⁶. Wel kan toetsing plaatsvinden aan verbindende bepalingen in verdragen¹⁴⁷, zoals het Europees Verdrag tot Rechten van de Mens (EVRM).¹⁴⁸ Aan de relevante verbindende bepalingen zal ik extra aandacht besteden, omdat dit wellicht een van de weinige mogelijkheden is om de nieuwe APV regelgeving daadwerkelijk opzij te zetten.

20 **4.2 Zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel**

Het zorgvuldigheidsbeginsel wordt niet expliciet genoemd in de Nota. Gribnau noemt dit beginsel wel, maar dan bij de beginselen van een behoorlijke wetgevingsprocedure¹⁴⁹. Dit is wat mij betreft terecht, omdat dit beginsel boven de eerder genoemde beginselen van behoorlijke wetgeving staat. Van een wetgever mag verwacht worden dat hij zorgvuldig te werk gaat bij het opstellen van nieuwe wetgeving.

25

¹⁴⁴ De overige kwaliteitseisen uit de nota Zicht op wetgeving uit 1991 heb ik hiervoor reeds genoemd, of zijn niet van belang voor mijn verdere onderzoek.

¹⁴⁵ HR 14 april 1989, nr. 13.822, NJ 1989, 469 (harmonisatiewetarrest)

¹⁴⁶ Er wordt door het parlement nog bekeken of dit in de toekomst moet veranderen. Zie voor een uitgebreide beschouwing J.W.C. van Rossem, Constitutionele toetsing en het voorstel-Halsema: reden voor een vreugdedansje?, via <http://legalbrain.nl/nieuws/item/34/constitutionele-toetsing-en-het-voorstel-halsema-reden-voor-een-vreugdedansje>

¹⁴⁷ Artikel 94 Grondwet “Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”

¹⁴⁸ Via Fiscale geschriften 22. Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht. Hoofdstuk 2 Het gelijkheidsbeginsel

¹⁴⁹ J.L.M. Gribnau, Integriteit van het fiscale wetgevingsproces, NTFR 2010/643, paragraaf 5

De APV wetgeving is met een sneltreinvaart door de eerste en tweede kamer geloodst¹⁵⁰. Dankzij kritische geluiden van auteurs zijn een aantal 'gaten' in de wetgeving alsnog gedicht tijdens de parlementaire behandeling. Wellicht had de wetgever eerder in overleg moeten treden met experts op dit gebied.

5

Het motiveringsbeginsel houdt in dat de wetgeving voorzien moet zijn van een kenbare en deugdelijke motivering die de wetgeving kan dragen¹⁵¹. Het motiveringsbeginsel speelt met name een rol bij besluiten van de overheid en is daarom ook vastgelegd in afdeling 3.7 AWB.

10 Over de motivering van het wetsvoorstel wil ik twee opmerkingen maken. Allereerst constateer ik dat uit het wetsvoorstel en de parlementaire behandeling duidelijk blijkt waarom nieuwe wetgeving ingevoerd moest worden. In toenemende mate werd gebruik gemaakt van het APV om de heffing van Nederlandse belastingen te ontwijken. Toch ontbreken wat mij betreft een aantal onderdelen in het wetsvoorstel en de parlementaire behandeling. Ik verwijs hiervoor bijvoorbeeld naar het artikel van

15 Bobbeldijk en De Leeuw¹⁵². Volgens deze auteurs wordt niet duidelijk waarom de fiscale toerekening van artikel 2.14a Wet IB 2001 in sommige gevallen wel doorwerkt naar de Wet DB 1965 en de Wet VPB 1969 en in andere gevallen niet. Het lijkt erop dat de wetgever zich met name geconcentreerd heeft op de Wet IB 2001 en de SW 1956. Met het motiveringsbeginsel is in dit verband dus in onvoldoende mate rekening gehouden.

20 Verder wijs ik op een andere onduidelijkheid die is ontstaan. De bedoeling van de staatssecretaris leek te zijn om het APV als fiscaal transparant aan te merken. Het wetsvoorstel regelt echter alleen een fiscale toerekening. Het APV zelf blijft fiscaal non-transparant. De motivering sluit op dit punt niet altijd aan bij de uiteindelijke wetgeving¹⁵³.

25 Daarnaast constateer ik dat de wetgever heeft verzuimd om uitgebreid toe te lichten waarom niet gekozen is voor de alternatieve fiscale behandelmethoden. Hierdoor is de discussie in de politiek niet optimaal gevoerd.

¹⁵⁰Zie onder andere: J.L.M. Gribnau, Integriteit van het fiscale wetgevingsproces, NTFR 2010/643. Volgens Gribnau is de snelle behandeling te danken aan het beleidsinstrumentele karakter van de belastingen. Dit karakter overheerst steeds meer en snel ingrijpen door middel van wetgeving is vereist voor beleidsdoeleinden. Gribnau constateert dat hierdoor steeds vaker wetgeving gerepareerd of vervangen moet worden. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. De sneltreinvaart is alleen vereist als de maatregelen anders te laat komen. Dit is bij de nieuwe APV regelgeving zeker niet het geval. Uitstel zou alleen leiden tot een latere invoering van de herziende SW 1956.

¹⁵¹ Fiscale geschriften 22. Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht. Hoofdstuk 8 Het motiveringsbeginsel

¹⁵² A.C.P. Bobbeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten deel 1, WFR 2011/910 en deel 2, WFR 2011/956. Deels besproken in 2.6 en 2.7.

¹⁵³ Zie ook paragraaf 2.2

4.3 Rechtszekerheidsbeginsel

Dit beginsel is een van de belangrijkste beginselen van een rechtsstaat. De overheid mag de rechtspositie van burgers niet op onverwachte en onberekenbare wijze aantasten. De overheid moet voorspelbaar optreden en mag een regel niet zomaar met terugwerkende kracht ten nadele van de burgers veranderen¹⁵⁴. De burgers moeten er namelijk op kunnen vertrouwen dat zij kunnen handelen volgens de regels die op dat moment gelden.

Formeel mag er geen terugwerkende kracht worden gegeven aan wetten. Met andere woorden: een nieuwe wet mag niet toegepast worden op belastbare feiten die zich hebben voorgedaan voor het moment van inwerkingtreding. Artikel 4 Wet algemene bepalingen luidt namelijk als volgt:

“De Wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft geen terugwerkende kracht”¹⁵⁵

Het rechtszekerheidsbeginsel is deels (voor het recht van eigendom) vastgelegd in artikel 1 Eerste protocol bij het EVRM (zie ook 4.4). Belangrijke constatering is dat de Hoge Raad klachten met betrekking tot het EVRM over terugwerkende kracht van nieuwe wetgeving tot nu toe steeds heeft afgewezen¹⁵⁶. Een voorbeeld hiervan is het arrest van 8 februari 2002¹⁵⁷. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid bij het tot stand brengen van belastingwetten. De wetgever is deze bevoegdheid niet te buiten gegaan, omdat in deze zaak de terugwerkende kracht beperkt is tot het moment waarop het voornemen tot wetswijziging bekend was gemaakt.

4.4 Legitimiteitbeginsel

Nederland moet bij het opstellen van wetgeving in toenemende mate rekening houden met internationale afspraken. In deze paragraaf zal ik de relevante internationale regelgeving behandelen. In paragraaf 5.4 bekijk ik vervolgens of deze regelgeving van toepassing is op een APV. Als dit het geval is zal ik bekijken hoe de fiscale behandelmethoden zich verhouden tot de regelgeving.

4.4.1 Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)

Ondanks dat veel APV's gevestigd zijn buiten de Europese Unie kan het toch van belang om naar het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) te kijken. In dit verdrag zijn onder andere een aantal verkeersvrijheden geregeld. Op deze manier willen de Europese lidstaten voorkomen dat (EU-)burgers gediscrimineerd worden in grensoverschrijdende situaties ten opzichte van interne situaties binnen een lidstaat.

¹⁵⁴ Fiscale geschriften 22. Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht. Hoofdstuk 3 Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel

¹⁵⁵ http://www.st-ab.nl/wetten/0388_Wet_algemene_bepalingen_Wet_AB.htm

¹⁵⁶ Fiscale geschriften 22. Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht. Hoofdstuk 3 Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel

¹⁵⁷ HR 8 februari 2002, nr. 35 721, BNB 2002/137

Zodoende kan een vrije en open markt binnen de Europese Unie tot stand komen. In artikel 63 t/m 66 van het VwEU wordt de vrijheid van kapitaalverkeer en betalingsverkeer geregeld. In artikel 49 t/m 55 wordt de vrijheid van vestiging geregeld.

5 De vrijheid van vestiging verbiedt de lidstaten van de EU enerzijds om beperkingen op te leggen die zien op het recht van vestiging van een natuurlijk persoon. Anderzijds verbiedt het de EU-lidstaten om beperkingen op te leggen die zien op de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen, door een inwoner van een andere lidstaat. De vrijheid van vestiging is alleen van toepassing binnen de Europese Unie.

10

De vrijheid van kapitaalverkeer en betalingsverkeer werkt ook naar landen buiten de Europese Unie. Op basis van deze vrijheidsbepaling zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer en betalingsverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.

15 Belangrijk is dat beide vrijheden niet tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn. Met behulp van bestaande jurisprudentie van het Europees Hof kan uitgezocht worden welke vrijheid van toepassing is. De vrijheid van vestiging is van toepassing indien feitelijk doorslaggevende zeggenschap aanwezig is. Als dat niet het geval is, is de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing.¹⁵⁸ In hoofdstuk 5 zal ik bekijken of de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing is. Zo ja, dan zal ik tevens bekijken of deze
20 in het geding komt bij de APV wetgeving.

4.4.2 Bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting

Een bilateraal verdrag wordt afgesloten tussen twee landen. Een unilateraal verdrag wordt daarentegen afgesloten tussen meerdere landen. Een voorbeeld hiervan is het VwEU dat hiervoor is behandeld.

25 Nederland heeft met een groot aantal landen een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting afgesloten. In deze verdragen wordt het heffingsrecht over bepaalde inkomsten toegewezen aan één van de landen (of deels aan beide landen). Op deze manier wordt geprobeerd om dubbele belastingheffing te voorkomen¹⁵⁹. Vaak worden verdragen afgesloten met landen waarmee Nederland veel handel drijft. De laatste jaren worden in toenemende mate verdragen afgesloten waarin enkel de
30 uitwisseling van informatie is geregeld. Deze verdragen worden vaak afgesloten met zogenaamde 'belastingparadijzen'. Op deze manier probeert Nederland erachter te komen welke Nederlanders hun spaargeld in deze landen stallen om te ontkomen aan de - hogere - belastingheffing in Nederland. Ook het bestaan van een APV kan op deze manier achterhaald worden.

