

VOORBLAD

INHOUDSOPGAVE

Inhoudsopgave	2
Lijst met afkortingen	3
Voorwoord	4
Hoofdstuk 1 Inleiding	5
1.1 Algemeen: Huwelijksvermogensrecht	5
1.1.1 Wetgeving vóór 2012.....	5
1.1.2 Wetgeving per 2012.....	6
1.2 Algemeen: terbeschikkingstellingsregeling.....	7
1.3 Probleemstelling.....	8
1.4 Verantwoording van de opzet.....	9
Hoofdstuk 2 Hoe werkt de terbeschikkingstellingsregeling?.....	10
2.1 Inleiding.....	10
2.2 Plaats en achtergrond van de tbs-regeling.....	10
2.3 Werking van art. 3.91 Wet IB 2001.....	11
2.3.1 Ter beschikking stellen.....	12
2.3.2 Rendabel maken.....	12
2.3.3 Rechtens dan wel in feite, direct of indirect.....	13
2.4 Verbonden personen	13
2.5 Ongebruikelijke terbeschikkingstelling.....	14
2.6 Aanvang en einde van de tbs-regeling.....	15
2.7 Bepaling van het resultaat.....	16
2.8 Vermogensetikettering.....	16
2.9 Deelconclusie.....	17
Hoofdstuk 3 Wat regelt het huwelijksvermogensrecht en wat zijn de gevolgen van het aangaan van een huwelijk op de terbeschikkingstellingsregeling?.....	19
3.1 Inleiding.....	19
3.2 Het huwelijk algemeen.....	19
3.3 De gemeenschap van goederen.....	19
3.3.1 Wijzigingen gemeenschap van goederen per 2012.....	21
3.4 Huwelijkse voorwaarden.....	22
3.4.1 Uitsluiting van iedere gemeenschap.....	22
3.4.2 De beperkte gemeenschap van goederen.....	23
3.4.3 De verrekenbedingen.....	23
3.5 Deelconclusie.....	24
Hoofdstuk 4 Wat regelt het huwelijksvermogensrecht en wat zijn de gevolgen van het aangaan van een huwelijk op de terbeschikkingstellingsregeling?	26
4.1 Inleiding	26
4.2 Gevolgen voor de tbs-regeling in geval van gemeenschap van goederen	26
4.3 Gevolgen op de tbs-regeling in geval van huwelijkse voorwaarden waarin een koude uitsluiting is opgenomen.....	27
4.4 Deelconclusie.....	29

LIJST MET AFKORTINGEN

BW: Burgerlijk Wetboek

Tbs-regeling: Terbeschikkingstellingsregeling

Wet IB 1964: Wet op de Inkomstenbelasting 1964

Wet IB 2001: Wet op de Inkomstenbelasting 2001

MVT: Memorie van Toelichting

R.O.: Rechtsoverweging

GW: Grondwet

EVRM: Europees Verdrag van de Rechten van de Mens

IVBPR: Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten

Wet LB 1964: Wet op de loonbelasting 1964

SW: Successiewet

VOORWOORD

1. Inleiding

1.1 Algemeen: huwelijksvermogensrecht

Het personen- en familierecht is ondergebracht in boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en richt zich specifiek op afstamming, geboorte, huwelijk en echtscheiding. Het gaat voornamelijk om zaken die te maken hebben met de hoedanigheid, familieverhoudingen en bevoegdheden van personen. Het huwelijksvermogensrecht is het eerste onderwerp dat centraal zal komen te staan in deze scriptie.

Het huwelijksvermogensrecht bevat de wettelijke regels betreffend de gevolgen van het aangaan van het huwelijk. Op het moment dat een stel besluit in het huwelijksbootje te stappen, zullen zij goed na moeten denken over de gevolgen die het huwelijk met zich meebrengt met betrekking tot hun inkomsten en vermogen. Zij moeten duidelijke afspraken maken over de rechtsvorm van het huwelijk. In Nederland zijn hier diverse mogelijkheden voor. Echtlieden kunnen bijvoorbeeld kiezen om te huwen in de algehele gemeenschap van goederen, daarentegen kunnen ook huwelijkse voorwaarden worden opgemaakt waarin verschillende variaties mogelijk zijn, zoals de koude uitsluiting, de beperkte gemeenschap en de verrekenbedingen. Het wettelijke stelsel van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht is de wettelijke algehele gemeenschap van goederen. Bij het sluiten van het huwelijk ontstaat ~~er~~ dus automatisch ~~de~~ wettelijke gemeenschap, behoudens voorafgaand aan het huwelijk huwelijkse voorwaarden zijn opgemaakt. De wettelijke gemeenschap houdt in beginsel in dat vanaf het moment van huwen alle baten en lasten van de partners die voorafgaand aan het huwelijk al in bezit zijn van een van beiden en ook alle baten en lasten die tijdens het huwelijk ontstaan gemeenschappelijk eigendom worden. In het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en in jurisprudentie zijn hierop een aantal uitzonderingen geformuleerd ten aanzien van verknochte goederen, pensioenrechten verband houdend met het ouderdoms- en nabestaandenpensioen, rechten op het vestigen van een vruchtgebruik als bedoeld in artikel 29 en 30 van boek 4 BW alsmede het vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen gevestigd is en goederen waarop een uitsluitingsclausule¹ ziet².

Op 7 mei 2003 is bij de tweede kamer een wetsvoorstel ingediend met betrekking tot een aanpassing van de algehele gemeenschap van goederen³. Het wetsvoorstel is uiteindelijk per 2012 in werking getreden als Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen en geldt nog steeds vandaag de dag. De algehele gemeenschap van goederen heet sindsdien de wettelijke gemeenschap van goederen, omdat in de wet uitzonderingen zijn opgenomen met betrekking tot de gemeenschap. In het navolgende zullen de oude en de nieuwe regelgeving betreffende de wettelijke gemeenschap van goederen besproken worden en zullen de verschillen aangekaart worden.

1.1.1 Oude versus ~~VS~~ nieuwe wetgeving

1 In een uitsluitingsclausule kan een erfflater of schenker bepalen dat de erfenis of schenking niet in de gemeenschap van goederen valt van de erfgenaam of begiftigde.

2 Artikel 1:94 BW

3 Kamerstukken II 2002/03, 28 867, nr.1-2

De wettelijke gemeenschap van goederen is sinds 1838 het hoofdstelsel van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. In het 'Rapport van de Commissie rechten en plichten van echtgenoten' zijn de voor- en nadelen van het hoofdstelsel van vóór 2012 naar voren gebracht. Eenvoud en de bekendheid van het stelsel bij het volk zijn de voordelen die genoemd worden. Bovendien volgt uit het rapport dat het stelsel goed past bij huwelijken waarin weinig vermogen omgaat, waarin geen grote schenkingen of giften verwacht worden en waarin geen risicovolle projecten ontplooid zullen gaan worden. Als nadelig wordt gezien dat alle goederen in beginsel gemeenschappelijk worden, voornamelijk het feit dat aangebrachte goederen, giften, schenkingen en erfrechtelijke verkrijgingen in de gemeenschap vallen waardoor deze bij echtscheiding gedeeld zouden moeten worden. Een ander nadeel dat wordt aangekaart is de verhaalbaarheid van schuldeisers van de echtgenoot op de gehele gemeenschap. Daarnaast valt de bestuursregeling ongunstig uit voor de niet verdienende echtgenoot. Door de benoeming van de algehele gemeenschap van goederen tot het wettelijke hoofdstelsel van het huwelijksvermogensrecht toentertijd worden gemeenschappelijke doelen nagestreefd. Het gaat hier om de gelijkheid en onafhankelijkheid van man en vrouw, de bescherming van de echtelijke woning tegen beschikkingshandelingen van elk der echtgenoten, om het welzijn van de ex-partner en kinderen in geval van toedeling van de woning en om bescherming van de economisch zwakkere partij. Met de algehele gemeenschap van goederen als wettelijk hoofdstelsel wordt voornamelijk recht gedaan aan de partner die de meeste huishoudelijke en zorgarbeid verricht en daardoor weinig arbeidsinkomen inbrengt⁴.

In de afgelopen decennia hebben zich talrijke maatschappelijke ontwikkelingen voorgedaan die tot een heroverweging van het hoofdstelsel van het huwelijksvermogensrecht hebben geleid. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de emancipatie van de vrouw, het feit dat veel vrouwen tegenwoordig ook tijdens het huwelijk blijven werken, het vermogender worden van de samenleving, alsook het aantal echtscheidingen. Het absolute aantal huwelijken mag dan sinds de Tweede Wereldoorlog zijn toegenomen, echter, het percentage huwelijken is ten opzichte van het aantal inwoners sterk gedaald. Indien nuchter naar de realiteit wordt gekeken, wordt het niet meer als vanzelfsprekend gezien dat de ten tijde van het aangaan van het huwelijk en de tijdens het huwelijk opgekomen goederen en schulden gemeenschappelijk worden. Dit is dan ook een van de redenen dat een aantal echttelieden veel van het wettelijk stelsel ~~wordt afgewijeken~~. Het wetsvoorstel 28 867 heeft uiteindelijk geleid tot een aanpassing van de algehele gemeenschap van goederen en beoogt te voorzien in de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen die zich de afgelopen decennia hebben voorgedaan⁵.

De Wet aanpassing gemeenschap van goederen behoudt echter het uitgangspunt van de algehele gemeenschap van goederen. Dit betekent dat vanaf het moment van huwen nog steeds alle bezittingen en schulden van de echtgenoten gemeenschappelijk worden. In het wetsvoorstel was in eerste instantie opgenomen dat erfrechtelijke verkrijgingen

4 Kamerstukken II 2002/03, 28 867, nr.3, p.4-7, 10

5 Memorie van Toelichting TK 28 867, p.1, 6-8

en schenkingen buiten de gemeenschap zouden vallen waardoor dus een beperktere gemeenschap van goederen het wettelijk stelsel zou gaan worden. Dankzij het amendement-Anker⁶ is echter uiteindelijk bepaald dat deze toch tot de gemeenschap zullen blijven behoren. Belangrijke wijzigingen uit de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen die overigens goed bij deze tijd passen, zijn het vervroegen van het tijdstip van ontbinding van de gemeenschap, de aangepaste bestuursregeling, de uitbreiding van de vergoedingsrechten, ook wel de beleggingsleer genoemd, en de mogelijkheid tot wijziging in huwelijkse voorwaarden zonder toestemming van de rechtbank. Deze wijzigingen zullen later in deze scriptie verder toegelicht worden.

1.2 Algemeen: terbeschikkingstellingsregeling

Na jaren van uitvoerige parlementaire behandelingen is met een groot aantal wijzigingen per 1965 de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 in werking getreden (hierna: Wet IB 1964). Door het hoge toptarief van 72% ontstaat echter al snel ontwijkings- en ontduikingsgedrag. Mede hierdoor is ook de Wet IB 1964 nog vele malen gewijzigd. De wijzigingen betreffen onder andere een herziening van de tariefstructuur (1973), vervanging van de investeringsaftrek (1978), afschaffing van de WIR (1988) en een herziening van het aanmerkelijk belang regime (1997). Ondanks al deze wijzigingen wordt duidelijk dat de Wet IB 1964 vervangen moest worden. Op 11 december 1997 verschijnt 'Belastingen in de 21^e eeuw, een verkenning'⁷. Hierin wordt de basis gelegd voor de herziening van de Wet IB 1964 en tegelijkertijd wordt het wetsvoorstel voor de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) ingediend. Na een kort wetgevingsproces is de Wet IB 2001 in werking getreden. De Wet IB 2001 volgt de Wet IB 1964 op die onder andere op het gebied van de heffing ten aanzien van vermogensinkomsten tekortkomingen vertoonde. Deze tekortkomingen worden voornamelijk veroorzaakt door het in de privésfeer geldende onderscheid tussen zwaar belaste vermogensinkomsten en onbelaste vermogenswinsten. De wetgever kiest ervoor om een bijna gehele nieuwe Wet IB 2001 in te voeren en slechts een aantal onderdelen enkel te wijzigen. Belangrijke wijzigingen zijn de volgende: invoering van de boxenstructuur, vervanging van de belastingvrije sommen door een systeem van heffingskortingen en de invoering van de vermogensrendementsheffing⁸. In de Wet IB 2001 is het vernieuwde systeem voor de belastingheffing over dergelijke inkomsten, de vermogensrendementsheffing, gaan gelden. Dit is een opvallende noviteit. Hierdoor wordt inkomen uit vermogen niet langer belast naar het daadwerkelijk behaalde voordeel, maar wordt ervan uitgegaan dat met het vermogen een bepaald forfaitair rendement wordt behaald dat afhankelijk is van de waarde van het vermogen. Deze box 3 heffing onderscheidt zich van box 1 vanwege een andere soort heffing door de forfaitaire vaststelling van het inkomen, maar bovendien vanwege de toepassing van een proportioneel tarief. Box 3 leidt ertoe dat het voordeliger is om

⁶ KAMERSTUKKEN II 2007/08, 28867, NR. 14.

⁷ KAMERSTUKKEN II 1997/98, 25 810, NR. 2

⁸ HEITHUIS, E.J.W., KAVELAARS, P., SCHUVER, B.F., INKOMSTENBELASTING INCLUSIEF HOOFDZAKEN LOONBELASTING EN PREMIEHEFFING, DEVENTER, KLUWER, 2013, P.14-18

vermogensbestanddelen via deze box te laten verlopen dan via box 1. Belastingplichtigen zullen daarom proberen zoveel mogelijk van hun vermogen onder te brengen in box 3. De terbeschikkingstellingsregeling richt zich tegen de erosie van de heffingsgrondslag in box 1⁹.

De terbeschikkingstellingsregeling valt onder de afdeling resultaat uit overige werkzaamheden en wordt gebruikt als een anti-arbitragemaatregel tegen tariefshoppen. Vermogensbestanddelen die ter beschikking worden gesteld aan een verbonden persoon of diens onderneming worden op grond van de terbeschikkingstellingsregeling uit de Wet IB 2001 niet in box 3, maar in box 1 belast. Over de betekenis van het begrip ter beschikking stellen is weinig gezegd door de wetgever, zodat de werking niet beperkt blijft tot verhuur of bruikleen¹⁰. De terbeschikkingstellingsregeling is het tweede onderwerp dat centraal zal staan in deze scriptie.

1.3 Probleemstelling

Slechts bij een kwart van de voltrokken huwelijken wordt gekozen voor de huwelijkse voorwaarden. Bovendien worden in deze huwelijkse voorwaarden steeds vaker koude voorwaarden¹¹ opgesteld. Het percentage huwelijken waarin een koude uitsluiting is opgenomen, was in 2003 nog slechts 6%, terwijl dit percentage vijf jaar later is verdriedubbeld. Dit percentage stijgt zelfs naar 34% als het aantal huwelijkse voorwaarden waarin is bepaald dat slechts de inboedel wordt verdeeld in geval van echtscheiding ook wordt meegeteld. Ondanks dat vele politieke partijen vinden dat het niet meer van deze tijd is, trouwt driekwart, de overgrote meerderheid dus, nog steeds in gemeenschap van goederen¹². Het onlangs gewijzigde huwelijksvermogensrecht probeert op de maatschappelijke veranderingen in te spelen. Uit een onderzoek in 2004 is gebleken dat mensen met een eigen bedrijf in vergelijking met niet-zelfstandigen in ruimere mate huwelijkse voorwaarden boven de gemeenschap van goederen kiezen, namelijk 43% versus 17%¹³. Helaas zijn geen recentere gegevens beschikbaar, maar gezien de maatschappelijke ontwikkelingen in de relaties en rolverdelingen tussen man en vrouw is te verwachten dat de voorkeur voor de huwelijkse voorwaarden in deze tijd alleen maar groter is geworden ten opzichte van 2004.

Als sprake is van een eigen onderneming binnen het huwelijk zou de terbeschikkingstellingsregeling van toepassing kunnen zijn. Gehuwden zijn verbonden personen van elkaar en indien bijvoorbeeld een vermogensbestanddeel dat tot het eigendom behoort, wordt gebruikt in de onderneming, hangt het van het gekozen huwelijksregime af of de terbeschikkingstellingsregeling toepassing zal vinden¹⁴. In deze

9 Commentaar NDFR, artikel 3.91 Wet IB 2001, p.1

10 Niessen, R.E.C.M., De terbeschikkingstellingsregeling, Belastingbrief, 2001/11, par. 2

11 Dit houdt in dat partners niets met elkaar willen delen in geval van een echtscheiding

12 Radboud Universiteit Nijmegen, Kwart van Nederlandse paren trouwt op huwelijkse voorwaarden en steeds kouder, WPNR, 2012

13 Gaalen, R.I.A., van, Valk, H.A.G., de, Zo zijn we (niet) getrouwd!, NIDI, 2005, jaargang 21

14 HEITHUIS, E.J.W., KAVELAARS, P., SCHUVER, B.F., INKOMSTENBELASTING INCLUSIEF HOOFDZAKEN LOONBELASTING EN PREMIEHEFFING, DEVENTER, KLUWER, 2013, p.383

scriptie zal worden uitgezocht wat de verschillen in uitwerking zijn ingeval voor een bepaald huwelijksregime wordt gekozen. De huwelijksregimes die centraal zullen staan zijn de gemeenschap van goederen en de huwelijkse voorwaarden waarin iedere gemeenschap van goederen is uitgesloten, ook wel deen koude uitsluiting genoemd is opgenomen. De terbeschikkingstellingsregeling zal gezien de omvang van deze scriptie worden beperkt tot artikel 3.91 Wet IB 2001.

Aangezien als gevolg van het gekozen huwelijksregime verschillen in uitwerking op de terbeschikkingstellingsregeling ontstaan, kan afgevraagd worden of deze ongelijke behandeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Aan de hand van het toetsingskader dat van de Hoge Raad hanteert bij toetsing van het gelijkheidsbeginsel, zal worden beoordeeld of de ongelijke behandeling een schending van het gelijkheidsbeginsel oplevert.

De onderzoeksvraag die centraal zal komen te staan in deze scriptie luidt als volgt:
Wat is de invloed van het huwelijksvermogensrecht op de terbeschikkingstellingsregeling van de inkomstenbelasting en kan deze invloed in strijd worden geacht met het gelijkheidsbeginsel?

Om een antwoord op deze onderzoeksvraag te kunnen formuleren zullen vier deelvragen uitgewerkt worden:

1. Hoe werkt de terbeschikkingstellingsregeling?
2. Wat regelt het huwelijksvermogensrecht?
3. Wat zijn de gevolgen van het aangaan van een huwelijk op de terbeschikkingstellingsregeling?
4. Zijn de verschillen in de uitwerking van de tbs-regeling op grond van het gekozen huwelijksregime in strijd met het gelijkheidsbeginsel?

1.4 Verantwoording van de opzet

Allereerst zal in het tweede hoofdstuk van deze scriptie de terbeschikkingstellingsregeling van artikel 3.91 Wet IB 2001 worden toegelicht. Hierbij wordt ingegaan op de achtergrond van de regeling, de ruime werking van de regeling en zal van belangrijke begrippen uit het wetsartikel een uitleg gegeven worden besproken. Vervolgens staat in hoofdstuk drie het huwelijksvermogensrecht centraal. De gemeenschap van goederen en de onlangs ingevoerde wijzigingen zullen aan bod komen, waarna de huwelijkse voorwaarden en de mogelijke variaties hierin worden besproken.

