

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

Geoorloofde verticale ongelijkheid binnen het APV regime

Naam student: M.A.A. Oosterbaan

Studentnummer: 330289

Begeleider: mr. T.C. Hoogwout

Delft, 12/07/2013

© 2013 Erasmus Universiteit Rotterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke ander manier dan ook, zonder voorafgaand schriftelijke toestemming van de auteur.

All rights reserved. No portion of this thesis may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means – electronic, mechanical, photocopy, recording or any other – except for brief quotations in printed reviews, without the prior written permission of the author.

Voorwoord

Na vier jaar met plezier te hebben gestudeerd, is het nu tijd om mijn bachelor af te ronden. De studie heeft mij veel nieuwe vrienden gebracht en kan dus ook terugkijken op een mooie periode.

Ik wil via deze weg mijn ouders, broers en vrienden bedanken voor de steun die ze me de afgelopen 4 jaar hebben gegeven. Ze stonden altijd voor mij klaar en wisten me te motiveren waar nodig. Ook dank aan mijn begeleider, meneer Hoogwout, voor de goede samenwerking.

Met plezier kijk ik uit naar de masterfase van Fiscale Economie!

Max Oosterbaan,

12-07-2013

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	5
1.1 Inleiding en probleemstelling	5
1.2 Reikwijdte van het onderzoek	7
1.3 Werkwijze en aanpak.....	8
Hoofdstuk 2 Afzonderen van vermogen voor 1 januari 2010	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Wetgeschiedenis	10
2.3 De Trust	11
2.3.1. Herroepbaarheid.....	12
2.3.2 Rechten trustee.....	12
2.3.2 Trust arresten.....	13
2.4 Conclusie	19
Hoofdstuk 3 Afgezonderd particulier vermogen vanaf 1 januari 2010	20
3.1 Inleiding.....	20
3.2 Afzonderen	20
3.3 Meer dan bijkomstig particulier belang.....	22
3.4 Toerekening van afgezonderde particulier vermogen.....	23
3.5 Toerekening aan (opvolgende) erfgenamen	24
3.6 Toerekening aan VPB-plichtige lichamen.....	27
3.7 De Nederlandse reële heffing	28
3.8 Uitkering uit het APV	29
3.9 Conclusie	32
Hoofdstuk 4 Heffingsvacuüm.....	33
4.1 Inleiding.....	33
4.2 Methoden	34
4.2.1 Binnen Nederland.....	34
4.2.2 Buiten Nederland (box 3 vermogen).....	36
4.2.3. Buiten Nederland (box 2 vermogen).....	38
4.2.4. Omslagpunt.....	40
4.3 Opzetkosten, risico's kosten en wijzigende wetgeving	41
4.3.1. Advies en beheer	41
4.3.2. Wetgeving en overige risico's.....	42
4.4 Conclusie	44
Hoofdstuk 5 Gelijkheidsbeginsel.....	45
5.1 Inleiding.....	45
5.2 Definitie.....	45
5.3 Rechtspraak	47
5.4 Vereisten.....	52
5.5 Vergelijking tussen vermogens	54
5.6 Conclusie	55
Hoofdstuk 6 Conclusie	58
6.1 Inleiding.....	58
6.2 Beantwoording van de probleemstelling.....	58
Literatuurlijst.....	61

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Inleiding en probleemstelling

Je zou de mening van de staatssecretaris van financiën het beste zo kunnen duiden: hij heeft een zeer grote aversie jegens de zogenoemde ‘zwevende vermogens’¹, aldus zijn besluit op 22 juni 1995.² De uitvoeringspraktijk merkte op dat steeds meer gebruik werd gemaakt van buitenlandse rechtsfiguren met als doel een heffingsvacuüm te creëren. Vanuit de Nederlandse bevolking wordt ook steeds meer gekeken naar de belastingdruk van de grotere bedrijven, betalen zij wel een ‘fair share’ is dan de vraag? De bekendste vormen van ‘zwevend vermogen’ in de algemene praktijk zijn de (Anglo-Amerikaanse) trust en de Antiliaanse Stichting Particulier Fonds (SPF). Nadat veel signalen kwamen vanuit de Belastingdienst en andere Europese landen, kwam een voorstel om dit gebruik terug te dringen.³ ‘Recentelijk werden vragen geformuleerd over het meer internationale aspect van de belastingontwijking door het gebruik van belastingparadijzen⁴ door bijvoorbeeld Nederlandse banken. Een openbaar register waar het economische eigendom van vennootschappen, trusts en stichtingen kenbaar wordt gemaakt is daarvoor niet relevant, aldus staatssecretaris Weekers. Op internationaal gebiedt wordt namelijk al grootschalig samengewerkt door middel van het Global Forum on Transparency and Exchange of Information. Aangeven wordt dat het van groter belang is dat de informatie voor de belastingdienst beschikbaar is versus zichtbaar voor iedereen via een openbaar forum.’⁵

¹ Bij zwevend vermogen zien we het fenomeen dat er een vermogen is dat via de wetsystematiek niet in de heffing kan worden betrokken. Het vermogen kan niet in de heffing worden betrokken bij de rechtsvorm waar deze is ondergebracht, noch bij de inbrenger of de begunstigde.

² Staatssecretaris van Financiën 22 juni 1995, nr. DB95/1771M

³ Dit kwam naar voren in een nota van de Staatssecretaris van Financiën; Kamerstukken II 2008-09, 27 789, nr. 17

⁴ “Een belastingparadijs is een jurisdictie die een gunstig belastingstelsel bezit en slaat op ‘een toevluchtsoord waar sommige belastingplichtige zich gaan vestigen en waar anderen gewoon hun fortuin naartoe sturen om te ontsnappen aan de risico’s van de fiscaliteit in hun land van herkomst’ ”, G. Delrue, Witwassen, Apeldoorn: Maklu Uitgevers N.V. 2010, p. 190

⁵ Aangangsel Handelingen II, 2012-13, nr. 1054,

In deze bachelorscriptie zal ook nader worden ingegaan op het gebruik van landen met een lage winstbelasting en methoden binnen Nederland die door particulieren via een afgezonderd particulier vermogen worden gebruikt⁶. Gedacht kan worden aan de vraag welke ontwijkingsmethoden voor de hand liggen. Maar voordat we daaraan toekomen, moet eerst bekeken worden of men via het APV een fiscaal voordeel kan behalen. Als het antwoord daarop ja is, zal aangekaart worden welke structuren mogelijk zijn. Hierbij zal ik ook de vraag beantwoorden of ik het al dan niet gewenst acht dat, met behulp van een APV, een fiscaal voordeel wordt behaald. Welke aanpassing zou ik raadzaam vinden indien het niet gewenst is? Wat is nou die lagere belastingdruk? En wanneer spreekt men van ongelijkheid?

Bovenstaande zal onder andere de volgende probleemstelling beantwoorden:

‘Met het APV regime is het voor de inbrenger mogelijk een lagere effectieve belastingdruk op te zoeken, zonder daarmee een ongeoorloofde verticale ongelijkheid te creëren.’

In artikel 3 van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) worden de, in het buitenland gevestigde, doelvermogens onder de buitenlandse belastingplichtigen geschaard als ze binnenlands⁷ inkomen genieten⁸. Voor een duidelijk beeld kan worden afgevraagd wat de figuur van de doelvermogens, en specifiek de Angelsaksische trust, is binnen de VPB? Dit zal kort behandeld worden.

In artikel 2.14a van de wet inkomstenbelasting is een regeling opgenomen met betrekking tot het afgezonderd particulier vermogen (APV). De vraag is tevens hoe een APV in Nederland wordt behandeld en welke gevolgen deze afbakening door middel van wetgeving, samen met de trustarresten, heeft voor de behandeling van deze vermogens?

⁶ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, Hier gaat het om afgezonderde vermogens waarbij meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd. De afgezonderde particuliere vermogens zijn als hoofdregel fiscaal transparant, hetgeen betekent dat er doorheen gekeken wordt naar de inbrengers of hun erfgenamen.

⁷ Het binnenlandse inkomen wordt al genoten als je bijvoorbeeld een trust houdt met meer dan 5% van de aandelen in een in Nederland gevestigde BV. Dat is echter door een makkelijke structuur te omzeilen. Zo werd ervoor gezorgd dat de trust aandelen houdt in een Luxemburgse SA, die op haar beurt de (5%) aandelen in de Nederlandse BV houdt. Voor het dividend en verkoopresultaat heeft de SA de deelnemingsvrijstelling, waardoor het niet meer onder dit lid kan worden geschaard.

⁸ artikel 17 en 17a Wet op de Vennootschapsbelasting

1.2 Reikwijdte van het onderzoek

Het begrip 'doelvermogens' is zeer ruim gedefinieerd en het zal daarom verhelderd en vervolgens afgebakend worden. Nederland kent een scala aan doelvermogens die op te splitsen zijn in vier groepen. Ik onderscheid het APV, de algemeen nut beogende instelling (hierna: ANBI), de sociaal belang behartigende instelling (hierna: SBBI)⁹ en de overige doelvermogens.

De rechtspersonen die nagenoeg uitsluitend¹⁰ een algemeen maatschappelijk belang beogen, komen in aanmerking om te worden gekwalificeerd als een ANBI. Een als ANBI gekwalificeerde rechtspersoon heeft een algehele vrijstelling voor de schenk- en erfbelasting en in de Wet IB 2001 geldt een giftenaftrek voor de donateurs. De vrijstellingen gelden voor de ANBI als geheel, welke daarbij ook commerciële activiteiten kan ontplooiën. De opbrengsten moeten dan wel volledig ten gunste komen aan het goede doel.

Er zijn instellingen die tussen wal en schip zouden raken door het ANBI regime. Het gaat dan om instellingen die voor het ene deel een algemeen belang behartigen en het andere deel een beperkt belang. Vandaar dat onder andere het SBBI-regime is ingesteld. 'Hoewel ze meer een beperkt belang behartigen dan een algemeen belang, zoals bij de ANBI, kunnen ze wel een particulier belang leveren dat bijdraagt aan een gezonde veerkrachtige samenleving. Denk hierbij aan sportverenigingen, een zangkoor of een dansgroep. Het voordeel van de gecreëerde SBBI is dat geen register is en de kwalificatie-controle vaak alleen plaatsvindt op het moment dat iets erfrechtelijk wordt verkregen. Een SBBI is vrijgesteld van schenk- en erfbelasting, maar kent, zoals de ANBI, geen aftrekposten in de Wet IB 2001.'¹¹

⁹ De SBBI kan een steunstichting oprichten rond het gebied van sport en dans om bijvoorbeeld een jubileum te vieren. Degene die doneren aan een steunstichting, kunnen dat aanmerken als een gift waarvoor de giftenaftrek op van toepassing is. Op het moment dat deze apart als doelvermogen wordt aangemerkt, bestaat de splitsing uit 5 groepen.

¹⁰ Artikel 1a lid 1 sub b Uitvoeringsregeling AWR 1994

¹¹ J.P. Dierkens Schuttevaer, *Erven, schenken en fiscus*, Deventer: Kluwer 2010, p. 78-79

Om alle doevermogens te vangen, is het begrip 'overige doelvermogens' opgenomen. Het zijn niet veel voorkomende situaties die niet aan te merken zijn als een ANBI, SSBI of een APV. Zo kan een meer dan bijkomstig particulier belang ontbreken of niet aan de voorwaarden van zowel een ANBI als SBBI voldoen. Dit vermogen is zou wenselijk kunnen zijn omdat het materieel gezien wel een algemeen, sociaal of maatschappelijk belang zal dienen.

Deze scriptie zal de bovenstaande doelvermogens laten voor wat ze zijn en zich enkel richten op het APV.

1.3 Werkwijze en aanpak

Alvorens de hoofdvraag zal worden beantwoord, zullen de genoemde deelvragen worden uitgewerkt. In het onderzoek zal vooral gebruik worden gemaakt van boeken, jurisprudentie, kranten, tijdschriften en weekbladen. Met de vergaarde informatie verwacht ik enerzijds een goed beeld te krijgen van de verschijningsvormen van zwevende vermogens en anderzijds scherp te krijgen hoe men de Nederlandse APV wetgeving (internationaal) omzeild en de wetgeving van voor 2010 omzeilde. Het zal gebruikt worden bij de uitwerking van mijn probleemstelling.

Ten eerste zal worden nagaan waar het APV-regime uit voortkomt en welke vormen van doelvermogens in Nederland gedefinieerd kunnen worden. Daarnaast wordt enige jurisprudentie over de periode voor 2010 behandeld, om een beeld te vormen hoe moeilijk het vermogen van een trust te vangen was voor de belastingheffing.

Ten tweede zal gekeken worden naar het ingestelde APV regime. Ook de strekking achter deze bepaling zal de revue passeren.

Ten derde zal belicht worden hoe men al dan niet een lagere belastingdruk kan opzoeken en welke vereisten en problemen daarmee gemoeid gaan.

Ten vierde zal het gelijkheidsbeginsel aan bod komen om het laatste deel van de probleemstelling te belichten. De grondbeginselen van het gelijkheidsbeginsel passeren de revue samen met een kijk op verticale ongelijkheid.

Afgesloten zal worden met een conclusie die de probleemstelling beantwoordt.

2.1 Inleiding

De ideale situatie kan men creëren door te zorgen dat vermogen bij geen enkele natuurlijke persoon, dan wel rechtspersoon, in de belastingheffing wordt betrokken. Dat doet zich voor wanneer het vermogen niet wordt belast bij degene die het vermogen afzondert, het vermogen zelf niet in de heffing wordt betrokken en als het ook niet bij de begunstigde wordt belast. Het vermogen ‘zweeft’ in feite door de heffingsgrondslagen heen.¹² De staatssecretaris van Financiën definieert ‘zweven’ als volgt: “Met zweven wordt bedoeld dat het afgezonderde vermogen bij geen enkele persoon in de belastingheffing wordt betrokken: niet bij degene die het heeft afgezonderd, niet bij het afgezonderde vermogen zelf en niet bij de begunstigden.”¹³ Hierbij wordt dus vermogen afgezonderd. Een reden om vermogen af te zonderen kan simpelweg het beschermen van (familie)vermogen zijn. Zo kan het vermogen afgeschermd worden voor crediteuren. Het kan ook zo zijn dat een vermogend persoon niet wil dat zijn erfgenamen het geërfde vermogen aan bepaalde luxe goederen uitgegeven, of dat zij maar een bepaald deel hiervan mogen opnemen om op die wijze het vermogen langer in stand te houden. Een voordeel kan zijn dat het vermogen dus langer in de familie blijft omdat het gebundeld is. Zou je het niet bundelen en de nalatenschap wordt verdeeld, dan is het vermogen na een paar generaties weg. Het kan daarmee fungeren als een bescherming tegen spijziekte, omdat het een rem op de individuele uitgavenbehoefte is. De hele familie, of het bestuur van de stichting, moet namelijk toestemming geven als een familielid iets uit hun familievermogen zou willen halen. ‘De politiek staat achter de bovenstaande beweegredenen om het familievermogen te bundelen en te beschermen. Echter mag het niet leiden tot een heffingsvacuüm.’¹⁴ Met de nieuwe APV-regeling wordt volgens politici het ontduiken en ontwijken van de belastingheffing door bezitters van grote vermogens aangepakt.¹⁵ Bekende vormen die gebruikt werden voor deze ontwijking waren naast de (Angelsaksische) trust, ook de Stichting Particulier fonds (SPF) en de Liechtensteinse Stiftungen. In tegenstelling tot de hiervoor genoemde trust,

¹² E. Nelissen en H. Bom, *Memo financiële planning ‘De Successiewet vanaf 2010: een praktische handleiding voor adviseurs en belastingplichtigen’*, Deventer: Kluwer 2009, p. 78.

¹³ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr.3, p. 10

¹⁴ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr.3, p. 10.

¹⁵ Aanhangsel Handelingen I, 2009-10, 31 930, nr. 13, p. Leijnse (PvdA)

zijn de andere twee rechtspersonen te vergelijken met stichtingen. Na een korte wetgeschiedenis zal ik de trust en de verschillende vormen daarvan beschrijven, waarna belangrijke trustarresten de revue zullen passeren.

2.2 Wetgeschiedenis¹⁶

Zoals eerder aangegeven waren vanuit onder andere de belastingdienst signalen dat de vermogende particulieren hun vermogen afzonderden teneinde belastingheffing te ontgaan. De particulieren stellen een afgezonderd vermogen in en storten daarin hun vermogen¹⁷. Ze laten het vervolgens beheren door een trustee in een gunstig belastingklimaat¹⁸. Ze beheren het niet zelf en laten het doorgaans via akten uitkeren aan familieleden. Er kon makkelijk worden gespeeld met het vermogen omdat de afzondering in een (nu genoemde) APV¹⁹ ervoor zorgde dat het vermogen uit het vermogen van de inbrenger ging en niet viel in het vermogen van de begunstigden²⁰ evenals van de trustee. Dat komt simpelweg omdat geen eigendomsbewijzen aanwezig zijn. Op die wijze zorgden de vermogende particulieren ervoor dat een heffingsvacuüm werd gecreëerd. Er viel tenslotte niemand aan te wijzen aan wie het vermogen toekwam.