¹⁵⁸ Dit blijkt o.a. uit de zaken HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-439/07 (KBC Bank NV) V-N 2009/35.17 en HvJ EG, 26 juni 2008, zaak C-284/06 (Burda,) V-N 2008/35.

¹⁵⁹ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/belastingen-internationaal>. Hier is ook een overzicht van alle belastingverdragen te vinden.

Uitwisseling van informatie vindt in de meeste gevallen alleen op verzoek plaats. Nederland moet in dat geval al aanwijzingen hebben dat een inwoner van Nederland betrokken is bij een APV.

5 Als beide landen een verdrag ondertekenen (en ratificeren) is de heffingsbevoegdheid vastgelegd totdat het verdrag door een van beide landen wordt opgezegd. Als een van de verdragspartners haar nationale wetgeving na ondertekening van het verdrag zodanig aanpast dat de heffingsbevoegdheid verschuift, kan sprake zijn van schending van de goede verdragstrouw (treaty override). Nederland heeft het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht ondertekent¹⁶⁰. Op basis van dit verdrag mag Nederland niet eenzijdig heffingsrechten naar zich toe halen, want dan gedraagt Nederland zich niet als goede verdragspartner (artikel 26 van het Verdrag van Wenen).

15 De rechter zal in dat geval ingrijpen. Verder wil ik benadrukken dat schending van verdragstrouw niet wenselijk is. Als Nederland eenzijdig heffingsrechten naar zich toe haalt door de nationale wetgeving aan te passen zullen andere landen de Nederlandse overheid in de toekomst minder snel vertrouwen.

Een van de bekendste onderwerpen waarin sprake was van schending van de goede verdragstrouw betreft de Nederlandse fiscale pensioenwetgeving bij emigratie. De Hoge Raad oordeelde dat de conserverende aanslag (voor de waarde van de aanspraak) bij emigratie niet in alle gevallen door de beugel kon. De conserverende aanslag voor pensioenen is ingevoerd bij de Wet IB 2001. Bij emigratie naar een land waarmee Nederland voorafgaande aan de invoering van de Wet IB 2001 een belastingverdrag had afgesloten was sprake van schending van de goede verdragstrouw. Nederland haalde, na het afsluiten van het verdrag, eenzijdig heffingsrechten naar zich toe door invoering van nieuwe nationale wetgeving.¹⁶¹ Inmiddels heeft Nederland de wetgeving aangepast, waarbij voortaan sprake is van een tweedeling. Bij emigratie naar een land met een ‘oud’ belastingverdrag wordt enkel een conserverende aanslag opgelegd voor de premies die in Nederland in aftrek zijn gebracht. Bij emigratie naar een land waarmee ‘recentelijk’ een belastingverdrag is afgesloten wordt nog steeds een conserverende aanslag opgelegd voor de waarde van de aanspraak. Deze landen worden geacht, ten tijde van het afsluiten van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, op de hoogte te zijn geweest van de Nederlandse nationale wetgeving.

30 In hoofdstuk 5 zal ik nagaan of sprake is van schending van goede verdragstrouw met betrekking tot de toerekening van het APV vermogen aan Nederlandse particulieren.

¹⁶⁰ Te raadplegen via http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

¹⁶¹ Zie onder andere:

http://www.bdo.nl/Pages/Conserverende_aanslag_pensioen_en_lijfrente_in_strijd_met_goede_verdragstrouw.aspx

4.4.3 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM)

Het EVRM is een Europees Verdrag waarin mensen- en burgerrechten voor alle EU burgers zijn vastgelegd. In het eerste artikel van het eerste protocol is het recht op het ongestoorde genot van eigendom opgenomen. Dit artikel luidt als volgt:

5 *“Iedere natuurlijk of rechtspersoon heeft recht op het ongestoorde genot van eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het*
10 *algemeen belang of om de betaling van belasting of andere heffingen te verzekeren.”*

In het volgende hoofdstuk zal ik gaan bekijken of de fictieve toerekening van het APV vermogen verenigbaar is met dit artikel uit het EVRM.

15 Artikel 6 EVRM stelt dat een burger recht heeft op een eerlijk proces. In artikel 6, eerste lid EVRM is onder andere bepaald dat rechtsbescherming moet worden geboden:

“Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en
20 *openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de*
25 *bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.”*

In hoofdstuk 5 zal ik tevens bekijken of voldoende rechtsbescherming wordt geboden. In Nederland is
30 dit over het algemeen het geval, omdat belasting altijd geheven wordt bij een voor bezwaar vatbare aanslag of beschikking. Ik zal daarom alleen kijken naar de rechtsbescherming bij de nieuwe bepalingen in de IW 1990. Dit zal ik doen in paragraaf 5.5, vanwege de samenloop met het proportionaliteitsbeginsel dat in paragraaf 4.5 aan de orde komt.

4.5 Proportionaliteitsbeginsel

Het proportionaliteitsbeginsel komt in hoofdstuk 5 aan de orde bij de nieuwe bepalingen uit de IW 1990. In hoofdstuk 2 heb ik al geschreven dat deze maatregelen erg ver gaan. Hoewel de wetgever ver mag gaan bij het innen van de belastingen, moet er wel een zekere mate van proportionaliteit te vinden zijn tussen het belang van de schatkist en de belangen van de burger in kwestie. Tevens moet er volgens het EVRM voldoende rechtsbescherming worden geboden aan degene bij wie de belasting wordt ingevorderd. Ik kom hier in paragraaf 5.5 op terug.

4.6 Draagkrachtbeginsel

In de inleiding van mijn scriptie heb ik al even stilgestaan bij het draagkrachtbeginsel. Iedere burger moet naar zijn vermogen bijdragen aan de financiering van de voorzieningen die de overheid aan haar burgers ter beschikking stelt. Maar hoe bepaal je de draagkracht van een burger die vermogen heeft ingebracht in een APV? De inbrenger kan juridisch en economisch niet meer beschikken over het vermogen. De trustee zal waarschijnlijk wel een uitkering doen aan de inbrenger, indien de economische situatie van de inbrenger daartoe aanleiding geeft (en de inbrenger begunstigde is van het APV). Naar mijn mening dient met deze omstandigheid rekening gehouden te worden bij het bepalen van de draagkracht. Indien de inbrenger, die tevens begunstigde is, in liquiditeitsproblemen komt door de nieuwe APV wetgeving zal de trustee hoogstwaarschijnlijk een uitkering doen, zodat de belasting betaald kan worden.

Indien de inbrenger geen begunstigde is van het APV dient bij het bepalen van zijn draagkracht geen rekening gehouden te worden met het APV. Iedere burger moet namelijk naar zijn vermogen bijdragen aan de Nederlandse schatkist. Het ligt in dat geval meer voor de hand om bij de draagkracht van de begunstigten rekening te houden met het vermogen van het APV.

Bij het bepalen van de draagkracht van een begunstigde dient naar mijn mening rekening gehouden te worden met het APV. Indien de begunstigde in liquiditeitsproblemen komt door de nieuwe wetgeving zal de trustee hoogstwaarschijnlijk een uitkering doen, zodat de belasting betaald kan worden.

Om dezelfde reden ben ik van mening dat het niet logisch is om een erfgenaam in de heffing te betrekken. Een erfgenaam is immers niet automatisch een begunstigde en kan daardoor bij liquiditeitsproblemen wellicht geen beroep doen op het APV.

In hoofdstuk 5 ga ik tevens in op het EVRM, omdat een burger door belastingheffing in zijn eigendomsrecht kan worden aangetast.

Volgens het eerste artikel van het eerste protocol (zie paragraaf 4.4.3) zijn landen in vergaande mate bevoegd om wetten in te voeren die een juiste belastingheffing verzekeren. In paragraaf 5.6 zal ik bekijken tot hoever de wetgever kan gaan in de toerekening van vermogen waarover de belastingplichtige niet kan beschikken.

5 4.7 Gelijkheidsbeginsel

Dit beginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld. Dit leidt tevens tot de conclusie dat ongelijke gevallen – naar mate van hun ongelijkheid – ongelijk moeten worden behandeld. Het gelijkheidsbeginsel is vastgelegd in de Grondwet, artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR¹⁶². Toetsing door de rechter is dus mogelijk (zie 4.1, laatste alinea).

10

In sommige gevallen zit er naar mijn mening een verschil tussen een persoon die vermogen bezit (en er dus ten allen tijde over kan beschikken) en een persoon die vermogen in een trust heeft ingebracht. Bijvoorbeeld indien de inbrenger geen begunstigde is van het APV. Het zou onterecht zijn om de inbrenger in dat geval gelijk te behandelen met de persoon die volledig over zijn vermogen kan beschikken. Rekening houdend met het gelijkheidsbeginsel zou het logischer zijn om alleen de begunstigten van het APV in de heffing te betrekken. Hierbij dient wel rekening gehouden te worden met het feit dat de begunstigten nog niet over het vermogen kunnen beschikken, bijvoorbeeld door het opleggen van voorlopige aanslagen of het innen van de belastingen bij het APV zelf en niet bij de begunstigten.

20

In het voorstel van Zwemmer (tweede onderdeel van alternatief 5) schuilt wellicht een strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. In paragraaf 5.7 kom ik hier op terug.

4.8 Conclusies en samenvatting

In dit hoofdstuk heb ik een overzicht gegeven van de beginselen van behoorlijke wetgeving die van toepassing kunnen zijn op de nieuwe APV wetgeving. De genoemde beginselen zijn: het zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel het rechtszekerheidsbeginsel, het legitimiteitbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het draagkrachtbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

In het volgende hoofdstuk zal ik waar nodig uitgebreider ingaan op de beginselen in relatie tot de nieuwe wetgeving. Daarnaast zal ik bekijken hoe de beginselen zich verhouden tot de geschetste alternatieve fiscale behandelmethoden uit hoofdstuk 3.

¹⁶² Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten

Hoofdstuk 5. Hoe verhouden de verschillende behandelmethoden zich tot de beginselen van behoorlijke wetgeving?

In dit hoofdstuk probeer ik hetgeen in de voorgaande hoofdstukken is besproken samen te brengen. De indeling van dit hoofdstuk is hetzelfde als hoofdstuk 4. Ik zal bij elk onderdeel eerst bekijken hoe dit zich verhoudt tot de nieuwe regelgeving die met ingang van 1 januari 2010 is ingevoerd. Daarna zal ik bekijken hoe dit specifieke onderdeel zich verhoudt tot de alternatieve behandelmethoden van het APV.