Nadat in hoofdstuk twee de terbeschikkingstellingsregeling is besproken en in hoofdstuk drie het huwelijksvermogensrecht uiteen is gezet, zullen deze twee onderwerpen in hoofdstuk vier samengebracht worden. In dit hoofdstuk zullen dan ook de gevolgen van het huwelijksvermogensrecht op de terbeschikkingstellingsregeling worden onderzocht. Om de verschillen in uitwerking duidelijk te maken zal een casusvoorbeeld worden gebruikt. De casus zal twee keer worden uitgewerkt, een keer met als uitgangspunt een echtpaar dat is gehuwd in gemeenschap van goederen en de tweede keer met als uitgangspunt een echtpaar dat is gehuwd onder huwelijkse voorwaarden met daarin

~~de~~ koude uitsluiting. Verondersteld wordt dat tot de huwelijksgemeenschap een woonbedrijfspan behoort waarvan het bedrijfsgedeelte ter beschikking wordt gesteld aan de eenmanszaak van de man, de ondernemende echtgenoot. Verondersteld wordt dat het bedrijfsgedeelte in beperkte mate in privé wordt gebruikt waardoor de mogelijkheid bestaat om het tot het privévermogen te rekenen. Om vervolgens een stapje verder te gaan zal een wat complexere situatie uitgewerkt worden. Het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan zal dan namelijk ter beschikking worden gesteld aan de man-vrouwirma waarin de man en vrouw samenwerken met een 60/40 winstverdeling. Deze twee casussituaties zullen de invloed van het huwelijksvermogensrecht op de terbeschikkingstellingsregeling goed in beeld brengen. In hoofdstuk vijf zullen de verschillen in uitwerking op de terbeschikkingstellingsregeling op grond van het gekozen huwelijksregime worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel. Aan de hand van het toetsingskader van de Hoge Raad zal worden beoordeeld of de ongelijke behandeling een schending van het gelijkheidsbeginsel oplevert. Tot slot zal in hoofdstuk zes een conclusie worden geformuleerd op de onderzoeksvraag aan de hand van de deelconclusies uit voorgaande hoofdstukken.

2. Hoe werkt de terbeschikkingstellingsregeling?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de terbeschikkingstellingsregeling van artikel 3.91 Wet IB (hierna: tbs-regeling) centraal staan. Allereerst zullen de achtergrond en de werking van de tbs-regeling besproken worden. Voorts wordt ingegaan op wat bepalingen uit het wetsartikel. Dan zal de ongebruikelijke terbeschikkingstelling worden uitgelegd, gevolgd door de bepaling van het resultaat en de vermogensetikettering. Tot slot zal een conclusie worden gegeven.

2.2 Plaats en achtergrond van de tbs-regeling

De Wet IB 2001 bestaat uit drie verschillende boxen met elk zijn eigen tarieven. In box 1 wordt het inkomen uit werk en woning belast tegen een maximaal tarief van 52%, vervolgens wordt in box 2 het inkomen uit aanmerkelijk belang in de heffing betrokken tegen een vast tarief van 25% en box 3 betreft het inkomen uit sparen en beleggen waarbij 30% geheven wordt over het forfaitaire rendement van 4%, wat dus in principe neerkomt op een heffing van 1,2%. Iets wat in een box wordt belast, kan vervolgens niet meer belast worden in een andere box. Ook verliezen uit een box kunnen in beginsel niet in aftrek worden gebracht op een belastbaar inkomensbestanddeel uit een andere box.

Box 1 kan verdeeld worden in verschillende bronnen van inkomen, namelijk inkomen uit werk en woning, winst uit onderneming, belastbaar loon, resultaat uit overige werkzaamheden en periodieke uitkeringen en verstrekkingen. Het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden maakt onderdeel uit van het arbeidsinkomen en vormt primair een voorzetting van de bron andere inkomsten uit arbeid afkomstig uit de Wet IB 1964. Het resultaat uit overige werkzaamheden is als het ware een soort restcategorie voor inkomsten die vaak niet in een andere inkomenscategorie van de wet ondergebracht kunnen worden. Artikel 3.90 Wet IB 2001 definieert het resultaat uit overige werkzaamheden als volgt: *'het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meer werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbaar loon genereren.'* Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan werkzaamheden als wetenschappelijk auteur, het zo nu en dan geven van adviezen tegen betaling, het geven van een lezing of het tegen betaling geven van rondleidingen. Het kan wel eens voorkomen dat een inkomensbestanddeel ongeacht **het** in een andere categorie ondergebracht kan worden, toch tot het resultaat uit overige werkzaamheden wordt gerekend¹⁵.

In de Memorie van Toelichting geeft de wetgever aan dat het regime betreffende het resultaat uit overige werkzaamheden mede wordt gebruikt om maatregelen te treffen ter voorkoming van belastingontwijking met het oog op het onderbrengen van ondernemingsvermogen bij een persoon die nauw met de ondernemer verbonden is¹⁶. Door de verschillende tarieven in de verschillende boxen, wordt namelijk belastingarbitrage uitgelokt. Deze belastingarbitrage ziet vooral op het laag geldende tarief uit box 3. Om dit tegen te gaan zijn bepaalde beleggingshandelingen door middel van een wettelijke fictie aangemerkt als werkzaamheid en worden daardoor tot het resultaat uit overige werkzaamheden gerekend in box 1. De

¹⁵ LUBBERS, A.O., MEUSSEN, G.T.K., HOOFDZAKEN WINST UIT ONDERNEMING, DEVENTER, KLUWER, 2014, P.299

¹⁶ KAMERSTUKKEN II 1998/1999, 26727, NR3, BLZ. 30.

terbeschikkingstellingsregeling is zo een anti-arbitragemaatregel en behoort tot de uitbreiding van het begrip werkzaamheid. Feitelijk is ~~er~~ bij ter beschikkingstellen geen sprake van een werkzaamheid, maarechter zorgt wordt dit fictief in de wet ~~er~~voor dat dit toch als werkzaamheid ~~wordt~~ aangemerkt¹⁷. De tbs-regeling is in afdeling 3.4 van de Wet IB 2001 opgenomen om belastingheffing via box 1, met een progressief inkomstenbelastingtarief van maximaal 52%, mogelijk te maken. Gezien de aard van de tbs-regeling, namelijk het beleggen van vermogen, zou de regeling volgens het regime van box 3 belast moeten worden, maar de wetgever vond deze heffing tekortschieten¹⁸. Zonder aanvullende maatregelen zou indien ondernemingsvermogen wordt ondergebracht bij een gelieerd persoon van de ondernemer, de uit dat vermogen verkregen inkomsten (huur- en rentebaten) bij de verbonden persoon worden belast als inkomsten uit sparen en beleggen tegen het box 3 tarief in plaats van bij de ondernemer zelf als winst uit onderneming tegen het box 1 tarief. Als gedacht wordt aan het feit dat de huur- en rentekosten bij de onderneming aftrekbaar zijn van de winst uit onderneming, schiet een belastingheffing tegen 1,2% in box 3 zeker tekort. Het is dus deze arbitragemogelijkheid die door de tbs-regeling onmogelijk wordt gemaakt¹⁹.

2.3 Werking van art. 3.91 Wet IB 2001

Artikel 3.91 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 stelt dat als werkzaamheid mede wordt aangemerkt het rendabel maken van vermogensbestanddelen – alsook de schulden die hiermee rechtstreeks samenhangen – door deze al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite, direct of indirect ter beschikking te stellen aan een met de belastingplichtige verbonden persoon voor zover deze hiermee belastbare winst uit onderneming of belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden behaald²⁰. Overigens stelt lid 1 onderdeel b van hetzelfde artikel dat ook als werkzaamheid wordt beschouwd het rendabel maken van vermogensbestanddelen – alsmede de schulden die hiermee rechtstreeks samenhangen – voor zover deze al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite, direct of indirect ter beschikking worden gesteld aan een samenwerkingsverband waarvan een met de belastingplichtige verbonden persoon winst uit onderneming of belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden genereert, deel uitmaakt. Om deel uit te maken van een samenwerkingsverband moet een belang aanwezig zijn, niet belangrijk is hoe groot dit belang of het winstaandeel is. In het tweede lid onderdeel a sub 1 tot en met 6 van artikel 3.91 Wet IB 2001 worden een aantal gelijkstellingen genoemd voor het begrip ter beschikking stellen. Dit houdt in dat met betrekking tot deze vermogensbestanddelen de tbs-regeling ook van toepassing is. Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat iets ter beschikking gesteld moet worden aan een verbonden persoon of aan een samenwerkingsverband waarvan een

¹⁷ LUBBERS, A.O., MEUSSEN, G.T.K., HOOFDZAKEN WINST UIT ONDERNEMING, DEVENTER, KLUWER, 2014, p.299

¹⁸ HEITHUIS, E.J.W., KAVELAARS, P., SCHUVER, B.F., INKOMSTENBELASTING INCLUSIEF HOOFDZAKEN LOONBELASTING EN PREMIEHEFFING, DEVENTER, KLUWER, 2013, p.368

¹⁹ HEITHUIS, E.J.W., RUIJSCHOP, M.H.C., DE TERBESCHIKKINGSTELLINGSREGELINGEN IN DE WET IB 2001, P.3 (SOORT PAPER)

²⁰ Artikel 3.91 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001

verbonden persoon deel uitmaakt om onder deze regeling te kunnen vallen. Daarnaast zijn nog wat andere elementen in het wetsartikel die opvallen, namelijk: rendabel maken, rechtens dan wel in feite, direct of indirect en verbonden personen. Deze begrippen zullen in het navolgende worden uitgelegd en zijn van belang voor de toepassing van de tbs-regeling.

2.3.1 Ter beschikking stellen

Het begrip ter beschikking stellen staat centraal in de tbs-regeling. In de parlementaire behandeling wordt door de wetgever echter geen uitleg van het begrip gegeven. Dit komt doordat de wetgever ernaar heeft gestreefd de tbs-regeling een zo ruim mogelijke werking te geven²¹. De wetgever heeft overigens wel besloten dat de nadruk van het begrip moet liggen op een economische benadering van ter beschikkingstellen. De civielrechtelijke vorm is niet van belang²². In elk geval is belangrijk dat de belastingplichtige vermogen beschikbaar stelt aan zijn onderneming of werkzaamheid. Dit houdt niet in dat elke aanwending van vermogen van de belastingplichtige dat gebruikt wordt in de onderneming moet worden gezien als een terbeschikkingstelling. Indien belastingplichtige de eigen auto gebruikt ten behoeven van de dienstbetrekking, is mede door de werking van de rangorderegeling²³ van artikel 2.14 lid 1 Wet IB 2001 geen sprake van ter beschikkingstellen aan de onderneming²⁴. Uit jurisprudentie van het Hof Amsterdam²⁵ is gebleken dat niet van belang is of een terbeschikkingstelling is beoogd door de terbeschikkingsteller. In onderhavige zaak stortte belanghebbende een geldbedrag op de rekening van zijn BV, omdat hij zijn eigen bank niet meer vertrouwde, hij beoogde hiermee geen terbeschikkingstelling en daarom zou de tbs-regeling niet van toepassing mogen zijn. Uiteraard wees het hof deze redenering af.

2.3.2 Rendabel maken

Om de tbs-regeling toe te kunnen passen, moet sprake zijn van het rendabel maken van vermogensbestanddelen door deze ter beschikking te stellen aan de onderneming. Het begrip is op advies van de Raad van State in de wettekst opgenomen, omdat enkel het begrip ter beschikking stellen een te ruime omvang heeft voor hetgeen in de Memorie van Toelichting is opgenomen²⁶. Met de toevoeging van het begrip 'rendabel maken' heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat een incidentele terbeschikkingstelling niet onder de tbs-regeling valt. Het ter beschikkingstellen moet namelijk een duurzaam

21 KAMERSTUKKEN 26 727, NR.89, P. 10

22 KAMERSTUKKEN 26 727 NR. 17, P. 99

23 De rangorderegeling bestaat uit toerekeningsregels om te voorkomen dat een voordeel bij meerdere inkomensbronnen in aanmerking wordt genomen. Een voordeel wordt in aanmerking genomen bij de eerste inkomensbron waartoe het kan behoren.

24 HEITHUIS, E.J.W., KAVELAARS, P., SCHUVER, B.F., INKOMSTENBELASTING INCLUSIEF HOOFDZAKEN LOONBELASTING EN PREMIEHEFFING, DEVENTER, KLUWER, 2013, P.374

25 HOF AMSTERDAM 13 OKTOBER 2011, NR.11/00029, NTFR 2012/1985 → VIA COMMENTAAR NDFR

26 HEITHUIS, E.J.W., KAVELAARS, P., SCHUVER, B.F., INKOMSTENBELASTING INCLUSIEF HOOFDZAKEN LOONBELASTING EN PREMIEHEFFING, DEVENTER, KLUWER, 2013, P.373

karakter hebben. Een voorbeeld van een incidentele terbeschikkingstelling is de situatie waarin een ondernemer af en toe gebruik maakt van de auto van zijn echtgenoot. Doordat geen sprake is van duurzaam gebruik kan de auto niet onder de tbs-regeling vallen²⁷. Bovendien meende de wetgever dat ter beschikkingstellen om niet ook moest worden gezien als rendabel maken van vermogensbestanddelen. Daardoor is de term 'al dan niet tegen vergoeding' uiteindelijk in de wettekst opgenomen. Op grond van de regels van het winstregime uit artikel 3.94 Wet IB 2001 wordt de vergoeding dan gesteld op de waarde in het economische verkeer²⁸.

2.3.3 Rechtens dan wel in feite, direct of indirect

De termen rechtens dan wel in feite, direct of indirect zijn in de wet opgenomen om de werking van de tbs-regeling te verruimen en een halt toe te roepen aan ontgaanconstructies. De term 'rechtens dan wel in feite' zorgt ervoor dat bijvoorbeeld niet alleen een terbeschikkingstelling op basis van een schriftelijke overeenkomst onder de regeling komt te vallen, maar dat ook een feitelijke terbeschikkingstelling zonder overeenkomst mee wordt genomen. Als voorbeeld kan gegeven worden de situatie waarin een vrouw een pand aan de onderneming van haar echtgenoot verhuurt. Hier is sprake van een terbeschikkingstelling. Indien het pand zou afbranden is niet feitelijk, maar wel rechtens nog een terbeschikkingstelling. Juridisch gezien blijft de huurovereenkomst van het pand namelijk bestaan zolang de partijen deze niet hebben ontbonden. Daarnaast wordt door de toevoeging van de formulering 'direct of indirect' ook een indirecte terbeschikkingstelling meegenomen onder de tbs-regeling. Op deze manier heeft de wetgever voorkomen dat het tussenschakelen van een derde de toepassing van de tbs-regeling tegengaat²⁹. Een indirecte terbeschikkingstelling ontstaat als een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld aan een niet verbonden persoon die het vervolgens ter beschikking stelt aan een verbonden persoon of een samenwerkingsverband.

2.4 Verbonden personen

Voor de toepassing van de tbs-regeling is het relevant om vast te stellen welke personen in aanmerking moeten worden genomen. De tbs-regeling ziet op het voorkomen van boxarbitrage door het verschuiven van vermogen in gelieerde verhoudingen. Deze gelieerdheid zal worden getoetst aan de hand van de verbondenheid tussen de terbeschikkingsteller en de persoon die het vermogensbestanddeel in de onderneming of werkzaamheid gebruikt. De wetgever beoogt hiermee de scheidslijn aan te geven voor hetgeen in box 3 en hetgeen in box 1 moet worden belast.

Verbonden personen kunnen worden verdeeld in een 'kleine' en een 'grote' kring. In artikel 3.91 lid 2 onderdelen b en c Wet IB 2001 staan de verbonden personen uit de kleine kring voor de tbs-regeling aangegeven. Deze verbonden personen bestaan uit de partner van de terbeschikkingsteller en de minderjarige kinderen van de

²⁷ KAMERSTUKKEN II 1998/1999 26 727 NR. 3 P. 136.

²⁸ COMMENTAAR NDFR, ARTIKEL 3.91 WET IB 2001, P. 7

²⁹ COMMENTAAR NDFR, ARTIKEL 3.91 WET IB 2001, P. 7

terbeschikkingsteller en zijn partner. In het geval dat de terbeschikkingsteller zelf minderjarig is, zijn de bloed- en aanverwanten in de recht opgaande lijn en de verbonden personen van die verwanten ook verbonden personen. Verbonden personen van een minderjarig kind zijn dan bijvoorbeeld de vader en de partner van zijn vader. Om te weten of een persoon als partner mag worden aangemerkt, moet worden voldaan aan artikel 5a AWR jo. Artikel 1.2 Wet IB 2001. In het derde lid van artikel 3.91 Wet IB 2001 staat de grote kring van verbonden personen omschreven, te weten de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de terbeschikkingsteller of zijn partner die niet onder lid 2 onderdeel b zijn genoemd. Deze groep van verbonden personen wordt echter alleen aangemerkt als verbonden persoon indien het een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijk terbeschikkingstelling betreft³⁰.

Een opvallende vorm van een verbonden persoon is te vinden in het arrest van 31 augustus 2009 van de Rechtbank van Haarlem³¹. De casus is als volgt. Moeder en zoon voeren een gezamenlijke huishouding. Voorheen dreven zij samen in maatschapverband een fruitteeltonderneming. Nadat de grond is onteigend en de maatschap is ontbonden, heeft de zoon besloten het bedrijf op een andere plek alleen voort te zetten. Van zijn moeder heeft hij hiervoor een lening ontvangen. Voor deze lening is geen overeenkomst opgesteld en bovendien wordt door de zoon in de eerste jaren geen rente vergoed aan zijn moeder. Daarna wordt op de lening afgelost en is een rente van 4.5% per jaar overeengekomen. Moeder neemt de vordering vanaf dat moment naar een waarde van nihil op in box 3. In 2005 gaan moeder en zoon een fiscaal partnerschap aan op grond van artikel 1.2 Wet IB 2001. In geschil staat hoe de ontvangen rente van moeder vanaf dat moment moet worden gekwalificeerd. Zij is ervan overtuigd dat geen sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling en dat de rente in box 3 in aanmerking mag worden genomen. De Rechtbank Haarlem oordeelt dat aan de ongebruikelijke terbeschikkingstelling überhaupt niet wordt toegekomen, omdat een fiscaal partnerschap is aangegaan. Om deze reden zijn moeder en zoon verbonden personen in de zin van artikel 3.91, tweede lid, onderdeel b Wet IB 2001 waardoor de tbs-regeling gewoon van toepassing is op de lening. De rente wordt bij moeder in box 1 betrokken als resultaat uit overige werkzaamheden. Mijn inziens heeft de Rechtbank van Haarlem juist geoordeeld. Als overigens geen sprake zou zijn geweest van een fiscaal partnerschap zou moeder in mijn ogen ~~eveneens als nog geen~~ ongelijk krijgen. Zij verstrekt haar zoon een lening zonder dat een aflossingsschema, rente of enige zekerheid overeen is gekomen. Deze lening zou zij nooit onder dezelfde voorwaarden aan derden verstrekken, waardoor wel degelijk sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling.

De ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt hierna uitgebreid besproken.