Zoals hiervoor aangegeven waren de (Liechtensteinse) Stiftung en de Antiliaanse SPF ook zeer populair. Dit komt, omdat ze net zoals de trust, geen eigendomstitel of economische deelgerechtigdheid kennen. Hoewel de Staatsecretaris van Financiën aangeeft dat het beschermen en bundelen op deze wijze kan en zou moeten kunnen, is de andere kant van het verhaal dat het niet mag leiden tot een vacuüm die de Nederlandse heffingsgrondslag uitholt.

¹⁶ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3, p. 9-11

Deze alinea is gebaseerd op de parlementaire behandeling en de memorie van toelichting.

¹⁷ Het gaat hierbij veelal om courante beleggingen.

¹⁸ Denk hierbij aan de bekende belastingparadijzen. Hier is sprake van geen of nauwelijks belasting van de winst.

¹⁹ Destijds ook wel zwevend vermogen of doelvermogens genoemd. Denk in dit licht ook aan goede doelen (zoals een ANBI)

²⁰ Tenzij het een juridisch afdwingbaar recht is (voorheen 'als er sprake was van een meer dan blote verwachting'), maar men structureerde het doorgaans op zo'n wijze dat daarvan geen sprake kon zijn. Bij de terugkeer wordt het vermogen wel gewoon belast.

Na de trustarresten in 1998²¹ kreeg de belastingdienst het nog moeilijker om afgezonderde particulieren vermogens te vangen. De uitspraken werden juist gebruikt voor de internationale estateplanning. Er kon zo met meer zekerheid worden afgezonderd.

Door de nieuw opgestelde APV-regeling hoopt de wetgever de belastingdienst enerzijds meer instrumenten te geven om de constructies (in de uitvoerende sfeer) aan te pakken en anderzijds de fiscale behandeling van deze vermogens wettelijk op een duidelijke wijze te regelen.

2.3 De Trust

De trust neemt een belangrijke positie in het Engelse recht in.²² Er zijn veel verschijningsvormen van een trust. Zo kan een trust herroepelijk (revocable) of onherroepelijk (irrevocable) zijn, fixed of discretionary en privaat of publiek. David J Hayton beschrijft een trust als volgt:

*“A trust is an equitable obligation, binding a person to deal with property owned by him for the benefit of persons, of whom he may himself be one, and any one whom may enforce the obligation”.*²³

Een trust is niet aan te duiden als een rechtspersoon en heeft daarom ook geen rechtspersoonlijkheid. Het is dus een bindende overeenkomst die ontstaat op het moment dat een insteller (settlor) vermogensbestanddelen overdraagt aan een beheerder (trustee), die dat vermogen gaat beheren voor de begunstigten (beneficiaries).²⁴ Na de instelling is de trustee de juridische eigenaar geworden. Hij beschikt echter niet over het economische eigendom. “De (Angelsaksische) trust ontstaat door middel van een eenzijdige rechtshandeling”.²⁵

²¹ Deze worden in dit hoofdstuk nader belicht.

²² D.W. Aersten, *De Trust: beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 11.

²³ A. Underhill en J. Hayton, *Law relating to trusts and trustees*, Londen: Butterworths 2003, p.3.

²⁴ F. Sonneveldt en A.H.N. Stollenwerck, *Estate planning*, Amersfoort: Sdu uitgevers 2010, p. 392.

²⁵ D.W. Aersten, *De Trust: beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 20.

2.3.1. Herroepbaarheid

Zoals eerder aangegeven kan een trust herroepbaar of onherroepbaar zijn. Bij de onherroepbare trust verdwijnt het vermogen, dat bedoeld is voor de trust, voorgoed uit het vermogen van de insteller. Bij de herroepbare trust keert de beschikkingsmacht terug bij de insteller na de herroeping van het ingebrachte vermogen. Dat recht valt eventueel te waarden.

2.3.2 Rechten trustee

Tevens dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de discretionary trust en fixed trust. Bij de discretionary trust geniet de trustee grote beleidsvrijheid. De trustee kan de rechten van de begunstigde naar eigen inzicht invullen.²⁶ Zo kan hij bijvoorbeeld rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van alle begunstigten op dat moment. 'De insteller heeft wel de mogelijkheid om een 'letter of wishes' op te stellen. Zo kan de insteller zijn voorkeur kenbaar maken aan de trustee en op deze manier de begunstigten aanwijzen en de voorwaarden van het uitkeren kenbaar maken'.²⁷ Deze brief kan te allen tijde veranderd worden.

De tegenhanger van deze trustvorm is de fixed trust. Hier bepaalt de insteller wat de begunstigten verkrijgen uit het ingestelde vermogen. Een veelvoorkomende fixed trust is de 'bare trust'²⁸. Daarbij heeft de trustee, in tegenstelling tot de meeste fixed trust, geen actieve verplichtingen kijkend naar het ingestelde vermogen, maar is de begunstigde direct gerechtigd tot het inkomen en kapitaal van de trust.²⁹ Een tegenhanger is de 'live interest trust'. 'De begunstigde heeft in dat geval zijn hele leven, als 'life tenant'³⁰, recht op het inkomen uit de trust, terwijl daarnaast de andere begunstigten, als de 'remaindermen', slechts aanspraak hebben op het trustvermogen

²⁶ M. Ramjohn, *Sourcebook on law of trusts*, London: Cavendish Publishing Limited 1998, p. 90.

²⁷ M. Lupoi, *Trust: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 262.

²⁸ Ook wel 'simple trust' genoemd. TFO: Inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust een onderzoek naar fiscale (non-)transparantie, 2010/1

²⁹ Convention between (State A) and (State B) for the avoidance of double taxation with respect to taxes on estates and inheritances and on gifts artikel 1 §16, definieert drie te onderscheiden categorieën.

³⁰ Om het begrip meer invulling te geven wordt het verhelderd door middel van dit voorbeeld; Een 'life estate' geeft iemand (persoon A) voor de rest van zijn leven het eigendom(srecht) van een landgoed, dat terugkeert naar de initiële eigenaar bij het overlijden van A. Persoon A heet in dit geval de life tenant.

bij het overlijden van de life tenant.’³¹ Als de trust onherroepbaar van aard is, verdwijnt het vermogen voorgoed uit het vermogen van de insteller. Dit schetst een verwachtingspatroon voor de begunstigten (interest genaamd) aangezien door de (fixed) trust duidelijkheid is over het vermogen. Deze fixed interest zorgt ervoor dat vooraf duidelijk is welk deel van het vermogen toekomt aan de begunstigten. ‘Door deze gerechtigheid valt de fixed trust in beginsel niet onder de definitie van het begrip APV’, aldus Roelofs.³² Niet iedereen deelt deze mening. Zelf zou ik de gedachtegang van de Boer volgen, zo kan de fixed trust ook louter voor een verwachting zorgen. ‘Dat is namelijk afhankelijk van de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de trustee.’³³

De staatssecretaris merkt echter op:

“Van de trust, maar ook van andere rechtsfiguren, is bekend dat deze vele verschijningsvormen kent. Voor het komende hoofdstuk dient opgemerkt te worden dat een onderscheid in naam, als irrevocable of revocable, discretionary of fixed of een ander onderscheid voor de toepassing van artikel 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001, niet van belang is”.³⁴

2.3.2 Trust arresten

Vanaf de jaren negentig is veel veranderd op het gebied van de trust. Zo werd de trust op grond van het Haagse trustverdrag erkend en hebben een groot aantal arresten gezorgd voor meer duidelijkheid omtrent de fiscale behandeling van de trust. Hieronder zal nader worden ingegaan op de bovengenoemde onderwerpen en hun weerslag op de behandeling van de trust in Nederland.

³¹ J.P.Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 17, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 277

³² E.R. Roelofs, WFR: *Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de trust niet*, 2010/1632, afl. 6887

³³ J.P.Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 17, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 24

³⁴ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3, p. 51.

2.3.3.1 Haagse trustverdrag

In het Nederlandse civiele rechtssysteem komt de trust (of een vorm daarvan) niet voor. Desalniettemin heeft de Nederlandse overheid besloten de trust wel te erkennen. Dat is bekrachtigd door middel van “Het ‘Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trust’, ook wel het Haagse Trustverdrag genaamd (hierna: trustverdrag), en is op 1 februari 1996 voor Nederland inwerking getreden”.³⁵

Het toelaten van de voordelen van de trust in Nederland staat of valt bij de erkenning ervan. ‘Zo wordt in hoofdstuk 1 de reikwijdte bepaald. In hoofdstuk 3 staan alle aspecten geformuleerd die aangeven wanneer het verdrag geldt, hier wordt dus de erkenning van de trust besproken. En het vierde hoofdstuk behandelt de algemene bepalingen’.³⁶

De civiele erkenning zegt echter niets over de fiscale behandeling van de trust³⁷. Enkele arresten hebben duidelijkheid geschept over de fiscale behandeling en dan met name in de Successiewet. Volledigheidshalve behandel ik kort de Novemberarresten³⁸, omdat de uitkomst hiervan kan gaan uitwerken op de wet IB en de wet VPB. Recentelijk zijn enkele arresten geweest die betrekking hebben op de erkenning van de trust en de behandeling in de IB.

³⁵ D.W. Aersten, *De Trust: beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 103.

³⁶ C.D. van Boeschoten en R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief: het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 12.

³⁷ De fiscus probeert via het trustverdrag eerst de bestaansgrond te bestrijden en richt zich op afdwingbare juridische bevoegdheid. Zie Hof Amsterdam, 8 november 2012, nr. 11/00165 t/m 11/00168, LJN BY5802.

³⁸ Verzamelnaam voor arresten m.b.t. de trust in Nederland en de fiscale behandeling daarvan. Ze zijn allemaal op 18 november 1998 geweest en worden nader behandeld.

2.3.3.2. Novemberarresten

De achttiende november 1998 was een belangrijke dag omtrent de trust en zijn behandeling in de Successiewet 1956. De HR deed op deze datum namelijk vier uitspraken die te maken hadden met een irrevocable discretionary trust. Het betroffen Jersey trusts³⁹ en een trust gebaseerd op het recht van de Kaaimaneilanden⁴⁰. Door de grote gelijkenissen in deze zaken en uitspraken, zal ik enkel de eerste uitspraak behandelen⁴¹. De gelijkenis zit hem namelijk in het feit dat het in alle vier de zaken ging om het volgende: “ de vraag of instelling van een irrevocable discretionary trust of de latere toevoeging van vermogen daaraan door een inwoner van Nederland gekwalificeerd kan worden als een schenking in de zin van de Successiewet 1956”⁴².

2.3.3.2.1 Feiten⁴³

Op 30 juli 1992 heeft JX, woonachtig in Nederland, een tweetal trusts opgericht naar het recht van Jersey: namelijk AY- en BY trust. Beide trusts hebben dezelfde trustee en begunstigen. Ten eerste heeft de insteller, in verband met de instelling, aan beide trusts een bedrag van f 6.416 overgemaakt aan de trustee, Rabobank Trust Company (Jersey) Ltd.. Ten tweede heeft de insteller later in dat jaar aan het AY trust een tweede inbreng gedaan ter grootte van f 1.500.000 en aandelen in een Luxemburgse houdstermaatschappij ter waarde van f 38.414.000. De begunstigen zijn de Stichting AX en de nakomelingen van LX, de vader van de insteller, en de echtgenotes, weduwen en weduwnaars van deze nakomelingen. De trustee is bevoegd geheel te handelen naar eigen inzicht, mits hij handelt binnen het omschreven doel van de trust. De vrijheid wordt nog enigszins beperkt door de instelling van een ‘protector’: “ The role of a protector is a fiduciary⁴⁴ role (...) to safeguard the trust from several hazards, whether relating to the trustee (...) or to beneficiaries (...) or to the trust arrangements (...)”⁴⁵. Hij is aangewezen om de trustee te sturen of te beperken in relatie tot zijn bezigheden en besluiten met het oog van de trust.

³⁹ BNB 1999/35, nr. 31 756 en BNB 1999/36, nr. 31 757-31 758

⁴⁰ BNB 1999/37, nr. 31 759

⁴¹ Hierna zal ik enkel BNB 1999/35, nr. 31 756 behandelen en uitwerken

⁴² F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2000, p. 102.

⁴³ BNB 1999/35, §1, §2, §3.1 en §3.6

⁴⁴ Als vertrouwensman/berustend op vertrouwen.

⁴⁵ A. Underhill en J. Hayton, *Law relating to trusts and trustees*, Londen: Butterworths 2003, p. 30.

De protector is in deze zaak LX. Er is bij akte besloten om de protector onder andere het recht te geven om de trustee te ontslaan en de status van de begunstigden, bedoelt als hierboven, te ontnemen.

Tevens is het mogelijk nieuwe begunstigden toe te voegen aan de lijst. De protector is verboden, door zijn handelen, enig voordeel te genieten uit de trust door zijn handelen. De hierboven genoemde stichting heeft als oogmerk de kankerbestrijding te ondersteunen en in Afrika ziekenhuisprojecten op te zetten om daarmee een bijdrage te leveren aan de ontwikkelingshulp op dat continent.

Met betrekking tot het afzonderen van het vermogen aan beide trusts zijn aanslagen schenkingsrecht opgelegd. Met goedkeuring van de Inspecteur is direct beroep ingesteld bij het Hof 's-Gravenhage. 'Het Hof heeft beide aanslagen vernietigd omdat niet aannemelijk is gemaakt dat de trust is ingesteld ter ontduiking van de wet en omdat de aanspraken die de begunstigen verwachten nog te onzeker en onbepaald zijn'⁴⁶.

2.3.3.2.2. Oordeel Hoge Raad

Ook deze uitspraak bestaat uit twee delen. Als eerst werd beantwoord of de trust op een rechtsgeldige wijze tot stand is gekomen en beantwoord die vraag positief. Het is dus ook niet in ter ontduiking van de Wet, fraudem legis. De tweede en meer belangrijke vraag die beantwoord moest worden, is de vraag of een verkrijger is aan te merken die in de SW 1956 kan worden betrokken.

Na de bespreking van alle mogelijke posities⁴⁷ kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat vanuit geen van de mogelijke posities recht kon worden ontleend aan het vermogen van de trust (geen economische beschikkingsmacht). De Hoge Raad gaat een andere kant op en stelt een aantal overwegingen die leiden tot het belasten van de trust als doelvermogen⁴⁸.

⁴⁶ F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2000, p. 104.

⁴⁷ BNB 1999/35 r.o. 3.6., De posities van: de insteller, protector, trustee en de begunstigen.

⁴⁸ BNB 1999/35 r.o. 3.8-3.10.

Ten eerste stelt de Hoge Raad, dat de insteller uit vrijgevigheid een schenking heeft gedaan aan een begunstigde en daardoor is verarmd. Hierboven is gebleken dat geen van de posities kon worden belast. Om toch tot heffing over te kunnen gaan heeft de Hoge Raad tevens bepaald dat een trust hetzelfde behandeld dient te worden als een doelvermogen 'in de zin van de SW 1956'⁴⁹.

2.3.3.2.3. Gevolgen Novemberarresten

Het gevolg van de verkrijging in de SW 1956 is dat de trust wordt belast tegen het hoogste tarief. Als de trust bij de instelling wordt belast tegen dit tarief, dan worden toekomstige uitkeringen niet meer belast in de SW 1956. Een voordeel zou behaald kunnen worden door een vermogen in te brengen met een lage waarde, maar met een groot groeipotentieel. Denk hierbij aan een aandeel in een startende onderneming of bijvoorbeeld aandelen in een BV of NV. Ook zouden vermogensrechten daar veel voordeel mee kunnen behalen.⁵⁰ Via deze wijze is het dus nog financieel interessant een irrevocable discretionary trust in te stellen.

De arresten hebben ervoor gezorgd dat een barrière is opgeworpen zodat men niet massaal irrevocable discretionary trusts ging instellen en hieraan een groot deel van het vermogen zou overdragen, waardoor men de inkomsten uit dit vermogen zou verliezen. In casu hierboven behandeld is, zien we dat herroepelijk is ingebracht. Na het arrest is deze herroepingsclausule ingeroepen, zodat niet daadwerkelijk is geheven. Wel moet men in gedachten houden dat de trust (on)herroepelijk kan zijn evenals de schenking.

2.3.3.2.4. Commentaar op Novemberarresten

Dat de trust tegen het hoogste tarief wordt belast valt te betreuren. Het zou in mijn ogen gelijkmatiger moeten worden behandeld in vergelijking met de andere regelingen in de SW 1956. Daarnaast is het twijfelachtig of de Hoge Raad verruiming van de verkrijging kan beargumenteren. De SW 1956 kijkt namelijk vanuit het civiele recht, daar waar de doelvermogens niet als een rechtssubject zijn aangemerkt. Ik betwijfel of het juist is dat een verkrijger 'gecreëerd' is door de HR.

