

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie – Directe Belastingen

Trusts in de Nederlandse belastingheffing: zo transparant als koffiedik?

Een onderzoek naar de fiscale behandeling van een aanmerkelijk belang in een trust bij een verkrijging krachtens erfrecht

Student: M.I. Reimes

Studentnummer: 413546

Begeleider: Mr. T.C. Hoogwout

Eerste lezer: Prof. dr. P. Kavelaars

Datum: 25 april 2021

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, de tweede beoordelaar, de Erasmus School of Economics of de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Voorwoord

Geachte lezer,

Wat fijn dat u de moeite neemt om mijn masterscriptie te bekijken. Wellicht heeft u een oprechte interesse in de belastingheffing van trusts in Nederland en kan mijn scriptie uw kennis hierover verbreden, of heeft u enkel interesse in de bedankjes uit mijn voorwoord en stop u daarna met lezen. Ik heb in mijn leven nog nooit zo veel mensen tegelijk bedankt, maar moet enkelen toch gaan teleurstellen aangezien ik mij beperk tot een select gezelschap. Desalniettemin hoop ik dat u zeker verder zal lezen!

Het schrijven van mijn scriptie was een langdurig maar gelukkig ook een leerzaam proces. Met de nodige ups en downs ben ik tot een mooi eindresultaat gekomen. Ik had nooit verwacht dat ik mijn studententijd in Rotterdam zou afsluiten in een heus 'Corona-jaar', waarbij ik, en met mij vele anderen, werd verbannen uit de UB en ik in mijn kleine studentenkamer een masterscriptie diende te produceren. Gelukkig had ik al zes studentenjaren vol met memorabele momenten beleefd, waardoor ik voldoende reserves had om mijn studie af te ronden zonder nog een stap op de EUR te mogen zetten. Ik wil dan ook Jes en An bedanken, die mij lekker mijn gang lieten gaan als ik in een tentamenweek zat en geen behoefte had aan sociale interactie, of juist te veel behoefte daaraan had en zij mij herinnerden aan mijn aankomende tentamens. Ook heb ik altijd mogen klagen bij Nienke, Renée en vele clubgenoten, dank jullie wel voor het zijn van deze uitlaatklep en voor alle motiverende woorden die jullie mij gaven. Mijn studievrienden wil ik bedanken voor de zes jaren samen in de collegebanken. Ik kijk uit naar het weerzien in de kleine fiscale wereld, zodat ik weer non-stop tegen jullie kan praten en monologen kan houden zoals jullie dat van mij gewend zijn!

Daarnaast ben ik dankbaar dat al mijn ouders mij sinds dag één hebben gestimuleerd om het onderste uit de kan te halen (er is immers altijd ruimte voor verbetering!) maar daarbij nooit hebben getwijfeld aan mijn gezonde verstand. Bedankt mam en Olav, pap en Maartje. Zonder jullie steun en vertrouwen had ik deze geweldige studententijd in Rotterdam niet kunnen hebben. En lieve Julius, vanaf heden zal ik onze weekendplannen nooit meer in de war gooien omdat ik aan mijn scriptie wil werken. Wellicht gaat dat nu gebeuren omdat ik een NOB-cursus moet voorbereiden, maar dat zijn zorgen voor morgen.

Tot slot wil ik meneer Hoogwout bedanken. Dankzij uw waardevolle feedback heb ik deze scriptie kunnen schrijven en werd de problematiek die ik onder de loep nam telkens weer een stuk helderder. Zonder uw kennis had ik de wonderlijke wereld van trusts dan ook niet zo goed kunnen doorgronden.

Zo, het einde is daar. Ik sluit mijn fiscale studie definitief af en wens u allen veel leesplezier!

Mirthe Reimes

Amsterdam, 23 april 2021

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Lijst van afkortingen	6
1. Inleiding	7
1.1 Aanleiding en relevantie	7
1.2 Probleemstelling en opbouw	11
1.3 Toetsingskader rechtvaardigheid.....	12
1.4 Afbakening	14
2. Doorschuifregeling en BOR	16
2.1 AB-regime	16
2.1.1 AB-begrip	17
2.1.2 Inkomen uit AB	18
2.1.3 Fictieve vervreemding	20
2.1.4 Civielrechtelijk	20
2.2 Doorschuifregeling.....	21
2.2.1 Overgang AB krachtens erfrecht	21
2.2.2 Toekomst	24
2.3 BOR.....	26
2.3.1 Doel wetgever.....	26
2.3.2 Voorwaardelijke vrijstelling voor ondernemingsvermogen	27
2.3.3 De bezitseis en de voortzettingseis	28
2.3.4 Samenloop doorschuifregeling.....	30
2.3.5 Toekomst	31
2.4 Deelconclusie	34
3. Trusts tot 1 januari 2010	37
3.1 Anglo-Amerikaanse trust	37
3.1.1 Civielrechtelijk	37
3.1.2 Fiscaalrechtelijk	39
3.2 Deelconclusie	50
4. Fiscale transparantie	52
4.1 Jurisprudentie	52
4.2 Kritiek uit de literatuur.....	54
4.3 Gevolgen fiscale transparantie op behandeling trust.....	56
4.3.1 Wet IB 2001	56
4.3.2 Wet VPB 1969	57
4.3.3 SW 1956.....	57

4.4	Deelconclusie	58
5.	Trusts vanaf 1 januari 2010.....	60
5.1	Aanleiding invoering APV-regime	60
5.2	Toerekening of transparantie in APV-regime?	62
5.2.1	Twee mogelijkheden	62
5.2.2	APV-regime en toerekening.....	63
5.2.3	Beschikkingsmacht in verhouding tot het APV-regime	64
5.3	APV in de huidige Nederlandse fiscale wetgeving.....	65
5.3.1	Wet IB 2001	65
5.3.2	Wet VPB 1969.....	71
5.3.3	SW 1956.....	72
5.3.4	Buitenlandse vestigingsplaats	74
5.3.5	Knelpunten rondom de fixed trust	75
5.4	Kritiek uit de literatuur.....	78
5.5	Deelconclusie	80
6.	Behandeling van een AB in een trust	83
6.1	Verschillen en overeenkomsten	83
6.1.1	Fiscaal transparant	83
6.1.2	APV.....	86
6.1.3	Fixed trust.....	89
6.1.4	Overzicht uitwerkingen	92
6.2	Rechtvaardiging	92
6.2.1	Rechtsgelijkheid.....	92
6.2.2	Rechtszekerheid	93
6.2.3	Doelmatigheid	94
6.3	Toekomstige wijzigingen.....	95
6.3.1	Reikwijdte van Successiewet aanpassen	95
6.3.2	Beschikkingsmachts criterium handhaven	96
6.3.3	Entiteitsbenadering hanteren	96
6.4	Deelconclusie	97
7.	Conclusie	100
7.1	Conclusie onderzoek.....	100
7.2	Aanbevelingen	103
8.	Literatuur-, jurisprudentie- en bronnenlijst.....	104
	Literatuur.....	104
	Jurisprudentie.....	108

Hoge Raad	108
Advocaat-Generaal	109
Gerechtshoven	109
Rechtbanken.....	109
Europees Hof voor de Rechten van de Mens	109
Regelgeving en parlementaire stukken.....	109
Overig	111
9. Bijlagen	113
Bijlage 1	113
Bijlage 2	113
Bijlage 3	114
Bijlage 4	114

Lijst van afkortingen

AB	Aanmerkelijk belang
APV	Afgezonderd particulier vermogen
APV's	Afgezonderde particuliere vermogens
Art.	Artikel
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
ANBI	Algemeen nut beogende instelling
Bvdb 2001	Besluit voorkoming van dubbele belasting 2001
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CPB	Centraal Planbureau
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
HR	Hoge Raad
HTV	Haags Trustverdrag
IW 1990	Invorderingswet 1990
MvT	Memorie van Toelichting
NV	Naamloze vennootschap
SBBI	Sociaal belang behartigende instelling
SPF	Stichting Particulier Fonds
SW 1956	Successiewet 1956
Uitv.reg. IB 2001	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. schenk- en erfbelasting	Uitvoeringsregeling Schenk- en erfbelasting
WEV	Waarde in het economische verkeer
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet IB 1964	Wet inkomstenbelasting 1964
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

1. Inleiding

1.1 Aanleiding en relevantie

Ongelijkheid tussen arm en rijk is geen nieuw fenomeen in onze wereld. Zo probeert Oxfam Novib deze ongelijkheid al meer dan 60 jaar te bestrijden door het opzetten van voedselzekerheid programma's en dor te investeren in noodhulp bij rampen om veiligheid te garanderen.¹ De coronacrisis heeft zelfs de ongelijkheid tussen arm en rijk vergroot.² Een factor die volgens Oxfam Novib meespeelt in de kloof tussen arm en rijk is belastingheffing. De oplossing hiervoor zou meer belastingheffing moeten zijn op vermogens, bedrijfswinsten en hoge inkomens.³ Deze oplossing lijkt nog steeds actueel te zijn. Op 12 september 2019 kwam het boek 'Capital et Idéologie' van de bekende Franse econoom Thomas Piketty uit waarin ook Piketty wederom stelt dat een grondige herverdeling van rijkdom moet plaatsvinden.⁴ Daarnaast was de ongelijkheid tussen arm en rijk een veelbesproken onderwerp tijdens de Tweede Kamerverkiezingen dit jaar, waardoor veel aandacht is gevestigd op het belasten van rijke personen.⁵

Naast het idee om alle 25-jarigen een vermogen te geven van € 120.000⁶ en het plan de allerrijksten een belasting over hun vermogen op te leggen van maar liefst 90% om rijkdom te herverdelen, spreekt Piketty ook specifiek over het zwaarder belasten van erfenissen, namelijk met een erfbelastingtarief voor de allerrijksten van 90%.⁷ Een hoge progressieve erfbelasting⁸ biedt de ruimte om een groot deel van de opgebouwde vermogens bij de overdracht naar de volgende generatie af te staan aan de gemeenschap. Bezit is namelijk volgens Piketty geen permanent eigendomsrecht, maar een tijdelijk eigendomsrecht.⁹

Het ligt in de lijn der verwachting dat voor de methodes van herverdeling die Piketty aanhaalt in zijn boek voor- en tegenstanders bestaan. Zo is Stegeman het eens met het beschreven plan van aanpak voor herverdeling van rijkdom in 'Capital et Idéologie'.¹⁰ Niet alleen deelt hij het verlangen naar een relatieve gelijkheid, hij wil zelfs nóg verder gaan aangezien de heffingen over bezit naar zijn idee nog steviger mogen zijn. Salomons daarentegen pleit voor minder revolutionaire maatregelen, waarbij hij een 90% tarief voor erfbelasting niet uitsluit maar het erven wil beperken tot de eigen kinderen.¹¹ Daar

¹ 'Dit doen wij' oxfamnovib.nl, geraadpleegd op 12 mei 2020.

² NOS 25 januari 2021.

³ Kraniotis, NOS 21 januari 2019.

⁴ De Nederlandse vertaling van het boek ('Kapitaal en Ideologie') verscheen op 14 februari 2020. Dit boek is een vervolg op Piketty's eerder verschenen boek 'Le Capital au XXI^e siècle' ('Kapitaal in de 21^e eeuw') uit 2013.

⁵ Nielen 2021.

⁶ Het idee van Piketty voor een startkapitaal voor jongeren is een inspiratie geweest voor bijvoorbeeld het verkiezingsprogramma van GroenLinks. Zij streven naar een rechtvaardige samenleving waarin inkomensongelijkheid niet thuishoort en achten een startkapitaal van €10.000 voor elke 18-jarige een stap in de goede richting.

⁷ Van Bergen & Visser 2020, p. 10.

⁸ Van Bergen & Visser 2020, p. 86, zie bijlage 1.

⁹ Van Bergen & Visser 2020, p. 85.

¹⁰ Stegeman, *Trouw* 22 februari 2020.

¹¹ Salomons, *Trouw* 28 februari 2020.

waar deze auteurs hun mening delen over onder andere de erfbelasting methode van Piketty voor herverdeling van rijkdom, vind ik het interessanter dat de erfbelasting an sich in de spotlight staat. Uit cijfers van het CPB blijkt namelijk dat erfenissen en schenkingen de vermogensongelijkheid in Nederland niet vergroten.¹² Bij kinderen met een vaak al relatief groot vermogen voegt een grote schenking of erfenis minder toe, in verhouding tot andere kinderen die minder vermogend zijn dan zij.

Ondanks het terugkomende vraagstuk over de (on)eerlijke ongelijkheid tussen arm en rijk wereldwijd en hoe belastingheffing over schenkingen en erfenissen hier invloed op heeft, zijn de tarieven voor de schenk- en erfbelasting in Nederland sinds een verlaging in 2010 onveranderd gebleven. Het heffen van schenk- en erfbelasting in ons land heeft niet alleen een economische kant welke pleit voor een hoger belastingtarief over erfenissen en schenkingen omdat dit een meer herverdelende werking zou hebben, maar ook een politieke kant welke het tarief voor de schenk- en erfbelasting de laatste jaren relatief laag weet te houden.¹³ Het is raadzaam de schenk- en erfbelastingtarieven niet te hoog te stellen en tegelijkertijd de mogelijkheden tot belastingontwijking op nationaal en internationaal vlak aan te pakken.¹⁴

Een mogelijkheid van belastingontwijking in Nederland was door middel van een trust. Een trust is een constructie die al vele jaren teruggaat, waarbij gedacht moet worden aan de 11^e eeuw na Christus. Het feodale stelsel werd door koning Willem van Normandië ingevoerd in Engeland, waarbij een leenheer grond uitgaf aan een leenman. Het beschikken over de grond zonder toestemming van de leenheer was voor de leenman echter niet mogelijk en het vererven van het leenmanschap naar een oudste zoon was juridisch niet afdwingbaar.¹⁵ In de 14^e eeuw na Christus ontstond het *feoffment*. De leenman trad als *feoffor* op waarbij zijn recht werd overgedragen aan een beheerder, de *feoffee to uses*. Het eigendom bevond zich hierdoor bij de *feoffer to uses* waardoor de *feoffor* geen rechten meer had ten aanzien van de grond.¹⁶ Deze constructie werd ook wel de *use* genoemd, welke steeds meer in gebruik werd genomen. Om te voorkomen dat de *use* werd gebruikt voor situaties waarin het gebruik van de *use* onwenselijk werd geacht, werd de 'Statue of Uses' in 1535 uitgevaardigd.¹⁷ Hierin stond dat een *use* als transparant werd gezien indien het om onroerende zaken ging of indien bij de *feoffee to uses* geen actieve beheersverplichting heerste. Alle andere vormen van de *use* werden daarna trusts

¹² Waterval, *Trouw* 6 december 2019; CPB Notitie, 'Effect van erfenissen en schenkingen op vermogensongelijkheid en de rol van belastingen' 6 december 2019.

¹³ De vraag rijst hoe lang dit vol te houden is, met het oog op de Corona steunpakketten en hoe deze gefinancierd dienen te worden.

¹⁴ Rapport 'Belasten van vermogen – Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' 18 mei 2020.

¹⁵ Roelofs 2011, p. 6.

¹⁶ Roelofs 2011, p. 7.

¹⁷ Roelofs 2011, p. 8.

genoemd, waarbij de *feoffor* de *trustor* werd genoemd en de *feoffee to uses* de *trustee*. Vanaf dat moment was de basisvorm van de trust zoals wij deze nu kennen geboren.

Een trust was dus al bekend onder de mensheid en regels omtrent trusts werden opgesteld sinds de late middeleeuwen. Nederland heeft een trust als zodanig echter niet opgenomen in de wetgeving. In 1998 heeft de Hoge Raad (hierna: HR) arresten gewezen over de behandeling van een trust en het eventueel verschuldigd zijn van schenkbelasting in de Successiewet.¹⁸ In de periode hierna zijn in de praktijk weinig belaste schenkingen gedaan aan trusts, al werd wel in toenemende mate vermogen afgezonderd.¹⁹ De gewezen arresten uit 1998 vormden wellicht juist een handleiding voor de toenemende internationale estateplanning. Nederland heeft pas in 2010 een eventuele belastingontwijking via constructies met een trust (meer algemeen: met doelvermogens) onder handen genomen in de wet. Op 1 januari 2010 werd in Nederland namelijk het afgezonderd particulier vermogen regime (hierna: APV-regime) ingevoerd.²⁰ De introductie van het APV-regime komt voort uit de wens om het vermogen dat afgezonderd wordt in buitenlandse doelvermogens te belasten bij de originele eigenaar of diens erfgenamen zodat belastingontwijking kan worden voorkomen.

Tot 2010 was de heersende opvatting op grond van jurisprudentie dat een doelvermogen²¹ als fiscaal transparant kon worden aangemerkt indien over het vermogen werd beschikt 'als ware het eigen vermogen'.²² Het vermogen werd vervolgens voor de belastingheffing in aanmerking genomen bij diegene die de beschikkingsmacht had. Bij belastingplichtigen die (een deel van) hun vermogen onderbrachten in een doelvermogen zonder hierover te kunnen beschikken als ware het hun eigen vermogen, verliep echter de toerekening van dit vermogen voor fiscale doeleinden moeizaam.²³ Op basis van jurisprudentie²⁴ is in beginsel geen sprake van fiscale transparantie indien nog geen uitkeringen hebben plaatsgevonden en indien sprake is van een discretionaire bevoegdheid van bijvoorbeeld een bestuurder of *trustee*.²⁵ De beschikkingsmacht ligt niet bij de bestuurder of *trustee* en door het discretionaire karakter van een lichaam ligt deze beschikkingsmacht veelal ook niet bij bijvoorbeeld degene die het vermogen heeft ingebracht.²⁶ Hierdoor kwalificeert het lichaam niet als fiscaal transparant. Indien vermogen is ingebracht in een lichaam welke geen belastingplicht heeft in

¹⁸ HR 18 november 1998 nr. 31 756, HR 18 november 1998 nr. 31 758 en HR 18 november 1998, nr. 31 759.

¹⁹ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 10.

²⁰ Art. 2.14a Wet IB 2001.

²¹ Veelal een stichting, maar de fiscale transparantie kan ook zien op een trust. Zie bijvoorbeeld HR 14 juli 2006, nr. 39 201.

²² HR 30 oktober 1985 nr. 22 715.

²³ Boer, WPNR 2013.

²⁴ Zie bijvoorbeeld HR 15 maart 2013, nr. 12 03372 alsmede Hof Den Haag 3 november 2010, nr. 10 00138 en nr. 10 00139.

²⁵ Hoogwout, FTV 2016.

²⁶ Vgl. Rechtbank Den Haag 6 januari 2016, nr. 15 2193 en Rechtbank Den Haag 6 januari 2016, nr. 15 2208, waarin de feitelijke gang van zaken afwijkt van de doorsnee situatie bij een irrevocable discretionary trust en de belastingplichtige feitelijk beschikking had tot het vermogen als ware het zijn eigen vermogen. Het Hof bevestigde de uitspraak van de Rechtbank, zie Hof Den Haag 28 juni 2017, nr. 16 00087 t/m 16 00094.

Nederland (denk aan een buitenlandse entiteit als een Anglo-Amerikaanse trust of een Antilliaanse Stichting Particulier Fonds) en dit lichaam niet-transparant is, kan vermogen onbelast gaan 'zweven'. Sinds de invoering van het APV-regime wordt gebruik gemaakt van een toerekeningsfictie, wat betekent dat het vermogen wordt toegerekend aan een inbrenger (en bij overlijden aan diens erfgenamen) om belasting te kunnen heffen.²⁷ Het APV-regime maakt het dus mogelijk om het ingebrachte vermogen te belasten bij de inbrenger, ook indien deze geen beschikkingsmacht heeft over datzelfde vermogen. Het doel is dat belastingopbrengsten middels deze toerekening niet meer worden misgelopen indien gebruik wordt gemaakt van een constructie met doelvermogens waarbij het vermogen onbelast kon 'zweven'. Op deze manier worden zowel vermogens van transparante lichamen, waarover een belanghebbende kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen, als afgezonderde vermogens waarover de inbrenger geen beschikkingsmacht heeft maar wel op basis van art. 2.14a Wet IB 2001 aan hem kan worden toegerekend, betrokken in de belastingheffing.

Ondanks dat doelvermogens met een afgezonderd vermogen waarbij meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd sinds 1 januari 2010 als APV kwalificeren²⁸, zijn dit veelvoorkomende constructies die gebruikt worden om familievermogens te behouden voor latere generaties.²⁹ Daar waar (doorgaans grote) vermogens ondergebracht worden in een APV, is het wenselijk dat bij overlijden gebruik kan worden gemaakt van verschillende faciliteiten die de Nederlandse wet biedt bij de heffing van inkomstenbelasting of erfbelasting. De doorschuifregeling in de inkomstenbelasting en de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) in de schenk- en erfbelasting zijn hier twee voorbeelden van, welke de belastingheffing uitstellen respectievelijk verminderen mits voldaan is aan bepaalde voorwaarden. De houdbaarheid van de BOR is echter onzeker, aangezien belastingplichtigen met hoge vermogens (die doorgaans het meest in aanmerking komen met het APV-regime) door middel van de BOR minder belasting verschuldigd kunnen zijn, wat een ongewenst effect heeft op de reeds bestaande vermogensongelijkheid in Nederland. De kans bestaat dat de BOR op den duur wordt versoerd, zodat de vermogensongelijkheid die door de BOR wordt veroorzaakt, afneemt.³⁰ De huidige vorm van de doorschuifregeling is tevens onzeker. Naar verwachting komt in het derde kwartaal van 2021 meer duidelijkheid over de toekomst van beide regelingen.³¹

²⁷ Art. 2.14a Wet IB 2001.

²⁸ Indien tegenover de afzondering van het vermogen een uitreiking van aandelen, lidmaatschapsrechten of winstbewijzen heeft plaatsgevonden of indien een economische deelgerechtigheid is ontstaan is geen sprake van art. 2.14a Wet IB 2001. De wetgever beschouwd als APV onder meer een Anglo-Amerikaanse trust, een Stichting Particulier Fonds, een Foundation, een Treuhand en een familiestichting die is opgericht naar buitenlands of Nederlands recht.

²⁹ Hoogwout, FTV 2012.

³⁰ Rapport 'Belasten van vermogen – Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' 18 mei 2020.

³¹ Kamerbrief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 18 maart 2021, DGBI-O/21040464.

De vraag rijst of de twee bovengenoemde faciliteiten hetzelfde uitwerken bij een vermogen ondergebracht in een fiscaal transparant doelvermogen ten opzichte van eenzelfde vermogen ondergebracht in een APV. Hierbij speelt het soort doelvermogen waarin vermogen is ondergebracht een grote rol.³² Wanneer een verschil in behandeling bestaat met een materieel effect in de belastingheffing als gevolg, rijst de vraag of deze behandeling rechtvaardig is. Met het zicht op eventuele aanpassingen van de fiscale wet- en regelgeving om meer gelijkheid tussen arm en rijk te bereiken, is het relevant om te ontdekken of een bepaalde constructie waar vermogen wordt ingebracht voordeliger uitwerkt dan een andere constructie waarin hetzelfde vermogen kan worden ingebracht. Een oplossing zoeken voor deze ongelijkheid indien dit verschil niet gerechtvaardigd kan worden, is wenselijk.

1.2 Probleemstelling en opbouw

Het bestaan van verschillende faciliteiten in de Nederlandse fiscale wetgeving zoals de doorschuifregeling in de inkomstenbelasting of de BOR in de Successiewet kan voordeel bieden aan een erfgenaam wanneer een belastingplichtige komt te overlijden. Wellicht kan sprake zijn van een verschil in behandeling van een bepaald vermogen ondergebracht in een fiscaal transparant doelvermogen ten opzichte van hetzelfde vermogen ondergebracht in een APV. Daarnaast brengt een verschil in behandeling eventueel een materieel effect met zich mee, welke tot uiting komt in de belastingheffing. Het is wenselijk om het bestaan van een voornoemd verschil in behandeling te onderzoeken en de rechtvaardiging van dit verschil te bepalen. In dit onderzoek wordt gekeken of een verschil in behandeling bestaat indien een aanmerkelijk belang (hierna: AB) ondergebracht wordt in enerzijds een doelvermogen dat als fiscaal transparant kwalificeert en anderzijds een doelvermogen dat als een APV kwalificeert en of dit een materieel effect tot gevolg heeft waarvoor eventueel rechtvaardiging bestaat. De focus komt te liggen op de Anglo-Amerikaanse trust als doelvermogen, waarbij een onderscheid tussen een irrevocable fixed trust en een irrevocable discretionary trust wordt gemaakt. De probleemstelling van dit onderzoek luidt dan ook:

‘Bestaat een verschil in behandeling met een materieel effect in de belastingheffing als gevolg bij een verkrijging krachtens erfrecht indien een AB is ondergebracht in verschillende type doelvermogen en zo ja, is dit verschil gerechtvaardigd?’

Een antwoord op de probleemstelling wordt aan de hand van de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Op welke wijze wordt een AB binnen het AB-regime behandeld?

³² In hoofdstuk drie wordt nader ingegaan op het soort doelvermogen en het onderscheid tussen verschillende verschijningsvormen.

2. Wat zijn de voorwaarden voor het gebruik van de doorschuifregeling in de Wet IB 2001 en het gebruik van de BOR in de SW 1956?
3. Op welke wijze wordt een doelvermogen behandeld tot 1 januari 2010 voor de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969 en de SW 1956?
4. Wanneer kwalificeert een lichaam als fiscaal transparant en welke gevolgen heeft fiscale transparantie bij een doelvermogen voor diens fiscale behandeling?
5. Op welke wijze wordt een APV behandeld sinds 1 januari 2010 voor de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969 en de SW 1956?
6. Welke verschillen in behandeling bestaan tussen een AB in een fiscaal transparant doelvermogen en een AB in een APV met betrekking tot de doorschuifregeling en de BOR?
7. Ontstaat een materieel effect bij een eventueel verschil in behandeling tussen een AB in een fiscaal transparant doelvermogen en een AB in een APV met betrekking tot de doorschuifregeling en de BOR en valt dit te rechtvaardigen?

Om een antwoord te kunnen geven op de probleemstelling en bovenstaande deelvragen wordt een kwalitatief literatuuronderzoek gehanteerd.

Het onderzoek vangt in hoofdstuk 2 aan met een uitleg van het AB-regime, waarna de vormgeving van de doorschuifregeling en de BOR en de voorwaarden die hieraan verbonden zijn worden toegelicht. Hoofdstuk 3 maakt de behandeling van een doelvermogen tot 1 januari 2010 inzichtelijk. De focus ligt op een Anglo-Amerikaanse trust en diens fiscale behandeling in de periode vóór 1 januari 2010. In hoofdstuk 4 wordt de jurisprudentie en literatuur rondom fiscale transparantie toegelicht, waarna de gevolgen voor de belastingheffing bij een trust die als fiscaal transparant kwalificeert aan bod komen. Hoofdstuk 5 focust op de behandeling van een APV vanaf de invoering van het APV-regime per 1 januari 2010. In hoofdstuk 6 worden een fiscaal transparant doelvermogen en een APV waarin beide een AB is ondergebracht met elkaar vergeleken, gelet op de toepassing van de doorschuifregeling en de BOR indien het AB wordt verkregen krachtens erfrecht. In deze analyse worden overeenkomsten en verschillen naast elkaar gezet, waarbij eventuele verschillen worden getoetst aan rechtvaardigheid. Tot slot wordt in hoofdstuk 7 een conclusie getrokken. Hierbij wordt de probleemstelling beantwoord aan de hand van de antwoorden die zijn gegeven op de deelvragen. Dit laatste hoofdstuk sluit af met enkele aanbevelingen.

1.3 Toetsingskader rechtvaardigheid

Bij het vormgeven van belastingheffing wordt de wetgever geconfronteerd met een spanning tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid. De belangen van zowel het individu als de overheid dienen in

evenwicht te zijn. Een belastingheffing behoort effectief, eerlijk, eenvoudig en efficiënt te zijn.³³ Indien een verschil in behandeling op fiscaal vlak bestaat tussen een AB in een fiscaal transparant doelvermogen ten opzichte van een AB in een APV, kan dit wijzen op een verstoring in de balans tussen de doelmatigheid en rechtvaardigheid. Rechtvaardigheid is niet eenvoudig te duiden, het is een subjectief begrip en kan door de jaren heen veranderen. Wat vandaag de dag rechtvaardig geacht wordt, is wellicht over tien jaar niet meer rechtvaardig te noemen. Ik koppel het begrip rechtvaardigheid dan ook aan het moreel juist handelen van een rationeel denkend persoon. Dit moreel juist handelen gebeurt vanuit het oogpunt van de huidige maatschappij. Zowel in het verleden als in de toekomst kan deze visie afwijken van de hedendaagse gedachte over een moreel juiste handeling. Om rechtvaardigheid van een eventueel verschil in behandeling tussen het AB in een fiscaal transparant doelvermogen ten opzichte van een AB in een APV in dit onderzoek te kunnen verklaren, dient in dit onderzoek te worden getoetst aan de volgende criteria welke ik van belang acht om een eventueel verschil te kunnen rechtvaardigen.

- Rechtsgelijkheid

- Zijn een AB in een fiscaal transparant doelvermogen en een AB in een APV gelijke gevallen, waardoor dit op een zo veel mogelijk gelijke wijze dient te worden behandeld?
- Bestaat voor een ongelijke behandeling van gelijke gevallen een objectief en redelijk argument?
- Vindt het draagkrachtbeginsel nog steeds in gelijke mate toepassing bij de belastingheffing van zowel een AB ondergebracht in een fiscaal transparant doelvermogen als een AB ondergebracht in een APV?

- Rechtszekerheid

- Is zowel fiscale transparantie als de werking van het APV-regime duidelijk? Ontbreekt het bij beide aan open normen en onnodige complexiteit?
- Blijft de fiscale situatie van een belastingplichtige bij het onderbrengen van een AB in ofwel een fiscaal transparant doelvermogen ofwel een APV niet gedurende onbepaalde tijd in het ongewisse?

- Doelmatigheid

- Worden de doelstellingen die door de wetgever zijn gesteld omtrent een APV verwezenlijkt?
- Is het APV-regime robuust, waardoor de kans op misbruik van recht gering is?
- Is het APV-regime uitvoerbaar en is handhaving mogelijk?

³³ Stevens & De Smit 2015, p. 4.

- Zijn de doelstellingen die worden verwezenlijkt tot stand gebracht met onnodige maatregelen wat kan leiden tot een 'overkill'?

Aan de hand van bovengenoemde criteria wordt een eventueel verschil in behandeling met een materieel effect tussen aan AB in een fiscaal transparant doelvermogen en een AB in een APV geanalyseerd en vervolgens beoordeeld op mate van rechtvaardigheid.

1.4 Afbakening

In dit onderzoek is gekozen enkel te toetsen of een verschil in behandeling bestaat bij het houden van een AB in een fiscaal transparant doelvermogen ten opzichte van een APV. Niet onderzocht wordt of een verschil in behandeling van toepassing is bij andere soorten vermogens die ingebracht worden in een doelvermogen. De ontwikkelingen omtrent alle soorten doelvermogens van de afgelopen decennia is te omvangrijk om volledig mee te nemen in dit onderzoek. De focus ligt enkel op de wetgeving rondom een Anglo-Amerikaanse trust en diens kwalificatie als (fiscaal transparant) doelvermogen. Hierbij komen enkel de irrevocable fixed trust en irrevocable discretionary trust aan bod. Een diepgaande analyse van het ontstaan van het APV-regime ontbreekt omwille van de omvang van het onderzoek. De algemeen nut beogende instelling (hierna: ANBI) en de steunstichting sociaal belang behartigende instelling (hierna: SBBI) worden niet behandeld.

Daarnaast wordt in dit onderzoek de aanname gemaakt dat bij het hebben van een AB sprake is van een materiële onderneming, zodat voldaan is aan het ondernemersbegrip voor de inkomstenbelasting. Geen aandacht wordt besteed aan het vraagstuk wat een materiële onderneming precies inhoudt en welke knelpunten hier eventueel bij kunnen opkomen. Ook het onderscheid tussen een direct of een indirect AB of problematiek rondom preferente aandelen blijft buiten beschouwing, aangezien het in dit onderzoek gaat om de verschillende uitwerkingen van bepaalde faciliteiten indien het AB anders gestructureerd wordt.

Verder richt het onderzoek zich op de situatie dat een AB-houder komt te overlijden, waarbij het huwelijksvermogensrecht buiten beschouwing wordt gelaten. Geen aandacht wordt besteed aan situaties waarin het AB bijvoorbeeld doorschuift als gevolg van ontbinding van de huwelijksgemeenschap of als gevolg van een verzoek tot doorschuiven naar een andere ondernemer of een werknemer. Dit onderzoek richt zich enkel op de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 en de BOR van art. 35b-35f SW 1956. De bepalingen voor een fiscaal transparant doelvermogen en een APV op andere gebieden, bijvoorbeeld de dividendbelasting, de loonbelasting, het besluit ter voorkoming van dubbele belasting en de invorderingswet worden omwille van de omvang buiten beschouwing gelaten. Internationale verhoudingen, waaronder het verdragenrecht, vallen niet onder de reikwijdte van dit onderzoek en worden niet nader toegelicht.

2. Doorschuifregeling en BOR

In dit onderzoek spelen twee fiscale faciliteiten een rol die onder voorwaarden van toepassing zijn op een AB dat krachtens erfrecht overgaat naar een erfgenaam. Gezien het feit dat een AB in het onderzoek een centrale positie inneemt, verdient dit regime allereerst een toelichting. Paragraaf 2.1 vangt aan met een toelichting op het AB-regime waarbij de hoofdlijnen worden besproken.³⁴ De reguliere voordelen, de vervreemdingsvoordelen en de fictieve vervreemding van een AB komen aan bod, waarna de civielrechtelijke kant van een overgang onder algemene titel ook kort wordt behandeld. Vervolgens worden in paragraaf 2.2 en 2.3 fiscale faciliteiten die in Nederland onder voorwaarden kunnen worden toegepast bij overlijden van een belastingplichtige behandeld. Het onderzoek beperkt zich tot de doorschuifregeling voor een verkrijging krachtens erfrecht in de inkomstenbelasting en de BOR in de Successiewet. De belastingheffing wordt middels deze regelingen uitgesteld of verminderd indien voldaan is aan de voorwaarden die gelden voor de desbetreffende regeling. De behandeling van zowel de doorschuifregeling in de Wet IB 1964 en eerdere vergelijkbare regelingen als de BOR in de SW 1956 vóór 1 januari 2010 blijven buiten beschouwing. Een volledige analyse van de complete historie en het ontstaan van de doorschuifregeling en de BOR gaat de omvang van dit onderzoek te buiten. De focus ligt bij de doorschuifregeling met betrekking tot een AB in de huidige Wet IB 2001 en de BOR in de huidige SW 1956. Deze twee regelingen vertonen veel overeenkomsten, maar verschillen ook op bepaalde vlakken van elkaar.³⁵ Paragraaf 2.2 licht de doorschuifregeling met betrekking tot een overgang krachtens erfrecht toe.³⁶ Hierbij verdienen de materiële onderneming en het indirect AB verdere toelichting en wordt kort stilgestaan bij de toekomst van de doorschuifregeling. Vervolgens komt in paragraaf 2.3 de BOR aan bod. De voorwaardelijke vrijstelling wordt nader toegelicht, waarin de bezitseis en voortzettingseis een grote rol spelen. Bij de samenloop van de BOR met de doorschuifregeling wordt kort stilgestaan. In deze paragraaf komt tevens de toekomst van de BOR aan de orde. Enkele aanbevelingen worden kort benoemd. Met het oog op de beperkte omvang van dit onderzoek wordt niet dieper ingegaan op een eventuele aanpassing en inperking van de BOR. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 2.4 af met een deelconclusie.

2.1 AB-regime

Dit onderzoek focust op een AB ondergebracht in ofwel een fiscaal transparant doelvermogen ofwel in een APV. Om tot een duidelijk overzicht te komen hoe de doorschuifregeling en de BOR zijn vormgegeven met betrekking tot een AB dient allereerst het AB-regime nader te worden toegelicht. In

³⁴ Deze paragraaf focust enkel op de kernelementen van het AB-regime welke van belang zijn om het onderzoek te begrijpen.

³⁵ Zie bijlage 2 voor een schematisch overzicht uit het rapport 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel'.

³⁶ Art. 4.17a Wet IB 2001.

de Wet IB 2001 zijn in het vierde hoofdstuk regels opgenomen omtrent een AB. In de praktijk wordt ook wel gesproken over box 2 wanneer het over een AB gaat. Het boxensysteem voor de Nederlandse inkomstenbelasting bevat drie boxen, waarbij box 1 bestaat uit het belastbare inkomen uit werk en woning, box 2 uit het belastbare inkomen uit AB en box 3 uit het belastbare inkomen uit sparen en beleggen.³⁷ De Wet IB 2001 hanteert een bepaalde rangorde³⁸, waardoor het mogelijk is dat voordelen uit aandelen of winstbewijzen, indien deze bijvoorbeeld tot het ondernemingsvermogen behoren, worden belast in box 1.³⁹ De kern van het AB-regime is, kort gezegd, dat een aandeelhouder met een aandelenpakket van 5% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap onderworpen is aan het regime. Zowel de reguliere voordelen als de vervreemdingsvoordelen uit het AB worden in beginsel meegenomen in de inkomstenbelastingheffing tegen een tarief van 26,90%.⁴⁰

2.1.1 AB-begrip

Alvorens toe te komen aan het AB-begrip, dient vermeld te worden dat aan de Wet IB 2001 het draagkrachtbeginsel ten grondslag ligt.⁴¹ Dit beginsel gaat uit van belastingheffing bij belastingsubjecten naar rato van diens draagkracht. Het tarief van de inkomstenbelasting in Nederland is dusdanig vormgegeven dat iedere belastingplichtige een evenredig deel van het genot van diens inkomen moet opofferen. Zodoende bevat de inkomstenbelasting onder andere een progressief tarief in box 1, wat gunstige gevolgen heeft voor de herverdeling van het inkomen om ongelijkheid in Nederland tegen te gaan.⁴²

In art. 4.6 Wet IB 2001 staat het begrip van een AB omschreven. Indien een belastingplichtige, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap in bezit heeft, is sprake van een AB.⁴³ Wat wordt bedoeld met het begrip 'partner' staat in art. 2.1 Wet IB 2001. Van een AB kan ook sprake zijn indien een belastingplichtige koopopties, winstbewijzen of genotsrechten⁴⁴ bezit, welke niet bij elkaar kunnen worden opgeteld om te bepalen of voldaan is aan het 5% criterium.⁴⁵ Als uit de statuten blijkt dat een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, kan een belastingplichtige ook een AB hebben

³⁷ Zie art. 2.3 Wet IB 2001 alsmede art. 2.10, 2.12 en 2.13 Wet IB 2001.

³⁸ Art 2.14 Wet IB 2001.

³⁹ Een uitzondering op de rangorderegeling is de terbeschikkingstellingsregeling van art. 3.92 Wet IB 2001, welke in dit onderzoek buiten beschouwing wordt gelaten.

⁴⁰ Tot 2020 was het AB-tarief 25%. Dit is in 2020 verhoogd naar 26,25% en vervolgens in 2021 naar 26,90%. Deze verhoging ging gepaard met een verlaging van het tarief voor de vennootschapsbelasting, waarbij het doel van de wetgever was om een globaal evenwicht te houden in belastingdruk. Het hoge VPB-tarief is echter voor 2021 blijven staan op 25%, terwijl een tarief van 21,7% oorspronkelijk was aangekondigd.

⁴¹ Het draagkrachtbeginsel ligt tevens ten grondslag aan de Successiewet. Naast dit beginsel liggen ook het buitenkansbeginsel en de sluisgedachte ten grondslag aan de belastingheffing voor schenk- en erfbelasting in Nederland.

⁴² De Graaf & Van Sonderen 2019, p. 18.

⁴³ Hierbij is het ofwel alleen economisch eigenaar ofwel alleen juridisch eigenaar zijn van de aandelen al voldoende om als aandeelhouder te kwalificeren, zie HR 18 maart 1987, nr. 23 674.

⁴⁴ Hierna benoem ik deze verschillende soorten AB niet steeds expliciet, tenzij ik dit noodzakelijk acht.

⁴⁵ Art. 4.6 Wet IB 2001.

indien hij ten minste 5% van de aandelen bezit in enig soort.⁴⁶ Daarnaast kent de Wet IB 2001 de meesleep- en meetrekregeling. De meesleepregeling bewerkstelligt dat indien een belastingplichtige een AB heeft voor een bepaald soort aandelen in een vennootschap, voor alle overige aandelen die de belastingplichtige in zijn bezit heeft ook een AB bestaat.⁴⁷ De meetrekregeling houdt in dat indien een persoon die niet voldoet aan het 5% criterium, maar wel in het bezit is van aandelen van een vennootschap, onder omstandigheden als AB-houder aangemerkt kan worden. Voorwaarde hiervoor is dat de partner of een van de bloed- of aanverwanten in rechte lijn van de belastingplichtige of diens partner wél een AB heeft.⁴⁸ Ingevolge art. 4.3 Wet IB 2001 worden genotsgerechtigden van aandelen en winstbewijzen gelijkgesteld met een aandeelhouder.⁴⁹ Tot slot bevat het AB-regime nog een fictiebepaling in art. 4.11 Wet IB 2001. Hierin is bepaald dat wanneer een belastingplichtige geen AB heeft op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 of middels de meetrek- of meesleepregeling, alsnog een AB kan bestaan. Indien bijvoorbeeld art. 4.17 Wet IB 2001 door de belastingplichtige is toegepast, waarbij sprake is van een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of verdeling van de huwelijksgemeenschap anders dan overlijden, is het AB-regime alsnog van toepassing.⁵⁰ De belastingclaim die reeds bestond op het AB blijft op deze manier behouden, aangezien de belastingclaim verplicht wordt doorgeschoven op grond van de fictiebepaling. Een uitzondering op de behandeling van een fictief AB ten opzichte van een 'echt' AB ziet op de mogelijkheid om op verzoek de AB-claim af te rekenen.⁵¹

2.1.2 Inkomen uit AB

Tot het inkomen uit een AB behoren zowel reguliere voordelen verminderd met aftrekbare kosten als vervreemdingsvoordelen verminderd met persoonsgebonden aftrek.⁵² Beide soorten voordelen worden belast tegen een tarief van 26,90%.⁵³ Onder reguliere voordelen vallen voordelen die worden behaald op aandelen die behoren tot een AB, verminderd met de aftrekbare kosten.⁵⁴ Het meest voorkomende regulier voordeel uit een AB is dividend.⁵⁵ Art. 4.13 Wet IB 2001 vormt een uitbreiding voor de voordelen die onder reguliere voordelen kunnen vallen voor het AB-regime. Zo behoort in bepaalde gevallen een teruggaaf van hetgeen op aandelen is gestort tot de reguliere voordelen.⁵⁶ Per

⁴⁶ Art. 4.7 Wet IB 2001. Voor soort aandelen geldt dat ook koopties met betrekking tot soort aandelen onder een AB kunnen vallen.

