



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Leeuw, A.E. de

Citation

Leeuw, A. E. de. (2020, October 1). *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/137098>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/137098>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/137098> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Leeuw, A.E. de

Title: Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Issue Date: 2020-10-01



14

De APV-regeling

14 De APV-regeling

14.1 Inleiding

Een APV kan, zoals beschreven in hoofdstuk 8, gebruikt worden om vermogen zodanig te structureren dat het op termijn ten goede kan komen aan de beoogde ontvangers hiervan, zonder dat deze enige zeggenschap (of economisch belang bij) ter zake van dit vermogen verkrijgen. Bij de keuze voor een bepaalde vormgeving van de vermogensbescherming is echter uiteraard ook van belang of deze geen of niet te zeer nadelige fiscale gevolgen met zich brengt. Daarom zal in dit hoofdstuk ook voor entiteiten die kwalificeren als APV, zoals de Anglo-Amerikaanse trust, geanalyseerd worden hoe deze in Nederland fiscaal behandeld worden. Hiertoe zullen eerst kort de achtergrond en aanleiding voor de invoering van de APV-regeling worden geschetst, waarna de regeling zelf wordt beschreven en geanalyseerd. Hierbij ga ik er, tenzij anders vermeld, vanuit dat de inbrenger, diens erfgenamen en de begunstigen van het APV alle in Nederland woonachtig zijn, alsmede dat het vermogen zich hier bevindt. Ik zal dan ook niet ingaan op de eventuele voorkoming van dubbele belasting in situaties met een APV.

14.2 Achtergrond van de APV-regeling

De APV-regeling is ingevoerd per 1 januari 2010. Tot die tijd was er geen wettelijke regeling met betrekking tot de fiscale behandeling van trusts¹⁰⁴⁶, maar slechts van een beperkte hoeveelheid jurisprudentie met betrekking tot de fiscale kwalificatie hiervan.¹⁰⁴⁷ Hetzelfde geldt voor met de trust vergelijkbare rechtsfiguren, maar ik beperk mij in deze inleidende paragraaf eenvoudshalve tot de trust. De fiscale kwalificatie hing uiteraard af van de kenmerken van de trust, alsmede de feitelijke omstandigheden op het moment van instelling, tijdens het bestaan van de trust en in voorkomend geval op het moment van beëindiging van de trust. Ik zal hieronder kort ingaan op de hoofdlijnen van de voor 2010 gehanteerde benaderingen. Ik beperk mij hier tot de algemene systematiek, zonder in te gaan op de kwalificatie van rechten binnen het Nederlandse fiscale recht of op de problematiek die kan spelen bij de waardering hiervan.¹⁰⁴⁸

1046 Het onderstaande is in beginsel ook toepasbaar op met trusts vergelijkbare rechtsfiguren. Voor deze inleiding neem ik echter de trust als uitgangspunt.

1047 Daarnaast was er het besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, V-N 2006, 15.1 (en de voorlopers hiervan), waarin de Staatssecretaris zijn visie op de fiscale behandeling van trusts, SPF's en dergelijke entiteiten geeft. In dit besluit is ook de mogelijkheid tot het sluiten van een zogenoemde transparantieovereenkomst opgenomen, op grond waarvan het trustvermogen wordt toegerekend (aan doorgaans de settlor of de beneficiaries van de trust), met de belastingdienst. Het besluit heeft zijn functie verloren als gevolg van invoering van de APV-regeling en is ingetrokken bij het besluit van 16 december 2009, nr. CPP2009/2357M, V-N 2010/3.6.

1048 Voor een nadere beschouwing zij bijvoorbeeld verwezen naar M.B. Lucas Luijckx, S.C.J. Hemels en F. Sonneveldt, *Estate Planning*, SDU Fiscale & Financiële Uitgevers Amersfoort 2010, paragrafen 10.2 en 10.3.

Daarbij merk ik op dat er vele verschillende trustvormen en -varianten denkbaar zijn, waarbij het te ver voert om deze in de onderhavige context te bespreken. Belangrijke onderverdelingen betreffen echter in elk geval die tussen revocable en irrevocable trusts, alsmede tussen fixed en discretionary trusts. In het geval van een fixed trust hebben de beneficiaries afdwingbare aanspraken met betrekking tot het trustvermogen, met dien verstande dat deze aanspraken niet absoluut zijn in de zin, dat bijvoorbeeld sprake kan zijn van een voorwaarde of een tijdsbepaling. Bij discretionary trusts ontbreken deze afdwingbare aanspraken juist en heeft de trustee discretionaire bevoegdheden met betrekking tot het doen van uitkeringen uit het trustvermogen.¹⁰⁴⁹

14.2.1 Inkomstenbelasting

Vooropgesteld zij dat de trustee, aannemend dat deze gezien zijn overige omstandigheden al belastingplichtig zou kunnen zijn voor de Nederlandse inkomstenbelasting, zelf in zijn hoedanigheid van trustee geen enkel economisch belang heeft bij het trustvermogen. Hij houdt dit slechts ten behoeve van de beneficiaries. Het was derhalve niet mogelijk om de trustee, althans in die hoedanigheid, in de heffing van inkomstenbelasting te betrekken. De vraag is vervolgens in hoeverre belastingheffing bij de settlor of bij de beneficiaries mogelijk was.

Voor 2010 waren er mijns inziens twee aanknopingspunten voor het heffen van inkomstenbelasting in geval van betrokkenheid van een trust: een afdwingbare aanspraak met betrekking tot het trustvermogen of een zodanig feitelijke beschikkingsmacht dat het trustvermogen en/of de inkomsten aan de persoon in kwestie toegerekend konden worden.

Voor wat betreft het eerste aanknopingspunt wordt ook wel gesproken van het al dan niet hebben van (meer dan) een blote verwachting. In dat verband kan men zich de vraag stellen of er een categorie, de “meer dan een blote verwachting”, is tussen het slechts hebben van een blote verwachting en het hebben van een afdwingbaar recht. Deze tussencategorie zou er dan op neer komen dat men nog geen daadwerkelijke recht heeft, maar wel iets dat als vermogensrecht kan kwalificeren en als zodanig tot de rendementsgrondslag behoren. Boer onderzoekt deze vraag en concludeert, mijns inziens terecht, dat van een dergelijke tussencategorie geen sprake is. Men heeft een recht en kan ter zake daarvan in de heffing betrokken worden,¹⁰⁵⁰ of men heeft dat niet.

Een rechtens afdwingbare aanspraak kan zich daarbij mijns inziens slechts voordoen

1049 Zie voor een beschrijving van verschillende trustvormen en voorwaarden die aan (potentiële) aanspraken verbonden kunnen zijn bijvoorbeeld Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.

1050 Vervolgens moet beoordeeld worden hoe de aanspraak gekwalificeerd moet worden voor de inkomstenbelasting. Aangezien dit aspect met invoering van de APV-regeling in essentie niet gewijzigd is, zij hiervoor verwezen naar paragraaf 14.3.7.3.

voor zover een trust fixed is. Bij een discretionary trust zijn er naar de aard van de trust juist geen afdwingbare aanspraken. Uiteraard kan er een moment komen dat de trustee gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid en een afdwingbaar recht toekent aan een beneficiary. In zoverre zijn de discretionaire bevoegdheden van de trustee dan echter uitgewerkt en houdt de trust op om discretionair te zijn.