2.5 Ongebruikelijke terbeschikkingstelling

30 KEMPEN, M.L.M, VAN, ESSERS, P.H.J., CURSUS BELASTINGRECHT STUDENTENEDITIE 2011-2012 INKOMSTENBELASTING, DEVENTER, KLUWER, 2011, p.618-619

31 Rechtbank Haarlem 31 augustus 2009, nr. AWB 09/9, V-N 2010/4.9

Naast de kleine kring van verbonden personen heeft de wetgever het dus wenselijk geacht om een aanvullende kring van verbonden personen aan te merken, de zogenaamde grote kring. Deze kring wordt omschreven in artikel 3.91 lid 3 Wet IB 2001. Uit de MvT blijkt dat voor deze kring verbonden personen wordt aangenomen dat de band met de ondernemer van zwakkere aard is, zodat geen aanleiding bestaat voor een bijzondere behandeling van het voor de ondernemer geldende regime. Indien sprake is van een terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen in normale verhoudingen door een familielid uit de grote kring aan een ondernemer kan dit op dezelfde manier worden behandeld als bij willekeurige derden. Normale overeenkomsten binnen de grote kring vallen dus niet onder de tbs-regeling en zullen volgens het regime van box 3 verlopen. Een uitzondering bestaat als een terbeschikkingstelling binnen de grote kring van verbonden personen als een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling kwalificeert, dan moet de terbeschikkingstelling namelijk toch tot het resultaat uit overige werkzaamheden, box 1, worden gerekend. Het begrip ongebruikelijke terbeschikkingstelling wordt niet nader uitgelegd door de wetgever en zal per geval moeten worden bekeken. Wel wordt een gebruikelijkheidstoets voorgesteld. Getoetst dient te worden of de contractuele verhouding in het algemeen en onder de gemaakte voorwaarden gebruikelijk is, alsook of de overeenkomst maatschappelijk gebruikelijk is in de betreffende familierelatie. Als vader bijvoorbeeld aan zijn meerderjarige zoon onder zakelijke condities een pand verhuurt ten behoeven van diens ondernemingsactiviteiten, zal de tbs-regeling niet van toepassing zijn. Wanneer echter sprake is van een ongebruikelijke overeenkomst onder niet normale omstandigheden treedt artikel 3.91 lid 3 Wet IB 2001 in werking, omdat dan het vermoeden van boxarbitrage ontstaat³². Een voorbeeld hiervan kan ontleend worden aan het arrest van 26 oktober 2010 bij het Hof van Arnhem³³. De volgende casus is hier aan de orde. Belanghebbende leent in 2001 twee maal een bedrag van €45.378 aan een VOF waarin zijn meerderjarige zoon een van de vennoten is. De leningen zijn gefinancierd met een hypothecaire lening op de woning van belanghebbende. De vraag die centraal staat is of deze geldleningen aan de VOF van de zoon van belanghebbende moeten worden aangemerkt als een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. De inspecteur stelt dat het gaat om een of meer schenkingen. Het Hof Arnhem verwerpt deze stelling, omdat ook een derde is betrokken bij de VOF en een schenking normaliter niet op deze wijze wordt gedaan. Het Hof oordeelt dat sprake is van een ongebruikelijke terbeschikkingstelling, omdat een concreet aflossingsschema ontbreekt en er geen volwaardige zekerheden zijn. Naar mijn mening heeft het Hof juist geoordeeld. De inspecteur wil met zijn argument betreft de schenking een lagere belastingheffing teweeg brengen. Het tarief van schenkbelasting bedraagt voor afstammelingen in de rechte lijn (vader op zoon) tot een bedrag van €121.296 slechts 10% op grond van artikel 24, eerste lid SW. Bovendien heeft een kind sowieso recht op een vrijstelling van €5.277 volgens artikel 33, ten vijfde SW. Dit zou veel belasting schelen in vergelijking met het toepassen van de tbs-regeling waarbij een

Commented [G1]: Is dat geen appels met peren vergelijken? Bij de schenking wordt twee maal 45.378 verkregen minus de vrijstelling. Daarna is sprake van eigen vermogen van het kind, dat verplicht ondernemingsvermogen wordt door het binnen de vof aan te wenden (als kapitaal of ter beschikking te stellen). Bij de lening wordt een zakelijk rente (stel 7% belast tegen maximaal 52%.

32 KAMERSTUKKEN II 2000/01, 27 466, NR.3, P.49-50

33 Hof Arnhem 26 oktober 2010, nr. 09/00444, V-N 2011/10.18

belastingtarief van 52%, afgezien van eventuele vrijstellingen, wordt gehanteerd. Overigens denk ik dat belanghebbende deze geldbedragen niet onder dezelfde voorwaarden aan een derde ter beschikking zou stellen, omdat dit teveel onzekerheid voor belanghebbende met zich mee zou brengen. Om deze redenen acht ik de uitspraak van het Hof dan ook juist.

2.6 Aanvang en einde van de tbs-regeling

De staatssecretaris heeft steeds betoogd dat de terbeschikkingstelling van bijvoorbeeld een pand zijn aanvang vindt op het moment dat *feitelijk* ter beschikking wordt gesteld. Dat is dus het moment van ingebruikname van het pand. Dit heeft tot gevolg dat vanaf het moment van aanschaf van het pand het vermogensbestanddeel in box 3 moet worden opgenomen en de gemaakte kosten in de tussenfase niet aftrekbaar zijn. Door de Hoge Raad wordt echter een nuance aangebracht op deze regel. In het arrest van 22 januari 2010³⁴ wordt bepaald dat de aanvang van de terbeschikkingstelling ook eerder kan beginnen dan op het moment van feitelijke terbeschikkingstelling. Volgens de Hoge Raad is de tbs-regeling al van toepassing indien op het moment van aanschaf van het pand de bestemming vaststaat, bij voorkeur door middel van een schriftelijke overeenkomst. In het onderhavige arrest staat op het moment van aanschaf al vast dat het pand zal gaan worden verhuurd aan de vennootschap, dus is de tbs-regeling van toepassing vanaf het moment van aanschaf. Dit houdt in dat de gemaakte kosten in de tussenfase ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kunnen worden gebracht en dat waardeveranderingen onder de tbs-regeling vallen. Overigens kan slechts sprake zijn van terbeschikkingstelling als vanaf het moment van aanschaf geen andere aanwending voor het pand plaatsvindt. In dit arrest betreft het een terbeschikkingstelling in de zin van artikel 3.92 Wet IB 2001, echter uit de onderbouwing van de Hoge Raad valt af te leiden dat dit kan worden doorgetrokken naar artikel 3.91 Wet IB 2001. Dit komt mede doordat de Hoge Raad met de tbs-regeling een vergelijkbare behandeling tussen de ondernemer enerzijds en de aanmerkelijk belanghouder anderzijds beoogd.

Betreft het einde van de tbs-regeling oordeelt de Hoge Raad dat indien een vermogensbestanddeel na beëindiging van de feitelijke terbeschikkingstelling wordt aangehouden tot het moment van vervreemding, ook gedurende deze periode de tbs-regeling nog van toepassing is. De Hoge Raad meent dat het bezit van het vermogensbestanddeel tot het moment van vervreemding in het verlengde ligt van de feitelijke terbeschikkingstelling. Daarom wordt het vermogensbestanddeel gedurende deze periode dus nog als werkzaamheidsvermogen aangemerkt³⁵. In beginsel moet bij het einde van de terbeschikkingstelling, bijvoorbeeld bij de overdracht van het vermogensbestanddeel, fiscaal worden afgerekend over de meerwaarde van het vermogensbestanddeel.

2.7 Bepaling van het resultaat

34 HOGHE RAAD 22 JANUARI 2010, NR. 08/00327, VN 2010/6.19, R.O. 3.3.3.

35 HOGHE RAAD 13 APRIL 2012, NR. 10/02196, V-N 2012/20.15

Artikel 3.94 Wet IB 2001 stelt dat het resultaat uit overige werkzaamheden het bedrag van de gezamenlijke voordelen is die, onder welke naam en in welke vorm dan ook, worden behaald met een werkzaamheid. Dit artikel ontleent zijn tekst aan de totaalwinstbepaling van artikel 3.8 Wet IB 2001. Uit artikel 3.95 Wet IB 2001 blijkt dat voor de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden de meeste winstartikelen van toepassing zijn. Uit het slot van artikel 3.95 lid 1 Wet IB 2001 'alsof de werkzaamheid een onderneming vormt' kan geconcludeerd worden dat de voordelen behaald met ter beschikkingstellen worden bepaald aan de hand van bepalingen uit de winstsfeer. Bovendien is sinds 2010 in het tweede lid van dit artikel een aanvulling opgenomen voor de tbs-regelingen van artikel 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. In dit lid worden winstartikelen genoemd die van overeenkomstige toepassing zijn op de tbs-regeling. Het betreft de mogelijkheid voor een terbeschikkingsteller tot vorming van een egalisatiereserve, vorming van een herinvesteringsreserve en de mogelijkheid om stille en fiscale reserves bij staking van de terbeschikkingstelling door te schuiven naar een nieuwe terbeschikkingstellingspositie. Doordat bij het bepalen van het resultaat de regels uit de winstsfeer gelden, moet er ook at arm's length, zakelijk, worden gehandeld. Bovendien zijn de regels van goedkoopmansgebruik van overeenkomstige toepassing. Dit houdt in dat het voorzichtigheidsbeginsel, eenvoudbeginsel, realiteitsbeginsel en matching-beginsel moeten worden nagestreefd. Hier wordt gezien de omvang van deze scriptie verder niet op ingegaan. Met ingang van januari 2010 is de terbeschikkingstellingsvrijstelling in de wet opgenomen. Deze faciliteit werkt ongeveer hetzelfde als de MKB-winstvrijstelling. De terbeschikkingstellingsvrijstelling bedraagt 12% van het gezamenlijke bedrag van resultaat uit overige werkzaamheden als bedoeld in artikel 3.91 en artikel 3.92 Wet IB 2001 met uitzondering van artikel 3.91 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001³⁶. In geval van een positief resultaat zal 12% niet worden belast en in geval van een negatief resultaat zal 12% niet in aftrek kunnen worden gebracht. Deze vrijstelling is echter alleen bedoeld voor het resultaat dat voortvloeit uit het ter beschikkingstellen van vermogensbestanddelen.

2.8 Vermogensetikettering

Binnen de vermogensetikettering zijn drie categorieën te onderscheiden, namelijk: verplicht privévermogen, verplicht ondernemingsvermogen en keuzevermogen. Deze vermogensetikettering is onder andere nodig om de totaalwinst te kunnen bepalen die betrekking heeft op het ondernemingsvermogen. Het verplicht ondernemingsvermogen bestaat uit vermogensbestanddelen die uitsluitend dienstbaar zijn aan de onderneming. Daarentegen dienen vermogensbestanddelen die geen of nauwelijks samenhang met de onderneming hebben, gerekend te worden tot het verplichte privévermogen. Vermogensbestanddelen die zowel een privé als een zakelijke functie hebben behoren tot het keuzevermogen. Gedacht kan worden aan een splitsbare onroerende zaak, zoals een woonwinkelpand, dat gedeeltelijk wordt gebruikt voor de onderneming en gedeeltelijk wordt gebruikt als woning. In dit geval heeft de ondernemer de keuze of hij het pand tot zijn privé- of ondernemingsvermogen rekent. Bovendien bestaat ook nog

³⁶ ARTIKEL 3.99B LID 2 WET IB 2001.

de optie om het pand naar gebruik te splitsen in privé- dan wel ondernemingsvermogen. Indien echter een object onder dezelfde omstandigheden ter beschikking wordt gesteld aan een onderneming, geldt het keuzerecht niet en valt het object onder de tbs-regeling voor zover het ter beschikking wordt gesteld.

2.9 Deelconclusie

Het regime van resultaat uit overige werkzaamheden wordt onder andere gebruikt om maatregelen te treffen ter voorkoming van belastingontwijking met het oog op het onderbrengen van ondernemingsvermogen bij personen die nauw met de ondernemer verbonden zijn. De verschillende tarieven die gelden in de verschillende boxen lokken namelijk belastingarbitrage uit. Het laaggeldende tarief van box 3 maakt het voordelig om de heffing van vermogensbestanddelen zo veel mogelijk via deze box te laten verlopen in plaats van via het hoge tarief in box 1. Om dit tegen te gaan, worden bepaalde beleggingshandelingen door middel van een wettelijke fictie aangemerkt als werkzaamheid en worden daardoor als resultaat uit overige werkzaamheden alsnog belast in box 1. De tbs-regeling is zo een anti-arbitragemaatregel die tot de uitbreiding van het begrip werkzaamheid behoort. Gezien de aard van de tbs-regeling, namelijk het beleggen van vermogen, zou de regeling volgens het regime van box 3 belast moeten worden, maar de wetgever vond deze heffing tekortschieten. Zonder aanvullende maatregelen zou indien ondernemingsvermogen wordt ondergebracht bij een gelieerd persoon van de ondernemer, de uit dat vermogen verkregen inkomsten (huur- en rentebaten) bij de verbonden persoon worden belast als inkomen uit sparen en beleggen tegen het box 3 tarief in plaats van bij de ondernemer zelf als winst uit onderneming tegen het box 1 tarief. Het is deze arbitragemogelijkheid die door de tbs-regeling onmogelijk wordt gemaakt.

Artikel 3.91 lid 1 onderdeel a en b Wet IB 2001 stelt dat de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen aan een met de belastingplichtige verbonden persoon of aan een samenwerkingsverband waarvan een verbonden persoon deel uitmaakt mede wordt aangemerkt als werkzaamheid indien hiermee winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheid wordt behaald.

Aan het begrip 'ter beschikking stellen' is door de wetgever geen formulering gegeven om de tbs-regeling op die manier een zo ruim mogelijke werking te geven. Overigens is het begrip 'rendabel maken' op advies van de Raad van State in het wetsartikel opgenomen om duidelijk te maken dat het ter beschikkingstellen wel een duurzaam karakter moet hebben. Zo vallen incidentele terbeschikkingstellingen buiten de tbs-regeling. Een terbeschikkingstelling om niet daarentegen wordt wel meegenomen. Daarnaast zijn ook de termen 'rechtens dan wel in feite' en 'direct of indirect' opgenomen om de werking van de tbs-regeling te verruimen en een halt toe te roepen aan ontgaanconstructies.

Belangrijk is om te weten wie er worden bedoeld met verbonden personen van de belastingplichtige. Deze kunnen worden verdeeld in een kleine en grote kring. De kleine kring verbonden personen bestaat uit de partner van de terbeschikkingsteller en de minderjarige kinderen van de terbeschikkingsteller en zijn partner. Indien de terbeschikkingsteller zelf minderjarig is, zijn de bloed- en aanverwanten in de recht

opgaande lijn en de verbonden personen van die verwanten verbonden personen. De grote kring van verbonden personen bestaat uit de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de terbeschikkingsteller of zijn partner die niet onder lid 2 onderdeel b van artikel 3.91 Wet IB 2001 zijn genoemd. Deze grote kring van verbonden personen is alleen relevant indien het gaat om een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling. Een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling betreft een ongebruikelijke overeenkomst onder niet normale omstandigheden. Deze terbeschikkingstelling wordt op dezelfde manier als een gewone terbeschikkingstelling belast als resultaat uit overige werkzaamheid in box 1. De Hoge Raad heeft in het arrest van 22 januari 2010 bepaald dat een terbeschikkingstelling eerder kan beginnen dan het moment van feitelijke terbeschikkingstelling als de bestemming van het vermogensbestanddeel bij aanschaf al vaststaat. Dit betekent dat de tbs-regeling al van toepassing is vanaf het moment van aanschaf indien dan vaststaat dat het vermogensbestanddeel ter beschikking zal gaan worden gesteld. Wat betreft het einde van de terbeschikkingstelling heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien een vermogensbestanddeel na beëindiging van de feitelijke terbeschikkingstelling wordt aangehouden tot het moment van vervreemding, ook gedurende deze periode de tbs-regeling nog toepassing vindt. Artikel 3.94 en 3.95 Wet IB 2001 regelen de resultaatbepaling van de tbs-regeling. Uit artikel 3.95 Wet IB 2001 blijkt dat voor de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden wordt aangesloten bij de bepalingen uit de winstsfeer. Het tweede lid van dit artikel geeft bovendien een uitbreiding van de winstartikelen die gelden voor de tbs-regelingen. Als een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld aan een onderneming geldt het keuzerecht niet, omdat het object onder de tbs-regeling valt voor zover deze ter beschikking wordt gesteld.

3. Wat regelt het huwelijksvermogensrecht?

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal het huwelijksvermogensrecht centraal staan. Allereerst zal het huwelijksvermogensrecht kort ingeleid worden, waarna de gemeenschap van goederen besproken wordt, gevolgd door huwen onder huwelijkse voorwaarden en de mogelijke variaties hierin. Tot slot wordt een conclusie gegeven.

3.2 Het huwelijk algemeen

Het huwelijksvermogensrecht bevat de wettelijke regels betreffende de gevolgen van het aangaan van het huwelijk. Het huwelijk wordt gezien als een duurzame levensverbintenis tussen twee personen. Artikel 1:30 BW stelt dat het huwelijk voltrokken kan worden tussen twee personen van gelijk of verschillend geslacht. Echter wordt het huwelijk tot 2001 nog gezien als een verbintenis tussen man en vrouw³⁷. Het huwelijk kan in twee vormen worden aangegaan, namelijk in het wettelijk stelsel van gemeenschap van goederen en onder huwelijkse voorwaarden. De bepalingen die gelden voor de gemeenschap van goederen en de huwelijkse voorwaarden zijn ~~bovendien~~ van overeenkomstige toepassing op het geregistreerde partnerschap³⁸. De gemeenschap van goederen en het huwelijk onder huwelijkse voorwaarden zullen in het navolgende uitgebreid besproken worden.

3.3 De gemeenschap van goederen

Indien voorafgaand aan het huwelijk geen andere voorwaarden worden opgesteld, ontstaat automatisch de ~~wettelijke algehele~~ gemeenschap van goederen. Dit is het wettelijk stelsel van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. De wettelijke gemeenschap van goederen houdt in beginsel in dat alle goederen en schulden die bij aanvang van het huwelijk al aanwezig waren en de tijdens het huwelijk verkregen goederen in de gemeenschap zullen vallen. Behalve materiële zaken behoren ook beleggingen en spaarrekeningen tot de gemeenschap. Op dit uitgangspunt van het gemeenschappelijk bezit, bestaan echter uitzonderingen.

Allereerst bestaat een uitzondering ten aanzien van goederen waarvan bij uiterste wil van de erflater of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen. Dit wordt ook wel een uitsluitingsclausule genoemd. Zo een clausule wordt voornamelijk opgesteld om de begunstigde als enige te laten profiteren van de verkrijging en om dus de koude kant hiervan uit te sluiten. Het vormt privévermogen voor de begunstigde. Indien geen uitsluitingsclausule wordt opgesteld, zal de verkrijging in de huwelijksgemeenschap vallen en bij echtscheiding moeten worden verdeeld met de partner. Bij het overlijden van de verkrijger behoren de onder een uitsluitingsclausule verkregen goederen uiteraard tot zijn nalatenschap. Indien is gekozen voor het wettelijk erfrecht verkrijgt de langstlevende partner alles uit de nalatenschap van de erflater. Om te voorkomen dat de verkrijging niet in handen komt van de partner moet in het

³⁷ MOURIK, M.J.A., VAN, NUYTINCK, A.J.M., PERSONEN- EN FAMILIERECHT, HUWELIJKSVERMOGENSRECHT EN ERFRECHT, DEVENTER, KLUWER, 2012, p.45

³⁸ ARTIKEL 5A:80A BW

testament afgeweken worden van de wettelijke verdeling³⁹. Bovendien zou nog een tweetrapsmaking kunnen worden opgenomen. Begiftigde zou daarmee zijn kind onder ontbindende voorwaarden van overlijden kunnen aanstellen als bezwaarde en bijvoorbeeld zijn kleinkind als verwachter onder opschortende voorwaarde. Op deze manier kan de verkrijging ook niet bij de partner terecht komen.