⁴⁷ Art. 4.9 Wet IB 2001.

⁴⁸ Art. 4.10 Wet IB 2001.

⁴⁹ Onder de genotsrechten valt een breed scala aan persoonlijke en zakelijke rechten. In elke situatie dient gekeken te worden in hoeverre in economische zin sprake is van een gerechtigdheid tot de voordelen.

⁵⁰ Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld een geruisloze inbreng van een eenmanszaak in een BV of NV of een overgang krachtens schenking.

⁵¹ Art. 4.16 lid 3 Wet IB 2001.

⁵² Art. 4.12 Wet IB 2001.

⁵³ Art. 2.12 Wet IB 2001.

⁵⁴ De aftrekbare kosten zijn opgenomen in art. 4.15 Wet IB 2001.

⁵⁵ De Graaf & Van Sonderen 2019, p. 266.

⁵⁶ Art. 4.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

1 januari 2023 krijgt art. 4.13 Wet IB 2001 een toevoeging als gevolg van het aangenomen wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap. Na art. 4.14 Wet IB 2001 worden meerdere artikelen ingevoegd welke onder andere zien op fictieve reguliere voordelen.⁵⁷ Het genietingstijdstip van reguliere voordelen is bepaald in art. 4.43 Wet IB 2001. Reguliere voordelen worden genoten op het moment van ontvangst, verrekening, ter beschikking stellen of rentedragend worden. Indien een regulier voordeel vorderbaar en inbaar is, is het opeisbaar en wordt het voordeel op dat tijdstip genoten.

Onder vervreemdingsvoordelen vallen de voordelen die worden behaald bij vervreemding van tot een AB behorende aandelen, verminderd met persoonsgebonden aftrek.⁵⁸ Een vervreemding is een rechtshandeling welke ten doel heeft een vermogensbestanddeel in andere handen te brengen.⁵⁹ Een verkoop, een ruil of een schenking van aandelen worden als vervreemding aangemerkt. Voor de vervreemdingsvoordelen geldt een materieel vervreemdingsbegrip, civielrechtelijke vervreemding is dus niet noodzakelijk om te kunnen voldoen aan het vervreemdingsbegrip.⁶⁰ De staatssecretaris heeft in een besluit van 9 maart 2018 bepaald dat een vervreemding kan worden aangenomen indien als gevolg van een rechtshandeling aandelen uit het vermogen van een AB-houder overgaan in dat van een ander.⁶¹ Geen sprake van vervreemding is wanneer het vermogen van een AB-houder in ruil voor iets anders dat zowel economisch als fiscaal dezelfde betekenis heeft als het vermogen dat wordt vervreemd.⁶² De vervreemdingsvoordelen worden gesteld op de overdrachtsprijs verminderd met de verkrijgingsprijs.⁶³ Ingevolge art. 4.20 Wet IB 2001 wordt onder de overdrachtsprijs de tegenprestatie bij een vervreemding verstaan, verminderd met de kosten die ten laste van de vervreemder komen. De verkrijgingsprijs is de tegenprestatie bij de verkrijging, vermeerderd met de kosten die ten laste van de verkrijgen zijn gekomen.⁶⁴ Indien bij vervreemding een tegenprestatie ontbreekt, dient de waarde in het economische verkeer (hierna: WEV) gehanteerd te worden.⁶⁵ Het tijdstip van de vervreemding ligt op het moment waarop de obligatoire overeenkomst perfect is geworden en voor uitvoering vatbaar is.⁶⁶ Het moment van leveren of de betaling is niet relevant. Indien geen voorwaarden aan de overeenkomst zijn verbonden, is het vervreemdingsmoment het tijdstip waarop de partijen een wilsovereenstemming hebben bereikt en de fiscale gevolgen van de AB-heffing intreden. Mocht aan

⁵⁷ Dit onderzoek gaat niet dieper in op het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap en de recente discussie rondom de uitvoerbaarheid en de proportionaliteit daarvan.

⁵⁸ Art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld HR 29 juni 1977, nr. 18 270, waarin de HR beslist dat een overgang krachtens erfrecht niet als vervreemding an sich kan worden aangemerkt.

⁶⁰ De Graaf & Van Sonderen 2019, p. 269.

⁶¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, 15751.

⁶² Zie bijvoorbeeld HR 10 februari 1960, nr. 14 162.

⁶³ Art. 4.19 lid 1 Wet IB 2001.

⁶⁴ Art. 4.21 lid 1 Wet IB 2001.

⁶⁵ Art. 4.22 lid 1 Wet IB 2001.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld HR 10 februari 1960, nr. 14 162 en HR 29 juni 1977 nr. 18 270.

de overeenkomst een opschortende⁶⁷ voorwaarde zijn verbonden, dan is het tijdstip van vervulling van deze voorwaarde het moment waarop de overeenkomst perfect is. Indien sprake is van een ontbindende voorwaarde⁶⁸ werkt de overeenkomst vanaf de aanvang. Bij intreding van de ontbindende voorwaarde vervalt de overeenkomst, maar dat doet niets af aan het feit dat bij aanvang het vervreemdingsmoment tot stand komt.

2.1.3 Fictieve vervreemding

In art. 4.16 Wet IB 2001 is een aantal rechtshandelingen aangemerkt als fictieve vervreemding. Indien bijvoorbeeld een voordeel wordt behaald bij de inkoop van eigen aandelen is sprake van een vervreemdingsvoordeel. De wetgever heeft een aanzienlijk aantal rechtshandelingen aangemerkt als fictieve vervreemding, welke in deze paragraaf niet allemaal worden belicht. Interessant in het kader van dit onderzoek is bijvoorbeeld het vervallen van de toerekening aan de inbrenger van een AB in een APV.⁶⁹ Art. 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 bepaalt dat overgang krachtens erfrecht onder algemene titel en onder bijzondere titel als fictieve vervreemding wordt aangemerkt. Het toerekenen van de vervreemding aan de erflater is voor de hand liggend in het kader van de draagkrachtgedachte.⁷⁰ De wetgever heeft diverse uitzonderingen gemaakt voor deze fictieve vervreemdingen, welke zijn ondergebracht in een doorschuifregeling.

2.1.4 Civielrechtelijk

Voor de volledigheid dient nog te worden toegelicht hoe een overgang van een AB krachtens erfrecht onder algemene titel civielrechtelijk uitwerkt. Allereerst zijn aandelen aan te merken als goederen in de zin van art. 3:1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Op basis van art. 3:80 BW worden goederen verkregen onder algemene of onder bijzondere titel. Erfopvolging valt onder verkrijging onder algemene titel. Op grond van de 'saisine-regel'⁷¹ neemt een erfgenaam vermogensrechtelijk gezien de positie over van een overledene.⁷² Daarnaast kunnen goederen enkel op de in de wet genoemde of uit de wet voortvloeiende wijzen van rechtsverlies worden verloren.⁷³ Het betreft een juridisch verlies van goederen, wat ofwel absoluut ofwel relatief is.⁷⁴ Op het moment dat een relatief verlies van een goed plaatsvindt, wordt bijvoorbeeld door overdracht een ander rechthebbende op het goed. Overdracht is doorgaans een rechtsgevolg van een handeling, het is een bewerkstelligde rechtsovergang.⁷⁵ Voor de

⁶⁷ Een opschortende voorwaarde is een onzekere gebeurtenis in de toekomst waarbij de overeenkomst pas perfect is indien een voorwaarde is vervuld.

⁶⁸ Een ontbindende voorwaarde is een onzekere gebeurtenis in de toekomst waarvan de vervulling ervan een overeenkomst ontbindt.

⁶⁹ Art. 4.16 lid 1 onderdeel j Wet IB 2001. Deze fictieve vervreemding wordt in hoofdstuk 5 nader toegelicht.

⁷⁰ Heithuis 2015, p. 21.

⁷¹ Art. 4:182 BW.

⁷² Erfgenamen volgen de erflater van rechtswege op in diens voor overgang vatbare rechten en in diens bezit en houderschap.

⁷³ Art. 3:80 lid 4 BW.

⁷⁴ Van absoluut verlies is sprake indien het eigendomsrecht verdwijnt, bijvoorbeeld wanneer een goed tenietgaat.

⁷⁵ Bergervoet 2012, art. 3:83 BW aant. 9.2.

overdracht van een goed is een levering krachtens geldige titel vereist, welke verricht wordt door diegene die bevoegd is over het goed te beschikken.⁷⁶ Deze bevoegdheid tot beschikking over het goed ziet op de bevoegdheid om het goed te vervreemden en het goed met beperkte rechten te bezwaren.

2.2 Doorschuifregeling

Diverse doorschuifregelingen zijn opgenomen in de Wet IB 2001 welke de mogelijkheid bieden een overgang van vermogen te laten plaatsvinden zonder directe heffing van Nederlandse inkomstenbelasting. Middels een doorschuifregeling wordt de daadwerkelijke belastingheffing uitgesteld. Zoals besproken in paragraaf 2.1.3 bevat het AB-regime een doorschuifregeling met betrekking tot fictieve vervreemdingen die ontstaan bij overgang krachtens erfrecht. Bij vervreemding van een onderneming dient in de meeste gevallen afgerekend te worden. In deze situatie zijn liquiditeiten noodzakelijk om de fiscus te betalen. De wetgever heeft bepaald dat het onwenselijk is in bepaalde gevallen om af te rekenen.⁷⁷ Een voorbeeld hiervan is wanneer een ondernemer overlijdt en de overdracht van de onderneming wordt belemmerd door de afrekening die in dit geval ontstaat. Het is in deze situatie onder voorwaarden mogelijk om de claim door te schuiven naar een natuurlijk persoon of een rechtspersoon welke de onderneming overneemt. Op deze manier kan een eventueel liquiditeitsprobleem als gevolg van belastingbetaling worden voorkomen.

2.2.1 Overgang AB krachtens erfrecht

Tot 1 januari 2010 verliep de doorschuiving van een AB-claim bij erfrechtelijke overgang onder algemene titel automatisch voor de gehele onderneming die werd voortgezet.⁷⁸ De doorschuiving vond van rechtswege plaats en een afrekening van de AB-claim geschiedde op verzoek.⁷⁹ Een vereiste hierbij was dat de keuze tot afrekening unaniem was bij meerdere voortzetteren.⁸⁰ Met ingang van 2010 is de doorschuiving van een AB-claim bij erfrechtelijke overgang aangepast, waarbij art. 4.17a Wet IB 2001 werd ingevoegd. De focus kwam te liggen op een materiële ondernemingstoets, waardoor doorschuiving van de AB-claim slechts mogelijk is voor het ondernemingsvermogen van een vennootschap. De wetgever heeft als doel enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.⁸¹ De aanpassing van de doorschuifregeling bij vererving van het AB was van belang om een onderscheid te voorkomen tussen doorschuiving krachtens erfrecht ten opzichte van schenking.⁸² Een verzoek tot

⁷⁶ Art. 3:84 BW.

⁷⁷ Kamerstukken II 2009/2010, 32 129, nr. 4.

⁷⁸ Art. 4.17 lid 2 (oud) Wet IB 2001.

⁷⁹ Heithuis 2015, p. 41.

⁸⁰ De Beer, Estate Planner 2006.

⁸¹ Hoogeveen 2011, p. 103.

⁸² De doorschuifregeling die ziet op het schenken van een AB is in 2010 ingevoerd in art. 4.17c Wet IB 2001. Deze doorschuiving is enkel opengesteld voor bedrijfsopvolgingssituaties, waarbij aan verschillende voorwaarden voldaan dient te zijn voor de doorschuiving van toepassing is.

doorschuiving is noodzakelijk om de doorschuiffaciliteit te mogen toepassen.⁸³ Om toe te komen aan een verzoek tot doorschuiving van de AB-claim dient een vennootschap een onderneming te drijven⁸⁴, dient de verkrijger een binnenlandse belastingplichtige te zijn en dient een AB in een vennootschap aanwezig te zijn welke niet op grond van de meetregel is ontstaan.⁸⁵ Ingevolge art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 gelden extra voorwaarden voor preferente aandelen.⁸⁶ Daarnaast is een bepaling opgenomen in de doorschuifregeling waardoor medegerechtigdheid kwalificeert voor doorschuiving indien het een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming en aandelen worden verkregen door een natuurlijk persoon dan wel zijn 100%-vennootschap die reeds beherend vennoot is van een commanditaire vennootschap in kwestie.⁸⁷ Indien een AB onder de verdeling van de huwelijksgemeenschap valt bij overlijden van de AB-houder kan dit onder voorwaarden onder de doorschuivingsregeling vallen.⁸⁸ Daar waar de vervreemdingsvoordelen in art. 4.19 lid 1 Wet IB 2001 worden gesteld op de overdrachtsprijs verminderd met de verkrijgingsprijs, komt in geval van toepassing van art. 4.17a Wet IB 2001 slechts een evenredig deel van de verkrijgingsprijs in aanmerking.⁸⁹ Bij de erflater wordt voor de berekening van het vervreemdingsvoordeel de totale verkrijgingsprijs van de overgedragen aandelen in aanmerking genomen. Hierop is een beperking van toepassing, waarbij maximaal het bedrag van de in aanmerking te nemen overdrachtsprijs in mindering te brengen is als verkrijgingsprijs. Een vervreemding leidt dus niet tot een verlies bij de erflater. Het gedeelte van de verkrijgingsprijs welke bij de erflater niet in aanmerking wordt genomen, schuift door naar de erfgenaam of erfgenamen.⁹⁰

De doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 ziet enkel op materiële ondernemingen. Indien sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het economische verkeer met het oogmerk om winst te behalen en indien geen sprake is van normaal vermogensbeheer, kan over een onderneming gesproken worden.⁹¹ Discussie bestaat rondom de vraag of exploitatie van onroerende zaken als materiële onderneming moet worden aangemerkt.⁹² Voor de aanmerking van exploitatie van onroerende zaken als materiële onderneming is van belang dat sprake is van meer dan actief vermogensbeheer. Op grond van de jurisprudentie dient hiervoor de

⁸³ In tegenstelling tot de situatie voor 1 januari 2010 is het nu mogelijk dat verschillende verkrijgers verschillende keuzes maken. Unanimiteit over wel of niet doorschuiven is niet meer vereist.

⁸⁴ Hiermee wordt het drijven van een onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 bedoeld.

⁸⁵ Art. 4.17a lid 1 Wet IB 2001.

⁸⁶ Preferente aandelen zijn veelal aandelen die alleen recht geven op een vast dividend en niet op de waardevermeerdering van de aandelen. In dit onderzoek gaat het om een AB zonder preferente aandelen. Het onderzoek gaat dan ook niet dieper in op eventuele problematiek rondom de behandeling van preferente aandelen in de doorschuifregeling.

⁸⁷ Art. 4.17a lid 4 Wet IB 2001.

⁸⁸ Art. 4.17a lid 9 Wet IB 2001.

⁸⁹ Art. 4.19 lid 2 Wet IB 2001.

⁹⁰ Art. 39a Wet IB 2001.

⁹¹ Kamerstukken II 2009/2010, 32 129, nr. 3.

⁹² Zie bijvoorbeeld Rozendal, NTFR 2015 en Berkhout, VGFC 2018.

verrichte arbeid qua aard en omvang méér te omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat.⁹³

Sinds de verandering van de doorschuifregeling voor het vererven van een AB per 1 januari 2010 geldt dat doorschuiving enkel mogelijk is als sprake is van ondernemingsvermogen. Hierdoor ontstaat een dubbele beleggingstoets. Het AB dient bij het overlijden van de AB-houder te worden gelabeld tot ofwel ondernemingsvermogen ofwel beleggingsvermogen. De bezittingen en schulden die toerekenbaar zijn aan de onderneming, kwalificeren als ondernemingsvermogen.⁹⁴ Ingevolge art. 4.17a lid 6 onderdeel b Wet IB 2001 kan een beleggingsmarge van 5% van de WEV van het ondernemingsvermogen worden doorgeschoven.⁹⁵ Over het resterende deel van het beleggingsvermogen wordt afgerekend. Indien geen verzoek om doorschuiving wordt ingediend, wordt afgerekend over het totaal aan ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen.⁹⁶ De discussie over welk vermogen precies van een lichaam tot het ondernemingsvermogen of het beleggingsvermogen behoort, blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.⁹⁷

Ingevolge art. 4.17a lid 5 Wet IB 2001 kan een holdingstructuur, waarbij de holdingmaatschappij geen materiële onderneming drijft, middels toerekening van de bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij wél een materiële onderneming verkrijgen. Vervolgens dient bepaald te worden welke bezittingen en schulden toerekenbaar zijn aan het ondernemingsvermogen, zodat dit ondernemingsvermogen voor een erflater met een AB in de holdingmaatschappij kwalificeert voor doorschuiving op basis van art. 4.17a Wet IB 2001. Indien als gevolg van overlijden, een schenking of een huwelijk door verwatering het indirecte belang onder de 5% komt, maar ten minste 0,5% blijft, is de doorschuifregeling onder voorwaarden wel van toepassing.⁹⁸ De verwatering dient te zijn ontstaan middels overgangen krachtens erfrecht, schenking of huwelijksvermogensrecht. Een andere wijze, zoals koop, valt niet onder het bereik van de doorschuifregeling.⁹⁹ De wetgever wil voorkomen dat de mogelijkheid tot doorschuiving verloren gaat indien het AB onder de 5% zakt door enkel een verandering in de privésituatie van de AB-houder.¹⁰⁰

⁹³ Zie bijvoorbeeld HR 17 augustus 1994, nr. 29 755 en HR 15 april 2016, nr. 15 02829.

⁹⁴ Art. 4.17a lid 6 onderdeel a Wet IB 2001.

⁹⁵ Heithuis 2015, p. 8.

⁹⁶ Middels het zogenaamde 'superdividend' uit art. 4.12a Wet IB 2001 kan een erfgenaam binnen twee jaar na het overlijden van de AB-houder vermogen onttrekken aan de vennootschap zonder belastingheffing. Hiermee kan bijvoorbeeld de verschuldigde inkomstenbelasting betaald worden. Ingevolge art. 4e Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965) is over dit dividend geen dividendbelasting verschuldigd.

⁹⁷ In de literatuur heerst bijvoorbeeld veelal discussie over activiteiten met betrekking tot onroerende zaken en of dit ondernemingsvermogen is of normaal vermogensbeheer.

⁹⁸ Art. 4.17a lid 5 onderdeel b Wet IB 2001.

⁹⁹ Kavelaars e.a. 2019, p. 19.

¹⁰⁰ Tigelaar-Klootwijk 2015, p. 204.

2.2.2 Toekomst

Op 18 mei 2020 is het pakket 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' aangeboden aan de Tweede Kamer. In deze rapporten worden concrete bouwstenen en voorstellen voor verbeteringen en vereenvoudigingen van het Nederlandse belastingstelsel behandeld. Uit het syntheserapport blijkt dat de doorschuifregeling in de Wet IB 2001 de fiscaal gedreven winstinhouding bevordert.¹⁰¹ In theorie kan een AB-claim eindeloos worden doorgeschoven middels de regeling in art. 4.17a Wet IB 2001, waardoor de belastingbetaling in box 2 met betrekking tot het ondernemingsvermogen eindeloos uitgesteld kan worden. Als alternatief voor de doorschuifregeling wordt een betalingsregeling geopperd, welke ook volstaat om een eventueel liquiditeitsprobleem te voorkomen. Deze betalingsfaciliteit kan via een bestaande betalingsfaciliteit in de invorderingswet lopen. De kans is aanwezig dat belastingplichtigen gebruik maken van de doorschuifregeling terwijl zij deze niet nodig hebben omdat geen liquiditeitsprobleem aanwezig is.¹⁰² In plaats van de doorschuifregeling volledig afschaffen en gebruik maken van een bestaande betalingsregeling is het ook mogelijk een aparte invorderingsfaciliteit te creëren voor het overlijden van een AB-houder.¹⁰³ Naar verwachting verschijnt in het derde kwartaal van 2021 een evaluatie met betrekking tot regelingen gericht op bedrijfsbeëindiging en bedrijfsopvolging, waarna wellicht duidelijkheid ontstaat over de toekomst en eventuele aanpassingen van de doorschuifregeling.¹⁰⁴

Mijns inziens is de in 2010 ingevoerde beperking dat de doorschuifregeling bij een verkrijging krachtens erfrecht enkel geldt voor ondernemingsvermogen vooralsnog voldoende om te voldoen aan de doeltreffendheid van de regeling.¹⁰⁵ De wetgever behoudt middels de doorschuifregeling de belastingclaim, waardoor belastingheffing zeer waarschijnlijk in de toekomst niet verloren gaat.¹⁰⁶ Hoogeveen stelt dat voor de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 geen afdoende rechtvaardiging bestaat¹⁰⁷, waar ik mij deels in kan vinden aangezien doorschuiving niet in lijn ligt met het draagkrachtbeginsel. Ik ben echter van mening dat ondanks doorschuiving niet volledig aansluit bij het draagkrachtbeginsel de regeling juist eventuele belastingontwijking weet te voorkomen en continuïteitsproblemen ook daadwerkelijk voorkomt bij vererving van een onderneming. Dit weegt naar mijn idee zwaarder dan de onrechtvaardigheid die het schenden van het draagkrachtbeginsel teweegbrengt.

¹⁰¹ Syntheserapport Bouwstenen voor een beter belastingstelsel, 18 mei 2020.

¹⁰² Tigelaar-Klootwijk 2015, p. 227.

¹⁰³ Tigelaar-Klootwijk 2015, p. 371.

¹⁰⁴ Kamerbrief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 18 maart 2021, DGBI-O/21040464.

¹⁰⁵ Zie voor een uitgebreide toetsing van de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 op neutraliteit, doeltreffendheid, doelmatigheid en legitimiteit: Tigelaar-Klootwijk 2015.

¹⁰⁶ Uitzonderingen daar gelaten.

¹⁰⁷ Hoogeveen 2011, p. 358-359.

Indien de regeling van in art. 4.17a Wet IB 2001 niet zou bestaan, acht ik de kans reëel dat belastingplichtigen op zoek gaan naar manieren om van de belastingclaim af te kunnen komen. Daar waar de wetgever hen middels het doorschuiven van een belastingclaim op het ondernemingsvermogen de ruimte biedt om de continuïteit van ondernemingen te waarborgen, zal een belastingplichtige hier naar mijn idee doorgaans genoeg mee nemen. Indien uit de evaluatie volgt dat een eventuele aanpassing in de reikwijdte van de regeling wenselijk is, kan dit mijns inziens leiden tot ongewenste constructies, waarbij een belastingplichtige alvorens zijn overlijden wil voorkomen dat een belastingclaim terecht komt bij diens erfgenamen. De vraag is dan wel in hoeverre eventuele belastingontwijkende constructies mogelijk zijn, gezien het feit dat adviseurs sinds 1 januari 2021 meldplicht over grensoverschrijdende constructies hebben.¹⁰⁸ Hiermee wordt een groot deel van het speelveld al uitgesloten voor kwaadwillende belastingplichtigen die op zoek zijn naar constructies om de inkomstenbelastingclaim te ontwijken.

Indien de doorschuifregeling echter wordt vervangen door een betalingsregeling, legt dit naar mijn mening meer druk op belastingplichtigen, wat de oorspronkelijke doelstelling niet ten goede komt. De optie die Hoogeveen schetst om slechts bij gevallen waarin daadwerkelijk een liquiditeitsprobleem zich voordoet en het voortzetten van de onderneming daardoor in gevaar komt de doorschuifregeling van toepassing te laten zijn, acht ik onrealistisch.¹⁰⁹ Niet alleen ontstaat hierdoor een administratieve last bij de verkrijger van de onderneming, wiens liquiditeit en solvabiliteit berekend dient te worden, ook voor de Belastingdienst zal deze oplossing voor meer werkdruk zorgen, gezien het feit dat per belastingplichtige die verzoekt om de doorschuifregeling naar allerlei aangeleverde documenten dient te worden gekeken. Een dergelijke aanpassing van de doorschuifregeling kan mijns inziens in ieder geval de eenvoud van de wetgeving niet ten goede komen. De complexiteit zal juist toenemen en dat acht ik voor zowel een belastingplichtige als een inspecteur van de Belastingdienst ongewenst.

Daarnaast kan een wijziging in de huidige doorschuifregeling in mijn optiek leiden tot maatschappelijke ophef. Het eventueel inperken van de doorschuifregeling zal vooral bij ondernemingen die wellicht op omvallen staan door de huidige economische situatie niet goed landen, waardoor weinig begrip ontstaat voor een aanpassing ten nadele van een belastingplichtige. Ik ben dan ook benieuwd naar de evaluatie van de fiscale bedrijfsopvolgingsregelingen die naar verwachting in het derde kwartaal van dit jaar zal verschijnen.

¹⁰⁸ Zie (het inmiddels vervallen) Besluit Staatssecretaris van Financiën 21 december 2020, nr. 2020-247116, Stcrt. 2020, 68989. De meldplicht is ontstaan uit de Mandatory Disclosure richtlijn (DAC6), zie hierover o.a. Korving & Verbaarschot, WFR 2019, Van Eijdsden & De Ruiter, MBB 2019 en Van Eijdsden & De Ruiter, MBB 2019a.

¹⁰⁹ Hoogeveen, WFR 2000.

2.3 BOR

Naast de doorschuifregeling voor een AB dat krachtens erfrecht overgaat in de inkomstenbelasting, bevat de Nederlandse fiscale wetgeving de BOR in de Successiewet. De BOR vindt haar oorsprong in 1923, in de toenmalige invorderingswet.¹¹⁰ De mogelijkheid bestond om vijf jaar renteloos uitstel van betaling te krijgen voor de verschuldigde belasting indien sprake was van bedrijfsopvolging.¹¹¹ De toenmalige regeling bood een uitstel van belastingheffing. Pas in 1998¹¹² achtte de wetgever het van belang dat een kwijtschelding gegeven zou worden, waarbij het voorkomen van continuïteitsproblemen bij de onderneming bij bedrijfsopvolging centraal stond.¹¹³ De BOR is door de jaren heen verschillende keren gewijzigd, waarbij onder andere een beziteis, een voortzettingseis en een voorwaardelijke vrijstelling werden ingevoerd.

Het verkrijgen van een onderneming krachtens erfrecht of schenking wordt belast met erf- of schenkbelasting.¹¹⁴ Ingevolge art. 35b-35f SW 1956 biedt de BOR een voorwaardelijke vrijstelling aan een voortzetter van een materiële onderneming. De voorwaardelijke vrijstelling wordt definitief indien voldaan is aan de voortzettingstermijn van vijf jaar (zie paragraaf 2.3.3). Rentedragend uitstel van betaling is mogelijk voor het deel dat niet onder de BOR valt.¹¹⁵ De verzoeken met betrekking tot de voorwaardelijke vrijstelling en het rentedragend uitstel van betaling voor tien jaar dienen gelijktijdig met de aangifte te worden gedaan.¹¹⁶ Het verzoek kan nog worden ingediend tot de aanslag onherroepelijk vaststaat. De voorwaardelijke vrijstelling geldt per objectieve onderneming, niet per verkrijger. In dit onderzoek is de huidige vormgeving van de BOR van belang, de volledige geschiedenis van de BOR wordt in deze paragraaf niet behandeld. De toekomst van de BOR is echter onzeker, waardoor kort aandacht wordt besteed aan verschillende aanbevelingen met betrekking tot inperking of afschaffing van de BOR.

2.3.1 Doel wetgever

Op 1 januari 2010 is de BOR voor het laatst aanzienlijk gewijzigd. Het doel van de wetgever met deze herziening was om meer evenwicht, toegankelijkheid en eenvoud te bereiken. Van belang was om zo min mogelijk verschil te creëren tussen ondernemingen in de AB-sfeer en ondernemingen in de winstsfeer, tussen het direct en indirect houden van aandelen en tussen schenken en overlijden.¹¹⁷ In de literatuur heerst discussie of de wetgever is geslaagd om de oorspronkelijke doelen te bereiken.¹¹⁸

¹¹⁰ Art. 17 Invorderingswet 1845.

¹¹¹ De belasting zag in die tijd op successierecht en schenkingsrecht.

¹¹² Voor het jaar 1997 bestond terugwerkende kracht.

¹¹³ Kamerstukken II 1997/1998, 25 688, nr. 3.

¹¹⁴ Art. 1 SW 1956.

¹¹⁵ Art. 35b lid 2 SW 1956 jo. art. 25 lid 12 Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990).

¹¹⁶ Art. 35b lid 7 SW 1956.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld Hoogeveen 2011 en De Beer & Hoogeveen, TFO 2019.

De wetgever heeft beoogd om rechtsvormneutraliteit te bereiken, waarbij enkel reële bedrijfsopvolging gefaciliteerd zou worden. Voor beleggingsvermogen van een onderneming geldt geen voorwaardelijke vrijstelling. Daarnaast is de toekomst van de BOR onzeker, aangezien politiek veel kritiek wordt geuit op toepassing van de BOR bij vermogende personen.¹¹⁹ Dit onderzoek gaat naast de uitkomsten van het rapport 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel'¹²⁰ (hierna: Bouwstenen) en enkele opvattingen uit de literatuur niet dieper in op de houdbaarheid van de BOR in diens huidige vormgeving.

2.3.2 Voorwaardelijke vrijstelling voor ondernemingsvermogen

Indien voldaan aan de bezitseis (zie paragraaf 2.3.3) kan de voorwaardelijke vrijstelling op verzoek toepassing vinden bij de verkrijger van het AB. Het ondernemingsvermogen en de vermogensbestanddelen die behoren tot het AB dienen gewaardeerd te worden op de liquidatiewaarde of de voortzettingswaarde. Een vrijstelling van € 1.119.845 (in 2021) geldt indien de voortzettingswaarde van het verkregen ondernemingsvermogen dit bedrag niet te boven gaat.¹²¹ Ingevolge art. 35b lid 1 onderdeel b SW 1956 wordt bij een hogere liquidatiewaarde dan de voortzettingswaarde het verschil hiertussen vrijgesteld. Indien voorgaande niet het geval is, is de voortzettingswaarde van het verkregen ondernemingsvermogen tot € 1.119.845 vrijgesteld. Het surplus van de voortzettingswaarde is voor 83% vrijgesteld.¹²² Net als voor de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 geldt ook voor de BOR dat de voorwaardelijke vrijstelling enkel van toepassing is op het ondernemingsvermogen van een materiële onderneming.¹²³ Een (fictief) direct of indirect¹²⁴ AB in een materiële onderneming kwalificeert als object voor de voorwaardelijke vrijstelling van de BOR.¹²⁵ Wederom geldt een uitzondering voor het meetrek AB.¹²⁶ Daarnaast mag beleggingsvermogen van een onderneming tot 5% van het ondernemingsvermogen worden meegenomen voor de toepassing van de BOR. De vrijstelling wordt voorwaardelijk verleend door middel van een conserverende aanslag. Deze aanslag wordt op verzoek opgelegd, waarbij een rentedragend uitstel van betaling voor tien jaar wordt verleend.¹²⁷ Voor het resterende deel van de nalatenschap, waaronder het belaste deel van het ondernemingsvermogen¹²⁸, wordt na toepassing van eventuele vrijstellingen een aanslag erfbelasting opgelegd. Wanneer na verloop van een periode van vijf jaar is

¹¹⁹ Recentelijk is een initiatiefnota ingediend met betrekking tot familiebedrijven, waarin een viertal voorstellen gegeven voor de huidige BOR, zie Kamerstukken II 2020/2021, 35 724, nr. 2.

¹²⁰ Kamerstukken II, 2019/2020, 32 140, nr. 71.

¹²¹ Art. 35b lid 1 onderdeel a SW 1956.

¹²² Art. 35b lid 1 onderdeel b onder 3 SW 1956.

¹²³ Art. 35c SW 1956.

¹²⁴ Art. 35c lid 5 SW 1956.

¹²⁵ Art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956.

¹²⁶ Middels een verwijzing naar afdeling 4.3 uit de Wet IB 2001 behoren koopties, winstbewijzen en lidmaatschapsrechten ook tot een AB welke vervolgens kunnen kwalificeren voor de BOR.

¹²⁷ Art. 25 lid 12 IW 1990.

¹²⁸ Dit is de resterende 17%, aangezien 83% voorwaardelijk wordt vrijgesteld middels de BOR.

voldaan aan de voortzettingseis (zie paragraaf 2.3.3), wordt de vrijstelling definitief en vervalt de conserverende aanslag. Indien echter niet geheel of gedeeltelijk wordt voldaan aan de voortzettingseis, vervalt de vrijstelling geheel of gedeeltelijk.

2.3.3 De bezitseis en de voortzettingseis

Aan de toepassing van de BOR zijn voorwaarden verbonden. Ingevolge art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 dient de erflater zijn AB gedurende één jaar in bezit te hebben gehad voor diens overlijden. Is sprake van een schenking dan geldt voor de schenker een bezitstermijn van vijf jaar. Voor AB geldt een dubbele bezitseis. De gehele periode van de bezitstermijn dient het lichaam waarin de erflater of de schenker een AB heeft een materiële onderneming te drijven en het beleggingsvermogen dat onder de 5% marge valt mag niet zijn ingebracht in de bezitsperiode. De bezitstermijn van één jaar is ingevoerd om te voorkomen dat in het zicht van overlijden een vermogen van belast naar onbelast kan verplaatsen zonder dat sprake is van reële bedrijfsoverdracht.¹²⁹ Aangezien de bezitseis niet in de weg dient te staan van om bedrijfseconomische redenen gewenste rechtsvormwijzigingen heeft de wetgever aanvullende regels opgesteld in art. 9 lid 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: Uitv.reg schenk- en erfbelasting). De situaties zien op een wijziging van de juridische vorm waarin een onderneming wordt gedreven, terwijl materieel niks verandert.¹³⁰ Enkele voorbeelden zijn de geruisloze terugkeer van een Besloten Vennootschap (hierna: BV) naar een eenmanszaak en een juridische fusie of splitsing. De uitzonderingen worden niet nader toegelicht in dit onderzoek.¹³¹

Zoals eerdergenoemd geldt voor de BOR een voortzettingseis van vijf jaar.¹³² De verkrijger van het ondernemingsvermogen dient de onderneming minimaal vijf jaren voort te zetten en het lichaam waarin het AB wordt gehouden mag niet ophouden winst te genieten. In het geval van een verkrijging van een AB dient de verkrijger dit AB gedurende vijf jaar niet te vervreemden. Indien de verkrijger een gedeelte van het AB vervreemdt, vervalt de BOR pro rata.¹³³ Aan vervreemding worden verschillende bepalingen van art. 4.16 Wet IB 2001 gelijkgesteld, zoals het inkopen van aandelen en de overgang krachtens erfrecht en huwelijksvermogensrecht.¹³⁴ Situaties zijn denkbaar waarin formeel niet is voldaan aan de voortzettingseis, maar de verkrijger in economische zin wel de onderneming voortzet. Voor een aantal specifieke situaties is een uitzondering opgenomen in art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. Zo wordt bij een geruisloze inbreng of terugkeer in de voortzettingsperiode de voortzettingseis onder voorwaarden toch niet geschonden. De staatssecretaris heeft naast de

¹²⁹ Kamerstukken II 2008/2009, 32 930, nr. 3.

¹³⁰ Kavelaars e.a. 2019, p. 184.

¹³¹ Ook de gevolgen voor de bezitseis van de 29-mei arresten worden niet besproken, zie hiervoor o.a. De Beer, LTB 2021, Rozendal, FBN 2020 en HR 29 mei 2020 nr. 19 00189, nr. 19 01680 en nr. 19 01695.

¹³² Art. 35e SW 1956.

¹³³ Art. 35b lid 6 SW 1956.

¹³⁴ Art. 35e lid 3 SW 1956.

bepalingen in art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting in een besluit enkele goedkeuringen opgenomen met betrekking tot het voortzettingseis, zoals het doorzakken van een onderneming binnen een fiscale eenheid.¹³⁵ Deze uitzonderingen en goedkeuringen worden niet nader toegelicht in dit onderzoek.

In de literatuur worden met betrekking tot de bezitseis en de voortzettingseis van de BOR kritische kanttekeningen geplaatst bij het huidige beleid van de wetgever. De wetgever heeft ten doel reële bedrijfsopvolging te faciliteren middels de BOR, waarbij kort gezegd een ondernemer een onderneming overdraagt aan een overnemer waarbij de overnemer de onderneming als ondernemer voortzet.¹³⁶ Een harde termijn zoals deze in de bezitseis en voortzettingseis wordt gehanteerd, is wellicht eenvoudig en praktisch voor de Belastingdienst, voor de belastingplichtige kan het echter in bepaalde situaties nadelig uitpakken. De Beer en Hoogeveen geven het voorbeeld van een belastingplichtige die arbeidsongeschikt wordt, waardoor de onderneming binnen de bezitstermijn wordt overgedragen en de BOR dus niet van toepassing kan zijn. Zonder dat in deze situatie sprake is van misbruik is de BOR niet van toepassing omdat niet voldaan is aan de bezitseis, terwijl wel sprake is van reële bedrijfsopvolging.¹³⁷

Daarnaast biedt art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting geen soelaas voor de bezitseis in bepaalde situaties, welke vervolgens ingevolge art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting wel voor de voortzettingseis onder een uitzondering kan vallen. Een voorbeeld van een situatie waarin niet voldaan is aan de bezitseis is wanneer een echtgenoot overlijdt binnen één jaar na het aangaan van een huwelijk waarbij een nieuwe bezitstermijn is gaan lopen.¹³⁸ Voorgaande situatie is daarentegen wél als uitzondering opgenomen in art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. De wetgever acht in de gegeven situatie klaarblijkelijk dat in voldoende mate is voldaan aan de voortzettingseis, maar voor de bezitseis maakt de wetgever geen uitzondering. Los van het feit dat ik het opmerkelijk vind dat de wetgever voor de voortzettingseis wel een uitzondering heeft gemaakt en voor eenzelfde situatie voor de bezitseis niet¹³⁹, acht ik het tevens onwenselijk voor de begrijpelijkheid van de belastingwet. Deze scheve verhouding in uitzonderingen kan voor een belastingplichtige verwarrend zijn. Daarbij is het onduidelijk waarom de wetgever de uitzonderingsbepalingen voor de bezitseis beperkter heeft ingevoerd.¹⁴⁰ In mijn optiek is het wenselijk dat de wetgever in de toekomst meer ruimte biedt voor

¹³⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, BLKB2012/1221M, Strct. 2013, 2175.

¹³⁶ De Beer & Hoogeveen, TFO 2019.

¹³⁷ De Beer & Hoogeveen, TFO 2019.

¹³⁸ Wesselink & Bom, FBN 2019.

¹³⁹ Meerdere situaties zijn denkbaar waarbij een onderscheid wordt gemaakt voor een uitzondering tussen de bezitseis en de voortzettingseis. Zie bijvoorbeeld Wesselink & Bom, FBN 2019 en Wesselink & Bom, FBN 2019a.

¹⁴⁰ Wesselink & Bom spreken over een omissie van de wetgever in hun artikel in FBN 2019.

situaties waarin formeel niet voldaan is aan de bezitseis of de voortzettingseis, maar dit economisch gezien wel het geval is.

2.3.4 Samenloop doorschuifregeling

In art. 20 lid 5 onderdeel c jo. lid 6 onderdeel d SW 1956 worden diverse aftrekmogelijkheden van latente inkomstenbelastingsschulden bepaald. Deze bepaling voorkomt cumulatie tussen de toekomstige heffing van erfbelasting¹⁴¹ en inkomstenbelasting. Indien op een verkrijging van een AB krachtens erfrecht de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 wordt toegepast, komt voor de erfbelasting enkel aftrek van latente inkomstenbelasting in aanmerking op het ondernemingsvermogen dat na toepassing van de BOR belast is. Voor het gedeelte dat is vrijgesteld van erfbelasting op basis van de BOR mag geen latentie in mindering worden gebracht.¹⁴² De Staatssecretaris heeft in zijn besluit neergelegd dat een latente belastingsschuld evenredig toegerekend dient te worden aan het vrijgestelde en niet-vrijgestelde vermogen.¹⁴³ Bij een doorgeschoven belastingclaim op grond van art. 4.17a Wet IB 2001 kan 6,25% in aftrek worden gebracht op het saldo van de verkrijging waarop erfbelasting geheven wordt.

Opvallend is dat aan de toepassing van de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 geen bezitseis of voortzettingseis wordt gesteld. Hoe lang het ondernemerschap van een erflater heeft geduurd voor diens overlijden en hoe lang de erfgenaam de onderneming voortzet, is niet van belang. De Beer en Hoogeveen zijn van mening dat de doorschuifregeling ook afhankelijk zou moeten zijn van de wil van de voortzetter om de onderneming voort te zetten en dat de intentie van een overdrager onderdeel uitmaakt van de voorwaarden om de doorschuifregeling toe te kunnen passen.¹⁴⁴ Ik ben het oneens met deze visie, gezien het feit dat de doorschuifregeling ziet op uitstel van belastingheffing en de BOR op afstel van belastingheffing. Indien het AB verkocht wordt na toepassing van art. 4.17a Wet IB 2001 dient 'gewoon' afgerekend te worden door de verkrijger. Ondanks dat dan geen sprake meer is van reële bedrijfsopvolging, acht ik het wenselijk dat de doorschuifregeling toepassing vindt. Het is niet ondenkbaar dat een voortzetter in bepaalde situaties niet kan voorkomen zijn AB te moeten verkopen. Mijns inziens is het in dat geval onwenselijk dat ingevolge een voortzettingstermijn de doorschuifregeling niet kan worden toegepast. Ik zie de BOR dan ook als een tegemoetkoming van de wetgever naar belastingplichtigen toe, terwijl de doorschuifregeling naar mijn mening een logisch gevolg is om de reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

¹⁴¹ Dit geldt ook voor de schenkbelasting.