In geval van een discretionary trust kan zich echter wel de situatie voordoen dat iemand, veelal de settlor, een verregaande feitelijke beschikkingsmacht heeft met betrekking tot het trustvermogen. Met betrekking tot stichtingen is in de jurisprudentie het vermogen en/of de inkomsten van de stichting toegerekend aan iemand die over dit vermogen kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen.¹⁰⁵¹ Op basis van dit criterium kon ook voor trusts betoogd worden dat het vermogen diende te worden toegerekend aan degene die kon beschikken over dit vermogen als ware het zijn eigen vermogen. In de recente jurisprudentie zijn genoeg voorbeelden te vinden van uitspraken waarin op deze basis trustvermogen al dan niet wordt toegerekend, aan de settlor, maar soms ook aan een beneficiary.¹⁰⁵² Bij toetsing van de beschikkingsmacht kan men zich ook de vraag stellen welke rol de eventuele revocability van de trust speelt; de mogelijkheid voor de settlor om de trust te herroepen, betekent immers dat hij zich in de positie bevindt dat hij het trustvermogen desgewenst kan terugkrijgen, althans uitgaande van een zuiver potestatieve herroepingsmogelijkheid. Op dit aspect wordt in de context van de APV-regeling nader ingegaan, in paragraaf 14.3.8. Een dergelijke bevoegdheid kan wellicht een indicatie zijn dat inderdaad sprake is van een bepaalde feitelijke beschikkingsmacht van degene die de bevoegdheid heeft.

Tot slot merk ik op dat dit beschikkingsmachtcriterium zich naar zijn aard niet goed leent voor toepassing op fixed trusts. Het bestaan van de aanspraak verdraagt zich slecht met beschikkingsmacht van een ander die het trustvermogen te eigen bate aanwendt. In beginsel zou men althans verwachten dat de rechthebbende van het afdwingbare recht optreedt tegen een wederrechtelijke uitholling van zijn aanspraken.

14.2.2 Schenkings- en successierecht

Net als bij de inkomstenbelasting kon voor 2010 voor de heffing van schenkings- en

¹⁰⁵¹ Zie hiervoor nader paragraaf 14.3.10.

¹⁰⁵² Zie bijvoorbeeld rechtbank Haarlem 19 januari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2091, FED 2009/37 (Boer constateert dat dit de eerste maal is dat het begrip “meer dan een blote verwachting” in de jurisprudentie gehanteerd wordt (zie Boer 2010, paragraaf 5.5.2.1)); rechtbank Den Haag 16 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL3688, NTFR 2010-658, hoger beroep hof Den Haag 3 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6298, V-N 2011/14.11; rechtbank Haarlem 17 december 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK8106, NTFR 2010-659; hof Amsterdam 31 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0226, V-N 2012/42.1.3, cassatie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4218, BNB 2013/119; hof Amsterdam 24 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3994, V-N 2014/17.9; hof Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2188 en rechtbank Den Haag 6 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:239. Overigens wordt niet in iedere uitspraak het onderscheid tussen het hebben van een afdwingbaar recht en het hebben van feitelijke beschikkingsmacht heel zuiver gemaakt.

successierecht een onderscheid gemaakt worden tussen fixed en discretionary trusts. Ten aanzien van een fixed trust kon betoogd worden dat de inbreng van vermogen in de trust een schenking was aan de beneficiaries die een afdwingbaar recht jegens de trust verkregen. Voor een schenking zijn drie elementen nodig: (i) verarming van de schenker, (ii) verrijking van de begiftigde en (iii) een bevoordelingsbedoeling bij de schenker. In geval van een fixed trust doet zich een verarming van de settlor voor (in ieder geval bij een irrevocable trust) en wordt de beneficiary verrijkt doordat hij een afdwingbaar recht verkrijgt. In beginsel zal de settlor de verrijking van de beneficiary bovendien beoogd hebben, nog los van de omstandigheid dat de bevoordelingsbedoeling in de jurisprudentie in hoge mate geobjectiveerd is.¹⁰⁵³ In sommige situaties lag een parallel met de erfrechtelijke verkrijging overigens meer voor de hand, indien de toekenning van de rechtens afdwingbare aanspraak van de beneficiary zijn oorzaak vond in het overlijden van de settlor. Hierbij kan gedacht worden aan een settlor die per testament een irrevocable fixed trust instelt, waarbij de langstlevende echtgenoot het life interest van het trustvermogen krijgt en de kinderen remaindermen zijn.

Bij een fixed trust zou ik in principe geen onderscheid willen maken tussen revocable en irrevocable trusts: ook bij een revocable trust wordt de beneficiary bevoordeeld, met dien verstande dat hieraan een (al dan niet zuiver potestatieve) voorwaarde van herroeping verbonden is. Ook een voorwaardelijke of herroepelijke schenking wordt als geldig beschouwd tot het moment van vervulling van de voorwaarde c.q. de ontbinding en de begiftigde is direct belasting verschuldigd, met dien verstande dat (gedeeltelijke) restitutie kan plaatsvinden op grond van artikel 53 SW indien de schenking op een later moment ontbonden wordt. Het lijkt mij redelijk om voor rechten jegens een fixed trust een vergelijkbare benadering te hanteren.¹⁰⁵⁴ Bovendien zullen deze rechten in voorkomend geval in de heffing van inkomstenbelasting betrokken worden bij de beneficiaries en het zou daarmee niet consistent zijn om deze rechten dan voor de toepassing van de Successiewet niet in aanmerking te nemen. Uitkeringen door de trustee aan de beneficiaries die een rechtens afdwingbare aanspraak hebben waren niet belast met schenkingsrecht. Deze waren dan immers gebaseerd op een verplichting jegens de beneficiaries, waarbij bij het ontstaan van de aanspraak reeds schenkings- of successierecht geheven is, althans als de settlor (al dan niet fictief) in Nederland woonde.

Bij een (irrevocable) discretionary trust werd de inbreng van vermogen door de settlor op grond van de zogenoemde trustarresten¹⁰⁵⁵ gezien als een schenking door de settlor aan de trust als doelvermogen. Kort gezegd overweegt de Hoge Raad in deze arresten

1053 Zie nader paragraaf 8.6.1.

1054 Vergelijk evenwel Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 6.5, die bij een life interest in geval van een revocable trust ook mogelijkheden ziet tot een parallel met een herroepelijke aanwijzing als begunstigde bij een sommenverzekering.

1055 HR 18 november 1998, BNB 1999/35 tot en met 37. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze arresten Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.12.

dat geen van de bij de trust betrokken personen in de positie is dat hij enig recht met vermogenswaarde aan de trust kan ontleen. Desalniettemin is sprake van een verarming van de settlor, die zijn oorzaak vindt in vrijgevigheid. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het niet binnen het stelsel van de Successiewet past dat iemand zich zonder belastingheffing van zijn vermogen ontdoet en komt hij met de trust als doelvermogen als verkrijger.

De inbreng van vermogen door een (al dan niet fictief) in Nederland woonachtige settlor leidde derhalve tot de verschuldigdheid van schenkingsrecht. Een uitkering door de trustee aan een beneficiary leidde daarentegen in principe niet tot de verschuldigdheid van belasting. Dit zou dan een schenking van de trust aan de beneficiary zijn, maar dit leidde doorgaans niet tot een in Nederland belastbare schenking, aangezien de trustee, en daarmee de trust, in principe altijd buiten Nederland gevestigd was.