5.1 Welke beginselen van behoorlijke wetgeving zijn van belang

Achtereenvolgens zal ik hier de volgende beginselen behandelen:

10 het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het legitimiteitbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het draagkrachtbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Voor de volledigheid geef ik hier ook nog een opsomming van de mogelijke fiscale regelingen:

- 15 - Huidige wetgeving: toerekening aan inbrenger, na overlijden aan erfgenamen (bij uitzondering toerekening aan begunstigden);
- Alternatief 1: toerekenen aan de begunstigden;
- Alternatief 2: belasten bij het inbrengen en bij het APV zelf;
- Alternatief 3: belasten bij het APV zelf en bij het uitkeren;
- Alternatief 4: toerekenen aan de inbrenger en na diens overlijden aan de begunstigden;
- 20 - Alternatief 5: belasten bij het inbrengen en belasten bij het uitkeren.

5.2 Zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel

Deze beginselen zijn van algemene aard. In hoofdstuk 4 heb ik deze beginselen reeds afdoende behandeld. Voor mijn onderzoek zijn deze beginselen verder niet van belang, omdat de besluitvorming reeds heeft plaatsgevonden. In Nederland hebben de eerste- en tweede kamer¹⁶³ de taak om het kabinet erop te wijzen dat zij zich niet aan deze beginselen houdt. Bij de invoering van de APV wetgeving is dit helaas niet gebeurd.

5.3 Rechtszekerheidsbeginsel

In paragraaf 4.3 heb ik kort uitgelegd wat dit beginsel inhoudt. Het is belangrijk dat burgers op de hoogte zijn van wetgeving en dat deze consequent wordt toegepast, zodat burgers hun doen en laten daarop kunnen afstemmen.

¹⁶³ Verder heeft de Raad van State in een adviserende rol en is hier ook een rol weggelegd voor de pers en de wetenschap.

Op het eerste gezicht is er geen terugwerkende kracht toegekend aan de nieuwe APV wetgeving. De nieuwe wet is per 1 januari 2010 van toepassing. Toch heb ik in paragraaf 2.8.1 geconstateerd dat er sprake is van terugwerkende kracht indien tot het vermogen van het APV een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001 behoort. Artikel 10a.7, vijfde lid Wet IB 2001 stelt namelijk dat voor de berekening van het inkomen uit aanmerkelijk belang de verkrijgingsprijs wordt gesteld op de verkrijgingsprijs die gold voor de inbrenger. Met andere woorden: er wordt geen step-up verleend tot de waarde in het economisch verkeer per 1 januari 2010. Ik constateerde in paragraaf 2.8.1 reeds dat het voordeel van de inbreng in het verleden daardoor grotendeels teniet is gedaan, terwijl de inbrenger destijds volledig volgens de bestaande jurisprudentie (en ontbrekende wetgeving) heeft gehandeld. In paragraaf 2.8.2 heb ik wel aangegeven dat de reeds betaalde schenk- of erfbelasting kan worden teruggevraagd. Hierbij wordt echter geen rente vergoed, waardoor de inbreng - economisch gezien - niet geheel ongedaan wordt gemaakt. Bovendien heb ik in hoofdstuk 1 laten zien dat in veel gevallen geen schenk- of erfbelasting is betaald, omdat de inbreng vanuit het buitenland plaatsvond of op het moment dat de waarde van de inbreng nog beperkt was.

In paragraaf 4.3 heb ik uiteengezet dat het verboden is formele terugwerkende kracht aan een wet toe te kennen. Als het belastbare feit al heeft plaatsgevonden, mag hier achteraf geen andere regelgeving op worden toegepast¹⁶⁴.

Voor de berekening van het inkomen uit aanmerkelijk belang is het van belang of reeds een belastbaar feit heeft plaatsgevonden tussen het moment van aankoop door de inbrenger en 1 januari 2010. In dat geval zou de wetgeving namelijk in strijd zijn met Artikel 4 Wet algemene bepalingen. Naar mijn mening zou dan aangesloten moeten worden bij de waarde van het aanmerkelijk belang ten tijde van dit belastbare feit.

In de parlementaire behandeling wordt een voorbeeld gegeven:

“A, settlor, woont in België. A heeft in 1980 een zogenaamde 'irrevocable discretionary trust' (hierna: de trust) ingesteld. In de trust heeft hij zijn aanmerkelijkbelangaandelen in een in Nederland gevestigde besloten vennootschap ingebracht. In 2000 is A teruggekeerd naar Nederland. Bij de instelling van de trust heeft A zijn twee kinderen als beneficiaries benoemd.

¹⁶⁴ Althans niet ten nadele van de belastingplichtige. De terugwerkende kracht van circa 2 weken bij het verlagen van de overdrachtsbelasting in juni 2011 was in het voordeel van de belastingplichtige. De terugwerkende kracht strekte zich ook uit tot belastbare feiten die zich voor de (aankondiging van de) verlaging hadden voorgedaan.

*De historische verkrijgingsprijs bedraagt 100. De waarde van de aanmerkelijkbelangaandelen ten tijde van de inbreng in de trust bedraagt 200. Voor de heer A geldt als verkrijgingsprijs per 1 januari 2010 de historische verkrijgingsprijs, in casu 100.*¹⁶⁵

5 Volgens de staatssecretaris geldt voor de heer A de historische verkrijgingsprijs van 100. Dit zou onjuist zijn als de inbreng in de trust kan worden aangemerkt als belastbaar feit in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001¹⁶⁶. Naar mijn mening is dit het geval¹⁶⁷. Artikel 4.16, eerste lid, onderdeel g Wet IB 2001 stelt dat onder andere sprake is van een vervreemding (belastbaar feit) indien niet langer een aanmerkelijk belang aanwezig is. Dat is het geval nadat de aandelen zijn ingebracht in het APV.

10 De inbrenger is in principe inkomstenbelasting verschuldigd over het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer (200) en de verkrijgingsprijs (100) (artikel 4.22 Wet IB 2001). Het feit dat de inbreng heeft plaatsgevonden toen A in België woonde (en dus geen inkomstenbelasting is geheven) zou hier niets aan moeten veranderen¹⁶⁸. Artikel 10a.7 zou daarom de verkrijgingsprijs moeten stellen op de waarde ten tijde van de inbreng, omdat anders eerdere belastbare feiten worden genegeerd.

15 Men zou zelfs kunnen bepleiten dat Nederland niet mag heffen over de waardeverhoging van het aanmerkelijk belang dat zich heeft voorgedaan toen A in België woonde. Ik verwijs hiervoor naar de wijze waarop normaal gesproken de waarde van een aanmerkelijk belang bij (re)migratie wordt vastgesteld. Artikel 4.21 Wet IB 2001 en artikel 16 Uitvoeringsbesluit Wet IB 2001 stellen namelijk

20 dat Nederland in zulke gevallen wel degelijk een step up moet verlenen¹⁶⁹. De step up is gelijk aan de waardeverhoging die zich heeft voorgedaan in de periode dat de aanmerkelijk belanghouder niet belastingplichtig was in Nederland. Probleem bij deze stelling is echter dat A na de inbreng geen aanmerkelijk belang meer heeft, zodat de regels van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 waarschijnlijk niet van toepassing zijn geweest tussen de periode van inbreng en 1 januari 2010.

25 Boer, Lubbers en Schuver-Bravenboer zijn van mening dat het niet verlenen van een step up (tot de waarde in het economisch verkeer per 1 januari 2010) in strijd is met de beginselen van behoorlijk overgangsbeleid¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 59 (MvT).

¹⁶⁶ Ik ga er, fictief, vanuit dat ten tijde van de inbreng de Wet IB 2001 reeds van toepassing was

¹⁶⁷ In gelijke zin: R.M. Freudenthal, Het nieuwe APV-regime: 'Zwarte Pieten' met familie en fiscus, TFO 2010/40

¹⁶⁸ De vrijheid van vestiging zou een onderscheid op basis van woonstaat immers niet toestaan. Het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en België wijst de heffingsbevoegdheid toe aan het woonland (België), met uitzondering van de eerste 10 jaar na emigratie (zie artikel 13.5 van het verdrag)

¹⁶⁹ Ervan uitgaande dat gedurende de buitenlandse periode geen belastingplicht voor het AB bestond in Nederland (artikel 16, derde lid Wet IB 2001 of dat in het andere land, als gevolg van de emigratie, een eindafrekening heeft plaatsgevonden, als bedoeld in artikel 16, tweede lid Uitvoeringsbesluit Wet IB 2001.

¹⁷⁰ J.P. Boer, A.O. Lubbers en M. Schuver-Bravenboer, Het overgangsrecht bij de invoering van de schenk- en erfbelasting beoordeeld, WFR 2009/745. De auteurs bespreken het overgangsrecht in de nieuwe SW 1956 aan de hand van een beoordelingskader dat door Schuver-Bravenboer is ontwikkeld.

Dit komt met name door het gevaar op (drie)dubbele heffing in situaties die niets met misbruik te maken hebben. De auteurs schreven dit stuk voordat bekend werd dat op verzoek de eerder betaalde schenk- of erfbelasting terugbetaald zou worden. Toch blijft de kans op dubbele belastingheffing mijns inziens groot, bijvoorbeeld indien er in het verleden buitenlandse (bron- of winst)belasting is betaald.

5

Ook Auerbach is van mening dat een step up tot de waarde in het economisch verkeer per 1 januari 2010 verleend moet worden¹⁷¹. Met hem ben ik van mening dat dit zeker moet gelden voor belastingplichtigen die zich gehouden hebben aan alle (informatie)verplichtingen. Zij vertrouwden op een consequente overheid, op de jurisprudentie en op de (ontbrekende) wetgeving.

10

Tot slot: indien de inbreng (ver) in het verleden heeft plaatsgevonden speelt er nog een praktisch probleem: is de verkrijgingsprijs nog wel te achterhalen?¹⁷²

Alternatieven 1 en 4

15 Onder deze alternatieven vindt ook een fictieve toerekening plaats aan natuurlijke personen. Waarschijnlijk zal de wetgever in deze gevallen ook voor de historische kostprijs hebben gekozen. Daarbij passen dezelfde opmerkingen als ik hierboven gemaakt heb bij de huidige wetgeving. Bij het toerekenen aan begunstigden spelen extra complicaties voor wat betreft de verkrijgingsprijs. Voor de begunstigden is het wellicht moeilijk of onmogelijk om de kostprijs van de inbrenger te achterhalen. Ik
20 zou er daarom ook voor pleiten om de waarde in het economisch verkeer bij introductie van de alternatieve wetgeving te gebruiken.

Alternatief 2

Hier moet ook een keuze worden gemaakt voor de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang. Het
25 APV wordt immers zelfstandig belast voor het aanmerkelijk belang. Welke verkrijgingsprijs zou moeten gelden voor het aanmerkelijk belang? Gezien het standpunt van de staatssecretaris zou de meest logische stap zijn om de waarde ten tijde van de inbreng te nemen. Vanaf dat moment is het APV immers 'eigenaar' van het vermogen. Toch zou ik pleiten voor een andere mogelijkheid: de waarde in het economisch verkeer bij introductie van dit alternatief¹⁷³. Het APV is immers pas vanaf
30 dat moment belastingplichtig voor de Wet IB 2001 (of een vergelijkbare regeling). Op die manier is er geen sprake van strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel.