⁴⁹ Om in de SW 1956 aangemerkt te worden moet er sprake zijn van een verkrijger. Het doelvermogen is dus op zijn beurt gelijkgesteld tot verkrijger. De HR heeft de irrevocable discretionary trust aangemerkt als zelfstandig doelvermogen, dat moest worden beschouwd als de verkrijger voor de Successiewet.

⁵⁰ Denk hierbij aan octrooien en patenten.

2.3.3.3. Rechtbank Den Haag⁵¹

Dit betreft een uitspraak die niet zozeer een effect heeft op de behandeling van de trust, maar aangeeft hoe lastig het is gebleven om een trust te kunnen belasten, zelfs na de novemberarresten.

Een van origine Nederlandse mevrouw X emigreerde in 1964 naar Duitsland, waar zij een trust heeft ingesteld naar het recht van Guernsey. Na remigratie (via België) stelde de inspecteur dat het vermogen van de trust moest worden toegerekend aan het inkomen uit sparen en beleggen. In de trustakte heeft mevrouw X onder andere onherroepelijk afstand gedaan van de beschikkingsmacht. Daarmee heeft ze dus niets meer te zeggen over het door haar ingestelde vermogen. Ze heeft tevens geen voorwaardelijk recht op een uitkering. De trustee is vrij in zijn of haar handelen. De rechtbank concludeerde, grotendeels op de hierboven beschreven feiten, dat sprake is van een irrevocable discretionary trust.

Om toch voor de inkomstenbelasting in aanmerking te komen moest de inspecteur aannemelijk maken dat mevrouw X toch enig afdwingbaar recht had uit de trust. Aangezien de stelling van de inspecteur onvoldoende was gemotiveerd, kwam de Rechtbank tot het oordeel dat de trust een zelfstandige entiteit is en dus niet te belasten valt binnen de inkomstenbelasting.

Uit bovenstaande uitspraak kan worden opgemaakt dat het voor de inspecteur moeilijk blijft om een overgang van (economische)beschikkingsmacht aan te tonen, mede omdat de bewijslast bij hem ligt. En als uit de trustakte blijkt dat het gaat om een irrevocable discretionary trust, is het zeer moeilijk om aan te tonen dat toch enige vorm van beschikkingsmacht in of enig afdwingbaar recht uit de trust aanwezig is. Het Gerechtshof bevestigt deze uitspraak van de Rechtbank in 2010⁵².

⁵¹ NTFR 2010/658, Rechtbank Den Haag 16 december 2009, nr 09/02177

⁵² Hof Den Haag, 3 november 2010, nrs. BK-10/00138 en BK-10/00139. Het cassatieberoep hiertegen is ingetrokken door de staatssecretaris (27 januari 2011, nr. DGB 2010-8519).

2.4 Conclusie

Het APV regime is onder andere ontstaan door signalen uit de praktijk. Vermogen werd afgezonderd teneinde een belastingvoordeel op te doen. Er bestaan vele vormen van een trust bestaan, die ieder weer andere consequenties met zich meebrengen. Dat blijkt onder andere uit de besproken jurisprudentie. Deze arresten zijn van belang, omdat het aangeeft hoe de rechtelijke macht voor 2010 omging met het fenomeen van de trust. Ondanks dat heffingsgronden bij de novemberarresten ontbraken, is door de Hoge Raad een situatie gecreëerd om het vermogen te belasten. Voor de uitvoerende macht is gebleken dat het vangen van een trust gecompliceerd bleef, omdat de beschikkingsmacht moeilijk aantoonbaar is.

Hoofdstuk 3

Afgezonderd particulier vermogen vanaf 1 januari 2010

3.1 Inleiding

Om een beter beeld te krijgen van de reikwijdte van de APV regeling in de wet IB, is het van belang eerst toe te lichten wat überhaupt onder de term 'afzonderen' verstaan wordt, alvorens de regeling te bespreken. Als eenmaal sprake is van een afgezonderd vermogen, zal gekeken moeten worden wat het toepassingsbereik is en op welke wijze dat wordt toegerekend. Zo wordt in beginsel toegerekend aan de insteller, maar het is ook mogelijk dat wordt toegerekend aan erfgenamen of een VPB-plichtig lichaam, zoals een BV of NV. Alle drie de toerekeningmethoden zullen nader worden besproken. De APV-regeling kent ook een 'escape'. Daarmee wordt van toerekening afgezien, het moet dan gaan om een reële heffing over de winst. De vraag die beantwoord dient te worden is of met behulp van het APV regime een fiscaal voordeel behaald zou kunnen worden.

3.2 Afzonderen

Voordat gekeken kan worden naar de toerekening van het APV, moet beoordeeld worden wanneer al dan niet sprake is van het afzonderen van vermogen. Dit is als volgt gedefinieerd in de wet:

"(...) onder het afzonderen van vermogen wordt verstaan:

- a) het om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen van vermogensbestanddelen in een afgezonderd particulier vermogen;*
- b) het rechtens dan wel in feite, direct of indirect, vervreemden van vermogensbestanddelen aan een afgezonderd particulier vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd van de vervreemder, van zijn partner of van een of meer van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn."⁵³*

Duidelijk is dat het begrip afzonderen erg ruim is gedefinieerd. "De wetgever heeft hier bewust voor gekozen.

⁵³ Artikel 4,14a, lid3 Wet IB 2001

Naast het ondervangen van reeds bekende wijzen van afzonderen, is de achterliggende reden van de ruime definitie, het indekken voor toekomstige ontwikkelingen. Daarmee is sprake van een dynamisch begrip dat niet alleen het vervreemden en schenken omvangt, maar ook de fictieve vervreemdingen⁵⁴⁵⁵

‘Er wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen het afzonderen ‘onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden’ en het vervreemden aan een APV. Als wordt afgezonderd onder ongebruikelijke voorwaarden, zal altijd sprake zijn van toerekening. Bij het vervreemden zal alleen worden toegerekend als een meer dan bijkomstig particulier belang wordt beoogd⁵⁶ of sprake is van afzondering aan zijn partner, dan wel bloed- of aanverwanten.’⁵⁷

Persoonlijk vind ik dat een logische afbakening. Allereerst wordt terecht vanuit gegaan dat een onafhankelijke derde niet onder die voorwaarden zijn vermogen afzondert. Doe je dat wel, dan zijn de motieven verkeerd⁵⁸ en wordt terecht toegerekend. Als je over de horde van het onzakelijke heengaat, kom je uit bij de zakelijke transacties. Door enkel bij de partner, dan wel bloed- of aanverwanten te spreken van afzonderen, valt een ‘gewone’⁵⁹ afzondering met zakelijke motieven buiten de APV regeling. “Door in de wetgeving de termen ‘direct of indirect’ op te nemen, wordt voorkomen dat het enkel tussenschakelen van een derde ervoor zorgt dat men niet spreekt van afzonderen.”⁶⁰

⁵⁴ Denk aan de fictieve vervreemdingen van artikel 4.16 Wet IB

⁵⁵ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3, p. 55

⁵⁶ Zie § 4.8 voor een nadere definitie

⁵⁷ B.E. Reinhartz, W.D. Kolkman, L.C.A. Verstappen, *Erfrecht Relatievermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1126-1127.

⁵⁸ De wetgever keurt het af als vermogen wordt afgezonderd onder zulke omstandigheden, om bijvoorbeeld een familiebelang te creëren.

⁵⁹ Hier kan je denken aan de afzondering van een goed aan een APV ten goede van een derde, niet zijnde de partner, bloed- of aanverwanten. De beoogde groep, de groep die via de buitenlandse rechtsfiguren een heffingsvacuüm proberen te creëren, wordt zo correct betrokken in het regime.

⁶⁰ E. Nelissen en H. Bom, *Memo financiële planning ‘De Successiewet vanaf 2010: een praktische handleiding voor adviseurs en belastingplichtigen’*, Deventer: Kluwer 2009, p. 80.

3.3 Meer dan bijkomstig particulier belang

Voor de reikwijdte van de wet wordt een kader afgebakend in het tweede lid. Namelijk: *“(...) wordt verstaan onder een afgezonderd particulier vermogen, niet zijnde een instelling als bedoeld in 32, eerste lid, onder 8°, van de Successiewet 1956: een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd (...)”*.

In bovenstaande wordt dus duidelijk aangegeven wat de wetgever verstaat onder de term APV. In de beschrijving worden enkele termen aangehaald die niet op zichzelf staan. Zo moet het gaan om een ‘meer dan bijkomstig’ en een ‘particulier belang’. Aan beide eisen moet dus worden voldaan. “De term ‘meer dan bijkomstig’ is erin opgenomen om de praktijk de mogelijkheid te bieden rekening te houden met de mogelijke toekomstige veranderingen en daarmee een betere invulling te geven aan de term particulier belang. Door dit onderscheid erin op te nemen, kan een eerder afgezonderd recht, dat toentertijd (nagenoeg) geen waarde bezat in het economische verkeer, alsnog worden aangemerkt als een particulier belang.”⁶¹ “Het begrip ‘meer dan bijkomstig’ omvat naast de activiteiten ook de aard en omvang van het vermogen, als de feitelijke omstandigheden gericht zijn op een particulier belang. De toerekeningregeling treedt pas in werking als men niet meer kan spreken van incidentele uitkeringen. Denk hierbij aan uitkeringen aan familieleden. Het particuliere belang is niet nader gedefinieerd, maar zal zich in de praktijk moeten gaan duiden. Wel geeft het aan dat het zal zien op slechts een beperkte groep, meestal familieleden.”⁶²

Door middel van deze bepaling wordt duidelijk het toepassingsgebied weergegeven. Naar mijn mening is dit een goede afbakening van de bedoelde regeling.

⁶¹ B.E. Reinhartz, W.D. Kolkman, L.C.A. Verstappen, *Erfrecht Relatievermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1126

⁶² Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, p. 55

3.4 Toerekening van afgezonderde particulier vermogen

De hoofdregel van 2.14a IB 2001 is in eerste opzicht eenvoudig: aan degene die het vermogen in het APV heeft ingebracht (de insteller) moet dat vermogen worden toegerekend. Dat blijkt uit het eerste lid:

“(...) worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een APV als bedoelt in het tweede lid, geacht bij degene die dat vermogen bij leven of bij overlijden heeft afgezonderd tot zijn bezit te behoren, onderscheidenlijk op te komen (toerekening). (...)”.

Daaruit is op te maken dat het APV fiscaal wordt toegerekend. Deze fiscale behandeling is geselecteerd om verwarring te voorkomen bij de toerekening van het object dan wel het subject.

Wat dat verder inhoudt voor de wet IB 2001, wordt in een later hoofdstuk behandeld.

Ook wordt specifiek besproken hoe gehandeld dient te worden na overlijden:

“(...) ‘bovenstaande’ wordt toegerekend aan diens erfgenamen, per erfgenaam in dezelfde verhouding als hij verkrijger krachtens erfrecht is van de overledene. (...)”

‘Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen revocable en irrevocable. Bij de toerekening is echter het onderscheid discretionair en fixed (niet-discretionair) wel van belang. Enkel het discretionaire deel moet worden toegerekend aan de persoon die het heeft afgezonderd’.⁶³ Toch ontstaat geen lek.

Het fixed deel kan op grond van artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 aan de begunstigde(n) worden toegerekend, mits zij:

“rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde zijn van het APV indien degenen die het vermogen heeft afgezonderd, diens partner en diens erfgenamen niet zijn te bepalen”

⁶³ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 51-52

Anders moet de begunstigde het recht in box 3 in aanmerking nemen.⁶⁴ Het zal dan rekening moeten houden met een forfaitaire berekening.⁶⁵ Dit kan naar mijn mening wel zorgen voor een probleem. Op het moment dat een insteller vermogen inbrengt, en met name in een fixed trust, valt dat ingebrachte vermogen (voor het 'fixed' deel), mits sprake is van een juridisch afdwingbaar recht⁶⁶, in het vermogen van de begunstigde. De begunstigde beschikt nog over niks, maar wordt hierover wel belast in box 3.

Dit kan een liquiditeitsprobleem met zich meebrengen als de jaarlijkse belastingheffing groter is dan de inkomsten uit het APV. Maar mijn mening zou de wetgever hier de begunstigde tegemoet moeten komen. Een voor de hand liggende optie zou het aanbieden van de mogelijkheid tot uitstel van betaling via een conserverende aanslag. Die aanslag zal dan moeten vrijvallen bij uitkering aan de op dat moment begunstigde (kan ook een erfgenaam betreffen).

'Als men het heeft over bezittingen kan gedacht worden aan liquiditeiten, aandelen in familievennootschappen (box 3), effecten, banktegoeden, maar ook aan octrooien en licenties. Aan de andere zijde kan gedacht worden aan schulden die verband houden met verplichtingen zoals hypothecaire leningen ter zake van onroerend goed of leningen voor de financiering van de aankoop van aanmerkelijkbelangaandelen'.⁶⁷

3.5 Toerekening aan (opvolgende) erfgenamen

Zoals hierboven al is aangegeven wordt in lid 1 ook bepaald hoe moet worden toegerekend als de insteller komt te overlijden. Er dient te worden toegerekend aan de erfgenamen en mochten die al overleden zijn, aan hun opvolgende erfgenamen. Deze toerekening gebeurt dus op basis van de grootte van het erfdeel en niet op basis van hun feitelijke gerechtigheid tot het vermogen.

⁶⁴ Artikel 5.3, lid 2, sub f Wet IB 2001, artikel 5.23 Wet IB 2001

Het toerekenen van het vermogen hoeft niet overeen te komen met de forfaitaire berekening van de p.u. o.g.v. art. 5.23 IB. De schuld die de inbrenger in aftrek brengt, zal ook forfaitair worden berekend op dezelfde wijze, zodat in totaal bij de inbrenger en begunstigde wel 100% in aanmerking wordt genomen.

⁶⁵ O.g.v. artikel 19 e.v. Uitvoeringsbesluit IB 2001

⁶⁶ zie art. 4a, lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001

⁶⁷ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 51.

‘Opgemerkt dient te worden dat bewust is gekozen voor de term erfgenaam en niet ‘verkrijger krachtens erfrecht’. Dat is namelijk gedaan om legatarissen en lastbevoordeelde uit te sluiten van deze regeling, omdat toerekening daaraan voor onredelijke gevolgen kan zorgen.’⁶⁸

Het begrip erfgenaam volgt het wettelijke erfrecht danwel het testament dat is opgemaakt.⁶⁹

“Onder een erfgenaam wordt mede verstaan een persoon die is onterft en die rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde is van het afgezonderd particulier vermogen of wiens bloed- of aanverwanten in rechte lijn in feite, direct of indirect begunstigde is van het afgezonderd particulier vermogen”⁷⁰.

De overheid heeft deze bepaling opgenomen als een anti-misbruik bepaling. Gedacht kan worden aan het benoemen van de Staat of een ANBI als erfgenaam, waardoor bloedverwanten worden onterfd, terwijl men die bloedverwanten had aangemerkt als begunstigten. Hierdoor zou de bedoelde toerekening kunnen worden ontlopen. Met dit lid is daar dus een stokje voor gestoken.

Er valt echter wel het een en ander te zeggen voor de toerekening aan erfgenamen. ‘Internationaal is het niet ongebruikelijk dat wordt toegerekend aan de inbrenger. De toerekening aan de erfgenamen wordt door de Redactie Vakstudie Nieuws als principieel onjuist gezien. Zij zijn van mening dat het trustvermogen naar zijn aard geen onderwerp is van het testament. Men kan dus ook niet met zekerheid stellen dat de erfgenamen ook en in dezelfde mate de begunstigten zullen zijn van dat ingestelde vermogen.’⁷¹

Het vijfde lid kent een uitzondering op de hoofdregel. De staatssecretaris komt met het volgende voorbeeld: ‘een man krijgt een buitenechtelijk kind en erkend dit kind niet, maar wil het niet onverzorgd achter laten. Er is door het niet erkennen geen familierechtelijke relatie en het kind is daardoor geen erfgenaam.

⁶⁸ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting, alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Deventer: Kluwer 2010, p. 64.

⁶⁹ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 52.

⁷⁰ Artikel 2.14a, lid 4 Wet IB 2001

⁷¹ Vakstudie Nieuws 2009/22.3

De man richt een trust op en schenkt anoniem, met tussenkomst van een financiële dienstverlener, een som geld aan de trust. Via een 'letter of wishes' ontvangt het kind telkens een deel uit de trust. Aangezien de insteller anoniem is en dit niet te achterhalen is via de akte, regelt lid vier dat in deze situatie de begunstigde, hier het niet erkende kind, het volledige inkomen en vermogen van het APV toegerekend krijgt.⁷²

Aangezien niet bekend is wie de insteller is, wordt de begunstigde automatisch belast.