Zeker bij een revocable discretionary trust, maar onder omstandigheden ook bij een irrevocable trust, kan men zich weer de vraag stellen of het vermogen aan de settlor toegerekend dient te worden. Hiervoor kan naar mijn mening teruggevallen worden op het in paragraaf 14.2.1 hiervoor genoemde beschikkingsmachtcriterium: indien het trustvermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden geacht wordt het vermogen van de settlor niet verlaten te hebben, omdat hij hierover kan blijven beschikken als ware het zijn eigen vermogen, dan is dat logischerwijs evenzeer het geval voor de toepassing van de Successiewet. De consequentie hiervan zou zijn dat de inbreng van het vermogen in de trust genegeerd moet worden en dat een uitkering door de trust gezien moet worden als een schenking door de settlor.¹⁰⁵⁶

14.2.3 Invoering van de APV-regeling

Vanwege de hierboven genoemde omstandigheid, dat het vermogen van een (irrevocable) discretionary trust of vergelijkbare rechtsfiguur veelal voor inkomstenbelasting bij niemand in de heffing betrokken kon worden als gevolg van het ontbreken van aanspraken hierop, werd dit vermogen door de wetgever beschouwd als “zwevend” vermogen. Daar kwam bij dat, als gevolg van het oordeel van de Hoge Raad in de trustarresten, vermogen zonder heffing van schenkbelasting in een irrevocable discretionary trust kon worden ingebracht als de settlor niet (fictief) in Nederland woonachtig was, of met beperkte heffing van schenkbelasting als een vermogensbestanddeel met een relatief lage waarde maar een groot groeipotentieel werd ingebracht. Op deze wijzen kon vermogen buiten het bereik van de Nederlandse belastingheffing worden gebracht.¹⁰⁵⁷

1056 Hetgeen de benadering is die onder de APV-regeling wordt gevolgd, overigens ongeacht de mate van invloed die de settlor behoudt.

1057 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9 – 11.

Na de trustarresten van 1998 heeft de wetgever relatief lang stilgezeten, maar uiteindelijk bij de wijziging van de Successiewet de APV-regeling geïntroduceerd als regime voor de belastingheffing in het geval van trusts en vergelijkbare doelvermogens of entiteiten. De basisgedachte is hierbij om het vermogen, dat is ingebracht in een APV, alsmede het inkomen hieruit fiscaal te behandelen alsof de inbreng niet heeft plaatsgevonden. Dit geschiedt door toerekening¹⁰⁵⁸ van het vermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden in combinatie met bepalingen in de Successiewet die een schenking of verkrijging krachtens erfrecht fingeren. Hieronder zal ik de APV-regeling analyseren, waarbij ik focus op de regelingen voor de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting.

14.3 Inkomstenbelasting

In deze paragraaf bespreek ik de inkomstenbelastingaspecten van de APV-regeling, waarbij de inkomstenbelasting als startpunt wordt gehanteerd omdat de definitie van een APV is opgenomen in artikel 2.14a Wet IB 2001. Ik zal hierna ingaan op de definitie van een APV, de toerekening en de gevolgen daarvan, alsmede de gevolgen van het overlijden van de inbrenger. Voorts zal ik de niet-discretionaire entiteit, zoals een fixed trust, bespreken, alsmede enkele specifieke onderwerpen, zoals de vraag of sprake is van toerekening van vermogen of fiscale transparantie van het APV en de vraag of de omstandigheid dat de instelling van het APV of de inbreng van vermogen hierin herroepelijk zijn tot andere fiscale gevolgen leidt.

14.3.1 Definitie van het APV

De basis van de APV-regeling is neergelegd in artikel 2.14a Wet IB 2001. Hierin wordt ook het begrip APV gedefinieerd. Volgens artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 is een APV (behoudens enige hierna te bespreken uitzonderingen) een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd. Dit is geen sterke definitie, aangezien de wettekst in wezen niets meer zegt dan “onder X wordt verstaan X”. De afbakening van het begrip APV wordt daardoor met name bepaald door de uitzonderingen van artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 en de definitie van het begrip afzonderen, die is neergelegd in artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001. Hierbij merk ik op dat toepassing van de APV-regeling rechtsvormneutraal is: het APV hoeft geen rechtspersoonlijkheid te hebben. Voorbeelden van APV's zijn de trust, SPF, Stiftung en Anstalt, maar ook de (al dan niet Nederlandse) stichting.¹⁰⁵⁹

1058 De wettekst spreekt van het toerekenen van vermogen, maar in de parlementaire geschiedenis worden toerekening van vermogen en fiscale transparantie van het APV door elkaar heen gehanteerd. In paragraaf 14.3.9 ga ik in op de vraag of sprake is van toerekening of van fiscale transparantie. Overigens blijf ik eenvoudshalve in de tekst de term “toerekening” hanteren.

1059 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9.

De APV-definitie kent de volgende uitzonderingen, in welke gevallen van afgezonderd vermogen gericht op een particulier belang geen sprake is van een APV:

- (a) Als het afgezonderde vermogen kwalificeert als sociaal belang behartigende instelling.
- (b) Indien tegenover de afzondering van vermogen de uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden.¹⁰⁶⁰ Door middel van deze uitzondering wordt voorkomen dat bijvoorbeeld een kapitaalvennootschap, die eigenlijk altijd een particulier belang nastreeft, kan kwalificeren als APV.¹⁰⁶¹ Een kwalificatie van een entiteit die dergelijke rechten toekent tegenover de inbreng als APV is ook volstrekt overbodig: in de gevallen waarin aandelen of dergelijke rechten worden uitgereikt blijft immers een band tussen de inbrenger van het vermogen en de entiteit bestaan, waar de heffing van inkomstenbelasting bij de inbrenger op kan worden gebaseerd.

Overigens valt de certificering van vermogen vanwege deze uitzondering niet onder de APV-regeling. De certificaten die tegenover de inbreng van vermogen door de STAK worden uitgereikt zijn in essentie vorderingsrechten die het economische belang bij dit vermogen blijven vertegenwoordigen. De certificaathouder kan en zal op grond van de rechten die het certificaat hem verschaft in de heffing van inkomstenbelasting worden betrokken.

- (c) Als tegenover de afzondering van het vermogen een economische deelgerechtigdheid is ontstaan. Als gevolg hiervan valt bijvoorbeeld een personenvennootschap buiten de APV-regeling.¹⁰⁶² Over de inhoud van het begrip economische deelgerechtigdheid kan men discussiëren. In de literatuur is betoogd dat een fixed trust niet kan kwalificeren als APV, omdat tegenover de afzondering van vermogen een economische deelgerechtigdheid ontstaat.¹⁰⁶³ De Hoge Raad heeft echter in HR 10 april 2015, BNB 2015/152, geoordeeld dat het begrip economische deelgerechtigdheid in het kader van de APV-

¹⁰⁶⁰ In de parlementaire geschiedenis is overigens opgemerkt dat de oprichtersbewijzen of oprichtersrechten, die optioneel toegekend kunnen worden door een SPF, in de ogen van de wetgever geen met aandelen en dergelijke te vergelijken rechten zijn (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54).

¹⁰⁶¹ Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54. Overigens ben ik van mening dat, hoewel (bijvoorbeeld) een besloten vennootschap als zodanig geen APV kan zijn, een APV binnen het vermogen van de besloten vennootschap wel mogelijk is (zie A.E. de Leeuw, De BV als APV, WPNR 2015/7067).

¹⁰⁶² Vergelijk bijvoorbeeld ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54.

¹⁰⁶³ J.P. Boer en R.M. Freudenthal, 'De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust: afgezonderd of niet?', WPNR 2009/6802; T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde regeling voor trusts en aanverwante rechtsfiguren, Forfaitair 2009/198, en E.R. Roelofs, Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet', WFR 2010/6887.

regeling beperkt moet worden uitgelegd en dat hiervan slechts sprake is bij samenwerkingsverbanden zoals personenvennootschappen. Desalniettemin is de Hoge Raad van mening dat bij een niet-discretionaire entiteit geen toerekening op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 plaatsvindt, waarbij echter in het midden gelaten wordt of de entiteit als APV kwalificeert of niet. Ik zal in paragraaf 14.3.7 nader op niet-discretionaire entiteiten ingaan.