¹⁴² Heithuis 2015, p. 191.

¹⁴³ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, BLKB2012/1221M, Stcrt. 2013, 2175.

¹⁴⁴ De Beer & Hoogeveen, TFO 2019.

2.3.5 Toekomst

De BOR heeft het niet makkelijk. Zowel in politieke sferen¹⁴⁵ als in de media¹⁴⁶ heeft de regeling de afgelopen jaren veel kritiek gekregen. De BOR zou een disproportionele vrijstelling bevatten en doordat veelal de vermogende belastingplichtigen gebruik maken van de BOR zou het een fiscaal privilege zijn.¹⁴⁷ Een ander punt van kritiek was dat de BOR in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Zowel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) als de HR heeft tot nu toe steeds beslist dat de huidige BOR in de Nederlandse fiscale wetgeving niet buiten de gestelde grenzen van de ruime beoordelingsvrijheid is getreden waardoor het gelijkheidsbeginsel niet wordt geschonden.¹⁴⁸ De discussie over de BOR en eventuele strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel komt daarmee voorlopig tot een eind, gezien het feit dat de hoogste Europese rechter een oordeel heeft gegeven.¹⁴⁹ In de beoordeling van gelijkheid heerst echter een subjectief karakter, waardoor de maatschappelijke visie zou kunnen veranderen in de loop der jaren. Ik sluit niet uit dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel met betrekking tot de BOR in de toekomst wél zou kunnen slagen.

Net als de doorschuifregeling heeft ook de BOR een aanbeveling in het rapport *Bouwstenen* gekregen.¹⁵⁰ Het voorkomen van een liquiditeitsprobleem als gevolg van belastingheffing middels de BOR zou in 2017 bij 75% van de meegenomen nalatenschappen in het onderzoek van de Belastingdienst niet noodzakelijk zijn geweest, aangezien voldoende vrije middelen aanwezig waren om de continuïteit van de onderneming te kunnen waarborgen.¹⁵¹ De BOR zou daardoor beperkt doelmatig zijn en prikkels creëren voor grote vermogens om een zo groot mogelijk ondernemingsvermogen te hebben die onder de voorwaardelijke vrijstelling kan vallen. Een optie is volgens het rapport *Bouwstenen* om de BOR te beperken tot een 25% vrijstelling voor de voortzettingswaarde en de omvang van de vrijstelling te maximaliseren tot een ondernemingsvermogen van € 5.000.000.¹⁵² Op deze manier worden de zogenoemde cadeau-effecten verminderd. Daarnaast komen in het rapport beleidsopties naar voren welke zien op het standaard aanmerken van verhuurd vastgoed als beleggingsvermogen en het uitzonderen van kleine AB-

¹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld het verkiezingsprogramma 2021 van GroenLinks waarin ze de BOR willen hervormen zodat mensen 'gewoon' belasting afdragen bij het erven van een bedrijf, maar ook het verkiezingsprogramma 2021 van CDA waarin ze de BOR willen behouden maar het belastingstelsel an sich willen vereenvoudigen. Daarnaast is de opmerking van kamerlid Nijboer van PvdA dat 'hele rijke, vermogende familie in Nederland nul euro successieheffing betalen' tijdens een vergadering in de Tweede Kamer niet onopgemerkt gebleven. Nijboer blijft deze bewering ook in 2020 herhalen, zie Kamerstukken II, 2020/2021, 35 572, nr. 77.

¹⁴⁶ Zie o.a. M. van den Eerenbeemt & W. Dekker 'Belastingdienst worstelt met creatieve foefjes allerrijksten' *Volkskrant* 24 februari 2018, A. Verdoorn 'Bedrijfsopvolging door uw kind(eren) nu extra interessant?' *Scheepvaartkrant* 1 september 2020 en 'Politiek moet beslissen over fiscale vrijstelling bedrijfsopvolging' *FD* 12 juni 2020.

¹⁴⁷ Kuivenhoven & Nieuwenhuizen, WFR 2020.

¹⁴⁸ Zie bijvoorbeeld HR 22 november 2013, nr. 13 01622 en EHRM 27 mei 2014, nr. 18485/14.

¹⁴⁹ Heithuis 2015, p. 105.

¹⁵⁰ Syntheserapport *Bouwstenen* voor een beter belastingstelsel, 18 mei 2020.

¹⁵¹ Belastingdienst, 'Bouwstenennotitie BOR – Onderzoek uitwerking vrije middelen BOR' 15 april 2020.

¹⁵² Hierbij zou de huidige 100% vrijstelling tussen de liquidatiewaarde en de lagere voortzettingswaarde kunnen blijven bestaan.

pakketten van de BOR. Voor deze laatste optie rijst de vraag of het logisch is om per definitie toegang te hebben tot de BOR, ook indien slechts een klein AB wordt gehouden waarbij een reële bedrijfsopvolging in twijfel kan worden getrokken.

Een vraag die in de literatuur naar voren komt is of met de beleidsopties uit het rapport Bouwstenen ook daadwerkelijk een betere Successiewet tot stand komt in Nederland.¹⁵³ Indien de beleidsopties worden gevolgd, kan vermogensongelijkheid in Nederland verminderen en wordt het werk van de Belastingdienst vereenvoudigd. Mijns inziens leiden de beleidsopties niet tot een beter belastingstelsel maar wel tot een eenvoudiger belastingstelsel. Indien eenvoud voor de Belastingdienst het primaire uitgangspunt is van een beter belastingstelsel, kan gesteld worden dat de verschillende beleidsopties inderdaad leiden tot een beter belastingstelsel. Een eenvoudige uitvoeringspraktijk wil echter niet zeggen dat dit eenvoud voortbrengt voor belastingplichtigen.¹⁵⁴

De BOR wordt op dit moment geëvalueerd.¹⁵⁵ Naar verwachting komt in het derde kwartaal van 2021 een evaluatie beschikbaar.¹⁵⁶ Ik ben, en met mij waarschijnlijk vele anderen, zeer benieuwd welke resultaten uit deze evaluatie zullen voortkomen en welke veranderingen uit bijvoorbeeld het rapport Bouwstenen daadwerkelijk zullen worden doorgevoerd. Daar waar in 2010 de BOR voor het laatst inhoudelijk grootschalig werd gewijzigd en de voorwaardelijke vrijstelling verder steeg van 75% naar 83%, is tot op heden geen verhoging (en ook geen verlaging) meer doorgevoerd.¹⁵⁷ Het is, mede door de scheve vermogensverdeling in ons land, naar mijn idee voor de hand liggend dat de BOR in ieder geval gewijzigd gaat worden. Mijns inziens is een volledige afschaffing van de voorwaardelijke vrijstelling niet volledig in lijn met de doelstelling van de BOR, ook niet wanneer een eventuele afschaffing gepaard zou gaan met een versoepelde betalingsregeling. Uitstel van betaling neemt niet weg dat uiteindelijk de middelen nodig zijn in het bedrijf om de belasting te kunnen betalen. Ondanks het feit dat bij verschillende bedrijven de vrijstelling van de BOR niet noodzakelijk blijkt om hun continuïteit te waarborgen bij een bedrijfsopvolging, ben ik van mening dat juist voor de bedrijven die de voorwaardelijke vrijstelling wél nodig hebben, de BOR dient te blijven bestaan.

Een faciliteit als de BOR rigoreus afschaffen acht ik daarnaast erg onwenselijk. Bij redelijke wetgeving gebaseerd op vertrouwen is het mijns inziens onjuist om minder vermogende belastingplichtigen geen kans te bieden om te weten waar zij aan toe zijn. Indien daadwerkelijk enkel de meest vermogende personen van Nederland gebruik maken van de BOR, waarbij de faciliteit niet noodzakelijk is bij het

¹⁵³ De Wijkerslooth-Lhoëst, WPNR 2020.

¹⁵⁴ Zie Gribnau & Dusarduin, WPNR 2021, waarin geconcludeerd wordt dat complexe belastingssystemen niet makkelijk te vereenvoudigen zijn, zowel de burger als de Belastingdienst kunnen nadelige gevolgen ondervinden.

¹⁵⁵ Kamerbrief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 28 oktober 2020, DGBI-O/20233150.

¹⁵⁶ Kamerbrief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 18 maart 2021, DGBI-O/21040464.

¹⁵⁷ In 2002 gold een vrijstelling van 30%, waarna deze vrijstelling in 2005 verhoogd werd naar 60% en in 2007 naar 75%.

waarborgen van de continuïteit van de onderneming, acht ik het plausibel dat de belastingadviseurs van deze vermogende personen tijdig aan de bel trekken zodat de belastingplichtigen op tijd weten waar zij aan toe zijn. Uit het rapport Bouwstenen blijkt dat het overgrote deel van vermogen in de vorm van AB in Nederland in bezit is bij de top 1% meest vermogende huishoudens.¹⁵⁸ Dit betekent niet dat daadwerkelijk enkel de meest vermogende personen gebruik maken van de BOR. Het Bouwstenen rapport laat zien dat een scheve verdeling bestaat met betrekking tot het budget voor de BOR en welk deel daarvan naar een percentage verkrijgers gaat.¹⁵⁹ Hieruit blijkt wederom niet dat enkel de meest vermogende personen in Nederland gebruik maken van de BOR. Ik ben van mening dat ook de minder vermogende belastingplichtigen, die wellicht niet via een belastingadviseur op de hoogte zijn gebracht van de aankomende wijzigingen of inperkingen van de BOR, de kans moeten krijgen om zich voor te bereiden op een eventuele wijziging in de BOR en de gevolgen van dien.¹⁶⁰ Juist voor deze groep belastingplichtigen blijkt de BOR van belang om continuïteitsproblemen bij bedrijfsopvolging te voorkomen, wat de noodzaak van het bestaan van de faciliteit in mijn ogen bevestigt. De beleidsoptie die ziet op het afschaffen van de BOR acht ik geen juiste optie. Als alternatief van het rigoureus afschaffen van de BOR sluit een uitfasering wellicht beter aan bij de redelijke wetgeving. Het gevaar hierbij is echter dat het een politieke aangelegenheid is, waardoor jaren later beslist kan worden dat het langzaam afbouwen van de regeling alsnog versneld gaat worden. Of dit te rechtvaardigen valt, laat ik voor dit onderzoek in het midden.

Om de continuïteitsproblemen bij bedrijfsopvolging te kunnen blijven voorkomen, is een verlaging van de 83% vrijstelling voor de going-concern waarde naar mijn mening een passend beleid, waarmee de doelstelling van de BOR behouden blijft en tegelijkertijd de maatschappelijke onvrede tegemoetgekomen wordt. Mijns inziens dient deze procentuele verlaging gepaard te gaan met een aanvulling op het goedkeuren van situaties met betrekking tot de bezitseis en de voortzettingseis. De wetgever heeft niet voor alle situaties een regeling kunnen treffen, wat ik onwenselijk acht voor belastingplichtigen in situaties waarin formeel niet is voldaan aan de voorwaarden terwijl economisch gezien dit wel het geval is. Deze groep valt tot op heden buiten de boot. Een aanpassing op dit punt met daarin een beperkte terugwerkende kracht voor gedupeerde belastingplichtigen in het verleden acht ik een mooi uitgangspunt voor een toekomstige wijziging van de BOR.

¹⁵⁸ Syntheserapport Bouwstenen voor een beter belastingstelsel, 18 mei 2020.

¹⁵⁹ Zie bijlage 3.

¹⁶⁰ Het uurtarief van een belastingadviseur in Nederland ligt al snel rond de € 80, afhankelijk wat voor werkzaamheden van de adviseur verwacht worden (geraadpleegd via: <https://www.mijnzzp.nl/Beroep/282-Belastingadviseur/Salaris-en-tarief>). Daarnaast zijn de prijzen voor belastingadvies werkzaamheden sinds 2015 met 5% omhoog gegaan (geraadpleegd via: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/83760NED/table?ts=1616343535338>). Ik acht het niet ondenkbaar dat sommige belastingplichtigen die een beroep doen op de BOR geen gebruik maken van dit soort diensten.

2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk kwam allereerst het AB-regime aan bod. Aan de inkomstenbelasting ligt het draagkrachtbeginsel ten grondslag. Dit beginsel gaat uit van belastingheffing bij belastingsubjecten naar rato van diens draagkracht. De kern van het AB-regime is dat een aandeelhouder met een aandelenpakket van 5% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap onderworpen is aan het AB-regime. Middels de meetrek- of de meesleepregeling kan een belastingplichtige ook een AB houden. Een belastingplichtige kan ook een fictief AB houden, indien bijvoorbeeld sprake is van een doorschuiving op basis van art. 4.17 Wet IB 2001. De reguliere voordelen en de vervreemdingsvoordelen die zijn behaald op het AB worden meegenomen in de belastingheffing voor de Wet IB 2001 tegen een tarief van 26,90%. Bij vervreemding kan worden gedacht aan een ruil of een verkoop van aandelen. De voordelen die hieruit ontstaan vallen onder vervreemdingsvoordelen. De vervreemdingsvoordelen worden gesteld op de overdrachtsprijs verminderd met de verkrijgingsprijs. De wetgever heeft een aantal rechtshandelingen als fictieve vervreemdingen aangemerkt, waardoor bijvoorbeeld een overgang krachtens erfrecht onder algemene titel en onder bijzondere titel kwalificeert als vervreemding. Civielrechtelijk neemt een erfgenaam vermogensrechtelijk gezien de positie over van een erflater bij diens overlijden.

Overgang van vermogen zonder directe heffing bij een overgang van AB krachtens erfrecht is mogelijk middels de doorschuifregeling uit art. 4.17a Wet IB 2001. Om een liquiditeitsprobleem bij een onderneming te voorkomen is voor de verkrijging van een AB krachtens erfrecht, indien voldaan aan de voorwaarden, op verzoek doorschuiving van de belastingclaim mogelijk. Van belang is dat de belastingclaim enkel kan worden doorgeschoven voor het ondernemingsvermogen van een materiële onderneming. Een beleggingsmarge van 5% van de WEV van het ondernemingsvermogen is toegestaan om te worden doorgeschoven. Over het resterende beleggingsvermogen dient te worden afgerekend. Het doel van de wetgever is om hiermee enkel een reële bedrijfsopvolging te faciliteren. Een indirect AB kwalificeert onder voorwaarden ook voor de toepassing van de doorschuifregeling. Een meetrek AB valt niet onder een AB waarop doorschuiving van de belastingclaim van toepassing kan zijn. Het rapport Bouwstenen biedt als beleidsoptie een alternatief aan voor de doorschuifregeling. Een betalingsregeling volstaat wellicht ook om een eventueel liquiditeitsprobleem te voorkomen. Ik ben van mening dat de in 2010 doorgevoerde beperking van de doorschuifregeling naar enkel ondernemingsvermogen voldoende is om de doeltreffendheid van de regeling te waarborgen. Daarnaast komt het omzetten van de doorschuifregeling in een betalingsregeling de doelstelling niet ten goede. Het inperken van de doorschuifregeling door bijvoorbeeld de reikwijdte te verkleinen acht ik onwenselijk, aangezien ten gevolge van de inperking wellicht ongewenste constructies tot stand komen.

De BOR is een voorwaardelijke vrijstelling in de Successiewet met een mogelijkheid tot renteloos uitstel van betaling. De voorwaardelijke vrijstelling geldt per objectieve onderneming en het verzoek dient gelijktijdig met de aangifte te worden gedaan. Middels een voorwaardelijke vrijstelling voor de verschuldigde schenk- of erfbelasting worden continuïteitsproblemen voorkomen. De wetgever had als doel om met de huidige vormgeving van de BOR meer evenwicht, toegankelijkheid en eenvoud te creëren, waarbij enkel reële bedrijfsopvolging zou worden gefaciliteerd. De voorwaardelijke vrijstelling is van toepassing op het ondernemingsvermogen van een materiële onderneming, waarbij een vrijstelling van € 1.119.845 (in 2021) geldt indien de totale waarde van het verkregen ondernemingsvermogen dit bedrag niet te boven gaat. Indien sprake is van een hogere liquidatiewaarde dan voortzettingswaarde, is het verschil hiertussen vrijgesteld. Indien voorgaande niet het geval is, is de voortzettingswaarde van het verkregen ondernemingsvermogen vrijgesteld tot € 1.119.845. Het surplus van de voortzettingswaarde is voor 83% vrijgesteld. Een (fictief) direct of indirect AB kwalificeert ook als object voor de voorwaardelijke vrijstelling van de BOR. Een meetrek AB wordt, net zoals in de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001, uitgezonderd. Ook mag het beleggingsvermogen van de materiële onderneming tot 5% van het ondernemingsvermogen worden meegenomen voor de toepassing van de BOR.

Voor de BOR geldt een bezitstermijn van één jaar bij een verkrijging krachtens erfrecht en een bezitstermijn van vijf jaar bij een verkrijging krachtens schenking. Van belang is dat het lichaam waarin de erflater een AB heeft gedurende de hele bezitstermijn een materiële onderneming drijft. Het beleggingsvermogen dat onder de 5% marge valt, mag niet in de periode van de bezitstermijn zijn ingebracht in het lichaam. De bezitser dient niet in de weg te staan van om bedrijfseconomische redenen gewenste rechtsvormwijzigingen. Enkele uitzonderingen en goedkeuringen zijn van toepassing op situaties waarin een wijziging van de juridische vorm waarin een onderneming wordt gedreven plaatsvindt, terwijl materieel niks verandert. Naast de bezitser geldt een voortzettingseis, waarbij de verkrijger van het AB deze gedurende vijf jaar niet mag vervreemden. Het lichaam waarin het AB wordt gehouden mag daarnaast niet ophouden winst te genieten. Indien een AB wordt vervreemd, vervalt de BOR. Enkele fictieve vervreemdingen worden gelijkgesteld met vervreemding, zoals een overgang krachtens erfrecht. Ook voor de voortzettingseis zijn uitzonderingen mogelijk, waarbij formeel niet aan de voortzettingstermijn is voldaan, maar de verkrijger in economische zin wel de onderneming voortzet. Ik acht het wenselijk dat de wetgever in de toekomst meer ruimte gaat bieden voor situaties waarin formeel niet is voldaan aan de bezitser of de voortzettingseis, terwijl economisch gezien dit wel het geval is. Indien gebruik is gemaakt van de doorschuifregeling in de inkomstenbelasting, komt voor de erfbelasting enkel aftrek van latente inkomstenbelasting in aanmerking op het ondernemingsvermogen dat na toepassing van de BOR belast is.

De toekomst van de BOR in diens huidige vorm is onzeker. Het rapport Bouwstenen bestempelt de BOR als beperkt doelmatig en geeft enkele beleidsopties. Zo kan de BOR bijvoorbeeld worden beperkt tot een 25% vrijstelling voor de voortzettingswaarde met een plafond van € 5.000.000 voor het ondernemingsvermogen. Deze beperking vermindert het cadeau-effect van de BOR. In het derde kwartaal van dit jaar zal naar verwachting een evaluatie van bedrijfsopvolgingsregelingen in Nederland, en daarmee dus van de BOR, verschijnen. Ik acht het onwenselijk dat de BOR rigoureus wordt afgeschaft. Een verlaging van de procentuele voorwaardelijke vrijstelling voor de going-concern waarde is naar mijn mening een betere beleids optie, waarbij de doelstelling behouden blijft en de maatschappelijke onvrede hopelijk deels zal verdwijnen. Ik acht het wenselijk dat de wetgever de belastingplichtige tegemoetkomt in situaties waarbij formeel niet is voldaan aan de bezitseis of de voortzettingseis, maar economisch wel aan de voorwaarden is voldaan.

3. Trusts tot 1 januari 2010

Dit hoofdstuk ziet op de behandeling van doelvermogens tot 1 januari 2010. In dit onderzoek wordt een Anglo-Amerikaanse trust (hierna: trust) als voorbeeld van een doelvermogen genomen welke als algemeen uitgangspunt geldt voor dit gehele onderzoek. Allereerst wordt in paragraaf 3.1 aandacht besteed aan de Anglo-Amerikaanse trust, zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk. Het behandelen van de gehele historische ontwikkeling van deze trust is te omvangrijk om volledig mee te nemen in dit onderzoek.¹⁶¹ Enkel de belangrijkste punten rondom de behandeling van de trust komen in dit onderzoek aan bod. Deze paragraaf behandelt daarnaast de vormgeving van zowel een irrevocable fixed trust als een irrevocable discretionary trust en diens behandeling tot 1 januari 2010 in de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969 en de SW 1956, waarbij tevens kort de gevolgen van de vestigingsplaats van de trust nader worden toegelicht. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 3.2 af met een deelconclusie.

3.1 Anglo-Amerikaanse trust

Om de behandeling van een doelvermogen dat onder voorwaarden als fiscaal transparant kan worden aangemerkt in de Nederlandse fiscale wetgeving helder te beschrijven, wordt in de onderzoek als voorbeeld de Anglo-Amerikaanse trust genomen. De civielrechtelijke behandeling vergt een nadere toelichting en ook de fiscaalrechtelijke behandeling in de Nederlandse wetgeving tot 1 januari 2010 dient van uitleg te worden voorzien.¹⁶² In beginsel is een trust in Nederland geen rechtspersoon, het is een doelvermogen welke in het economische verkeer kan optreden als zelfstandige entiteit.¹⁶³ Een trust heeft een insteller en een beheerder, ook wel de *settlor* en de *trustee*. Het vermogen van de *settlor* wordt afgezonderd van het eigen vermogen, waarna het in de trust zit ten gunste van een of meerdere begunstigen, welke ook wel de *beneficiaries* worden genoemd. Het afzonderen van het vermogen is een eenzijdige rechtshandeling. Indien geen *trustee* wordt aangewezen, kan sprake zijn van een *declaration of trust*, waarbij een deel van het vermogen van de *settlor* als afgezonderd wordt beschouwd. De *settlor* houdt dit deel van zijn vermogen als trustvermogen zoals een *trustee* het ook zou houden.¹⁶⁴

3.1.1 Civielrechtelijk

De trust kan worden onderverdeeld in verschillende soorten trustvormen. Boer heeft schematisch weergegeven welke trustvormen bestaan en op basis van welke criteria de trustvorm wordt ingedeeld.¹⁶⁵ Deze verdeling geschiedt op basis van de ontstaansgrond, het met de trust nagestreefde doel of de rechten die de *beneficiaries* kunnen ontlenen aan de trust.¹⁶⁶ Twee trustvormen acht ik

¹⁶¹ Zie Boer 2011 voor een zeer uitgebreide omschrijving van de Anglo-Amerikaanse trust.

¹⁶² Vanaf 1 januari 2010 treedt het APV-regime in werking, waarbij een trust, indien voldaan aan bepaalde voorwaarden, als APV kan kwalificeren. Zie hoofdstuk 5 over het APV-regime.

¹⁶³ Olde Bijvank & Stevens, FTV 2007.

¹⁶⁴ Sonneveldt 1998, p. 4.

¹⁶⁵ Boer 2011, p. 201. Zie bijlage 4 voor het schema van de trustvormen.

¹⁶⁶ Boer 2011, p. 197.

relevant voor dit onderzoek, namelijk de fixed trust en de discretionary trust.¹⁶⁷ Zoals eerder al genoemd is een trust in beginsel in het Nederlandse civiele rechtssysteem geen rechtspersoon. Om de trust toch te kunnen erkennen als rechtsvorm heeft Nederland in 1985 het Haags Trustverdrag (hierna: HTV) getekend.

3.1.1.A Discretionary trust

Indien sprake is van een discretionary trust heeft een *beneficiary* uitsluitend de verwachting van het ontvangen van bepaald inkomen en/of vermogen uit de trust, aangezien de uitkering volledig afhankelijk is van de *trustee* met discretionaire beslissingsbevoegdheid. Hierbij heeft de *beneficiary* dus enkel het recht om als potentieel begunstigde gezien te worden door de *trustee*.¹⁶⁸ De vrijheid die wordt geboden aan de *trustee* kan ver rijken. Zo is het mogelijk dat de *trustee* bijvoorbeeld helemaal geen uitkeringen doet of zelfs nieuwe *beneficiaries* kan aanwijzen en oude *beneficiaries* kan schrappen. Een voordeel van deze soort trust is dat de *trustee* gehoor kan geven aan eerder gegeven wensen van de *settlor* door middel van een *letter of wishes* indien de *settlor* zelf daar niet meer toe in staat is.¹⁶⁹ Het gevaar hierbij is dat de *letter of wishes* niet bindend is, waardoor de *trustee* niet belemmerd wordt in zijn of haar bewegingsvrijheid. De inzichten van de *trustee* blijven bij een discretionary trust doorslaggevend.

3.1.1.B Fixed trust

In het geval van een fixed trust worden aan *beneficiaries* bepaalde of bepaalbare rechten toegekend omtrent het onder trustverband geplaatste inkomen en/of vermogen. Hierbij speelt de *trustee* geen rol, deze kan geen verandering brengen in de keuze van de aangewezen *beneficiaries*.¹⁷⁰ De *settlor* kan in de trustakte de rechten van de *beneficiaries* aangeven omtrent het inkomen en/of vermogen van de trust, zoals wanneer en voor welk deel de *beneficiaries* tot het vermogen gerechtigd zijn. De *trustee* dient deze trustakte te volgen en is beperkt tot hetgeen hierin vermeldt staat. Een life interest trust is een voorbeeld van een fixed trust, welke sterkte overeenkomsten vertoont met het vruchtgebruiktestament zoals wij deze in Nederland kennen.¹⁷¹

3.1.1.C Revocable en irrevocable

Los van de twee bovengenoemde trustvormen kan een trust revocable of irrevocable zijn. Een revocable trust is herroepbaar voor de *settlor* van de trust. De *settlor* houdt een recht waarvan naar eigen inzicht gebruik kan worden gemaakt.¹⁷² Het ingebrachte vermogen komt dan terug bij de *settlor* in zijn privévermogen. Dit recht van de *settlor* gaat bij overlijden niet over op diens erfgenamen,

¹⁶⁷ In dit onderzoek wordt niet nader ingegaan op andere soorten trustvormen.

¹⁶⁸ Boer 2011, p. 200.

¹⁶⁹ Sonneveld 1998, p. 7.

¹⁷⁰ Boer 2011, p. 199.

¹⁷¹ Olde Bijvank & Stevens, FTV 2007.

¹⁷² Ook wel de 'power to revoke' genoemd.

waardoor de herroepbaarheid van het vermogen in de trust verloren gaat. Indien sprake is van een irrevocable trust is het ingebrachte vermogen van de *settlor* definitief afgezonderd en kan dit niet via een herroeping ongedaan worden gemaakt. Het wel of niet herroepbaar zijn van vermogen is in de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving nadrukkelijker aanwezig dan in het civiele recht van de Anglo-Amerikaanse trust.¹⁷³ In dit onderzoek ligt de focus enkel op de behandeling van irrevocable trusts.

3.1.1.D Haags Trustverdrag

Per 1 februari 1996 is het op 1 juli 1985 gesloten HTV in Nederland in werking getreden.¹⁷⁴ Het HTV bevat onder andere regels omtrent de beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is op een trustverhouding. Als uitgangspunt wordt de impliciete of expliciete rechtskeuze van de *settlor* van een trust genomen om te kunnen bepalen welk recht van toepassing is.¹⁷⁵ Daarnaast dient sprake te zijn van een 'verdragstrust' en dienen trusts krachtens een wilsverklaring voort te komen. Het HTV leidt niet direct tot een kwalificatie van de trust als een entiteit, het gaat ingevolge art. 19 HTV puur om de erkenning van de trust in het Nederlandse recht. Naast deze erkenning kan een trust in Nederland zijn gevestigd. Middels art. 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) hangt de vestiging af van de feiten en omstandigheden.¹⁷⁶ Zo is bijvoorbeeld een in Nederland gevestigde trust die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft en ook geen onderneming drijft niet belastingplichtig.¹⁷⁷

3.1.2 Fiscaalrechtelijk

Onduidelijkheid bleef bestaan rondom de trust en diens fiscale behandeling ondanks het HTV. De vraag rijst hoe een trust in de periode tot 1 januari 2010 fiscaalrechtelijk dient te worden behandeld in de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969 en de SW 1956.¹⁷⁸ Van belang is om een onderscheid te maken tussen twee soorten trusts, namelijk de fixed trust en de discretionary trust. De HR heeft in de November-arresten¹⁷⁹ (hierna: Trustarresten) uitspraak gedaan over de fiscale gevolgen van de irrevocable discretionary trust voor de Nederlandse wetgeving. Jurisprudentie van de HR over de fiscale behandeling van een fixed trust liet daarentegen langer op zich wachten. In haar arrest van 14 juli 2006 gaf de HR pas expliciet meer duidelijkheid over de fixed trust. Daarnaast heeft de wetgever middels

¹⁷³ Boer & Freudenthal, WFR 2003.

¹⁷⁴ Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, 's-Gravenhage 1 juli 1985, Trb. 1985, 141.

¹⁷⁵ Art. 6 HTV. Indien geen keuze is uitgebracht door de *settlor*, wordt middels art. 7 HTV aangesloten bij het recht van het land waarmee de trust de nauwste band heeft. Een rechtskeuze voor het Nederlandse recht is echter niet mogelijk gezien het feit dat het Nederlandse recht de trust niet kent, zie Roelofs 2011a, p. 168.

¹⁷⁶ Zo kan bijvoorbeeld een recht op grond waarvan een trust is opgericht een rol spelen of de plaats waar de bestuurders van een trust wonen en vergaderen.

¹⁷⁷ Auerbach, WFR 2009.

¹⁷⁸ Deze paragraaf ziet dus op de behandeling van de trust vóór invoering van het APV-regime.

¹⁷⁹ HR 18 november 1998 nr. 31 756, HR 18 november 1998 nr. 31 758 en HR 18 november 1998, nr. 31 759.

een (inmiddels vervallen) besluit zekerheid proberen te bieden bij de fiscale behandeling van onder andere trusts.¹⁸⁰

3.1.2.A Trustarresten

De HR heeft in 1998 arresten gewezen voor de Successiewet die mede het uitgangspunt vormden voor de fiscale behandeling van het ingebrachte vermogen in een trust.¹⁸¹ Allereerst had de HR ter overweging of een irrevocable discretionary trust in Nederland erkend moest worden. Vervolgens overwoog de HR of het bestaan van deze trust genegeerd kon worden op basis van art. 19 HTV indien de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving dat vereist. De HR heeft het volgende omtrent de definitie van doelvermogens beslist: *'In het Nederlandse fiscale recht is bekend het begrip doelvermogen, een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen, dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een (rechts)persoon en wordt behandeld als een zelfstandige fiscale entiteit. Op onderscheiden plaatsen in de fiscale wetgeving is rekening gehouden met de omstandigheid dat in feite in het economische verkeer dergelijke doelvermogens optreden. De onderhavige trusts zijn, gelet op hetgeen onder 3.6 en 3.7 is overwogen, aan te merken als zodanige doelvermogens.'*¹⁸² Uitgangspunt voor de fiscale kwalificatie van een irrevocable discretionary trust is volgens de HR dan ook dat deze als zodanig aan te merken is als een doelvermogen.

Daarnaast dient bij het afzonderen van vermogen in een irrevocable discretionary trust voor de Successiewet de trust aangemerkt te worden als de verkrijger, de *beneficiaries* zijn géén verkrijgers. Hier is aangesloten bij het civielrechtelijke schenkingsbegrip, waarbij van belang is dat sprake is van een overeenkomst 'om niet' die ertoe strekt dat een schenker ten koste van diens vermogen een begiftigde verrijkt.¹⁸³ Ter zake van de inbreng van vermogen in een irrevocable discretionary trust heeft de HR beslist dat voor de Successiewet het derdentarief is verschuldigd en de *trustee* verantwoordelijk is voor de betaling hiervan.

Opmerkelijk acht ik dat de HR in de arresten niet duidelijk aangeeft wie daadwerkelijk verrijkt. In de Successiewet zijn voor een schenking een verrijking, verarming en een bevoordelingsbedoeling van belang.¹⁸⁴ De HR stelt vast dat de *settlor* verarmd door het onherroepelijk onder trustverband brengen van de goederen ten behoeve van de *beneficiaries*. Een trust zelf wordt als verkrijgers aangemerkt. Onduidelijk blijft of de HR een verrijking ziet bij een trust an sich, of dat deze verrijking bij *beneficiaries*

¹⁸⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M.

¹⁸¹ HR 18 november 1998 nr. 31 756, HR 18 november 1998 nr. 31 758 en HR 18 november 1998, nr. 31 759.

¹⁸² HR 18 november 1998, nr. 31 756.

¹⁸³ Art. 7:175 lid 1 BW.

¹⁸⁴ De Successiewet hanteert een sterk civielrechtelijke benadering, waardoor aangesloten wordt bij de civielrechtelijke betekenis van een schenking.

moet worden geconstateerd. De bevoordelingsgedachte van de *settlor* is naar mijn idee in beginsel niet op de trust gericht, maar juist op *beneficiaries*.

Daarnaast wordt op basis van de Trustarresten een irrevocable discretionary trust als zelfstandige entiteit voor toepassing van de Successiewet worden gezien. De vraag is of dit arrest doorwerkt naar andere belastingwetten.¹⁸⁵ Met de woorden ‘*in het Nederlandse fiscale recht*’ en ‘*Op onderscheiden plaatsen in de fiscale wetgeving*’ kan de HR bewust een bredere reikwijdte hebben gekoppeld aan een irrevocable discretionary trust dan enkel zelfstandigheid binnen de Successiewet.¹⁸⁶ Boer acht het haast onvermijdelijk dat de HR met de zelfstandige kwalificatie een breder toepassingsbereik heeft bedoeld.¹⁸⁷ Zelf acht ik de conclusie van de HR pas van toepassing op andere belastingwetten dan de Successiewet indien dit expliciet wordt beslist.¹⁸⁸

3.1.2.B Besluit van 15 december 2005

In zijn besluit 15 december 2005¹⁸⁹ had de Staatssecretaris als doel om zekerheid te bieden bij de fiscale behandeling van onder andere trusts.¹⁹⁰ De essentie van dit besluit was dat alleen zekerheid werd geboden indien de specifieke situatie afzonderlijk beoordeeld was en de trust ingesteld was op basis van reële, niet-fiscale motieven. In een transparantieovereenkomst werden afspraken vastgelegd, waarbij de rechtsfiguur, zoals een trust, geacht werd niet te bestaan voor de toepassing van de Nederlandse fiscale regelgeving. Voor situaties met een trust die in de categorie van een irrevocable discretionary trust valt, kon geen transparantieovereenkomst tot stand komen. Voor kwalificatie van deze categorie trusts werd verwezen naar de uitspraken in de Trustarresten van de HR in november 1998.

3.1.2.C Discretionary trust

Na de Trustarresten zijn weinig andere arresten door de HR gewezen rondom de fiscale behandeling van een irrevocable discretionary trust. Wel kan op grond van overige jurisprudentie de fiscale kwalificatie van de discretionary trust worden geschetst. Rechtbank Haarlem¹⁹¹ heeft in 2009 beslist dat ondanks dat een irrevocable discretionary trust als een zelfstandige entiteit gezien kan worden, een *settlor* een meer dan blote verwachting had ten aanzien van het vermogen dat onder het trustverband was gebracht en dus een overig vermogensrecht op basis van art. 5.3 lid 2 onderdeel f Wet IB 2001 had.¹⁹² Daarnaast heeft Hof Den Haag in 2010 beslist in het kader van de Wet IB 2001 dat

¹⁸⁵ Te denken valt aan de Wet IB 2001.

¹⁸⁶ HR 18 november 1998, nr. 31 756 r.o. 3.9.

¹⁸⁷ Boer 2011, p. 274.

¹⁸⁸ Zie voor relevante jurisprudentie omtrent de belastingheffing bij irrevocable discretionary trusts paragraaf 3.1.2.C.

¹⁸⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M. Dit besluit is vervallen per 1 januari 2010.

¹⁹⁰ Ook de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds en andere vormen waarin zwevende vermogens zijn ingebracht vallen onder het verzamelbesluit van 15 december 2005.

¹⁹¹ Rechtbank Haarlem 19 januari 2009, nr. 08 02773.

¹⁹² Wat eigenlijk een vreemde benadering is voor een discretionary trust, aangezien hier een blote verwachting kwalificeerde als meer dan blote verwachting en dus voldoende als vermogensrecht kon kwalificeren.

een irrevocable discretionary trust een non-transparante entiteit is en dat de *settlor* geen enkel recht kon ontleen aan goederen die onder het trustverband waren gebracht.¹⁹³ Mijns inziens blijkt dat de discretionary trust op grond van jurisprudentie niet enkel met betrekking tot de Successiewet als een zelfstandige entiteit wordt gezien, maar ook voor toepassing van de inkomstenbelasting.

Van het vermogen in een discretionary trust is de *trustee* juridisch eigenaar zonder economisch belang over dit vermogen te bezitten. Zolang de *trustee* geen gebruik maakt van diens discretionaire bevoegdheid hebben de *beneficiaries* nog geen juridisch afdwingbaar recht op het vermogen in de trust. In feite is dus niemand gerechtigd tot het vermogen in de trust, waardoor sprake kan zijn van onbelast zwevend vermogen indien de trust in Nederland geen belastingplicht heeft voor de heffing van inkomstenbelasting of schenk- en erfbelasting.

3.1.2.D Fixed trust

De Trustarresten en overige jurisprudentie uit paragraaf 3.1.2.C zagen op discretionary trusts. De vraag rijst op welke wijze een fixed trust in Nederland dient te worden behandeld. Ook voor een fixed trust geldt dat op grond van jurisprudentie iets meer duidelijkheid is gekomen over de fiscale behandeling. De HR heeft in 2006 een arrest gewezen omtrent de fiscale behandeling van periodieke uitkeringen welke gedaan werden uit een fixed trust, waarbij de Wet IB 1964 nog van toepassing was. In casu was de vraag of een periodieke uitkering een tegenwaarde voor een prestatie kon vormen, waarbij de beoordeling plaatsvond vanuit de positie van een 'schuldenaar'. Periodieke uitkeringen uit een fixed trust konden volgens de HR de tegenwaarde voor een prestatie vormen en werden in de heffing betrokken middels de saldomethode.¹⁹⁴ Naast voornoemd arrest uit 2006 heeft de HR in 2007 tevens beslist dat voor toepassing van de Wet IB 2001 een fixed trust als 'schuldenaar' kan worden gezien bij de beoordeling of sprake is van een tegenwaarde voor een prestatie.¹⁹⁵ Uitkeringen aan de *beneficiaries* vinden volgens de HR in casu hun grond in het onder trustverband stellen van het vermogen door de *settlor*, waarbij de inkomsten voor *beneficiaries* en tegenwaarde van de prestatie vormen.

De rechtspraak gaat voor een fixed trust over het algemeen uit van een entiteitsbenadering, waarbij een *beneficiary* een zelfstandig recht verkrijgt ten opzichte van de fixed trust en deze fixed trust als 'schuldenaar' wordt aangemerkt.¹⁹⁶ Gevolg is dat vermogensbestanddelen die in een fixed trust worden ingebracht niet in aanmerking komen voor belastingheffing bij de *beneficiaries*, noch bij de *trustee*. Op grond van jurisprudentie worden de vermogensbestanddelen in aanmerking genomen bij de fixed trust die als zelfstandige entiteit wordt behandeld voor de heffing van inkomstenbelasting.

¹⁹³ Hof Den Haag 3 november 2010, nr. 10 00138 en 10 00139.

¹⁹⁴ HR 14 juli 2006, nr. 39 201.

¹⁹⁵ HR 26 oktober 2007, nr. 42 537.

¹⁹⁶ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem 18 december 2006, nr. 05 4091.

Civielrechtelijk behoren deze ingebrachte vermogensbestanddelen toe aan de *trustee*.¹⁹⁷ De entiteitsbenadering van de HR voor een fixed trust ligt in lijn met de behandeling van de discretionary trust zoals deze in de Trustarresten tot stand is gekomen. Daar waar in de Trustarresten de irrevocable discretionary trust als een zelfstandig doelvermogen wordt aangemerkt voor de Successiewet, kwalificeert de fixed trust voor de Wet IB 2001 als zelfstandige entiteit.¹⁹⁸ Beide vormen zouden mijns inziens op basis van voorgaande conclusies als non-transparante lichamen kunnen worden gezien en dat bij fictie de trust zelfstandige drager is van rechten en plichten.¹⁹⁹

Opvallend is dat de HR in voornoemde jurisprudentie omtrent de fixed trust niet toekomt aan eventueel verschuldigde schenkbelasting. Een onherroepelijk inbreng in een fixed trust kan in mijn optiek in beginsel niet als schenking kwalificeren aan de trust zelf, daar de HR beslist dat tegenover de inbreng van het vermogen in de trust sprake is van een tegenprestatie. De uitkering vanuit de trust aan een *beneficiary* kan mijns inziens echter wel als schenking kwalificeren, mits de trust in Nederland gevestigd is. De trust als zelfstandige entiteit verarmt en heeft de bevoordelingsbedoeling om de *beneficiary* te verrijken. De HR heeft op dit punt echter geen uitspraak gedaan in voorgaande arresten.²⁰⁰

3.1.2.E Wet IB 2001

De vraag volgt hoe beide trustsoorten worden betrokken in de heffing van inkomstenbelasting.²⁰¹ De subjectieve belastingplicht voor de inkomstenbelasting ziet op natuurlijke personen. Zowel een fixed trust als een discretionary trust is geen natuurlijk persoon en bevat in beginsel geen rechtspersoonlijkheid, waardoor deze slechts als object van belastingheffing aan een belastingsubject zou kunnen worden toegerekend.²⁰² Uit voorgaande toelichting op de jurisprudentie blijkt dat de HR voor de heffing van inkomstenbelasting heeft beslist dat de twee soorten trust als zelfstandige entiteit kunnen kwalificeren. Deze trusts hebben echter geen subjectieve belastingplicht en kunnen slechts als object van belastingheffing aan een belastingsubject voor de Nederlandse inkomstenbelasting worden toegerekend.²⁰³

¹⁹⁷ Roelofs, WFR 2010.