Er kan echter wel beroep worden gedaan op de tegenbewijsregeling in het zesde lid. Dat lid zorgt ervoor dat de toerekening niet plaatsvindt aan:

*“een erfgenaam, ingeval blijkt dat deze persoon en diens partner niet rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde zijn van het APV en dit ook niet kunnen worden”.*⁷³

Het biedt de erfgenaam dus de mogelijkheid bewijs aan te leveren dat er op duidt dat het APV niet aan hem dient te worden toegerekend. 'De wetgever heeft gekozen een verzwaarde bewijslast te hanteren. Hiervoor is gekozen om uit te sluiten dat men met een onjuiste verklaring, niet overeen met de materiële feiten en omstandigheden, eenvoudig van dit lid gebruik kan maken. De wetgever schetst de situatie van het 'zwarte schaap' in de familie. Hij wordt dan in de akte aangemerkt als uitgesloten persoon voor het heden en voor de toekomst.

Het uitsluiten van de ene erfgenaam betekent een toename bij een andere, waardoor zich geen heffingslek voordoet.⁷⁴

In de uitvoeringsregeling⁷⁵ is opgenomen welke gegevens men dient te tonen aan de inspecteur, alvorens aanspraak te kunnen maken op het zesde lid. Zo moet een beschrijving worden gegeven van het APV en het land waar het APV gevestigd is, evenals de akten, inclusief bijlage. Ook moeten de meest actuele jaarstukken getoond worden (tot minimaal drie jaren terug). Dat alles moet samen met de adres- en naamgegevens van alle inbrengers en begunstigen duidelijk weergeven, dat de erfgenaam geen begunstigde is en dit ook in de toekomst op geen enkele wijzen zou kunnen worden.

⁷² Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 56

⁷³ Artikel 2.14a, lid 6 Wet IB 2001

⁷⁴ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 56-57

⁷⁵ Uitvoeringsregeling 4a(6) wet IB 2001

Het is ook mogelijk voor de inspecteur om een andere toerekening te kiezen⁷⁶, mits de feiten daar aanleiding toe geven. Dat mogelijkheid staat beschreven in het tweede deel van het zesde lid. Er zijn namelijk constructies te bedenken waarbij het APV niet of nauwelijks wordt belast. Je kan namelijk een erfgenaam 99% van het erfdeel toekennen en de andere een erfdeel van 1%, waarbij de eerste in het buitenland woont. Als de in Nederland wonende erfgenaam tevens de enige begunstigde tot het APV is, zou bij overlijden maar 1% van het APV worden belast. Het is zelfs denkbaar om de in Nederland wonende erfgenaam geen erfdeel toe te kennen, maar wel als enige begunstigde te erkennen.

Dat is (beiden) niet wenselijk en daarom kan de inspecteur de toerekening wijzigen: *“(...) de bedoelde toerekening is niet van toepassing ingeval blijkt dat de erfopvolging krachtens uiterste wilsbeschikking in overwegende mate is gericht op het geheel of gedeeltelijk ontgaan of uitstellen van de (...) bedoelde toerekening”*.⁷⁷ Mijns inziens moet het APV in beide situaties volledig worden belast. Het zal voor de uitvoerende macht wel lastig zijn aan te tonen wanneer het gericht is op het ontgaan of uitstellen.

3.6 Toerekening aan VPB-plichtige lichamen

‘Het kan ook voorkomen dat een VPB-plichtig lichaam (art. 2 Wet VPB 1969) een APV instelt. Die zal dat naar mijns inziens in principe doen uit bedrijfsbelang. ‘De staatssecretaris stelt zich echter op het standpunt dat dit uit particulier belang geschiedt en het in het APV ingebrachte vermogen daarmee eerst wordt uitgedeeld aan de aandeelhouder.’⁷⁸ De toerekening volgens de hoofdregel is erop gericht dat wordt toegerekend aan een ‘particulier’ en dat ‘meer dan bijkomstig in het belang’⁷⁹ daarvan is gehandeld. Dat is hier niet het geval, waardoor de hele regeling niet opgaat.

⁷⁶ 17 december 2009, *Stb.* 2009, 564

⁷⁷ Artikel 2.14a, lid 6, derde volzin Wet IB 2001.

⁷⁸ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 12-13.

⁷⁹ Deze definitie wordt later uitgebreid behandeld.

Als het lichaam een APV instelt ten behoeve van de aandeelhouder, wordt het bedrijfsbelang niet gediend.⁸⁰ Logischerwijs kan gedacht worden aan een winstuitdeling en dus wel een meer dan bijkomstig particulier belang. Als die situatie wordt geconstateerd zal, volgens de hoofdregel, worden toegerekend aan de aandeelhouder.

3.7 De Nederlandse reële heffing

Om dubbele belastingheffing te voorkomen is in het zevende lid een bepaling opgenomen. Het is namelijk mogelijk dat het APV al in de vennootschapsbelasting is belast.⁸¹ Zo wordt een in het buitenland gevestigde stichting, die een particulier belang nastreeft, die een onroerend zaak in Nederland bezit, belast in de wet VPB 1969.

Zonder het zevende lid kan ook worden ook geheven in de inkomstenbelasting:

“(…) worden niet begrepen de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven waarvoor het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing, waarbij het APV wordt geacht een onderneming te drijven met behulp van zijn gehele vermogen.”⁸²

De, in het buitenland gevestigde stichting met binnenlands inkomen, is VPB-plichtig. Er komt dus een scheiding in de toerekening bij de inkomstenbelasting voor het vermogen dat al is belast in de vennootschapsbelasting, als sprake is van een compenserende heffing, waardoor niet hoeft te worden toegerekend aan de inbrenger. Ook kan het voorkomen dat een APV zelf in het buitenland al belast is. Nederland gaat dan niet over tot heffen in de inkomstenbelasting, mits wordt voldaan aan een volgens Nederlandse begrippen reële heffing. ‘Het APV moet dan wel een onderneming drijven met dat vermogen. Pas vanaf 23 december 2009 is aan het wetsvoorstel het zevende lid toegevoegd dat het moet gaan om het drijven van een onderneming met het gehele vermogen.⁸³ Dat is gedaan om de onderworpenheidstoets breder te trekken. Daarmee tracht de wetgever elke APV onderworpen te laten zijn aan belastingheffing.

⁸⁰ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 12-13.

⁸¹ In Nederland liggende onroerende zaken worden belast via artikel 17a, lid1 Wet op de VPB 1969, indien en voor zover de stichting een onderneming drijft: artikel 3 Wet op de VPB 1969.

⁸² Artikel 2.14a, lid 7. Wet IB 2001

Met betrekking tot deze toets is het gehele vermogen van het APV ondernemingsvermogen. Daarmee hoeft niet te worden gekeken of het APV overeenkomt met een in Nederland gevestigde stichting, die slechts belastingplichtig is indien en voorzover deze een onderneming drijft.

⁸³ 23 december 2009, *Staatsblad*, 2009, nr. 610

De reikwijdte is dus vergroot. Een van de belangrijke aandachtspunten was het feit dat een passieve stichting voor nul procent kan worden belast en dat die heffing reëel kan zijn. Door de toevoeging, zoals het eerder vermelde ‘drijven van een onderneming’, kunnen de APV’s daar geen aanspraak op maken.

Zoals eerder vermeld, is in de regeling de fictie opgenomen, dat het APV wordt geacht met zijn gehele vermogen een onderneming te drijven. Er zal gekeken moeten worden naar de volgende 10% grens.

Er moet een (effectieve) heffing zijn naar een tarief van ten minste 10%. Dat tarief moet minimaal worden geheven volgens gelijke Nederlandse maatstaven. De artikelen 12b en 12c van de wet VPB vallen buiten die maatstaven.’⁸⁴ Als aan deze eis wordt voldaan, vindt de toerekening zoals is bedoeld in het eerste lid niet plaats, anders gezegd is dus sprake van een toerekeningsstop. Bij overlijden van de inbrenger dient te worden opgemerkt dat het ingestelde vermogen, ondanks lid zeven, wel tot zijn nalatenschap behoort en daarmee dus belast wordt met erfbelasting.

3.8 Uitkering uit het APV

Nederland kent een boxenstelsel in de inkomstenbelasting. Indien een uitkering gedaan wordt door het APV zal het, naar gelang de aard, vallen in box 1, 2 of 3. Alvorens gekeken wordt naar de boxen(rangorde)⁸⁵ dient een onderscheid gemaakt te worden tussen een in rechte vorderbare- dan wel een niet in rechte vorderbare uitkering.

“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.”⁸⁶

Via deze fiscaal transparante benadering wordt het ingestelde vermogen in beginsel toegerekend aan de inbrenger. ‘De schulden en bezittingen evenals de uitgaven en opbrengsten worden, ongeachte enige discretionaire bevoegdheden, op de zelfde wijze als voor de afzondering belast (in box 1, 2 of 3).

⁸⁴ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 57.

⁸⁵ Artikel 2.14 wet IB 2001

⁸⁶ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr 3. p. 11.

Als het afgezonderde vermogen door een uitgave is verminderd, wordt daar rekening mee gehouden.⁸⁷

Via dezelfde rangorderegeling wordt eerst beoordeeld of periodieke uitkeringen en verstrekkingen in box 1 belast dienen te worden. Een voor de hand liggende bron van inkomsten is een uitkering uit een trust.⁸⁸ In artikel 3.101 lid 1 sub c Wet IB 2001 staat dat een aangewezen periodieke uitkering een uitkering is die:

“in rechte vorderbaar is en niet de tegenwaarde voor een prestatie vormen”.

De verkregen uitkeringen moeten ten eerste worden aangemerkt als periodiek uitkeringen. ‘Het periodieke karakter ziet erop toe dat, in beginsel, na de eerst uitkering al vast moet staan dat meer uitkeringen zullen volgen.’⁸⁹ Als daaraan is voldaan, kan getoetst worden of sprake is van een uitkering zoals beschreven in bovenstaande alinea. ‘In het licht van sub c heeft de Hoge Raad zich meerdere malen uitgesproken omtrent vermogen dat is ingebracht door een trust. Zo werd geoordeeld dat het ingebrachte vermogen in een (irrevocable fixed) trust een tegenprestatie was en daarmee geen periodieke uitkering. Daardoor valt het recht in box 3.’⁹⁰

Omdat in sub c sprake moet zijn van een in rechte vorderbare uitkering, zou een fixed trust onder de aangewezen periodieke uitkeringen kunnen vallen. Er moet dan wel voldaan worden aan de tweede voorwaarde. Onder ‘de prestatie’ moet het inbrengen van vermogen verstaan worden en de ‘tegenwaarde’ is de uitkering die volgt.⁹¹ Zoals hierboven beschreven is, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat sprake is van een prestatie met een tegenwaarde. In een later arrest bevestigt de Hoge Raad nogmaals dat een aanspraak uit de fixed trust, behoort tot het box 3 vermogen.⁹²

⁸⁷ Artikel 4a uitvoeringsregeling IB 2001

⁸⁸ Dit is te vinden in artikel 3.101.1(c-d) Wet IB 2001 en zal nader behandeld worden.

⁸⁹ HR, 22 maart 1961, nr. 14514, BNB 1961/149, Hierbij is niet vereist dat ze in vaste termijnen worden uitgekeerd, dan wel van gelijke hoogte zijn.

⁹⁰ Zie HR 14 juli 2006 nr. 39 201 en 39 262, BNB 2007 18/19

⁹¹ BNB 2007/18 en BNB 2007/19, hier sprak de HR zich uit over periodieke uitkeringen uit trustvermogen. Beide ingesteld na het overlijden van de insteller.

⁹² HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122

Door het ingestelde APV regime ligt bovenstaande conclusie echter niet meer voor de hand. Het vermogen van de APV wordt namelijk toegerekend aan de inbrenger. Daar waar de inbreng voorheen aangemerkt werd als zijnde ‘de prestatie’, wordt dat nu ongedaan gemaakt door de toerekeningssystematiek. Het vermogen keert namelijk fictief terug.

“De Boer merkt echter terecht op dat de verplichting tot uitkeren er een is van de trustee is en niet van de insteller. En omdat de fictie ervoor zorgt dat de verplichting⁹³ wordt toegerekend aan de insteller, valt het niet onder het bereik van sub c.”⁹⁴

Mijn inziens kan de uitkering uit een APV ook niet belast worden via sub d lid: *“niet in rechte vorderbaar zijn en worden ontvangen van een rechtspersoon”*.⁹⁵ Dat volgt uit het gegeven dat de inbrenger een natuurlijk persoon is en geen rechtspersoon.

Tot box 2 worden de inkomsten uit een aanmerkelijk belang gerekend. Omdat het aanmerkelijk belang in het APV is afgezonderd, zal het inkomen hieruit niet worden belast bij de begunstigde. De begunstigde beschikt namelijk niet over het aanmerkelijk belang.

Wel zou de begunstigde via een fictie uit hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 als aanmerkelijkbelanghouder kunnen worden aangemerkt. Hij moet dan aanspraak kunnen maken op genotsrechten van het aanmerkelijk belang.

Als de inkomsten niet vallen onder het regime van box 1 of 2, zullen ze worden belast in box 3. Als de in Nederland woonachtige begunstigde een juridisch afdwingbaar recht⁹⁶ heeft wordt hij in de heffing betrokken. Als dat niet kan in box 1 of 2, wordt dat op grond van de boxrangorde box 3. Omdat sprake moet zijn van een juridisch afdwingbaar recht, kun je belastingheffing wel uitstellen door gebruik te maken van een discretionary trust.

⁹³ Van de trustee, die het APV bestuurt.

⁹⁴ J.P.Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 17, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 382-383

⁹⁵ Artikel 3.101 lid 1 sub d wet IB 2001

⁹⁶ Artikel 4a, lid 1, uitvoeringsregeling IB 2001

3.9 Conclusie

De wetgever heeft, met succes, een APV in de belastingheffing weten te betrekken door een fictie in de wet aan te brengen. Het begrip afzonderen is ruim gedefinieerd en het instellen moet samenhangen met een meer dan bijkomstig particulier belang. De, in beginsel fictieve toerekening aan de inbrenger, zorgt ervoor dat het vermogen wordt belast. Het feit dat een escape te vinden is in het zevende lid, namelijk de reële heffing, duidt erop dat inderdaad nog steeds mogelijkheden zijn om een fiscaal voordeel op te doen met het afzonderen van een particulier vermogen in het internationale verband. Het volgende hoofdstuk zal onder andere die mogelijkheid meer belichten.

Hoofdstuk 4 Heffingsvacuüm

4.1 Inleiding

Om een beter beeld te krijgen van gebruikelijke structuren en de uitwerking daarvan op het vermogen van de particulier, zullen een paar de revue passeren. Het is daarbij van belang zowel de voor- als nadelen in ogenschouw te nemen. Veelal wordt in de media⁹⁷ gerefereerd aan zogenaamde ‘belastingparadijzen’ in het buitenland. Het is echter helemaal niet nodig om gebruik te maken van een ‘belastingparadijs’ om in Nederland een voordeel op te doen. De mogelijkheid bestaat in Nederland namelijk al om op legale wijze te switchen tussen boxen. Als we praten over een scheepsvaart CV, die een onderneming drijft, kan die CV afhankelijk van hoe die gestructureerd wordt, in box 1, 2 of 3 vallen. Het gegeven dat de wetgever deze mogelijkheid heeft gecreëerd, betekent in ieder geval dat het geen belastingontwijking is.⁹⁸ Dat wil echter niet zeggen dat ik het ermee eens ben, dat die verschillende mogelijkheden bestaan en daarmee verschillende effectieve belastingdrukken opleveren.

In dit hoofdstuk zal verder beantwoord worden in hoeverre ik het gewenst acht dat vermogende particulieren een fiscaal voordeel zouden kunnen opdoen. Zo zijn bepaalde kosten en risico's verbonden aan het opzetten van een structuur. Daarmee wordt de minder vermogende particulier uitgesloten van de mogelijkheid om in de praktijk gebruik te maken van hetzelfde haalbare fiscale voordeel. De kosten zullen namelijk hoger zijn dan de opbrengsten. Ik zal beargumenteren of ik dit ‘speeltje’ voor de vermogende particulieren geoorloofd vind en tevens waarom. Onder andere door het gelijkheidsbeginsel in ogenschouw te nemen, zal ik beargumenteren of de overheid een pleitbaar standpunt heeft voor de ruimte die het gelaten heeft in de wetgeving. Hoe komt men tot een lagere belastingdruk door middel van het APV regime?

⁹⁷ Recentelijk in het NRC; VVD'er Van Baalen: druk op belastingparadijzen opvoeren, 30 maart 2013

⁹⁸ Opgemerkt dient te worden dat in het huidige fiscale klimaat steeds meer discussie ontstaat over de belastingontwijking van multinationals. Zij gebruiken tevens een legale route om de belastingdruk te matigen, maar worden beschuldigd van het ontwijken van belasting.