Afgezien van de voornoemde uitzonderingen wordt het begrip APV ook beperkt door het vereiste dat meer dan bijkomstig een particulier¹⁰⁶⁴ belang wordt beoogd. Het is echter weinig concreet wat wordt bedoeld met “meer dan bijkomstig”. Blijkens de parlementaire geschiedenis kan dit zien op zowel de intentie van degene die vermogen in het APV heeft ingebracht, de activiteiten van het APV, als de aard en omvang van het vermogen van het APV. Hierbij wordt een voorbeeld gegeven van een stichting die € 5.000.000 aanhoudt voor een niet nader omschreven doel en in een bepaald jaar € 100.000 uitkeert aan een familielid van de inbrenger. Deze stichting is in de ogen van de wetgever een APV, omdat de feitelijke werkzaamheden gericht zijn op een particulier belang. Daarbij is tevens opgemerkt dat, als een entiteit met niet-particuliere activiteiten incidenteel uitkeringen doet aan familieleden van de inbrenger, dit niet per definitie met zich hoeft te brengen dat sprake is van een APV.¹⁰⁶⁵ Het ligt echter in de lijn der verwachting dat dergelijke uitkeringen snel het vermoeden doen rijzen dat sprake is van een APV. Zie voor een interpretatie van het vereiste particuliere belang een recente uitspraak van rechtbank Noord-Nederland.¹⁰⁶⁶

In de parlementaire geschiedenis wordt aan “meer dan bijkomstig” een percentage van 10% tot 15% gekoppeld, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van een geval. Hierbij wordt een relatie gelegd met ANBI's, die voor 90% of meer het algemeen nut beogen. De wetgever beschouwt de begrippen ANBI en APV als communicerende vaten, waarbij een uitloop naar 15% particulier belang incidenteel mogelijk is.¹⁰⁶⁷ Dit laatste lijkt dus met name gericht op ANBI's die in een specifiek jaar toevallig relatief veel bezig zijn met een particulier belang en dan kennelijk niet onmiddellijk als APV zouden kwalificeren (los van wat dit betekent voor de ANBI-status).¹⁰⁶⁸ In elk geval is het

1064 Dit is in de ogen van de wetgever een ruim begrip. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat de invulling van het begrip particulier ruimer is dan “ten faveure van de belastingplichtige, zijn partner en zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn en tot en met de vierde graad van de zijlijn”, de familiekring die in artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001 gehanteerd wordt (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, nr. 31 930, nr. 9, pagina 50). Voorts is opgemerkt dat het begrip particulier ruim geïnterpreteerd moet worden en dat bewust gekozen is voor een open norm (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 57).

1065 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54 – 55.

1066 Rechtbank Noord-Nederland 21 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:603, V-N 2019/27.4, rechtsoverwegingen 6.1 – 6.3.

1067 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 57.

1068 De staatssecretaris merkt ook in zijn brief van 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 4, op dat meer dan bijkomstig doorgaans meer dan 10% inhoudt. Een uitloop naar 15% is dus kennelijk een uitzondering.

percentage dermate laag dat een entiteit zeer snel geacht kan worden meer dan bijkomstig een particulier belang na te streven. Als gevolg hiervan, in combinatie met het ontbreken van bijvoorbeeld uitzonderingen voor specifieke activiteiten, kunnen situaties binnen het bereik van de APV-regeling vallen die ver verwijderd zijn van de standaard situatie waar de regeling zich op richt, te weten een natuurlijke persoon die vermogen inbrengt in een trust of vergelijkbare entiteit, met primair het oog op belastingbesparing. Zo kan onder omstandigheden bijvoorbeeld een pensioenstichting, die de particuliere belangen van de aangesloten werknemers nastreeft, als APV kwalificeren.¹⁰⁶⁹

Van belang is op te merken dat denkbaar is dat een entiteit niet als ANBI of SBBI kwalificeert, maar toch ook niet als APV, bijvoorbeeld omdat wel nagenoeg geheel een algemeen belang wordt nagestreefd, maar de entiteit om andere redenen niet de ANBI-status heeft. Ook is denkbaar dat weliswaar geen algemeen belang wordt nagestreefd, maar evenmin sprake is van een particulier belang.¹⁰⁷⁰ De mogelijkheid van het bestaan van een dergelijk “overig doelvermogen” wordt ook erkend in een Kamerbrief van de staatssecretaris uit 2013.¹⁰⁷¹

14.3.2 Afzonderen van vermogen

14.3.2.1 Algemene regeling

Om tot de kwalificatie APV te komen is niet alleen noodzakelijk dat sprake is van een entiteit die meer dan bijkomstig een particulier nastreeft, er moet tevens sprake zijn van het afzonderen van vermogen in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001. Het afzonderen van vermogen is bewust ruim geredigeerd en is door de wetgever bedoeld als dynamisch begrip.¹⁰⁷² Er zijn twee handelwijzen die als het afzonderen van vermogen worden beschouwd:

- (a) het om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke

¹⁰⁶⁹ Mits het aantal aangesloten werknemers beperkt is. Vanwege de verplichting om te zijner tijd pensioenuitkeringen te doen is geen sprake van inbreng om niet of onder zakelijke voorwaarden, zodat storting van de pensioenpremie alleen als inbreng kwalificeert als de pensioenstichting voor 10% of meer het belang van de stortende werknemer of zijn familie nastreeft (zie paragraaf 14.3.2). De meeste pensioenstichtingen zullen om deze reden niet als APV kwalificeren, maar bepaalde gevallen kunnen wel onder de regeling vallen. In vergelijkbare zin A.G. Jimmink en J.C. van Wijmen, De gevolgen van de wijziging van de Successiewet voor pensioen-bv's, Pensioen Actief 2009/06, alsmede W.J. van der Avoird, Doelvermogens in het fiscale recht, Licent Fiscale en Juridische Uitgevers Rijswijk 2012, pagina 159.

Met de wijziging van de toerekeningsstop in 2016 (zie paragraaf 14.3.4.1) wordt het vermogen van een als APV kwalificerende pensioenstichting echter niet meer toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden. Wel kunnen er schenk- en erfbelastinggevolgen zijn, omdat de toerekeningsstop in de Successiewet geen effect heeft (zie artikelen 16 lid 1 en 17 lid 1 SW).

¹⁰⁷⁰ Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 20.

¹⁰⁷¹ Zie Kamerbrief Staatssecretaris van Financiën d.d. 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 4.

¹⁰⁷² Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 55.

voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen van vermogensbestanddelen in een APV; of

- (b) het rechtens dan wel in feite, direct of indirect vervreemden van vermogensbestanddelen aan een APV waarmee meer dan bijkomstig het particuliere belang wordt beoogd van de vervreemder, zijn partner of van een of meer van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn. De beperking, dat de vervreemding van vermogen aan een APV onder zakelijke voorwaarden alleen wordt aangemerkt als het afzonderen van vermogen indien het APV het belang van de vervreemder of een bepaalde familiegroep dient, is bedoeld om normale zakelijke transacties buiten de werking van de APV-regeling te houden.¹⁰⁷³

In artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling IB 2001 is vervolgens nader uitgewerkt wat mede verstaan moet worden onder het onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden afzonderen van vermogen. Dit betreft (niet-limitatief) de volgende algemene situaties:

- (i) het vervreemden van vermogensbestanddelen aan een APV tegen een prijs die afwijkt van de waarde in het economische verkeer hiervan;
- (ii) het bij vervreemding van vermogensbestanddelen aan een APV bedingen van voorwaarden die niet overeenkomen met voorwaarden die in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk zijn; of
- (iii) het inbrengen van vermogensbestanddelen in een APV, waarbij de inbreng en de daarmee samenhangende rechtshandelingen gericht zijn op, of direct of indirect verband houden met, het ontgaan of uitstellen van de toerekening van vermogen op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001.