¹⁹⁸ Opgemerkt dient te worden dat in de jurisprudentie een irrevocable fixed trust centraal stond. Wellicht had de HR anders beslist indien het vermogen herroepelijk zou zijn ingebracht in de trust. Het gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten om nader in op de gevolgen van het herroepelijk inbrengen van vermogen in zowel de fixed trust als de discretionary trust. Zie hierover o.a. Boer 2011.

¹⁹⁹ Met de kanttekening dat de irrevocable discretionary trust non-transparant is voor Successiewet en de fixed trust voor de inkomstenbelasting.

²⁰⁰ Uit jurisprudentie volgt echter dat over een inbreng in een irrevocable fixed trust tot 1 januari 2010 schenkingsrecht verschuldigd was, zie bijvoorbeeld HR 10 april 2015, nr. 13 04999.

²⁰¹ Dit onderzoek laat de behandeling van een uitkering uit een trust onder de Wet IB 1964 buiten beschouwing en focust op de Wet IB 2001.

²⁰² Boer & De Vries, WFR 2005.

²⁰³ Boer & De Vries, WFR 2005.

Wat betreft de uitkeringen uit een fixed trust stelt Boer dat de heffingsgrondslag van box 1 op grond van inkomen uit periodieke uitkeringen en verstrekkingen het beste aansluit bij deze uitkeringen.²⁰⁴ Ingevolge art. 3.101 Wet IB 2001 is over een periodieke uitkering inkomstenbelasting verschuldigd. Periodieke uitkeringen die onder andere in rechte vorderbaar zijn en niet de tegenwaarde voor een prestatie vormen²⁰⁵ en periodieke uitkeringen die niet in rechte vorderbaar zijn en ontvangen worden van een rechtspersoon²⁰⁶ worden in box 1 belast. Wat betreft het vormen van een tegenwaarde voor een prestatie heeft de HR beslist voor de Wet IB 2001 dat bij een fixed trust dient te worden beoordeeld of een periodieke uitkering de tegenwaarde van een prestatie vormt vanuit de positie van de schuldenaar van de periodieke uitkering.²⁰⁷ Uitkeringen aan de *beneficiaries* vinden volgens de HR hun grond in het onder trustverband stellen van het vermogen door de *settlor*. Daar waar op grond van eerdergenoemde jurisprudentie de discretionary trust als zelfstandige entiteit gezien kan worden voor de inkomstenbelasting, acht ik het niet onwaarschijnlijk dat een periodieke uitkering uit deze trustsoort in box 1 wordt belast bij de *beneficiary*.²⁰⁸ Ik vraag me af in hoeverre dit in de praktijk mogelijk is. Veelal zullen periodieke uitkeringen uit een fixed trust niet onder de belastingheffing in box 1 vallen op grond van art. 3.101 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001.

Indien een periodieke uitkering aan een *beneficiary* uit een trust afkomstig is, vindt art. 3.101 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 mijns inziens geen toepassing op basis van de letterlijke wettekst aangezien zowel de fixed trust als de irrevocable discretionary trust naar Nederlandse maatstaven geen rechtspersoon is.²⁰⁹ In de parlementaire geschiedenis valt echter een periodieke uitkering uit een familiestichting wel onder de reikwijdte van art. 30 Wet IB 1964, de voorganger van art. 3.101 Wet IB 2001. De wetgever heeft geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.²¹⁰ Naar mijn mening had de wetgever een aanpassing moeten maken in de wettekst indien gewenst was om ook uitkeringen uit trusts onder dit artikel te doen laten vallen. Een trust bezit geen rechtspersoonlijkheid op grond van Boek 2 BW en een periodieke uitkering uit een trust valt dus in mijn ogen niet onder art. 3.101 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001.

Voor de inkomsten uit AB die in box 2 worden belast, geldt voor een fixed trust dat moet worden beoordeeld of de rechten die een *beneficiary* houdt, welke op zichzelf staand niet als aandelen kunnen

²⁰⁴ Boer 2011, p. 316.

²⁰⁵ Art. 3.101 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001.

²⁰⁶ Art. 3.101 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001.

²⁰⁷ HR 26 oktober 2007, nr. 42 537.

²⁰⁸ Mits voldaan is aan het niet vormen van de tegenwaarde voor een prestatie.

²⁰⁹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat bijvoorbeeld een buitenlandse rechtspersoon zoals een Liechtensteinse Stiftung wél als rechtspersoon voor art. 3.101 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 kwalificeert en daardoor art. 3.101 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 van toepassing kan zijn op periodieke uitkeringen uit de Liechtensteinse Stiftung. Zie Hof Den Haag 1 juli 2014, nr. 12 00875.

²¹⁰ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 727, nr. 3.

worden aangemerkt, wellicht zien op een trustvermogen waarin wel een AB wordt gehouden in de zin van art 4.6 Wet IB 2001. Wanneer dit het geval is, kan de *beneficiary* een AB-houder zijn indien de aanspraak op het vermogen in de trust op basis van art. 4.3 Wet IB 2001 als genotsrecht wordt aangemerkt.²¹¹ Bij een fixed trust ontstaat economische deelgerechtigdheid bij de *beneficiary* tegenover de afzondering van het vermogen, al rijst de vraag of sprake is van een rechtstreekse deelgerechtigdheid.²¹² Indien het economisch eigendom van het recht op het ingebrachte AB in de fixed trust bij de *beneficiary* ligt, staat ter discussie of dit recht daadwerkelijk ziet op goederen. Het recht ziet mijns inziens op het AB dat afgezonderd in het trustvermogen zit, niet op daadwerkelijke 'goederen'.²¹³ Het inbrengen van een AB in een trust kan daarnaast voor een *settlor* een vervreemding zijn in de zin van art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001. Gezien het feit dat zowel de fixed als de discretionary trust als zelfstandige entiteiten gezien kunnen worden, zal de *settlor* moeten afrekenen over het ingebrachte AB dat wordt vervreemd.

Indien sprake is van meer dan een blote verwachting voor de *beneficiary*, zoals het geval is bij een fixed trust, kan de trustaanspraak een belaste bezitting vormen voor de inkomstenbelasting. Deze aanspraken van *beneficiaries* kunnen in de rendementsgrondslag van box 3 worden betrokken als bezittingen middels art. 5.3 lid 2 onderdeel f Wet IB 2001. Zo heeft ook Rechtbank Haarlem geoordeeld in 2006, waarbij een dochter een recht had op het vermogen in een fixed trust en dit als vermogensrecht kwalificeerde in de zin van art. 5.3 lid 2 onderdeel f Wet IB 2001.²¹⁴ Olde Bijvank en Stevens concluderen mijns inziens terecht dat enkel trustaanspraken uit een fixed trust hieraan voldoen en dat alleen deze aanspraken onder art. 5.3 lid 2 onderdeel f Wet IB 2001 kunnen vallen.²¹⁵ De belangen van *beneficiaries* vormen in een discretionary trust namelijk enkel een blote verwachting en kwalificeren dus niet als bezitting voor de rendementsgrondslag van box 3. Voor deze *beneficiaries* bestaat geen enkele mogelijkheid om een uitkering af te dwingen bij de trust.²¹⁶ Middels de afwezigheid van een afdwingbaar recht op het vermogen in de trust wordt belastingheffing in box 3 voorkomen, waardoor onbelast zwevend vermogen kan ontstaan. Belastingheffing is mogelijk indien de blote verwachting omslaat in een concrete aanspraak op het vermogen in de trust.

Dat *beneficiaries* voor enkel de blote verwachting op een uitkering uit het trustvermogen niet in de heffing van box 3 worden betrokken, acht ik in lijn met het draagkrachtbeginsel. Van een concreet

²¹¹ Boer 2011, p. 329.

²¹² Boer, TFO 2010.

²¹³ Zie hierover ook Boer, TFO 2010.

²¹⁴ Rechtbank Haarlem 18 december 2006, nr. 05 4091.

²¹⁵ Olde Bijvank & Stevens, FTV 2007.

²¹⁶ Van Hoepen, WPNR 2014.

recht wat kan leiden tot een economisch belang is geen sprake, waardoor belastingheffing in box 3 bij deze *beneficiaries* mijns inziens ongewenst is.

3.1.2.F Wet VPB 1969

In het Nederlandse fiscale stelsel wordt vennootschapsbelasting geheven over lichamen genoemd in de Wet VPB 1969.²¹⁷ Een lichaam kan belastingplichtig zijn indien deze onder de limitatieve opsomming van art. 2 en 3 Wet VPB 1969 valt.

Voor binnenlandse belastingplicht is allereerst van belang dat een trust in Nederland gevestigd is. Op grond van art. 4 AWR kan een trust in Nederland zijn gevestigd indien de feitelijke leiding in Nederland ligt. Vervolgens dient te worden bepaald onder welke categorie lichamen uit art. 2 Wet VPB 1969 een trust valt. Een trust wordt niet expliciet genoemd in de limitatieve opsomming uit art. 2 Wet VPB 1969. De trust was echter bij het ontstaan van de Wet VPB 1969 binnen de Nederlandse wetgeving nog een onbekend fenomeen. De erkenning die middels het HTV tot stand is gekomen en de behandeling op grond van jurisprudentie hebben naar mijn mening tot gevolg dat de trust een plek had moeten krijgen in de limitatieve opsomming om een heffingsvacuüm te voorkomen. Indien dit het geval was geweest, was om toe te komen aan binnenlandse belastingplicht voor een trust op grond art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 van belang dat een trust een onderneming drijft. In de Wet VPB 1969 ontbreekt enige betekenis aan het begrip 'onderneming', zodat aangesloten wordt bij het ondernemingsbegrip uit de Wet IB 2001. De vennootschapsbelasting heeft namelijk een complementaire functie, waarbij het streven naar een globaal evenwicht centraal staat.²¹⁸ Eventuele verschillen op grond van jurisprudentie in het begrip 'onderneming' worden echter niet uitgesloten.²¹⁹ Algemeen wordt aangenomen dat sprake is van het drijven van een onderneming indien:

- met behulp van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal,
- wordt deelgenomen aan het economische verkeer,
- om winst te behalen.²²⁰

Doorgaans voldoet een trust niet aan deze voorwaarden, waardoor ik het onwaarschijnlijk acht dat sprake is van binnenlandse belastingplicht voor de Wet VPB 1969 indien een doelvermogen onder de limitatieve opsomming van art. 2 Wet VPB 1969 zou vallen.

Olde Bijvank en Stevens zijn van mening dat niet kan worden uitgesloten dat een trust in het bezit is van voldoende zelfstandigheid om aangemerkt te kunnen worden als een belastingplichtig lichaam

²¹⁷ Art. 1 Wet VPB 1969.

²¹⁸ Essers, WFR 2019.

²¹⁹ Heithuis 2017, p. 27.

²²⁰ Het oogmerk om winst te behalen is aanwezig indien voordeel wordt beoogd en dit voordeel ook redelijkerwijs kan worden verwacht.

voor de Wet VPB 1969.²²¹ Daarbij komt dat ten aanzien van verschillende (buitenlandse) lichamen zonder rechtspersoonlijkheid alsnog belastingplicht in de Wet VPB 1969 kan bestaan, aangezien deze lichamen voldoende zelfstandigheid in het economische verkeer vertonen.²²² Mijns inziens kan een trust pas binnenlandse belastingplicht voor de Nederlandse vennootschapsbelasting bezitten indien aangesloten kan worden aan de limitatieve opsomming uit art. 2 Wet VPB 1969. Tot op heden is dit niet het geval en aangezien een trust geen rechtspersoonlijkheid bezit, kwalificeert een trust niet als binnenlands belastingplichtig.

Buitenlandse belastingplicht ontstaat op grond van art. 3 Wet VPB 1969, waar ook doelvermogens voor in aanmerking kunnen komen.²²³ Een in het buitenland gevestigde trust met afgezonderd vermogen, welke aan de hand van de Trustarresten kan kwalificeren als doelvermogen voor de Nederlandse fiscale wetgeving, kan als buitenlands belastingplichtige aangemerkt worden voor de vennootschapsbelasting wanneer deze binnenlands inkomen geniet. Indien deze trust in Nederland gevestigd zou zijn, is deze dan nog steeds onderworpen aan de vennootschapsbelasting? Boer en De Vries beargumenteerden in 2005 dat de wetgever de 'doelvermogens' ook in art. 2 Wet VPB 1969 moet opnemen. Zij vonden het onwenselijk dat het vermogen en het inkomen van in Nederland gevestigde trusts niet geheel in de heffing werden betrokken.²²⁴ Daarnaast acht ik het in strijd met het EU-recht indien een doelvermogen gevestigd in Nederland minder streng behandeld wordt dan een doelvermogen gevestigd in het buitenland. Ik sluit mij dan ook aan bij Boer en De Vries dat de wetgever doelvermogens in art. 2 Wet VPB 1969 opneemt om deze ongelijkheid te laten verdwijnen.

3.1.2.G SW 1956

Belastingplicht voor de Successiewet ziet op een subject (de verkrijger), welke een verkrijging krachtens erfrecht of krachtens schenking geniet, van een in Nederland woonachtige natuurlijk persoon respectievelijk in Nederland gevestigde rechtspersoon. De verkrijger kan zowel een natuurlijk persoon zijn als een rechtspersoon welke overigens niet in Nederland woonachtig respectievelijk gevestigd hoeft te zijn voor de belastingplicht. De belasting wordt geheven van de verkrijger.²²⁵ Het object van deze verkrijgingsbelasting is de verkrijging krachtens erfrecht of krachtens schenking, voor zover de verkrijging krachtens erfrecht geschiedt door iemand die ten tijde van overlijden (fictief) in

²²¹ Olde Bijvank & Stevens, FTV 2007.

²²² Te denken valt aan een fonds voor gemene rekening genoemd in art. 2 lid 1 onderdeel f Wet VPB 1969 of de Belgische CVBA en de Luxemburgse SC, zie Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M.

²²³ Indien een buitenlandse rechtspersoon vergelijkbaar is met een Nederlandse vereniging of stichting kan art. 3 lid 2 Wet VPB 1969 eventueel toepassing vinden.

²²⁴ Boer & De Vries, WFR 2005.

²²⁵ Art. 36 SW 1956.

Nederland woonachtig was en de verkrijging krachtens schenking geschiedt door iemand die tijdens het doen van de schenking (fictief) in Nederland woonachtig was.²²⁶

Indien een trust op basis van art. 4 AWR feitelijk in Nederland is gevestigd, wordt een schenking vanuit deze trust in de belastingheffing betrokken indien de verkregen schenking is gedaan op een tijdstip waarop de trust geacht werd in Nederland te zijn gevestigd. Van belang is dat de discretionary trust op grond van de Trustarresten als zelfstandige entiteit wordt gezien voor de Successiewet. Ik ben van mening dat deze zelfstandige kwalificatie geldt voor zowel een discretionary trust als een fixed trust (zie paragraaf 3.1.2.C en 3.1.2.D) waardoor beide soorten trust als subject voor de Successiewet kunnen worden aangemerkt.²²⁷

Ten aanzien van het vermogen dat door een *settlor* is ingebracht in een discretionary trust kan worden vastgesteld dat de *settlor* is verarmd en een vermogensverschuiving van de *settlor* naar de trust heeft plaatsgevonden. De vraag rijst in hoeverre de afzondering van het vermogen van de *settlor* in de trust ook daadwerkelijk zorgt voor een verrijking. De *beneficiaries* van een discretionary trust verrijken niet op het moment van afzondering, zij krijgen enkel de blote verwachting dat op enig moment een uitkering vanuit de trust wordt gedaan die bij hen terecht komt. Een *trustee* verrijkt ook niet, gezien het feit dat deze optreedt als beheerder en het juridisch eigendom heeft over het ingebrachte vermogen, geen economisch eigendom. De eerdergenoemde Trustarresten hebben een einde gemaakt aan een heffingsvacuüm en hebben tot gevolg gehad dat de discretionary trust als degene wordt aangemerkt die verrijkt. Een eventueel probleem kan zich echter voordoen indien een discretionary trust op basis van art. 4 AWR feitelijk is gevestigd in Nederland, waarbij zowel de inbreng als de uitkering wordt belast met schenkbelasting.²²⁸ Hierdoor bestaat een mogelijkheid tot dubbele heffing van schenkbelasting. Bij een inbreng van het vermogen van de *settlor* in de discretionary trust en bij een uitkering aan de *beneficiary* wordt schenkbelasting geheven, gezien het feit dat de uitkering niet wordt geacht afkomstig te zijn van de *settlor* maar van de discretionary trust zelf en dus geen sprake kan zijn van vermindering van de verschuldigde schenkbelasting.²²⁹

Zoals eerder vermeld ben ik van mening dat ook een fixed trust voor de Successiewet als zelfstandige entiteit dient te worden gezien. De inbreng van het vermogen in de fixed trust door een *settlor* kan mijns inziens echter niet in de belastingheffing worden betrokken als een belastbare schenking aan de

²²⁶ Art. 1 lid 1 SW 1956. Eventuele ficties laat ik hier buiten beschouwing.

²²⁷ Het zijn van een subject voor de Successiewet heeft niet automatisch tot gevolg dat daadwerkelijk belasting is verschuldigd.

²²⁸ Ervan uitgaande dat de *settlor* tevens woonachtig is in Nederland.

²²⁹ De vraag rijst in hoeverre deze dubbele heffing gerechtvaardigd kan worden. Een fictiebepaling waarbij een vermindering van verschuldigde schenkbelasting bij de *beneficiaries* wel van toepassing was geweest, is mijns inziens niet meer dan redelijk met het oog op het voorkomen van economisch dubbele belastingheffing.

fixed trust zelf.²³⁰ Bij inbreng van vermogen in een fixed trust komt een belastbare schenking tot stand bij de *beneficiaries*. Bij de fixed trust kan eventueel de last tot het doen van uitkeringen nog een rol spelen indien de heffing van schenkbelasting wel bij de fixed trust zou plaatsvinden. Deze last kan namelijk in aftrek worden gebracht op grond van art. 5 lid 2 SW 1956. Vervolgens staat tegenover deze aftrek van de last bij de fixed trust een heffing bij de *beneficiary* van schenkbelasting indien een uitkering wordt gedaan, welke gewaardeerd dient te worden overeenkomstig de vorm van de uitkering. Veelal zal sprake zijn van een periodieke uitkering, waardoor de waarderingsregels van art. 21 lid 14 SW 1956 van toepassing zijn.

3.1.2.H Buitenlandse vestigingsplaats

Voor de Nederlandse belastingheffing is van belang waar een trust is gevestigd. Zoals in paragraaf 3.2.1.F werd gesteld, is het onwaarschijnlijk dat een trust (zowel fixed als discretionary) met een feitelijke vestigingsplaats in Nederland binnenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting heeft. Los van het feit dat dit onwenselijk is in het licht van het ontstaan van een heffingsvacuüm, staat dit ook haaks op de buitenlandse belastingplicht die ontstaat bij een trust die niet feitelijk in Nederland is gevestigd. Hierdoor ontstaat een situatie waarin twijfels kunnen ontstaan rondom het gelijk behandelen van Nederlands inkomen aan een trust gevestigd in het buitenland ten opzichte van Nederlands inkomen aan een trust die feitelijk in Nederland is gevestigd. Het hebben van buitenlandse belastingplicht voor de Nederlandse vennootschapsbelasting betekent niet dat ook daadwerkelijk belasting verschuldigd is. Indien een discretionary trust in een land is gevestigd waarmee Nederland een verdrag heeft ter voorkoming van dubbele belasting kan het voorkomen dat indien de trust inkomsten geniet Nederland krachtens het verdrag geheel of gedeeltelijk moet terugtreden met betrekking tot de belastingheffing over de inkomsten.

Tot 2010 was met betrekking tot het vermogen van een trust normaliter geen subject aanwezig om een object aan toe te kunnen rekenen voor de Successiewet, waardoor vermogensbestanddelen die afgezonderd in een trust zitten onbelast konden gaan zweven. Tot 2010 werd dit probleem middels de Trustarresten voor de Successiewet in ieder geval voor een irrevocable discretionary trust opgelost. De trust zelf werd aangewezen als subject (en dus verkrijger) voor de Successiewet. Hierdoor had de *trustee* de verantwoordelijkheid voor de betaling van de belasting op zich gekregen. Wat echter een probleem bleef, was de situatie waarin de vestigingsplaats van de trust buiten Nederland lag zodat niet werd voldaan aan vestiging in Nederland en daarnaast een *settlor* van het vermogen reeds 10 jaar in het buitenland woonachtig was²³¹, waardoor uitkeringen aan begunstigden die wél in Nederland woonden niet onder het bereik van de Successiewet vielen. Zowel het inbrengen van het vermogen in

²³⁰ Zie paragraaf 3.1.2.D.

²³¹ Hiermee voldoet de *settlor* dus niet aan de woonplaatsfictie van art. 3 SW 1956.

de trust als de uitkering vanuit de trust aan *beneficiaries* wordt op deze manier niet betrokken in de belastingheffing. Voorgaand probleem had ook gevolgen voor de heffing van erfbelasting indien de *settlor* besloot terug naar Nederland te verhuizen. Het vermogen in de trust welke in het buitenland was gevestigd behoorde niet meer tot het vermogen van de *settlor*, waardoor deze bij overlijden niet in diens nalatenschap vielen.²³² Indien de trust een feitelijke vestigingsplaats in Nederland heeft, vormen de uitkeringen aan *beneficiaries* verkrijgingen die in de heffing van schenkbelasting worden meegenomen. De vestigingsplaats van zowel de *settlor* als de trust heeft dus invloed op de Nederlandse belastingheffing.

3.2 Deelconclusie

In dit onderzoek wordt de Anglo-Amerikaanse trust als algemeen voorbeeld genomen om de fiscale behandeling van een doelvermogen nader toe te lichten. In voornoemd trust wordt het vermogen van een *settlor* afgezonderd van het eigen vermogen naar een trust, welke veelal beheerd wordt door een *trustee*, ten gunste van een of meer *beneficiaries*. De Anglo-Amerikaanse trust heeft meerdere verschijningsvormen. In een *fixed trust* hebben de *beneficiaries* bepaalde of bepaalbare rechten toegekend gekregen omtrent het onder trustverband geplaatste inkomen en/of vermogen. In een *discretionary trust* hebben de *beneficiaries* enkel de verwachting van het ontvangen van een bepaald inkomen en/of vermogen uit de trust. De uitkeringen zijn volledig afhankelijk van de *trustee*, welke discretionaire beslissingsbevoegdheid heeft. Daarnaast kan een trust *revocable* of *irrevocable* zijn. Het verschil hiertussen zit in het herroepbaar zijn van het ingebrachte vermogen in de trust door de *settlor* (*revocable*) en het onherroepelijk zijn van het vermogen dat in de trust is ingebracht (*irrevocable*). Dit onderzoek focust enkel op onherroepelijke trusts.

Tot eind vorige eeuw werd in Nederland een trustverhouding niet erkend in de fiscale wetgeving. Pas bij de inwerkingtreding van het Haags Trustverdrag in 1996 werden regels gesteld omtrent zowel de erkenning van trusts als de beantwoording van de vraag welk recht op desbetreffende trust van toepassing is. De Trustarresten gaven meer zicht op de fiscale behandeling van een *irrevocable discretionary trust*. Een *irrevocable discretionary trust* was als zodanig aan te merken als een doelvermogen. De trust zelf werd voor de Successiewet het subject van verkrijging. De Staatssecretaris kwam in 2005 met een besluit waarin belanghebbenden om zekerheid konden vragen voor een trust. Zekerheid kon alleen geboden worden indien de trust ingesteld was op basis van reële, niet-fiscale motieven. De zekerheid werd geboden middels een transparantieovereenkomst, welke niet voor *irrevocable discretionary trusts* beschikbaar was.

²³² Gilissen 2012, p. 290.

Op basis van jurisprudentie kan zowel een discretionary trust als een fixed trust voor fiscale behandeling als zelfstandig worden gezien. Dit geldt zowel voor de Successiewet als voor de inkomstenbelasting. Een trust (zowel fixed als discretionary) kon tot de invoering van het APV-regime op 1 januari 2010 als object van belastingheffing aan een belastingsubject worden toegerekend voor de Wet IB 2001. Uitkeringen aan de *beneficiaries* kunnen, afhankelijk van diens aard en vorm, belast worden in box 1, 2 of 3. Voor de Wet VPB 1969 kan een trust onder de kwalificatie van doelvermogen vallen, welke in aanmerking komt voor buitenlandse belastingplicht voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Binnenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting acht ik onwaarschijnlijk, gezien het feit dat een trust geen rechtspersoonlijkheid bezit en veelal niet aan de voorwaarde van het drijven van een onderneming voldoet. Voor de Successiewet geldt dat een verkrijger zowel een rechtspersoon als een natuurlijk persoon kan zijn. De irrevocable discretionary trust kwalificeert op grond van de Trustarresten als zelfstandige entiteit, waardoor een inbreng in deze soort trust als schenking wordt aangemerkt. De trust zelf wordt ingevolge de zelfstandigheid voor de Successiewet aangemerkt als verkrijger en is tegen het derdentarief schenkbelasting verschuldigd bij inbreng van vermogen in de trust. De *trustee* is verantwoordelijk voor de betaling van de verschuldigde belasting. Een probleem van dubbele heffing kan zich voordoen op het moment dat de discretionary trust feitelijk in Nederland is gevestigd, waardoor zowel over de inbreng van het vermogen als over het doen van uitkeringen schenkbelasting is verschuldigd. Op basis van jurisprudentie kan een fixed trust ook voor de Successiewet als een zelfstandige entiteit worden gezien. De inbreng van het vermogen in de fixed trust door een *settlor* wordt in mijn optiek niet in de belastingheffing betrokken als een belastbare schenking.

De vestigingsplaats van een trust is relevant voor de heffing van vennootschapsbelasting en schenken en erfbelasting. Indien een trust een feitelijke vestigingsplaats heeft in Nederland is deze waarschijnlijk niet binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Een trust die daarentegen in het buitenland is gevestigd en Nederlands inkomen geniet kan wel buitenlands belastingplichtig zijn voor heffing van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Deze ongelijke behandeling wordt wellicht rechtgetrokken middels een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en het desbetreffende andere land. Daarnaast zag een veel voorkomend probleem op trusts die niet in Nederland waren gevestigd en uitkeringen gingen doen aan *beneficiaries*. Deze uitkeringen vielen zelden onder het bereik van de Nederlandse Successiewet. In trusts kunnen vermogensbestanddelen dus onbelast gaan zweven indien geen subject aanwezig is om een object aan toe te rekenen.

4. Fiscale transparantie

In dit hoofdstuk staat fiscale transparantie centraal. Fiscale transparantie komt in verschillende verschijningsvormen voor. Zo kan het een samenwerkingsverband betreffen als een vennootschap onder firma of ontstaat fiscale transparantie op grond van de wet, zoals in de vennootschapsbelasting bij het fiscale-eenheidsregime.²³³ Voor een doelvermogen komt fiscale transparantie voor op grond van jurisprudentie.²³⁴ De discussie over fiscale transparantie stamt uit de vorige eeuw. Paragraaf 4.1 bevat een uiteenzetting van fiscale transparantie, waarbij de belangrijkste jurisprudentie rondom fiscale transparantie aan bod komt. In paragraaf 4.2 staat de kritiek uit de literatuur centraal welke ziet op de kwalificatie van fiscale transparantie. Paragraaf 4.3 geeft vervolgens de fiscale gevolgen van fiscale transparantie bij enerzijds de fixed trust en anderzijds de discretionary trust met betrekking tot de Nederlandse belastingheffing weer. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 4.4 af met een deelconclusie.

4.1 Jurisprudentie

In 1977 heeft de HR beslist dat indien een stichting hoofdzakelijk ten doel heeft het particulier belang van een belastingplichtige te behartigen middels een lijfrente-uitkering, dit niet op zichzelf meebrengt dat het vermogen in de stichting gelijk kan worden gesteld aan het vermogen van de belastingplichtige op het gebied van de inkomstenbelasting.²³⁵

In HR 22 juli 1981 was de vraag of de feitelijke beschikkingsmacht over het vermogen van de stichting berustte bij de oprichter, welke tevens voorzitter was van de stichting.²³⁶ In casu was geen sprake van een van belanghebbende als oprichter onafhankelijk bestuur en de zeggenschap in de stichting en over het vermogen van de stichting uitsluitend bij belanghebbende berust. De zeggenschap bleek onder andere uit de manier waarop de besluitvorming was vormgegeven in de statuten.

In HR 30 oktober 1985 beslist de HR dat een belanghebbende vrijelijk kan beschikken over de in een stichting aanwezige inkomensbestanddelen en vermogensbestanddelen binnen het kader van de statuten.²³⁷ Belanghebbende is namelijk op grond van de statuten niet beperkt om ten laste van de stichting uitkeringen tot elk gewenst bedrag toe te kennen aan hemzelf of aan zijn kinderen. In casu ging het om de beschikkingsmacht en of deze macht kan worden uitgeoefend zonder belemmeringen. Indien belanghebbende zich anti-statutair gedraagt door middel van het doen van uitkeringen via de stichting die in strijd zijn met de artikelen uit de statuten, dient te worden gekeken of belanghebbende door iemand anders kan worden belemmerd.

²³³ Hoogwout, FTV 2012.

²³⁴ Zie onder andere in HR 22 juli 1981, nr. 20 657 en HR 30 oktober 1985, nr. 22 715.

²³⁵ HR 14 september 1977, nr. 18 167.

²³⁶ HR 22 juli 1981, nr. 20 657.

²³⁷ HR 30 oktober 1985, nr. 22 715.

In HR 17 juni 1987²³⁸ werd wederom beslist dat belanghebbende in casu kon beschikken over het vermogen dat belanghebbende zelf naar de bankrekening van de stichting had overgemaakt. Dat belanghebbende niet daadwerkelijk over het overgemaakte bedrag beschikte, had geen invloed op deze beslissing over de beschikkingsmacht.

Recentere arresten die zijn geweest met betrekking tot fiscale transparantie door de HR zijn van het afgelopen decennium. Zo is in HR 19 september 2014²³⁹ voor een constructie met aan een stichting betaald erfpachtcanon beslist dat de belanghebbende en zijn echtgenote over de aan de stichting overgedragen vermogensbestanddelen konden blijven beschikken als ware het hun eigen vermogen. Wederom hing het hier sterk van feiten en omstandigheden af, waarbij een in de administratievoorwaarden bepaling de doorslaggevende factor geweest kan zijn voor de HR.

Daarnaast heeft de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) in zijn conclusie²⁴⁰ op 26 juni 2019 gesteld dat de rechtspraak rondom fiscale transparantie tevens voor vennootschapsbelasting en dividendbelasting kan gelden. Dit in navolging van wat de HR heeft beslist in 1991.²⁴¹ De HR heeft de conclusie van de A-G recentelijk bevestigd, waardoor een buitenlandse stichting voor Nederlandse doeleinden als transparant gezien kan worden.²⁴²

Op basis van bovenstaande wordt een lichaam als fiscaal transparant aangemerkt indien een betrokken persoon, veelal de oprichter of de bestuurder, over het vermogen in de stichting kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Op dezelfde wijze ontstaat fiscale transparantie bij een trust.²⁴³ Zo heeft de HR op 15 februari 2013 beslist dat een belanghebbende niet kon beschikken over het vermogen als ware zijn eigen vermogen, maar dat belanghebbende wel een vermogensrecht op basis van art. 5.3 Wet IB 2001 had op een Liechtensteinse Stiftung.²⁴⁴ Kort daarna, op 15 maart 2013, heeft de HR een arrest gewezen waarbij een Stichting Particulier Fonds (hierna: SPF) betrokken was.²⁴⁵ In casu werd het afgezonderde vermogen in de SPF niet toegerekend aan belanghebbende aangezien deze niet kon beschikken over het desbetreffende vermogen als ware haar eigen vermogen. Wederom is het een feitelijke aangelegenheid om te bepalen in hoeverre een belastingplichtige kan beschikken over het vermogen van de trust.²⁴⁶

²³⁸ HR 17 juni 1987, nr. 24 669.

²³⁹ HR 19 september 2014, nr. 13 04327.

²⁴⁰ HR (A-G) 26 juni 2019, nr. 19 01293.

²⁴¹ HR 18 december 1991, nr. 26 918.

²⁴² HR 12 februari 2021, nr. 19 01293.

²⁴³ Vgl. Hof 's Gravenhage 12 december 2002, nr. 00 01738, HR 26 oktober 2007, nr. 42537 en Hof Den Haag 28 juni 2017, nr. 16 00087 t/m 16 00094.

²⁴⁴ HR 15 februari 2013, nr. 12 01040.

²⁴⁵ HR 15 maart 2013, nr. 12 03372.

²⁴⁶ Hierbij kan gekeken worden naar bijvoorbeeld de trustakten of de letters of wishes.

Einduitkomst op grond van jurisprudentie is dat als bestendige gedragslijn geldt dat een lichaam als fiscaal transparant wordt aangemerkt voor de inkomstenbelasting indien een betrokken persoon over het vermogen van het desbetreffende lichaam kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Het in het lichaam aanwezige vermogen wordt voor de heffing van inkomstenbelasting behandeld als ware het vermogen van de belastingplichtige zelf.²⁴⁷ Indien vaststaat dat een belastingplichtige over het in een lichaam aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen, zijn nadere vereisten overbodig. Het vermogen wordt toegerekend aan degene die de beschikkingsmacht heeft.²⁴⁸

4.2 Kritiek uit de literatuur

De beoordeling of iemand kan beschikken over het vermogen van het lichaam als ware het zijn eigen vermogen geschiedt aan de hand van verschillende criteria. Dit leidt volgens Nillesen tot willekeurige uitspraken.²⁴⁹ Wijzend op bestaande jurisprudentie is de kritiek van Nillesen mijns inziens terecht.²⁵⁰ De fiscus had in geschillen vaak aandacht voor wie de beschikkingsmacht had en bij wie de zeggenschap lag. Daar waar een Hof veelal op het beschikkingsmachts criterium doorging, kon de HR vaak niet toekomen aan een duidelijke motivering door het feitelijke karakter van een zaak.²⁵¹

In de literatuur is toentertijd kritiek geuit op de criteria die de fiscus aanhield met betrekking tot de kwalificatie van een stichting als fiscaal transparant.²⁵² Het al dan niet onafhankelijk zijn van het bestuur is volgens Van Houte geen deugdelijk criterium.²⁵³ Aansluiten bij de economische realiteit voor belastingheffing is van belang, gezien het ontbreken van een principiële verschil tussen een stichting waarin een onderneming wordt gedreven en een stichting die gehouden wordt als juridische huls waardoor deze belastingtechnisch aantrekkelijk is.²⁵⁴ Moszkowicz is van mening dat indien een belastingplichtige zich daadwerkelijk gedraagt als een rechthebbende op het vermogen van een stichting waardoor geen onderscheid ontstaat tussen het vermogen van de stichting en het vermogen van de belastingplichtige zelf, de toerekening zoals deze ontstaan is in de jurisprudentie geoorloofd is voor de inkomstenbelasting.²⁵⁵ De civielrechtelijke criteria kunnen dan worden losgelaten.

²⁴⁷ Naast de inkomstenbelasting gold dit ook voor de loonbelasting en de vermogensbelasting, met de kanttekening dat de vermogensbelasting niet meer van toepassing is sinds 1 januari 2001.

²⁴⁸ Hoogwout, FTV 2012.

²⁴⁹ Nillesen, WFR 1992.

²⁵⁰ Vgl. bijvoorbeeld HR 8 januari 1986 nr. 23 469, HR 9 maart 1988 nr. 24 301, HR 8 februari 1989 nr. 25 997, HR 6 juni 1990 nr. 26 287, HR 18 december 1991, nr. 26 918 en HR 10 januari 1996, nr. 30 659.

²⁵¹ Nillesen, WFR 1992.

²⁵² Voor fiscale transparantie van een stichting omtrent bijvoorbeeld de aftrekbaarheid van betalingen voor de Wet inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB 1964) zie het artikel *'Is een stichting transparant?'* van C.P.M. van Houte, WFR 1989/694.

²⁵³ Van Houte, WFR 1989.

²⁵⁴ Een belastingplichtige kan via deze laatstgenoemde stichting zijn inkomen of vermogen laten lopen, waardoor dit niet toegerekend wordt aan de belastingplichtige zelf, maar aan de niet-belaste stichting.

²⁵⁵ Moszkowicz, WFR 1991.

Van Houte meent dat het criterium van beschikkingsmacht om fiscale transparantie van stichtingen te beoordelen onjuist is.²⁵⁶ Daar waar in fiscale wetgeving vaak vastgehouden wordt aan de civielrechtelijke overdracht, is bij het overdragen van vermogen aan een stichting geen criterium van beschikkingsmacht meer noodzakelijk. Daarnaast is Van Dijck vooral kritisch op het punt waarbij een onderscheid tussen de toerekeningsproblematiek van vermogensbestanddelen aan een persoon van ofwel een stichting ofwel een BV werd gemaakt.²⁵⁷ Nillesen onderschrijft de kritiek van Van Dijck, waarna de vraag rijst waarom een ander toerekeningsregime voor stichtingen geldt dan voor een BV.²⁵⁸ Niet alleen in de vorige eeuw werden bij dit onderscheid vraagtekens gezet, ook Heithuis vraagt zich af de uitkomst van het gewezen arrest HR 19 september 2014 anders was geweest indien geen sprake was van een stichting, maar van een BV.²⁵⁹

Los van het feit hoe de beschikkingsmacht dient te worden bepaald, heeft fiscale transparantie tot gevolg dat het vermogen van een lichaam en het daaruit voortvloeiende resultaat worden toegerekend aan degene die de beschikkingsmacht bezit. Dit is beslist voor de inkomstenbelasting²⁶⁰, de vraag rijst echter wat op het gebied van fiscale transparantie voor lichamen in de vennootschapsbelasting geldt. In de literatuur²⁶¹ is de heersende opvatting dat in HR 18 december 1991²⁶² is beslist dat fiscale transparantie voor een voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtige stichting niet mogelijk is. In casu werd een stichting, waarbij een andere stichting over het vermogen in eerstgenoemde stichting kon beschikken als ware het haar eigen vermogen, als afzonderlijke rechtspersoon aangemerkt. De stichting oefende een bedrijf uit waaraan het zelfstandige karakter niet kon worden ontzegd.²⁶³ Hiermee lijkt de HR afstand te nemen van het beschikkingsmachts criterium voor stichtingen in de vennootschapsbelasting die eventueel als fiscaal transparant kunnen worden aangemerkt.²⁶⁴ De zeggenschap is niet van belang, de focus ligt op de rechtspersoonlijkheid en het zelfstandige karakter van een stichting. Een stichting die een onderneming drijft is vennootschapsbelastingplichtig, ongeacht of het vermogen ter beschikking staat van iemand anders als ware zijn eigen vermogen. Nieuwenhuizen is van mening dat een sluitend geheel moet ontstaan, waarbij fiscale transparantie en de toerekening van het vermogen in een stichting naar degene die daar de beschikkingsmacht over heeft niet beperkt moet blijven tot de inkomstenbelasting. Ook de vennootschapsbelasting moet betrokken worden in het sluitend geheel,

²⁵⁶ Van Houte, WFR 1989.

²⁵⁷ Zie HR 22 juli 1981, nr. 20 657.

²⁵⁸ Nillesen, WFR 1992.

²⁵⁹ HR 19 september 2014, nr. 13/04327.

²⁶⁰ Naast de inkomstenbelasting werkte de fiscale transparantie ook door in de loonbelasting en de inmiddels vervallen vermogensbelasting.

²⁶¹ Zie onder andere Stevens 2009, p. 109-112 en Bresser 2009, p. 69-71.

²⁶² HR 18 december 1991, nr. 26 918.

²⁶³ HR 18 december 1991, nr. 26 918.

²⁶⁴ Rijkers, TFO 1993.

evenals de Successiewet.²⁶⁵ Hiermee kan worden voorkomen dat voor eenzelfde feitencomplex een andere uitwerking geldt per belastingwet te wijten aan andere interpretaties.

De fiscus heeft middels de vennootschapsbelasting meer zicht op het vermogen ondergebracht in een lichaam. Indien een lichaam geen belastingplicht heeft voor zowel de vennootschapsbelasting als de inkomstenbelasting, verdwijnt het zicht van de fiscus op dit vermogen. Bij fiscale transparantie van een lichaam worden civielrechtelijke handvaten losgelaten en wordt aangesloten bij de economische realiteit om te bepalen bij wie de beschikkingsmacht ligt over het vermogen in dat lichaam. Zo heeft de fiscus grip op het ingebrachte vermogen aangezien de heffing van inkomstenbelasting op deze manier mogelijk is bij een natuurlijk persoon. Het houden van een lichaam met als doel het ontwijken van belasting is niet acceptabel. Het is mijns inziens echter ook niet acceptabel dat een dussdanig vergaande afwijkende aanpak wordt gehanteerd van stichtingen of trusts ten opzichte van bijvoorbeeld een BV. Ik kan mij vinden in de kritiek die geuit is in de literatuur.

4.3 Gevolgen fiscale transparantie op behandeling trust

De vraag rijst wat de gevolgen zijn van het inbrengen van vermogen in een fiscaal transparante trust met betrekking tot de belastingheffing in Nederland. De basis van de conclusie dat een lichaam fiscaal transparant is, heeft tot gevolg dat deze fiscaal wordt genegeerd. Dit heeft gevolgen voor de belastingplicht en eventuele belastingheffing die optreedt bij de inbreng van het vermogen in de trust en het doen van uitkeringen uit de trust.