¹⁷¹ X.G.R. Auerbach, Afgezonderd particulier vermogen, naar een duaal stelsel, WPNR 2009/6802

¹⁷² W. Verstijnen, Afgezonderde particuliere vermogens, MBB 2010/05

¹⁷³ Bij een APV dat wordt afgezonderd na introductie van deze alternatieve wetgeving zal de waarde in het economisch verkeer uiteraard gelijk zijn aan de waarde bij inbreng

Alternatief 3

Allereerst verwijs ik naar de opmerkingen onder alternatief 2 inzake de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang. Onder alternatief 3 wordt ook bij de uitkering schenkbelasting geheven. De inbrenger heeft hier destijds geen rekening mee gehouden. De uitkering is echter weer een nieuw belastbaar feit, zodat geen sprake is van strijdigheid met Artikel 4 Wet algemene bepalingen. Toch zou ik bij invoering van dit alternatief ervoor willen pleiten dat in bestaande situaties geen schenkbelasting wordt geheven bij uitkering. Ten tijde van de inbreng was immers reeds schenkbelasting verschuldigd.

Alternatief 5

10 Onder alternatief 5 wordt alleen schenk- en erfbelasting geheven. Het probleem rond de verkrijgingsprijs speelt daarom niet.

5.4 Legitimiteitbeginsel

Nu steeds meer Europese regelgeving wordt geïntroduceerd is het belang van het legitimiteitbeginsel voor de centrale overheid flink toegenomen. Bij indirecte belastingen, zoals de BTW hebben de lidstaten hun soevereiniteit nagenoeg geheel opgegeven door de introductie van secundair EU-recht, zoals de BTW Richtlijn. Bij directe belastingen moeten de lidstaten vooral rekening houden met het primaire EU-recht. Daarnaast spelen het EVRM en de afgesloten belastingverdragen een belangrijke rol.

5.4.1 Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)

20 Onder de huidige wetgeving kan naar mijn mening niet gesproken worden van enige strijdigheid met het VwEU. De toerekeningsfictie geldt voor elk APV, ongeacht de vestigingsplaats hiervan. Er vindt geen discriminatie plaats, omdat het niet uitmaakt of het APV in Nederland of in het buitenland is gevestigd.

Alternatief 1 en 4

Zoals ik in paragraaf 3.4 heb opgemerkt wordt het vierde alternatief in Frankrijk toegepast. Indien Nederland een van deze alternatieven in wil voeren, dan zou ik ervoor pleiten om geen onderscheid te maken tussen APV's in EU lidstaten en niet-EU lidstaten. Zo wordt voorkomen dat er discriminatie op basis van de vrijheid van kapitaalverkeer kan optreden. Het zou goed kunnen dat deze situaties onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen. De inbrenger en begunstigden hebben immers geen zeggenschap over het ingebrachte vermogen. Daarom is naar mijn mening de vrijheid van vestiging niet van toepassing. Wel kan dan de vrijheid van kapitaalverkeer toegepast worden. Dit houdt in dat er geen discriminatie mag plaatsvinden op basis van de vestigingsplaats van het APV. Hier wordt immers de 'investering' in ondergebracht.

35

Alternatief 2 en 3

De vestigingsplaatsfictie zou voor alle APV's moeten gaan gelden. In dat geval kan er naar mijn mening geen sprake zijn van een strijdigheid met het VwEU, omdat het niet uitmaakt in welk land het APV wordt opgericht. Wel zal Nederland voorkoming van dubbele belasting moeten verlenen. Als dit in alle situaties consequent gebeurt, heft Nederland bij tot het eigen nationale tarief.

Alternatief 5

Onder dit alternatief leidt de vestigingsplaatsfictie (voor zover nodig bij het alternatief van Koele) niet tot belastingheffing bij het APV zelf. Er is dan ook geen sprake van strijdigheid met het VwEU.

10 **5.4.2 Bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting**

In hoofdstuk 4 heb ik besproken wanneer sprake is van schending van de goede verdragstrouw. Ook de gevolgen van een eventuele schending zijn besproken.

Tijdens de parlementaire behandeling is gesproken over een eventuele schending van de goede verdragstrouw door de nieuwe APV wetgeving. De staatssecretaris was vanaf het begin van mening dat geen sprake was van schending van de goede verdragstrouw, omdat het nieuwe regime slechts een wettelijke vastlegging was van het beleid dat sinds het besluit van 16 december 1993¹⁷⁴ werd uitgevoerd door de belastingdienst. In dit besluit werd het standpunt ingenomen dat trustvermogen behoort tot het vermogen van een natuurlijk persoon of rechtspersoon (transparantiegedachte). In het latere besluit van 15 september 2005¹⁷⁵ is deze lijn voortgezet en werd ook de mogelijkheid van een vaststellingsovereenkomst geïntroduceerd. In deze overeenkomst kon men overigens alleen overeenkomen dat de trust transparant was¹⁷⁶.

De vaste commissie voor financiën van de tweede kamer was er niet gerust op en besloot de parlementaire advocaat in te schakelen¹⁷⁷. De staatssecretaris vermeldde overigens nogmaals dat volgens hem geen sprake was van schending van de goede verdragstrouw. Nederland kwalificeert het APV als transparant volgens de staatssecretaris. Terecht schrijft hij dat Nederland soeverein is wat betreft de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen. Deze kwalificatie werkt door naar het belastingverdrag, waardoor Nederland volgens de staatssecretaris enkel haar fiscale soevereiniteit uitoefent binnen het internationale kader¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Besluit van 16 december 1993, nr. DB93/4451

¹⁷⁵ Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M (Verzamelbesluit over de Trust, de SPF en ander “zwevend vermogen”)

¹⁷⁶ Dit besluit gold overigens niet voor de irrevocable discretionary trust

¹⁷⁷ Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 14 (brief van het presidium)

¹⁷⁸ Er is dan sprake van economische dubbele heffing. Met belastingverdragen wordt alleen geprobeerd om juridische dubbele heffing te voorkomen

De staatssecretaris schrijft tevens dat de meeste APV's zich in landen bevinden waarmee Nederland geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft afgesloten¹⁷⁹.

5 De parlementaire advocaat bevestigt het beeld van de staatssecretaris dat enkel sprake is van economische dubbele heffing¹⁸⁰. Onder de huidige jurisprudentie is daarom geen sprake van schending van de goede verdragstrouw. De parlementaire advocaat meldt ten slotte dat het niet uitgesloten is dat dit in de toekomst wel het geval kan zijn.

10 Monteiro is van mening dat de staatssecretaris wel erg weinig waarde hecht aan de laatste uitspraak van de parlementaire advocaat. Gezien de grote belangen verwacht zij dat de schending van goede verdragstrouw in rechtszaken naar voren zal worden gebracht. Dit zal maar in een gering aantal gevallen mogelijk zijn, omdat er meestal geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met het betreffende land is afgesloten¹⁸¹. Het financiële risico zal daarom beperkt zijn. Waarschijnlijk hecht de staatssecretaris daarom weinig waarde aan de slotopmerking van de parlementair advocaat. Mocht in 15 de toekomst toch besloten worden dat bij economische dubbele heffing sprake is van schending van goede verdragstrouw, dan zullen de gevolgen op andere gebieden naar mijn mening vele malen groter zijn¹⁸².

20 Ik ben het overigens met Freudenthal eens dat, zelfs nu hoogstwaarschijnlijk geen sprake is van schending van de goede verdragstrouw, er wel inbreuk wordt gepleegd op het internationale gewoonterecht¹⁸³. Het zal moeten blijken of dit in de toekomst negatieve gevolgen heeft voor Nederland tijdens verdragsonderhandelingen. Het 'fatsoensbeginsel' zou misschien ook geïntroduceerd kunnen worden als beginsel van behoorlijke wetgeving.

25 *Alternatieven 1 en 4*

Ook bij deze alternatieven zal geen sprake zijn van schending van de goede verdragstrouw. Er is in dat geval enkel sprake van economische dubbele heffing.

¹⁷⁹ Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 15 (brief van de staatssecretaris van financiën) en Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 35 (brief van de staatssecretaris van financiën)

¹⁸⁰ Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 18 (advies PA) Tijdens de parlementaire behandeling is nog wel toegezegd dat Nederland een eenzijdige compensatie zal bieden indien het bronland geen voorkoming van dubbele belasting biedt omdat daar het APV belastingplicht is en niet de natuurlijke persoon.

¹⁸¹ M. de L. Monteiro, NTFR 2009/47, nr. 2452

¹⁸² Denk aan de belastingheffing van hybride entiteiten

¹⁸³ R. Freudenthal, Aanpassingen APV-regime in verdragsperspectief: We zijn er nu toch, WFR 2009/1301

Alternatieven 2 en 3

Onder deze alternatieven wordt na de inbreng belasting geheven bij het APV. Hiervoor dient het APV (bij fictie) in Nederland gevestigd te zijn. Er kan dan wel degelijk sprake zijn van juridische dubbele heffing, omdat zowel Nederland als het andere land belasting heffen bij hetzelfde subject. Om dit te voorkomen zal Nederland nieuwe belastingverdragen moet afsluiten met sommige landen. Indien er nu nog geen verdrag is met een land kan er uiteraard ook geen sprake zijn van schending van de goede verdragstrouw. Naar mijn mening zal Nederland bij deze alternatieven een verrekening van buitenlandse belasting moeten bieden. Nederland heft in dat geval slechts bij tot het nationale tarief in Nederland.

5
10

Alternatief 5

Alternatief 5 kan opgesplitst worden in twee delen. Voor het eerste voorstel van Koele is sprake van een vestigingsplaatsfictie. Bij het tweede voorstel van Zwemmer is hiervan geen sprake. In beide gevallen is geen sprake van heffing bij het APV zelf. Daarom is ook hier geen sprake van juridische dubbele heffing. Zodoende is geen sprake van schending van de goede verdragstrouw.

15

5.4.3 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM)

Het EVRM is in een aantal opzichten van belang. Ik heb ervoor gekozen om het EVRM te behandelen onder het proportionaliteitsbeginsel (Invorderingswet) en het draagkrachtbeginsel (Inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting).