De mogelijkheid om een verrekeningsstelsel in te stellen, waarbij belast wordt binnen Nederland onder verrekening van buitenlandse belastingheffing, behandel ik niet. Binnen dat stelsel zou er geen speeltje zijn voor ‘vermogende’ particulieren. Daar heeft de wetgever bewust niet voor gekozen.⁹⁹

4.2 Methoden

Ik zal een onderscheid proberen te maken in inkomen dat binnen Nederland kan worden afgezonderd en inkomen dat buiten Nederland wordt afgezonderd, waarbij een fiscaal voordeel behaald kan worden en/of een vrijheid bestaat in het kiezen van de ‘boxen’. Gekeken naar het buitenland zullen box 2 en box 3 apart worden behandeld omdat een duidelijk tariefverschil aanwezig is.

4.2.1 Binnen Nederland

Zoals eerder aangegeven hoeft de APV niet in een belastingparadijs te worden gevestigd. Een in Nederland gevestigde stichting is niet belastingplichtig voor de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 als die geen onderneming drijft. Men kan vermogen in een stichting inbrengen zonder uitreiking van certificaten, zodat geen box-3 vermogen is (los van de vraag of het vermogen moet worden toegerekend o.b.v. art. 2.14a Wet IB 2001).

Zo kan je als DGA kiezen om het pensioen in eigen beheer te houden door middel van een pensioenstichting, mits je meer dan 10% van de aandelen houdt. Je kunt de premies in een BV of holding stoppen, maar je kan de pensioenpremies ook afstorten in een stichting. De stichting betaalt aan de pensioengerechtigde op grond van een verplichting, namelijk de pensioenovereenkomst en als de werknemer overlijdt, kan hierin staan dat de erfgenamen het restant van de voorziening erven¹⁰⁰. De stichting is een entiteit met rechtspersoonlijkheid.

⁹⁹ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3, p. 15-16.

¹⁰⁰ Als dat het geval is dan worden de erfgenamen belast in de inkomstenbelasting. De stichting wordt na het overlijden van de ouders namelijk aangemerkt als een APV. Een eventueel nabestaande pensioen wordt niet belast in de successiewet, maar wordt wel in mindering gebracht op de vrijstelling.

Nederland kent het fiscale fenomeen van een open en gesloten commanditaire vennootschap. Het is een samenwerkingsverband tussen twee of meerdere personen, waarbij sprake is van een zogenoemde beherende- en stille vennoten. Stille vennoten zorgen alleen voor kapitaal. Als de besloten CV een onderneming drijft is sprake van medegerechtigheid¹⁰¹ bij de stille vennoot¹⁰². Als de onderneming een open CV betreft en de natuurlijk persoon bezit minder dan 5%, valt de participatie in box 3. Een totaal andere belastingdruk dus. 'Als de natuurlijk persoon 5% of meer heeft in een open CV, dan wordt hij belast in box 2'. Je ziet dat door kleine wijzigingen makkelijk kan worden geschoven.

Op het moment dat een particulier bijvoorbeeld € 10mln staatsobligaties tegen 2% bezit, dan zullen die in box 3 worden belast. Hij kan echter ook kiezen om het vermogen in bijvoorbeeld een NV in te brengen, waardoor hij een aanmerkelijk belang krijgt in box 2. Dit kan zelfs zonder heffing van vennootschapsbelasting over het rendement. In dat geval moet sprake zijn van een vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI)¹⁰³. Mijns inziens heeft een belastingplichtige het recht om door middel van het op deze wijze structureren van zijn vermogen de laagste belastingdruk op te zoeken. Het is in mijn ogen ook niet meer dan redelijk, aangezien andere motieven dan belastingontwijking kunnen gelden. Denk daarbij aan het al dan niet kiezen voor rechtspersoonlijkheid.

Eerder is al aangegeven dat te schuiven valt tussen boxen binnen een en dezelfde rechtsvorm. Elke verschuiving gaat uiteraard gepaard met bepaalde eisen. Naast voorgaande keuze vrijheid ligt een initiële vraag ten grondslag: welke rechtsvorm kiest men en waarom? Iedereen is vrij in Nederland om een rechtsvorm naar eigen keuze te kiezen. Daarbij wordt onder andere een fiscale overweging genomen. Wil men in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 worden belast of toch liever in de Wet Inkomstenbelasting 2001? Dat die keuze bestaat is in mijn ogen niet meer dan normaal. Iedereen kan namelijk verschillende motieven hebben om voor een bepaalde rechtsvorm te kiezen.

¹⁰¹ Artikel 3.3 lid 1 sub a wet IB 2001, deze winst uit onderneming wordt belast in box 1.

¹⁰² Dit kan zowel een rechts- al natuurlijk persoon zijn.

¹⁰³ Artikel 6a Wet op de VPB 1969, een VBI wordt, in beginsel, niet belast in de Wet op de VPB 1969, als voldaan is aan de voorwaarden.

Waar de ene wil aansprakelijkheid in de privé-situatie wil voorkomen, wil de andere meer baat hebben bij de ondernemersaftrek in de Wet IB 2001. Tevens merk ik op dat het dus niet incidenteel van de wetgever is om ruimte toe te laten om te schuiven tussen boxen. Dat wil zeggen; de ruimte om het individu te laten kiezen welke rechtsvorm en plaatsing van het vermogen voor henzelf het gunstigst is.

Naar mijn inzien kan geconcludeerd worden dat de mogelijkheid tot 'box hopping' wenselijk is, omdat op die manier iedere belastingplichtige, waar nodig, de juiste juridische huls kan kiezen, kijkend naar de individuele behoeftes.

4.2.2 Buiten Nederland (box 3 vermogen)

Een voor de hand liggend idee is om ervoor te zorgen dat de heffing bij de APV zelf valt. Als er een reële heffing is van tenminste 10% wordt de toerekening namelijk uitgeschakeld. Onder andere Curaçao is daarin gesprongen, maar denk ook aan landen als Malta en Cyprus. Curaçao kent de Stichting Particulier Fonds (SPF). Men kan in Curaçao in de winstsfeer kiezen om belast te worden of niet.

Stel: iemand heeft een vermogen dat gewoon in box 3 zit en belast wordt tegen effectief van 1,2%. Het vermogen bestaat onder andere uit staatsobligaties (3% rente). Op het moment dat al die obligaties in een Curaçaose SPF¹⁰⁴ worden gestopt en gekozen wordt voor de optie winst belasting¹⁰⁵, dan wordt het rendement belast tegen een effectief tarief van $(10\% * 3\% =) 0,3\%$. Het is, in beginsel, dus een eenvoudige opzet waarmee je de box 3 heffing kan reduceren.

Dat afzonderen voor 2010 'werkte', blijkt onder andere uit een tweetal uitspraken. Voor 2010 gold echter transparantie en geen toerekening. Ook was het niet mogelijk bij een compenserende heffing de transparantie uit te sluiten. Het Hof van Amsterdam¹⁰⁶ oordeelde dat het ingestelde vermogen in een Antiliaanse SPF niet meer tot het box 3 vermogen van de insteller behoorde. Mevrouw X richtte een SPF op in Curaçao om haar vermogen te beheren en vervolgens uit te keren aan familieleden.

¹⁰⁴ Dit kan net zo goed een trust zijn, het enige verschil is dat de trust een overeenkomst is, in plaats van een rechtspersoon.

¹⁰⁵ In Curaçao kan je kiezen om belast te worden of niet. Belasting van de winst vindt dan plaats tegen 10%

¹⁰⁶ Hof van Amsterdam, 31-05-2012, nrs. 10/00016, 10/00017, 10/0018, 10/00019

De onderliggende reden van het instellen was het beschermen van het vermogen tegenover derden en specifiek haar ex-echtgenoot, om haar dochter, die lijdt aan een psychiatrische aandoening en onderbewind is gesteld, verzorgd achter te laten.

Het bestuur lag bij een autonome trustee (G nv). Ondanks dat de SPF geen uitkeringsverbod kent en X de macht had om het bestuur van de SPF te benoemen en te ontslaan¹⁰⁷, kon ze volgens het Hof niet beschikken over het vermogen. Mevrouw X had wel de mogelijkheid om schriftelijk te verzoeken haar voorkeuren te volgen, in casu haar testament, maar dat verzoek was niet bindend.

Het was ook niet afdwingbaar via de akte van oprichting. Daarnaast heeft een schenking plaatsgevonden aan de dochter van X. Dat de SPF niet pas heeft uitgekeerd na het overlijden van X maakt volgens het Hof niets uit, omdat juist is gehandeld in lijn van het oprichtingsdoel: het verzorgd achter laten van haar de dochter.

De Hoge Raad¹⁰⁸ heeft recent bevestigd dat het ingestelde vermogen inderdaad niet tot box 3 behoort, maar dient te worden toegerekend aan het in Curaçao gelegen SPF.

Gezien de feiten en omstandigheden deel ik de mening van de Hoge Raad. Het doel van de SPF is het beschermen van het vermogen tegen buitenstaanders om haar dochter verzorgd achter te laten. Dat daardoor een heffingsvacuüm in box 3 is ontstaan is daarbij van ondergeschikt belang. Gezien de memorie van toelichting¹⁰⁹ zijn deze motieven op dit moment, als toen bestempeld, toegestaan. Daarnaast geeft de akten van oprichting aan, dat het bestuur zelfstandig handelt.

Met het nieuwe regime waarin wordt toegerekend, is de optie beschikbaar om toerekening via een compenserende heffing te blokkeren. Daarmee is meer zekerheid bij het afzonderen. De vraag of sprake is van een afdwingbaar recht, is namelijk niet meer aanwezig.

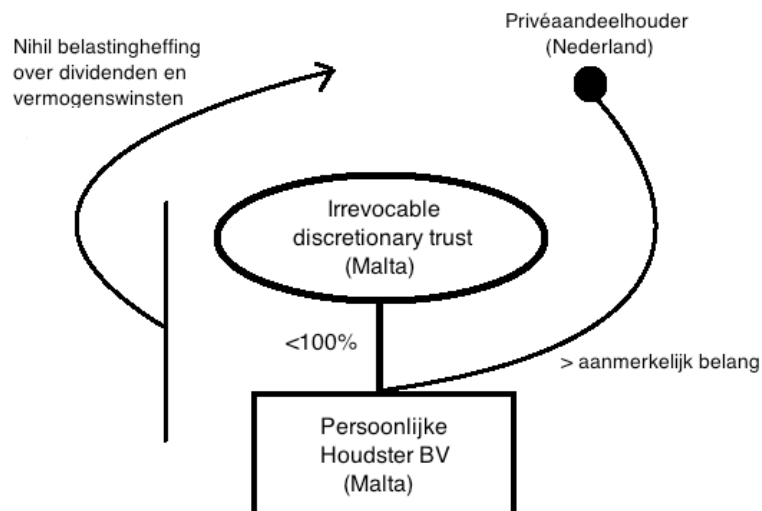
¹⁰⁷ Ze ontving na oprichting de oprichtingsbevoegdheden van de SPF.

¹⁰⁸ HR, 15-03-2013, nr. 12/03372, Kluwer Navigator

¹⁰⁹ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930

4.2.3. Buiten Nederland (box 2 vermogen)

Ook aandelen kunnen worden afgezonderd door particulieren. Een aanmerkelijk belang¹¹⁰ wordt belast tegen 25%. Aangezien dit veel hoger is dan de 10% in Curaçao, valt hier een groot voordeel mee te behalen. Doordat aan de APV wordt toegerekend zullen de (aanmerkelijk belang) aandelen dus niet worden belast in het Nederlandse boxenstelsel. Het vermogen is buiten de box gebracht. PWC werkt deze gedachte kort uit via onderstaande structuur.



Het idee achter deze opzet is als volgt. Evenals in Curaçao, kan in op Malta worden geopteerd om te worden onderworpen aan belastingheffing. Daarmee wordt verondersteld aan het “reële heffingsbegrip”¹¹¹ te zijn voldaan, waardoor niet meer wordt toegerekend aan de insteller. Op het moment dat maar één inbrenger is (van bijvoorbeeld aanmerkelijk belang aandelen), naar de APV in Malta, is geen sprake van een belaste handeling. Het vervreemde vermogen zal niet worden belast in zowel de Inkomstenbelasting 2001 als de Successiewet, omdat geen heffingsmoment aanwezig is. Op het moment dat meerdere inbrengers aanwezig zijn, zal sprake zijn van een (gedeeltelijke) vervreemding van het aanmerkelijk belang.

¹¹⁰ Men spreekt in de Wet IB 2001 van een aanmerkelijk belang als iemand $\geq 5\%$ in aandelen heeft van het geplaatste kapitaal. Ook $\geq 5\%$ van de winstbewijzen of stemmen van een vennootschap. Daarnaast zijn er ficties die ervoor kunnen zorgen dat een partner, bloed- en/of aanverwant meegetrokken wordt, of dat sprake is van een samentelling.

¹¹¹ Zoals beschreven in hoofdstuk 3, paragraaf 7.

Dat doet zich voor als de ene inbrenger aanmerkelijk belang aandelen inbrengt en de andere bijvoorbeeld contanten. De gedeeltelijke vervreemding wordt naar rato bepaald via de waarde¹¹² waartegen de andere inbrenger heeft ingebracht.

De memorie van toelichting bespreekt volgend voorbeeld ter verduidelijking:¹¹³

Twee broers, M en N, zonderen hun vermogen af in (dezelfde) Zwitserse Stiftung. M brengt de aanmerkelijk belang aandelen van zijn BV (à €2.5mln met een verkrijgingsprijs van €0.1mln) in en tevens een vordering op zijn BV (à €0.5mln). Zijn broer N brengt enkel contanten (à €1mln) in. Deze afzondering is voor beide broers onbelast voor de schenkbelasting.¹¹⁴ Daarmee is de verhouding M tot N 3:1. Dat wil zeggen dat M $\frac{1}{4}$ van zijn aanmerkelijk belang aandelen vervreemd aan N. Omgekeerd draagt N $\frac{3}{4}$ van zijn contanten over aan M. De aanmerkelijk belang winst voor M is €0.6mln¹¹⁵ en N wordt een aanmerkelijk belanghouder met een verkrijgingsprijs van €625.000. M behoudt de vordering op zijn BV voor een bedrag van €375.000 en N de resterende €125.000.¹¹⁶

Gesteld kan worden dat het aanmerkelijk belang als het ware voor 25% overgaat op N, zonder dat daarbij een APV vermogen zou zijn.

“De Boer stelt dat het onder trustverband brengen van aandelen gezien moet worden als een vervreemding¹¹⁷. Het gegeven dat het onder trustverband stellen van vermogen een eenzijdige rechtshandeling is en dus geen ‘overeenkomst’ inhoudt, zou in beginsel niet voor een probleem moeten zorgen.”¹¹⁸ Dat sprake is van vervreemding op het moment dat men vermogen afzondert in een APV is in beginsel correct. ‘Echter geldt dit niet als sprake is van het afzonderen van een aanmerkelijk belang omdat het economische belang overheerst en niet het juridische belang.’¹¹⁹

¹¹² De waardes die in aanmerking dienen te worden genomen bij gemeenschappelijke eigendommen om de aandelen van de inbrengers te vaststellen, volgt uit art. 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001.

¹¹³ Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 3, p. 53.

¹¹⁴ Zie art. 17a SW 1956

¹¹⁵ Dat is $\frac{1}{4}$ van (€2.5mln -/ - €0.1mln)

¹¹⁶ Dit wordt belast in box 1 o.g.v. art. 3.92 Wet IB 2001

¹¹⁷ O.g.v. art 4.12 sub b Wet IB 20001

¹¹⁸ J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de Inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 17, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p.383.

¹¹⁹ HR, 18 maart 1987, nr. 23 674, BNB 1987/229

Mogelijk kan de belastingdienst de afzondering van de aanmerkelijk belang aandelen wel tot een fictieve vervreemding zien.¹²⁰ Dus hoewel deze opzet zonder problemen toegestaan zou moeten worden, adviseren ze dat de trustee, de daar gevestigde BV te laten onderwerpen aan belastingheffing en om nog een aanmerkelijk belang in Nederland aan te houden.

Het kan erg voordelig uitpakken om je aanmerkelijk belang aandelen af te zonderen in een offshore APV. Naar mijn inziens is dit een opzet die, in beginsel, goed zou moeten lopen, dat wil zeggen zonder problemen of ingrijpen van de belastingdienst. Er wordt namelijk gebruik gemaakt van een keuzevrijheid die de wetgever open heeft gelaten. Wel moet in ogenschouw worden genomen wat de achterliggende gedachte van de wetgever was om de keuzevrijheid, om je vermogen elders af te zonderen, zonder in Nederland ook belast te worden, op deze wijze open te laten: namelijk tegen het voorkomen van dubbele belastingheffing.