In de toelichting bij deze bepaling is opgemerkt dat ervaringen uit de praktijk met bijvoorbeeld de terbeschikkingstellingsregeling, waarin ook de terminologie “maatschappelijk ongebruikelijk” wordt gebruikt, richting kan geven aan de inhoud van het begrip afzonderen van vermogen.¹⁰⁷⁴

De parlementaire toelichting geeft voorts aan dat ook indien het APV op instigatie van de inbrenger een vermogensbestanddeel koopt, dit vermogensbestanddeel wordt toegerekend. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat ook door het APV zelf verworven vermogensbestanddelen onder de toerekening vallen.¹⁰⁷⁵ Deze passage is een reactie op

1073 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 55 – 56.

1074 Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009.

1075 Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30.

de stelling van Auerbach¹⁰⁷⁶ dat met een lening gefinancierde vermogensbestanddelen buiten de toerekening zouden blijven. De tekst van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 spreekt van toerekening van de bezittingen en schulden, etc., aan “degene die dat vermogen [...] heeft afgezonderd” en biedt daarmee een basis voor het argument dat vermogen dat niet van de inbrenger zelf verkregen is buiten de toerekening blijft. Een redelijke wetsinterpretatie brengt mijns inziens echter inderdaad met zich dat ook met geleend geld door het APV verworven vermogen onder de toerekening valt. Indien dit niet toegerekend zou worden, wordt het wel erg eenvoudig om de werking van de APV-regeling grotendeels te omzeilen, door het APV beperkt van een inbreng te voorzien en overigens van een lening, desnoods van de inbrenger zelf.¹⁰⁷⁷

Wel vereist het kunnen toerekenen van het vermogen van een entiteit uiteraard dat sprake is van enige vorm van inbreng/afzondering van vermogen, aangezien de entiteit anders niet als APV kwalificeert. De enkele omstandigheid dat de entiteit op instigatie van een ander overgaat tot de aanschaf van een vermogensbestanddeel is daartoe naar mijn mening niet voldoende. In paragraaf 14.3.2.3 ga ik nader in op de fiscale gevolgen van de situatie waarin niet of slechts gedeeltelijk vermogen wordt ingebracht in een entiteit, maar deze entiteit de benodigde middelen (deels) leent en daarmee het beoogde vermogen aankoopt.

Volledigheidshalve merk ik op dat ik er in dit hoofdstuk verder van uitga dat indien vermogen wordt ingebracht, hiervoor geen tegenprestatie bedongen wordt van het APV, anders dan het op discretionaire basis doen van uitkeringen aan de begunstigden, tenzij anders aangegeven. Eenvoudshalve zal ik dit in voorkomend geval ook aanduiden als een inbreng om niet, hoewel afhankelijk van de rechtsvorm en aard van het APV weldegelijk sprake kan zijn van een tegenprestatie, in de vorm van een verplichting voor het APV tot het doen van uitkeringen.¹⁰⁷⁸

14.3.2.2 Is afzondering een vervreemding?

Civilrechtelijk houdt de afzondering van vermogen een vervreemding in, al dan niet om baat. Indien het vermogen betreft waarbij een vervreemdingswinst belast is, zoals aanmerkelijkbelangaandelen, rijst de vraag of deze vervreemding voor inkomstenbelastingdoeleinden in aanmerking genomen kan worden. Weliswaar worden, om bij het aanmerkelijk belang te blijven, de aandelen na de afzondering toegerekend aan de inbrenger en wordt hij in principe geacht voor

1076 Zie X.G.R Auerbach, Afgezonderd Particulier Vermogen, naar een duaal stelsel, WPNR 2009/6802, paragraaf 4.1.

1077 Vergelijk ook het voorbeeld gegeven in X.G.R. Auerbach, Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten, WFR 2010/6874, paragraaf 3.3.

1078 Vergelijk de Nederlandse stichting die als APV fungeert, beschreven in paragraaf 8.2.2.

inkomstenbelastingdoeleinden rechthebbende tot deze aandelen te zijn,¹⁰⁷⁹ maar in hoeverre doet dit af aan de vervreemding die daarvoor heeft plaatsgevonden en de eventuele fiscale gevolgen daarvan?

Er kan derhalve gezegd worden dat in civielrechtelijke zin sprake is van een vervreemding, welke, om bij de aandelen te blijven,¹⁰⁸⁰ onder artikel 4.12 sub b Wet IB 2001 valt. De consequentie van deze redenering is dat de inbreng in beginsel tot afrekening van de eventuele aanmerkelijkbelangclaim leidt. Hiertegen zijn echter een aantal argumenten aan te voeren:

- (a) Het APV is fiscaal transparant. In dat geval is de inbreng civielrechtelijk weliswaar een vervreemding, maar wordt deze vervreemding voor inkomstenbelastingdoeleinden genegeerd. Overigens ben ik van mening dat geen sprake is van transparantie,¹⁰⁸¹ maar daarentegen van toerekening, maar indien men transparantie tot uitgangspunt neemt, kan ook geen sprake zijn van een belastbare vervreemding op het moment van inbreng.
- (b) Uitgaande van toerekening kan de omstandigheid dat de inbrenger voor én na de inbreng belastingplichtig blijft ter zake van dezelfde aandelen een argument bieden dat geen sprake zou moeten zijn van een belastbare vervreemding. Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁰⁸² wordt een aanmerkelijkbelanghouder kort gezegd geacht zijn aanmerkelijk belang (gedeeltelijk) te vervreemden indien sprake is van een aan hem toerekenbare rechtshandeling, die tot het aanmerkelijk belang behorende vermogensbestanddelen of een deel van de daarin besloten liggende rechten in het vermogen van een ander doet overgaan, tenzij daarvoor rechten in de plaats komen die dezelfde fiscale en economische positie innemen in het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder.¹⁰⁸³ Indien men de positie voor en na de inbreng van vermogen vergelijkt, kan vastgesteld worden dat de fiscale situatie vergelijkbaar is (althans zou moeten zijn, gezien het doel van de APV-regeling).

Economisch is er wel een verschil, aangezien de inbrenger niet langer gerechtigd is tot de ingebrachte aandelen. Vraag is of de vergelijkbaarheid in de fiscale positie voldoende is om aan te nemen dat geen sprake is van een inbreng. De Hoge Raad heeft tevens tot uitgangspunt genomen dat een verschil in fiscale positie tot

1079 Op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001, zie hierover verder paragraaf 14.3.3. Vermogen wordt niet toegerekend als het APV, kort gezegd, een onderneming drijft waarvan de winst onderworpen is aan belastingheffing (artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, zie nader paragraaf 14.3.4).

1080 Een vergelijkbare redenering geldt uiteraard voor box 1-vermogen waarbij een eventuele vermogenswinst belast wordt, zoals ter beschikking gesteld vermogen.

1081 Zie paragraaf 14.3.9.

1082 O.a. HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, BNB 1960/123.

1083 Zie nader paragraaf 13.4.1.2.2.

gevolg heeft dat de economische positie niet gelijk is en dat dus sprake is van een vervreemding, hetgeen overigens niet direct betekent dat omgekeerd een gelijkblijvende fiscale positie ook het ontbreken van een vervreemding impliceert.¹⁰⁸⁴ Een redelijke wetstoepassing brengt evenwel naar mijn mening met zich dat, indien de fiscale positie na de inbreng gelijk is aan die voor de inbreng, ook al is dat als gevolg van een fictie, er geen reden is om een vervreemding in aanmerking te nemen.¹⁰⁸⁵ Er treedt ook geen claimverlies op, aangezien een later optredende wijziging alsnog tot de (belaste) vervreemding leidt.