5.5 Proportionaliteitsbeginsel

20

In paragraaf 2.5 heb ik het stappenplan voor de invordering uiteengezet (artikel 23a ÍW 1990). Hoelen en Van den Oord¹⁸⁴, Hoogwout¹⁸⁵ en Vetter¹⁸⁶ bespreken dit stappenplan in hun artikelen. Hoelen en Van den Oord geven aan dat het in de praktijk niet altijd vanzelfsprekend is dat de trustee liquide middelen beschikbaar stelt aan de belastingplichtige, zodat laatstgenoemde de - door het APV opgeroepen - (inkomsten-/schenk-/erf)belasting kan voldoen. Naar mijn mening zal de trustee dit meestal wel doen indien de belastingplichtige tevens begunstigde is van het APV. De trustee dient de belangen van de begunstigten te behartigen en kan eventueel door de protector uit zijn functie worden ontheven.

25

30 Vetter geeft terecht aan dat de verhaalsmogelijk op basis van de tweede stap vaak niet zal slagen, omdat Nederland met de meeste landen, waarin APV's zijn gevestigd, geen invorderingsverdrag heeft. Ik wil mij dan ook concentreren op de derde stap (invordering bij de vennootschap waarin het APV (indirect) een belang heeft van 5% of meer).

¹⁸⁴ M.C. Hoelen en P.Th.M van den Oord, Afgezonderd particulier vermogen, FTV 2009/06

¹⁸⁵ T.C. Hoogwout, Fiscale behandeling van het Afgezonderd Particulier Vermogen, FTV 2010/01

¹⁸⁶ J.J. Vetter, Art 23a Invorderingswet 1990 (nieuw); een zegen voor de fiscale procespraktijk, TFB 2009/07

De derde stap zal volgens de staatssecretaris slechts in specifieke en uitzonderlijke situaties nodig zijn¹⁸⁷. Door de mogelijke liquiditeitsproblemen bij de belastingplichtige en het ontbreken van invorderingsverdragen zal de belastingdienst wellicht vaker aan deze stap toekomen dan de staatssecretaris denkt.

5

De derde stap lijkt volgens Hoelen en Van den Oord op 'ordinaire confiscatie uit de middeleeuwen'. Zij geven het voorbeeld van een APV met een 30% deelneming in een vennootschap die in Nederland is gevestigd. De vennootschap bezit onroerend goed in Nederland, dat gefinancierd is met een hypothecaire banklening. Indien invordering bij de belastingplichtige en het APV niet mogelijk blijkt, kan de belastingdienst overgaan tot invordering bij de Nederlandse vennootschap. Zij kunnen beslag leggen op het onroerend goed en de bank heeft ondanks de hypothecaire zekerheid het nakijken. Ook medeaandeelhouders van de vennootschap kunnen worden gedupeerd. De vennootschap zal vervolgens via het regresrecht verhaal moeten halen bij de belastingplichtige. De vraag is of de vennootschap hier iets aan heeft, omdat invordering bij de belastingplichtige, door de belastingdienst, al onmogelijk bleek.

10
15

Vetter en Hoogwout merken op dat dit onderdeel wellicht in strijd is met artikel 6 EVRM en artikel 1, Eerste Protocol EVRM. De staatssecretaris ziet geen problemen. Het bodemrecht (een ander verhaalsrecht, artikel 22, derde lid IW 1990) is volgens het EHRM niet in strijd met het EVRM, omdat het proportioneel is en voldoende rechtsbescherming wordt geboden¹⁸⁸. Op de proportionaliteit van het verhaalrecht van artikel 23a IW 1990 ga ik hieronder in. Over de rechtsbescherming heb ik geen verdere opmerkingen. De vennootschap kan immers op grond van artikel 22, eerste lid, IW 1990 in beroep gaan bij de directeur van de belastingdienst. Daarna kan de vennootschap in verzet gaan bij de civiele rechter. De rechter moet o.a. de rechtmatigheid en de omvang van het beslag toetsen¹⁸⁹.

20
25

Er zijn een aantal opmerkingen te plaatsen bij het standpunt van de staatssecretaris. Ten eerste gaf de Raad van State het advies om stap 3 van de invordering niet in te voeren. Er was geen duidelijke belangenafweging tussen het belang van de schatkist en het belang van de vennootschap en andere betrokkenen¹⁹⁰. De staatssecretaris heeft gehoor gegeven aan de kritiek en de doelstelling van de regeling verduidelijkt in de memorie van toelichting. Toch blijf ik me afvragen of de derde stap in alle gevallen proportioneel is. Rechtvaardigt het ontbreken van een invorderingsverdrag, met een land waarin het APV gevestigd is, de invordering bij de vennootschap?

30

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 12-13

¹⁸⁸ Verwezen wordt naar de zaken EHRM 27 november 1991, Series A, nr. 219 (Oerlemans vs. Nederland), NJB 11 juni 1992, p. 268 en EHRM 23 februari 1995 (Gasus), BNB 1995/262

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2008/09 31 930, nr. 13, blz. 12-13

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2008/09 31 930, nr. 4 blz. 113 en 114 (advies Raad van State en nader rapport)

De tweede opmerking is deels afkomstig van Hoogwout. Hij wijst op het verschil tussen het bodemrecht, dat bij voldoende rechtsbescherming in overeenstemming is met het EVRM en het verhaalrecht van artikel 23a IW 1990. De vennootschap, aandeelhouders van de vennootschap, banken etc. zijn zich nimmer bewust geweest van het verhaalsrecht en kunnen van tevoren geen maatregelen treffen om verhaal te voorkomen. Dit in tegenstelling tot het bodemrecht van artikel 22, derde lid IW 1990. Bovendien is er geen overgangsrecht, waardoor in bestaande verhoudingen geen rekening kan worden gehouden met een risicopremie voor mogelijk verhaal.

De derde opmerking ziet wellicht op een slordigheid van de wetgever. Stel: er wordt een boete opgelegd aan de belastingplichtige, omdat hij als zwartsparder geen opgaaf heeft gedaan van zijn APV. Indien invordering bij de belastingplichtige niet mogelijk blijkt, kan de belasting verhaald worden op het APV of de vennootschap. Zij hebben echter geen strafbaar feit gepleegd waarvoor zij beboet kunnen worden. Het verhalen van de boete is daarom, gezien artikel 6 EVRM niet mogelijk¹⁹¹. Een alternatief voor het verhaalsrecht kan gevonden worden in het aansprakelijk stellen van de vennootschap. In dat geval is de vennootschap niet automatisch aansprakelijk voor de boete (en de rente)¹⁹². Vergelijk ook de regeling die in Frankrijk is ingevoerd.

Alternatief 1 en 4

Bij deze alternatieven, waarbij de inbrenger en/of de begunstigen belastingplichtig zijn, zou de wetgever dezelfde redenen hebben om artikel 23a IW 1990 in te voeren.

Onder het Franse alternatief wordt voorgesteld om de belasting in sommige gevallen bij het APV zelf te heffen. Ook Frankrijk zal niet met alle APV landen invorderingsverdragen hebben afgesloten.

Alternatief 2 en 3

Bij deze alternatieven speelt het invorderingsprobleem ook. Het APV is fictief in Nederland gevestigd, maar dit geldt alleen voor fiscale doeleinden. De civiele erkenning, op basis van het Haags Trust Verdrag, leidt er toe dat voor invordering bij het APV de hulp van het juridische vestigingsland nodig is. Onder andere Roerink stelt vast dat dit niet aantrekkelijk is voor de ontvanger¹⁹³. Dat lijkt mij een terechte conclusie. De oplossing is eenvoudig: invorderingsverdragen afsluiten met de vestigingslanden van APV's. De praktische uitwerking hiervan zal echter tijd vergen. Bovendien moeten de vestigingslanden medewerking verlenen en in ruil daarvoor zullen zij ongetwijfeld ook eisen stellen.

¹⁹¹ Zie ook J.J. Vetter, Art 23a Invorderingswet 1990 (nieuw); een zegen voor de fiscale procespraktijk, TFB 2009/07

¹⁹² M.W.C. Feteris, Nieuwe formeelrechtelijke verschijnselen in de schenk- en erfbelasting, opstel in de Niessenbundel 'Draaicirkels van formeel belastingrecht', blz. 123, SDU Uitgevers 2009

¹⁹³ R.J. Roerink, APV's en de fiscale behandeling van vastgoed, Vastgoed Fiscaal en Civiel 2010/02

Alternatief 5

Bij dit alternatief zal alleen een invorderingsprobleem spelen bij de inbreng. Het APV is verkrijger en dus belastingplichtige. Indien een invorderingsverdrag ontbreekt spelen dezelfde problemen als bij de huidige wetgeving. Voor de belastingheffing bij de uitkering zullen minder problemen zijn, omdat in dat geval de belastingplichtige reeds over de liquide middelen kan beschikken. Indien de begunstigden in het buitenland wonen kan dit nog wel problemen opleveren bij de invordering, maar dit speelt bij normale schenkingen en erfenissen ook.

5.6 Draagkrachtbeginsel

Diverse auteurs spreken hun bezorgdheid uit over het draagkrachtbeginsel in relatie tot het APV. In hoofdstuk 2 heb ik al kort stilgestaan bij de bewijsproblematiek indien een erfgenaam geen begunstigde van het APV is (en ook niet kan worden). In 5.6.2. zal ik daar verder op ingaan.

Zelfs als de erfgenaam (of inbrenger) begunstigde is van het APV kunnen er problemen ontstaan rond het draagkrachtbeginsel. Economisch en juridisch is de erfgenaam (of inbrenger) namelijk geen eigenaar van het vermogen. Versteijnen stelt daarom terecht dat er timingsverschillen kunnen ontstaan¹⁹⁴. De uitkering uit het APV kan immers op (een veel) later moment plaatsvinden dan het moment waarop de feitelijke belasting betaald dient te worden. Dit kan leiden tot liquiditeitsproblemen bij de belastingplichtige. Zoals eerder aangegeven verwacht ik dat de trustee in de meeste gevallen de begunstigde tijdig van voldoende liquide middelen voorziet om de verschuldigde belasting te voldoen.

Een betere oplossing voor dit probleem heb ik in hoofdstuk 3 reeds geschetst bij de alternatieven: het opleggen van een conserverende aanslag. De huidige regelgeving leent zich hier niet goed voor, omdat in beginsel wordt toegerekend aan de inbrenger. Als de inbrenger in de toekomst geen uitkering zal ontvangen uit het APV heeft het opleggen van een conserverende aanslag weinig nut. Ook de erfgenaam zal niet altijd een uitkering ontvangen, zodat een conserverende aanslag voor de huidige wetgeving geen algehele oplossing biedt.

Alternatief 1 en 4

Ik heb bij de alternatieven in hoofdstuk 3 reeds gepleit voor het gebruik van conserverende aanslagen. Hiermee worden de meeste liquiditeitsproblemen voorkomen. Ook kan ingespeeld worden op wijzigingen in de kring van begunstigden. Voor alternatief 1 (toerekening aan begunstigden) zou de conserverende aanslag een ideale oplossing zijn. Bij alternatief 4 wordt in eerste instantie toegerekend aan de inbrenger. Zoals ik hierboven reeds opmerkte verkrijgt de inbrenger niet altijd vermogen uit het APV. In dat geval zal de conserverende aanslag nooit ingevorderd kunnen worden.