4.2.4. Omslagpunt

Bovenstaande structuur kan echter ook negatief uitpakken. Zoals uit de bovenstaande calculatie duidelijk is, valt of staat de effectieve belastingdruk bij het rendement dat wordt behaald met het vermogen. Aangezien de winst wordt belast tegen een vast percentage (hier 10%) kan de effectieve belastingdruk hoger zijn dan in box 3. Op het moment dat het cashrendement namelijk hoger dan 12% is, dan zal de effectieve belastingdruk hoger zijn dan 1,2%. Bij het afzonderen van vermogen door particulieren dient hier rekening mee te worden gehouden. Met obligaties die een vast rendement kennen zullen er, zolang ze een rente uitkeren onder de 12%, geen negatieve gevolgen zijn van het afzonderen in een Curaçaose Trust¹²¹.

Uitkeringen uit het aanmerkelijk belang, in de vorm van bijvoorbeeld dividenden of vervreemdingswinsten, worden belast tegen 25%. Aangezien de meeste 'belastingparadijzen' de winst belasten tegen een reële heffing van 10%, zal hier geen omslagpunt plaatsvinden.

¹²⁰ Zie art. 4.16, lid 1, onderdeel f en g, Wet IB 2001

¹²¹ Ervan uitgaande dat het behaalde rendement niet wordt opgerend.

Dat komt door het gegeven dat de effectieve belastingdruk gelijk is aan de hierboven beschreven tarieven. Daar waar in box 3 een gecombineerde belastingdruk aanwezig is.

Geconcludeerd kan worden dat men, alvorens vermogen te gaan afzonderen in een APV, eerst moet bekijken welke bestandsdelen ze bezitten en willen afzonderen. Er is namelijk een groot verschil tussen het afzonderen van vermogen dat zich bevindt in box 2 en vermogen dat zich bevindt in box 3.

4.3 Opzetkosten, risico's kosten en wijzigende wetgeving

Men kan een Curaçaose trust, SPV of elk ander APV niet eenvoudig en kosteloos oprichten. Aan het afzonderen van vermogen zitten kosten en risico's verbonden. Hieronder zullen de aspecten, die komen kijken bij het afzonderen, nader behandeld worden. Dit is van belang om duidelijkheid te creëren of het afzonderen voor elke modale particulier mogelijk zal zijn, gegeven dat er na afzondering sprake zal zijn van een fiscaal voordeel in zowel de theorie als in werkelijke opbrengsten, of niet.

4.3.1. Advies en beheer

Om vermogen op een zo'n economische, fiscale en civielrechtelijke goede en voordelige wijze over te laten gaan in een APV, is er veelal advies nodig. Dit advies gaat gepaard met hoge kosten. Om een duidelijke en zekere structuur op de zetten is het nodig om een specialist in de armen te nemen. Het opzetten zal veel tijd kosten en daarmee gaan onlosmakelijk (hoge) kosten meegepaard.

Allereerst dient men namelijk het doel voor ogen te krijgen. Wil men de fiscaal meest voordelige route, of houdt men meer van de zekerheid dat het vermogen op een juiste civielrechtelijke manier overgaat zonder een al te scherp fiscaal advies¹²².

Naast een fiscaal advies, zit er dus ook een civielrechtelijk advies bij. Zeker het fiscale advies zal, mede door de complexiteit, een iets minder transparant verhaal zijn en moet dus goed begeleid worden. Een klein foutje in de uitvoering kan zeer grote nadelige gevolgen hebben op de uitwerking.

¹²² Een advies waar de belastingdienst zich geheid mee zou willen moeien.

Vervolgens moet men een land van vestiging kiezen, alwaar de structuur opgezet dient te worden. Er zal ook een trustee gevonden moeten worden die de trust zal gaan beheren.

Bovenstaande figuur liet zien dat er een BV dient te worden opgericht die aldaar wordt geleid. Nog eenvoudiger is het om de bestaande BV in te brengen in het APV. Dit alle zal (jaarlijkse) vaste kosten met zich meebrengen. Vanuit mijzelf bezien is het fijn te weten met wie allemaal wordt gehandeld op het moment dat er vermogen 'uit handen wordt gegeven'. Het is onder andere daarom niet ongewoon om naar het land van vestiging te vliegen om de mensen die jou APV zullen gaan beheren én de aldaar gevestigde adviseur(s) in levende lijven te ontmoeten om face-to-face in gesprek te kunnen treden.

Geconcludeerd kan dus worden dat er hoge initiële kosten aan het opzetten van een structuur voorafgaan. Advies komt uit verschillende kanten en ook tellen praktische en menselijke kosten¹²³ een rol. Dat brengt met zich mee dat, in beginsel, alleen de zeer vermogende particulieren¹²⁴ baat bij zullen hebben bij het afzonderen, omdat het lang kan duren voordat je quitte loopt.

4.3.2. Wetgeving en overige risico's

Als eenmaal de stap is gezet om advies in te winnen en dus kosten worden gemaakt, is men er nog niet. Wetgeving is namelijk jaarlijks onderhevig aan tal van wijzigingen. Landen met een lage winstbelasting kunnen bijvoorbeeld onder de druk van de groot machten¹²⁵ bezwijken en daarmee hun tarief verhogen. Ook kan het land zelf de specifieke vereisten aanpassen bezien vanuit bijvoorbeeld economische redenen. Dat kan er voor zorgen dat de geadviseerde structuur niet meer 'up to date'¹²⁶ is waardoor men alsnog nadelig uitkomt. Door de mogelijke wijzigingen die jaarlijks doorgevoerd kunnen worden, dient de structuur gemonitord te worden. Vanzelfsprekend brengt ook dit vaste onderhoudskosten met zich mee.

¹²³ Men wil graag weten bij wie ze het geld afzonderen en er kunnen ook bepaalde kostenverhogende elementen in worden aangebracht, specifiek naar de eventueel emotionele wil van de insteller. Zo kan de inbrenger moeite hebben met een doorgaans gebruikelijke opzet waarvoor een oplossing moet worden bedacht.

¹²⁴ Hier praat ik over minimaal (tientallen) miljoenen.

¹²⁵ Denk hierbij aan Europa, China en Amerika.

¹²⁶ Dit is vanzelfsprekend. Maak je een structuur ingewikkeld(er), dan wordt het gevoelig(er) voor wetswijzigingen.

Tevens speelt het eerder genoemde 'omslagpunt' natuurlijk een risico. Hoewel in het heden veel bespaard kan worden, hoeft dat niet te betekenen dat hetzelfde geldt voor de toekomst. Ik kan me zomaar voorstellen dat vermogen, welk op dit moment is afgezonderd, met een laag rendement fors kan stijgen bij een wereldwijd aantrekkende economie.

Naar mijn inzien is de vrijheid die de wetgever toekent, door bij een reële heffing niet nogmaals te heffen, gewenst. Naast het feit dat dubbele belastingheffing niet redelijk zou zijn, loopt de staat mijns inziens ook het risico vermogende particulieren uit Nederland te weren dan wel een emigratie te stimuleren.

Door de complexiteit van structuren, het onderhoud door wijzigende wetgeving en wisselende rendementen, ben ik van mening dat het zonder specialistisch juridisch- en fiscaal advies nagenoeg niet mogelijk is om zelf een correcte structuur op te zetten. Ik kan inderdaad bevestigen dat het alleen voor de zeer vermogende particulieren voordelig zal zijn. Eerder werd het 'quite spelen' aangehaald. Gezien het risico van wijzigende wetgeving moet je die initiële opzetkosten er ook nog eens snel, zeg een jaar, uithalen. Op het moment dat de wetgeving zou wijzigen kunnen de initiële kosten namelijk niet meer terug verdiend worden met de huidige structuur. Al met al zijn het dus geen kosten die men kan spreiden over meerdere jaren. Daar zie ik het probleem dat vermogende particulieren wel gebruik kunnen maken van deze optie en een niet-vermogende particulier dat niet kan doen. De vraag die bij mij rijst is de wenselijkheid van dit fenomeen. In beginsel acht ik dat deze 'speeltjes', zoals eerder aangegeven, voor de rijken aanwezig mogen zijn.

4.4 Conclusie

We hebben gezien dat er binnen Nederland genoeg wegen zijn voor de slager op de hoek om de laagste belastingdruk op te zoeken. Daarbij hoeft het motief niet te liggen bij het ontwijken van belasting, maar kan bijvoorbeeld rechtspersoonlijkheid een drijfveer zijn. Dat voordeel is te behalen door binnen de mogelijkheden van de wet te schuiven tussen de boxen 1, 2, of 3. Elke box kent zijn eigen voorwaarden en het is al naar gelang de wensen van de belastingplichtige om te bepalen welke het beste passen in zijn situatie. Daarnaast is het mogelijk een toerekeningstop te krijgen in de wet IB 2001, mits je in het buitenland belast wordt tegen een reële heffing. Op die wijze kun je ten eerste de belastingdruk van het box 3 vermogen verlagen, door het af te zonderen in een offshore APV.

Ten tweede kan geconcludeerd worden dat box 2 vermogen ook voordelig kan worden afgezonderd. Het afgezonderde vermogen wordt namelijk in Nederland tegen 25% belast, waar het in het buitenland 10% kan zijn. Geconcludeerd kan worden dat het afzonderen van een aanmerkelijk belang aandelen niet leidt tot schenkbelasting. Daarnaast wordt een enige inbrenger, van een aanmerkelijk belang, in een APV ook niet belast in de Wet IB 2001. We hebben gezien dat bij het afzonderen van aanmerkelijk belang aandelen in combinatie met andere inbrengers in datzelfde APV wel zorgt voor een (gedeeltelijke) belaste vervreemding.

Hoewel het afzonderen van vermogen naar het buitenland een lagere belastingdruk kan opleveren, kan ten derde geconcludeerd worden dat er ook een omslagpunt aanwezig is. Namelijk op het moment dat het 'box 3 vermogen' een dusdanig hoog rendement haalt, waardoor de effectieve belastingdruk boven de 1,2% uitkomt. Ten vierde kan geconcludeerd worden dat er hoge initiële kosten aan het opzetten van een structuur vooraf gaan. Advies uit verschillende hoeken is vereist en naast de praktische kosten speelt de factor mens ook een rol.

Naast de opstart kosten zijn er ook vaste kosten van het onderhouden en monitoren van de huidige structuur. Ten vijfde kan geconcludeerd worden dat het gevaar van wijzigende wetgeving een groot risico vormt.

Kortom kan, mijns inziens, geconcludeerd worden dat, in beginsel, enkel de zeer vermogende particulieren profijt hebben bij het afzonderen.

Hoofdstuk 5 Gelijkheidsbeginsel

5.1 Inleiding

Eerder is besproken dat een vermogende particulier wel effectief de mogelijkheid heeft om een fiscaal voordeel te behalen door het afzonderen naar het buitenland ten opzichte van een modale particulier. Ik vraag me af of dit geoorloofd is. Het gelijkheidsbeginsel kan worden gezien vanuit een beleidsperspectief en vanuit de wetgever. Het beleidsperspectief gaat over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus over het bestuurlijk beleid. Dat perspectief is echter niet van belang in dit onderzoek. In dit hoofdstuk zal namelijk het gelijkheidsbeginsel worden behandeld met betrekking tot de wettelijke regeling en niet de uitvoering daarvan. Na een algemene beschouwing van het huidige beeld, zullen de kenmerken die leiden tot schending van het gelijkheidsbeginsel de revue passeren. Daarbij zal gekeken worden of sprake is van een verticale ongelijkheid. Tevens zal getracht worden een onderscheid te maken in de de behandeling tussen vermogende en niet-vermogende.

5.2 Definitie

De Nederlandse grondwet is heel duidelijk over gelijkheid:

“Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld.

Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.”¹²⁷

Inwoners van Nederland hebben dus het recht op een gelijke behandeling. ‘De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel vindt doorgaans plaats via discriminatieverboden.¹²⁸ Het is op grond van art. 120 GW niet mogelijk om wetten in formele zin te toetsen aan het non-discriminatiebeginsel van art. 1 GW. Deze toetsing vindt indirect plaats op grond van art. 94 GW, aangezien wettelijke voorschriften niet van toepassing zijn als zij onverenigbaar zijn met verdragsbepalingen.

¹²⁷ Artikel 1 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815

¹²⁸ T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1998, p. 11-33

Naast de grondwet komt ook artikel 26 van het internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)¹²⁹ de gelijke bescherming door de wet naar voren.

Het discriminatieverbod zorgt op zichzelf niet voor een verbod op onderscheidt tussen mensen, maar ziet toe op een ongerechtvaardigd onderscheid (tussen mensen). Artikel 26 IVBPR stelt dat sprake kan zijn van een rechtvaardiging voor de ongelijkheid als de gronden daarvoor objectief en redelijk zijn. De Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) toetsten deze bepaling. Daarbij is dus veel ruimte open gelaten voor interpretatie van de rechtelijke macht. Naar mijn inzien is dat verstandig, omdat de objectieve- en redelijkheids gronden kunnen verschillen naar gelang de tijd waar men in leeft. Naast het internationale IVBPR verdrag is binnen Europa in artikel 14 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EVRM) onder andere het een en ander vastgelegd omtrent het discriminatieverbod. In deze bepaling is een koppeling gemaakt tussen het discriminatieverbod en andere beschermende rechten die terugkomen in het verdrag. Daarmee is het belang beperkt gebleven.¹³⁰

‘Naast het gelijkheidsbeginsel kan ook een onderscheid worden gemaakt tussen verticale en horizontale (on)gelijkheid. Dat speelt een rol bij de herverdeling van (de scheefheid in) inkomens en hangt samen met het draagkrachtbeginsel. In dit verband moet iemand met eenzelfde draagkracht ook een gelijke heffing afdragen (horizontale rechtvaardigheid). Op het moment dat iemand een hogere draagkracht heeft, wordt die zwaarder belast (verticale rechtvaardigheid).

Een ongelijke behandeling van gelijke gevallen leidt in dat geval tot een horizontale ongelijkheid. Deze vorm van ongelijkheid doet zich bijvoorbeeld voor als personen volgens een bepaalde maatstaf gelijk zijn, zoals de hoogte van het inkomen, maar niet op een gelijke wijze worden belast. Dat doet zich onder andere voor op het moment dat men niet meer kijkt naar het criterium ‘hoogte van inkomen’, omdat via een andere rechtvaardiging gronden worden aangewezen voor de ongelijkheid. Zo kunnen volwassen met kinderen een kindertoeslag ontvangen en een kinderloos stel niet.

¹²⁹ Dit is een verdrag dat met behulp van de Verenigde Naties is ontstaan en zijn oorsprong vindt in de universele verklaring van de rechten van de mens.

¹³⁰ T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1998, p. 34-40

Personen op een verschillend initieel inkomen op de ladder, ervaren verschillende proportionele veranderingen in dat inkomen. De verticale ongelijkheid treedt daarbij naar voren als sprake is van een ongelijke behandelingen van de ongelijke gevallen.¹³¹

‘Het gelijkheidsbeginsel kan bekeken worden vanuit een formele invalshoek en een materiële invalshoek. Op het moment dat gekeken wordt naar de gelijkheid van de behandeling als zodanig, dan spreken we van een formele benadering. Daar waar de materiële gelijkheidsbenadering zich richt op een gelijke uitkomst van de behandeling. Dat is van belang omdat elk individu andere omstandigheden kent.

Het kan namelijk zo zijn dat de tekst van de wet op zichzelf niet van discriminerende aard is, maar materieel gezien wel discriminerend is. Zo kan een regeling neutraal zijn geformuleerd, maar bijvoorbeeld alleen vrouwen treffen, omdat in die branche enkel vrouwen werken. Uitgesproken is dat in zo’n geval sprake is van een ongelijke behandeling. De ongelijkheid hoeft dus niet direct voort te komen uit de wettelijke regeling, of uit de regeling die is getroffen, maar vanuit de materialiteit: wie wordt er getroffen door de regeling? In het licht van dit onderwerp zouden dat de kosten en risico’s zijn die met het opzetten en beheren van een APV in het buitenland gemoeid gaan.

5.3 Rechtspraak

In het Nederlandse recht heersen de wetten en niet de mensen. De algemene regels zorgen voor rechtszeker- en rechtsgelijkheid. De wetgever maakt steeds meer gebruik van de instrumentele functie die het tot zijn beschikking heeft, waardoor het risico ontstaat dat de onpartijdigheid van de wetgever in geding komt door te bezwijken onder de druk van lobby’s.¹³²

¹³¹ Zie hoofdstuk 4, E. Pommer, ea., Trends in ongelijkheid, herverdeling en dynamiek, Sociaal en Cultureel Planbureau 2003.