- (c) Ten slotte is heel duidelijk niet beoogd dat de inbreng tot heffing van inkomstenbelasting leidt; de wetgever gaat er althans zelf vanuit dat de inbreng in een APV onbelast plaatsvindt:

Uitgaande van de grondvorm dat iemand de enige inbrenger is in een door hem ingesteld afgezonderd particulier vermogen, vormt deze afzondering van vermogensbestanddelen in de voorgestelde wetssystematiek geen belaste handeling. Voor inkomstenbelasting noch schenkbelasting is er sprake van een heffingsmoment. De inbrenger wordt geacht gedurende zijn leven de afgezonderde vermogensbestanddelen onverkort te bezitten, ongeacht de discretionaire bevoegdheden van de beheerder of het afgezonderde vermogen zelf. [Onderstreping AEdL]¹⁰⁸⁶

Onbelaste inbreng is mijns inziens ook noodzakelijk bij het uitgangspunt dat de inbreng in het APV fiscaal genegeerd wordt en de inbrenger fiscaal behandeld wordt alsof de inbreng niet heeft plaatsgevonden. De inbreng leidt derhalve mijns inziens niet tot heffingen, voor zover men er aan mocht twijfelen dat dit gebaseerd kan worden op het systeem van de Wet IB 2001, dan in elk geval op grond van de expliciete bedoeling van de wetgever met de APV-regeling, zoals ook volgt uit de parlementaire geschiedenis.

1084 Vergelijk tevens Hoogwout, die van mening is dat de toerekeningsfictie van artikel 2.14a Wet IB 2001 de inbrenger in fiscale zin in een positie brengt die vergelijkbaar is met die van economisch eigenaar, omdat de inbrenger geacht wordt niet te verarmen. Dat impliceert dat de inbreng niet leidt tot een vervreemding (T.C. Hoogwout, Toerekening of fiscale transparantie van het Afgezonderd Particulier Vermogen?, FTV 2012/10, paragraaf 2.3).

1085 Zie o.a. HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069, BNB 1990/147.

1086 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 11. Zie voorts Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 20. Voor de schenkbelasting is expliciet geregeld dat geen sprake is van een heffingsmoment, maar een vergelijkbare regeling in de Wet IB 2001 ontbreekt.

14.3.2.3 Leningen aan het APV

14.3.2.3.1 Algemeen

Het APV kan uiteraard aan zijn vermogen komen doordat dit door de inbrenger om niet¹⁰⁸⁷ wordt ingebracht. Daarnaast is mogelijk dat het APV de aanschaf van het gewenste vermogen (van een derde) geheel of gedeeltelijk financiert door middel van een lening, van de inbrenger zelf of van een derde. Gezien de formulering van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt al het vermogen van het APV toegerekend aan de inbrenger¹⁰⁸⁸, ook het vermogen dat op een later moment door de bestuurder van het APV is aangekocht uit (de opbrengsten van) het ingebrachte vermogen.¹⁰⁸⁹ Dit brengt mijns inziens met zich dat, op het moment dat een inbrenger aan te wijzen is, al het vermogen van het APV aan hem wordt toegerekend¹⁰⁹⁰ ook al is sprake van de inbreng van slechts € 1 en de aanschaf van het APV-vermogen voor het overige gefinancierd wordt door middel van een lening van € 10 miljoen.¹⁰⁹¹

De toerekening doet zich slechts dan niet voor als geen inbrenger is aan te wijzen. Deze situatie is mijns inziens echter (vrijwel) uitgesloten. Het APV moet immers op enige wijze aan middelen komen en als dit niet door middel van de inbreng van vermogen geschiedt dan zal het APV de benodigde middelen moeten lenen. Het zal echter niet of nauwelijks mogelijk zijn om een onafhankelijke partij te vinden die bereid is de volledige aanschaf van het APV-vermogen te financieren. Dan zal een zekerheid (van een ander) vereist zijn, of het APV zal al eigen vermogen moeten hebben dat mede als onderpand kan dienen.¹⁰⁹² Het alternatief is uiteraard dat degene wiens belang door het APV nagestreefd wordt de lening verstrekt, maar als dat gebeurt onder voorwaarden waaronder een derde de lening niet zou verstrekken dient het APV-vermogen mijns inziens alsnog toegerekend te worden. Dan leidt het verstrekken van de lening tot het in aanmerking nemen van een inbreng, op grond van een vergelijkbare redenering als die op basis waarvan een lening met een te lage rente aan een vennootschap een informele kapitaalstorting vormt: door het berekenen van een te lage vergoeding wordt de debiteur

1087 Althans zonder dat sprake is van een tegenprestatie anders dan dat het APV de verplichting op zich neemt om op discretionaire basis uitkeringen te doen aan de begunstigten.

1088 Eenvoudshalve spreek ik in principe alleen van toerekening aan de inbrenger, maar hetgeen wordt gezegd in deze en de hierna volgende paragrafen is evenzeer van toepassing aan de erfgenamen van de inbrenger aan wie het vermogen van het APV na het overlijden van de inbrenger toegerekend wordt.

1089 Zie ook Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30, waar wordt opgemerkt dat ook door het APV zelf verworven vermogensbestanddelen worden toegerekend. Dit geldt ook in geval van aankoop van goederen door het APV met een lening, op basis van de veronderstelling dat het APV deze aankoop op instigatie van de inbrenger zal doen.

1090 Het is ook mogelijk dat er meerdere inbrengers zijn. Dit wordt besproken in paragraaf 14.3.2.5.

1091 Men zou kunnen betogen dat een dergelijk geringe inbreng geen materiële betekenis heeft. Zie voor die situatie evenwel hierna.

1092 Waarbij het laatste zich niet voor kan doen, aangezien er dan reeds een grond is voor toerekening van het APV-vermogen.

beoordeeld.¹⁰⁹³ Het is naar mijn mening niet mogelijk om een 100%-financiering te verstrekken aan het APV en gelijktijdig tot vermogensvorming in het APV te komen, aangezien een onafhankelijke crediteur die 100% van het risico draagt ook in principe 100% van de opbrengst zal willen hebben. Iedere andere rente die tussen het APV en de insteller overeen wordt gekomen en die lager is dan 100% van de winst is daarmee te laag, zodat indirect sprake is van een inbreng en daarmee van toerekening. Hetzelfde geldt naar mijn mening indien een derde een 100%-financiering verstrekt op basis van zekerheid van de insteller, omdat een onafhankelijke borg, zo die al te vinden zou zijn, daarvoor een vergoeding zal willen hebben. Deze uitkomst past ook binnen de ruime werking die de wetgever beoogd heeft te geven aan het begrip “afzonderen”, getuige onder meer de zinsnede “rechtens dan wel in feite, direct of indirect” in artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001.¹⁰⁹⁴

Ten slotte zij gewezen op de toelichting op artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001, welke bepaling het begrip “het onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen” nader invult. In deze toelichting worden een aantal voorbeelden gegeven van een belastingplichtige die (onder zakelijke voorwaarden) geld leent aan een APV dat niet formeel door hem is ingesteld, maar wel de belangen van zijn familie nastreeft. Ook in deze situatie, die nog iets verder gaat dan het hiervoor behandelde geval waarin de crediteur tevens de insteller is, dient volgens de staatssecretaris toerekening van het met het geleende geld aangekochte vermogen aan de desbetreffende belastingplichtige plaats te vinden.^{1095 1096} Indien sprake is van een afgezonderd vermogen dat meer dan bijkomstig een particulier belang dient zal derhalve in principe iemand aan te wijzen zijn die als inbrenger heeft te gelden en aan wie het vermogen toegerekend wordt.