¹⁹⁴ W. Versteijnen, Afgezonderde particuliere vermogens, MBB 2010/05

Alternatief 2, 3 en 5

Onder deze alternatieven speelt het liquiditeitsprobleem niet. Degene die belastingplichtig is heeft ook daadwerkelijk de beschikking over vermogen. Bij alternatief 2 en 5 wordt belasting geheven bij de inbreng. Het APV kan de belasting betalen uit het vermogen dat afgezonderd is. Bij alternatief 2 en 3 is het APV zelfstandig belastingplichtig. Ook deze belasting kan betaald worden uit het afgezonderde vermogen. Daarnaast worden de begunstigden pas belast op het moment van uitkering bij alternatief 3 en 5.

5.6.1 Draagkrachtbeginsel: samenloop APV en wettelijke verdeling

Hoelen en Van den Oord schrijven in hun artikel over de samenloop van artikel 4:13, tweede lid BW, de wettelijke verdeling en het APV. De langstlevende krijgt op basis van de wettelijke verdeling alle goederen van de nalatenschap. De kinderen krijgen een vordering ter grote van hun erfdeel op de langstlevende. Op basis van artikel 4:13, tweede lid BW moet de langstlevende de schulden met betrekking tot de nalatenschap voldoen. Onder deze schulden valt ook de erfbelasting die de kinderen verschuldigd zijn. De auteurs vragen zich af of de langstlevende ook de erfbelasting die betrekking heeft op het APV moet voldoen voor de kinderen. Dit zou zeer onevenwichtig uitwerken voor de langstlevende. De langstlevende kan namelijk niet over het APV beschikken, maar moet wel de volledige erfbelasting betalen. En dat terwijl er meerdere erfgenamen zijn. Met de auteurs ben ik overigens van mening dat het zo'n vaart niet zal lopen. Het APV valt immers alleen fiscaal (bij fictie) onder het begrip nalatenschap. De fiscale fictie zal gelet op de erkenning van de trust (Haags Trust Verdrag) niet doorwerken naar het civiele recht. Daardoor behoort de erfbelasting die betrekking heeft op het APV niet tot de schulden van de – civielrechtelijke – nalatenschap¹⁹⁵. Mocht dit wel het geval zijn, dan kan wellicht een beroep worden gedaan op het EVRM, zie 5.6.2.

Alternatieven

Bij de alternatieven speelt het gesignaleerde probleem niet, omdat de erfgenamen meestal buiten schot blijven. Indien zij wel worden belast, dan is dat pas op het moment van de uitkering.

5.6.2 Draagkrachtbeginsel: normale belastingheffing

Langereis bespreekt het nieuwe APV regime voor de SW 1956 en besteed hierbij ook aandacht aan de eventuele strijdigheid met artikel 1, eerste protocol van het EVRM¹⁹⁶.

Langereis begint naar mijn mening terecht met de constatering dat 'normale' belastingheffing geen strijdigheid kan opleveren met het EVRM, omdat hiermee het algemeen belang wordt gediend. Langereis vraagt zich vervolgens af of de heffing van erfbelasting ook gerechtvaardigd is als de erfgenaam geen begunstigde is van het APV.

¹⁹⁵ M.C. Hoelen en P.Th.M van den Oord, Afgezonderd particulier vermogen, FTV 2009/06

¹⁹⁶ Ch.J. Langereis, Het nieuwe successierecht bij een afgezonderd particulier vermogen, FED 2009/82

De wetgever heeft daarop artikel 2.14a Wet IB 2001 aangevuld met een zesde lid. Toerekening vindt niet plaats indien blijkt dat een erfgenaam en/of diens partner geen begunstigde is van het APV en dat ook niet kan worden.¹⁹⁷ De vraag is uiteraard of de belastingplichtige in dit bewijs zal slagen. De kring van begunstigden kan immers ten alle tijden wijzigen. Een familieruzie kan bijvoorbeeld worden
5 bijgelegd, waardoor de begunstigde toch weer wordt opgenomen in de letter of wishes.

Naar mijn idee geldt het betoog van Langereis nog wel voor erfgenamen die niet kunnen bewijzen dat zij geen begunstigde zijn, bijvoorbeeld omdat de trustee weigert informatie te verstrekken. Het zou vreemd zijn als een erfgenaam belast wordt voor 50% van het vermogen van het APV, terwijl hij
10 uiteindelijk slechts voor 10% begunstigde blijkt te zijn van het APV.

Interessant is het vonnis van het Belgische arbitragehof van 22 juni 2005, nr. 107/2005¹⁹⁸ dat Langereis aanhaalt. Het Hof bepaalde hier dat een Belgische (Waals Gewest) erfbelasting van 90% over een verkrijging die groter is dan € 175.000 in strijd is met het EVRM. De kans bestaat namelijk
15 dat, door de lage drempel (€ 175.000) en het niet direct beschikbaar zijn van de contanten, het eigendomsrecht van de erfgenaam wordt aangetast. Niet alles wat geërfd wordt is immers direct om te zetten in contanten. Het Hof overwoog onder andere:

*“B.15.1. Door het vaststellen van hoge tarieven inzake successierechten kan worden geraakt aan het
20 recht van de erflater om over zijn eigendom te beschikken, dat hem is toegekend bij artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek. Een legaat waarbij, aan een persoon met een bescheiden inkomen, een onroerend goed of een ondeelbaar goed wordt gegeven, kan hierdoor onmogelijk worden, omdat die persoon genoodzaakt zal zijn zich van dat goed te ontdoen om binnen de wettelijke termijn de successierechten te kunnen betalen, waarbij hij het risico loopt het goed binnen die termijn niet te kunnen verkopen
25 tegen een voldoende prijs.”*

*“B.15.6. Te dezen heeft de decreetgever niet alleen op onevenredige wijze afbreuk gedaan aan het recht van de erflater om over zijn eigendom te beschikken, maar is hij evenmin tegemoet gekomen aan de legitieme verwachtingen van de legataris om die eigendom te erven, door een heffingspercentage
30 vast te stellen dat niet te vergelijken is met de fiscale rechten op andere vormen van eigendomsoverdracht, noch met de rechten die gelden voor andere categorieën van erfgenamen.*

¹⁹⁷ Artikel 16 SW 1956. Omdat er op basis van artikel 2.14a Wet IB 2001 niets wordt toegerekend aan de niet-begunstigde erfgenaam vindt er ook geen heffing van erfbelasting plaats bij overlijden.

¹⁹⁸ Te raadplegen via <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/pdf/Mbbs/2005/07/04/91701.pdf>

Ook al behoort het tot de beleidskeuzes van de fiscale wetgever om verschillende tarieven toe te passen op verschillende belastingen, en de categorieën van erfgenamen verschillend te belasten, toch is het klaarblijkelijk onevenredig om, inzake successierechten, een dermate hoog tarief toe te passen dat door geen enkele doelstelling die specifiek is voor de beoogde categorie van belastingplichtigen, wordt verantwoord, maar waarbij uitsluitend de nagestreefde budgettaire doelstelling in aanmerking wordt genomen.”

Uit deze overwegingen wordt allereerst duidelijk dat een wetgever een ruime beoordelingsmarge heeft bij het vaststellen van belastingen en tarieven. Toch kan er strijdigheid zijn met het EVRM als de belastingplichtige gedwongen (onroerende) goederen moet verkopen om de belastingschuld te voldoen. Dan loopt hij het risico de (onroerende) goederen tegen een te lage prijs te moeten verkopen. Daarnaast wordt duidelijk dat aan de hoogte van het tarief een duidelijk doelstelling ten grondslag moet liggen. Dit mag niet uitsluitend een budgettaire doelstelling zijn.

Voor het successierecht kan dus sprake van strijdigheid met het EVRM, omdat een erfgenaam erfbelasting verschuldigd is over vermogen dat hij nooit zal verkrijgen. Daarnaast is de vraag of hij over het vermogen kan beschikken als dit nog steeds in het APV ‘vastzit’.

Dezelfde redenering kan overigens gemaakt worden voor de inkomstenbelasting. Ook daar kan een inbrenger/erfgenaam/begunstigde niet beschikken over de liquide middelen.

Alternatief 1 en 4

Onder deze alternatieven speelt ook het liquiditeitsprobleem. Dit zou strijdig kunnen zijn met het EVRM, omdat een begunstigde gedwongen wordt om uit zijn eigen vermogen de belastingen te betalen. Dit kan bij alternatief 1 opgelost worden met conserverende aanslagen voor de schenk- of erfbelasting en de inkomstenbelasting, zodat pas afgerekend hoeft te worden op het moment van daadwerkelijke verkrijging. Deze oplossing is minder geschikt voor alternatief 4. Dit heb ik reeds besproken in paragraaf 5.6.

30

Alternatief 2,3 en 5

Hier zullen zich geen problemen met het EVRM voordoen, omdat degene die belast wordt ook daadwerkelijk over het vermogen kan beschikken.

5.7 Gelijkheidsbeginsel

In het wetsvoorstel en de meeste alternatieven is geen sprake van ongelijke behandeling. Alleen in het voorstel van Zwemmer (het tweede onderdeel van alternatief 5) is wellicht sprake van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. In zijn voorstel is de woonplaats van de verkrijger bepalend voor de SW 1956, maar alleen indien de uitkering afkomstig is van een APV. In andere gevallen is de woonplaats van de erflater/schenker het aanknopingspunt voor de schenk- en erfbelasting.

Er dient in relevante opzichten sprake te zijn van rechtens en feitelijk vergelijkbare gevallen. Het is bijvoorbeeld wel toegestaan om een ander tarief toe te passen op verkrijgingen van derden en op verkrijgingen van (directe) familie, omdat de relatie tussen de verkrijger en de schenker in beide gevallen verschilt.

In het voorstel van Zwemmer zou er echter een onderscheid ontstaan tussen derden-niet APV, en derden-wel APV. Ook hier geldt dat de wetgever in beginsel een ruime beoordelingsvrijheid heeft. Het oordeel van de wetgever dient te worden geëerbiedigd, tenzij dat van redelijkheid ontbloomt is¹⁹⁹. Het hanteren van verschillende aanknopingspunten voor de belastingheffing lijkt mij hier zeer onredelijk.