¹³² J.W. Zwemmer, discussiebijdrage, in Belastingen en ethiek. Preadviezen en bespreking preadviezen, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no 243, Kluwer: Deventer 2011, p. 189

Het probleem is ontstaan dat men het vertrouwen in de wetgever verliest en zich richt tot de rechtelijke macht. In lijn daarvan is in het Grootwagencarport-arrest¹³³ gebleken dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. De Hoge Raad hanteerde hier een toetsingskader bij. Het arrest betrof de afschaffing van het 'grijze' voordelige kenteken. Door een sterke lobby heeft de wetgever een uitzonderingsregeling opgenomen voor een bepaalde groep. Het gaat in casu over een groep met een (groot) wagenpark. De wetgever ging voorbij aan enige rechtvaardiging voor deze regeling, waardoor die beperkte groep het lage tarief kon behouden. De Hoge Raad toetst aan allerlei kanten van de uitzondering, zonder enige rechtvaardiging te kunnen ontdekken. Zo heeft de Hoge Raad gekeken of de groep die relatief veel getroffen auto's bezit op financieel niveau zwaarder worden belast. Of argumenten kenbaar waren die de doelmatigheid of uitvoerbaarheid in de weg konden staan. Daarnaast keek men of fiscale en non fiscale gronden aan te wijzen waren vanuit de wetsgeschiedenis, die deze ongelijke behandeling¹³⁴ kon verantwoorden. De Hoge Raad heeft al het bovenstaande ontkennend beantwoord. Zo werd tegen de doelmatigheid- en uitvoerbaarheidargumenten van de Inspecteur het volgende naar voren gebracht:

*"Enerzijds geven de leden van de PvdA-fractie toe dat maatwerk via het gebruikscriterium niet doenlijk is, anderzijds zien zij daartoe wel mogelijkheden wanneer het gaat om grote aantallen auto's in beheer bij dezelfde belastingplichtige. Zij accepteren dan zelfs een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, omdat - zo menen zij - wel vaker om uitvoeringstechnische redenen een verschil wordt gemaakt tussen gevallen."*¹³⁵

Met het gehanteerde gebruikscriterium wordt controle echter alleen maar moeilijker. Gecombineerd met het bovenstaande, zou de wetgever tot de conclusie moeten komen dat het juist vanuit het doelmatigheidsoogpunt afgewezen had moeten worden.

Samenvattend stelt de Hoge Raad dat de uitzonderingsregeling in strijd is met 'artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM juncto artikel 1 Protocol 1.

¹³³ HR, 17 augustus 1998, BNB 1999/122.

¹³⁴ De uitzonderingsregeling ziet toe op dezelfde (specificeerbare) auto's, maar een geldt vanaf een bezit van 100 auto's. Hierbij wordt er geen rekening gehouden tussen commerciële en niet-commerciële bedrijven. Bedrijven met meer dan 100 'grijze' auto's worden dus willekeurig bevoordeeld.

¹³⁵ HR, 17 augustus 1998, BNB 1999/122, overweging 4.16.

Recentelijk hebben zich, naast bovenstaande uitspraak van de Hoge Raad, twee uitspraken op het niveau van de rechtbank voorgedaan omtrent het gelijkheidsbeginsel in relatie met de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Ook omtrent de invoering en de verdere verhoging van de vrijstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, was een sterke lobby aanwezig. Net als in voorgaande casus ontbrak bij de invoering daardoor een goede feitelijke onderbouwing van de noodzaak en effectiviteit.¹³⁶ 'De Raad van State stelt dat het aangedragen motief bij het laatste voorstel om de vrijstelling nog verder te verhogen¹³⁷, niet te rechtvaardigen is. De vrijstelling krijgt een willekeurig karakter op het moment dat de rechtvaardigheidsgrond enkel luidt dat de erf- en schenkbelasting zorgt voor een bedreiging voor de continuïteit van ondernemingen bij een bedrijfsoverdracht'.¹³⁸

In de zaak betreffende de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, was het volgende aan de hand. De heer X dreef tot zijn pensioen een landbouwonderneming. Hierna werd de grond met alle machines en boerderij verpacht aan de belanghebbende. Nadat de verpachter kwam te overlijden erfde de belanghebbende alle aan hem verpachte grond, machines en boerderij. Dat kwam hem toe in de hoedanigheid van enig erfgenaam. Hij moest afrekenen over het gehele geërfde vermogen. Aangezien het vermogen geen ondernemingsvermogen meer was, kon hij geen aanspraak meer maken op de vrijstelling van 75%. De Rechtbank van Breda¹³⁹ oordeelde dat verhoging in strijd is met het gelijkheidsbeginsel is. 'Aanvankelijk was de regeling ontstaan om de liquiditeitsproblemen van ondernemingen op te vangen. Het sociaaleconomisch belang daarvan werd als argument aangedragen. Het liquiditeitsprobleem diende te worden verminderd door een vrijstelling van 25% toe te kennen. De rechtbank oordeelde echter dat de stijging van 50% naar 75% dusdanig groot is, dat sprake is van een willekeurig karakter. De faciliteit is in een aantal jaren geklommen naar een vrijstelling van 75%, maar de wetgever heeft hierbij een goede en rechtvaardige motivering achterwege gelaten. De wide margin of appreciation is daarmee ruim overschreden. Een verkrijging van ondernemersvermogen en privévermogen wordt binnen de Successiewet 1956 in

¹³⁶ Zie A.C. Rijkers, 'Berlusconiaanse wetgeving', NTFR 2009/2031.

¹³⁷ De staatssecretaris wil een verhoging naar 90% vrijstelling.

¹³⁸ Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 4, p. 3. De fiscale wetgever heeft er nogal moeite mee de fiscale adviezen van de Raad van State op andere dan wettechnische (verbeter)punten te nemen. Zie T. Hoekstra, 'De rol van de Raad van State bij fiscale wetgeving', WFR 2006/6668, p. 474.

¹³⁹ Rechtbank van Breda, 13 juli 2012, nr. AWB 11/5509.

beginsel gelijk behandeld op grond van art. 1 SW 1956. Er zijn rechtsgronden aan te wijzen om ondernemerschap enigszins te stimuleren. Opmerkelijk is dat elke erfgenaam van een onderneming aanspraak kan maken op de regeling, ongeacht het feit of de aanvrager in liquidatieproblemen zou treden zonder de vrijstelling. Er is namelijk geen toetsing aangebracht in de wetgeving. Deze bevoordeling is gerechtvaardigd bij een tarief van 25%, aldus de rechtbank. “Voor de verhoging door de wetgever naar 75% en de hierdoor ontstane ongelijke behandeling van gelijke gevallen bestaat geen objectieve en redelijke rechtvaardiging zodat sprake is van onaanvaardbare discriminatie”¹⁴⁰ Met deze uitspraak zorgt de rechtbank ervoor dat de discriminatie van dit ‘superprivilege’ niet verdwijnt, omdat het de regeling uitgebreid.¹⁴¹

In april jongleden heeft het Hof Den Bosch het ingestelde hoger beroep gegrond verklaard.¹⁴² Het overweegt daarbij dat het doel achter de vrijstelling in de loop der tijd is veranderd. De wetgever heeft de continuïteit van ondernemingen voorop gesteld, ongeacht of daarbij liquiditeitsproblemen ontstaan. Door die aanpassing is, gezien de ruime beoordelingsmarge die de wetgever heeft, geen sprake van discriminatie.¹⁴³

Daarnaast had de Rechtbank van Arnhem¹⁴⁴ in een eerdere zaak zich al uitgesproken over een geschil waarbij het gelijkheidsbeginsel niet werd geschonden. De belanghebbende X claimde onder andere dat sprake was van discriminatie omtrent het toekennen van een hoger vrijstelling aan kinderen onder de 23, dan aan kinderen vanaf 23 jaar en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aan ondernemers. De belanghebbende ontving, na het overlijden van zijn vader, via de wettelijke verdeling, een niet-opeisbare vordering op zijn moeder. Van de eventuele connectie met het gelijkheidsbeginsel en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, doet de rechtbank direct afstand. Er is namelijk geen sprake van gelijke gevallen. De rechtbank bekeek de zaak vanuit de regeling.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Rechtbank van Breda, 13 juli 2012, nr. AWB 11/5509, overweging 4.18.

¹⁴¹ J.L.M. Gribnau, ‘Respect voor het recht: de Koninklijke weg’, *NTR* 2013/444

¹⁴² Hof Den Bosch, 18 april 2013, nr. 12/00496, MK LJJ BZ7841.

¹⁴³ Deze procedure lift mee met het massaal bezwaar bij de Hoge Raad en waarvoor 30 september 2013 de A-G de conclusie publiceert. In de zaken 1e vijf zaken heeft de rechtbank de Belastingdienst in het gelijk gesteld. In de 6e zaak (voor Rb Breda) is de Belastingdienst in het ongelijk gesteld. De zaken zijn via het instellen van sprongcassatie voorgelegd aan de Hoge Raad.

¹⁴⁴ Rechtbank van Arnhem, 25 maart 2010, nr. AWB 09/1750.

¹⁴⁵ Artikel 35b SW 1956

De aanname, dat geen sprake is van gelijke gevallen met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, is in mijn ogen niet een meer dan logisch gevolg van het feit dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke zaken, ongelijk naar mate van de ongelijkheid. Zelfs als sprake zou zijn van een gelijke behandeling is er geen sprake van strijdigheid met het discriminatieverbod, aldus de rechtbank. Tot deze conclusie kwam de rechtbank door naar de parlementaire behandeling te kijken. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is namelijk te verantwoorden middels het sociaaleconomische belang dat er mee gemoeid gaat. Er is daarom volgens de rechtbank sprake van objectieve en redelijke rechtvaardigheid. Dat is op zichzelf een argument waardoor geen sprake is van discriminatie, ongeacht het gegeven dat wel sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

Het Hof van Arnhem neemt de uitspraak van de rechtbank over. 'Het Hof voegt daar aan toe dat ook titel drie¹⁴⁶ van het Handvest niet tot een ander oordeel leiden.'¹⁴⁷

De Hoge Raad heeft het cassatieberoepschrift afgedaan met verwijzing van art. 81 RO.

Dat artikel zegt:

*"Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel."*¹⁴⁸

Doordat de Rechtbank Breda de zaak vanuit de verkrijging (art. 1 SW 1956) bekeek en Rechtbank Arnhem vanuit de regeling (art. 35b SW 1956), zijn de uitspraken niet complementair aan elkaar.

¹⁴⁶ Het valt binnen de reikwijdte van artikel 52 lid 1 en lid 4 van Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

¹⁴⁷ Hof van Arnhem, 22 maart 2011, nr. 10/00194, V-N 2011/31.1.3, deze titel van het Handvest behandelt de gelijkheid binnen de Europese Unie.

¹⁴⁸ Artikel 81 Wet op de rechtelijke organisatie.

5.4 Vereisten

Bij de toetsing naar het discriminatieverbod en daarmee schending van het gelijkheidsbeginsel, gelden voor de Hoge Raad een tweetal vereisten.¹⁴⁹ Er moet allereerst worden gekeken naar de ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Op het moment dat sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, ten tweede toetst de Hoge Raad of de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging kent.

Bij de eerste toets naar de gelijkheid van de gevallen, is van belang dat de feitelijke kenmerken van de belanghebbenden hetzelfde zijn en ze zich tevens in dezelfde situatie bevinden. In dat kader wordt veelal het Tandarstvrouw-arrest¹⁵⁰ naar voren gehaald. In dit arrest werden gehuwden en ongehuwden samenwonende niet als gelijke gevallen aangemerkt.

De overweging die de Hoge Raad in acht nam was onder andere dat gehuwden bij het aangaan van een huwelijk aan bepaalde verplichtingen werd verbonden.¹⁵¹ Verplichtingen die ongehuwd samenwonenden niet kennen. Denk hierbij aan de partneralimentatie die mogelijk verschuldigd is bij een echtscheiding. Daarnaast blijkt het merendeel van de Nederlandse burger in gemeenschap van goederen te trouwen, waardoor ze als een (economische) eenheid naar voren treden. De huwelijkse band zorgt dus voor een duurzamere en sterkere economische eenheid ten opzichte van ongehuwd samenwonenden. Daarmee treedt het onderscheid dat gold in de inkomstenbelasting niet in strijd met artikel 26 IVBPR¹⁵².

In het Autokostenforfait-arrest werd wel in strijd met artikel 26 IVBPR gehandeld. Het discriminatieverbod werd geschonden.¹⁵³ In deze casus werd geoordeeld dat sprake was van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

¹⁴⁹ Zie R.H. Happé, Het gelijkheidsbeginsel: de rechtspraak van het EHRM biedt meer ruimte dan de HR benut', Vriendenbundel R.E.C.M. Niessen: Draaicirkels van formeel belastingrecht, onder redactie van L.J.A. Pieterse, SDU 2009.

¹⁵⁰ HR, 27 september 1989, nr. 24.297, BNB 1990/61

¹⁵¹ HR, 27 september 1989, nr. 24.297, BNB 1990/61, zie overweging 7.2

¹⁵² Dit artikel ziet op de gelijkstelling van elke burger ten opzichte van de wet. Iedereen heeft recht op een gelijke bescherming van de wet, zonder tussenkomst van welke vorm van discriminatie dan ook.

¹⁵³ HR, 15 juli 1998, nr. 31922, BNB 1998/293

Zo werd binnen de groep van personen die meer dan 30km per dag reizen aan woon-werkverkeer, een kleine groep bevoorrecht.

Die beperkte groep werd forfaitair belast over 20% van de catalogusprijs tegen 24% van de catalogusprijs voor de personen die naast het woon-werkverkeer meer dan 1000km privé reden. De bijtelling voor deze woon-werkverkeerregeling staat, volgend uit de totstandkoming van de bijtelling, op zichzelf. Vandaar dat het eventuele privégebruik van de ter beschikking gestelde auto van geen belang dient te zijn.

Op het moment dat sprake is van een ongelijke behandeling, moet gekeken worden of de wetgever daarvoor een grond heeft benoemd. "Voor die rechtvaardiging moet een legitieme doelstelling van overheidsbeleid worden beoogd. Tevens moet sprake zijn van een redelijke proportionaliteit tussen doel en het middel. Als laatste dient opgemerkt te worden dan overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen ook in strijd is met het discriminatie verbod"¹⁵⁴

'Het ERVM brengt in jurisprudentie gronden naar voren die inbreuk op het discriminatieverbod toestaan. De wetgever heeft te maken met een grote samenleving. Hoewel de wetgeving doelmatig dient te zijn, is efficiëntie in de uitvoering ook belangrijk bij het ontwerpen van fiscale wetgeving. Een onvermijdelijk probleem daarbij is echter dat een beperkte groep wordt gediscrimineerd. Omdat niet alle kleine uitzonderingen te vangen zijn, is het toegestaan een globale afbakening te maken. Tevens is de wetgever vrij om strengere wetgeving toe te passen om belastingontwijking tegen te gaan of een heffingsvacuüm te dichten. Zo werd strengere wetgeving omtrent het APV geïntroduceerd om het heffingsvacuüm dat door vermogende particulieren werd gecreëerd, te dichten. In bovenstaand geval is geen sprake van (directe) discriminatie. Maar mogelijk wel een indirecte vorm van discriminatie gezien de kosten die een dergelijk structuur met zich mee brengt. Denk aan de eerder vermelde kosten en risico's die ermee gemoeid gaan. Belastingconstructies kunnen daarnaast, waar nodig, de das om worden gedaan.

¹⁵⁴ Zie R.H. Happé, Het gelijkheidsbeginsel: de rechtspraak van het EHRM biedt meer ruimte dan de HR benut', Vriendenbundel R.E.C.M. Niessen: Draaicirkels van formeel belastingrecht, onder redactie van L.J.A. Pieterse, SDU 2009.

Tenslotte volgt uit de democratie van een land, dat de wetgever enige vrijheid kent in zijn beleid. Zo hebben politieke partijen de keuze om bepaalde maatschappelijk activiteiten wel of niet te stimuleren.

Of een beter alternatief voor handen ligt is niet aan de rechtelijke macht om te toetsen, maar een vrijheid die toekomt aan de wetgever.¹⁵⁵

Geconcludeerd kan worden dat bij de beoordeling tot schending van het discriminatieverbod, per situatie gekeken moet worden naar de specifieke kenmerken. Op het moment dat een verschil aanwezig is, in bijvoorbeeld een economisch belang, dan kan dat een grond zijn om aangemerkt te worden als ongelijke gevallen. Pas op het moment dat sprake is van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld, dient de rechtelijke macht te toetsen of de wetgever hier een objectieve en redelijk rechtvaardiging voor kent. Daarbij mag echter geen sprake zijn van overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling.

De wetgever dient een doelmatig en efficiënt beleid uit te zetten en heeft daarin keuzevrijheid. Als daarbij kleine verschillen ontstaan, is dat geen grond voor schending van het discriminatie verbod.