14.3.2.3.2 Verkoop aan APV tegen schuldigerkenning

Een bijzondere situatie waarin een schuldverhouding tussen het APV en de inbrenger ontstaat, is die waarin het APV een vermogensbestanddeel van de inbrenger koopt en vervolgens de koopsom schuldig blijft. Uitgaande van een zakelijke koopsom is

¹⁰⁹³ In zoverre deel ik de mening van Auerbach en Peters van Neijenhof dus niet (Auerbach, WPNR 2009/6802, paragraaf 4.1 en WFR 2010/6874, paragraaf 3.3, respectievelijk Peters van Neijenhof, *Forfaitair* 2009, paragraaf 4.2). Zij gaan er mijns inziens aan voorbij dat een 100%-financiering in beginsel niet mogelijk is zonder een vorm van onzakelijk element en daarmee van een inbreng.

¹⁰⁹⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 56. Hier wordt gerefereerd aan het feitelijk zonder overeenkomst afstaan van vermogen, waarbij van een lening onder onzakelijke voorwaarden aan een APV mijns inziens in principe sprake zal zijn.

¹⁰⁹⁵ Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009.

¹⁰⁹⁶ De toerekening lijkt hier derhalve gebaseerd op het doel van het APV en, naar ik veronderstel, de omstandigheid dat dit met zich brengt dat het APV op instigatie van de crediteur over zal zijn gegaan tot het aangaan van de lening en daaropvolgende aankoop van goederen. Men kan zich evenwel afvragen in hoeverre de voorbeelden zuiver zijn: de lening onder zakelijke voorwaarden veronderstelt dat het APV reeds in bepaalde mate over vermogen beschikte en dat roept de vraag op hoe en van wie het dat vermogen verkregen heeft.

sprake van het afzonderen van vermogen in de zin van artikel 2.14a lid 3 sub b Wet IB 2001 en wordt het verkochte vermogensbestanddeel toegerekend aan de inbrenger. Fiscaal wordt geen vervreemding in aanmerking genomen.¹⁰⁹⁷

Daarnaast zijn zowel de vordering van de inbrenger op het APV als de schuld van het APV aan de inbrenger voor inkomstenbelastingdoeleinden in handen van de inbrenger, de schuld op grond van de toerekening. Het is dan de vraag wat het fiscale gevolg van deze situatie is. Het lijkt wellicht logisch om dan uit te gaan van een soort fiscale “vermenging”, als gevolg waarvan zowel vordering als schuld in fiscale zin teniet zijn gegaan. Dit gevolg doet zich evenwel slechts voor in geval van fiscale transparantie, terwijl naar mijn mening bij de APV-regeling sprake is van toerekening. Het effect hiervan wordt onder meer zichtbaar indien het gekochte vermogensbestanddeel in box 2 valt.¹⁰⁹⁸

Als geabstraheerd wordt van de APV-regeling en men kijkt naar een belastingplichtige die met geleend geld een aanmerkelijk belang koopt, dan valt de desbetreffende schuld in box 2 en is de betaalde rente in box 2 aftrekbaar.¹⁰⁹⁹ Ik zie niet in waarom de kwalificatie van deze schuld en rente anders zou worden op het moment dat de inbrenger niet langer civielrechtelijk eigenaar van de aandelen is, maar deze in plaats daarvan in fiscale zin krijgt toegerekend. De APV-regeling beoogt bovendien om ingebracht vermogen op dezelfde wijze te behandelen als niet ingebracht vermogen en dit impliceert dat de kwalificatie van een bezitting of schuld binnen het boxensysteem geen wijziging kan ondergaan (zo kan bijvoorbeeld ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in voorkomend geval worden toegepast). Mijns inziens is de fiscale consequentie van de verkoop van de aandelen tegen schuldigerkenning van de koopsom derhalve dat de inbrenger de rente op de schuld kan aftrekken in box 2, terwijl de corresponderende vordering belast is in box 3.¹¹⁰⁰

14.3.2.4 Inbreng door rechtspersoon

Bij het voorgaande ben ik ervan uitgegaan dat de inbrenger een natuurlijke persoon is. Het is echter ook denkbaar dat wordt ingebracht door een rechtspersoon en het is de vraag hoe de APV-regeling in dat geval uitwerkt. Toerekening aan de rechtspersoon voor inkomstenbelastingdoeleinden sorteert geen effect en de APV-regeling werkt

1097 Zie ook paragraaf 14.3.2.2 hiervoor.

1098 Zie nader paragraaf 14.3.9, ook voor aanvullende voorbeelden.

1099 Op grond van artikel 4.15 lid 1 Wet IB 2001. Voor bevestigende beantwoording van de vraag of de financieringskosten in verband met de aankoop van de aanmerkelijkbelangaandelen wel gezien kunnen worden als kosten voor de verwerving van de reguliere voordelen (in plaats van niet aftrekbare kosten voor de verwerving van de bron) zie E. Aardema, Rente vanuit juridisch en economisch opzicht benaderd, MBB 1991/11-12, paragraaf 3, Rijkers en Van Dijck, 2000, pagina 107 en Blokland, 1999, pagina 135 – 136.

1100 In vergelijkbare zin Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.5.3.1.

slechts door in een beperkt aantal bepalingen van de Wet Vpb¹¹⁰¹ en kan niet leiden tot toerekening van het APV-vermogen aan een rechtspersoon.

In de parlementaire geschiedenis is op een tweetal punten aandacht besteed aan dit vraagstuk. In beide gevallen ziet dit op een besloten vennootschap die vermogen inbrengt in een APV. De staatssecretaris is van mening dat de besloten vennootschap dit dan doet ten gunste van haar aandeelhouder, zodat de inbreng fiscaal gezien moet worden als een verkapte dividenduitkering door de BV aan de aandeelhouder, gevolgd door inbreng door de aandeelhouder in het APV. Het ingebrachte vermogen wordt dan aan de aandeelhouder toegerekend.¹¹⁰² Het is mijns inziens echter niet juist om als uitgangspunt te nemen dat een inbrengende vennootschap ten gunste van haar aandeelhouder handelt. Toegegeven zij dat het goed mogelijk is dat een vennootschap, die slechts één aandeelhouder of een zeer beperkt aantal aandeelhouders heeft, geen ander motief voor de inbreng heeft dan een aandeelhoudersmotief. Dit dient echter per geval beoordeeld te worden en het enkele bestaan van de mogelijkheid dat een vennootschap een aandeelhoudersmotief dient is naar mijn mening geen rechtvaardiging om er van uit te gaan dat een inbrengende vennootschap per definitie ten gunste van haar aandeelhouder handelt. Het is zeer wel mogelijk dat de vennootschap een zakelijk motief heeft voor de inbreng en bijvoorbeeld inbrengt om zekerheid te verstrekken door middel van de ingebrachte vermogensbestanddelen. Mijns inziens kan pas toegekomen worden aan het in aanmerking nemen van een verkapte dividenduitkering aan en inbreng door de aandeelhouder indien een dergelijk zakelijk motief bij de vennootschap ontbreekt.