5.8 Conclusies en samenvatting

In dit hoofdstuk heb ik bekeken hoe de verschillende manieren om een APV in de heffing te betrekken zich verhouden tot de beginselen van behoorlijke wetgeving. Grofweg kunnen er twee stromingen onderscheiden worden. In de eerste stroming wordt vermogen bij het APV zelf belast. Hiervoor is een vestigingsplaatsfictie nodig. In dat geval zou juridische dubbele heffing kunnen optreden, wat in strijd is met de goede verdragstrouw. In ieder geval moet voorkoming van dubbele belasting worden geboden, zodat deze strijdigheid tot een minimum wordt beperkt.

In de tweede stroming wordt vermogen toegerekend aan de inbrenger, de erfgenaam of de begunstigde. Zonder verdere maatregelen leidt deze toerekening tot liquiditeitsproblemen. Dit probleem kan zich op verschillende manieren uiten. Enerzijds door timingsverschillen tussen het moment van belasten en het moment van uitkeren. Anderzijds doordat de belastingplichtige niet (het gehele) vermogen zal verkrijgen waarvoor hij belast wordt. Bij toerekening aan de begunstigten zijn beide problemen op te lossen door het gebruik van conserverende aanslagen. Bij toerekening aan de inbrenger en de erfgenaam zal een probleem blijven bestaan. Het is immers niet zeker of zij daadwerkelijk iets verkrijgen uit het APV.

¹⁹⁹ P.G.M. Jansen, Fiscale geschriften 22. Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht, Hoofdstuk 2 Het gelijkheidsbeginsel, NDFR

Ik verwacht dat de trustee wel een uitkering zal doen aan een begunstigde indien hij de belasting niet kan voldoen. De trustee dient immers de belangen van de begunstigten te behartigen.

Conclusies

In deze scriptie heb ik bekeken hoe de verschillende manieren om de vermogensbestanddelen van een APV in de heffing te betrekken zich verhouden tot de beginselen van behoorlijke wetgeving. Het antwoord op deze vraag is niet in één zin te verwoorden. Hieronder geef ik daarom het verloop van mijn onderzoek en de conclusies weer.

In het eerste hoofdstuk van deze scriptie heb ik uiteengezet hoe de irrevocable discretionary trust fiscaal behandeld werd tot 1 januari 2010. De eerste opvallende constatering was dat de Hoge Raad met haar arresten een aantal estate planningsmogelijkheden had gecreëerd. De tweede opvallende constatering was dat de staatssecretaris het blijkbaar niet nodig vond om in te grijpen via nieuwe wetgeving. De belastingdienst moest zich redden met een beleidsbesluit, dat naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad was uitgevaardigd. De adviespraktijk kon hier in de praktijk goed mee uit de voeten, zodat de belastingdienst vaak het nakijken had. De voorstellen van de commissie Moltmaker zijn nimmer uitgevoerd.

Met ingang van 1 januari 2010 was het dan toch zover: er werd nieuwe wetgeving ingevoerd met betrekking tot de irrevocable discretionary trust. De nieuwe fiscale benaming voor deze trust is het Afgezonderd Particulier Vermogen (APV). Redenen om nu toch over te gaan tot het invoeren van nieuwe wetgeving waren de signalen dat in toenemende mate (Nederlandse) belasting werd ontgaan door het instellen van APV's. Daarnaast wilde het kabinet de schenk- en erfbelasting tarieven verlagen. De budgettaire dekking werd gevonden in de nieuwe fiscale behandeling van het APV.

Onder de nieuwe wetgeving vindt toerekening, voor fiscale doeleinden, bij fictie plaats aan de inbrenger en na diens overlijden aan de erfgenamen. Indien de inbrenger en/of de erfgenamen niet bekend zijn wordt toegerekend aan de begunstigden. Schenkingen of erfenissen aan het APV worden niet belast met schenk- of erfbelasting. Zodra het APV vermogen uitkeert vindt heffing van schenkbelasting plaats bij de verkrijger. Heffing van erfbelasting vindt plaats bij het overlijden van de inbrenger. Voor het tarief moet gekeken worden naar de relatie tussen de inbrenger en degene die de schenking of de erfenis ontvangt.

In het derde hoofdstuk heb ik vijf alternatieve fiscale behandelmethoden besproken, te weten:

- Alternatief 1: toerekenen aan de begunstigden;
- Alternatief 2: belasten bij het inbrengen en bij het APV zelf;
- 35 - Alternatief 3: belasten bij het APV zelf en bij het uitkeren;
- Alternatief 4: toerekenen aan de inbrenger en na diens overlijden aan de begunstigden;

- Alternatief 5: belasten bij het inbrengen en belasten bij het uitkeren.

Vervolgens heb ik in hoofdstuk 4 bekeken welke beginselen van behoorlijke wetgeving belangrijk zijn voor de fiscale behandelmethoden van het APV. Ik ben hier onder andere ingegaan op het
5 rechtszekerheidsbeginsel, het legitimiteitbeginsel, het draagkrachtbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. In het laatste hoofdstuk heb ik de vijf fiscale behandelmethoden naast deze beginselen gelegd. De huidige wettelijke regeling vormde de basis voor de toetsing aan de beginselen. Vervolgens heb ik aangegeven of onder de alternatieve behandelmethoden de beginselen van behoorlijke wetgeving geschonden zouden worden.

10

Door de gebrekkige parlementaire behandeling is niet geheel duidelijk waarom de wetgever niet voor een van de alternatieven heeft gekozen. Enkele auteurs hebben in ieder geval hun afkeer uitgesproken over de nieuwe wetgeving. Enerzijds vanwege de grote afwijking van de civiele werkelijkheid en anderzijds vanwege mogelijke liquiditeitsproblemen bij de betrokken personen. Uiteraard dient men
15 zich bij het lezen van deze kritiek te realiseren dat deze auteurs wellicht een grote trust praktijk hebben opgebouwd in het verleden en nu met ontevreden klanten en minder werk worden geconfronteerd.

De huidige wetgeving kan zorgen voor liquiditeitsproblemen bij de belastingplichtigen.

Indien de belastingplichtige in het geheel geen inkomen of vermogen heeft zal de belastingdienst
20 uiteindelijk gebruikt kunnen maken van het nieuwe verhaalsrecht in de IW 1990. Ik ben geen voorstander van deze maatregel, omdat het proportionaliteitsbeginsel hierbij wordt geschonden. Bovendien kan men zich afvragen of de regeling niet in strijd is met het EVRM. Indien de belastingplichtige wel voldoende inkomen of vermogen heeft (ondanks dat hij geen uitkeringen uit het APV verkrijgt) zal de belastingplichtige waarschijnlijk zelf de belasting moeten betalen. Doet hij dit
25 niet, dan loopt hij het risico dat een dwangbevel wordt opgelegd, eventueel gevolgd door openbare executie.

Ik verwacht overigens dat de trustee een uitkering zal doen aan een begunstigde indien deze de belasting niet kan voldoen. De trustee dient immers de belangen van de begunstigden te behartigen.

30

Overigens is duidelijk geworden dat een aantal irrevocable discretionary trusts vlak voor de inwerkingtreding van de wetgeving zijn ontmanteld. De staatssecretaris van financiën heeft inmiddels in een beleidsbesluit²⁰⁰ uitgewerkt hoe de belastingdienst om gaat met deze ontmanteling. In dit besluit is een speciale inkeerregeling opgenomen voor betrokken bij een APV.

²⁰⁰ Besluit van 10 augustus 2011, nr. BLKB/1291M, Staatscourant 18 augustus 2011, nr. 15048

Daarnaast is in het besluit aangegeven dat de belastingdienst alsnog zal proberen om aan te tonen dat de ontmantelde irrevocable discretionary trust voor 1 januari 2010 transparant was. Naar mijn mening zal de belastingdienst hiervoor moeten aantonen dat de inbrenger opdracht heeft gegeven om de irrevocable discretionary trust te ontmantelen, bijvoorbeeld omdat de nieuwe wetgeving ongewenste
5 gevolgen zal hebben. Dit doet namelijk vermoeden dat de inbrenger na de inbreng de economische zeggenschap over het ingebrachte vermogen heeft behouden.

Aan de andere kant zou ik willen betogen dat van een goede trustee verwacht mag worden dat hij uit zichzelf een irrevocable discretionary trust ontmanteld indien de nieuwe wetgeving voor de
10 begunstigen tot ongewenste gevolgen leidt. In dat geval zal de belastingdienst naar mijn mening niet kunnen volhouden dat de ontmanteling heeft plaatsgevonden in opdracht van de inbrenger.

Bij een aantal alternatieven wordt voorgesteld om het APV zelfstandig in de heffing te betrekken. Hiervoor dient een vestigingsplaatsfictie opgenomen te worden in de fiscale wetgeving. In deze
15 scriptie heb ik laten zien dat hierbij een aantal problemen om de hoek komen kijken. De Wet IB 2001 moet zodanig aangepast worden dat het APV daadwerkelijk belast kan worden. Daarnaast spelen er problemen rondom de vrijheid van kapitaalverkeer en de goede trouw die geëerbiedigd moet worden bij belastingverdragen.

In de Franse regeling (besproken onder alternatief 4) worden de inbrenger, en na diens overlijden de
20 begunstigde, aangemerkt als belastingplichtigen. Men kan er echter voor kiezen om de vermogensheffing plaats te laten vinden ten laste van het APV. Ook de erfbelasting kan geheven worden bij het APV, indien niet bekend is wie begunstigde is en/of voor welk deel. Hierbij speelt wel het probleem rondom de invordering van de belasting bij het APV, dat feitelijk nog steeds in het
25 buitenland is gevestigd. In Frankrijk heeft men dit proberen op te lossen door ook de inbrenger/begunstigde aansprakelijk te stellen voor de belastingschulden. Ik denk dat dit een goede oplossing is. De trustee zal ten alle tijden willen voorkomen dat begunstigen in de problemen komen. Dit is immers een van de redenen waarom hij is aangesteld. De kans dat de belasting daadwerkelijk betaald zal worden is hiermee vergroot.

Liquiditeitsproblemen dienen naar mijn mening zoveel mogelijk vermeden te worden. Dit kan mijns
30 inziens ook gebeuren met conserverende aanslagen. Hierbij dient tevens een rentecomponent in aanmerking genomen te worden, omdat de belastingheffing economisch gezien anders vermindert kan worden door (oneindig) uitstel. Deze conserverende aanslagen kunnen opgelegd worden voor de
35 schenkbelasting en voor de inkomstenbelasting. Ze zullen pas ingevorderd worden op het moment van uitkering door het APV. Het alternatief dat zich het beste leent voor de conserverende aanslagen is alternatief 1.

Hierbij wordt de bezittingen en schulden van het APV vanaf het begin toegerekend aan de begunstigen. Ik pleit tevens voor een step-up tot de waarde in het economisch verkeer van de bezittingen en schulden, ten tijde van de inwerkingtreding van dit alternatief. Op die manier wordt ook zoveel mogelijk rekening gehouden met het rechtszekerheidsbeginsel.