4.3.1 Wet IB 2001

Ten gevolge van de fiscaal transparante kwalificatie van een trust wordt deze voor fiscale doeleinden weggedacht. Zo kan bijvoorbeeld een *settlor*, die de beschikking heeft over het vermogen in een discretionary trust als ware het zijn eigen vermogen, nu het subject voor de heffing van inkomstenbelasting zijn. Bij inbreng van het vermogen in een discretionary trust behoudt een *settlor* het economisch belang, waardoor de heffing van inkomstenbelasting plaatsvindt alsof het vermogen de *settlor* nooit heeft verlaten. Het hangt van de aard (en omvang) van het ingebrachte vermogen af in welke box dit vermogen wordt belast bij de *settlor*. Ik vraag mij af in hoeverre het bij een fixed trust mogelijk is om als *settlor* over het vermogen in de trust te kunnen beschikken als het ware eigen vermogen. Een *settlor* heeft in dat geval definitief afstand gedaan van het vermogen en de *beneficiaries* hebben bepaalde of bepaalbare rechten. Wellicht in de situatie dat de *settlor* ook al *trustee* optreedt kan sprake zijn van een dussdanige beschikkingsmacht dat de fixed trust als fiscaal transparant kan kwalificeren.²⁶⁶

²⁶⁵ Nieuwenhuizen, WFR 1996.

²⁶⁶ Indien sprake is van een revocable fixed trust acht ik het niet ondenkbaar dat een *settlor* wél de feitelijke beschikkingsmacht kan hebben, maar in dit onderzoek ligt de focus op irrevocable trusts, waardoor de inbreng van het vermogen in de trust onherroepelijk is.

4.3.2 Wet VPB 1969

Indien een trust als fiscaal transparant wordt gezien, is binnenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting niet van toepassing op de trust zelf. De discussie kan opkomen of vennootschapsbelasting uit te sluiten is voor een trust enkel op basis van het gegeven dat rechtspersoonlijkheid ontbreekt.²⁶⁷ Zoals in paragraaf 3.1.2.F besproken ben ik van mening dat doelvermogens in art. 2 Wet VPB 1969 opgenomen dienen te worden om een ongelijke behandeling tegen te gaan. Ingevolge art. 3 Wet VPB 1969 kan trust namelijk wel als doelvermogen buitenlands belastingplichtig zijn. Voor buitenlandse belastingplicht op grond van art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969 dient een in het buitenland gevestigde trust Nederlands inkomen te genieten. Afhankelijk van het vermogen dat ondergebracht is in de trust kan eventueel sprake zijn van de heffing van vennootschapsbelasting. Bij fiscale transparantie wordt echter een natuurlijk persoon in aanmerking genomen voor de belastingheffing, welke niet in aanmerking komt voor zowel binnenlandse als buitenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting.

4.3.3 SW 1956

Op basis van jurisprudentie kan een discretionary trust an sich een verkrijger zijn voor de heffing van schenk- en erfbelasting. Het ingebrachte vermogen wordt aan trust zelf als zodanig toegerekend. Inbreng van een vermogen in deze trust leidt aldus tot belastingheffing.²⁶⁸ Indien sprake is van fiscale transparantie wordt een trust voor fiscale doeleinden genegeerd en behoort het ingebrachte vermogen toe aan degene die daarover kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Ervan uitgaande dat het de *settlor* is die over het vermogen blijft beschikken als ware het zijn eigen vermogen, verarmt deze economisch gezien niet. Een belastbare schenking komt niet tot stand aangezien daarvoor voldaan dient te zijn aan de verarming van de schenker en de verrijking van een begiftigde waarbij sprake is van een bevoordelingsbedoeling. Daar waar geen belastingheffing plaatsvindt op het tijdstip van de inbreng van een vermogen in de fiscaal transparante trust, vindt wel een schenking plaats bij een uitkering uit de trust naar een *beneficiary* waardoor schenkbelasting verschuldigd kan zijn. Eventuele vrijstellingen en het tarief worden bepaald middels de hoogte van de uitkering die de *beneficiary* verkrijgt en de verwantschap welke geldt tussen de *settlor* en de *beneficiary*.²⁶⁹

²⁶⁷ De Wet VPB 1969 kent namelijk belastingplicht toe aan niet-rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen, zoals een open commanditaire vennootschap (hierna: open cv) of een fonds voor gemene rekening, zie art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 respectievelijk art. 2 lid 1 onderdeel f Wet VPB 1969. De vraag is dan wel in hoeverre een open cv of een fonds voor gemene rekening gelijkenissen vertonen met een trust. Dit onderzoek focust op een discretionary trust en een fixed trust waarin een AB is ondergebracht, welke mijns inziens niet gelijk gesteld kunnen worden aan de open cv of een fonds voor gemene rekening. Daarnaast kan de behandeling van de open cv en een fonds voor gemene rekening vanaf 2022 veranderen, zie Consultatie Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, 29 maart 2021.

²⁶⁸ Indien de inbrenger ten tijde van de schenking in Nederland woonachtig is of voldoet aan de woonplaatsfictie.

²⁶⁹ In het geval dat de *settlor* zelf de *beneficiary* is van het vermogen in een fiscaal transparante trust, is geen sprake van verarming en verrijking aangezien de *settlor* in dat geval en uitkering aan zichzelf doet.

Daarnaast is het geconstateerde probleem uit hoofdstuk drie met betrekking tot de heffing van schenk- en erfbelasting dat eventueel kan optreden bij een in het buitenland gevestigde trust in combinatie met een in het buitenland woonachtige *settlor* bij fiscale transparantie niet van toepassing. Indien uitkeringen worden gedaan vanuit de trust aan een *beneficiary* is in dat geval geen sprake van verschuldigde schenkbelasting, aangezien de *settlor* niet in Nederland woonachtig is. Dit is echter geen knelpunt aangezien de situatie niet verschilt met een natuurlijk persoon welke in het buitenland woont en direct een schenking doet aan een ander. In dat geval is in beginsel geen sprake van schenkbelasting.²⁷⁰

4.4 Deelconclusie

Op grond van jurisprudentie is de definitie van fiscale transparantie gevormd. Een doelvermogen is fiscaal transparant indien een belastingplichtige over het in een lichaam aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Beoordeeld moet worden wie de beschikkingsmacht heeft over het vermogen in een lichaam. Deze beoordeling geschiedt aan de hand van veel verschillende criteria, het hangt veelal af van de feiten en omstandigheden. In de literatuur is kritiek geuit op het beschikkingsmachts criterium en het verschil in toerekening tussen een BV en een stichting. Ook is op grond van jurisprudentie beslist dat fiscale transparantie voor een voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtige stichting niet mogelijk is. Dit stuitte op kritiek in de literatuur, waarbij het argument werd genoemd dat alle regels omtrent fiscale transparantie een sluitend geheel dienen te vormen.

Fiscale transparantie acht ik een goede manier om het ontgaan van belastingheffing tegen te gaan, indien gebruik wordt gemaakt van een doelvermogen zoals een trust om vermogen in onder te brengen om belasting te ontwijken. Ik kan mij echter niet vinden in de manier waarop de fiscus een stichting dusdanig verschillend behandelt in vergelijking met bijvoorbeeld een BV. Daarnaast is de jurisprudentie op het gebied van fiscale transparantie veelal gericht op feiten en omstandigheden, waardoor willekeurige uitspraken niet voorkomen kunnen worden. Ik sluit mij aan bij de geuite kritiek in de literatuur door onder anderen Van Dijck en Nillesen.

Voor de heffing van inkomstenbelasting heeft fiscale transparantie tot gevolg dat degene die over het vermogen uit de trust kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen als subject in de heffing wordt betrokken naar aard en omvang van het desbetreffende vermogen, aangezien de trust voor fiscale doeleinden wordt weggedacht. Indien een trust als fiscaal transparant wordt gezien en zelfstandigheid en het bestaan van rechtspersoonlijkheid dus ontbreken, kan belastingplicht voor de vennootschapsbelasting niet van toepassing zijn op de trust zelf. Bij een fiscaal transparant

²⁷⁰ Met inachtneming van de woonplaatsficties.

doelvermogen wordt een natuurlijk persoon in aanmerking genomen voor de belastingheffing, welke geen belastingplicht kan hebben voor de heffing van vennootschapsbelasting. Fiscale transparantie heeft voor de heffing van schenk- en erfbelasting tot gevolg dat de trust wederom voor fiscale doeleinden wordt genegeerd, wat kan leiden tot een belaste schenking ten tijde van het doen van uitkeringen uit de trust aan *beneficiaries* indien dit een ander persoon is dan de *settlor* zelf. De inbreng van vermogen in de trust zorgt daarentegen niet voor een belaste verkrijging voor de Successiewet. Indien de *settlor* ook degene is die over het vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen, verarmt hij economisch gezien niet en dit is wel een van de vereisten om te voldoen aan het schenkingsbegrip.

5. Trusts vanaf 1 januari 2010

In voorgaande hoofdstukken is de fiscale behandeling van de Anglo-Amerikaanse trust in de Nederlandse wetgeving tot 1 januari 2010 uiteengezet en werd fiscale transparantie nader toegelicht. Middels een Anglo-Amerikaanse trust kon zwevend vermogen ontstaan dat niet in de belastingheffing werd betrokken. De Nederlandse fiscale wetgeving bevat sinds 1 januari 2010 het APV-regime. Hiermee heeft de wetgever beoogd onbelast zwevend vermogen onmogelijk te maken. Bij fictie wordt een doelvermogen genegeerd, waardoor een afgezonderd vermogen wordt toegerekend aan degene die het vermogen heeft ingebracht en bij diens overlijden aan de erfgenamen. In dit hoofdstuk gaat paragraaf 5.1 in op de aanleiding voor de invoering van het APV-regime in Nederland. In paragraaf 5.2 staat de vraag centraal of het APV-regime gebaseerd is op toerekening of op transparantie. In de loop der jaren is dusdanig veel geschreven rondom APV's dat niet alle meningen van verschillende auteurs in dit onderzoek worden meegenomen. Vervolgens komt in deze paragraaf mijn eigen visie op het vraagstuk van toerekening of transparantie in het APV-regime aan bod. Paragraaf 5.3 zet uiteen hoe een APV wordt behandeld in de Nederlandse fiscale wetgeving voor de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969 en de SW 1956. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de knelpunten die opkomen bij een fixed trust en de toepassing van het APV-regime. Paragraaf 5.4 behandelt nog een niet-limitatieve opsomming van kritiekpunten op het APV-regime uit de literatuur en het hoofdstuk sluit in paragraaf 5.5 af met een deelconclusie.

5.1 Aanleiding invoering APV-regime

In 2008 kondigde de Staatssecretaris van Financiën via een persbericht onder andere nieuwe wetgeving aan omtrent de bestrijding van fiscale constructies met trusts en andere doelvermogens.²⁷¹ Zogenaamde 'zwevende' doelvermogens zouden volgens de Staatssecretaris van Financiën in toenemende mate gebruikt worden om belastingheffing te ontgaan.²⁷² Indien met afgezonderd vermogen meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd is sprake van ontgaan van belasting.²⁷³ Hierdoor ontstaat een ongewenst heffingsvacuüm welke niet past in het Nederlandse fiscale stelsel. Naast een trust en een Nederlandse familiestichting zijn ook allerlei buitenlandse familiestichtingen voorbeelden van doelvermogens die worden gebruikt in ongewenste constructies.²⁷⁴ Deze lichamen hebben geen in aandelen verdeeld kapitaal, het vermogen bestaat veelal uit aandelen in het familiebedrijf of courante beleggingen zoals aandelen of obligaties. Tevens ontbreken eigendomsbewijzen, zoals winstbewijzen of bewijzen van deelgerechtigdheid.²⁷⁵

²⁷¹ Ministerie van Financiën 24 oktober 2008, nr. DB/2008/607U.

²⁷² Bij zwevende doelvermogens wordt het afgezonderde vermogen bij niemand in de belastingheffing betrokken, niet bij het doelvermogen, niet bij de inbrenger, niet bij beheerder en niet bij de begunstigten.

²⁷³ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 3 p. 9.

²⁷⁴ Voorbeelden zijn Stiftungen, Antilliaanse SPF, foundations en Treuhands.

²⁷⁵ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 3 p. 9.

Een doelvermogen op zichzelf is een geoorloofde structuur en kan bescherming bieden voor familievermogens. Het moet echter geen heffingsvacuüm opleveren, waarbij de Nederlandse heffingsgrondslag wordt uitgehold.²⁷⁶ Gezien het feit dat de Belastingdienst in het verleden moeite had om de APV's in de belastingheffing te betrekken, biedt de nieuwe wetgeving rondom APV's de Belastingdienst de middelen om constructies effectief te bestrijden. De wetgever heeft met het APV-regime beoogd een robuuste wettelijke basis tot stand te brengen zodat uitvoeringstechnische problemen die optraden bij de Belastingdienst voorkomen konden worden. Daarnaast was het doel om een regime in te voeren waarbij afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen gelijk wordt behandeld.²⁷⁷

Op 20 april 2009 werd het wetsvoorstel met daarin de introductie van het APV-regime in de Nederlandse fiscale wetgeving aangeboden aan de Tweede Kamer.²⁷⁸ De Wet IB 2001 en de SW 1956 werden hierin gewijzigd, waarbij wetsartikelen ingevoegd werden die zagen op het afgezonderd particulier vermogen en de fiscale behandeling daarvan. Hiermee werd bewerkstelligd dat indien sprake was van een APV toch inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting kon worden geheven.²⁷⁹

Het creëren van een APV gaat veelal als volgt. Een bank of trustkantoor stelt een APV in en een inbrenger brengt vermogensbestanddelen in welke beheerd worden door een beheerder die in een belastingparadijs zit. De beheerder houdt het ingebrachte vermogen aan ten behoeve van familie, nakomelingen of relaties van de inbrenger. Deze mensen worden als begunstigden aangewezen. Op deze manier maken de bezitten en schulden niet langer deel uit van het vermogen van de inbrenger. De bezitten en schulden behoren ook nog niet tot het vermogen van de begunstigden, tenzij sprake is van een concreet juridisch afdwingbaar recht.²⁸⁰ Dit is echter veelal niet het geval. Een beheerder is juridisch tot het vermogen gerechtigd, maar economisch niet, waardoor deze hiervoor niet in de belastingheffing kan worden betrokken.

Door invoering van het APV-regime wordt een APV als aparte entiteit genegeerd. Een APV wordt, zoals de wetgever het zelf benoemt, als fiscaal transparant behandeld.²⁸¹ Dit houdt, kort gezegd en uitzonderingen daargelaten, in dat de vermogensbestanddelen waarvan het juridisch eigendom bij het APV of de beheerder hiervan ligt, in beginsel naar rato van de inbreng worden toegerekend aan diegene die het vermogen in het APV heeft ingebracht. Deze inbrenger wordt geacht over het

²⁷⁶ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 3 p. 10.

²⁷⁷ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 3 p. 10-11.

²⁷⁸ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 1.

²⁷⁹ Met de budgettaire opbrengst van de nieuwe aanpak van APV's kon de verlaging van de tarieven van de schenk- en erfbelasting gefinancierd worden.

²⁸⁰ Dit omvat het niet-discretionaire (ook wel fixed deel) deel van afgezonderd vermogen.

²⁸¹ Zo wordt de behandeling in de MvT omschreven. Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 3. Of een APV daadwerkelijk als fiscaal transparant wordt behandeld, is een vaak terugkomend discussiepunt, zie paragraaf 5.2.

vermogen te blijven beschikken, waardoor bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven bij hem in de belastingheffing worden betrokken. Op deze wijze worden inkomsten en vermogen toegerekend aan een persoon die niet de juridisch of economisch eigenaar is van het inkomen en vermogen. Hiermee wordt het oorspronkelijke heffingsvacuüm opgelost.

5.2 Toerekening of transparantie in APV-regime?

In de literatuur heerst de discussie of bij toepassing van het APV-regime in de Wet IB 2001 sprake is van toerekening of van transparantie. In de loop der jaren zijn twee soorten benaderingen ontstaan, waarbij enerzijds auteurs beargumenteren dat in het APV-regime sprake is van toerekening en anderzijds auteurs met argumenten komen die wijzen op fiscale transparantie als uitgangspunt voor toepassing van het APV-regime. Dit onderscheid kan van belang zijn voor internationale situaties, waarin bijvoorbeeld een onroerende zaak in een APV ondergebracht zit.²⁸² Daarnaast kan de kwalificatie ook gevolgen hebben voor de toepassing van de BOR, waardoor ik deze kwalificatie in het kader van dit onderzoek van belang acht.

5.2.1 Twee mogelijkheden

De wetgever spreekt in de parlementaire geschiedenis omtrent de invoering van het APV-regime niet eenduidig over toerekening dan wel transparantie die bij het APV-regime van toepassing is. In de memorie van toelichting wordt enerzijds gesteld dat een afgezonderd particulier vermogen als fiscaal transparant wordt behandeld en anderzijds spreekt de wetgever van een toerekeningsbepaling die van toepassing is op APV's.²⁸³ Dit zou eventueel kunnen wijzen op de bedoeling van de wetgever om een APV als fiscaal transparant te zien, welke vervolgens niet goed tot uiting is gekomen in de wettekst zelf. Deze gebrekkig geformuleerde wettekst neemt volgens Van der Zeijden niet weg dat bij het APV-regime sprake is van fiscale transparantie. Van der Zeijden stelt dat de mogelijkheid in het APV-regime om de BOR toe te passen ook wijst op transparantie van een APV.²⁸⁴ Roerink lijkt tevens van mening te zijn dat het APV-regime ziet op fiscale transparantie. Het tussenschuiven van een APV dient namelijk geen fiscale voordelen maar ook geen fiscale nadelen op te leveren.²⁸⁵ Personen met vermogen in een APV en personen zonder een APV worden op deze manier gelijk behandeld.²⁸⁶

Verschillende auteurs zijn echter van mening dat voor het APV-regime sprake is van toerekening.²⁸⁷ Zo vindt Boer dat de relatie tussen toerekening en transparantie vooral gezocht dient te worden in het feit dat het 'zijn' van een rechtssubject als noodzakelijk voorwaarde naar voren komt om in aanmerking

²⁸² Van der Zeijden, WPNR 2012.

²⁸³ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 11.

²⁸⁴ Van der Zeijden, WPNR 2012.

²⁸⁵ Voor de heffing van vennootschapsbelasting is volgens Roerink de beoordeling of een APV als een transparante of zelfstandige entiteit kwalificeert echter wel weer van belang. Zie Roerink, VGFC 2010.

²⁸⁶ Roerink, FBN 2011.

²⁸⁷ Zie bijvoorbeeld Monsma, MBB 2013 en Biemans 2015.

te komen voor toerekening van vermogen. Hij acht toerekening uitsluitend mogelijk indien een lichaam niet transparant is.²⁸⁸ Het wettelijke regime houdt volgens Boer toerekening in en daarmee wordt niet bepaald dat een APV niet kan bestaan. Ook Auerbach acht toerekening als leidende benadering. Hij stelt dat heel art. 2.14a Wet IB 2001 overbodig was geweest indien daadwerkelijk sprake zou zijn van transparantie van een APV. Daarnaast zou art. 17a SW 1956 tevens overbodig zijn geweest indien bij een APV sprake was van transparantie.²⁸⁹

5.2.2 APV-regime en toerekening

Mijns inziens is bij het APV-regime sprake van toerekening in plaats van transparantie. Ondanks de aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis dat de wetgever voor de behandeling van APV's fiscale transparantie voor ogen had, is dit niet duidelijk genoeg tot uiting gekomen bij de invoering van het APV-regime in de wet. Allereerst impliceert de invoering van een artikel over het APV-regime naar mijn idee reeds dat de wetgever de aanwezigheid van een APV erkent op fiscaal vlak. Het bestaan van art. 2.14a Wet IB 2001 leidt dan ook niet automatisch tot transparantie van een APV omdat de wetgever dit enkel voor ogen had. Bovendien is art. 2.14a Wet IB 2001 ingevoerd in de afdeling van de toerekeningsregels binnen de inkomstenbelasting, namelijk afdeling 2.4. Dit in combinatie met het in ogenschouw nemen van de letterlijke wettekst, waarin het woord 'toerekening' in lid 1 zelfs expliciet tussen aanhalingstekens staat opgenomen, wijst naar mijn mening wederom op toerekening en niet op transparantie.

Daarnaast is het feit dat een eventuele transparantie geen algehele doorwerking heeft in alle relevante belastingwetten met betrekking tot directe belastingen van het Nederlandse fiscale stelsel voor mij nogmaals een bevestiging dat sprake is van toerekening. Het kan mijns inziens niet zo zijn dat een APV voor de heffing van inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting als transparant dient te worden aangemerkt, doch voor de heffing van vennootschapsbelasting en dividendbelasting slechts gedeeltelijk genegeerd wordt. Eenzelfde lichaam verandert op deze wijze van karakter per belastingwet, wat leidt tot een theoretische inconsistentie wat de rechtszekerheid van belastingplichtigen niet ten goede komt. Daar komt tevens bij dat, indien transparantie de hoofdregel zou zijn, in art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 al een onderscheid wordt gemaakt middels de toerekeningsstop waarbij een APV wél wordt erkend.²⁹⁰ Ik vind het opmerkelijk dat de wetgever in een wetsartikel dat poogt aan te sluiten bij transparantie voor een APV zelf al met een bepaling komt waarin een uitzonderingssituatie staat opgenomen, waarbij een APV wél erkend wordt voor de belastingheffing. Hiermee laat de wetgever naar mijn mening blijken dat een APV toch als non-transparant lichaam

²⁸⁸ Boer 2011, p. 74.

²⁸⁹ Auerbach, WFR 2010.

²⁹⁰ Zie over de toerekeningsstop paragraaf 5.3.1.E.

kwalificeert. Ik vind dit ook een logische gedachte, aangezien met toerekening een APV an sich wel als lichaam erkend blijft, maar bij wijze van fictie het vermogen in een APV wordt toegerekend aan een inbrenger.

Ik vind het opmerkelijk dat de wetgever in de afgelopen jaren geen duidelijkheid heeft verschaft omtrent de toerekenings- dan wel fiscale transparantie benadering van het APV-regime. In latere stukken uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet eenduidig hoe het APV-regime behandeld dient te worden.²⁹¹ Dit roept bij mij de vraag op of het misschien eenvoudiger is voor de wetgever om de discussie voort te laten bestaan rondom de behandeling van een APV in de Nederlandse fiscale wetgeving. Op die wijze hoeft geen wetwijziging te worden doorgevoerd en dient het APV-regime ook niet te worden vervangen in de wet door bijvoorbeeld een nieuwe behandelingswijze.²⁹²

Tot slot is in hoofdstuk vier van dit onderzoek de jurisprudentie rondom fiscale transparantie aan bod gekomen, waarbij een lichaam als fiscaal transparant werd geacht indien een persoon kon beschikken over het vermogen in het lichaam als ware het zijn eigen vermogen. Deze definitie wordt losgelaten indien bij het APV-regime sprake is van fiscale transparantie. Een inbrenger wordt namelijk enkel om het feit dat diens vermogen ondergebracht is in een lichaam aangewezen als belastingplichtige, ook indien géén beschikkingsmacht over het afgezonderde vermogen bestaat. De wetgever zou met fiscale transparantie bij het APV-regime een nieuwe weg inslaan wat betreft de definitie van fiscale transparantie en wanneer hieraan voldaan is. Dit geeft mijns inziens een breuk in de rechtszekerheid van belastingplichtigen.²⁹³

5.2.3 Beschikkingsmacht in verhouding tot het APV-regime

De wetgever lijkt met de invoering van het APV-regime de oude methode van belastingheffing bij doelvermogens op basis van de beschikkingsmacht te hebben vervangen. Gesteld zou kunnen worden dat het oude beschikkingsmachts criterium na invoering van het APV-regime achterhaald is. De bezittingen en schulden van een APV dienen namelijk toegerekend te worden aan de inbrenger, ongeacht of sprake is van beschikkingsmacht wat kan wijzen op fiscale transparantie.²⁹⁴ Ik zelf betwijfel deze stelling, mede gezien het feit dat de lagere rechtspraak wel degelijk de beschikkingsmacht als voorwaarde heeft toegepast, alvorens te toetsen aan het APV-regime.²⁹⁵ Het blijft dan ook onduidelijk welk principe prevaleert boven de ander. In mijn optiek dient de toetsing aan de beschikkingsmacht niet te eenvoudig aan de kant te worden geschoven. Zo kan in theorie de toerekening van het APV-

²⁹¹ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2013/2014, 33 753, nr. 3 over de invoering van art. 4.16 lid 1 onderdeel j Wet IB 2001 en Kamerstukken II 2016/2017, 34 552, nr. 3 over de aanscherping van de toerekeningsstop.

²⁹² Zie voor eventuele alternatieven paragraaf 5.4.

²⁹³ In de parlementaire geschiedenis komt slechts kort de transparantie en non-transparantie 'oude stijl' aan bod (de behandeling vóór 2010), welke niet meer van belang lijkt te zijn. Zie Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 9, p. 81.

²⁹⁴ Zie kamerstukken II 2008/2009. 31 930, nr. 9 p. 113.

²⁹⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 februari 2016, nr. 15 00149 en Hof Den Haag 18 december 2018, nr. 18 00559.

regime een andere uitkomst geven dan het beschikkingsmachts criterium. Iemand anders dan de inbrenger van het vermogen kan theoretisch gezien beschikken over het vermogen in een APV. Het vermogen wordt echter aan de inbrenger toegerekend op grond van het APV-regime. Indien beschikkingsmacht leidend zou zijn geweest, was het vermogen aan iemand anders toegerekend dan de inbrenger wat leidt tot een andere uitkomst. Ik zie dit in de praktijk echter niet snel gebeuren, tenzij het APV dusdanig is ingesteld dat de positie van zowel de inbrenger als de begunstigden niet goed is gewaarborgd.

5.3 APV in de huidige Nederlandse fiscale wetgeving

Het APV-regime ziet niet enkel op één soort belasting in het Nederlandse fiscale stelsel. In dit onderzoek worden de bepalingen in de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969²⁹⁶ en de SW 1956 behandeld waarin het APV een plek heeft gekregen. Daarnaast krijgen de fixed en discretionary trust een nadere toelichting op het wel of niet vallen onder het APV-regime. In de literatuur heerst vooral discussie rondom de kwalificatie van een fixed trust binnen het APV-regime.

5.3.1 Wet IB 2001

De systematiek van het APV-regime zit in het afwijkend toerekenen van een onder trustverband gesteld vermogen.²⁹⁷ Het afgezonderde vermogen en de daaruit afkomstige inkomsten worden toegerekend aan de inbrenger van het afgezonderde vermogen.²⁹⁸ In art. 2.14a lid 1 Wet IB 2001 is nadrukkelijk gesteld dat bij overlijden van de inbrenger van het afgezonderde vermogen de bezittingen en schulden, alsmede de opbrengsten en uitgaven daarvan, worden toegerekend aan diens erfgenamen. Per erfgenaam vindt toerekening plaats in dezelfde verhouding als de erfgenaam verkrijger is krachtens erfrecht van de overledene. In geval van overlijden van deze personen, komen vervolgens diens erfgenamen weer in beeld waarbij toerekening op dezelfde wijze geschiedt.

Bij invoering van het APV-regime werd aansluiting bij het civielrechtelijke aspect van rechtsverhoudingen volledig losgelaten in ruil voor vereenvoudiging van de fiscale behandeling van APV's. Boer stelt dat het APV-regime het karakter heeft van een generieke antimisbruikmaatregel.²⁹⁹ Zo wordt het begrip 'erfgenaam' door de wettekst uitgebreid met ficties³⁰⁰ en kan een toerekening ook geschieden op basis van het feit dat een uiterste wilsbeschikking in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van toerekening.³⁰¹ Daarnaast heeft de wetgever voor een inbrenger een

²⁹⁶ Bij de behandeling van een APV in de DB 1965 wordt enkel kort stilgestaan.

²⁹⁷ Boer 2011, p. 373.

²⁹⁸ Indien meerdere inbrengers zijn betrokken bij een APV, wordt ieder naar rato van de inbreng betrokken in de toerekening. In dit onderzoek wordt niet dieper ingegaan op de gevolgen van meerdere inbrengers.

²⁹⁹ Boer 2011, p. 373.

³⁰⁰ Zie bijvoorbeeld art. 2.14a lid 4 Wet IB 2001 voor de bepaling rondom een onterfd persoon.

³⁰¹ Art. 2.14a lid 6 Wet IB 2001.

toerekeningsstop opgenomen in art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001.³⁰² Erfgenamen, en daarbij ook een inspecteur, hebben een tegenbewijsregeling middels art. 2.14a lid 6 Wet IB 2001 tot hun beschikking.

In art. 10a.7 Wet IB 2001 is een overgangsbepaling opgenomen met betrekking tot de toerekening van een APV. Onder bepaalde voorwaarden is voor APV's die op 31 december 2009 reeds bestonden art. 2.14a Wet IB 2001 niet van toepassing. Het afgezonderd inkomen en vermogen worden niet toegerekend aan de inbrenger of na diens overlijden aan zijn erfgenamen. Indien niet voldaan aan de voorwaarden uit art. 10a.7 Wet IB 2001, is het APV-regime alsnog van toepassing. Zowel voor de Wet VPB 1969 als voor de SW 1956 is art. 10a.7 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing.

Op basis van art. 2.14a Wet IB 2001 wordt de rechtsvorm van een APV niet weggedacht, terwijl in de MvT werd gesteld dat een APV fiscaal transparant was.³⁰³ Zoals in paragraaf 5.2.2 beschreven, ben ik van mening dat het APV-regime op toerekening berust. Hierdoor ontstaat een verschil met een doelvermogen dat voor 1 januari 2010 zou kwalificeren als fiscaal transparant, aangezien in die situatie de rechtsvorm werd genegeerd. Een APV is echter een fiscaal zelfstandige entiteit, waar een toerekeningsfictie op van toepassing is waaruit volgt dat de bezittingen en schulden van afgezonderd vermogen, alsmede de opbrengsten en uitgaven daarvan, worden toegerekend aan de inbrenger. Bij de toerekeningsfictie blijft de rechtsvorm van een APV bestaan.³⁰⁴

5.3.1.A Definitie APV

De definitie van een APV is opgenomen in art. 2.14a lid 2 Wet IB 2001. Deze luidt als volgt:

“Voor de toepassing van dit artikel en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder een afgezonderd particulier vermogen, niet zijnde een sociaal belang behartigende instelling: een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover de afzondering van dit vermogen:

- a. een uitkering van aandelen, winstbewijzen, lichaamsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden, of*
- b. een economische deelgerechtigdheid is ontstaan.”*

Op basis van deze bepaling vallen SBBI's niet onder een APV en ook ANBI's zijn uitgesloten van kwalificatie als een APV. Een ANBI dient uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen belang na te streven.³⁰⁵ Bij een APV dient 'meer dan bijkomstig een particulier belang' te worden beoogd.³⁰⁶

³⁰² Deze toerekeningsstop is per 20 september 2016 in reikwijdte beperkt: alleen indien een APV zelf een onderneming drijft in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 heeft de inbrenger een kans van slagen om buiten de toerekeningsfictie te blijven.

³⁰³ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 3 p. 11.

³⁰⁴ Voor de discussie op het gebied van transparantie of toerekening in het APV-regime verwijs ik terug naar paragraaf 5.2.

³⁰⁵ Dit houdt in: 90% of meer.

³⁰⁶ Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag van 21 augustus 2009 blijkt dat hier, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, 10 tot 15 procent moet worden gehanteerd. Daarnaast ziet het zowel op activiteiten als op de aard en grootte van het afgezonderde vermogen, waarbij gesproken kan worden over een vermogenstoets en een activiteitenttoets.

Hieruit blijkt dat een ANBI niet het algemeen belang kan nastreven en tegelijkertijd ook een meer dan bijkomstig particulier belang kan beogen, zonder de ANBI-status te verliezen.

5.3.1.B Valt afzondering onder vervreemding?

Onder het afzonderen van vermogen wordt verstaan *‘het om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen van vermogensbestanddelen in een afgezonderd particulier vermogen’*.³⁰⁷ Ingevolge art. 2.14a lid 3 onderdeel b Wet IB 2001 wordt een onderscheid gemaakt tussen afzonderen en vervreemden. Het vervreemden van vermogensbestanddelen aan een APV wordt gezien als een bijzondere vorm van afzonderen. De vervreemding is een afzondering indien de vervreemding plaatsvindt aan een afgezonderd vermogen, welke meer dan een bijkomstig particulier belang dient van de vervreemder, van zijn partner of van één of meer van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad in de zijlijn. Van ‘afzonderen’ van vermogen is sprake indien het om niet gebeurt of onder in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke voorwaarden.³⁰⁸ Daarnaast is het een dynamisch begrip en dient het ruim geïnterpreteerd te worden.³⁰⁹ Ook fictieve vervreemdingen als bedoeld in art. 4.16 Wet IB 2001 kunnen onder het ‘afzonderen’ van vermogen vallen.³¹⁰

In het geval dat een AB-houder zijn AB afzondert in een APV is de positie van de AB-houder voor en na de inbreng fiscaal gezien vergelijkbaar met elkaar. Een economisch verschil is echter aanwezig, de gerechtigdheid van de AB-houder tot het AB is na de inbreng veranderd. In beginsel is bij afzondering van een AB in een APV sprake van een vervreemding in de zin van art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001. Dit heeft tot gevolg dat afrekening plaatsvindt. Het AB blijft echter middels de toerekeningsfictie tot het vermogen van de AB-houder horen, waardoor deze fiscaal het belang tot de aandelen behoudt. In de MvT staat nadrukkelijk dat het heffingsmoment bij inbreng achterwege blijft indien iemand enig inbrenger is.³¹¹ De inbreng van een AB in een APV leidt niet tot een vervreemding en dus niet tot belastingheffing bij de AB-houder. In het geval van meerdere inbrengers is dit anders. De inbreng van een AB in een APV leidt tot een vervreemding van dat AB aan een andere inbrenger, welke bijvoorbeeld contanten in een APV afzondert. Dit onderzoek gaat echter niet in op de problematiek rondom meerdere inbrengers.³¹²

³⁰⁷ Art. 2.14a lid 3 onderdeel a Wet IB 2001.

³⁰⁸ Zie voor een nadere uitwerking art. 4a lid 4 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 (hierna: Uitv.reg. IB 2001).

³⁰⁹ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930 nr. 3 p. 11.

³¹⁰ Hageman e.a. 2010, p. 45.

³¹¹ *“Uitgaande van de grondvorm (...) vormt deze afzondering van vermogensbestanddelen in de voorgestelde wetssystematiek geen belaste handeling. Voor inkomstenbelasting noch schenkbelasting is er sprake van een heffingsmoment.”* Zie Kamerstukken II 2009/2010, 31 930, nr. 3 p. 11.

³¹² Zie over deze problematiek bijvoorbeeld Kooiman, NLF-W 2021 en De Leeuw, NLF-W 2021.

Art. 4.16 lid 1 onderdeel j Wet IB 2001 beslist dat het ingevolge de toerekeningsstop niet langer toerekenen van een AB dat in een APV zit aan de inbrenger als vervreemding wordt aangemerkt. Hiermee wordt voorkomen dat onbedoeld Nederlandse heffingsrechten over de AB-claims verloren zouden gaan.³¹³ Deze fictieve vervreemding is ‘zekerheidshalve’ in de wetgeving opgenomen, het niet langer aanwezig zijn van een AB kan al ingevolge art. 4.16 lid 1 onderdeel g Wet IB 2001 worden aangemerkt als een vervreemding. Toch ontstonden situaties waarin voorgaande niet het geval was. Een AB-houder kon naast gewone aandelen ook een preferent aandeel houden in een BV, waarvan de gewone aandelen ondergebracht zaten in een APV. Indien het APV onder een jurisdictie viel met een reële heffing kon de toerekeningsstop³¹⁴ van toepassing zijn, maar viel de AB-houder niet onder art. 4.16 lid 1 onderdeel g Wet IB 2001 doordat het preferent aandeel nog in diens bezit was. Het kon dus tot de invoering van art. 4.16 lid 1 onderdeel j Wet IB 2001 onduidelijk zijn of sprake was van een fictieve vervreemding op grond van art. 4.16 lid 1 onderdeel g Wet IB 2001 indien de toerekeningsstop van toepassing was op een APV.³¹⁵

5.3.1.C Toerekening bij overlijden

Het vermogen in een APV wordt ingevolge art. 2.14a Wet IB 2001 toegerekend aan de inbrenger van het vermogen en bij overlijden aan diens erfgenamen. Ook onterfde erfgenamen vallen hieronder, indien zij als begunstigde van het APV zijn aangemerkt.³¹⁶ Uit de MvT valt op te maken dat de toerekeningsfictie geldt voor alle bepalingen in de Wet IB 2001.³¹⁷ Hieronder vallen ook de doorschuiffaciliteiten voor een AB.³¹⁸ Strikt gezien is geen sprake van een overgang krachtens erfrecht indien de inbrenger komt te overlijden.³¹⁹ Gesteld kan worden dat een redelijke wetstoepassing met zich meebrengt dat de doorschuiffaciliteiten van toepassing kunnen zijn indien de inbrenger komt te overlijden, ook al is civielrechtelijk geen sprake van een overgang van het afgezonderde vermogen krachtens erfrecht. Een aanpassing in de wet heeft echter mijn voorkeur, aangezien de parlementaire geschiedenis niet de kracht van de wet heeft en slechts dient als teleologische interpretatie van de wetsbepalingen.

Bij overlijden van de inbrenger wordt het vermogen in een APV in beginsel toegerekend aan diens erfgenamen. De erfgenaam treedt in de plaats van de overleden inbrenger. In de parlementaire geschiedenis sprak de wetgever over toerekening aan erfgenamen en niet aan verkrijgers krachtens erfrecht. Toerekening aan een legataris zou kunnen leiden tot onredelijke uitkomsten.³²⁰ De wettekst

³¹³ Kamerstukken II 2013/2014, 33 753, nr. 3 p. 4.

³¹⁴ Voor diens aanpassing in 2016.

³¹⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Hoogwout, FTV 2012.

³¹⁶ Art. 2.14a lid 4 Wet IB 2001.

³¹⁷ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 12 en p. 59.

³¹⁸ Art. 4.17 t/m 4.17c Wet IB 2001.

³¹⁹ Hoogwout & Verstijnen, FTV 2013.

³²⁰ Kamerstukken II 2009/2001, 31 930, nr. 9 p. 53.

sluit echter aan bij de omvang van de verkrijging krachtens erfrecht. Hieruit concludeer ik dat bij overlijden van de inbrenger allereerst dient te worden aangesloten voor de toerekening bij de erfgenamen en dus ook bij bijvoorbeeld een legataris. Indien een erfgenaam komt te overlijden, bepaalt de wettekst echter dat de verdeling van de toerekening geschiedt op basis van de verhouding waarin de erfgenamen erfgenaam zijn. De wettekst volgend hoeft in dit geval dus géén rekening te worden gehouden met eventuele legaten. Dit lijkt mij een vrij inconsistente behandeling van de toerekening aan een erfgenaam van de inbrenger en daaropvolgend de erfgenamen van de erfgenaam, wat de rechtszekerheid van belastingplichtigen niet ten goede komt. Een aanpassing in de wettekst acht ik dan ook wenselijk, zodat een duidelijk systeem ontstaat welke consistent omgaat met de toerekening aan erfgenamen.

Los van de eerder genoemde inconsistentie in art. 2.14a lid 1 Wet IB 2001 bestaat de mogelijkheid van een discrepantie tussen het vermogen dat aan een erfgenaam wordt toegerekend op basis van de fictie en het vermogen waarover een erfgenaam daadwerkelijk ooit kan beschikken. Het is mijns inziens onwenselijk dat een erfgenaam die in de toekomst nooit over vermogen uit een APV zal beschikken aangezien deze erfgenaam geen begunstigde is belasting verschuldigd is over het vermogen in een APV.³²¹

Indien een AB wordt afgezonderd in een APV wordt dit AB toegerekend aan de inbrenger voor zover dit ziet op het discretionaire deel. Dit toegerekende AB volgt de regels van de Wet IB 2001 en valt onder box 2.³²² Indien een APV uitkeringen doet, worden deze geacht te zijn gedaan door degene aan wie het AB wordt toegerekend. Wanneer de inbrenger van het AB overlijdt, wordt het AB naar verhouding toegerekend aan de erfgenamen. Hierbij wordt een AB opnieuw toegerekend, terwijl dit AB juridisch gezien niet tot de nalatenschap van de inbrenger behoort maar slechts door een fictiebepaling in de nalatenschap betrokken wordt.

5.3.1.D Tegenbewijsregeling

Indien een erfgenaam geen begunstigde is van het ingebrachte vermogen van een APV kan toerekening leiden tot een onredelijke uitkomst.³²³ De tegenbewijsregeling van art. 2.14a lid 6 Wet IB 2001 voorkomt toerekening aan een erfgenaam indien blijkt dat deze erfgenaam en diens partner rechtens dan wel in feite, direct of indirect geen begunstigden zijn van het vermogen en ook niet kunnen worden. De bewijslast voor de erfgenaam is zwaar, vooral wanneer een beheerder van het APV beschikt over de bevoegdheid om begunstigden aan te wijzen. Het enkel aannemelijk maken dat

³²¹ In het artikel van De Leeuw wordt een duidelijk voorbeeld geschetst over een onwenselijke situatie bij een erfgenaam die niet in dezelfde verhouding begunstigde is van het APV, zie De Leeuw, FED 2012.

³²² Zie hoofdstuk twee.

³²³ Hamers e.a. 2018, p. 563.

de erfgenaam geen begunstigde is en ook niet kan worden, is niet voldoende.³²⁴ Hof Den Haag heeft in 2019 beslist dat een begunstigde van het vermogen in een APV die slechts een geringe kans heeft om daadwerkelijk vermogen te ontvangen uit het APV, geen tegenbewijs kan leveren.³²⁵ Dit impliceert dat enkel tegenbewijs geleverd kan worden indien de erfgenaam definitief geen begunstigde is of geen begunstigde is en dit ook nooit zal kunnen worden. In het geval van een discretionary trust zou deze laatste situatie zich niet voor kunnen doen, aangezien een beheerder in de toekomst nog begunstigten kan aanwijzen. Indien een uitkering is gedaan uit een APV in het verleden aan een erfgenaam, kan geen beroep worden gedaan op de tegenbewijsregeling.³²⁶ Art. 4a lid 6 Uitv.reg. IB 2001 geeft een opsomming van gegevens die een erfgenaam dient aan te leveren indien deze erfgenaam zich wil beroepen op de tegenbewijsregeling.