Daarnaast vallen goederen en schulden die zijn verknocht, ofwel verbonden, aan een van de partners niet in de gemeenschap van goederen voor zover de verknochtheid zich hiertegen niet verzet⁴⁰. De vraag of een bepaalde zaak verknocht is moet per geval worden bekeken en beoordeeld door de Hoge Raad, omdat het van de omstandigheden afhangt. Zo kan bijvoorbeeld sprake zijn van verknochtheid waarbij een goed zowel juridisch als economisch buiten de gemeenschap valt, maar ook in het geval dat het goed alleen juridisch of alleen economisch buiten de gemeenschap valt⁴¹. Een voorbeeld van een geval waarbij het goed noch de waarde tot de huwelijksgemeenschap zal behoren, is een materiële schadevergoeding, voor zover deze betrekking heeft op inkomensschade, kosten van huishoudelijke hulp en verlies van werkzaamheid die zich na de echtscheiding voordoen⁴². Twee voorbeelden met betrekking tot verknochtheid zijn te ontleen aan de volgende arresten.

In het arrest van 13 maart 2013 bij de Rechtbank Midden-Nederland⁴³ is de volgende casus aan de orde. Echtlieden zijn gehuwd geweest in de wettelijke gemeenschap van goederen. Toen het huwelijk in 2010 is ontbonden, kon geen verdeling worden vastgesteld omdat niet genoeg informatie door partijen is verschaft aan de rechter. Nu de huwelijksgemeenschap alsnog zal worden verdeeld, staat onder andere een schuld van €700 in geschil die is ontstaan doordat de man een boete opgelegd heeft gekregen wegens het mishandelen van zijn vrouw. De vrouw stelt dat deze schuld niet in de gemeenschap mag worden betrokken, omdat hij verknocht zou zijn aan de man. De rechtbank oordeelt dat de strafrechtelijke boete van €700 inderdaad verknocht is aan de man. Partijen worden gezien als deelgenoten in de huwelijksgemeenschap, maar ook als dader en slachtoffer vanwege de mishandeling. Door deze laatste verhouding kan worden gesproken van een hoogstpersoonlijk verknochte schuld aan de man. De boete zal dan ook niet in de gemeenschap vallen.

In het arrest van 13 mei 2014 bij het Hof Arnhem-Leeuwarden⁴⁴ gaat het om de vraag of de omvang van een letselschade-uitkering in de gemeenschap moet worden betrokken. Echtlieden zijn sinds 1976 gehuwd in gemeenschap van goederen. Als gevolg van een ongeval in 1996/1997 heeft de man letsel opgelopen en is definitief arbeidsongeschikt geraakt. Samen met de verzekeringsmaatschappij van de veroorzaker van het ongeluk is overeengekomen dat de man een schadevergoeding van €1.000.000 ontvangt. Dit is een verknochte aanspraak op gelden. Deze vergoeding is uitbetaald op een gezamenlijke

Commented [G2]: Deze 2e lijkt dubbel en daarmee het tegenovergestelde te bewerkstelligen.

39 HOOGWOUT, T.C., SYLLABUS HUWELIJKSVERMOGENSRECHT & ERFRECHT, 2014, p.3-4

40 ARTIKEL 1:94 LID 3 BW

41 HOGE RAAD 7 DECEMBER 2012, NR. 12/00522, RFR 2013/17, R.O. 2.3.1-2.3.2

42 HOOGWOUT, T.C., SYLLABUS HUWELIJKSVERMOGENSRECHT & ERFRECHT, 2014, p.4

43 Rechtbank Midden-Nederland 13 maart 2013, nr. C/16/324472 / HA ZA 12-775, RFR 2013/75

44 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, nr. 200.125.283/01, RFR 2014/110

bankrekening van de echtlieden. Vervolgens is het bedrag in gedeelten naar een beleggingsrekening doorgestort. In 2011 is de gemeenschap ontbonden. De man stelt dat de beleggingsrekening niet in de gemeenschap mag worden betrokken, omdat deze nu verknocht is aan hem. De vrouw is van mening dat door voldoening van de geldsom de verknochte aanspraak teniet is gegaan en de geldsom in de gemeenschap valt. Het Hof stelt dat dit niet in zijn algemeenheid kan worden beantwoord. Niet ieder goed dat in de plaats treedt van een verknocht goed kan zonder meer als verknocht goed worden aangemerkt. Het ontvangen geld is in de plaats gekomen van de verknochte aanspraak en daarom zal opnieuw moeten worden beoordeeld of sprake is van verknochtheid. Anders dan wat de vrouw stelt, kan een in geld ontvangen letselschade-uitkering een verknochtheid vormen dat buiten de gemeenschap valt. Om verknochtheid vast te stellen, moet ten tijde van de ontbinding van de gemeenschap, de in geld ontvangen uitkering nog te identificeren zijn. De geldsom moet te midden van het aanwezige geld als afzonderlijk goed te herkennen zijn. Het Hof oordeelt dat dit onvoldoende vast is komen te staan. Naar mijn mening kunnen de opvattingen van Subelack en Breederveld samengevoegd worden om een juiste oplossing te formuleren⁴⁵. Het is moeilijk om de ontvangen geldsom van de letselschade-uitkering op de beleggingsrekening te onderscheiden van het overige aanwezige geld. Wanneer de geldsom op een bestaande, gezamenlijke bankrekening is gestort, eindigt de individualisering van het bedrag en is het onderdeel geworden van het gezamenlijk saldo. In dit geval zou het dan ook in de verdeling moeten worden betrokken. Om individualisering te behouden, moet de letselschade-uitkering op een aparte bankrekening worden gestort, zodat het niet met het gezamenlijke geld kan worden vermengd. Mijn inziens zou het Hof of een andere rechterlijke macht in deze situatie eerder geneigd zijn de uitkering als verknocht te beschouwen.

In 1995 is de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) van kracht geworden, waardoor met pensioenrechten verband houdende rechten op ouderdoms- en nabestaandenpensioen niet in de gemeenschap vallen. De achterliggende reden hiervoor is dat ongeacht het huwelijksregime de partner van de pensioenopbouwer recht heeft op een deel van het uit te keren ouderdomspensioen en op grond van de PW op het gehele nabestaandenpensioen. Overigens vallen door de invoering van het nieuwe erfrecht ook de rechten op het vestigen van vruchtgebruik, als bedoeld in artikel 29 en 30 van boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen is gevestigd, niet in de gemeenschap. Tot slot zullen de vruchten van goederen die niet tot de gemeenschap behoren buiten de gemeenschap blijven. Indien sprake is van zaaksvervanging zal het goed buiten de gemeenschap blijven⁴⁶. Zaaksvervanging houdt in dat een van de echtgenoten een goed verwerft en deze voor meer dan de helft met zijn eigen vermogen betaald. Als een verknocht goed echter wordt vervangen door een ander goed, is het aan de rechterlijke macht om te oordelen

45 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, nr. 200.125.283/01, RFR 2014/110

46 ARTIKEL 1:95 LID 1 BW

of het nieuwe goed ook als verkocht wordt aangemerkt. De regels van zaaksvervanging zijn in dit geval dus niet zonder meer van toepassing⁴⁷.

Een nadelig gevolg van de gemeenschap van goederen is dat de schulden van elk der echtgenoten door de schuldeisers verhaalbaar worden op alle goederen die tot het gemeenschappelijk bezit behoren. Bovendien kan de schuld worden verhaald op het privévermogen van de echtgenoot die de schuld is aangegaan. Als een schuld in de gemeenschap valt, betekent dit echter niet dat beide echtgenoten schuldenaren worden. In dit geval geldt namelijk dat alleen de echtgenoot die de schuld is aangegaan aansprakelijk is⁴⁸. Als een gemeenschapsschuld wordt afgelost door middel van privévermogen van een van de echtgenoten, ontstaat voor de echtgenoot wiens privévermogen wordt aangewend een vergoedingsrecht op de gemeenschap, ook wel reprise genoemd. Is het omgekeerde het geval, wordt namelijk een privéschuld uit het gemeenschappelijke bezit betaald, dan ontstaat voor de echtgenoot tot wiens privévermogen de schuld behoort een vergoedingsverplichting aan de gemeenschap van goederen, recompense genaamd⁴⁹.

3.3.1 Wijzigingen gemeenschap van goederen per 2012

De Wet aanpassing gemeenschap van goederen behoudt het uitgangspunt van de algehele gemeenschap van goederen. Toch hebben zich een aantal belangrijke wijzigingen voorgedaan met ingang van 2012. Een belangrijke wijziging is het vervroegen van het tijdstip van ontbinding van de gemeenschap. De gemeenschap van goederen wordt sinds de wijziging eerder ontbonden dan het moment dat het huwelijk eindigt. De achterliggende gedachte voor deze wijziging is dat vanaf het moment van indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding wordt verondersteld dat er geen solidariteit meer aanwezig is tussen de echtgenoten. Op deze manier worden de echtgenoten beschermd, omdat nu vanaf het moment van indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding geen gemeenschapsschulden meer kunnen ontstaan, terwijl dit voorheen wel het geval was en in dit geval nog steeds beiden aansprakelijk zouden worden⁵⁰. Voorts is de bestuursregeling per 2012 gewijzigd. Voorheen geldt dat de echtgenoot van wiens zijde een goed in de gemeenschap is gevallen, bestuursbevoegd is betreffende dat goed. Na de wetwijziging is een ieder van de echtgenoten zelfstandig bevoegd over het gehele gemeenschappelijke bezit. Uitgezonderd van deze regel zijn goederen op naam, goederen die dienstbaar zijn aan een beroep of een bedrijf van een echtgenoot en goederen die op beider naam staan⁵¹. De bestuursregeling bepaalt overigens niet of het goed tot de gemeenschap behoort, maar gaat om het feit wie van de echtgenoten over het goed mag beschikken en hiermee feitelijke handelingen mag verrichten. Een derde belangrijke wijziging die de

47 SUBELACK, T.M., EB. TIJDSCHRIFT VOOR SCHEIDINGSRECHT, DE UITKERING VAN SCHADEVERGOEDING: VERKNOCHTHEID EN ZAAKSVERVANGING, 2013, SAMENVATTING CONCLUSIE → VIA KLUWER

48 HOOGWOUT, T.C., SYLLABUS HUWELIJKSVERMOGENSRECHT & ERFRECHT, 2014, P.5

49 KAMERSTUKKEN II 2002/03, 28 867, NR. 3, P.5

50 KAMERSTUKKEN II 2002/03, 28 867, NR. 3, P.27.

51 KAMERSTUKKEN II 2006/07, 28 867, NR.13, P.2

Wet aanpassing algehele gemeenschap van goederen met zich heeft meegebracht, is de invoering van de beleggingsleer voor de vergoedingsrechten. Tot 2012 heeft de nominaliteitsleer op grond van het arrest Kriek/Smit als uitgangspunt van de vergoedingsrechten gegolden⁵². De nominaliteitsleer houdt in dat een vergoedingsrecht **nominaal is en daarmee** niet afhankelijk is van de waardeontwikkeling van het gefinancierde goed. Het vergoedingsrecht betreft het bedrag dat wordt onttrokken van het gemeenschaps- of privévermogen. Bij een eventuele echtscheiding heeft de betreffende echtgenoot een vordering op de gemeenschap voor de omvang van dit bedrag. Dit is een nominale vordering, hierover hoeft geen rente betaald te worden. Na de wetswijziging in 2012 is de nominaliteitsleer vervangen door de beleggingsleer. Bij de toepassing van de beleggingsleer wordt wel rekening gehouden met de waardeontwikkeling van het geïnvesteerde goed. Het vergoedingsrecht verschaft op deze manier economische gerechtigheid, zowel negatieve als positieve waardeontwikkelingen worden naar rato gedeeld⁵³. Tot slot is er geen rechterlijke goedkeuring meer nodig om de gemeenschap van goederen tijdens het huwelijk om te zetten in huwelijkse voorwaarden. Dit maakt het mogelijk om gemakkelijk en snel wijzigingen door te voeren.

3.4 Huwelijkse voorwaarden

In afwijking van het wettelijk stelsel van het huwelijksvermogensrecht, waarbij alle goederen automatisch gemeenschappelijk worden, kan gekozen worden om te huwen onder huwelijkse voorwaarden. In dit geval wordt een overeenkomst opgesteld tussen de echtgenoten waarin het huwelijksvermogen wordt geregeld. Bovendien kan hierin bijvoorbeeld een verblijvingsbeding voor de gemeenschappelijke goederen, een verdeling voor de kosten van de huishouding, de gevolgen van het overlijden van een van beiden en het eventueel afzien van pensioenverevening worden overeengekomen. De echtgenoten kunnen op deze manier zelf invulling aan het huwelijksregime geven. Huwelijkse voorwaarden kunnen voorafgaand aan het huwelijk, maar ook tijdens het huwelijk opgesteld worden. Een reden om te kiezen voor huwelijkse voorwaarden boven de gemeenschap van goederen is bijvoorbeeld bij schulden of financiële ongelijkheid tussen de partners. Ook kunnen huwelijkse voorwaarden beschermen tegen ondernemersrisico. Bijvoorbeeld als een van de echtgenoten een bedrijf heeft dat failliet verklaard wordt, dan kunnen de schuldeisers zich in dit geval alleen verhalen op de eigenaar van het bedrijf en niet op het vermogen van de echtgenoot. Deze truc gaat helaas niet op als de echtgenoot zich mede garant heeft gesteld, wat banken vaak eisen bij het afsluiten van een lening. Bescherming van het eigen vermogen of familievermogen, zoals erfenissen en schenkingen, kan een derde reden zijn om te kiezen voor huwelijkse voorwaarden⁵⁴. Bovendien kunnen er aanvullende bepalingen

⁵² HOGE RAAD 12 JUNI 1987, NR. 12939, LJN AC2558

⁵³ BURGERHART, W., EWIJK, J.D.H., VAN, HOENS, F.M.H., OLIEMANS, M.C.J., PEETERS, H.P.W.M., SCHOLS, B.M.E.M., SCHOLS, D.E.J.M., SCHOLS, F.W.J.M., TUINSTRAS, G.A., ESTATE PLANNING, 2.2.05 INFO. OOK IN GEVAL VAN WETTELIJKE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN DRIE VERMOGENS MOGELIJK, SAMENVATTING

⁵⁴ KLIJSEN, H., WAAROM HUWELIJKSE VOORWAARDEN?, ELSEVIER, 2008

worden opgenomen met betrekking tot de gemeenschap. De wettelijke gemeenschap kan bijvoorbeeld volledig worden uitgesloten, er kan gekozen worden voor een beperktere gemeenschap of er kunnen verrekenbedingen worden vastgelegd in de voorwaarden. Deze varianten zullen in het navolgende behandeld worden.

3.4.1 Uitsluiting van iedere gemeenschap

Volledige uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen wordt ook wel koude uitsluiting genoemd. Er bestaat bij deze vorm van huwelijkse voorwaarden geen gemeenschapsvermogen op grond van het huwelijksvermogensrecht. Uiteraard kan wel een zogenoemde eenvoudige gemeenschap van goederen ontstaan als de echtelieden samen goederen kopen. Dit betekent dat bij het aangaan van het huwelijk de echtgenoten ieder hun eigen vermogen behouden en bovendien alles wat door een echtgenoot tijdens het huwelijk wordt verkregen, geheel zijn ~~wordt~~ eigendom wordt van diegene. Dit geldt voor zowel de bezittingen als de schulden. Schuldeisers kunnen zich slechts verhalen op het vermogen van de persoon die de schuld is aangegaan, omdat de echtgenoten niet aansprakelijk zijn voor de schulden die zijn aangegaan door de ander⁵⁵. Er bestaat echter een uitzondering voor de schulden die verband houden met de dagelijkse gang van het huishouden. Schuldeisers kunnen zich in dat geval wel verhalen op het vermogen van beiden echtgenoten. Het is dus noodzakelijk om te weten waaruit het vermogen van beide echtgenoten bestaat. Voor vermogen dat tijdens het huwelijk is verkregen, dient door de echtgenoten te worden bewezen tot wiens eigendom de bezitting of schuld wordt gerekend⁵⁶.

3.4.2 De beperkte gemeenschap van goederen

De beperkte gemeenschap van goederen komt het minst vaak voor in de praktijk. Bij deze vorm van huwelijkse voorwaarden bestaat wel degelijk een gemeenschapsvermogen. Het gemeenschapsvermogen kan bestaan uit roerende en onroerende zaken en vermogensrechten, zoals schulden of vorderingen. Echtlieden kunnen binnen de marges van de wet zelf invulling geven aan het huwelijksregime en de beperkte gemeenschap van goederen. Zo kan ervoor worden gekozen bepaalde goederen wel of juist niet in de gemeenschap op te nemen. Een nadeel van deze vorm is dat precies moet worden bijgehouden welke bezittingen wel en niet tot de gemeenschap behoren en van wie de desbetreffende goederen dan zijn⁵⁷.

3.4.3 De verrekenbedingen

De verrekenbedingen behoren tot de populairste vorm onder de huwelijkse voorwaarden. Deze verrekenbedingen worden vaak samen met de koude uitsluiting opgenomen in de huwelijkse voorwaarden. Het idee achter de verrekenbedingen is het eerlijk en gelijkmatig verdelen van de inkomsten en bezittingen die tijdens het huwelijk zijn ontstaan. De echtgenoten kunnen zelf bepalen en in de huwelijkse voorwaarden

55 KRAAN, K., E.A., HUWELIJKE VOORWAARDEN EN FISCUS, DEVENTER, KLUWER 2011, p. 55.

56 HOOGWOUT, T.C., SYLLABUS HUWELIJKSVERMOGENSRECHT & ERFRECHT, 2014, p.10

57 HOOGWOUT, T.C., SYLLABUS HUWELIJKSVERMOGENSRECHT & ERFRECHT, 2014, p.10-11

vastleggen waarop zij willen dat de verrekenplicht betrekking heeft. Zo kan bijvoorbeeld worden gekozen om alleen de inkomsten uit arbeid of juist alle inkomensbronnen te verrekenen. Er kunnen in de huwelijkse voorwaarden twee soorten verrekenbedingen worden opgenomen, namelijk het finale verrekenbeding en het periodieke verrekenbeding, ook wel Amsterdams verrekenbeding genoemd, ~~en het finale verrekenbeding.~~

Finaal verrekenbeding

Voor het finale verrekenbeding kunnen verschillende modaliteiten gekozen worden, namelijk verplicht wederkerig, facultatief wederkerig, facultatief eenzijdig en verplicht eenzijdig. Het verplicht wederkerig finaal verrekenbeding is het beding dat het meest voorkomt. In dit geval worden bij de ontbinding van het huwelijk, door echtscheiding of bij overlijden, de vermogens tussen de echtgenoten verrekend alsof zij zijn gehuwd in gemeenschap van goederen. Dit houdt in dat ieder recht heeft op de helft van het vermogen. Verkrijgingen op grond van schenking, gift of erfrecht ~~worden~~ echter niet verrekend ~~te worden~~ indien hier een uitsluitingsclausule op ziet. De toepassing van het verrekenbeding kan overigens worden beperkt tot de situatie waarin het huwelijk wordt ontbonden door overlijden. Echtlieden kiezen vaak voor deze optie als zij het echtscheidingsrisico willen uitsluiten, maar de partner wel verzorgd willen achterlaten in geval van overlijden⁵⁸.