5.5 Vergelijking tussen vermogens

Bovenstaande uitspraken hebben gemeen dat het gaat over schending van het gelijkheidsbeginsel en niet over de ongelijke behandeling tussen vermogende- en niet-vermogende particulieren. Mogelijk is sprake van een verticale ongelijkheid. Zoals eerder gezegd heeft het APV-regime niet gezorgd voor een situatie waarbij particulieren alle mogelijkheden tot afzonderen zijn verloren.

Met het oog op het financiële verschil tussen particulieren in het licht van het discriminatieverbod, wordt de volgende uitspraak kort behandeld. Dit is een geval dat een verband legt tussen het discriminatieverbod en draagkracht.

¹⁵⁵ M.J. Hamer, Cursus Belastingrecht: FBR.5.1.1.D Objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden.

In deze zaak¹⁵⁶ stelt de wetgever het hierboven besproken uitvoeringsmotief boven een (in beginsel ongelijk) verschil in belastingvrije sommen. De wetgever heeft namelijk gekozen om de toeslag die alleenstaande ook kregen, af te schaffen en tweeverdieners geen lagere belastingvrije som toe te kennen. De daarbij eventuele draagkrachtverhogende of verlagende factoren zijn daarbij niet in ogenschouw genomen. Op die wijze krijgen enkel de alleenverdieners en alleenstaande verzorgende ouders nog de verhoogde belastingvrije som. Het motief achter het gegeven dat alleenstaande verzorgende ouders wel een verhoogde toeslag wordt toegekend krijgen, en alleenstaande niet, is omdat de wetgever rekening heeft gehouden met de subjectieve draagkracht factoren van die groep. Het uitvoeringsmotief spitst toe op de controlemoeilijkheden en fraudemogelijkheden. Zo is het bij alleenstaande moeilijk te controleren of ze daadwerkelijk alleen wonen¹⁵⁷, terwijl dat bij een alleenstaande met kinderen in mindere mate het geval is. Op het moment dat sprake zou zijn van een ongelijke behandeling tussen de alleenstaande en alleenstaande verzorgende ouders, is het uitvoeringsmotief een objectieve en redelijke grond voor de schending van het gelijkheidsbeginsel.

Geconcludeerd kan worden dat er gronden aan te wijzen zijn om draagkrachtverschillen en de behandeling daarvan, te accepteren op grond van het uitvoeringsmotief. Deze verschillen komen dus door de wet en worden geaccepteerd door de Hoge Raad uit doelmatigheidsredenen (uitvoering). Binnen het APV regime is een draagkracht verschil aan te duiden tussen vermogende en niet-vermogende particulieren. Daarbij wordt tevens een verschillende effectieve belastingdruk mogelijk gemaakt door de wet.

5.6 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de grondwet en meerdere verdragen toezien op het gelijkheidsbeginsel. Op verschillende wijzen wordt getoetst of sprake is van discriminatie. Daarbij wordt eerst beoordeeld of sprake is van gelijke gevallen. Bij gelijke gevallen wordt getoetst of een gelijke behandeling van die gevallen aan de orde is.

¹⁵⁶ HR, 21 oktober 1992, nr. 28.548, *BNB* 1993/29.

¹⁵⁷ Denk hierbij aan kamerbewoners.

We hebben gezien dat een ongelijke behandelingen van gelijke gevallen kan, op het moment dat daarvoor objectieve- en redelijkheids gronden voor aanwezig zijn. Daarbij ziet het discriminatieverbod toe op een ongerechtvaardigd onderscheid.

Tevens hebben we gezien dat het draagkrachtbeginsel samenhangt met horizontale- en verticale ongelijkheid. De verticale ongelijkheid treedt daarbij naar voren als sprake is van een ongelijke behandelingen van de ongelijke gevallen.

Het gelijkheidsbeginsel kan bekeken worden vanuit een formele invalshoek en een materiële invalshoek. Geconcludeerd kan worden dat in formele zin sprake kan zijn van neutrale, op zichzelf niet discriminerende, wetgeving, maar in materiële zin toch discriminatie plaatsvindt.

In de rechtspraak is veelvuldig getoetst wanneer sprake is van een ongeoorloofde ongelijke behandeling van (on)gelijke gevallen. We hebben gezien dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke zaken, ongelijk naar mate van de ongelijkheid. Daarnaast kan de lobbypraktijk aansporen tot regelingen die leiden tot schending van het discriminatieverbod. Zo werd in het Grootwagenvak-arrest geoordeeld dat de regeling voor de beperkte groep bevoordeelde voorbij ging aan enige rechtvaardiging.

In de besproken arresten omtrent de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is tweemaal beoordeeld dat deze niet in strijd is met het discriminatieverbod. Zo was de motivatie achter de verhoogde vrijstelling dat de continuïteit van ondernemingen voorop werd gesteld, ongeacht of daarbij liquiditeitsproblemen ontstaan. Door die aanpassing is, gezien de ruime beoordelingsmarge die de wetgever heeft volgens het Hof Den Bosch, dus geen sprake van discriminatie. In het laatste arrest van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kwam naar voren dat geen sprake was van gelijke gevallen¹⁵⁸. Zelfs wanneer het gelijke gevallen geweest zouden zijn, dan is geen sprake van strijdigheid met het discriminatieverbod, omdat het sociaaleconomische belang zorgt voor een objectieve en redelijke rechtvaardigheid.

¹⁵⁸ Zo hebben we gezien dat gehuwden en samenwonende zelfs geen gelijke gevallen zijn.

Voor een schending van het discriminatieverbod dient dus aan enkele vereisten te worden voldaan. Goede gronden kunnen te vinden zijn in bijvoorbeeld doelmatigheidsredenen, evenals uitvoerbaarheidsredenen en wetgeving gericht op het vangen van belastingontwijking. Daarnaast heeft de wetgever enige vrijheid in het beleid dat zij voert.

Zo kan geconcludeerd worden dat het uitvoeringsmotief genoeg kan zijn om een ongelijke behandeling van belastingvrije sommen te rechtvaardigen.

Hoofdstuk 6

Conclusie

6.1 Inleiding

In deze bachelorthesis heb ik het antwoord gezocht van de volgende probleemstelling:

‘Met het APV regime is het voor de inbrenger mogelijk een lagere effectieve belastingdruk op te zoeken, zonder daarmee een ongeoorloofde verticale ongelijkheid te creëren.’

Dit heb ik gedaan door de facetten van de probleemstelling op te delen. In het tweede hoofdstuk is de achtergrond van de APV regeling besproken, samen met de kenmerken van ‘zwevend vermogen’ en rechtspraak betreffende het vangen van die vermogens.

Het derde hoofdstuk bekijkt de APV regeling zelf. Het vierde en vijfde hoofdstuk richten zich meer op de directe facetten die gesteld worden in de probleemstelling. Zo ziet het vierde hoofdstuk op de verlaagde effectieve belastingdruk en de wenselijkheid daarvan, terwijl in het vijfde hoofdstuk het gelijkheidsbeginsel wordt besproken. De vereisten voor een geoorloofde ongelijke behandeling worden besproken, evenals horizontale- en verticale (on)gelijkheid.

6.2 Beantwoording van de probleemstelling

De geformuleerde stelling kan mijns inziens bevestigend beantwoord worden. Het APV maakt een lagere effectieve belastingdruk mogelijk, maar doet dat om de volgende redenen zonder een ongeoorloofde verticale ongelijkheid te creëren:

De APV regeling zorgt ervoor dat vermogens die in een APV zijn afgezonderd in beginsel worden toegerekend aan de inbrenger. De lagere effectieve belastingdruk kan men vinden met behulp van de toerekeningsstop in art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 van de APV regeling. Deze escape maakt het mogelijk om, doormiddel van een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing, een lagere effectieve belastingdruk op te zoeken. Om aan deze voorwaarde te voldoen is een reële belasting naar de winst van 10% afdoende. Dit is het geval in landen zoals Curaçao en Cyprus, waar de winst belast wordt tegen exact 10%.

Aangezien een aanmerkelijk belang in Nederland wordt belast tegen een tarief van 25%, is het afzonderen naar een belastingklimaat waar dat tarief onder die 25% ligt gunstig. Binnen het Nederlandse stelsel is het via 'box hopping' mogelijk je vermogen te structureren in box 1, 2, of 3. Daardoor krijg je te maken met andere tarieven en kan de belastingplichtige in lagere inkomstenbelastingdruk komen. De verlaagde belastingdruk ziet in de context van het APV dus vooral op het verlagen van box 2 en box 3.

Mijns inziens straalt subjectiviteit af van het feit dat iedere particulier binnen Nederland 'box hopping' kan verwezenlijken.

Ik heb geconstateerd dat met het afzonderen van vermogen in een offshore APV risico's met zich meebrengt. Naast hoge initiële kosten, zijn ook jaarlijkse vaste kosten aanwezig. Het risico van wijzigende wetgeving en het omslagpunt dat we gezien hebben in box 3, zorgt ervoor dat het niet voor de modale particulier mogelijk is.

Vanuit de wet bezien bestaat de mogelijkheid voor de modale particulier om zijn vermogen offshore in een APV af te zonderen. Echter stel ik me op het punt dat materieel gezien, kijkend vanuit het kostenplaatje voor het opzetten en instant houden, sprake is van ongelijkheid. Er is dus geen sprake van een ongelijkheid in directe zin, maar een ongelijkheid in indirecte (materialistische) zin. Het is tevens een verticale ongelijkheid.

De verticale ongelijkheid treedt namelijk naar voren als sprake is van een ongelijke behandelingen van de ongelijke gevallen. De verticale ongelijkheid ziet toe op de ongelijke materialistische behandeling tussen de vermogende particulieren, die via de toerekeningsstop instaat worden gesteld een lagere belastingdruk op te zoeken, en de modale particulier.

Onder andere de Hoge Raad heeft, middels jurisprudentie, kenbaar gemaakt dat een ongelijke behandeling wordt geoorloofd op het moment dat sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardigheid. Aan een ongelijke behandeling zit volgens mij, zoals hiervoor aangegeven, tevens een subjectief karakter. De redentatie komt in deze niet meer vanuit de wet, omdat daar waar je het over ethiek hebt, de vraag subjectief wordt.

Mijns inziens is sprake van een geoorloofde verticale ongelijkheid. Allereerst heb ik aangetoond dat de wetgever het recht heeft om bekende strengere wetgeving toe te passen om belastingontwijking tegen te gaan of een heffingsvacuüm te dichten. Dat heeft de wetgever in het geval van zwevend vermogen dus ook gedaan. Kijkend naar de uitvoerbaarheid en doelmatigheid van de regeling, dient de regeling naar mijn inzien dus ook niet te worden aangescherpt. Dat gaat hand in hand met de vrijheid die de wetgever heeft om beleid te vormen.

De gemoeide kosten, risico's, vrijheid van box hopping binnen Nederland, doelmatigheid en uitvoerbaarheid in ogenschouw nemende, concludeer ik dat sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardigheid voor de mogelijkheid om een lagere belastingdruk op te zoeken door vermogende particulieren.

Literatuurlijst

- Aersten 2004** D.W. Aersten, *De Trust: beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Boer 2011** J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de Inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 17, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
- Boeschoten en Vriesendorp 1994** C.D. van Boeschoten en R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief: het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.
- Dierkens en Schuttevaer 2010** J.P. Dierkens Schuttevaer, *Erven, schenken en fiscus*, Deventer: Kluwer 2010.
- Delrue 2010** G. Delrue, *Witwassen*, Apeldoorn: Maklu Uitgevers N.V. 2010.
- Hageman, Lohuis en Ruijschop 2010** E.P.Hageman, H. Lohuis en M.H.C. Ruijschop, *'De herziene Successiewet 1956'*, Deventer: Kluwer 2010.
- Heithuis en Kavelaars 2010** E.J.W. Heithuis en P. Kavelaars en B.F. Schufer, *'Inkomstenbelasting, alsmede hoofdzaken loonbelasting'*, Deventer: Kluwer 2010.
- Heithuis, van Beek, Kievit, Hoppenreijns en Pol 2010** J.M.C. van Beek en E.J.W. Heithuis en R.T.R. Hoppenreijns en K. Kievit en J.A. Pol, *Schenk- en erfbelasting: 'alle wijzigingen in de Successiewet 1956 en enige andere wetten per 1 januari 2010'*, Deventer: Kluwer 2010.
- Loenen 1998** T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1998.
- Lupoi 2000** M. Lupoi, *Trust: 'A comparative study'*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.
- Nelissen en Bom 2009** E. Nelissen en H. Bom, *Memo financiële planning 'De Successiewet vanaf 2010: een praktische handleiding voor adviseurs en belastingplichtigen'*, Deventer: Kluwer 2009.

- Niessen 2009** R.E.C.M. Niessen: Draaicirkels van formeel belastingrecht, onder redactie van L.J.A. Pieterse, Amersfoort: SDU 2009.
- Pommers, Leeuwen en Ras 2003** E. Pommer, ea, Trends in ongelijkheid, herverdeling en dynamiek, Sociaal en Cultureel Planbureau 2003.
- Ramjohn 1998** M. Ramjohn, Sourcebook on law of trusts, London: Cavendish Publishing Limited 1998.
- Reinhartz, Kolkman Verstappen 2010** B.E. Reinhartz, W.D. Kolkman, L.C.A. Verstappen, Erfrecht Relatievermogensrecht, Deventer: Kluwer 2010.
- Sonneveldt 2000** F. Sonneveldt, De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2000.
- Sonneveldt en Stollenwerck 2010** F. Sonneveldt en A.H.N. Stollenwerck, Estate planning, Amersfoort: Sdu uitgevers 2010.
- Underhill en Hayton 2003** A. Underhill en J. Hayton, Law relating to trusts and trustees, Londen: Butterworths 2003.
- Zwemmer 2011** J.W. Zwemmer, discussiebijdrage, in Belastingen en ethiek. Preadviezen en bespreking preadviezen, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no 243, Kluwer: Deventer 2011.

Jurisprudentie:

BNB 1999/35, nr. 31 756

BNB 1999/36, nr. 31 757

BNB 1999/36, nr. 31 758

BNB 1999/37, nr. 31 759

HR, 22 maart 1961, nr. 14 514, BNB 1961/149

HR, 18 maart 1987, nr. 23 674, BNB 1987/229

HR, 17 augustus 1998, BNB 1999/122

HR, 27 september 1989, nr. 24.297, BNB 1990/61

HR, 21 oktober 1992, nr. 28.548, BNB 1993/29

HR 14 juli 2006 nr. 39 201 BNB 2007/18

HR 14 juli 2006 nr. 39 262 BNB 2007/19

HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122

HR, 15 maart 2013, nr. 12/03372

Hof Den Haag, 3 november 2010, BK-10/00138

Hof Den Haag, 3 november 2010, BK-10/00139

Hof van Arnhem, 22 maart 2011, nr. 10/00194, V-N 2011/31.1.3

Hof van Amsterdam, 31 mei 2012, nrs. 10/00016, 10/00017, 10/0018, 10/00019

Hof Amsterdam, 8 november 2012, nr. 11/00165 t/m 11/00168, LJN BY5802

Hof Den Bosch, 18 april 2013, nr. 12/00496, MK LJN BZ7841.

Rechtbank Den Haag, 16 december 2009, nr. 09/02177

Rechtbank Arnhem, 25 maart 2010, nr. AWB 09/1750.

Rechtbank Breda, 13 juli 2012, nr. AWB 11/5509

Kamerstukken

Kamerstukken II 2008-2009, 27 789, nr. 17

Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3

Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 4

Aanhangsel Handelingen en Besluiten

Aanhangsel Handelingen I, 2009-10, 31 930, nr. 13, p. Leijnse (PvdA)

Aanhangsel Handelingen II, 2012-13, nr. 1054

Besluit staatsecretaris van Financiën 22 juni 1995, nr. DB95/1771M

Wetenschappelijke & overige artikelen:

- J.P. Boer en R.M. Freudenthal, De identiteitscrisis van de Anglo- Amerikaanse trust': afgezonderd of niet?, WPNR 2009/6802.
- J.P. Boer, De Anglo-Amerikaanse trust in de Inkomsten- en vennootschapsbelasting, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 17, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
- E.R. Roelofs, WFR: Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de trust niet, 2010/1632, afl. 6887 .
- NTFR 2010/658, Rechtbank Den Haag 16 december 2009, nr 09/02177.
- Vakstudie Nieuws 2009/22.3.
- 17 december 2009, Stb. 2009, 564.
- 23 december 2009, Staatsblad, 2009, nr. 610.
- NRC; VVD'er Van Baalen: druk op belastingparadijzen opvoeren, 30 maart 2013.
- A.C. Rijkers, 'Berlusconiaanse wetgeving', NTFR 2009/2031.
- T. Hoekstra, 'De rol van de Raad van State bij fiscale wetgeving', WFR 2006/6668.
- J.L.M. Gribnau, 'Respect voor het recht: de Koninklijke weg', NTFR 2013/444.
- M.J. Hamer, Cursus Belastingrecht: FBR.5.1.1.D Objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden.

Grondwet:

Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815.