De wetgever acht de tegenbewijsregeling voldoende ruim om te voorkomen dat een overkill aan toerekening ontstaat.³²⁷ De tegenbewijsregeling voorkomt bij een erfgenaam niet dat deze in de heffing werd betrokken voor vermogen in een APV waarover de erfgenaam nog niet kan beschikken en het onzeker is of de erfgenaam in de toekomst zou kunnen beschikken over het vermogen. De vraag rijst of dit een inbreuk is op het eigendomsrecht van de erfgenaam. De tegenbewijsregeling is volgens jurisprudentie niet in strijd met art. 1 Eerste protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM).³²⁸ Ik ben van mening dat de tegenbewijsregeling te zwaar is vormgegeven, waardoor erfgenamen daar veelal geen aanspraak op kunnen maken. Daarnaast is de tegenbewijsregeling een alles-of-niets-bepaling. Het biedt enkel de mogelijkheid om te bewijzen dat een erfgenaam geen begunstigde is. Niet van belang is in hoeverre de erfgenaam wel of geen begunstigde van het vermogen is. Deze manier acht ik te rigide. Het is in mijn optiek niet in lijn met het draagkrachtbeginsel dat een erfgenaam slechts voor een deel begunstigde is van een afgezonderd vermogen maar voor een groter deel in de heffing wordt betrokken ingevolge de toerekeningsfictie.

5.3.1.E Toerekeningsstop

Om situaties met economisch dubbele belastingheffing te voorkomen, heeft de wetgever de eerder genoemde toerekeningsstop in art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 opgenomen.³²⁹ Het is namelijk niet de bedoeling van de wetgever dat zowel inkomstenbelasting als vennootschapsbelasting wordt geheven over hetzelfde inkomen. De toerekeningsstop hield tot 20 september 2016 in dat het APV-vermogen niet wordt toegerekend aan de inbrenger of diens erfgenamen indien het vermogen betrokken wordt

³²⁴ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 12 en vgl. Hof Den Haag 28 mei 2019, nr. 18 00673.

³²⁵ Hof Den Haag 28 mei 2019, nr. 18 00673.

³²⁶ Hof Den Haag 18 juni 2019, nr. 18 00920 t/m 18 00924.

³²⁷ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 9 p.54.

³²⁸ Zie Hof Den Haag 18 juni 2019, nr. 18 00920 t/m 18 00924.

³²⁹ In het Besluit voorkoming van dubbele belasting 2001 (hierna: BvdB 2001) zijn in art. 25b en 25ba maatregelen getroffen om situaties met economisch dubbele belastingheffing tegen te gaan. Dit onderzoek gaat niet dieper in op het BvdB 2001.

in een belasting naar winst welke resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Een reële heffing is een heffing van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaald belastbare winst.³³⁰ Gevolg is dat het APV zelf het toerekeningscentrum wordt.

Per 20 september 2016 is de toerekeningsstop aangescherpt, aangezien deze van toepassing kon zijn terwijl in het buitenland effectief geen belasting werd geheven.³³¹ De reële heffingstoets is vervangen. Als nieuwe voorwaarde geldt een onderworpenheidseis met een materiële ondernemingseis. Deze wijziging werkt materieel terug naar de invoeringsdatum van het APV-regime. Onder het ondernemingsvermogen van een APV behoren bijvoorbeeld geen AB-aandelen of schuldvorderingen. De onderworpenheidseis dient te voorkomen dat eventuele winst van een APV in geen enkel land in de heffing wordt betrokken. De aanscherping van de toerekeningsstop heeft tot gevolg dat moet blijken dat winst uit de materiële onderneming is onderworpen aan een belasting naar winst in een staat of in staten waarin deze materiële onderneming wordt gedreven. De toerekeningsstop zal in de praktijk weinig van toepassing zijn, gezien het feit dat een APV niet de meest geschikte rechtsvorm is voor het drijven van een materiële onderneming.³³²

5.3.2 Wet VPB 1969

De invoering van het APV-regime heeft voor de Wet VPB 1969 oorspronkelijk weinig gevolgen gehad. Art. 8 lid 15 Wet VPB 1969 is per 1 januari 2010 toegevoegd aan het rijke scala van bepalingen die de Nederlandse vennootschapsbelasting vormgeven. Deze bepaling tracht te voorkomen dat de antimisbruikbepalingen, genoemd in art. 8 Wet VPB 1969, worden omzeild middels het onderbrengen van bijvoorbeeld leningen of vorderingen in een APV. In de bepaling wordt een APV genegeerd als entiteit ten behoeve van specifieke antimisbruikbepalingen. In 2014 is het oorspronkelijke art. 8 lid 15 Wet VPB 1969 gewijzigd, waardoor de toerekeningsstop voor toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 sindsdien buiten beschouwing blijft.³³³ Aanleiding hiervoor was dat misbruiksituaties konden ontstaan waarin niet werd voldaan aan het verbondenheidscriterium uit art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 indien de toerekeningsstop van toepassing was, waardoor de renteaftrekbepaling gericht tegen winstdrainage van art. 10a Wet VPB 1969 niet van toepassing was.

Los van de specifieke antimisbruikbepalingen waarvoor een APV wordt genegeerd als entiteit blijft een APV een zelfstandige entiteit voor de vennootschapsbelasting. Van fiscale transparantie is ook hier dus geen sprake, een APV kwalificeert, mijns inziens terecht, als een zelfstandige entiteit welke kan dienen als zelfstandig toerekeningscentrum.³³⁴ Indien een APV is gevestigd in Nederland kan eventueel sprake

³³⁰ Kamerstukken II 2008/2009, 31 390, nr. 3 p. 57.

³³¹ Kamerstukken II 2016/2017, 34 552 nr. 3 p. 13.

³³² Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2017, 2017-000016963.

³³³ Wet van 18 december 2013, Stb. 2013 566.

³³⁴ Boer 2011, p. 385.

zijn van binnenlandse belastingplicht op grond van art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969. Een APV dient hiervoor rechtspersoonlijkheid te bezitten, wat bijvoorbeeld het geval is bij een stichting³³⁵ en een onderneming te drijven.³³⁶ Daar waar ik het onwaarschijnlijk acht dat een APV een onderneming zal drijven, is van binnenlandse belastingplicht veelal geen sprake. Zowel een fixed trust als een discretionary trust bezitten tevens geen rechtspersoonlijkheid, waardoor binnenlandse belastingplicht op basis van art. 2 Wet VPB 1969 niet mogelijk is.

Wanneer een trust in het buitenland is gevestigd, kan sprake zijn van buitenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting op grond van art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969. Van belang voor deze belastingplicht is dat de trust Nederland inkomen geniet.³³⁷ In het geval van een APV die wel rechtspersoonlijkheid zou bezitten, komt art. 3 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 aan de orde. Hierbij speelt de beperking uit art. 3 lid 2 Wet VPB 1969 echter een rol. Een APV met rechtspersoonlijkheid vergelijkbaar met een naar Nederlands recht opgerichte stichting of vereniging heeft een extra voorwaarde voor buitenlandse belastingplicht, namelijk het drijven van een onderneming.³³⁸ Een verschil in behandeling voor de Nederlandse vennootschapsbelasting kan ontstaan tussen een binnenlands belastingplichtig doelvermogen en een buitenlands belastingplichtig doelvermogen. Dit verschil bestond reeds voor de invoering van het APV-regime.³³⁹ Ik vind het wenselijk dat de wetgever ook doelvermogens opneemt in de limitatieve opsomming voor binnenlandse belastingplicht in art. 2 Wet VPB 1969.

De invoering van het APV-regime heeft tevens in de Wet DB 1965 weinig tot niets veranderd. Slechts een antimisbruikbepaling is opgenomen in art. 4 lid 8 onderdeel c Wet DB 1965. Rechtspersoonlijkheid is niet vereist voor de heffing van dividendbelasting, waardoor een trust welke kwalificeert als APV opbrengstgerechtigde kan zijn tot dividend. Het APV wordt ook in voor de dividendbelasting erkend als entiteit, waardoor wederom gesteld kan worden dat een APV als het ware hybride wordt behandeld in de fiscale wetgeving van Nederland.³⁴⁰ Dit onderzoek gaat niet nader in op de Wet DB 1965.³⁴¹

5.3.3 SW 1956

De invoering van het APV-regime had tot gevolg dat art. 16, 17 en 17a SW 1956 werden toegevoegd aan de wet.³⁴² Zoals eerder benoemd is de schenk- en erfbelasting een belasting die wordt geheven

³³⁵ Een stichting krijgt civielrechtelijk gezien middels art. 2:3 BW rechtspersoonlijkheid toegewezen.

³³⁶ Zie paragraaf 3.1.2.F.

³³⁷ Indien aannemelijk is gemaakt dat het hoofddoel niet het ontgaan van belastingheffing bij een ander is, valt het inkomen niet onder het belastbare Nederlandse inkomen voor de heffing van vennootschapsbelasting op grond van art. 17 lid 5 Wet VPB 1969.

³³⁸ Te denken valt aan een SPF of een Liechtensteinse Stiftung.

³³⁹ Zie paragraaf 3.1.2.F.

³⁴⁰ De Leeuw, NLF-W 2021.

³⁴¹ Voor een nadere beschouwing met betrekking tot de heffing van dividendbelasting en een APV verwijs ik naar de analyse van De Leeuw, 2020.

³⁴² Bij de Wet IB 2001 heeft het APV-regime een integrale doorwerking. Dit is bij de SW 1956 niet het geval.

van een verkrijger.³⁴³ Als gevolg van de toerekeningsfictie uit art. 2.14a Wet IB 2001 wordt het afgezonderd vermogen in een APV toegerekend aan de inbrenger. Hierdoor treedt economisch gezien geen verarming op bij de inbrenger. Het afzonderen van vermogen in een APV an sich wordt op grond van art. 17a SW 1956 niet als een belaste verkrijging aangemerkt. Hiermee is de rechtsregel voortkomend uit de Trustarresten, dat het inbrengen van vermogensbestanddelen in een irrevocable discretionary trust een schenking is, losgelaten.³⁴⁴ Het inbrengen van een AB in een APV wordt niet aangemerkt als een verkrijging en kan dus niet als schenking kwalificeren waarover eventueel schenkbelasting is verschuldigd.

Bij overlijden van een inbrenger worden op basis van art. 16 lid 1 SW 1956 de bezittingen en schulden van een APV geacht deel uit te maken van de nalatenschap van de erflater, waarna dit vermogen geacht wordt krachtens erfrecht door de erfgenamen pro-rata wordt verkregen. Hierover is een erfgenaam vervolgens erfbelasting verschuldigd. Op basis van deze fictieve verkrijging krachtens erfrecht kan belastingheffing optreden bij erfgenamen. Anders dan de systematiek van de belastingheffing gedurende het leven van de inbrenger is deze heffing gebaseerd op een fictie. De verschuldigde erfbelasting ontstaat op grond van een verkrijging die in de realiteit niet plaatsvindt ten tijde van het overlijden van de inbrenger.³⁴⁵ Indien een AB na het overlijden van de inbrenger wordt toegerekend aan dienst erfgenamen, is het discutabel of dit AB daadwerkelijk krachtens erfrecht wordt verkregen. Civielrechtelijk is namelijk geen sprake van vererving op het tijdstip dat de inbrenger overlijdt, aangezien het AB juridisch gezien in het APV zit. Art. 16 lid 2 SW 1956 brengt met zich mee dat een verkrijging van een in rechte vorderbare aanspraak op bijvoorbeeld het AB in een APV als verkrijging krachtens erfrecht wordt aangemerkt indien de in rechte vorderbare aanspraak ontstaat ten gevolge van het overlijden van de erflater.

Al wat vanuit een APV wordt verkregen op een andere wijze dan door overlijden, wordt middels art. 17 SW 1956 geacht krachtens schenking te zijn verkregen van de inbrenger of diens erfgenamen. De strekking hiervan is identiek aan de strekking van art. 16 SW 1956. De bepaling heeft enkel werking bij een verkrijging die nog niet aan een begunstigde werd toegerekend. Indien de inbrenger van een AB in een APV uitkeringen verkrijgt uit het APV, is geen sprake van een belaste schenking. Een probleem kan optreden indien sprake is van meerdere inbrengers, waarbij meerdere deelschenken kunnen optreden, wat de behandeling van de toerekening en de uitkeringen gecompliceerder kan maken.³⁴⁶

³⁴³ Art. 36 SW 1956.

³⁴⁴ Sonneveldt 2020.

³⁴⁵ Wellicht zal deze verkrijging in de toekomst zelfs nooit gaan plaatsvinden, zie Boer 2011, p. 388.

³⁴⁶ De Leeuw, NLF-W 2021.

Daarnaast werkt de toerekeningsstop uit art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 bewust niet door naar art. 16 en art. 17 SW 1956. Hiermee wordt voorkomen dat bezittingen en schulden van een APV die als zelfstandig kwalificeert op grond van de toerekeningsstop onbelast via een erfenis of via schenkingen kunnen overgaan. Het vermogen van een APV dat namelijk niet wordt toegerekend aan een inbrenger op grond van de toerekeningsstop wordt geacht te zijn verkregen van de persoon of personen waaraan het vermogen zonder toepassing van de toerekeningsstop zou zijn toegerekend.³⁴⁷ Het past niet in de gekozen opzet van de Successiewet om het vermogen dat onder de toerekeningsstop valt buiten de heffing van schenk- en erfbelasting te houden indien het vermogen uit een APV wordt geschonken of fictief overgaat krachtens erfrecht.³⁴⁸

Op basis van art. 26a SW 1956 zijn de vrijstellingen en tarieven die gelden in relatie tussen inbrenger en de erfgenamen/begunstigden van overeenkomstige toepassing op (fictieve) verkrijgingen die plaatsvinden op grond van het APV-regime.³⁴⁹ Daarnaast wordt de waardering van de verkrijging gewaardeerd op grond van art. 21 SW 1956.

In de parlementaire geschiedenis wordt gesteld dat de BOR ook van toepassing kan zijn indien sprake is van een uitkering uit een APV.³⁵⁰ Voor preferente aandelen geldt echter dat indien 'normale' aandelen gehouden worden door een APV en deze dus niet in bezit zijn van de verkrijger van de preferente aandelen, niet voldaan wordt aan de voorwaarden om de BOR te kunnen toepassen. Hierin zit een verschil met de toepassing van de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 wat betreft preferente aandelen. Ook al is de wettekst vergelijkbaar omtrent de behandeling van preferente aandelen, geldt het APV-regime voor de integrale Wet IB 2001. Dit is niet het geval in de Successiewet.³⁵¹

5.3.4 Buitenlandse vestigingsplaats

Met dien verstande dat een discretionary trust onder het APV-regime valt en een fixed trust niet³⁵², speelt de vestigingsplaats van een discretionary trust welke als APV kwalificeert een rol in de belastingheffing in Nederland. Zoals eerder opgemerkt in paragraaf 5.3.2 is het mogelijk dat een in het buitenland gevestigde trust onder de heffing van vennootschapsbelasting kan vallen indien deze trust Nederlands inkomen geniet.³⁵³ Het is echter mogelijk dat een in het buitenland gevestigde APV ingevolge de toerekeningsfictie van art. 2.14a Wet IB 2001 alsmede in de heffing wordt betrokken.

³⁴⁷ Zie art. 16 lid 1 SW 1956 en art 17 lid 1 SW 1956.

³⁴⁸ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 9 p. 89.

³⁴⁹ Boer 2011, p. 376.

³⁵⁰ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 12.

³⁵¹ Enkele knelpunten omtrent de toepassing van de BOR bij een APV worden nader toegelicht in hoofdstuk 6.

³⁵² Zie hierover paragraaf 5.3.5.

³⁵³ De trust kwalificeert dan als doelvermogen welke op grond van art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969 buitenlandse belastingplicht kan bezitten (met inachtneming van art. 17 lid 5 Wet VPB 1969).

Indien dit APV onroerend goed dat is gevestigd in Nederland in bezit heeft maar niet onder de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 valt aangezien niet voldaan is aan de onderworpenheidseis met materiële ondernemingseis, treedt mogelijk dubbele heffing op. Auerbach stelt dat tevens dubbele heffing kan optreden indien een AB is ondergebracht in een in het buitenland gevestigde APV die niet onder de toerekeningsstop valt en wel belast wordt op grond van art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969.³⁵⁴ Ik acht het onwenselijk dat dubbele heffing kan ontstaan ten gevolge van een samenloop tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Een wettelijke bepaling opnemen die deze belemmering wegneemt zou een stap in de goede richting zijn.³⁵⁵ Het doel van het APV-regime wordt hiermee nog steeds bereikt, namelijk eenmaal heffen over het onbelaste zwevende vermogen in een APV.

Indien een APV in het buitenland is gevestigd, heeft dit geen gevolgen voor de heffing van schenk- en erfbelasting wanneer het een discretionary trust betreft.³⁵⁶ Deze valt onder het APV-regime, waardoor bijvoorbeeld bij overlijden van de inbrenger het vermogen als fictieve erfrechtelijke verkrijging bij diens erfgenamen terecht komt. Voor de heffing van schenk- en erfbelasting bij de fixed trust is de werking gecompliceerder, zie paragraaf 5.3.5 hierna.

5.3.5 Knelpunten rondom de fixed trust

Het APV-regime is van toepassing op een discretionary trust. De vraag rijst of de fixed trust onder het APV-regime kan vallen. In de parlementaire geschiedenis is de wetgever, net zoals op meerdere vlakken binnen het APV-regime, onduidelijk over hoe om dient te worden gegaan met een fixed trust ten opzichte van een discretionary trust.³⁵⁷ Enerzijds dient het gehele vermogen uit een APV toegerekend te worden aan de inbrenger, waarna een corresponderende schuld in aanmerking kan worden genomen indien een ander persoon een concreet afdwingbaar recht op het vermogen in het APV krijgt. Anderzijds geldt het APV-regime enkel voor discretionaire entiteiten. Voor het fixed deel van een entiteit geldt dat dit deel niet kwalificeert als APV vanwege de concrete afdwingbare rechten die iemand heeft op het vermogen in een APV.³⁵⁸

De HR heeft echter in 2015 een arrest gewezen met betrekking tot een irrevocable fixed trust en de wetswijziging inzake APV's, waarin schenkingsrecht³⁵⁹ was verschuldigd.³⁶⁰ In casu werd de trust genegeerd voor het schenkingsrecht aangezien belanghebbende een vaststellingsovereenkomst met

³⁵⁴ Auerbach, WFR 2010.

³⁵⁵ De aanpassing van art. 17 lid 5 Wet VPB 1969 is een goed begin is geweest. Wet van 18 december 2019, Stb. 2019 513.

³⁵⁶ Indien de inbrenger aan wie het vermogen is toegerekend (fictief) woonachtig is in Nederland.

³⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 11 en 52 en Kamerstukken II 2009/2010, 31 930, nr. 13, p. 30 en p. 39.

³⁵⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752.

³⁵⁹ Voor de wijziging van de Successiewet in 2010 was sprake van schenkingsrecht in plaats van schenkbelasting.

³⁶⁰ HR 10 april 2015, nr. 13 04999.

de Belastingdienst had gesloten omtrent de kwalificatie en fiscale behandeling van de trust. De begunstigde had juridisch afdwingbare rechten jegens de trust, waardoor de HR heeft beslist dat het vermogen van een irrevocable fixed trust niet kan worden toegerekend aan de inbrenger. De irrevocable fixed trust valt derhalve niet onder het APV-regime. De toerekening die ingevolge het APV-regime tot stand komt is niet van toepassing. Voor de fixed trust wordt het afgezonderde vermogen dan ook toegerekend aan desbetreffende begunstigden en in de belastingheffing betrokken op grond van art. 5.3 lid 2 onderdeel f Wet IB 2001. Met deze uitspraak van de HR wordt mijns inziens de conclusie uit paragraaf 3.1.2.D bevestigd dat een irrevocable fixed trust zowel voor de heffing van inkomstenbelasting als voor de heffing van schenk- of erfbelasting als zelfstandige entiteit kan kwalificeren.

De HR heeft ook duidelijk in het arrest van 10 april 2015 gesteld dat de economische deelgerechtigheid zoals deze benoemd is in art. 2.14a lid 2 onderdeel b Wet IB 2001 enkel ziet op belangen bij samenwerkingsverbanden. Een juridisch afdwingbaar recht is dan ook niet gelijk aan economische deelgerechtigheid. Het zou in mijn optiek wenselijk zijn dat de wetgever deze terminologie in de wettekst duidelijker aangeeft, aangezien ook in vernoemd arrest op grond van de gehanteerde terminologie onduidelijkheden ontstonden.

In mijn optiek valt zeker iets te zeggen voor de benadering dat een fixed trust onder het APV-regime valt. De letterlijke wettekst maakt namelijk geen onderscheid tussen een fixed of een discretionary lichaam. In beginsel kan een fixed trust onder de definitie van een APV vallen. Gesteld kan echter worden dat bij een fixed trust in beginsel geen vermogen aan het zweven is, aangezien de begunstigden bepaalde of bepaalbare rechten hebben. Hierdoor zou sprake kunnen zijn van een concreet afdwingbaar recht, waardoor het afgezonderde vermogen in een fixed trust niet onder de definitie van een APV kan vallen. Een valkuil in deze benadering doet zich bijvoorbeeld voor indien juridisch afdwingbare rechten pas in de (verre) toekomst tot uiting komen. Dit kan het geval zijn in de situatie waarin een enig begunstigde zonder afstammelingen niet het gehele vermogen in de fixed trust krijgt uitgekeerd voor diens overlijden. Het resterende vermogen blijft achter in de trust en wordt op grond van de wensen van de oorspronkelijke inbrenger aan een goed doel uitgekeerd. Dat een goed doel begunstigde is tot het vermogen uit de fixed trust wordt pas bij overlijden van de enig begunstigde zonder afstammelingen duidelijk. Hierbij is desalniettemin duidelijk waar de juridisch afdwingbare rechten liggen, al is dit met betrekking tot het goede doel pas duidelijk in de verre toekomst. Op het moment dat nog niet duidelijk is dat de enig begunstigde geen afstammelingen gaat hebben, is het onzeker bij wie het resterende vermogen uit de fixed trust tot uiting zal komen. Gesteld kan worden dat in deze situatie het wenselijk is dat de fixed trust onder het APV-regime valt. De HR heeft echter in 2015 anders beslist.

Voor de behandeling van het fixed deel van een trust wijzigt met de invoering van het APV-regime per 1 januari 2010 in mijn optiek niets. Waar de grens ligt tussen discretionair en fixed hangt veelal af van feiten en omstandigheden. Het feitelijk handelen van betrokkenen en de trustakte kunnen hierin een doorslaggevende rol spelen. Het arrest van 10 april 2015 zag op een trust welke volgens de HR geen discretionaire elementen bevatte.³⁶¹ Tot op heden is geen arrest gewezen dat duidelijkheid verschaft hoe dient te worden omgegaan met een lichaam welke zowel een fixed als discretionary deel heeft. De HR zette in haar arrest op 26 maart 2021 het APV-regime kort op een rijtje zonder verder in te gaan op de behandeling van een fixed deel in het APV-regime.³⁶² Rechtsoverweging 4.1.2 van het betreffende arrest luidt: *“Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan een begunstigde een dergelijk concreet juridisch afdwingbaar recht hebben jegens het gehele vermogen, maar ook jegens een deel van dat vermogen of een bepaald bestanddeel ervan.”*³⁶³ Ik ben van mening dat de toerekeningsfictie van art. 2.14a lid 1 Wet IB 2001 enkel ziet op het discretionaire deel van APV's. Het niet-discretionaire deel, oftewel het fixed deel, van een APV dient rechtstreeks te worden toegerekend aan de begunstigde die in het bezit is van een concreet afdwingbaar recht. Hierdoor komt een fixed deel mijns inziens niet in aanmerking voor het APV-regime. Als gevolg hiervan kan een lichaam deels wel onder het APV-regime vallen en deels niet. Een nadeel hiervan kan zijn dat indien de concreet afdwingbare rechten niet duidelijk aan vermogensbestanddelen in het APV te koppelen zijn, het een lastige situatie wordt om de toerekening juist uit te voeren bij de inbrenger van het discretionaire deel, tevens met het oog op de voornoemde problematiek rondom toekomstige aanspraken op het fixed deel.³⁶⁴ Het is naar mijn mening wenselijk dat ofwel een specifiek geschil omtrent een lichaam welke deels fixed en deels discretionair is het redt tot een uitspraak bij de HR ofwel de wetgever duidelijkheid verschaft over de behandeling van deze lichamen.

Met dien verstande dat bij een fixed trust het APV-regime geen toepassing vindt, heeft art. 17 SW 1956 geen invloed op de verschuldigde belasting rondom uitkeringen uit de fixed trust. Ingevolge het concreet juridisch afdwingbare recht van een begunstigde is namelijk geen sprake van een schenking. De begunstigde zal bij inbreng van het vermogen reeds voor het deel waarop het concrete afdwingbare recht ziet in de heffing zijn betrokken, waardoor een vervulling van dit recht naar mijn mening terecht niet tot heffing van schenkbelasting leidt.

³⁶¹ Een probleem dat blijft bestaan is de situatie waarin de begunstigde van het vermogen uit de fixed trust komt te overlijden. De vraag rijst aan wie het vermogen dan toegerekend dient te worden. Aangezien het APV-regime van art. 2.14a Wet IB 2001 geen toepassing vindt wegens het missen van een discretionair element in de trust, vraag ik mij af of dit element niet alsnog aanwezig is bij het bepalen van de nieuwe begunstigten.

³⁶² HR 26 maart 2021, nr. 19 03671.

³⁶³ HR 26 maart 2021, nr. 19 03671 r.o. 4.1.2.

³⁶⁴ Meerdere situaties zijn denkbaar waarbij onduidelijkheid kan ontstaan rondom het fixed deel, wat kan leiden tot een heffingslek, zoals voorwaardelijke aanspraken. Zie hierover ook De Leeuw, 2020.

Wel kan de vestigingsplaats van een fixed trust gevolgen hebben voor de heffing van schenk- en erfbelasting. Indien de fixed trust die in het buitenland is gevestigd als zelfstandige entiteit kwalificeert, zoals het geval kon zijn op grond van jurisprudentie vóór de invoering van het APV-regime, is geen belastingheffing mogelijk voor de Successiewet. De fixed trust voldoet dan in beginsel niet aan het woonplaatsvereiste van art. 3 SW 1956. De inbreng van het vermogen in de trust kan echter wel als belaste verkrijging worden aangemerkt, indien de inbrenger ten tijde van de inbreng van het vermogen voldeed aan het woonplaatsvereiste.

5.4 Kritiek uit de literatuur

In de literatuur is in de loop der jaren veel kritiek geuit op het APV-regime, wat naar mijn mening niet geheel verrassend is gezien het grote bereik van de invoering van het APV-regime. Allereerst was het onduidelijk hoe de wetgever met de invoering van het APV-regime de vermogensbestanddelen in de heffing wilde betrekken. In de parlementaire geschiedenis sprak de wetgever over transparantie, terwijl in de wettekst duidelijk de term 'toerekening' staat. Op basis van de wettekst is geen sprake van transparantie. Een APV is mijns inziens niet transparant.³⁶⁵

Vermeulen en De Clercq pleiten voor meer transparantie bij APV's middels afschaffing van de toerekeningsstop in de inkomstenbelasting. Zij signaleren praktische problemen bij het handhaven van de toerekeningsstop in zijn huidige vorm. Zo zijn situaties denkbaar waarbij dubbele heffing plaatsvindt, maar ook situaties waarbij een tariefsvoordeel bereikt kan worden gezien het feit dat een APV enkel vennootschapsbelastingdruk kent, indien deze een onderneming drijft.³⁶⁶ Hoogwout en Verstijnen spreken over de starheid van de fiscale toerekeningsregeling welke voor het APV-regime van toepassing is. Dit komt tot uiting in situaties waarin een inbrenger van het vermogen in een APV komt te overlijden en de begunstiging afwijkt van de erfrechtelijke toerekening van het desbetreffende APV-vermogen.³⁶⁷ Wat betreft de problemen rondom dubbele heffing ben ik het eens met Vermeulen en De Clercq dat de toerekeningsstop in deze situaties geen soelaas biedt, het veroorzaakt juist het probleem. Een wijziging doorvoeren in de wettekst van de vennootschapsbelasting acht ik dan ook een betere optie om situaties waarin sprake kan zijn van dubbele heffing te voorkomen.

Ook de alles-of-niets uitleg van de tegenbewijsregeling zorgt voor discussie. De toerekening van het vermogen in een APV vindt na overlijden van de inbrenger plaats naar evenredigheid van het erfdeel voor een erfgenaam. De verhouding tot het vermogen van een APV voor begunstigden kan echter afwijken van de evenredigheid van het erfdeel. Hierover heeft Hof Den Haag³⁶⁸ beslist dat de

³⁶⁵ Zie paragraaf 5.2.2 voor nadere toelichting.

³⁶⁶ Vermeulen & De Clercq, FTV 2018.

³⁶⁷ Hoogwout & Verstijnen, FTV 2013.

³⁶⁸ Hof Den Haag 18 juni 2019, nr. 18 00920 t/m 18/00924.

tegenbewijsregeling niet te eng wordt uitgelegd. Wellicht zou een versoepeling in de regeling door de wetgever uitkomst kunnen bieden, waardoor de mate waarin de erfgenaam begunstigd is tot het vermogen uit een APV een rol gaat spelen.³⁶⁹ Een versoepeling zou in mijn optiek de rechtszekerheid van een belastingplichtige ten goede komen, zeker voor toekomstige generaties erfgenamen.

Daarnaast kan volgens Hoogwout het APV-regime complicaties opleveren in bepaalde situaties met betrekking tot de erfgenamen en de begunstigden.³⁷⁰ Zo kan de groep begunstigden van een APV afwijken van de erfgenamen van de inbrenger, waardoor bij het ontbreken van een juridisch afdwingbaar recht voor de begunstigden problemen kunnen ontstaan. Bovendien zijn problemen denkbaar waarbij de grondslag van de heffing van de inkomstenbelasting bij een erfgenaam van de inbrenger van het vermogen in een APV lager (of hoger) uitvalt ten opzichte van de situatie waarbij het vermogen niet in een APV was ondergebracht.

Boer acht de fictieve verkrijging op basis van art. 16 SW 1956 disproportioneel.³⁷¹ De erfgenamen hoeven namelijk niet in alle gevallen de begunstigden van een APV te zijn, wat in de parlementaire geschiedenis wel als uitgangspunt wordt genomen.³⁷² Ik ben het oneens met Boer, in die zin dat de toerekening aan erfgenamen in lijn is met de doelstelling van het APV-regime om onbelast zwevend vermogen in de heffing te kunnen betrekken. Het was wellicht beter geweest wanneer aangesloten zou worden bij de daadwerkelijke begunstigen, al geeft dit naar mijn mening meer kans op resterend onbelast zwevend vermogen indien deze begunstigden bijvoorbeeld niet te traceren zijn.

Een ander knelpunt van het APV-regime ontstaat indien sprake is van toerekening van het APV aan erfgenamen van de erfgenaam van de inbrenger. Het is niet ondenkbaar dat belastingheffing op die manier plaatsvindt bij een persoon welke nooit inkomen uit het APV gaat ontvangen. De eerste fictieve toerekening na het overlijden van de inbrenger aan diens erfgenaam acht ik al niet in lijn met het draagkrachtbeginsel indien deze erfgenaam geen begunstigde is van het vermogen en niet kan voldoen aan de strenge voorwaarden van de tegenbewijsregeling. Daarbij komt ook dat indien de erfgenaam komt te overlijden, diens erfgenamen de volgende zijn aan wie het vermogen van het APV wordt toegerekend. Ik heb moeite met dit rigide aspect van het APV-regime en vraag mij af wanneer het moment daar is dat de tweede generatie erfgenamen 'onterecht' onder de toerekeningsfictie komen te vallen en jurisprudentie te verwachten valt rondom schending van het draagkrachtbeginsel via strijdigheid met het EVRM.

³⁶⁹ Zie ook Parket bij de Hoge Raad 18 september 2020, nr. 19 03671.

³⁷⁰ Hoogwout, FBN 2019.

³⁷¹ Boer 2011, p. 388.

³⁷² Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 9 p. 48.

In het verleden is in het kader van modernisering van de Successiewet geopperd om het begrip van de stichting te verruimen zodat ook buitenlandse doelvermogens hieronder zouden kunnen vallen.³⁷³ Kort gezegd zou elke inbreng in en een uitkering uit een stichting belast worden tegen het derdentarief. Gezien het feit dat een buitenlands doelvermogen onder het begrip van een stichting kon vallen, werd bijvoorbeeld een trust op deze manier in de belastingheffing betrokken. Los van de uitbreiding van het stichtingsbegrip werd ook een familiestichting geïntroduceerd in het rapport. De plannen uit het rapport hebben nooit geleid tot wetswijzigingen, aangezien de methode in 2008 niet werkbaar werd geacht en een aanpassing van de Wet IB 2001 die toegepast moest worden op een rechtspersoon bracht complicaties met zich mee.³⁷⁴

In de literatuur wordt meerdere malen de entiteitsbenadering geopperd als vervanging van het APV-regime.³⁷⁵ De doelstellingen die het APV-regime met zich meebrengt kunnen ook middels een entiteitsbenadering worden bereikt. Hierbij is wel van belang dat een vestigingsplaatsfictie wordt toegepast, anders kan alsnog sprake zijn van onbelast zwevend vermogen in een buitenlands doelvermogen. Een entiteitsbenadering brengt een uitbreiding van de Nederlandse jurisdictie met zich mee. Mijns inziens in een uitbreiding van de jurisdictie gerechtvaardigd indien een inbrenger van het vermogen ten tijde van de inbreng in Nederland woonachtig is, zodat de inbreng in de Nederlandse heffingsgrondslag kan vallen. Het gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten om dieper in te gaan op de invoering en uitwerking van een entiteitsbenadering.

Los van bovenstaande knelpunten zijn in de literatuur talloze voorbeelden te vinden over discrepanties en niet sluitende systemen binnen het APV-regime.³⁷⁶ Ik ben van mening dat de wetgever dient te kijken naar een minder rigide aanpak van een APV. De laatste evaluatie is onderhand alweer meer dan zeven jaar geleden.³⁷⁷ Het is mijns inziens wenselijk dat de wetgever het APV-regime opnieuw gaat evalueren.

5.5 Deelconclusie

Zwevende doelvermogens werden steeds vaker gebruikt om belastingheffing te ontgaan. Hierdoor ontstond een ongewenst heffingsvacuüm welke niet binnen het Nederlandse fiscale stelsel paste dat nieuwe wetgeving noodzakelijk was om de bestrijding van fiscale constructies met trusts en andere doelvermogens mogelijk te maken. De wetgever kwam in 2009 met het voorstel van het APV-regime, waarbij een APV als aparte entiteit genegeerd zou worden. De inbrenger wordt geacht over het afgezonderd vermogen in een APV te blijven beschikken, waardoor bezittingen en schulden, alsmede

³⁷³ Ook wel bekend als Commissie Moltmaker, zie Rapport 'De warme, de koude en de dode hand', 13 maart 2000.

³⁷⁴ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 50.

³⁷⁵ Zie onder andere Boer 2011, Bieman 2015 en Peters van Neijenhof & Van Beers, WPNR 2010.

³⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Gilissen 2012 en De Leeuw 2020.

³⁷⁷ Kamerstukken II 2012/2013, 31 930, nr. I.

de opbrengsten en uitgaven, in de belastingheffing worden betrokken bij de inbrenger en bij overlijden bij diens erfgenamen.

De vraag rijst of sprake is van toerekening of transparantie in het APV-regime. Mijns inziens is sprake van toerekening, een APV blijft erkend als lichaam maar bij wijze van fictie wordt het vermogen toegerekend aan de inbrenger. Ondanks dat in de parlementaire geschiedenis gesproken wordt over beide vormen, komt uit de wettekst naar voren dat sprake is van toerekening middels de toerekeningsfictie. Daarnaast heeft een eventuele transparantie benadering geen algehele doorwerking in de relevante belastingwetten, wat leidt tot een theoretische inconsistentie. Ook zou de toerekeningsstop in het geval van transparantie een onderscheid maken in art. 2.14a Wet IB 2001 zelf, aangezien bij toepassing van de toerekeningsstop een APV als zelfstandige entiteit wordt erkend. Met de invoering van het APV-regime lijkt de wetgever de oude methode van het beschikkingsmachtscriterium los te laten. Ik ben echter van mening dat toetsing aan het beschikkingsmachtscriterium nog steeds een rol speelt in de vraag of een lichaam als fiscaal transparant kwalificeert, aangezien degene die over het vermogen kan beschikken als ware zijn eigen vermogen niet dezelfde persoon hoeft te zijn als de inbrenger en op die manier kan leiden tot een andere uitkomst voor de belastingheffing.

Verschillende bepalingen werden bij invoering van het APV-regime op 1 januari 2010 toegevoegd aan onder andere de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969 en de SW 1956. In art. 2.14a Wet IB 2001 werd de behandeling van een APV opgenomen. De toerekeningsfictie zorgt ervoor dat de rechtsvorm van een APV blijft bestaan, het discretionaire deel van een APV wordt toegerekend aan de inbrenger en bij overlijden aan diens erfgenamen. Een tegenbewijsregeling maakt het mogelijk voor een erfgenaam die rechtens dan wel in feite, direct of indirect geen begunstigde is van het afgezonderde vermogen en dit ook nooit kan worden, dat toerekening niet van toepassing is. Deze bewijslast is echter zwaar, het enkel aannemelijk maken is niet voldoende. De toerekeningsstop biedt uitkomst in situaties waarin economisch dubbele heffing kan optreden. Indien een APV wordt betrokken in een belasting naar winst en daarnaast een reële actieve onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001, wordt aan de inbrenger geen afgezonderd vermogen toegerekend. Invoering van het APV-regime heeft voor de vennootschapsbelasting als gevolg dat art. 8 lid 15 Wet VPB 1969 is toegevoegd. Met deze bepaling wordt voorkomen dat antimisbruikbepalingen worden omzeild middels het onderbrengen van bijvoorbeeld een lening in een APV. In de Wet VPB 1969 blijft, naast het in sommige gevallen negeren van een APV als entiteit op basis van art. 8 lid 15 Wet VPB 1969, een APV een zelfstandige entiteit welke kan dienen als zelfstandig toerekeningscentrum. Buitenlandse belastingplicht is mogelijk op grond van art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969 indien een in het buitenland gevestigde APV Nederlands inkomen geniet. Voor de schenk- en erfbelasting is op basis van art. 16 SW 1956 bepaald

dat bij overlijden van een inbrenger de bezittingen en schulden van een APV deel uitmaken van diens nalatenschap. Dit vermogen wordt krachtens erfrecht pro-rata verkregen door de erfgenamen. Al wat vanuit een APV op andere wijze wordt verkregen dan door overlijden van de inbrenger, wordt krachtens schenking te zijn verkregen. Het afzonderen van het vermogen an sich vormt geen verkrijging op basis van art. 17a SW 1956. De tarieven en vrijstellingen die gelden in de relatie tussen inbrenger en erfgenaam of begunstigde zijn van overeenkomstige toepassing op de (fictieve) verkrijgingen uit een APV.

Over een fixed trust bestond lange tijd de discussie of deze onder het APV-regime kon vallen. De wettekst maakt namelijk geen onderscheid tussen discretionary en fixed delen van een APV. Hierdoor zou in beginsel een fixed deel onder het APV-regime kunnen vallen, waarna een corresponderende schuld in aanmerking wordt genomen indien een ander persoon dan de inbrenger een concreet afdwingbaar recht heeft op het vermogen. De HR heeft in 2015 echter beslist dat een fixed trust niet onder de werking van het APV-regime valt. De behandeling van een fixed trust blijft per 1 januari 2010 onveranderd.

Vanuit de literatuur is door de jaren heen kritiek geuit op het APV-regime. Het is nog steeds onduidelijk of in het APV-regime sprake is van transparantie of van toerekening. Sommige auteurs pleiten voor meer transparantie, waarbij wijzigingen rondom de toerekeningsstop een rol spelen. Daarnaast kunnen problemen ontstaan bij de toerekening, indien de begunstigden niet dezelfde personen zijn als de erfgenamen van de inbrenger van het vermogen in een APV. De alles-of-niets uitleg van de tegenbewijsregeling is volgens Hof Den Haag niet te eng uitgelegd, maar de bewijslast is in mijn optiek te zwaar. Een versoepeling zou de rechtszekerheid van een belastingplichtige ten goede komen, zeker voor latere generaties erfgenamen. Een entiteitsbenadering is een veel terugkomend idee ter vervanging van het APV-regime. Een vestigingsplaatsfictie is hierbij van belang. De wetgever dient mijns inziens te kijken naar een minder rigide aanpak van het APV-regime. Een nieuwe evaluatie is dan ook wenselijk.