Periodiek verrekenbeding

In geval van een periodiek verrekenbeding vindt aan het einde van elk jaar een verrekening plaats van de onverteerde inkomsten. Het gaat om de inkomsten die niet zijn besteed aan de kosten van het huishouden en aan overige reguliere uitgaven. Indien een van de echtgenoten een onderneming heeft, moet ook de waarde van de onderneming hierin worden meegenomen. Het voordeel hiervan is dat de ondernemende echtgenoot op deze manier vermogen kan doorschuiven naar zijn echtgenoot, waardoor schuldeisers zich niet kunnen verhalen op het verrekende deel. In de praktijk wordt de verrekening tijdens het huwelijk echter nauwelijks uitgevoerd. Na het huwelijk kunnen de echtgenoten hier alsnog een beroep op doen, maar na drie jaar vervalt deze mogelijkheid⁵⁹. Op deze manier kan ook de minst verdienende echtgenoot een vermogen opbouwen.

3.5 Deelconclusie

Het huwelijk wordt gezien als een duurzame levensverbintenis tussen twee personen waarbij het geslacht geen rol speelt. Het huwelijk kan in twee vormen worden voltrokken, namelijk in de wettelijke gemeenschap van goederen en onder huwelijkse voorwaarden. Indien er voorafgaand aan het huwelijk geen andere voorwaarden worden opgesteld, ontstaat er automatisch de algehele gemeenschap van goederen. Dit is het wettelijk stelsel van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. Alle goederen en

Commented [G3]: Dat is te kort door de bocht. De winst wordt verrekend. Als niet jaarlijks is verrekend wordt al het vermogen geacht tot het te verrekenen inkomen te horen (art. 1:141, lid 1 BW). Als de onderneming tijdens het huwelijk is gestart valt die waarde onder de verrekenplicht. Dit is echter niet het geval als de onderneming voor het huwelijk al was gestart of verkregen is onder uitsluitingsclausule. In dat geval kan art. 1:141, lid 4 BW spelen.

⁵⁸HOOGWOUT, T.C., SYLLABUS HUWELIJSVERMOGENSRECHT & ERFRECHT, 2014, P.12

⁵⁹HOOGWOUT, T.C., SYLLABUS HUWELIJSVERMOGENSRECHT & ERFRECHT, 2014, P.13

schulden die bij aanvang van het huwelijk al aanwezig waren en die tijdens het huwelijk worden verkregen zullen in de gemeenschap vallen. De wet maakt echter uitzonderingen ten aanzien van verknochte goederen, pensioenrechten verband houdend met het ouderdoms- en nabestaandenpensioen, de rechten op het vestigen van een vruchtgebruik als bedoeld in artikel 29 en 30 van boek 4 BW inclusief het vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen gevestigd is, alsook goederen waar een uitsluitingsclausule op ziet. Belangrijke wijzigingen uit de Wet aanpassing gemeenschap van goederen die per 2012 toepassing vinden, zijn het vervroegen van het tijdstip van ontbinding van de gemeenschap, de aanpassing van de bestuursregeling, de invoering van de beleggingsleer met betrekking tot de vergoedingsrechten en de mogelijkheid tot wijziging in huwelijkse voorwaarden zonder toestemming van de rechtbank. In afwijking van de algehele gemeenschap van goederen kan gekozen worden om te huwen onder huwelijkse voorwaarden. Door middel van een overeenkomst tussen de echtgenoten kunnen zij zelf invulling geven aan het huwelijksregime. Bovendien kunnen aanvullende bepalingen worden opgenomen in de voorwaarden met betrekking tot de gemeenschap. De wettelijke gemeenschap kan volledig worden uitgesloten, er kan gekozen worden voor een beperktere gemeenschap of er kunnen verrekenbedingen worden vastgelegd in de voorwaarden.

4. Wat zijn de gevolgen van het aangaan van een huwelijk op de terbeschikkingstellingsregeling?

4.1 Inleiding

In hoofdstuk twee is de terbeschikkingstellingsregeling uitgebreid aan bod gekomen en in hoofdstuk drie is het huwelijksvermogensrecht uiteen gezet. In dit hoofdstuk worden deze twee onderwerpen samengebracht en zullen de gevolgen van het huwelijksvermogensrecht op de tbs-regeling worden onderzocht. Het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen via een verbonden persoon zal in de praktijk vaak voorkomen tussen echtgenoten. Tijdens de parlementaire behandeling zijn vragen gerezen betreffende de toepassing van de tbs-regeling met betrekking tot de situatie tussen echtgenoten. In de kamerstukken⁶⁰ en in het besluit van 24 mei 2006 van de Staatssecretaris van Financiën⁶¹ is deze situatie daarom nader toegelicht. Ingeval een vermogensbestanddeel tot het eigendom van gehuwden behoort en wordt gebruikt in de IB onderneming van een van hen, hangt het van het huwelijksvermogensrecht af of de tbs-regeling van toepassing zal zijn. De huwelijksregimes die centraal komen te staan in dit hoofdstuk zijn de wettelijke gemeenschap van goederen en een huwelijk onder huwelijkse voorwaarden waarin de koude uitsluiting is opgenomen. Deze twee regimes zijn elkaars uiterste en zullen beiden een andere uitwerking op de tbs-regeling kennen. Tot slot zal een conclusie gegeven worden.

4.2 Gevolgen voor de tbs-regeling in geval van gemeenschap van goederen

Als uitgangspunt wordt een echtpaar genomen dat is getrouwd in de wettelijke gemeenschap van goederen. Tot deze huwelijksgemeenschap behoort een splitsbaar woonbedrijfspan, waarvan het bedrijfsgedeelte ter beschikking wordt gesteld aan de IB onderneming van de man, een eenmanszaak. Tevens wordt verondersteld dat het pand in beperkte mate in privé wordt gebruikt. De wetgever heeft besloten dat indien een pand tot een beperkte of algehele gemeenschap van goederen behoort de normale regels van vermogensetikettering van toepassing zijn op de onroerende zaak. Het pand zal dan vaak worden gerekend tot het ondernemingsvermogen, waardoor de tbs-regeling van artikel 3.91 Wet IB 2001 niet aan de orde kan komen vanwege de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001⁶². Bovendien kan een ondernemer niet aan zichzelf ter beschikking stellen⁶³.

60 KAMERSTUKKEN II 2000/01, 27 466, NR. 6

61 STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN, BESLUIT 24 MEI 2006, NR. CPP2006/76M (ERBIJ ZETTEN UIT STAATSCOURANT EVEN KIJKEN NAAR BESLUIT IN HOOFDSTUK 5 HOE GEREFEREERD?)

62 STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN, BESLUIT 24 MEI 2006, NR. CPP2006/76M, ONDERDEEL 6.1 (ERBIJ ZETTEN?)

63 EEN IB ONDERNEMER EN ZIJN IB ONDERNEMING WORDEN GEZIEN ALS ÉÉN, DAARDOOR KAN DE ONDERNEMER NIET AAN ZIJN ONDERNEMING TER BESCHIKKING STELLEN.

Ingeval een ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel tot een huwelijksgemeenschap behoort, ligt de nadruk op de bestuursregeling. Zoals in het vorige hoofdstuk naar voren is gekomen, is de bestuursregeling per 2012 gewijzigd. Na de wetwijziging geldt voor de bestuursregeling dat een ieder van de echtgenoten zelfstandig bevoegd is over het gemeenschappelijk bezit, met uitzondering van goederen op naam en goederen die krachtens erfrecht of gift zijn verkregen⁶⁴. Echter, wordt deze regel door ~~lid 2 van~~ artikel 1:97, lid 2 BW overruled. Indien een goed afkomstig is uit de gemeenschap en dienstbaar is aan het beroep of bedrijf van de echtgenoot, berust de bestuursbevoegdheid uitsluitend bij de ondernemende echtgenoot voor zover het handelingen betreft die als normale uitoefening van het bedrijf dienen en voor het overige bij beide echtgenoten. Essers⁶⁵ heeft over deze situatie opgemerkt dat het ondernemingsbelang de ondernemende echtgenoot rechtstreeks aangaat en dat het goed hem volledig moet worden toegerekend. Het is bovendien niet het geval dat de helft van het ondernemingsvermogen vanuit het privévermogen van de andere echtgenoot ter beschikking wordt gesteld aan de onderneming. Dit geldt zelfs niet indien het pand via de zijde van de echtgenoot in de gemeenschap is gevallen. Als het bedrijfspand van het woonbedrijfspand vanwege het keuzevermogen tot het privévermogen van de man wordt gerekend, wordt het volledig in box 3 belast. De tbs-regeling zal dus geen toepassing vinden als de echtlieden zijn gehuwd in gemeenschap van goederen.

Overigens is nog de situatie denkbaar waarin de man en vrouw samen werken in een man-vrouwfirma⁶⁶. Als bijvoorbeeld een winstverdeling van 60/40 geldt, heeft de man recht op 60% van de winst en de vrouw op 40% van de winst. Indien wederom verondersteld wordt dat de echtlieden zijn gehuwd in gemeenschap van goederen, hangt de toepassing van de tbs-regeling af van de bestuursregeling. In de man-vrouwfirma zijn beide echtgenoten ondernemend, waardoor uit artikel 1:97 lid 2 BW kan worden afgeleid dat de bestuursbevoegdheid hen beiden toekomt. Indien beiden bestuursbevoegd zijn over het pand dat niet juridisch of economisch is ingebracht in het samenwerkingsverband, ieder voor een gelijk deel, heeft de staatssecretaris bepaald dat sprake is van een kruislingse terbeschikkingstelling. Aan elk van de echtgenoten moet een eigendomsaandeel worden toegerekend, waarna bij ieder afzonderlijk de wettelijke regels zullen worden toegepast. De 50% van het pand dat eigendom is van de man zal voor 60% in zijn eigen onderneming worden gebruikt en voor 40% in de subjectieve onderneming van zijn vrouw. Dit betekent dat 60% van 50% in box 3 belast zal worden, dit wordt immers in de eigen subjectieve onderneming gebruikt, en 40% van 50% zal ter beschikking worden gesteld aan de vrouw en zal onder artikel 3.91 Wet IB vallen. Voor dezelfde situatie, maar dan bekeken vanuit de positie van de vrouw, zal het tegenovergestelde gelden⁶⁷.

64 ARTIKEL 1:97 LID 1 BW

65 P.H.J. ESSERS, NOOT BIJ HR 9 MEI 2003, NR. 37 549, BNB 2003/288

66 TWEE PARTNERS DIE MET ELKAAR EEN SAMENWERKING IN DE VORM VAN EEN VOF AANGAAN

67 KEMPEN, M.L.M. VAN, ESSERS, P.H.J., CURSUS BELASTINGRECHT STUDENTENEDITIE 2011-2012 INKOMSTENBELASTING, DEVENTER, KLUWER, 2011, P.624-625

Commented [G4]: Waarom in box 3? Wat zegt de vermogensetikettering over dit pand? Kan het tot het privévermogen van de ondernemers horen; dus is het keuzevermogen?

4.3 Gevolgen op de tbs-regeling in geval van huwelijkse voorwaarden waarin een koude uitsluiting is opgenomen

Als uitgangspunt wordt een echtpaar genomen dat is gehuwd onder huwelijkse voorwaarden waarin een koude uitsluiting is opgenomen. Echtlieden bezitten opnieuw een woonbedrijfspann waarvan het bedrijfsgedeelte wordt gebruikt in de eenmanszaak van de man, de ondernemende echtgenoot. Tevens wordt verondersteld dat het pand in beperkte mate in privé wordt gebruikt. Er zijn nu drie eigendomsituaties denkbaar: het pand is eigendom van de man, het pand is eigendom van de vrouw, het pand is gezamenlijk eigendom. Indien het pand volledig eigendom is van de man, dan zijn de normale regels van vermogensetikettering van toepassing. Vanwege het gemengde gebruik behoort het bedrijfsgedeelte tot het keuzevermogen. De man zou het bedrijfsgedeelte dan rekenen tot het privévermogen, omdat dit fiscaal gunstiger is. Het bedrijfsgedeelte van het pand valt dan in box 3 en op die manier vindt de tbs-regeling geen toepassing. Als het woonbedrijfspann volledig eigendom is van de vrouw, de niet-ondernemende echtgenoot, dan stelt zij het bedrijfsgedeelte ter beschikking aan de onderneming van een verbonden persoon en voldoet daarom aan artikel 3.91 Wet IB 2001. Er is sprake van een werkzaamheid en de tbs-regeling is hier dus van toepassing. Het resultaat zal voor de vrouw naar het tarief van box 1 worden belast. De ondernemende echtgenoot kan voor het gebruik van het pand een gebruiksvergoeding ten laste van zijn winst brengen indien een zakelijk huur wordt betaald aan zijn vrouw. Daarnaast kan het pand ook gezamenlijk eigendom zijn, omdat de echtgenoten het pand bijvoorbeeld samen hebben aangekocht. Het gezamenlijke eigendom vormt een eenvoudige goederengemeenschap, aangezien verder geen gemeenschapsvermogen bestaat op grond van het huwelijksvermogensrecht. Aan elk van de echtgenoten moet fiscaal een eigendomsaandeel worden toegekend. Het deel dat is toe te rekenen aan de ondernemende echtgenoot zal in box 3 belast worden vanwege het keuzevermogen. Dat gedeelte van het pand dat aan de vrouw toebehoort, zal zij ter beschikking stellen aan haar echtgenoot, waardoor wederom sprake is van een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.91 Wet IB 2001.

Nu de situatie waarin beide echtgenoten werkzaam zijn in een man-vrouw-firma. Verondersteld wordt wederom dat is gehuwd onder huwelijkse voorwaarden waarin een koude uitsluiting is opgenomen. Bovendien is er een 60/40 winstverdeling. Het woonbedrijfspann is volledig eigendom van de man en wordt, om de uitwerking van deze situatie duidelijk te maken, op grond van de vermogensetikettering tot zijn privévermogen gerekend. In dit geval zal het bedrijfsgedeelte voor 60% gebruikt worden in de subjectieve onderneming van de man zelf en voor 40% ter beschikking worden gesteld aan de subjectieve onderneming van de vrouw. Het bedrijfsgedeelte van het pand zal dus voor 60% in box 3 belast worden en voor 40% onder de tbs-regeling vallen waardoor het in box 1 terecht komt.

Indien het woonbedrijfspann volledig eigendom is van de vrouw, werkt de casus op dezelfde manier uit als dat hiervoor voor de man is geschetst. Dit betekent dus dat 40% van het bedrijfsgedeelte in box 3 valt en dat 60% van het pand als resultaatvermogen in box 1 wordt belast.

Commented [G5]: Dat ligt iets genuanceerder. Heeft het pand 1 of meerdere ingangen? Is het bedrijfsgedeelte zelfstandig te verhuren (eigen wc en keuken) enz.

Dan is er nog de mogelijkheid dat beide echtgenoten eigenaar van het betreffende pand zijn, ieder voor een gelijk deel. Fiscaal zal aan beide echtgenoten een eigendomsaandeel moeten worden toegerekend waarop vervolgens bij ieder apart de wettelijke regels worden toegepast, zoals bij de wettelijke gemeenschap van goederen ook het geval is. Er is sprake van een kruislingse terbeschikkingstelling.

Als het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan wel tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend, zal op grond van de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001 de tbs-regeling in zijn geheel niet aan de orde komen⁶⁸.

4.4 Deelconclusie

Het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen via een verbonden persoon zal in de praktijk vaak voorkomen tussen echtgenoten. Indien een pand tot het eigendom van gehuwden behoort en deze wordt gebruikt in een onderneming van een van de echtgenoten, hangt het van het huwelijksvermogensrecht af of de tbs-regeling van toepassing zal zijn. Eerst is een huwelijk in gemeenschap van goederen als uitgangspunt genomen. Tot het gemeenschappelijke bezit behoort een woonbedrijfspan waarvan het bedrijfsgedeelte ter beschikking wordt gesteld aan de eenmanszaak van de ondernemende echtgenoot. Verondersteld wordt dat het bedrijfsgedeelte in beperkte mate in privé wordt gebruikt. De regels van vermogensetikettering zijn hier nu van toepassing. Als het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan vanwege het keuzevermogen tot het privévermogen van de man wordt gerekend, wordt het volledig in box 3 belast. Als we uitgaan van een normaal pand zal het pand tot het ondernemingsvermogen worden gerekend en zal de tbs-regeling van artikel 3.91 Wet IB 2001 ook niet aan de orde komen door de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001. De reden achter deze uitwerkingen is dat de bestuursregeling bepaalt dat een goed uit de gemeenschap dat dienstbaar is aan het beroep of bedrijf van de echtgenoot, volledig bestuurd wordt door de ondernemende echtgenoot voor zover het handelingen betreft die als normale uitoefening van het bedrijf dienen. Als vaststaat dat de ondernemende echtgenoot bestuursbevoegd is, hangt het van het soort pand en de vermogensetikettering af hoe de uitwerking zal zijn. In ieder geval kan worden gesteld dat de tbs-regeling geen toepassing vindt indien ter beschikking wordt gesteld aan een eenmanszaak. Als dezelfde situatie wordt verondersteld, alleen nu wordt het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan ter beschikking gesteld aan een man-vrouwfirma, geldt wederom dat de bestuursregeling bepalend is voor de vraag of de tbs-regeling van toepassing is. In de man-vrouwfirma zijn beide echtgenoten ondernemend, waardoor uit artikel 1:97 lid 2 BW kan worden afgeleid dat de bestuursbevoegdheid hen beiden toekomt. Indien beide echtgenoten bestuursbevoegd zijn over het pand is sprake van een kruislingse terbeschikkingstelling.

Als een huwelijk onder huwelijksvoorwaarden met daarin een koude uitsluiting als uitgangspunt wordt genomen en het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan wordt gebruikt in de eenmanszaak van de ondernemende echtgenoot, is voor de uitwerking

⁶⁸ Kempen, M.L.M., van, Essers, P.H.J., Cursus Belastingrecht Studenteneditie 2011-2012 Inkomstenbelasting, Deventer, Kluwer, 2011, p.623-625

belangrijk om te weten bij wie het eigendom ligt. Als het eigendom bij de ondernemende echtgenoot ligt, zijn wederom de regels van vermogensetikettering van toepassing en zal het bedrijfsgedeelte vanwege het keuzevermogen in box 3 belast worden. De tbs-regeling zal hier niet worden toegepast. Is het pand eigendom van de niet-ondernemende echtgenoot dan is sprake van een werkzaamheid in de zin van artikel 3.91 Wet IB 2001. Indien het pand gezamenlijk eigendom is, moet aan elk van de echtgenoten een eigendomsaandeel van het bedrijfsgedeelte worden toegerekend. Het deel dat toekomt aan de ondernemende echtgenoot zal vanwege het keuzevermogen in box 3 worden belast en het deel dat aan de andere echtgenoot toekomt, zal ter beschikking worden gesteld aan de eenmanszaak.