5

Mijn eigen voorkeur zou uitgaan naar de introductie van alternatief 1 of de introductie van het Franse systeem (alternatief 4). Onder deze alternatieven wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de personen die daadwerkelijk kans maken op een uitkering uit het APV. De toekomst zal moeten uitwijzen of de huidige regelgeving inderdaad tot de gesignaleerde problemen zal leiden. Wellicht dat op dat moment de keuze voor alternatief 1 of 4 kan worden gemaakt. Nog beter zou zijn, om in Europees verband tot één sluitende regeling te komen zodat dubbele belastingheffing in ieder geval binnen de Europese Unie wordt voorkomen.

Tot slot wil ik nog even stilstaan bij de conclusie van Freudenthal²⁰¹. Met hem ben ik van mening dat er voortaan minder APV's opgetuigd zullen worden om fiscale redenen. Het kan nog wel aantrekkelijk zijn om een APV op te richten in een staat met een reële heffing van minimaal 10%. In dat geval vindt geen toerekening plaats voor de inkomstenbelasting en kan ten opzichte van de tarieven in box 1, box 2 en box 3 een (aanzienlijke) besparing worden behaald. Hierbij dient wel bedacht te worden dat toerekening voor de SW 1956 wel plaats vindt, ongeacht de reële heffing van minimaal 10%.

Civielrechtelijk bestaan nog steeds dezelfde redenen om een APV op te tuigen, hiervoor verwijs ik naar paragraaf 0.1. Voordeel van de nieuwe wetgeving is dat een belastingplichtige nu duidelijkheid heeft omtrent zijn belastingpositie. Al is deze duidelijkheid natuurlijk altijd relatief, gezien de onduidelijkheden die in de literatuur en in deze scriptie gesignaleerd zijn.

²⁰¹ R.M. Freudenthal, Het nieuwe APV-regime: 'Zwarte Pieten' met familie en fiscus, TFO 2010/40

Literatuurlijst

Tijdschriftartikelen

- 5 - F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956, WFR 2009/731
- J. van Rijn van Alkemade, Yes, the Dutch can tame the trust (1), WPNR 1998, nr. 6317
- N. Nobel, De fiscale trustarresten; Een Pyrrhus-overwinning voor de fiscus WPNR 1990-6376
- E.R. Roelofs, Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet, WFR 2010/1632
- 10 - F. Sonneveldt, een doelredenering rondom een doelvermogen: recente ontwikkelingen inzake een irrevocable discretionary trust, WFR 1999/14
- T.C. Hoogwout, Fiscale behandeling van het Afgezonderd Particulier Vermogen, FTV 2010/01
- K.R. de Vries, Inkomsten uit een trust onder de Wet inkomstenbelasting 2001, WFR 2001/1631
- I.A. Koele, Over de familiestichting, de charitatieve 'private foundation' en de trust in de toekomstige Successiewet, WPNR 2004/6576
- 15 - Kathmann M.C.J.G. en N.M.R. Lennarts, Welke kwaliteitscriteria staan op het spel bij het gebruik van open normen in het belastingrecht, Forfaitair 2009/199
- X.G.R. Auerbach, Afgezonderd particuliere vermogen: constructiefouten, WFR 2010/1172.
- M.W.C. Feteris. Kwaliteit van wetgeving en het decoderen van dubbele boodschappen, WFR 2010/570
- 20 - R.M. Freudenthal, Het nieuwe APV-regime: 'Zwarte Pieten' met familie en fiscus, TFO 2010/40
- R. Freudenthal, Aanpassingen APV-regime in verdragsperspectief: We zijn er nu toch, WFR 2009/1301
- B. Bos en mr. C.van Erk, Pensioenstichting als alternatief voor pensioen, BV Rendement (http://www.bakertillyberk.nl/Kennisbank-detail/2166/68635/Pensioenstichting-als-alternatief-voor-pensioen-bv.html)
- 25 - N. Peters van Neijenhof, De nieuwe regeling voor afgezonderde particuliere vermogens, WPNR 2010/6848
- M.C. Hoelen en P.Th.M. van den Oord, Afgezonderd particulier vermogen, FTV 2009/06
- 30 - Koele, Fears and Fantasies met betrekking tot trusts en andere doelvermogens, FTV 2009/06
- X.G.R. Auerbach, Doelvermogens verdienen evenwichtige wetgeving, WFR 2009/122
- J.L.M. Gribnau, Integriteit van het fiscale wetgevingsproces, NTFR 2010/643
- M. de L. Monteiro, NTFR 2009/47, nr. 2452
- J. Vetter, Art 23a Invorderingswet 1990 (nieuw); een zegen voor de fiscale procespraktijk, TFB 35 2009/07

- Ch.J. Langereis, Het nieuwe successierecht bij een afgezonderd particulier vermogen, FED 2009/82
- M.E. Koppenol-Laforce en F. Sonneveldt, Doelvermogens; trust en familiestichting, WPNR 2001/6433
- 5 - I.A. Koele, Fears and Fantasies met betrekking tot trusts en andere doelvermogens, FTV 2009/06
- J.P. Boer, A.O. Lubbers en M. Schuver-Bravenboer, Het overgangsrecht bij de invoering van de schenk- en erfbelasting beoordeeld, WFR 2009/745
- R.J. Roerink, APV's en de fiscale behandeling van vastgoed, Vastgoed Fiscaal en Civiel 2010/02
- Zie o.a.T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde nieuwe regeling voor trusts en aanverwante rechtsfiguren, Forfaitair 2009/198
- 10 - D. van Beelen, APV's: vluchten, opdoeken of juist omarmen, Belastingbrief 2009/10/11
- J.M. Zwemmer, De Successiewet op de schop, WPNR 2008/6757
- W. Verstijnen, Afgezonderde particuliere vermogens, MBB 2010/05
- X.G.R. Auerbach, Afgezonderd particulier vermogen, naar een duaal stelsel, WPNR 2009/6802
- 15 - E.R. Roelofs, De fictiebepalingen van art. 16 en 17 Successiewet 1956 en het woonplaatsbegrip, FTV 2010/12
- A.C.P. Bobbeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten deel 1, WFR 2011/910 en deel 2, WFR 2011/956
- M.J. Hoogeveen, overlijden van de ondernemer in de winstsfeer, TFO 2002/134
- 20 **Kamerstukken**
- Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3 (MvT)
- Kamerstukken II 2008/09 31 930, nr. 4 blz. 113 en 114 (advies Raad van State)
- Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 7 (Verslag)
- Kamerstukken 2008/09, 31 930, nr. 9 (NV)
- 25 - Kamerstukke II 2008/09, 31 930, nr. 13 (NNV)
- Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 14 (brief van het presidium)
- Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 15 (brief van de staatssecretaris van financiën)
- Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 35 (brief van de staatssecretaris van financiën)
- Kamerstukken II 2008/09 31 930 nr. 18 (advies PA)
- 30 - Kamerstukken II, 2000-2001, 27.475, nr. 2

Jurisprudentie

- Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31.756 t/m 31.759, BNB 1999/35c tot en met 37c
- Hof Den Haag, Tweede Meervoudige Belastingkamer, 30 november 1995 (Nr. 95/4513)
- 35 - HR 17 november 1971, BNB 1972/13
- Rechtbank Den Haag op 16 december 2009, nr.09/02178, NTFR2010-471
- HR 14 juli 2006, nr. 39 201, BNB 2007/18, met noot van R.M. Freudenthal

- Hof 's Gravenhage, 3 november 2010, BK-10/00138, V-N 2001/14.11
- Rechtbank Arnhem 14 september 2010, nr.09/02680
- HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (N-Zaak)
- HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-439/07 (KBC Bank NV) V-N 2009/35.17
- 5 - HvJ EG, 26 juni 2008, zaak C-284/06 (Burda,) V-N 2008/35
- HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes)
- HR 28 november 2003, NJ 2004, 81
- Belgische arbitragehof van 22 juni 2005, nr. 107/2005 <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/pdf/Mbbs/2005/07/04/91701.pdf>

10 **Besluiten**

- Besluit van 16 december 1993, nr. DB93/4451
- Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M (Verzamelbesluit over de Trust, de SPF en ander “zwevend vermogen”)

Boeken

- 15 - M.W.C. Feteris, Nieuwe formeelrechtelijke verschijnselen in de schenk- en erfbelasting, opstel in de Niessenbundel ‘Draaicirkels van formeel belastingrecht’, blz. 123, SDU Uitgevers 2009

Internetsites

- http://www.belastingdienst.nl/variabel/sociaal_belang_behartigende_instellingen/sociaal_belang_behartigende_instellingen-01.html#P6_363
- 20 - <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/vragen-en-antwoorden/is-het-mogelijk-om-mijn-echtgenoot-en-kinderen-te-onterven.html>
- <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/belastingen-internationaal>
- http://www.bdo.nl/Pages/Conserverende_aanslag_pensioen_en_lijfrente_in_strijd_met_goede_verdragstrouw.aspx
- 25 - <http://legalbrain.nl/nieuws/item/34/constitutionele-toetsing-en-het-voorstel-halsema-reden-voor-een-vreugdedansje>
- [Jérôme Assouline, French draft legislation on trusts, http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A31BAB8E-403E-4654-9234-58EB914EA70F](http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A31BAB8E-403E-4654-9234-58EB914EA70F)

30

Wetten en verdragen die niet opgenomen zijn in reguliere wettenbundel

- Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, Trb 1985, 141
- Wet van 4 oktober 1995, Stb. 508 (Wet conflictrecht trusts)
- 35 - Wet van 17 december 2009 tot wijziging van de Successiewet en enige andere belastingwetten (vereenvoudiging bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en herziening tariefstructuur in de Successiewet)

1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956)

- Verdrag van Wenen http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

Overig

- 5 - Rapport 'De warme, de koude en de dode hand' van 13 maart 2000, te raadplegen via <http://www.recht.nl/nieuws/belastingrecht/archief/index.html?nid=2299>
- Kabinetsstandpunt inzake het rapport "De warme, de koude en de dode hand" van de werkgroep modernisering successiewetgeving, WDB 2001-00370 M, te raadplegen via <http://www.recht.nl/nieuws/belastingrecht/archief/index.html?nid=2299>
- 10 - Opbrengsten rijksbelastingen 2009 <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/22390FC2-EFF4-4F75-865C-8AE1E0EDB0C5/0/2010opbrengstrijksbelastingenbijna7miljardeurolagerart.pdf>
- Persbericht Ministerie van Financiën van 24 oktober 2008, V-N 2008/54.27
- P.G.M. Jansen, Fiscale geschriften 22. Beginnselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht, NDFR
- 15 - J.P. Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, NDFR Fiscaal wetenschappelijke reeks