6. Behandeling van een AB in een trust

In voorgaande hoofdstukken van dit onderzoek is de behandeling van zowel fiscaal transparante trusts als trusts die onder het APV-regime vallen nader toegelicht. In dit hoofdstuk komt de werking van de doorschuifregeling bij een verkrijging krachtens erfrecht en de BOR aan bod, getoetst op het moment dat een AB-houder wiens AB is ondergebracht in een trust komt te overlijden. Hierbij wordt gekeken of een verschil bestaat in behandeling indien het AB is ondergebracht in ofwel een fiscaal transparante trust ofwel een trust die kwalificeert als een APV. Uit hoofdstuk vijf is gebleken dat een fixed trust niet onder het APV-regime valt. In dit onderzoek wordt ook de fixed trust meegenomen in de vraag hoe de doorschuifregeling bij een verkrijging krachtens erfrecht en de BOR uitwerken indien een AB is ondergebracht in dit type trust. Paragraaf 6.1 geeft de uitwerking weer van de doorschuifregeling en de BOR op het AB in verschillende type trusts en sluit af met een overzicht waarin verschillen en overeenkomsten tussen de uitwerking van beide regelingen op de verschillende soorten trusts naar voren komen. In paragraaf 6.2 wordt het verschil in behandeling nader beschouwd, waarbij onderzocht wordt of een rechtvaardiging bestaat voor dit verschil. Indien sprake is van onwenselijkheid voor dit verschil, kan het wenselijk zijn een oplossing te vinden. Paragraaf 6.3 gaat daarom dieper in op aanpassingen welke de wetgever in de toekomst kan doorvoeren om de rechtvaardiging te verbeteren. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 6.4 af met een deelconclusie.

6.1 Verschillen en overeenkomsten

Voor de werking van de doorschuifregeling en de BOR bij een verkrijging krachtens erfrecht van een AB dat is ondergebracht in een trust ga ik in onderstaande voorbeelden telkens uit van de volgende feiten. Vader X heeft één erfgenaam, zoon Y. X en Y zijn beide woonachtig in Nederland. X heeft een AB in BV A, welke een materiële onderneming drijft en volledig uit ondernemingsvermogen bestaat. X besluit zijn AB in te brengen in een doelvermogen gevestigd in het buitenland. Het ontgaan van belastingheffing door het instellen van een doelvermogen in het buitenland is niet de intentie of het hoofddoel van X. De Anglo-Amerikaanse trust is gekozen als doelvermogen waarin X zijn AB wil inbrengen. X overlijdt na de inbreng van zijn AB in deze trust. De trust kwalificeert in de volgende voorbeelden ofwel als fiscaal transparant (zie paragraaf 6.1.1) ofwel als APV (zie paragraaf 6.1.2).

6.1.1 Fiscaal transparant

X heeft zijn AB ingebracht in een in het buitenland gevestigde discretionary trust, maar het blijkt dat X (tot aan zijn overlijden) over het vermogen kan blijven beschikken als ware zijn eigen vermogen.³⁷⁸ X

³⁷⁸ Gezien het feit dat X kan beschikken over het vermogen in de trust als ware zijn eigen vermogen, is het in dit voorbeeld van belang dat sprake is van een discretionary trust. Indien het vermogen in een fixed trust was ondergebracht, is het in de praktijk naar mijn idee onwaarschijnlijk dat X kan beschikken over het vermogen in de trust, aangezien de begunstigden concreet afdwingbare rechten zullen bezitten. Het is wellicht niet ondenkbaar, maar deze situaties laat ik hier buiten beschouwing.

kan invloed op de werkzaamheden en beslissingen van de *trustee* uitoefenen, de zeggenschap over het moment en de hoogte van de uitkeringen liggen bij X en bij X staan verder geen belemmeringen in de weg om invloed uit te oefenen op de trust. Hieruit volgt dat de trust als fiscaal transparant kwalificeert en het vermogen uit de trust wordt in aanmerking genomen bij X voor de belastingheffing.

6.1.1.A Wet IB 2001

De inbreng van het AB in de trust is civielrechtelijk een vervreemding, echter wordt dit voor inkomstenbelastingdoeleinden genegeerd. Het economisch belang blijft bij X. Dit heeft tot gevolg dat geen belastbare vervreemding bestaat op het moment dat X zijn AB inbrengt in de trust. De reguliere voordelen en de vervreemdingsvoordelen die X behaalt op het AB worden meegenomen bij X in de belastingheffing voor box 2.

6.1.1.B Wet VPB 1969

Heffing van vennootschapsbelasting op grond van art. 2 Wet VPB 1969 is niet aan de orde, aangezien de trust niet in Nederland is gevestigd. Op grond van art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969 kan buitenlandse belastingplicht ontstaan indien Nederlands inkomen wordt genoten. De belastingplicht over het AB is denkbaar ingevolge art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969, waarbij het hoofddoel van het houden van een AB door de trust het ontgaan van de heffing van inkomstenbelasting bij een ander is. Indien op grond van art. 17 lid 5 Wet VPB 1969 aannemelijk is gemaakt dat het hoofddoel van het AB in de trust niet het ontgaan van belastingheffing bij een ander is, valt het belastbaar inkomen uit een AB niet onder het belastbare Nederlandse inkomen voor de vennootschapsbelasting. Mijns inziens wordt bij een fiscaal transparante trust geen belastingheffing ontgaan bij een ander, aangezien het AB in aanmerking wordt genomen bij X zelf. De trust kwalificeert in dit voorbeeld als fiscaal transparant, waardoor überhaupt geen belastingplicht ontstaat voor vennootschapsbelasting bij X als natuurlijk persoon waar het AB in aanmerking wordt genomen. Ik acht het onwaarschijnlijk belastingplicht voor de vennootschapsbelasting ontstaat.

6.1.1.C SW 1956

De inbreng van het AB in de trust is geen belaste schenking voor de heffing van schenkbelasting. X verarmt economisch gezien niet bij de inbreng van het AB in de trust, waardoor geen sprake is van een schenking aan de trust. Hierbij is namelijk van belang dat de schenker verarmd, de verkrijger verrijkt en een bevoordelingsbedoeling aanwezig is.³⁷⁹ Indien de trust uitkeringen doet aan een *beneficiary* is wel sprake van heffing van schenkbelasting. Dit gebeurt echter vanuit het oogpunt van X welke

³⁷⁹ Vergelijk de situatie waarin op basis van de Trustarresten de discretionary trust als zelfstandige entiteit aangemerkt dient te worden voor de heffing van schenkbelasting. Indien sprake is van fiscale transparantie ben ik van mening dat indien een persoon voldoet aan het beschikkingsmachts criterium, ook voor de heffing van schenk- en erfbelasting fiscale transparantie doorwerkt ondanks dat het een irrevocable discretionary trust is. Dit is in lijn met de beslissing van Hof Den Haag (zie Hof Den Haag 28 juni 2017, nr. 16 00087 t/m 16 00094).

woonachtig is in Nederland, waardoor het tarief en de vrijstelling van toepassing is welke geldt in de verhouding tussen X en de *beneficiary*.

6.1.1.D Verrijging krachtens erfrecht

X overlijdt en Y is enig erfgenaam van X. De vraag rijst of het AB middels een verkrijging krachtens erfrecht bij Y terecht komt. Civielrechtelijk is een overgang van aandelen onder algemene titel geregeld in art. 3:80 BW. Een erfgenaam neemt vermogensrechtelijk gezien de positie over van een overledene. Aandelen kunnen enkel op de in de wet genoemde of uit de wet voortvloeiende wijzen van rechtsverlies worden verloren. Civielrechtelijk zit het AB in de trust, waardoor het AB civielrechtelijk gezien niet tot de nalatenschap van X behoort.

6.1.1.E Doorschuifregeling

Fiscaalrechtelijk kan worden aangesloten bij het economisch eigendom, waardoor mijns inziens een redelijke wetstoepassing met zich meebrengt dat ten gevolge van de fiscale transparantie door de beschikkingsmacht bij X een fictieve vervreemding op grond van art. 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 tot stand komt. Y verkrijgt het AB krachtens erfrecht en verzoekt om toepassing van de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001. Gezien het feit dat Y binnenlands belastingplichtig is, het AB geen meetrek-AB is, BV A een materiële onderneming drijft en volledig uit ondernemingsvermogen bestaat, is voldaan aan de voorwaarden en kan de AB-claim die is ontstaan bij de fictieve vervreemding worden doorgeschoven.

6.1.1.F BOR

Naast de doorschuifregeling wil Y ook om toepassing van de BOR verzoeken. Het AB zit echter civielrechtelijk gezien in de fiscaal transparante trust in het buitenland. Daar waar de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 economisch gericht zijn, hanteert de Successiewet een sterk civielrechtelijke benadering. Hierdoor is bij overlijden van X civielrechtelijk gezien geen sprake van een verkrijging krachtens erfrecht bij Y. Art. 16 SW 1956 is niet van toepassing, aangezien de trust als fiscaal transparant kwalificeert en niet onder het APV-regime valt. De vraag rijst of de BOR kan worden toegepast, aangezien geen verkrijging krachtens erfrecht plaatsvindt en dus niet voldaan wordt aan art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956. Ondanks het feit dat BV A een materiële onderneming drijft en volledig uit ondernemingsvermogen bestaat, is geen sprake van een verkrijging op grond van art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 waardoor Y naar de letter van de wet de BOR niet kan toepassen. Opgemerkt dient te worden dat indien de verkrijging krachtens erfrecht bij Y wel onder de werking van de BOR

kan vallen en voldaan wordt aan de voorwaarden, Y de voorwaardelijke vrijstelling wel kan toepassen.³⁸⁰

6.1.2 APV

X heeft zijn AB ingebracht in een in het buitenland gevestigde discretionary trust, waarover Y geen concreet juridisch afdwingbaar recht heeft en de discretionary trust enkel uit discretionair vermogen bestaat. De discretionary trust kwalificeert als APV op grond van art. 2.14a Wet IB 2001. Dit heeft tot gevolg dat het vermogen in de trust op basis van de toerekeningsfictie aan X wordt toegerekend, waardoor X belastingplichtig blijft ter zake van het AB. De toerekeningsfictie van art. 2.14a Wet IB 2001 heeft echter niet tot gevolg dat het APV als fiscaal transparant kwalificeert, het APV blijft fiscaal erkend als zelfstandige entiteit.

6.1.2.A Wet IB 2001

De inbreng van het AB door X in de discretionary trust is in beginsel als een vervreemding aan te merken op grond van art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001. X verarmt in mijn optiek economisch echter niet, waardoor geen sprake is van een vervreemding en dit geen belastingheffing tot gevolg heeft bij X. Het AB is toegerekend voor belastingheffing aan X, waardoor reguliere voordelen of vervreemdingsvoordelen bij X in box 2 in de heffing worden betrokken.

6.1.2.B Wet VPB 1969

Een APV blijft fiscaal erkend als zelfstandige entiteit. Dit brengt met zich mee dat eventueel vennootschapsbelasting verschuldigd is. Indien de in het buitenland gevestigde discretionary trust Nederlands inkomen geniet, kan sprake zijn van buitenlandse belastingplicht. Op grond van art. 17 lid 3 Wet VPB 1969 wordt het AB in de heffing betrokken indien het hoofddoel het ontgaan van belasting bij een ander is. Art. 17 lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969 kan voorgaande weerleggen, waardoor het belastbare inkomen uit een AB niet onder het Nederlandse inkomen valt voor de heffing van vennootschapsbelasting bij de trust. Ik acht het onwaarschijnlijk dat heffing op grond van art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969 plaatsvindt, aangezien enkel AB is ondergebracht in de trust en de trust verder geen Nederlands inkomen zal genieten. Het AB wordt voor de heffing van inkomstenbelasting aan X toegerekend en X heeft het AB niet in de trust ondergebracht met als hoofddoel het ontgaan van belastingheffing bij Y te kunnen creëren.

³⁸⁰ X heeft voldaan aan de bezitseis als gevolg van de kwalificatie van de trust als fiscaal transparant. Bij toepassing van de BOR verkrijgt Y een voorwaardelijke vrijstelling van 100% voor een bedrag van € 1.119.845 (in 2021) en voor hetgeen dit bedrag te boven gaat een 83% vrijstelling. Indien Y het AB vervreemdt binnen vijf jaren vervalt de BOR pro-rata.

6.1.2.C SW 1956

De inbreng van het AB in de discretionary trust die als APV kwalificeert heeft tot gevolg dat deze afzondering an sich niet als belaste verkrijging wordt aangemerkt op grond van art. 17a SW 1956. Hierdoor is geen schenkbelasting verschuldigd over de inbreng van het AB in de discretionary trust.

Als gevolg van het APV-regime wordt het vermogen in de discretionary trust toegerekend aan de erfgenamen van X indien X overlijdt. Y is de enig erfgenaam van X, waardoor het AB wordt toegerekend aan Y. Wellicht verkrijgt Y in de toekomst nooit het AB dat in de discretionary trust is afgezonderd. Deze toerekening acht ik niet in lijn met het draagkrachtbeginsel. Y heeft de optie om de tegenbewijsregeling toe te passen van art. 2.14a lid 6 Wet IB 2001. Hier is echter een dusdanig zware bewijslast vereist, dat Y hier waarschijnlijk niet aan kan voldoen. Zo wil bijvoorbeeld de *trustee* van de in het buitenland gevestigde discretionary trust geen informatie verschaffen aan Y, omdat deze geen begunstigde is tot het vermogen in de trust. Y zal op deze manier niet onder de toerekening uitkomen. Op grond van art. 16 lid 1 SW 1956 wordt het AB geacht deel uit te maken van de nalatenschap van X. Y ontvangt een fictieve verkrijging krachtens erfrecht waarin het AB zit, waarover in beginsel erfbelasting verschuldigd is. De verschuldigde erfbelasting ontstaat op grond van een verkrijging die in de realiteit niet plaatsvindt.

6.1.2.D Doorschuifregeling

Bij het overlijden van X is strikt genomen geen sprake van een overgang krachtens erfrecht. Hierdoor is geen sprake van een fictieve vervreemding in de zin van art. 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 en is de doorschuifregeling uit art. 4.17a Wet IB 2001 niet van toepassing. De integrale werking van het APV-regime heeft tot gevolg dat ook art. 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 en art. 4.17a Wet IB 2001 van toepassing zijn indien X komt te overlijden en het vermogen doorschuift naar diens erfgenaam Y. Een wettelijke bepaling die dit mogelijk maakt was mijns inziens echter op zijn plaats geweest. Ervan uitgaande dat art. 4.17a Wet IB 2001 toegepast kan worden, dient Y een verzoek tot doorschuiving van de AB-claim in. Y is binnenlands belastingplichtig, het AB is geen meetrek-AB, BV A drijft een materiële onderneming en bestaat volledig uit ondernemingsvermogen. Aan de voorwaarden van art. 4.17a Wet IB 2001 is dus voldaan en de AB-claim die is ontstaan bij de fictieve vervreemding kan worden doorgeschoven.

6.1.2.E BOR

De BOR kan van toepassing zijn op een verkrijging van vermogen uit een APV. De fictieve verkrijging bij Y van het AB krachtens erfrecht op grond van art. 16 SW 1956 kan onder het toepassingsbereik van de BOR vallen. Indien voldaan wordt aan de voorwaarden van de BOR wordt een voorwaardelijke vrijstelling van erfbelasting toegepast bij Y. BV A drijft een materiële onderneming en bestaat volledig uit ondernemingsvermogen. Op grond van art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 kwalificeert het AB in BV

A voor toepassing van de BOR. Indien X heeft voldaan aan de bezitseis van één jaar kan de voorwaardelijke vrijstelling op verzoek toegepast worden. Ondanks dat civielrechtelijk geen sprake is van bezit van het AB bij X en civielrechtelijk geen sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht, kan de BOR van toepassing zijn. Uit het besluit van 17 januari 2013³⁸¹ volgt namelijk dat op iedere fictieve verkrijging van ondernemingsvermogen de BOR van toepassing kan zijn. De BOR sluit daarnaast aan bij de Wet IB 2001 wat betreft de materiële onderneming en AB-houder zijn. Hierdoor werkt de integrale werking van het APV-regime door naar de BOR in de Successiewet en kan voldaan zijn aan de bezitseis. Bij toepassing van de BOR verkrijgt Y een voorwaardelijke vrijstelling van 100% voor een bedrag van € 1.119.845 (in 2021) en voor hetgeen dit bedrag te boven gaat een 83% vrijstelling. Y dient ingevolge de voortzettingseis het AB na verkrijging voor minimaal vijf jaren niet te vervreemden.

6.1.2.F Knelpunten

Ik voorzie enkele knelpunten rondom de toepassing van de BOR bij een discretionary trust indien de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 van toepassing is of is geweest. Indien voldaan aan de onderworpenheidseis met een materiële ondernemingseis vindt geen toerekening van het vermogen aan de inbrenger plaats. Indien de inbrenger, in voorgaand voorbeeld X, komt te overlijden, is geen sprake van een fictieve vervreemding waardoor geen heffingsmoment ontstaat voor de inkomstenbelasting welke doorgeschoven naar Y zou kunnen worden.

Voor de heffing van erfbelasting ligt dit anders. Ingevolge art. 16 lid 1 en art. 17 lid 1 SW 1956 wordt een verkrijging van het AB dat ziet op het ondernemingsvermogen in BV A geacht een fictieve verkrijging krachtens erfrecht respectievelijk krachtens schenking te zijn. De vraag rijst of in deze gevallen de BOR van toepassing is. Theoretisch gezien is dit mogelijk, indien voldaan is aan de voorwaarden van de BOR. Fictieve verkrijgingen vallen namelijk ook onder het toepassingsbereik van de BOR. Het is in mijn optiek echter onmogelijk om in deze situatie te voldoen aan de voorwaarden. Allereerst wordt niet voldaan aan de bezitseis. Ingevolge de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 heeft X geen ondernemingsvermogen in bezit, aangezien het AB zowel juridisch als economisch eigendom van het APV is. Ondanks dat uit een fictieve verkrijging krachtens erfrecht op grond van art. 16 lid 1 SW 1956 volgt dat de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 in feite wordt genegeerd en het vermogen aan de erflater wordt toegerekend, is niet voldaan aan de bezitstermijn van de BOR. Op het moment van overlijden wordt het vermogen weliswaar toegerekend aan de erflater, echter wordt in de periode voorafgaande aan het overlijden het vermogen niet aan de erflater toegerekend. Hierdoor komt de fictieve verkrijging krachtens erfrecht van het AB bij Y niet in aanmerking voor een voorwaardelijke vrijstelling. Een redelijke wetstoepassing zou in mijn optiek tot gevolg hebben dat de BOR van toepassing is op het verkregen AB in deze situatie. Dit is echter niet

³⁸¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën 17 januari 2013, BLKB2012/1221M, Stcrt. 2013, 2175.

opgenomen in bijvoorbeeld de uitzonderingen voor de bezitseis, waardoor zowel de wettekst als de staatssecretaris geen mogelijkheid bieden om in deze situatie de BOR toe te passen.

Indien de toerekeningsstop van toepassing is en vervolgens niet meer wordt voldaan aan de onderworpenheidseis van de materiële onderneming, wordt het AB opnieuw toegerekend aan de inbrenger. Wanneer dit vlak voor overlijden van de inbrenger plaatsvindt, voldoet de verkrijging wederom niet aan de voorwaarde van ondernemingsvermogen noch de inbrenger aan de bezitseis van de BOR waardoor de voorwaardelijke vrijstelling geen toepassing kan vinden.

Bovenstaande knelpunten met betrekking tot de bezitseis kunnen naar mijns inziens niet optreden bij erfgenaam Y voor de voortzettingseis. Een ander soort knelpunt komt hierbij echter aan wel bod. Indien het APV in de vijf jaren van de voortzettingstermijn onder art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 komt te vallen, ontstaat een fictieve vervreemding bij Y op grond van art. 4.16 lid 1 onderdeel j Wet IB 2001. Deze fictieve vervreemding is echter niet specifiek opgenomen in art. 35e lid 3 SW 1956, evenals bijvoorbeeld art. 4.16 lid 1 onderdeel f, g en h Wet IB 2001. Deze fictieve vervreemdingen voorkomen voor de heffing een claimverlies voor de wetgever. In mijn optiek is het voor het niet of niet langer toerekenen van het vermogen van een APV aan een belastingplichtige ten gevolge van het van toepassing worden van art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 echter niet zo dat de verkrijger volledig gerechtigd blijft tot het AB, waardoor de opsomming uit art. 35e SW 1956 naar mijn mening onvolledig is sinds de invoering van art. 4.16 lid 1 onderdeel j Wet IB 2001. Op basis van deze inconsistentie in de wetsbepaling kan de voortzettingstermijn doorlopen indien de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 toepassing vindt. Hierdoor wordt voldaan aan de voorwaarden van de BOR waardoor de voorwaardelijke vrijstelling van toepassing is voor Y.

De vraag rijst in hoeverre het in deze situaties terecht is dat de BOR kan worden toegepast. In tegenstelling tot andere fictieve vervreemdingen uit art. 4.16 Wet IB 2001 wordt de voortzettingstermijn bij het niet of niet langer toerekenen van het vermogen van de trust aan Y ingevolge de toepassing van art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001 niet geacht te worden onderbroken, terwijl de toerekening niet meer geschiedt aan Y en Y dus niet volledig gerechtigd is tot het AB. Het is mijns inziens wenselijk dat de wetgever met een oplossing voor deze onvolledige wetsbepaling komt. Met het zicht op een inperking van de BOR kan wellicht de wettekst van art. 35e lid 3 SW 1956 aangevuld worden, zodat geen inconsistentie meer bestaat rondom de gevolgen van fictieve vervreemdingen op de voortzettingstermijn.

6.1.3 Fixed trust

In paragraaf 5.3.5 ben ik tot de conclusie gekomen dat een fixed trust niet onder het toepassingsbereik van het APV-regime valt. Hieruit volgt dat voor de fiscale behandeling van een fixed trust de voor 1

januari 2010 bestaande behandeling dient te worden aangehouden. Dit leidt tot de volgende uitwerking met betrekking de doorschuifregeling en de BOR bij een AB afgezonderd in een fixed trust.

X heeft zijn AB ondergebracht in een in het buitenland gevestigde fixed trust. De fixed trust valt niet onder de reikwijdte van het APV-regime van art. 2.14a Wet IB 2001.

6.1.3.A Wet IB 2001

De heffing van inkomstenbelasting ziet op natuurlijke personen. De fixed trust valt niet onder het APV-regime, waardoor de toerekeningsfictie niet van toepassing is en het AB niet aan X kan worden toegerekend voor de belastingheffing. De wetgever heeft geen aparte regeling voor fixed trusts opgenomen in de wetgeving, waardoor aangesloten wordt bij de behandeling van fixed trusts zoals het geval was tot de inwerkingtreding van het APV-regime.

De fixed trust is op grond van jurisprudentie een zelfstandige entiteit welke geen subjectieve belastingplicht heeft voor de heffing van inkomstenbelasting. De inbreng van het AB in de fixed trust door X resulteert in een fictieve vervreemding op grond van art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001. Het vervreemdingsvoordeel is het verschil tussen de overdrachtprijs vermindert met de verkrijgingsprijs. Bij het ontbreken van een tegenprestatie wordt de waarde van het AB gesteld op de WEV. Hierover dient X in box 2 belasting te betalen.

Als de *beneficiary* inwoner is van Nederland kunnen diens aanspraken in beginsel in de belastingheffing worden betrokken. Op grond van jurisprudentie is een periodieke uitkering een tegenwaarde van een prestatie, waardoor een periodieke uitkering uit een fixed trust aan een *beneficiary* niet in box 1 kan worden belast op grond van art. 3.101 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001. Voor de rechten die een *beneficiary* houdt in de fixed trust dient te worden beoordeeld of deze direct zien op het AB. Veelal zal dit niet het geval zijn en heeft de *beneficiary* een aanspraak op een uitkering uit het vermogen van de fixed trust. Het hangt van de feiten en omstandigheden af hoe een *beneficiary* van een fixed trust in de belastingheffing wordt betrokken.³⁸² Indien de concreet afdwingbare rechten van de *beneficiary* zien op een genotsrecht op grond van art. 4.3 Wet IB 2001, kan sprake zijn van inkomen uit AB.

6.1.3.B Wet VPB 1969

Ingevolge de binnenlandse belastingplicht van art. 2 Wet VPB 1969 kan een fixed trust, indien in Nederland gevestigd, niet onder de heffing van vennootschapsbelasting vallen gezien het feit dat een doelvermogen niet onder de limitatieve opsomming uit deze bepaling valt.

³⁸² Zie paragraaf 3.1.2.E voor een nadere toelichting omtrent de behandeling van een uitkering aan een *beneficiary* van een fixed trust.

De fixed trust wordt als zelfstandige entiteit gezien waardoor buitenlandse belastingplicht ontstaat indien de fixed trust Nederlands inkomen geniet.³⁸³ Op grond van art. 17 lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969 kan het belastbare inkomen uit het AB niet tot het Nederlands inkomen worden toegerekend, aangezien het AB niet wordt gehouden met als hoofddoel het ontgaan van belastingheffing voor de inkomstenbelasting bij een ander. Indien art. 17 lid 5 onderdeel a Wet VPB geen toepassing vindt, worden de vermogensbestanddelen toegerekend aan de fixed trust als doelvermogen waarbij rekening wordt gehouden met de aanspraken die *beneficiaries* kunnen hebben. Buitenlandse belastingplicht hebben betekent niet dat daadwerkelijk vennootschapsbelasting is verschuldigd.³⁸⁴

6.1.3.C SW 1956

De inbreng van het AB in een fixed trust van X kan een belastingbare schenking vormen aangezien de fixed trust op grond van jurisprudentie als zelfstandige entiteit wordt gezien en X woonachtig is in Nederland. In mijn optiek kwalificeert de inbreng in een fixed trust niet als belastbare schenking bij de trust zelf. Tegenover deze inbreng staat namelijk een tegenprestatie, zoals het doen van toekomstige uitkeringen aan begunstigden. De heffing van schenkbelasting vindt dan ook plaats bij inbreng bij de begunstigde. Hierbij is de verhouding tussen X en Y van toepassing wat betreft het tarief en een vrijstelling.

6.1.3.D Verkrijging krachtens erfrecht

Op het moment dat X komt te overlijden, valt het AB dat afgezonderd is in de fixed trust zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk niet in het vermogen van X dat wordt verkregen door erfgenaam Y. Juridisch zit het AB in de fixed trust afgezonderd en economisch heeft X geen eigendom meer over het AB. Dit brengt met zich mee dat geen belastingclaim ontstaat middels de fictieve verkrijging krachtens erfrecht waardoor de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 niet van toepassing is.³⁸⁵ Tegenover het niet kunnen toepassen van de doorschuifregeling staat dat geen AB-claim op Y rust bij overlijden van X. De regeling is niet van toepassing, maar Y ervaart tevens geen heffing.

Bij overlijden van X is de BOR niet van toepassing. Het AB van BV A wordt niet verkregen door Y krachtens erfrecht, waardoor de BOR niet kan worden toegepast. Ook hier geldt dat Y geen verkrijging krachtens erfrecht ontvangt waarover erfbelasting verschuldigd is waarop eventueel de BOR van toepassing zou kunnen zijn.

³⁸³ Art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969.

³⁸⁴ Indien de fixed trust is gevestigd in een verdragsland kan het op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting voorkomen dat Nederland geheel of gedeeltelijk dient terug te treden voor de belastingheffing.

³⁸⁵ Op het moment dat X het vermogen inbrengt in de fixed trust kan eventueel al de doorschuifregeling van art. 4.17c Wet IB 2001 een rol spelen. Dit onderzoek richt zich echter op verkrijgingen krachtens erfrecht en de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001, waardoor een nadere toelichting van de doorschuifregeling met betrekking tot een overdracht krachtens schenking buiten beschouwing blijft.

6.1.4 Overzicht uitwerkingen

In onderstaand overzicht wordt de bovenstaande uitwerking van de doorschuifregeling en de BOR beknopt weergegeven.

	Doorschuifregeling	BOR
Fiscaal transparant: discretionary trust	Van toepassing indien voldaan aan de voorwaarden	Niet van toepassing, civielrechtelijk geen sprake van verkrijging krachtens erfrecht
APV: discretionary trust	Van toepassing indien voldaan aan de voorwaarden	Van toepassing indien voldaan aan voorwaarden, echter knelpunten rondom bezitseis indien toerekeningsstop van toepassing is of is geweest
Fixed trust	Geen verkrijging krachtens erfrecht aanwezig waarop doorschuifregeling van toepassing zou kunnen zijn	Geen verkrijging krachtens erfrecht aanwezig waarop BOR van toepassing zou kunnen zijn

6.2 Rechtvaardiging

Uit paragraaf 6.1 blijkt dat een verschil kan bestaan tussen een discretionary trust die als fiscaal transparant kwalificeert en een discretionary trust die als APV kwalificeert op het gebied van de toepassing van de BOR. Hierdoor ontstaat een materieel verschil in de belastingheffing. Dit verschil wordt mijns inziens veroorzaakt door enerzijds de civielrechtelijke benadering van de Successiewet en anderzijds de toerekeningsstop van art. 2.14a Wet IB 2001.

Ondanks dat de wetgever de kwalificatie van een trust als fiscaal transparant op basis van de beschikkingsmacht sinds de invoering van het APV-regime in 2010 zelden tot nooit meer toepast en de toerekeningsstop door de rigide voorwaarden gezien kan worden als een dode letter, kan wel degelijk een verschil in behandeling bestaan tussen een discretionary trust die op grond van het beschikkingsmachts criterium als fiscaal transparant kwalificeert en een discretionary trust die onder het APV-regime valt. Dit verschil in behandeling kan in twee gelijke situaties een andere uitkomst geven wat betreft de heffing van erfbelasting bij het overlijden van X. Om dit verschil in behandeling te kunnen rechtvaardigen, toets ik aan de volgende drie criteria.

6.2.1 Rechtsgelijkheid

Om de rechtvaardiging te toetsen van het geconstateerde verschil in behandeling tussen de twee verschillend gekwalificeerde trusts is rechtsgelijkheid van belang. In mijn optiek is een in het

buitenland gevestigde discretionary trust welke door het beschikkingsmachts criterium kwalificeert als fiscaal transparant gelijk aan een discretionary trust die tevens in het buitenland is gevestigd en waarbij op grond van art. 2.14a Wet IB 2001 toerekening geschiedt aan de inbrenger. In beide gevallen dient de trust civielrechtelijk te worden erkend op basis van het HTV en wordt de belastingheffing in aanmerking genomen bij een belastingplichtige. Bij het APV-regime kan echter toerekening plaatsvinden aan een natuurlijk persoon welke geen beschikkingsmacht heeft over het vermogen in een trust als ware het zijn eigen vermogen. De wetgever acht dit noodzakelijk om zwevende onbelaste vermogens in de belastingheffing te kunnen betrekken. Met de budgettaire opbrengst van de invoering van het APV-regime kon een tariefsverlaging in de heffing van schenk- en erfbelasting mogelijk worden gemaakt. De robuuste wettelijke basis van het APV-regime dient bij de Belastingdienst uitvoeringstechnische problemen te voorkomen. Daarnaast is het niet ondenkbaar dat zonder het APV-regime constructies werden vormgegeven rondom de mate van beschikken over het vermogen in een trust, wat kan leiden tot belastingontwijking en een heffingsvacuüm. Het beschikkingsmachts criterium kan daarentegen voor uitvoeringstechnische problemen bij de Belastingdienst zorgen. Ik ben van mening dat de ongelijke behandeling van twee in beginsel gelijke gevallen niet in lijn is met de rechtsgelijkheid. Bij het APV-regime wordt in bepaalde situaties op een dusdanige wijze afstand genomen van het draagkrachtbeginsel dat ten grondslag ligt aan de belastingheffing, dat dit geen objectief en redelijk argument kan zijn voor een ongelijke behandeling.

6.2.2 Rechtszekerheid

Naast de rechtsgelijkheid acht ik ook de rechtszekerheid van een belastingplichtige van belang voor de toetsing of een verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd. Allereerst ben ik van mening dat de werking van fiscale transparantie en het daarbij horende beschikkingsmachts criterium in beginsel duidelijk genoeg is voor een belastingplichtige. Dankzij de vele jurisprudentie rondom de kwalificatie van lichamen als fiscaal transparant is een robuuste voorwaarde ontstaan wanneer voldaan is aan fiscale transparantie. In hoeverre een persoon dient te kunnen beschikken over het vermogen in een lichaam voor het als ware het zijn eigen vermogen kwalificeert, hangt veelal af van de feiten en omstandigheden. Dat sluit mijns inziens niet uit dat een belastingplichtige op grond van de jurisprudentie genoeg voorbeelden tot diens beschikking heeft die als handvat dienen voor dit criterium. Daarnaast is het beschikkingsmachts criterium niet onnodig complex in die zin dat enkel gekeken wordt wie over het vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Van uitzonderingen of extra voorwaarden is geen sprake. De fiscale situatie van een belastingplichtige blijft bij het onderbrengen van een AB in een trust welke als fiscaal transparant kwalificeert dan ook niet lang in het ongewisse. Of sprake kan zijn van toepassing van de BOR is echter onduidelijk. Daar waar de fictie uit art. 16 SW 1956 wel geldt voor een APV, is deze niet van toepassing op een fiscaal

transparante trust. Bij overlijden van degene die de beschikkingsmacht heeft over het vermogen in de fiscaal transparante trust is geen sprake van een fictieve verkrijging krachtens erfrecht. Hierdoor wordt toepassing van de BOR vrijwel onmogelijk indien de Belastingdienst de voorwaarden van de BOR civielrechtelijk interpreteert, wat mijns inziens niet onlogisch lijkt gezien het feit dat de Successiewet in beginsel een civielrechtelijke benadering hanteert. Dit kan voor een belastingplichtige verwarrend zijn aangezien fiscaal gezien wel een verkrijging tot uiting komt. Dit komt de rechtszekerheid voor belastingplichtigen niet ten goede.

De wetgever heeft met de invoering van het APV-regime beoogd robuuste wetgeving in werking te stellen. Ik ben van mening, mede gelet op de enorme hoeveelheid literatuur die beschikbaar is rondom de werking van het APV-regime, dat het APV-regime onnodig complex is geworden. In beginsel acht ik het doel van de wetgever niet onlogisch. Een in de loop der jaren ontstane heffingsvacuüm aanpakken middels nieuwe wetgeving is mijns inziens goed verklaarbaar. De wetgever heeft echter de plank op enkele vlakken misgeslagen. De meest belangrijke essentie van het APV-regime is na elf jaar nog steeds nergens duidelijk beschreven, namelijk of sprake is van toerekening of transparantie. Daarnaast heeft de wetgever vanaf de invoering van het APV-regime onduidelijkheid laten bestaan omtrent de behandeling van fixed trusts en zijn meerdere wijzigingen aangebracht wanneer bleek dat de wettekst toch niet sluitend was.³⁸⁶ Ik ben van mening dat de werking van het APV-regime in beginsel duidelijk is, tot deze nader toegepast dient te worden en in de praktijk tot uiting komt. De situatie van een belastingplichtige welke zijn AB onderbrengt in een APV blijft waarschijnlijk enige tijd in het ongewisse, aangezien in de praktijk meer factoren invloed hebben op de situatie dan enkel een vereenvoudigd feitencomplex zoals in paragraaf 6.1 is toegepast.

6.2.3 Doelmatigheid

Tot slot acht ik voor de rechtvaardiging van een verschil in behandeling de doelmatigheid van belang. De doelstelling van het APV-regime is om onbelast zwevend vermogen in de heffing te betrekken. Hiermee wordt een heffingsvacuüm opgelost dat was ontstaan waarbij vermogende personen via constructies met onder andere doelvermogens belastingheffing konden ontwijken. In een evaluatie van het APV-regime in 2013 heeft de toenmalig Staatssecretaris van Financiën het 'APV-project' als een succes bestempeld.³⁸⁷ De totale opbrengst was op 1 augustus 2013 meer dan 1 miljard euro.³⁸⁸ Een goede uitvoerbaarheid en handhaving acht ik op basis van de evaluatie uit 2013 mogelijk voor de Belastingdienst. De inbrenger traceren zal veelal eenvoudig zijn en diens erfgenamen komen in beeld indien de inbrenger overlijdt. Het APV-regime is echter dusdanig robuust dat ik het op enkele vlakken

³⁸⁶ Zoals bijvoorbeeld de aanscherping van de toerekeningsstop in 2016.

³⁸⁷ Kamerstukken II 2012/2013, 31 930, nr. I.

³⁸⁸ Ter vergelijking: de opbrengst tot 2010 was ongeveer 357 miljoen euro.

te rigide acht. Ondanks dat de wetgever de doelstelling op deze manier bereikt, ben ik van mening dat het APV-regime tot een overkill kan leiden. Ik vraag mij af of de wetgever bij invoering van het APV-regime niet te zeer op het heden heeft gefocust en te weinig naar de gevolgen in toekomst heeft gekeken. Hoe dient het draagkrachtbeginsel nog stand te houden over enkele generaties, waarbij vermogen in een APV aan erfgenamen van erfgenamen van een inbrenger wordt toegerekend, terwijl deze niet als begunstigde aangemerkt worden en, in het nadeligste geval, niet kunnen voldoen aan de zeer zware tegenbewijsregeling? Het loslaten van de juridisch en economische werkelijkheid is dan ook een gewaagde stap geweest. De tijd moet ons leren of de toerekening die niet in lijn is met het draagkrachtbeginsel ook in strijd is met het EVRM.³⁸⁹

6.3 Toekomstige wijzigingen

Op basis van voorgaande ben ik van mening dat een verschil in behandeling van een AB in een fiscaal transparant doelvermogen ten opzichte van een AB in een APV niet kan worden gerechtvaardigd. Het heeft mijn voorkeur dat de wetgever dit onderscheid wegneemt en belastingplichtigen de rechtszekerheid biedt waar zij recht op hebben. Dit kan mijns inziens op een aantal manieren. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de volgende wijzigingen zien op een oplossing omtrent het verschil in behandeling van een AB ondergebracht in een trust welke krachtens erfrecht wordt verkregen.

6.3.1 Reikwijdte van Successiewet aanpassen

Het geconstateerde verschil in behandeling kan worden weggenomen middels een aanpassing in de reikwijdte van zowel art. 16 SW 1956 als de BOR. De wetgever kan indien sprake is van fiscale transparantie de fictie van art. 16 SW 1956 van toepassing laten zijn. Hiermee wordt het geconstateerde probleem rondom de verkrijging krachtens erfrecht waarvan civielrechtelijk gezien geen sprake was in mijn optiek relatief eenvoudig opgelost. Middels de fictie kwalificeert de verkrijging krachtens erfrecht ook voor de BOR en kan indien voldaan is aan de overige voorwaarden een voorwaardelijke vrijstelling worden toegepast.

Daarnaast heeft de wetgever in art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting meerdere situaties bevestigd waarin formeel niet maar economisch gezien wel voldaan is aan de bezitsei, waardoor de BOR alsnog van toepassing is. De wetgever heeft daarnaast ten doel reële bedrijfsopvolging te faciliteren middels de BOR. Ik acht het wenselijk dat de BOR kan worden toegepast in situaties waarin de toerekeningsstop van toepassing is geweest op een APV, terwijl in de periode daarvoor of daarna de inbrenger wel voldeed aan de bezitsei. Dat de toerekeningsstop van toepassing is doet niets af aan het feit dat een AB (fictief) krachtens erfrecht wordt verkregen door een erfgenaam. Indien deze erfgenaam de

³⁸⁹ Zie voor een nadere beschouwing van strijdigheid met het EVRM bijvoorbeeld Biemans 2015.

intentie van een reële bedrijfsopvolging voor ogen heeft, ben ik van mening dat de BOR van toepassing moet kunnen zijn en de erfgenaam een voorwaardelijke vrijstelling mag toepassen.

Met het oog op een eventuele inperking van de BOR welke dit jaar wellicht gepresenteerd gaat worden, zie ik een kans voor de wetgever de voorwaardelijke vrijstelling zelf te verkleinen en de reikwijdte van de BOR te verruimen. De financiële gevolgen van deze verruiming acht ik dusdanig klein, dat budgettair gezien door deze aanpassing geen tekort ontstaat. In hoeverre de toerekeningsstop in de praktijk daadwerkelijk tot uitdrukking komt, is mij helaas onbekend.

6.3.2 Beschikkingmachtscriterium handhaven

Een vervolg oplossing voor een onrechtvaardig verschil in behandeling kwam in lagere rechtspraak al voor, namelijk het hanteren van het beschikkingmachtscriterium alvorens toe te komen aan het APV-regime. Ik ben het eens met de wetgever dat een heffingsvacuüm ten koste van de Nederlandse schatkist ongewenst is. Dit mag echter niet ten koste gaan van de rechtvaardigheid van belastingheffing bij een belastingplichtige. Indien aangesloten wordt bij het reeds bestaande beschikkingmachtscriterium uit de jurisprudentie, wordt degene die kan beschikken over het vermogen als ware het zijn eigen vermogen in de heffing betrokken. Mocht het zo zijn dat de beschikkingmacht onduidelijk te bepalen is, kan als laatste redmiddel worden aangesloten bij toerekening aan de inbrenger van het vermogen. Hiermee wordt naar mijn mening beter aangesloten aan het draagkrachtbeginsel en is het voor de situatie waarin een inbrenger die genoeg beschikkingmacht heeft over het ingebrachte vermogen komt te overlijden mogelijk voor de erfgenamen de BOR toe te kunnen passen zonder de in paragraaf 6.1 geconstateerde knelpunten.

6.3.3 Entiteitsbenadering hanteren

De entiteitsbenadering wordt in de literatuur meerdere malen geopperd ter vervanging van het APV-regime. Verschillende opties zouden mogelijk zijn, zoals een APV betrekken in de heffing middels een separate heffing of een APV belasten als entiteit in de vennootschapsbelasting. Een uitgebreide behandeling van een entiteitsbenadering gaat de omvang van dit onderzoek te buiten. Ik beperk mij tot enkele kernpunten van een entiteitsbenadering voor een APV.

In een entiteitsbenadering wordt een APV als zodanig in de Nederlandse belastingheffing betrokken. Van belang voor een entiteitsbenadering is dat gebruik wordt gemaakt van vestigingsplaatsficties, zodat Nederland de jurisdictie kan uitbreiden voor de belastingheffing.

In een voorstel van PwC uit 2009 stond een entiteitsbenadering centraal met betrekking tot belastingheffing bij een familiestichting.³⁹⁰ Net als het voorstel van de Commissie Moltmaker³⁹¹ wordt

³⁹⁰ Rapport 'Proeve van een familiestichting', 5 november 2009.