Dan is er nog de situatie waarin beide echtgenoten werkzaam zijn in een man-vrouw-firma met een 60/40 winstverdeling. Indien in deze VOF het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspand wordt gebruikt en het bedrijfsgedeelte wordt tot het privévermogen van de man gerekend, geldt dat hij deze voor 40% ter beschikking stelt aan de subjectieve onderneming van zijn vrouw en voor 60% gebruikt in zijn eigen subjectieve onderneming. Voor 40% is dan dus de tbs-regeling van toepassing en voor 60% valt het bedrijfsgedeelte in box 3. Bekeken vanuit de situatie van de vrouw, zal deze casus in spiegelbeeld uitwerken. Als echter sprake is van gezamenlijk eigendom over het pand, zal, net als bij de gemeenschap van goederen, een kruislingse terbeschikkingstelling toegepast worden.

5. Zijn de verschillen in de uitwerking van de tbs-regeling op grond van het gekozen huwelijksregime in strijd met het gelijkheidsbeginsel?

5.1 Inleiding

In hoofdstuk vier zijn de gevolgen van de keuze voor een bepaald huwelijksregime op de tbs-regeling in kaart gebracht. Deze gevolgen verschillen van elkaar op grond van het gekozen huwelijksregime. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden of deze verschillen in uitwerking in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Dit zal worden gedaan aan de hand van het toetsingskader dat de Hoge Raad heeft vastgesteld op grond van verschillende arresten.

Allereerst zal in dit hoofdstuk het gelijkheidsbeginsel worden ingeleid. Voorts zal het toetsingskader dat de Hoge Raad hiervoor heeft ontwikkeld uiteen worden gezet en nader worden toegelicht aan de hand van jurisprudentie. Vervolgens zullen de verschillen in uitwerking op de tbs-regeling worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel. Tot slot zal een conclusie worden gegeven.

5.2 Het gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel heeft veel aandacht gekregen in literatuur en is vaak het onderwerp van jurisprudentie geweest. Het is een algemeen rechtsbeginsel dat twee verschijningsvormen kent. Het gelijkheidsbeginsel maakt namelijk deel uit van de beginselen van behoorlijk bestuur, deze richten zich tot bestuursorganen en hun houding naar de burgers, en daarnaast behoort het tot de beginselen van behoorlijke wetgeving, deze richten zich op de overheid als wetgever⁶⁹. Het gelijkheidsbeginsel komt er simpel gezegd op neer dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden en zo ook dat ongelijke gevallen verschillend behandeld moeten worden naar de mate van ongelijkheid. Is toch sprake van een ongelijke behandeling in gelijke gevallen, dan is dit alleen toegestaan ingeval van een objectieve en redelijke rechtvaardiging⁷⁰.

Het gelijkheidsbeginsel en het daarmee samenhangende non-discriminatie gebod komen onder meer tot uitdrukking in artikel 1 van onze Grondwet (hierna: GW): *“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.”*⁷¹ Overigens wordt het gelijkheidsbeginsel wordt ook op internationaal niveau toegepast. Het is als mensenrecht terug te vinden in artikel 14 van het EVRM en in artikel 26 van het IVBPR. In beide artikelen komt het verbod op discriminatie en het gebod op gelijke behandeling terug. De Nederlandse formele wetgeving mag op grond van artikel 120 GW niet worden getoetst aan de Grondwet. Artikel 94 GW is dan bepalend voor de toetsing van formele wetgeving, omdat dit artikel

⁶⁹ Efstratiades, S.K.A., De invulling van het gelijkheidsbeginsel, Belastingbrief, 2001/06, onderdeel 1

⁷⁰ Jansen, P.G.M., Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht, Fiscale Geschriften, 2013, nr. 22, H2

⁷¹ Artikel 1 GW

bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden als zij onverenigbaar zijn met verdragsbepalingen. Dit maakt het mogelijk om wetten in formele zin te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel uit het EVRM en het IVBPR. De bepalingen in deze verdragen zijn dus van groter belang dan het discriminatieverbod uit de Grondwet⁷².

Het gelijkheidsbeginsel is vaak het onderwerp van arresten geweest. Indien een beroep ontvankelijk⁷³ wordt verklaard, zal de klacht inhoudelijk beoordeeld en bekeken worden. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad is een toetsingskader voor het gelijkheidsbeginsel gebleken. De Hoge Raad zal deze hanteren bij het beoordelen of er in een bepaald geval sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Een bijzondere toepassing van het gelijkheidsbeginsel vormt een beroep op de meerderheidsregel. Belanghebbende moet aannemelijk maken dat in de meerderheid van vergelijkbare situaties een juiste wetstoepassing achterwege is gebleven en dat een gunstigere behandeling heeft plaatsgevonden⁷⁴. De Hoge Raad stelt in het arrest van 17 juni 1992⁷⁵ dat geen gevallen als argument mogen worden aangedragen waarbij een juiste wetstoepassing achterwege is gebleven vanwege een gering financieel belang of door tik- of schrijffouten.

In het kader van deze deelvraag zal het toetsingskader van de Hoge Raad in het navolgende nader worden toegelicht.

Commented [G6]: Gaat dit nu over de wetgeving of het beleid. Vanuit je scriptie moet je kijken naar de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij wetgeving.

5.3 Toetsingskader van de Hoge Raad

Om te kunnen toetsen aan het gelijkheidsbeginsel heeft de Hoge Raad, in de voetsporen van het EHRM, een toetsingsmodel opgesteld. De Hoge Raad heeft dit toetsingsmodel gebaseerd op verschillende arresten. In het toetsingsmodel zullen een aantal stappen worden doorlopen. Als eerst wordt getoetst of sprake is van een ongelijke behandeling voor gelijke gevallen. Is dit het geval, dan zal worden gekeken of er een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond is voor deze ongelijke behandeling. Om te spreken van een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond zal aan twee eisen moeten worden voldaan, een legitieme doelstelling en proportionaliteit. Als uiteindelijk kan worden geconcludeerd dat inderdaad sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel, zal de Hoge Raad overgaan tot rechtsherstel. In de volgende subparagrafen zullen de stappen van dit toetsingsmodel uitgebreid aan bod komen en aan de hand van jurisprudentie nader worden toegelicht.

5.3.1 Ongelijke behandeling van gelijke gevallen

De Hoge Raad bepaalt dat allereerst moeten worden vastgesteld of het gaat om gelijke gevallen die een ongelijke behandeling hebben gekregen. Het is vaak lastig om te beoordelen of het inderdaad gaat om gelijke gevallen, omdat nooit sprake is van exact gelijke situaties. Uit verschillende arresten, waarvan enkele hierna besproken worden, is

⁷² Jansen, P.G.M., *Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht*, Fiscale Geschriften, 2013, nr. 22, H2

⁷³ Een klacht of protest komt in aanmerking voor behandeling door de instantie waar men zich toe wendt

⁷⁴ Niessen, R.E.C.M., *De meerderheidsregel in het gelijkheidsbeginsel*, NTRF B, 2009, par. 2-5

⁷⁵ HR 17 juni 1992, nr. 27.048, BNB 1992/295

dan ook gebleken dat sprake moet zijn van een in relevante opzichten gelijke situatie tussen belanghebbende en degene die fiscaal gunstiger zou worden behandeld. Daarnaast zal uiteraard moeten worden onderzocht of ook daadwerkelijk een gunstigere behandeling heeft plaatsgevonden. Overigens kan een ongelijke behandeling in ongelijke gevallen ook in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, namelijk in het geval van overduidelijke onevenredigheid⁷⁶. Om schending van het gelijkheidsbeginsel te voorkomen, moet de ongelijke behandeling evenredig zijn. Om te beoordelen of een evenredige ongelijke behandeling het geval is, is de proportionaliteitstoets van belang. Om hieraan te voldoen moet een redelijke verhouding bestaan tussen het doel van de regeling en de ongelijke behandeling⁷⁷. Het Tandartsvrouwarrest⁷⁸ en het eerste Studeerkamerarrest⁷⁹ zijn de eerste arresten waarin een wettelijke regeling wordt getoetst aan het gelijkheidsbeginsel van artikel 26 IVBPR. De Hoge Raad gaat hier voornamelijk in op de vraag of sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

Het eerste Studeerkamerarrest, HR 8 juli 1988, nr. 24964, BNB 1988/302

In het eerste Studeerkamerarrest staat het verschil in aftrekbaarheid van kosten van een studeerkamer tussen huurders en woningeigenaren centraal. Op grond van artikel 35 Wet IB 1964 hebben huurders recht op een aftrek van een evenredig deel van de huur dat op een hoger bedrag uitkomt dan het forfaitaire bedrag dat woningeigenaren in aftrek mogen brengen. Belanghebbende doet om deze reden een beroep op het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in artikel 26 IVBPR. De Hoge Raad oordeelt dat in deze zaak geen sprake is van gelijke gevallen, omdat de huurder slechts de huur als kosten heeft en de woningeigenaar ook nog onderhouds- en hypotheekkosten heeft. Daarnaast behalen woningeigenaren een beleggingsvoordeel. In dit arrest wordt geconcludeerd dat een huurder en een woningeigenaar niet in dezelfde positie staan en dat dit gemaakte onderscheid niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel⁸⁰.

Het Tandartsvrouwarrest, HR 27 september 1989, nr. 24 297, BNB 1990/61

In het Tandartsvrouwarrest gaat het om een zelfstandige tandarts wiens partner bepaalde werkzaamheden in de praktijk verricht. De partner krijgt een deel van het resultaat van de tandartspraktijk, als beloning voor haar werkzaamheden. De tandarts krijgt hiervoor op grond van artikel 5 Wet IB 1964⁸¹ een aftrek. Op het moment dat de tandarts en zijn vrouw gaan trouwen, verandert deze aftrek. Belanghebbende stelt dat artikel 5 Wet IB 1964 in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, omdat gehuwde mannen en gehuwde vrouwen, maar ook ongehuwd samenwonenden en gehuwden ongelijk worden behandeld op grond van dit artikel. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat een

76 Niessen, R.E.C.M., De Belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel, Tijdschrift Formeel Belastingrecht, 2009/01, onderdeel 2.2

77 Hof 's- Gravenhage 24 augustus 1999, nr. 98/3358, LJN: AV7471

78 HR 27 september 1989, BNB 1990/61

79 HR 8 juli 1988 nr. 24964, BNB 1988/302

80 HR 8 juli 1988 nr. 24964, BNB 1988/302

81 Dit artikel heeft betrekking op het toerekenen van inkomensbestanddelen

verschil bestaat tussen ongehuwd samenwonenden en gehuwden. De Hoge Raad brengt hiervoor als argument aan dat het huwelijk duurzame verbondenheid tot gevolg heeft en dat zij bovendien een hechte economische eenheid vormen. Dit komt mede door het feit dat het Burgerlijk Wetboek wederzijdse verplichtingen stelt aan het huwelijk. De samenstelling van de inkomens worden gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de draagkracht van een echtpaar bepaald wordt door het gezamenlijke inkomen. Voor ongehuwd samenwonenden geldt dit allemaal niet. Zij kunnen het samenwonen op ieder moment beëindigen en voor hen gelden geen wederzijdse verplichtingen waardoor er geen hechte economische eenheid wordt gevormd. De ongelijke behandeling tussen ongehuwd samenwonenden en gehuwden vormt dus geen schending van het gelijkheidsbeginsel⁸². Naar mijn mening kan aan deze uitspraak van de Hoge Raad getwijfeld worden als de vergelijking vanuit een andere invalshoek wordt bekeken. Sinds de invoering van de Wet IB 2001 is namelijk de gelijkstelling tussen ongehuwd samenwonenden en gehuwden steeds groter geworden. Ongehuwd samenwonenden hoeven tegenwoordig maar aan enkele extra voorwaarden⁸³ te voldoen om als partner te worden gekwalificeerd. In dat geval geldt voor hen hetzelfde fiscale regime als voor gehuwden, waardoor mijns inziens kan worden beschouwd dat ze in relevante opzichten gelijk zijn.

Op de vraag of ongehuwde mannen en ongehuwde vrouwen als gelijke gevallen moeten worden gezien, wordt door de Hoge Raad bevestigend geantwoord. Bovendien wordt meteen voorop gesteld dat niet iedere ongelijke behandeling van gelijke gevallen verboden is en dat alleen een ongelijke behandeling waarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond ontbreekt als discriminatie wordt beschouwd. Volgens de Hoge Raad komt aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toe betreft de vragen of sprake is van gelijke gevallen en of een rechtvaardigingsgrond bestaat⁸⁴.

Nu zullen enkele andere arresten aan bod komen waarin de Hoge Raad in zijn uitwerking specifiek ingaat op de vraag of sprake is van gelijke gevallen.

HR 17 november 1993, nr. 28 587, BNB 1994/36

Dit arrest betreft het tweede Studeerkamerarrest. De vraag die in dit arrest centraal staat, is of onderscheid mag worden gemaakt tussen personen die een woning hebben gekocht en personen die een woning huren. Deze twee situaties leveren namelijk een verschil op in de omvang van het aftrekbare bedrag van studeerkamerkosten. Belanghebbende in deze casus is een woningeigenaar. De inspecteur bepaalt het aftrekbare bedrag van de studeerkamerkosten op grond van artikel 36 lid 2 onderdeel f Wet IB 1964. Belanghebbende stelt dat de aftrek moet worden bepaald aan de hand van artikel 42a, negende lid onderdeel c Wet IB 1964, omdat dit bedrag overeenkomt met de aftrek van een huurder en doet om deze reden een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Het argument dat in het eerste Studeerkamerarrest wordt gebruikt

⁸² HR 27 september 1989 nr. 24 297, BNB 1990/61, R.O. 7.1 e.v.

⁸³ Zie bijvoorbeeld artikel 1.2 Wet IB 2001 en artikel 1a SW 1956

⁸⁴ HR 27 september 1989 nr. 24 297, BNB 1990/61, R.O. 4.5

voor de ongelijke behandeling tussen huurders en woningeigenaren kan in dit arrest niet worden gebruikt. De reden hiervoor is dat in artikel 36 Wet IB 1964 is gekozen om de kosten op een forfaitair bedrag te stellen waarin ook de inrichtingskosten en dergelijke zijn opgenomen. Hierdoor zijn niet alleen de kosten voor de ruimte gelijk tussen huurders en woningeigenaren, maar ook de kosten voor de inrichting. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat in dit geval sprake is van ongeoorloofde discriminatie. De wetgever moet deze regeling aanpassen, zodat er geen strijdigheid is met het gelijkheidsbeginsel⁸⁵. Dit arrest is overigens een van de weinige arresten dat in het voordeel van belanghebbende is uitgekapt.

HR 8 september 1999, nr. 34 776, BNB 2000/50

Dit arrest gaat over een belanghebbende die de opleidingen pedagogie en psychotherapie heeft gevolgd. In de jaren 1991 tot 1995 is zij werkzaam geweest als psychotherapeut en heeft zij ingeschreven gestaan in het register van psychotherapeuten, niet zijnde artsen of psychologen. Ze handelt ook niet in de hoedanigheid van psycholoog. Toch is belanghebbende van mening dat de vrijstelling genoemd in artikel 11 lid 1 onderdeel g Wet OB 1968, deze ziet op diensten die psychologen verrichten, op haar van toepassing is en ze doet een beroep op het gelijkheidsbeginsel in artikel 26 IVBPR. Deze vrijstelling geldt niet voor diensten die onder de uitoefening van het beroep van psychotherapeut kunnen worden gebracht. De Hoge Raad oordeelt dat in deze casus geen sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel, omdat belanghebbende wegens het ontbreken van kwalificaties niet met een psycholoog kan worden vergeleken.

Overigens doet belanghebbende in deze zaak ook een beroep op de meerderheidsregel van het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur. Ze kent namelijk vier andere psychotherapeuten die geen naheffingsaanslag omzetbelasting opgelegd hebben gekregen. Belanghebbende wil alleen geen namen noemen, omdat de andere psychotherapeuten anders het risico lopen in de omzetbelasting te worden betrokken. Allereerst is het van belang dat belanghebbende voor dit beroep gelijke gevallen aandraagt en als geen namen worden genoemd, kan ook niets worden bewezen en zal geen onderzoek worden verricht. Bovendien is haar redenering onjuist, omdat de meerderheidsregel alleen ziet op gevallen waarin de inspecteur een fout heeft gemaakt die niet meer kan worden hersteld door middel van een navorderings- of naheffingsaanslag. Gevallen die dus nog wel kunnen worden hersteld middels zo een aanslag tellen niet mee als argument voor de meerderheidsregel. In deze casus is dus geen sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel⁸⁶.

5.3.2 Objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond

Als is vastgesteld dat het gaat om een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, zal vervolgens moeten worden gekeken of voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Aan de hand van een rechtvaardigingsgrond moet

85 HR 17 november 1993 nr. 28587, BNB 1994/36

86 HR 8 september 1999 nr. 34 776, BNB 2000/50

kunnen worden geconcludeerd dat de ongelijke behandeling gerechtvaardigd is. Om aan een objectieve en redelijke rechtvaardiging te voldoen, moet een legitieme doelstelling aanwezig zijn en moet de proportionaliteit worden onderzocht. Dit betekent dat een relatie moet bestaan tussen het legitieme doel en de ongelijke behandeling⁸⁷. De getroffen maatregelen mogen niet verdergaan dan voor het bereiken van het doel nodig is, gebeurt dit wel dan zal geen redelijke verhouding tussen de maatregelen en de beoogde doelen bestaan⁸⁸. Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat voornamelijk doelmatigheidsgronden door de wetgever worden aanvaard als rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling⁸⁹. Budgettaire argumenten daarentegen worden niet als rechtvaardigingsgrond aanvaard, omdat verschillen in financieel belang geen grond vormen voor ingrijpen door de rechter⁹⁰. Nu zullen enkele arresten aan bod komen waarin de Hoge Raad oordeelt of een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig is.

HR 30 september 1992, nr. 27463, BNB 1993/30

In dit arrest staat de vraag centraal of het onderscheid in behandeling van een mondeling verkregen uitspraak van het Hof of een schriftelijk ontvangen uitspraak in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Als namelijk een mondelinge uitspraak is verkregen en belastingplichtige wil hiertegen in cassatie gaan, zal de mondelinge uitspraak allereerst moeten worden omgezet in een schriftelijke. Voor deze handeling is extra griffierecht verschuldigd, terwijl dit bij een in eerste instantie schriftelijk ontvangen uitspraak niet het geval is. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat dit gelijke gevallen zijn die een ongelijke behandeling krijgen en dat een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond ontbreekt. De regeling wordt in strijd geacht met het gelijkheidsbeginsel en belanghebbende krijgt het betaalde griffiegeld terug⁹¹.

HR 12 november 1997, nr. 30 981, BNB 1998/22

In dit arrest heeft belanghebbende studiekosten, waaronder reiskosten, gemaakt in de sfeer van buitengewone lasten. Het hof heeft belanghebbende op grond van artikel 46 lid 8 Wet IB 1964 aftrek op deze reiskosten verleend. Volgens belanghebbende is sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel, omdat zijn aftrek lager is dan de onbelaste vergoeding per kilometer die werknemers krijgen voor hun studiekosten die door de werkgever worden vergoed. Belanghebbende betoogt dat deze werknemers veel meer voordeel ervaren, omdat zij namelijk niet te maken hebben met de drempel die geldt voor aftrekbare studiekosten, de niet-aftrekbare eerste 10 kilometer en als klapper op de vuurpijl ook nog eens een hogere vergoeding ontvangen dan dat hij in

87 Niessen, R.E.C.M., De Belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel, Tijdschrift Formeel Belastingrecht, 2009/01, onderdeel 2.2

88 Hoogwout, T.C., Voor de successiewet zijn alle verkrijgers gelijk, maar voor sommige geldt een belastingprivilegie!, Fiscaal Tijdschrift Vermogen, SDU Uitgevers, 2014

89 Niessen, R.E.C.M., De Belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel, Tijdschrift Formeel Belastingrecht, 2009/01, onderdeel 2.2

90 HR 20 oktober 1993, nr. 29 183, BNB 1993/347

91 HR 30 september 1992, nr. 27463, BNB 1993/30

aftrek mag brengen. De Hoge Raad oordeelt dat hier inderdaad sprake is van een ongelijkheid, maar dat deze kleiner is dan dat belanghebbende beweerd. Een ongelijke behandeling van gelijke gevallen is in strijd met het gelijkheidsbeginsel als een objectieve en redelijke rechtvaardiging ontbreekt. De Hoge Raad stelt in dit arrest dat aan een objectieve en redelijke rechtvaardiging is voldaan als een legitiem doel wordt nagestreefd en een redelijke verhouding bestaat tussen het middel en het te realiseren doel. Uit de samenhang tussen de vrijstelling in de loonbelasting en de aftrek van studiekosten als buitengewone last kan worden opgemaakt dat een werkgever pas reiskosten onbelast zal vergoeden als meer dan 10 kilometer wordt afgelegd. Dit is dus een gelijke behandeling als van belanghebbende. Bovendien komt het verschil tussen de vergoeding en het aftrekbare bedrag ten goede aan de doelmatigheid. Naast doelmatigheid moet volgens de Hoge Raad ook gelet worden op de kwantitatieve aspecten, zowel absoluut als relatief. De ongelijke behandeling van de gelijke gevallen heeft in deze casus een gerechtvaardigd doel. Geconcludeerd is daarom dat geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel⁹².

HR 12 juli 2002, nr. 36 254, BNB 2002/400

Voor belastingplichtigen, zoals belanghebbende in dit arrest, is in artikel 46, eerste lid, aanhef en letter d, en het tiende lid Wet IB 1964 in samenhang met artikel 14a van de Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 1990 een regeling opgenomen die stelt dat onder voorwaarden een deel van de kosten van de kinderopvang als buitengewone last in aftrek gebracht kunnen worden. Voor belastingplichtigen die in loondienst zijn en een deel van de kosten van de kinderopvang door de werkgever krijgen vergoed, geldt de regeling die is opgenomen in artikel 11, eerste lid, aanhef en letter n van de Wet op de loonbelasting (hierna: LB) 1964 in samenhang met artikel 6 van de Uitvoeringsregeling loonbelasting. Deze stelt dat een deel van de vergoeding van de kinderopvangkosten niet tot het loon behoort. Doordat deze twee regelingen een verschil in drempel hebben, 100% versus 75%, acht belanghebbende dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

De Hoge Raad stelt in dit arrest voorop dat de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt in zijn beoordeling of sprake is van gelijke gevallen en of een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat. Verwezen wordt bovendien naar de zaak Della Ciaja, een arrest van het EHRM⁹³. Sindsdien is de Hoge Raad strenger in zijn beoordelingen, omdat de keuze van de wetgever moet worden eerbiedigd, tenzij deze van redelijke grond is ontbloot.

Het maximum dat is gesteld aan aftrekbare kinderopvangkosten is om te voorkomen dat buitengewone lasten aftrek zou worden verleend voor extreem hoge uitgaven voor kinderopvang en dat teveel kosten belastingvrij worden vergoed. Het verschil in de drempel tussen beide regelingen acht de Hoge Raad bovendien gerechtvaardigd, omdat niet wordt verondersteld dat werkgevers hoge kosten willen vergoeden. Daarnaast wordt nog geconcludeerd dat de behandeling van de situatie van belanghebbende

⁹² HR 12 november 1997, nr. 30 981, BNB 1998/22

⁹³ EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, BNB 2002/398

proportioneel is, omdat hij niet uitzonderlijk is. Het gelijkheidsbeginsel wordt in deze casus dus niet geschonden⁹⁴.

HR 17 augustus 1998, nr. 33078, BNB 1999/122

Dit arrest staat ook wel bekend als het Grootwagenparkarrest. Het arrest betreft auto's die op grijs kenteken staan en om de vraag tegen welk tarief zij belast moeten worden. Door de wijziging van de Wet BPM is met ingang van januari 1995 niet langer het tarief voor bestelwagens, maar het hogere tarief voor personenauto's van toepassing op auto's met grijs kenteken. Indien het gaat om ondernemingen met grote wagenparken is voor deze wetwijziging een voordelige overgangsregeling opgenomen, terwijl ondernemingen met minder dan 100 bestelwagens een hoog tarief voor de kiezen krijgen. Op grond hiervan is een beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan. Het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden als een ongelijke behandeling heeft plaatsgevonden en hiervoor geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat. De Hoge Raad oordeelt dat in deze casus sprake is van gelijke gevallen, immers het gaat in beide gevallen om dezelfde autohouders. Bovendien oordeelt de Hoge Raad dat geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat voor de ongelijke behandeling. De bevoordeling van houders van een groot wagenpark wordt terecht in strijd geacht met het gelijkheidsbeginsel van artikel 26 IVBPR. De Hoge Raad gaat over tot rechtsherstel en het voordelige tarief wordt van toepassing op alle houders⁹⁵.

5.3.3 Rechtsherstel

Het is voor de wetgever onmogelijk om alle regelingen zo te treffen dat elke denkbare ongelijkheid wordt vermeden. In diverse arresten heeft de Hoge Raad dan ook bepaalde regelingen in strijd geacht met het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad kan ervoor kiezen om in deze gevallen direct rechtsherstel te laten plaatsvinden of het herstel kan worden overgelaten aan de wetgever. Direct rechtsherstel kan enkel plaatsvinden als de ongelijke behandeling voortkomt uit de uitleg van een wettekst. Als daarentegen de letterlijke wettekst zorgt voor ongelijke behandeling, dan moet het herstel worden overgelaten aan de wetgever⁹⁶. De Hoge Raad doet overigens niets aan een beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel als het een regeling betreft die reeds is gewijzigd of waarvan een wijziging is aangekondigd⁹⁷. Vanaf 2002 is geen regeling meer in strijd geacht met het gelijkheidsbeginsel⁹⁸.

94 HR 12 juli 2002, nr. 36 254, BNB 2002/400

95 HR 17 augustus 1998, nr. 33078, BNB 1999/122

96 Berge, J.W., van den, Gelijkheid, de toepassing van het non-discriminatiebeginsel, WFR 2000/9691, par. 4

97 Niessen, R.E.C.M., De Belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel, Tijdschrift Formeel Belastingrecht, 2009/01, onderdeel 2.2

98 NIESSEN, R.E.C.M., INLEIDING TOT HET NEDERLANDS BELASTINGRECHT, DEVENTER, KLUWER, 2010, p.144

5.4 Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel

Het gekozen huwelijksregime is van belang voor de uitwerking van de tbs-regeling. Echtlieden die zijn gehuwd in gemeenschap van goederen ervaren een andere uitwerking op de tbs-regeling dan echtlieden die zijn gehuwd onder huwelijkse voorwaarden waarin een koude uitsluiting is opgenomen. Afgevraagd kan worden of deze ongelijke behandeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In de volgende subparagrafen zal de uitwerking op de tbs-regeling dan ook worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel uit artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR aan de hand van het zojuist beschreven toetsingsmodel van de Hoge Raad.

5.4.1 Is sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen?

Allereerst zal moeten worden beoordeeld of sprake is van gelijke gevallen die een ongelijke behandeling krijgen. De ongelijke behandeling met betrekking tot de tbs-regeling is al eerder in hoofdstuk 4 aan de orde gekomen. De vraag die nu dus nog beantwoord moet worden is: zijn echtlieden die gehuwd zijn in gemeenschap van goederen gelijk aan echtparen die zijn gehuwd onder huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting opgenomen? Over dit onderwerp is nog geen jurisprudentie verschenen, daarom zal in de beantwoording van deze vraag vooral mijn eigen mening centraal komen te staan.

De twee soorten huwelijksregimes verschillen naar mijn mening in vele opzichten van elkaar. De eerste verschillen kunnen al worden gesignaleerd in de uitleg van de begrippen. Als gesproken wordt over de wettelijke gemeenschap van goederen worden alle goederen en schulden die bij aanvang van het huwelijk aanwezig zijn en die tijdens het huwelijk worden verkregen gemeenschappelijk. Uitzonderingen bestaan alleen ten aanzien van verknochte goederen, pensioenrechten verband houdend met het nabestaandenpensioen, de rechten op het vestigen van een vruchtgebruik als bedoeld in artikel 29 en 30 van boek 4 BW inclusief het vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen gevestigd is, alsook goederen waar een uitsluitingsclausule op ziet. In geval van huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting opgenomen bestaat daarentegen helemaal geen gemeenschapsvermogen. Dit houdt in dat elk van de echtlieden zijn eigen vermogen behoudt en dat de tijdens het huwelijk verkregen goederen worden toegerekend aan degene uit wiens vermogen ze zijn aangewend. Hier is dus duidelijk geen sprake van gelijke gevallen.

Ook in geval van echtscheiding ontstaat op grond hiervan een verschil in uitwerking. Indien een echtpaar dat is gehuwd onder huwelijkse voorwaarden met daarin opgenomen een koude uitsluiting over gaat tot echtscheiding, zal ieder zijn eigen vermogen en inkomen behouden. Als de gemeenschap van goederen daarentegen eindigt, kan hier nog een hoop bij komen kijken. Iedere echtgenoot heeft namelijk recht op de helft van de waarde van het gemeenschappelijk vermogen en vaak staat niet vast wat aan wie toebehoort. In veel gevallen is zelfs de hulp van een advocaat of rechter nodig om de verdeling te kunnen laten plaatsvinden.

Een ander argument om in deze situatie te kunnen spreken van ongelijke gevallen kan worden gevonden in de successiewet. Indien tijdens het huwelijk de huwelijkse voorwaarden worden opgeheven om vervolgens te vervangen door de gemeenschap

Commented [G7]: Wat bedoel je nu met deze zin? Dat de tijdens het huwelijk verkregen inkomen uit het vermogen voor toepassing van de inkomstenbelasting worden toegerekend aan de echtgenoot die hiervan eigenaar is?

Commented [G8]: Wat voor hoop? Niet de hoop dat het nog goed komt tussen de echtelieden!

Commented [G9]: Die zijn ook doorgaans nodig in de situatie van de koude uitsluiting.

van goederen, vindt een samensmelting van vermogens plaats. Bij het aangaan van een gemeenschap van goederen is niet vast te stellen wie er uiteindelijk verrijkt, waardoor geen schenkbelasting verschuldigd ~~is kan worden~~. Tijdens de gemeenschap vindt geen vermogensverschuiving plaats en dit kan dan ook pas aan het einde van de gemeenschap worden vastgesteld. De successiewet heeft echter geen heffing van schenkbelasting op ~~het~~ moment ~~van ontbinden van het huwelijk~~⁹⁹. Als de situatie wordt omgedraaid en de in gemeenschap van goederen gehuwde echtlieden besluiten de wettelijke gemeenschap om te zetten in huwelijksvoorwaarden, ~~kan wordt~~ dit in de successiewet wel degelijk gezien ~~worden~~ als belastbaar feit voor de schenkbelasting¹⁰⁰. Er zal schenkbelasting verschuldigd zijn over de vermogensverschuiving tussen de echtlieden. Hieruit kan naar mijn mening worden afgeleid dat geen sprake is van gelijke gevallen, omdat anders in beide gevallen respectievelijk wel of geen schenkbelasting zou worden geheven.

Een derde argument dat kan worden aangebracht om te kunnen spreken van ongelijke gevallen kan wederom worden gezocht in de successiewet, maar nu met betrekking tot de erfbelasting. Het argument kan het best worden toegelicht aan de hand van een casusvoorbeeld. Verondersteld wordt een gezin, man, vrouw en twee kinderen. Zij hebben samen een vermogen van €600.000. Indien de man overlijdt, omvat zijn erfenis slechts €300.000 als in gemeenschap van goederen is gehuwd. De overige €300.000 komt namelijk aan de vrouw toe op grond van het huwelijksvermogensrecht. Er van uitgaande dat de wettelijke verdeling toegepast wordt, krijgt elk erfgenaam hier 1/3 van de erfenis, namelijk €100.000. Als is gehuwd onder huwelijksvoorwaarden met daarin een koude uitsluiting opgenomen, werkt de casus anders uit. Stel dat al het vermogen aan de man toekomt, dan zal in dit geval de gehele €600.000 tot zijn erfenis behoren. Op grond van de wettelijke verdeling krijgen alle erfgenamen 1/3 van de erfenis. De vrouw ontvangt in dit geval slechts €200.000, terwijl zij bij de uitwerking van de gemeenschap van goederen het dubbele zou krijgen. Deze casus geeft aan dat geen sprake is van gelijke gevallen.

Een overeenkomst tussen beide regimes is gelegen in het feit dat in de inkomstenbelasting meerdere keren voorbij wordt gegaan aan de huwelijksvoorwaarden. Een voorbeeld is gelegen in box 3. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie van een echtpaar, getrouwd onder huwelijksvoorwaarden met daarin een koude uitsluiting opgenomen. Beiden hebben hun eigen bankrekening waar bij de een €150.000 en bij de ander €200.000 aan vermogen op staat. Op grond van artikel 2.17, tweede lid Wet IB 2001 mogen echtgenoten het bedrag van €350.000 bij de aangifte

Commented [G10]: Alleen i.g.v. vermogensverschuiving, du seen ongelijke verdeling!

Commented [G11]: Minder sterk argument volgens mij. Je toets een regeling in de IB, dus kan je beter binnen die wet blijven.

99 Minister van Financiën, Besluit van 5 juli 2010, nr. DGB2010/872M, Staatscourant 2010, 10783, par. 3.1

100 DE MINISTER VAN FINANCIËN HEEFT IN HET BESLUIT VAN 5 JULI 2010 GOEDGEKEURD DAT BIJ UITZONDERING GEEN SCHENKBELASTING WORDT GEHEVEN INDIEN DE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN WORDT VERRUILED VOOR HUWELIJKE VOORWAARDEN, NAMELIJK ALS AANNEMELIJK WORDT GEMAAKT DAT DE WIJZIGING VERBAND HOUDT MET HERSTEL VAN AFSPRAKEN VAN KINDEREN UIT EEN EERDER HUWELIJK OF ALS AANNEMELIJK WORDT GEMAAKT DAT DOOR EEN MISVERSTAND VOORAFGAAND AAN HET HUWELIJK GEEN HUWELIJKE VOORWAARDEN ZIJN OPGEMAAKT. HIER GELDEN OVERIGENS NOG WAT AANVULLENDE VOORWAARDEN VOOR DIE IN HET BESLUIT ZIJN TERUG TE LEZEN.

voor box 3 zo fiscaal gunstig mogelijk verdelen over beiden. Dit geldt overigens ook voor de inkomensbestanddelen die in het vijfde lid van dit artikel genoemd staan. Deze regeling werkt naar mijn idee uit als een gemeenschap van goederen die op alle huwelijksregimes zijn toepassing vindt. Mijn inziens wordt hier voorbij gegaan aan de huwelijksvoorwaarden waardoor kan worden opgemerkt dat de regimes als gelijke gevallen kunnen worden gezien. Deze regeling ziet echter voornamelijk op het fiscale partnerschap en is niet gericht op het onderscheid in huwelijksregime. Op andere regelingen in de inkomstenbelasting sfeer, waaronder de tbs-regeling, hebben de huwelijksregimes wel een verschillende uitwerking. De wetgever heeft bovendien niet voor niets gekozen voor verschillende huwelijksregimes die verschillende uitwerkingen hebben op bepaalde regelingen. Als sprake zou zijn van gelijke gevallen, zou een onderscheid in huwelijksregimes overbodig zijn geweest.

Naar mijn mening kan op grond hiervan geconcludeerd worden dat echtlieden die gehuwd zijn in gemeenschap van goederen geen gelijke gevallen zijn met echtlieden die zijn gehuwd onder huwelijksvoorwaarden met daarin een koude uitsluiting opgenomen.

5.4.2 Bestaat een redelijke verhouding tussen het te realiseren doel van de regeling en de ongelijke behandeling?

Nu is geconstateerd dat geen sprake is van gelijke gevallen, kan niet meteen geconcludeerd worden dat de ongelijke behandeling geen schending van het gelijkheidsbeginsel met zich meebrengt. Eerst zal nog aan de proportionaliteitstoets moeten worden getoetst om te kijken of de ongelijke behandeling wel proportioneel is. De wetgever heeft een ruime beoordelingsvrijheid, dus voordat de Hoge Raad zal oordelen dat daadwerkelijk een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel wordt gemaakt, zal moeten blijken dat het gaat om overduidelijke onevenredigheid.

Om te kunnen concluderen dat de ongelijke behandeling proportioneel is, moet een redelijke verhouding bestaan tussen het doel van de tbs-regeling en de ongelijke behandeling van de verschillende huwelijksregimes. De tbs-regeling is als anti-arbitragemaatregel opgenomen in het regime van overige werkzaamheden ter voorkoming van belastingontwijking. De wetgever heeft met deze regeling willen voorkomen dat boxarbitrage ontstaat door ondernemingsvermogen onder te brengen bij een nauw verbonden persoon van de ondernemer.

Voor de verschillen in uitwerking op de tbs-regeling die het gevolg zijn van het gekozen huwelijksregime bestaat een rechtvaardiging. Het uitgangspunt van de hele kwestie is namelijk de vermogensetikettering en de beschikkingsmacht. In het geval van een gemeenschap van goederen waarbij een pand in de onderneming van de ondernemende echtgenoot, in dit geval de man, wordt gebruikt, komt meteen de vermogensetikettering om de hoek kijken. Niet van belang is tot wiens eigendom het pand behoort. Het pand wordt in dit huwelijksregime namelijk door de bestuursregeling toegerekend aan de ondernemende echtgenoot waardoor vermogensetikettering zal plaatsvinden. Op grond hiervan kan het pand tot het privévermogen, zakelijk vermogen of keuzevermogen worden gerekend. In de situatie van gemeenschap van goederen kan dus geen misbruik van de situatie worden gemaakt, omdat de bestuursregeling het pand

Commented [G12]: Dit argument vind ik merkwaardig. De wetgever heeft een civielrechtelijke keuze gemaakt en een fiscaalrechtelijke keuze. Je suggereert dat de ene keuze consequenties heeft voor een ander rechtsgebied, maar waar baseer je dat op. De fiscale wetgever kan los van de civiele wet, regels maken en ook in afwijking hiervan.