³⁹¹ Rapport 'De warme, de koude en de dode hand', 13 maart 2000.

uitgegaan van een entiteitsbenadering en wordt een familiestichting op die manier in de heffing van inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting betrokken. De wetgever heeft zowel de entiteitsbenadering uit het voorstel van PwC als de benadering uit het rapport van de Commissie Moltmaker niet meegenomen in de vorming van het APV-regime, wat ik als een gemiste kans zie.³⁹² Wellicht hadden zowel inmiddels opgeloste als bestaande knelpunten voorkomen kunnen worden indien de wetgever de entiteitsbenadering een serieuze kans had gegeven.

6.4 Deelconclusie

In dit onderzoek staat de werking van de doorschuifregeling en de BOR bij een verkrijging van AB krachtens erfrecht centraal. Onderzocht wordt of een verschil in behandeling bestaat bij de uitwerking van deze twee regelingen indien een AB is ondergebracht in een trust welke ofwel als fiscaal transparant kwalificeert ofwel onder het APV-regime valt. Hierbij wordt gekeken naar de behandeling van een irrevocable discretionary trust en een irrevocable fixed trust. Op basis van de gegeven feiten komt uit de uitwerking in de voorbeelden het volgende.

	Doorschuifregeling	BOR
Fiscaal transparant: discretionary trust	Van toepassing indien voldaan aan de voorwaarden	Niet van toepassing, civielrechtelijk geen sprake van verkrijging krachtens erfrecht
APV: discretionary trust	Van toepassing indien voldaan aan de voorwaarden	Van toepassing indien voldaan aan voorwaarden, echter knelpunten rondom bezitseis indien toerekeningsstop van toepassing is of is geweest
Fixed trust	Geen verkrijging krachtens erfrecht aanwezig waarop doorschuifregeling van toepassing zou kunnen zijn	Geen verkrijging krachtens erfrecht aanwezig waarop BOR van toepassing zou kunnen zijn

Een verschil in behandeling met een materieel effect in de belastingheffing ontstaat allereerst bij de fiscaal transparante discretionary trust, waarbij civielrechtelijk geen verkrijging krachtens erfrecht tot stand komt. Daarnaast is een verschil in behandeling geconstateerd bij een discretionary trust welke onder het APV-regime valt en waar een erfgenaam de BOR wil toepassen bij een verkrijging van een AB krachtens erfrecht. Indien de toerekeningsstop van toepassing is of is geweest kan dit zorgen voor

³⁹² Enkele onderdelen komen wel terug in het APV-regime, zoals de onbelaste inbreng in het APV of het toepassen van geldende tarieven tussen een inbrenger en een begunstigde. Zie Kamerstuk I 2009/2010, 31930, nr. D, p. 20.

situaties waarin niet wordt voldaan aan de voorwaarden rondom het bezitten van ondernemingsvermogen, waardoor de inbrenger niet voldoet aan de beziteis.

Een verschil in behandeling wordt aan de hand van drie criteria nader beschouwd om rechtvaardigheid te toetsen. Op grond van rechtsgelijkheid acht ik een discretionary trust die ofwel als fiscaal transparant ofwel als APV kwalificeert gelijke gevallen. Beide worden erkend op basis van het HTV en worden voor belastingheffing in aanmerking genomen bij een belastingplichtige. Bij het APV-regime kan toerekening plaatsvinden aan iemand die geen beschikkingsmacht heeft over het vermogen. Dit acht ik in strijd met het draagkrachtbeginsel, terwijl bij fiscale transparantie dit wordt nagevolgd. Het draagkrachtbeginsel wordt bij het APV-regime dusdanig losgelaten dat in mijn optiek geen objectief en redelijk argument aanwezig is voor een ongelijke behandeling.

De rechtszekerheid is voor een belastingplichtige bij fiscale transparantie voldoende duidelijk. De ruime omvang van de beschikbare jurisprudentie omtrent het beschikkingsmachts criterium kan voldoende houvast bieden en zorgt voor een robuust geformuleerde voorwaarde van fiscale transparantie. Van onnodige complexiteit is bij fiscale transparantie geen sprake. Een enkel knelpunt ziet op het niet kunnen toepassen van de BOR, aangezien civielrechtelijk gezien geen sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht. Dit komt de rechtszekerheid van een belastingplichtige niet ten goede. De rechtszekerheid is in mijn optiek ook bij het APV-regime ver te zoeken. De werking van het APV-regime is alles behalve onnodig complex geworden. Het heffingsvacuüm aanpakken is volgens de evaluatie uit 2013 gelukt, de manier waarop heeft echter de rechtszekerheid van een belastingplichtige niet bevorderd.

De doelstelling van het APV-regime is behaald en een goede uitvoerbaarheid en handhaving voor de Belastingdienst is met de invoering van het APV-regime tot stand gekomen. Ik acht het robuuste APV-regime echter te rigide op enkele vlakken, waardoor een overkill wordt bereikt. De wetgever heeft bij invoering van het APV-regime te zeer naar belastingheffing in het heden gekeken en te weinig focus gelegd op de belastingheffing in de toekomst, bijvoorbeeld bij latere generaties erfgenamen. Het draagkrachtbeginsel kan geen stand houden bij deze generaties, waardoor het loslaten van zowel de juridisch als economische werkelijkheid een gewaagde stap is geweest.

Het geconstateerde verschil in behandeling kan wellicht voorkomen worden indien de wetgever een van de volgende wijzigingen doorvoert. Allereest kan de reikwijdte van art. 16 SW 1956 en de reikwijdte van de BOR worden aangepast, waardoor het mogelijk wordt voor een erfgenaam om de BOR toe te passen op de (fictief) erfrechtelijke verkrijging indien daar civielrechtelijk geen sprake van is en indien de toerekeningsstop van toepassing is geweest waardoor niet voldaan wordt aan de voorwaarde van het bezit van ondernemingsvermogen en daardoor de bezitstermijn niet wordt

behaald. Deze wijzigingen acht ik wenselijk gezien het feit dat de doelstelling van de BOR, namelijk reële bedrijfsopvolging mogelijk maken middels het voorkomen van continuïteitsproblemen, hiermee wordt vastgehouden. Daarnaast kan de wetgever in mijn optiek kiezen voor het handhaven van het beschikkingsmachts criterium uit de jurisprudentie. Op deze manier zal allereerst getoetst worden aan de beschikkingsmacht, waarna bij een onduidelijke uitkomst het APV-regime van toepassing is en toerekening geschiedt aan de inbrenger van het afgezonderde vermogen. Op deze manier wordt meer vastgehouden aan het draagkrachtsbeginsel, wat ik wenselijk acht voor de rechtszekerheid van een belastingplichtige. Tot slot kan de wetgever de entiteitsbenadering hanteren. Deze visie is meermaals in de literatuur geopperd. De wetgever heeft in 2010 gekozen om deze benadering niet toe te passen en te kiezen voor het huidige APV-regime.

7. Conclusie

7.1 Conclusie onderzoek

Dit onderzoek heeft geprobeerd duidelijkheid te verschaffen omtrent de behandeling van een AB in een doelvermogen welke krachtens erfrecht overgaat naar een erfgenaam. In de voorgaande hoofdstukken is onderzocht hoe de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 en de BOR van art. 35b-35e SW 1956 uitwerken indien een AB in een doelvermogen is ondergebracht welke ofwel als fiscaal transparant ofwel als APV kwalificeert. Hierbij werd een irrevocable discretionary trust als voorbeeld van een doelvermogen genomen. Daarnaast is onderzocht hoe dezelfde situatie bij een fixed trust uitwerkt. Na de constatering dat een verschil in behandeling bestaat, is nader beschouwd of dit verschil kon worden gerechtvaardigd aan de hand van drie criteria, namelijk rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid.

De volgende probleemstelling stond hierbij centraal.

‘Bestaat een verschil in behandeling met een materieel effect in de belastingheffing als gevolg bij een verkrijging krachtens erfrecht indien een AB is ondergebracht in verschillende type doelvermogen en zo ja, is dit verschil gerechtvaardigd?’

Om een antwoord te kunnen geven op deze probleemstelling is allereerst toegelicht wat een AB is en hoe het AB-regime in de Nederlandse fiscale wetgeving is vormgegeven. Aan de inkomstenbelasting ligt het draagkrachtbeginsel ten grondslag. Dit beginsel gaat uit van belastingheffing bij belastingsubjecten naar rato van diens draagkracht. De kern van het AB-regime is dat een aandeelhouder met een aandelenpakket van 5% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap onderworpen is aan het AB-regime. De reguliere voordelen en de vervreemdingsvoordelen die worden behaald op het AB worden meegenomen in de belastingheffing voor de Wet IB 2001 tegen een tarief van 26,90% (in 2021). Een belastingplichtige kan ook een fictief AB houden waarbij op grond van art. 4.16 Wet IB 2001 fictieve vervreemdingen ontstaan. Een overgang van een AB krachtens erfrecht onder algemene titel kwalificeert als fictieve vervreemding.

Gezien het feit dat dit onderzoek ziet op een verkrijging van een AB krachtens erfrecht, zijn de doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 en de BOR van art. 35b-35e SW 1956 nader beschouwd. Overgang van vermogen zonder directe heffing van inkomstenbelasting bij een overgang van AB krachtens erfrecht is mogelijk middels de doorschuifregeling uit art. 4.17a Wet IB 2001. Om een liquiditeitsprobleem bij een onderneming te voorkomen is voor de verkrijging van een AB krachtens erfrecht, indien voldaan aan de voorwaarden, op verzoek doorschuiving van de inkomstenbelastingclaim mogelijk. Van belang is dat de belastingclaim enkel kan worden doorgeschoven voor het ondernemingsvermogen van een materiële onderneming, met uitzondering

van een beleggingsmarge van 5% van de WEV van het ondernemingsvermogen, welke ook kan worden doorgeschoven. Over het resterende beleggingsvermogen dient te worden afgerekend.

De BOR is een voorwaardelijke vrijstelling met een mogelijkheid tot renteloos uitstel van betaling. De vrijstelling geldt per objectieve onderneming en een verzoek indienen is noodzakelijk om de regeling te kunnen toepassen. Het doel van de BOR is het voorkomen van continuïteitsproblemen middels een voorwaardelijke vrijstelling voor de verschuldigde schenk- of erfbelasting. De voorwaardelijke vrijstelling is van toepassing op het ondernemingsvermogen van een materiële onderneming, waarbij een vrijstelling van € 1.119.845 (in 2021) geldt indien de totale waarde van het verkregen ondernemingsvermogen dit bedrag niet te boven gaat. Indien sprake is van een hogere liquidatiewaarde dan voortzettingswaarde, is het verschil hiertussen vrijgesteld. Indien voorgaande niet het geval is, is de voortzettingswaarde van het verkregen ondernemingsvermogen tot € 1.119.845 vrijgesteld. Het surplus van de voortzettingswaarde is voor 83% vrijgesteld. Een (fictief) direct of indirect AB kwalificeert als object voor de voorwaardelijke vrijstelling van de BOR. Voor toepassing van de BOR geldt een bezitseis en een voortzettingseis. De bezitstermijn bij een verkrijging krachtens erfrecht is voor de erflater één jaar. De voortzettingstermijn is voor de verkrijger vijf jaren. Van belang is dus dat een verkrijger het verkregen AB krachtens erfrecht gedurende vijf jaren niet vervreemdt. Enkele uitzonderingen en goedkeuringen zijn van toepassing op situaties waarin een wijziging van de juridische vorm waarin een onderneming wordt gedreven plaatsvindt terwijl materieel niks verandert. Indien niet voldaan aan de bezitseis dan wel voortzettingseis is de BOR niet van toepassing.

Vervolgens is de behandeling van een doelvermogen in de Nederlandse fiscale wetgeving tot 1 januari 2010 aan bod gekomen. Hierbij is als voorbeeld van een doelvermogen de Anglo-Amerikaanse trust genomen. Het vermogen wordt door een *settlor* ingebracht in een trust, waarbij veelal een *trustee* het vermogen zal beheren ten gunste van een of meer *beneficiaries*. In beginsel is een trust in de Nederlandse wetgeving geen rechtspersoon. Middels het HTV dient Nederland de trustverhouding te erkennen. De trust kan worden gezien als een doelvermogen, welke in het economische verkeer kan optreden als een zelfstandige entiteit. De gewezen Trustarresten hebben meer zicht gegeven op de fiscale behandeling van discretionary trusts. Deze trust was als zodanig aan te merken als doelvermogen, welke voor de Successiewet als subject van verkrijging werd aangemerkt. Op grond van jurisprudentie kan zowel een discretionary trust als een fixed trust als zelfstandige entiteit worden gezien. Uitkeringen uit de trusts worden voor de inkomstenbelasting bij de *beneficiaries* in de heffing betrokken in box 1, 2 of 3. Zowel de discretionary als de fixed trust kunnen onder het bereik van de buitenlandse belastingplicht van de Wet VPB 1969 vallen, waarbij niet altijd ook daadwerkelijk belasting verschuldigd hoeft te zijn. Voor de Successiewet is een inbreng in een discretionary trust ten

gevolge van de Trustarresten een schenking aan de trust zelf. Bij een fixed trust komt in mijn optiek geen schenking aan de trust tot stand maar juist aan de *beneficiaries*.

Tevens is in dit onderzoek fiscale transparantie nader toegelicht welke op grond van jurisprudentie tot stand is gekomen. Van belang voor de kwalificatie van fiscale transparantie is het beschikkingsmachts criterium, een persoon dient over het vermogen te kunnen beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Het hangt veelal af van de feiten en omstandigheden of een persoon de beschikkingsmacht heeft over het vermogen. Fiscale transparantie bij een trust heeft tot gevolg dat degene die over het vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen als subject in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken. De zelfstandige kwalificatie ontbreekt en een natuurlijk persoon beschikt over het vermogen, waardoor geen sprake is van belastingplicht voor de vennootschapsbelasting. Voor de heffing van schenk- en erfbelasting wordt de trust wederom genegeerd. De inbreng van vermogen in de fiscaal transparante trust leidt niet tot een belaste schenking. De uitkeringen aan *beneficiaries* kunnen leiden tot schenkbelasting, indien de *settlor* zelf niet de plaats van *beneficiary* inneemt.

Per 1 januari 2010 is het APV-regime in werking getreden. Het APV-regime is gebaseerd op een toerekeningsfictie, waarbij de rechtsvorm van een APV blijft bestaan en het discretionaire deel wordt toegerekend aan de inbrenger. Op grond van jurisprudentie valt een fixed trust dan ook niet onder het APV-regime. De inbrenger van vermogen in een APV wordt geacht over dit vermogen te kunnen blijven beschikken waardoor bezittingen, schulden, opbrengsten en uitgaven in de belastingheffing worden betrokken bij deze inbrenger en bij overlijden bij diens erfgenamen. In het APV-regime is sprake van toerekening van een discretionary deel aan een inbrenger in plaats van fiscale transparantie, waardoor problemen rondom het draagkrachtbeginsel kunnen optreden. Een tegenbewijsregeling biedt de mogelijkheid voor een erfgenaam om niet onder de toerekeningsfictie te vallen middels een (zware) bewijslast. In situaties waar economisch dubbele heffing kan optreden biedt de toerekeningsstop wellicht uitkomst. Voor de vennootschapsbelasting blijft een APV een zelfstandige entiteit, welke kan dienen als zelfstandig toerekeningscentrum en waarbij sprake kan zijn van buitenlandse belastingplicht. Middels een fictiebepaling vormt de inbreng van vermogen in een APV in de Successiewet geen verkrijging. Een verkrijging krachtens erfrecht of een verkrijging krachtens schenking valt daarentegen wel onder het bereik van de heffing van schenk- en erfbelasting op grond van fictiebepalingen.

In dit onderzoek is de werking van zowel de doorschuifregeling als de BOR getoetst op een verkrijging krachtens erfrecht van een AB welke enerzijds in een fiscaal transparante discretionary trust zat en anderzijds in een discretionary trust zat welke als APV kwalificeert. Voor de werking van de

doorschuifregeling van art. 4.17a Wet IB 2001 zijn geen knelpunten geconstateerd. Voor de werking van de BOR is echter geconstateerd dat deze voor de fiscaal transparante discretionary trust niet kan worden toegepast. Civielrechtelijk is geen sprake van een verkrijging krachtens erfrecht, waardoor de verkrijging van het AB niet onder het toepassingsbereik van de BOR valt. Daarnaast zijn knelpunten aanwezig rondom de beziteis indien bij een discretionary trust die als APV kwalificeert op grond van de toerekeningsstop het AB niet meer bij wijze van fictie wordt toegerekend.

Aan de hand van drie criteria, namelijk rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid, blijkt uit een nadere beschouwing van het APV-regime ten opzichte van fiscale transparantie dat een verschil in behandeling is niet te rechtvaardigen is. Bij een verkrijging van AB krachtens erfrecht sprake is van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld, waar geen objectief en redelijk argument voor bestaat. Daarnaast is de rechtszekerheid van belastingplichtigen bij het APV-regime onvoldoende, aangezien de regeling rigide en onnodig complex is. Daar waar de doelstelling van het APV-regime is behaald, wordt een overkill niet voorkomen en het draagkrachtbeginsel houdt in de toekomst bij latere generaties erfgenamen geen stand.

7.2 Aanbevelingen

De toekomst van de doorschuifregeling en de BOR zijn onzeker. In het derde kwartaal van dit jaar verschijnt naar verwachting een evaluatie van de bedrijfsopvolgingsregelingen in Nederland. Het is wenselijk dat beide regelingen blijven bestaan en dat de reikwijdte BOR aangepast wordt. Daarnaast is een aanpassing van art. 16 SW 1956 wenselijk, waarna een verkrijging krachtens erfrecht bij fiscale transparantie tevens onder deze fictiebepaling valt. Dit onderzoek heeft zich beperkt tot een verkrijging krachtens erfrecht, wellicht dat deze aanpassing van de reikwijdte ook doorgevoerd kan worden voor een fictieve verkrijging krachtens schenking op grond van art. 17 SW 1956.

Daar waar in de literatuur door de jaren heen veel kritiek is geuit op het APV-regime, blijft de wetgever terughoudend met een nieuwe evaluatie. Ik ben van mening dat het de rechtszekerheid van de belastingplichtigen ten goede zou komen als een evaluatie van het APV-regime wordt uitgevoerd, waarbij alle knelpunten uit de afgelopen elf jaren aan bod komen. Daarmee worden onduidelijkheden en discussies tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst voorkomen. De wetgever dient de entiteitsbenadering te heroverwegen. Daarnaast zou aansluiten bij het beschikkingsmachts criterium alvorens de toerekeningsfictie te hanteren de nieuwe maatstaf kunnen worden. Wat de keuze ook wordt, de wetgever is aan zet.

8. Literatuur-, jurisprudentie- en bronnenlijst

Literatuur

Auerbach, WFR 2009

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

Auerbach, WFR 2010

X.G.R. Auerbach, 'Afgezonderd particulier vermogen: constructiefouten', WFR 2010/1172.

De Beer, Estate planner 2006

A.M.A. de Beer, 'De doorschuifmogelijkheden bij overlijden van de ondernemer (deel 1)', Estate Planner april 2006.

De Beer, LTB 2021

M.A. de Beer, 'Bezitseis BOR na 29 mei-arresten', LTB 2021/9.

De Beer & Hoogeveen, TFO 2019

A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', TFO 2019/160.5.

Van Bergen & Visser 2020

W. van Bergen & M. Visser, 'De kleine Piketty 2 – Zijn werk over kapitaal en ideologie samengevat', Amsterdam/Antwerpen: Business Contact 2020.

Bergervoet 2012, art. 3:83 BW aantekening 9.2

G.J.L. Bergervoet, 'Groene Serie Vermogensrecht', Deventer: Kluwer (online via Kluwer Navigator) 2012.

Berkhout, VGFC 2018

T.M. Berkhout, 'Procedures over vastgoedexploitatie: een grabbelton', VGFC 2018/1-01.

Biemans 2015

F.H.G. Biemans, 'Afgezonderde particuliere vermogens', Deventer: Kluwer 2015.

Boer, TFO 2010

J.P. Boer, 'Inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust: een onderzoek naar fiscale (non-) transparantie', TFO 2010/1.

Boer 2011

J.P. Boer, 'De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', (diss. Universiteit Leiden) 2011.

Boer, WPNR 2013

J.P. Boer, 'Het APV-regime; overzicht en actuele ontwikkelingen', WPNR 2013/6995.

Boer & Freudenthal, WFR 2003

J.P. Boer & R.M. Freudenthal, 'De behandeling van periodieke uitkeringen uit een trust in de inkomstenbelasting', WFR 2003/1325.

Boer & De Vries, WFR 2005

J. Boer & De Vries, 'Anglo-Amerikaanse trusts en de subjectieve vennootschapsbelastingplicht', WFR 2005/949.

Bresser 2009

H.J. Bresser, 'Belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van stichtingen en verenigingen', Sdu Amersfoort: 2009.

Van Eijdsen & De Ruiter, MBB 2019

J.A.R. van Eijdsen & M. de Ruiter, 'Madatory Disclosure in de EU en Nederland (deel 1)', MBB 2019/4-16.

Van Eijdsen & De Ruiter, MBB 2019a

J.A.R. van Eijdsen & M. de Ruiter, 'Madatory Disclosure in de EU en Nederland (deel 2)', MBB 2019/5-22.

Essers, WFR 2019

P.H.J. Essers, 'Grondslagen van de vennootschapsbelasting in relatie met de inkomstenbelasting', WFR 2019/187.

Gilissen 2012

G.D.L.M. Gilissen, 'De express private trust, fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen', (diss. Universiteit van Tilburg 2012), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

De Graaf & Van Sonderen 2019

A.C.G.A.C. de Graaf & J.C.M. van Sonderen, 'Wegwijs in de Inkomstenbelasting', Wegwijsserie, Den Haag: SDU 2019.

Gribnau & Dusarduijn, WPNR 2021

J.L.M. Gribnau & S.M.H. Dusarduijn, 'Fiscale vereenvoudiging: meer geluk dan wijsheid? (I)', WPNR 2021/7316.

Hageman e.a. 2010

E.P. Hageman FB, mr. H. Lohuis, mr. M.H.C. Ruijschop, 'De herziene successiewet 1956', Fiscaal Actueel nr. 7, Deventer: Kluwer 2010.

Hamers e.a. 2018

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman, 'Handboek Stichting en Vereniging', Zutphen: Paris 2018.

Heithuis 2015

E.J.W. Heithuis, 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', Fiscaal actueel, Deventer: Kluwer 2015.

Van Hoepen, WPNR 2014

A.J. van Hoepen, 'Never trust a trust', WPNR 2014/7008.

Hoogeveen, WFR 2000

M.J. Hoogeveen, 'De zin en onzin van een doorschuifregeling voor de bedrijfsopvolging', WFR 2000/1134.

Hoogeveen 2011

M.J. Hoogeveen, 'De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving', Fiscaal wetenschappelijke reeks, Den Haag: SDU 2011.

Hoogwout, FTV 2012

T.C. Hoogwout, 'Toerekening of fiscale transparantie van het Afgezonderd Particulier Vermogen?', FTV 2012/2-10.

Hoogwout, FTV 2016

T.C. Hoogwout, 'Fiscaal transparante Trust', FTV 2016/4-16.

Hoogwout, FBN 2019

T.C. Hoogwout, 'Afgezonderd particulier vermogen (APV) en de toerekening na het overlijden', FBN 2019/10-52.

Hoogwout & Verstijnen, FTV 2013

T.C. Hoogwout & W. Verstijnen, 'Toerekening van afgezonderd particulier vermogen in de erf- en schenkbelasting', FTV 2013/10-46.

Van Houte, WFR 1989

C.P.M. van Houte, 'Is een stichting transparant?', WFR 1989/694.

Kavelaars e.a. 2019

P. Kavelaars, E.P. Hageman, R.L.M.C. Janssen & J.W.M. Verbaarschot, 'Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang', Fiscale geschriften, Den Haag: SDU 2019.

Kooiman, NTFR 2017

W.R. Kooiman, 'Het nieuwe trustarrest', NTFR 2017/43.

Kooiman, NLF-W 2021

W.R. Kooiman, 'Grenzen aan het APV-regime', NLFW/9.

Korving & Verbaarschot, WFR 2019

J.J.A.M. Korving & J.W.M. Verbaarschot, 'To disclose or not to disclose: that's the question', WFR 2019/176.

Kuivenhoven & Nieuwenhuizen, WFR 2020

L.C.H.N. Kuivenhoven & J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) is objectief en gerechtvaardigd', WFR 2020/140.

De Leeuw, FED 2012

A.E. de Leeuw, 'Faillissement van een erfgenaam', FED 2012/108.

De Leeuw 2020

A.E. de Leeuw, 'Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer', Fiscale monografieën nr. 162, Deventer: Kluwer 2020.

De Leeuw, NLF-W 2021

A.E. de Leeuw, 'Tien jaar APV-regime, valt er iets te vieren?', NLFW 2021/5.

Monsma, MBB 2013

E.J. Monsma 'De APV-regeling: introductie van een kameleon zonder speelruimte?', MBB 2013/04-02.

Moszkowicz, WFR 1991

R. Moszkowicz, 'Stichting en transparance: motivering; rechtsstrijd', WFR 1991/423.

Nieuwenhuizen, WFR 1996

J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De beperkt transparante stichting', WFR 1996/1200.

Nillesen, WFR 1992

J.T.L. Nillesen, 'Fiscale transparantie bij stichtingen: een ondoorzichtige materie of een mystieke beeldvorming?', WFR 1992/691.

Olde Bijvank & Stevens, FTV 2007

S. Olde Bijvank & S. Stevens, 'De contouren van een Nederlandse trust', FTV 2007/12-47.

Peters van Neijenhof & Van Beers, WPNR 2010

T.N. Peters van Neijenhof & Van Beers, 'De nieuwe regeling voor afgezonderde particuliere vermogens', WPNR 2010/6848.

Rijkers, TFO 1 januari 1993

A.C. Rijkers, 'Vpb.-jurisprudentie 1992 deel 1', TFO 1993/25.

Roelofs, WFR 2010

E.R. Roelofs, 'Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet', WFR 2010/1632.

Roelofs 2011

E.R. Roelofs, 'De private express trust en de legitieme portie', Deventer: Kluwer 2011.

Roelofs 2011a

E.R. Roelofs, 'De trust versus de stichting/asset protection' De Stichting; kritische beschouwingen over de wettelijke regelgeving voor een veelzijdige rechtsvorm, Den Haag: SDU 2011.

Roerink, VGFC 2010

R.J. Roerink, 'APV's en de fiscale behandeling van vastgoed', VGFC 2010/02-0.

Roerink, FBN 2011

R.J. Roerink, 'Een nieuw fiscaal landschap voor stichtingen en trusts', FBN 2011/3-11.

Rozendal, NTFR 2015

A. Rozendal, 'Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting', NTFR 2015/3.

Rozendal, FBN 2020

A. Rozendal 'De bezitser in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit SW 1956', FBN 2020/11-55.

Sonneveldt 1998

F. Sonneveldt, 'De Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht', FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 1998.

Sonneveldt 2020

F. Sonneveldt, 'Wegwijs in de Successiewet', Wegwijsserie, Den Haag: SDU 2020.

Stevens 2009

S.A. Stevens, 'Belastingplicht in de vennootschapsbelasting', Fiscale Brochure nr. 2, 2009.

Stevens & De Smit 2015

L.G.M. Stevens & R.C. De Smit, 'Elementair Belastingrecht', Deventer: Kluwer 2015.

Tigelaar-Klootwijk 2013

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen', Fiscale monografieën nr. 141, Deventer: Kluwer 2013.

Vermeulen & De Clercq, FTV 2018

P.T.R.J. Vermeulen & M.F.P. de Clercq, 'Een pleidooi voor meer transparantie bij APV's', FTV 2018/2-9.

Wesselink & Bom, FBN 2019

M.A.W.M. Wesselink & J.M. Bom, 'Bezitsperiode BOF van (meer dan) aanmerkelijk belang!', FBN 2019/7-8-39.

Wesselink & Bom, FBN 2019a

M.A.W.M. Wesselink & J.M. Bom, 'Voortzettingsperiode BOF (ook) van (meer dan) aanmerkelijk belang!', FBN 2019/9-44.

De Wijkerslooth-Lhoëst, WPNR 2020

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'Bouwstenen voor een betere Successiewet?', WPNR 2020/7298.

Van der Zeijden, WPNR 2012

F. van der Zeijden, 'Over toerekening en transparantie', WPNR 2012/6949,

Jurisprudentie**Hoge Raad**

HR 10 februari 1960, nr. 14 162, ECLI:NL:HR:1960:AY0698.

HR 17 oktober 1973, nr. 17 161, ECLI:NL:HR:1973:AX4623.

HR 29 juni 1977, nr. 18 270, ECLI:NL:HR:1977:AX4015.

HR 14 september 1977, nr. 18 167, ECLI:NL:HR:1977:AX3189, BNB 1978 m.nt. Van Dijck

HR 22 juli 1981, nr. 20 657, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, BNB 1982/42 m.nt. Van Dijck.

HR 30 oktober 1985 nr. 22 715, ECLI:NL:PHR:1985:AC9086, BNB 1986/16 m.nt. Van Dijck

HR 8 januari 1986, nr. 23 469, ECLI:NL:HR:1986:BH5313, BNB 1986/87 m.nt. Van Dijck.

HR 18 maart 1987, nr. 23 674, ECLI:NL:HR:1987:AW7732, BNB 1987/229 m.nt. Van Dijck.

HR 17 juni 1987, nr. 24 669, ECLI:NL:HR:1987:AW7646.

HR 24 juni 1987, nr. 23 933, ECLI:NL:HR:1987:BH6896, BNB 1987/264 m.nt. Slot.

HR 9 maart 1988, nr. 24 301, ECLI:NL:HR:1988:BH7121 BNB 1989/228 m.nt. Bartel.

HR 8 februari 1989, nr. 25 997, ECLI:NL:HR:1989:ZC3988 BNB 1989/111.

HR 6 juni 1990, nr. 26 287, ECLI:HR:NL:1990:ZC4304 BNB 1990/211.

HR 18 december 1991, nr. 26 918, ECLI:NL:HR:1991:ZC4829 BNB 1992/142 m.nt. Slot.

HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.

HR 10 januari 1996, nr. 30 659, ECLI:NL:HR:1996:AA1860 BNB 1996/94.

HR 18 november 1998, nr. 31 756, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, BNB 1999/35 m.nt. Zwemmer.

HR 18 november 1998, nr. 31 758, ECLI:NL:HR:1998:AA2566, BNB 1999/36 m.nt. Zwemmer.

HR 18 november 1998, nr. 31 759, ECLI:NL:HR:1998:AA2567 BNB 1999/37 m.nt. Zwemmer.

HR 14 juli 2006, nr. 39 201, ECLI:NL:HR:2006:AY3639.

HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, ECLI:NL:HR:2007:AY5991 BNB 2008/122 m.nt. Freudenthal.

HR 15 februari 2013, nr. 12 01040, ECLI:NL:HR:2013:BZ1294.

HR 15 maart 2013, nr. 12 03372, ECLI:NL:HR:2013:BZ4218.

HR 22 november 2013, nr. 13 01622, ECLI:NL:HR:2013:1211.

HR 19 september 2014, nr. 13 04327, ECLI:NL:HR:2014:2694 BNB 2015/11 m.nt. Heithuis.

HR 10 april 2015, nr. 13 04999, ECLI:NL:HR:2015:849, BNB 2015/152 m.nt. Boer.

HR 15 april 2016, nr. 15 02829, ECLI:NL:HR:2016:633.

HR 29 mei 2020, nr. 19 00189, ECLI:NL:HR:2020:990.

HR 29 mei 2020, nr. 19 01680, ECLI:NL:HR:2020:867.

HR 29 mei 2020, nr. 19 01695, ECLI:NL:HR:2020:993.

HR 12 februari 2021, nr. 19 01293, ECLI:NL:HR:2021:212.

HR 26 maart 2021, nr. 19 03671, ECLI:NL:HR:2021:367.

Advocaat-Generaal

HR (A-G) 26 oktober 2007, nr. 42537 ECLI:NL:PHR:2007:AY5991.

HR (A-G) 26 juni 2019, nr. 19 01293, ECLI:NL:PHR:2019:704.

HR (A-G) 18 september 2020, nr. 19 03671, ECLI:NL:PHR:2020:842.

Gerechtshoven

Hof 's Gravenhage 12 december 2002, nr. 00 01738, ECLI:NL:GHSGR:2002:BH5689, FED 2003/308 m.nt. Boer.

Hof Den Haag 3 november 2010, nr. 10 00138 en 10 00139, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6298.

Hof Den Haag 1 juli 2014, nr. 12 00875, ECLI:NL:GHDA:2014:2188.

Hof Amsterdam 23 februari 2016, nr. 15 00149, ECLI:NL:GHAMS:2016:915.

Hof Den Haag 28 juni 2017, nr. 16 00087 t/m 16 00094, ECLI:NL:GHDHA:2017:1965.

Hof Den Haag 18 december 2018, nr. 18 00559, ECLI:NL:GHDHA:2018:3680.

Hof Den Haag 28 mei 2019, nr. 18 00673, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353.

Hof Den Haag 18 juni 2019, nr. 18 00920 t/m 18 00924, ECLI:NL:GHDHA:2019:1743.

Rechtbanken

Rechtbank Haarlem 18 december 2006, nr. 05 4091, ECLI:NL:RBHAA:2006:BC2931.

Rechtbank Haarlem 19 januari 2009, nr. 08 02773, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2091.

Rechtbank Den Haag 6 januari 2016, nr. 15 2193, ECLI:NL:RBDHA:2016:238.

Rechtbank Den Haag 6 januari 2016, nr. 15 2208, ECLI:NL:RBDHA:2016:239.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 27 mei 2014, nr. 18485/14, ECLI:NL:XX:2014:263.

Regelgeving en parlementaire stukken

Besluit Staatssecretaris van Financiën 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M.

Besluit Staatssecretaris van Financiën 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M (Vervallen).

Besluit Staatssecretaris van Financiën 17 januari 2013, BLKB2012/1221M, Stcrt. 2013, 2175.

Besluit Staatssecretaris van Financiën 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018, 15751.

Besluit Staatssecretaris van Financiën 21 december 2020, nr. 2020-247116, Stcrt. 2020, 68989.

Kamerstukken I 2009/2010, 31 930, nr. D.

Kamerstukken II 1995/1996, 22 160, nr. 16.

Kamerstukken II 1997/1998, 25 688, nr. 3.

Kamerstukken II, 1999/2000, 26 727, nr. 3.

Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 1.

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

Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 9.

Kamerstukken II 2009/2010, 32 129, nr. 3.

Kamerstukken II 2009/2010, 32 129, nr. 4.

Kamerstukken II 2012/2013, 31 930, nr. I.

Kamerstukken II 2013/2014, 33 753, nr. 3.

Kamerstukken II 2016/2017, 34 552, nr. 3.

Kamerstukken II 2019/2020, 32 140, nr. 71.

Kamerstukken II 2020/2021, 35 724, nr. 2.

Kamerstukken II 2020/2021, 35 572, nr. 77.

Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, 's-Gravenhage 1 juli 1985, Trb. 1985, 141.

Rapport 'De warme, de koude en de dode hand', 13 maart 2000.

Rapport 'Proeve van een familiestichting', 5 november 2009.

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

Wet van 18 december 2013, Stb. 2013 566.

Wet van 18 december 2019, Stb. 2019 513.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2017, 2017-000016963.

Belastingdienst, 'Bouwstenennotitie BOR – Onderzoek uitwerking vrije middelen BOR' 15 april 2020.

Rapport, 'Belasten van vermogen – Bouwstenen voor een beter belastingstelsel', 18 mei 2020.

Syntheserapport 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' 18 mei 2020.

Kamerbrief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 28 oktober 2020, DGBI-O/20233150.

Kamerbrief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 18 maart 2021, DGBI-O/21040464.

Overig

Van den Eerenbeemt & Dekker 2018

M. van den Eerenbeemt & W. Dekker 'Belastingdienst worstelt met creatieve foefjes allerrijksten' Volkskrant 24 februari 2018.

Kraniotis, NOS 21 januari 2019

L. Kraniotis 'Gigantische ongelijkheid tussen rijk en arm, maar extreme armoede neemt af' NOS 21 januari 2019.

Nielen 2021

M. Nielen, 'Economische ongelijkheid: dit willen politieke partijen doen met onze belastingen' VPRO <https://www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/lees/artikelen/2021/economische-ongelijkheid.html>.

Salomons, Trouw 28 februari 2020

P. Salomons, 'Welvaart is niet alleen een kwestie van geld', Trouw 28 februari 2020.

Stegeman, Trouw 22 februari 2020

H. Stegeman, 'Om, die economie! Piketty heeft gelijk, maar hij gaat nog niet ver genoeg', Trouw 22 februari 2020.

Verdoorn 2020

A. Verdoorn 'Bedrijfsopvolging door uw kind(eren) nu extra interessant?' Scheepvaartkrant 1 september 2020.

Waterval, Trouw 6 december 2019

D. Waterval, 'Vermogensongelijkheid groter door erfenissen en schenkingen? Nee hoor', Trouw 6 december 2019.

Westerveld, GroenLinks 8 oktober 2020

L. Westerveld, 'Vragen en antwoorden over ons plan voor een startkapitaal' GroenLinks 8 oktober 2020.

FD 12 juni 2020

'Politiek moet beslissen over fiscale vrijstelling bedrijfsopvolging' FD 12 juni 2020.

NOS 25 januari 2021

'Oxfam: 'Economische ongelijkheid neemt toe door corona'' NOS 25 januari 2021.

CPB Notitie, 'Effect van erfenissen en schenkingen op vermogensongelijkheid en de rol van belastingen' 6 december 2019, <https://www.cpb.nl/effect-van-erfenissen-en-schenkingen-op-vermogensongelijkheid-en-de-rol-van-belastingen>.

Verkiezingsprogramma Groenlinks, geraadpleegd op 22 februari 2021, op <https://groenlinks.nl/verkiezingsprogramma>.

Verkiezingsprogramma CDA, geraadpleegd op 22 februari 2021, op <https://www.cda.nl/verkiezingsprogramma>.

Consultatie Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, 29 maart 2021,
<https://www.internetconsultatie.nl/fiscaalkwalificatiebeleidrechtsvormen>.

9. Bijlagen

Bijlage 1

Progressieve vermogensbelasting		
Veelvoud van het gemiddelde vermogen	Belastingtarief jaarlijkse vermogensbelasting	Belastingtarief successierechten
0,5	0,1%	5%
2	1%	20%
5	2%	50%
10	5%	60%
100	10%	70%
1000	60%	80%
10.000	90%	90%

Progressieve inkomstenbelasting	
Veelvoud van het gemiddelde inkomen	Belastingtarief
0,5	10%
2	40%
5	50%
10	60%
100	70%
1000	80%
10.000	90%

Spreiding van vermogen en progressieve belastingen.

Van Bergen & Visser 2020, p. 86

Bijlage 2

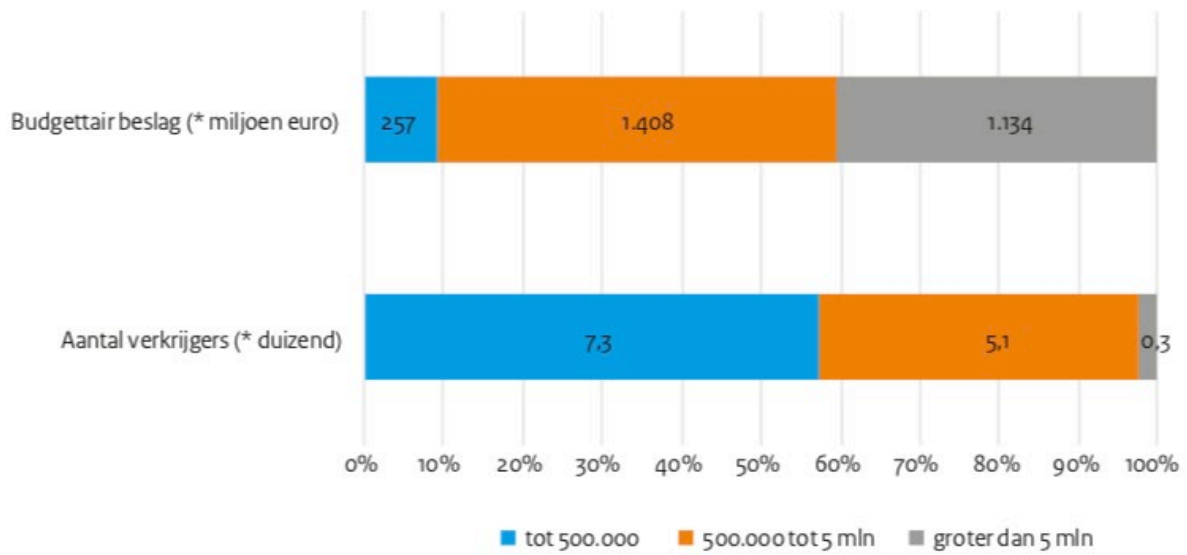
Tabel 6.1: Overeenkomsten en verschillen DSR en BOR

Belastingsoort	Doorschuiфregeling	BOR
Aard faciliteit	Inkomstenbelasting Uitstel	Schenk- en erfbelasting Vrijstelling
Doel	Overdracht bevorderen	Overdracht bevorderen
Doelgroep	IB-onderneming en AB-pakketten	IB-onderneming en AB-pakketten
Aangrijppunt	Verschillende vormen van overdracht	Alleen schenking/erving
Geïdentificeerd knelpunt	Fiscaal gedreven winstinhouding AB-houders	Bevoordeling t.o.v. regulier vermogen

Syntheserapport 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' 18 mei 2020

Bijlage 3

Figuur 5.9: Gebruik BOR naar de waarde vrijgesteld vermogen in de periode 2010–2016¹²²



Syntheserapport *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*, 18 mei 2020

Bijlage 4

ONTSTAANSGROND	NAGESTREEFD BELANG	POSITIE BENEFICIARY
Statutory trust		
Implied trust – Resulting trust – Constructive trust		
Express trust – Inter vivos – Causa mortis	private [(on)herroepbaar	Fixed trust Discretionary trust
	Public – Charitable trust – Honorary trust	

Boer 2011