Commented [G13]: Het feit dat je civielrechtelijk keuze hebt, hoeft niet te betekenen dat fiscaalrechtelijk onderscheid wordt gemaakt m.b.t. de verschillende civielrechtelijke situaties!

altijd zal toerekenen aan de ondernemende echtgenoot. De tbs-regeling zal om deze reden helemaal geen toepassing vinden. In het geval van huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting opgenomen waarbij het pand eigendom is van de vrouw, wordt niet toegekomen aan de vermogensetikettering, omdat zij niet in de onderneming zit en dus buiten de winstsfeer valt. De vrouw zou ervoor kunnen kiezen om een pand zonder vergoeding ter beschikking te stellen aan de onderneming van haar echtgenoot. Dit zou een verstoring van de concurrentieverhoudingen veroorzaken en bovendien zou hier misbruik van de situatie kunnen worden gemaakt. Als de tbs-regeling namelijk niet bestond, zou het pand in box 3 in aanmerking worden genomen in plaats van in box 1. De ondernemende echtgenoot maakt op deze manier, in vergelijking met andere ondernemers die ook een pand huren, minder kosten waardoor hij een lagere kostprijs kan hanteren en dus een hogere winstomzet kan behalen. Dit zorgt uiteindelijk voor een betere positie in de markt. Het is aan de wetgever om ervoor te zorgen dat de concurrentieverhoudingen binnen de perken blijven. Door in deze situatie de tbs-regeling toepassing te laten vinden, wordt het pand bij de vrouw alsnog in box 1 belast waardoor niet meer aan tariefshoppen kan worden toegekomen. Bovendien blijven de concurrentieverhoudingen in tact, omdat de ondernemende echtgenoot volgens artikel 3.94 Wet IB 2001 voor het pand om niet een vergoeding in aanmerking moet nemen naar de waarde in het economische verkeer. In geval van huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting reken je de goederen overigens bewust toe aan een van de echtgenoten, wat rechtvaardigt dat een verschil in fiscale behandeling plaatsvindt. Bovendien wordt deze tijd steeds vaker voor huwelijkse voorwaarden gekozen indien een onderneming in het spel is. Echtlieden kiezen hier zelf voor een afwijkende civiele regeling, wat een rechtvaardiging kan zijn voor een ongelijke behandeling.

Bovendien is al eerder ter sprake gekomen dat op fiscaal gebied aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid is toegekend bij het bepalen of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is voor de ongelijke behandeling. Het oordeel van de wetgever dient te worden geëerbiedigd, tenzij deze van redelijke grond is ontbloot. Naar mijn mening is het verschil in behandeling tussen de huwelijksregimes te rechtvaardigen en blijft de wetgever met deze manier van behandeling binnen zijn beoordelingsvrijheid. Dit betekent dat aan de proportionaliteitstoets is voldaan en dat geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel.

5.5 Deelconclusie

Het gelijkheidsbeginsel bepaalt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en zo ook dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar de mate van ongelijkheid. Is toch sprake van een ongelijke behandeling in gelijke gevallen, dan is dit alleen toegestaan indien een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat. Het gelijkheidsbeginsel komt tot uitdrukking in artikel 1 van de Grondwet en op internationaal niveau in artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR. Op grond van artikel 120 GW mogen formele wetten niet worden getoetst aan de Grondwet. Artikel 94 GW maakt het mogelijk om wetten in formele zin te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel neergelegd in het EVRM en het IVBPR.

Commented [G14]: ?

Commented [G15]: Hij maakt toch ook huurkosten, dus evenveel kosten? Het verschil is de familiale belastingdruk. Daar kom je dus bij een discussie of de ib individueel of familiaal moet zijn. De huidige ib heeft een mengvorm. Bepaalde delen zijn individueel (arbeid en winst) en andere gemeenschappelijk (vermogen), met uitzondering van de tbs-regeling.

Commented [G16]: Dat denk ik niet bij een zakelijke huur.

Voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel heeft de Hoge Raad in de voetsporen van het EHRM een toetsingsmodel opgesteld aan de hand van vele jurisprudentie. Allereerst moet worden getoetst of sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Als dit bevestigend kan worden beantwoord, moet worden gekeken of voor deze ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond is. Aan een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond wordt voldaan indien een legitiem doel wordt nagestreefd en een redelijke verhouding bestaat tussen het te realiseren doel en de ongelijke behandeling. Doelmatigheidsgronden worden hierbij aanvaard, budgettaire argumenten daarentegen niet. De maatregelen mogen bovendien niet verder gaan dan voor het bereiken van het doel nodig is. Overigens kan een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen ook in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel als sprake is van overduidelijke onevenredigheid. Aan de hand van de proportionaliteitstoets moet dan worden gekeken of een redelijke verhouding bestaat tussen het doel en de ongelijke behandeling. Als uiteindelijk in een arrest wordt geconcludeerd dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, kan door de Hoge Raad worden overgegaan tot rechtsherstel.

In het kader van deze scriptie kan afgevraagd worden of de verschillen in uitwerkingen op de tbs-regeling die het gevolg zijn van het gekozen huwelijksregime, zoals in hoofdstuk vier is uitgewerkt, in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Op de vraag of sprake is van gelijke gevallen volgt een ontkennend antwoord. Voldoende argumenten kunnen worden aangedragen om te concluderen dat absoluut geen sprake is van gelijke gevallen. Deze argumenten vloeien voort uit regelingen uit de successiewet en de inkomstenbelasting die een verschillende behandeling voor de huwelijksregimes kennen. Bovendien kunnen de verschillen al gesignaleerd worden door alleen maar naar de uitleg van de regimes te kijken. Het gaat hier om gemeenschappelijk vermogen versus ieder voor zich.

Als is geconstateerd dat geen sprake is van gelijke gevallen, kan nog niet meteen geconcludeerd worden dat de ongelijke behandeling geen schending van het gelijkheidsbeginsel met zich meebrengt. Eerst moet nog een proportionaliteitstoets gedaan worden. Als de ongelijke behandeling proportioneel is, dat wil zeggen dat een redelijke verhouding bestaat tussen het te realiseren doel van de regeling en de ongelijke behandeling, wordt het gelijkheidsbeginsel niet geschonden. De basis van de ongelijke behandeling ligt mijn inziens bij de vermogensetikettering en de beschikkingsmacht. Vanuit deze regelingen bestaat een logische verklaring voor de ongelijke behandeling. In een gemeenschap van goederen komt de tbs-regeling niet aan de orde, omdat de bestuursregeling ervoor zorgt dat het vermogensbestanddeel aan de ondernemende echtgenoot wordt toegekend waardoor geen misbruik van de boxtarieven kan worden gemaakt. In de situatie van huwelijkse voorwaarden met een koude uitsluiting en een vrouw die een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan de onderneming van haar echtgenoot wordt niet toegekomen aan vermogensetikettering. Wel kan hier sprake zijn van boxarbitrage en daarnaast ook van verstoorde concurrentieverhoudingen. Door de tbs-regeling hier toe te passen, wordt tariefshoppen onmogelijk gemaakt en blijven de concurrentieverhoudingen in tact. Bovendien kiezen echtlieden zelf met een reden voor een afwijkende civiele regeling

wat dus een verschil in behandeling kan rechtvaardigen. Mijn inziens zijn deze argumenten een rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling en wordt dus voldaan aan de proportionaliteitstoets. Geconcludeerd kan worden dat geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel op het moment dat de tbs-regeling anders uitwerkt voor echtparen gehuwd in gemeenschap van goederen dan voor echtparen gehuwd onder huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting.

6. Conclusie

6.1 Inleiding

Met behulp van de besproken deelvragen zal in dit hoofdstuk een antwoord worden geformuleerd op de onderzoeksvraag die in de inleiding centraal is gesteld: *Wat is de invloed van het huwelijksvermogensrecht op de terbeschikkingstellingsregeling van de inkomstenbelasting en kan deze invloed in strijd worden geacht met het gelijkheidsbeginsel?*

6.2 Conclusie

De tbs-regeling is als anti-arbitragemaatregel opgenomen in afdeling 3.4 van de Wet IB 2001 en behoort tot het regime van overige werkzaamheden. De verschillende tarieven die gelden in de verschillende boxen lokken belastingarbitrage uit. Het lage tarief in box 3 maakt het voordelig om de heffing van vermogensbestanddelen zo veel mogelijk via deze box te laten verlopen in plaats van via het hoge tarief in box 1. Om dit tegen te gaan, worden bepaalde beleggingshandelingen door middel van een wettelijke fictie aangemerkt als werkzaamheid en worden op die manier als resultaat uit overige werkzaamheid alsnog belast in box 1. De tbs-regeling is zo een beleggingshandeling dat als werkzaamheid in de zin van artikel 3.90 Wet IB 2001 wordt aangemerkt. Artikel 3.91 lid 1 onderdelen a en b Wet IB 2001 stellen dan ook dat het ter beschikkingstellen van vermogensbestanddelen aan een met de belastingplichtige verbonden persoon of aan een samenwerkingsverband waarvan een verbonden persoon deel uitmaakt mede wordt aangemerkt als werkzaamheid indien hiermee winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheid wordt behaald. De wetgever heeft met deze regeling willen voorkomen dat boxarbitrage ontstaat door ondernemingsvermogen onder te brengen bij nauw verbonden personen van de ondernemer. Aan verschillende begrippen in het wetsartikel zijn verder geen formulering gegeven, zodat de regeling een brede werking heeft.

Het huwelijk kan in twee vormen worden voltrokken, namelijk in de wettelijke gemeenschap van goederen en onder huwelijkse voorwaarden. Indien voorafgaand aan het huwelijk geen andere voorwaarden worden opgesteld, ontstaat automatisch de wettelijke gemeenschap van goederen. Alle goederen en schulden die bij aanvang van het huwelijk al aanwezig waren en die tijdens het huwelijk worden verkregen zullen in de gemeenschap vallen. De wet maakt echter uitzonderingen ten aanzien van verknochte goederen, pensioenrechten verband houdend met het ouderdoms- en nabestaandenpensioen, de rechten op het vestigen van een vruchtgebruik als bedoeld in artikel 29 en 30 van boek 4 BW inclusief het vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen gevestigd is, alsook goederen waar een uitsluitingsclausule op ziet. De Wet aanpassing gemeenschap van goederen heeft voor belangrijke wijzigingen gezorgd in het huwelijksvermogensrecht. Het gaat om het vervroegen van het tijdstip van ontbinding van de gemeenschap, de aanpassing van de bestuursregeling, de invoering van de beleggingsleer voor vergoedingsrechten en de mogelijkheid om tijdens het huwelijk huwelijkse voorwaarden te maken zonder toestemming van de rechtbank.

In afwijking van de algehele gemeenschap van goederen kan gekozen worden om te huwen onder huwelijkse voorwaarden. Door middel van een overeenkomst tussen de echtgenoten kunnen zij zelf invulling geven aan het huwelijksregime. Bovendien kunnen aanvullende bepalingen worden opgenomen in de voorwaarden met betrekking tot de gemeenschap. De wettelijke gemeenschap kan volledig worden uitgesloten (koude uitsluiting), er kan gekozen worden voor een beperktere gemeenschap of in de voorwaarden kunnen verrekenbedingen worden vastgelegd. Als een koude uitsluiting in de voorwaarden wordt opgenomen, bestaat geen gemeenschapsvermogen tussen de echtlieden. Dit betekent dat bij het aangaan van het huwelijk de echtgenoten ieder hun eigen vermogen behouden en bovendien alles wat door een echtgenoot tijdens het huwelijk wordt verkregen, wordt eigendom van diegene.

Het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen via een verbonden persoon zal in de praktijk vaak voorkomen tussen echtgenoten. Indien een vermogensbestanddeel van de echtgenoten in de onderneming van een van hen wordt gebruikt, hangt het van het gekozen huwelijksregime af of de tbs-regeling van toepassing zal zijn. Echtlieden die zijn gehuwd in gemeenschap van goederen ervaren een andere uitwerking op de tbs-regeling dan echtlieden die zijn gehuwd onder huwelijkse voorwaarden waarin een koude uitsluiting is opgenomen. In het geval van een huwelijk in gemeenschap van goederen waarbij het bedrijfsgedeelte van een woonbedrijfspan ter beschikking wordt gesteld aan de eenmanszaak van een van de echtgenoten, zal de tbs-regeling in zijn geheel niet van toepassing zijn. De bestuursregeling bepaalt namelijk dat een goed uit de gemeenschap dat dienstbaar is aan een beroep of bedrijf van de echtgenoot, volledig door de ondernemende echtgenoot wordt bestuurd voor zover het handelingen betreft die als normale uitoefening van het bedrijf dienen. Als wordt aangenomen dat het bedrijfsgedeelte in beperkte mate ook wel eens privé wordt gebruikt, zal het op grond van de vermogensetikettering als keuzevermogen in box 3 kunnen worden belast of als ondernemingsvermogen in box 1 terecht kunnen komen. Aan de tbs-regeling van artikel 3.91 Wet IB 2001 wordt dan dus niet toegekomen. Als nu dit bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan ter beschikking zal worden gesteld aan een man-vrouwfirma, geldt dat wederom de bestuursregeling bepalend is voor de vraag of de tbs-regeling van toepassing is. In een man-vrouwfirma zijn beide echtgenoten ondernemend, waardoor uit artikel 1:97 lid 2 BW kan worden afgeleid dat de bestuursbevoegdheid hen beiden toekomt. Indien beide echtgenoten bestuursbevoegd zijn over het vermogensbestanddeel, is sprake van een kruislingse terbeschikkingstelling.

Als een huwelijk onder huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting als uitgangspunt wordt genomen en het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan wordt gebruikt in de eenmanszaak van de ondernemende echtgenoot, is voor de uitwerking belangrijk om te weten bij wie het eigendom ligt. Als het eigendom bij de ondernemende echtgenoot ligt, zijn wederom de regels van vermogensetikettering van toepassing en **kzan!** het bedrijfsgedeelte vanwege het keuzevermogen in box 3 belast worden. De tbs-regeling zal hier niet worden toegepast. Is het pand eigendom van de niet-ondernemende echtgenoot dan is sprake van een werkzaamheid in de zin van artikel 3.91 Wet IB 2001. Indien het pand gezamenlijk eigendom is, moet aan elk van de echtgenoten een eigendomsaandeel van het bedrijfsgedeelte worden toegerekend. Het

Commented [G17]: Hoe ziet het pan der dan uit en welke functies heeft het? Dit lijkt me generiek onjuist.

deel dat toekomt aan de ondernemende echtgenoot kzan vanwege het keuzevermogen in box 3 worden belast en het deel dat aan de andere echtgenoot toekomt, zal ter beschikking worden gesteld aan de eenmanszaak.

Dan is er nog de situatie waarin beide echtgenoten werkzaam zijn in een man-vrouw-firma met een 60/40 winstverdeling. Indien het pand niet juridische en economisch is ingebracht in deze VOF is ingebracht en de VOF gebruikt het bedrijfsgedeelte van het woonbedrijfspan wordt gebruikt en het pandbedrijfsgedeelte wordt tot het privévermogen van de man gerekend, geldt dat hij deze voor 40% van het bedrijfsgedeelte ter beschikking stelt aan de subjectieve onderneming van zijn vrouw en voor 60% van het bedrijfsgedeelte gebruikt in zijn eigen subjectieve onderneming. Voor 40% is dan dus de tbs-regeling van toepassing en voor 60% valt het bedrijfsgedeelte in box 3. Bekeken vanuit de situatie van de vrouw, zal deze casus in spiegelbeeld uitwerken. Als echter sprake is van gezamenlijk eigendom over het pand, zal, net als bij de gemeenschap van goederen, een kruislingse terbeschikkingstelling toegepast worden. Deze uitwerkingen laten zien dat echtlieden gehuwd in gemeenschap van goederen in precies dezelfde situatie anders behandeld worden dan echtlieden gehuwd onder huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting.

Afgevraagd kan worden of deze verschillen in uitwerking op de tbs-regeling door het gekozen huwelijksregime in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel bepaalt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en zo ook dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar de mate van ongelijkheid. Is toch sprake van een ongelijke behandeling in gelijke gevallen, dan is dit alleen toegestaan indien een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat. Het gelijkheidsbeginsel komt tot uitdrukking in artikel 1 van de Grondwet en op internationaal niveau in artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR.

Voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel heeft de Hoge Raad in de voetsporen van het EHRM een toetsingsmodel opgesteld aan de hand van vele jurisprudentie. Allereerst moet worden getoetst of sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Als dit bevestigend kan worden beantwoord, moet worden gekeken of voor deze ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat. Aan een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond wordt voldaan indien een legitiem doel wordt nagestreefd en een redelijke verhouding bestaat tussen het te realiseren doel en de ongelijke behandeling. Doelmatigheidsgronden worden hierbij aanvaard, budgettaire argumenten daarentegen niet. De maatregelen mogen bovendien niet verder gaan dan voor het bereiken van het doel nodig is. Overigens kan een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen ook in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel als sprake is van overduidelijke onevenredigheid. Aan de hand van de proportionaliteitstoets moet dan worden gekeken of een redelijke verhouding bestaat tussen het doel en de ongelijke behandeling. Als uiteindelijk in een arrest wordt geconcludeerd dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, kan door de Hoge Raad worden overgegaan tot rechtsherstel.

Voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel moet dus allereerst beoordeeld worden of echtlieden die gehuwd zijn in gemeenschap van goederen gelijke gevallen zijn met echtlieden die zijn gehuwd onder huwelijkse voorwaarden met daarin een koude

Commented [G18]: Wat is dat dan?

uitsluiting opgenomen. Hierop volgt naar mijn mening een ontkennend antwoord.

Voldoende argumenten kunnen worden aangedragen om te concluderen dat absoluut geen sprake is van gelijke gevallen. Deze argumenten vloeien voort uit regelingen uit de successiewet en de inkomstenbelasting die een verschillende behandeling voor de huwelijksregimes kennen. Bovendien kunnen de verschillen al gesignaleerd worden door alleen maar naar de uitleg van de regimes te kijken. Het gaat hier namelijk om gemeenschappelijk vermogen versus ieder voor zich.

Als is geconstateerd dat geen sprake is van gelijke gevallen, kan nog niet meteen geconcludeerd worden dat de ongelijke behandeling geen schending van het gelijkheidsbeginsel met zich meebrengt. Eerst moet nog een proportionaliteitstoets gedaan worden. Als de ongelijke behandeling proportioneel is, dat wil zeggen dat een redelijke verhouding bestaat tussen het te realiseren doel van de regeling en de ongelijke behandeling, wordt het gelijkheidsbeginsel niet geschonden. De basis van de ongelijke behandeling ligt mijn inziens bij de vermogensetikettering en de beschikkingsmacht. Vanuit deze regelingen bestaat een logische verklaring voor de ongelijke behandeling. In een gemeenschap van goederen komt de tbs-regeling niet aan de orde, omdat de bestuursregeling ervoor zorgt dat het vermogensbestanddeel aan de ondernemende echtgenoot wordt toegekend waardoor geen misbruik van de boxtarieven kan worden gemaakt. In de situatie van huwelijksvoorwaarden met een koude uitsluiting en een vrouw die een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan de onderneming van haar echtgenoot wordt niet toegekomen aan vermogensetikettering. Wel kan hier sprake zijn van boxarbitrage en daarnaast ook van verstoorde concurrentieverhoudingen. Door de tbs-regeling hier toe te passen, wordt tariefshoppen onmogelijk gemaakt en blijven de concurrentieverhoudingen in tact. Bovendien kiezen echtlieden zelf met een reden voor een afwijkende civiele regeling wat dus een verschil in behandeling kan rechtvaardigen. Mijn inziens zijn deze argumenten een rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling en wordt dus voldaan aan de proportionaliteitstoets. Geconcludeerd kan worden dat geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel op het moment dat de tbs-regeling anders uitwerkt voor echtparen gehuwd in gemeenschap van goederen dan voor echtparen gehuwd onder huwelijksvoorwaarden met daarin een koude uitsluiting.

Commented [G19]: Zie opmerkingen hiervoor