De aanwezigheid van een zakelijk belang aan de zijde van de vennootschap dient daarbij in elk geval erkend te worden als de vennootschap een zodanig groot aantal aandeelhouders heeft dat niet één of meer van hen voldoende invloed op de vennootschap hebben om haar handelingen te laten verrichten die in hun eigen (aandeelhouders) belang zijn. In dit verband kan gedacht worden aan een beursgenoteerde vennootschap die uit beschermingsmotieven de aandelen in haar 100%-deelneming onderbrengt in een trust of stichting. Deze vennootschap heeft vele aandeelhouders en zal van de meeste van hen niet eens de identiteit kennen. Het is derhalve onmogelijk dat de inbreng plaatsvindt om het belang van de aandeelhouders te dienen. In deze situatie is daarom naar mijn mening geen sprake van een inbreng in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001, vanwege het ontbreken van een inbrenger-natuurlijke persoon, en kan geen toerekening voor inkomstenbelasting doeleinden plaatsvinden.¹¹⁰³ Dat is mijns inziens overigens ook terecht, aangezien dit geval ver verwijderd is van de situatie waarvoor de

1101 Artikel 8 lid 15 Wet Vpb.

1102 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 – 13 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 50.

1103 Vergelijk ook A.C.P Bobeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet Vpb 1969 en enige andere belastingwetten (deel 1), WFR 2011/6914, paragraaf 3.2.2.

APV-regeling geschreven is: een vermogende particulier die belastingheffing probeert te beperken door middel van de inbreng van vermogen in een onbelaste entiteit.¹¹⁰⁴

Afgezien van een vennootschap is het denkbaar dat een andere rechtspersoon, zoals een stichting, inbrengt. Dan zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden of een natuurlijke persoon aangewezen kan worden aan wie de inbreng kan worden toegerekend. Dit zal mijns inziens in elk geval zo zijn indien de inbrengende stichting zelf als APV kwalificeert.¹¹⁰⁵

14.3.2.5 De in gemeenschap gehuwde inbrenger

Het is goed denkbaar dat de inbrenger gehuwd is in gemeenschap van goederen en dat het ingebrachte vermogen afkomstig is uit deze huwelijksgemeenschap. De vraag rijst wie in deze situatie als inbrenger aangemerkt dient te worden, slechts de handelende echtgenoot of diens niet-handelende echtgenoot? Daarbij kan tevens een onderscheid gemaakt worden tussen een inbreng onder zakelijke condities, zoals de verkoop van een goed aan het APV tegen de waarde in het economische verkeer, of een onzakelijke inbreng. In het eerste geval heeft de inbreng geen invloed op de omvang van de huwelijksgemeenschap en in het tweede geval uiteraard wel: de gemeenschap neemt dan af, zodat ook de niet-handelende echtgenoot er als gevolg van de inbreng in vermogen op achteruit gaat.

Hierna ga ik nader op dit vraagstuk in. Daarbij merk ik vooraf op dat de parlementaire geschiedenis geen aandacht besteedt aan de positie van de echtgenoot van de in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger. Derhalve zal ik eerst ingaan op de civielrechtelijke en vervolgens op de fiscale positie. Ik ga er hierbij vanuit dat de inbrenger bestuursbevoegd is in de zin van artikel 1:97 BW.

14.3.2.5.1 Civielrechtelijke positie

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een door de ene in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot aangegane rechtshandeling niet als zodanig met zich brengt dat de andere echtgenoot mede partij is bij deze rechtshandeling.¹¹⁰⁶ Dit brengt mijns inziens met zich dat in civielrechtelijke context ook slechts de handelende echtgenoot als inbrenger aangemerkt kan worden.

In dit verband kan voorts, met name voor de onzakelijke inbreng, een parallel

1104 Zie de beschrijving van de "grondvorm van het creëren van een afgezonderd vermogen" in Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9 – 10.

1105 Zie hiervoor nader paragraaf 14.4.2.3.3.

1106 Zie HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0937, NJ 1993/373, alsmede (in de context van artikel 10 SW) HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5651, BNB 2012/116.

getrokken worden met jurisprudentie inzake de toepassing van de legitieme portie c.q. de vraag of inbreng van een gift in de nalatenschap moet plaatsvinden: als slechts één echtgenoot een schenking verricht die in strijd komt met de legitieme portie, dient de schenking ook slechts aan deze echtgenoot toegerekend te worden, ook al heeft de schenking economisch ook gevolgen voor de andere echtgenoot. De schenking kan dan ook slechts in de nalatenschap van de schenkende echtgenoot meegenomen worden voor toepassing van de regeling inzake de legitieme portie c.q. een eventuele inbrengverplichting, en niet in beide nalatenschappen voor 50%.¹¹⁰⁷

Er is overigens wel een verschil tussen de niet-schenkende echtgenoot en de niet-inbrengende echtgenoot in termen van bescherming tegen de schenking respectievelijk inbreng: in geval van schenking dient de echtgenoot toestemming te verlenen voor de schenking als bedoeld in artikel 1:88 BW. Indien de toestemming niet verleend is, is de schenking op grond van artikel 1:89 BW vernietigbaar. De inbrenghandeling is echter, ook indien het APV geen andere tegenprestatie verricht dan het op zich nemen van de verplichting tot het doen van uitkeringen, naar mijn mening geen gift,¹¹⁰⁸ hetgeen met zich brengt dat artikel 1:88 BW in beginsel niet van toepassing is op de inbreng. Dit verschil in bescherming is overigens mijns inziens geen reden om de andere echtgenoot dan mede als inbrenger te beschouwen, ook niet als de echtgenoot wel (zinledige) toestemming voor de inbreng verleent. Dit doet er niet aan af dat slechts één echtgenoot de inbrenghandeling verricht.

Kortom, in civielrechtelijke context kan slechts de inbrengende echtgenoot als inbrenger aangemerkt worden en niet tevens de andere echtgenoot.

14.3.2.5.2 Fiscale positie

De heersende leer is dat in het fiscale recht wordt aangesloten bij civielrechtelijke begrippen, tenzij doel en strekking van het belastingrecht een afwijkende betekenis rechtvaardigen, al dan niet op grond van een wettelijke bepaling.¹¹⁰⁹ Bij de bepaling wie de inbrenger is dient bij ontbreken van een andersluidende bepaling in de fiscale wetgeving, mijns inziens dan ook de civielrechtelijke interpretatie gevolgd te worden.¹¹¹⁰ Voor de beoordeling of van een fiscale definitie sprake is, dient gekeken te worden naar

¹¹⁰⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8057, rechtbank Midden-Nederland 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5764 en rechtbank Den Haag 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11889.

¹¹⁰⁸ Omdat het APV niet verrijkt wordt, aangezien het economische belang bij het ingebrachte vermogen geheel bij de groep van begunstigden berust, zie paragraaf 8.6.

¹¹⁰⁹ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 2.1.

¹¹¹⁰ Het begrip "afzonderen" kent geen civielrechtelijke definitie. Gezien de invulling die in artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling IB 2001 aan dit begrip gegeven wordt, gaat het echter om een rechtshandeling of samenstel van rechtshandelingen waar de inbrenger (naast het APV) partij bij is en waarbij een of meer goederen aan het APV vervreemd worden. Het civiele recht geeft wel invulling aan het begrip rechtshandeling en wie daarbij partij kunnen zijn en daarmee naar mijn mening ook aan het begrip afzonderen.

de Wet IB 2001: APV-regeling vindt zijn grondslag in de Wet IB 2001, zodat de fiscale behandeling van in gemeenschap gehuwde echtgenoten onder deze wet naar mijn mening leidend is voor de beoordeling welke echtgenoot als inbrenger aangemerkt kan worden.

Voor toepassing van de Wet IB 2001 is de bestuursregeling in beginsel doorslaggevend voor de bepaling bij welke echtgenoot inkomen in aanmerking genomen wordt, tenzij anders bepaald.¹¹¹¹ In dit verband zij bijvoorbeeld gewezen op HR 15 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BH9198, BNB 2010/100, waarin de Hoge Raad (met betrekking tot een tbs-vordering) besliste dat in de relatie tussen schuldenaar en schuldeiser de echtgenoot/schuldeiser degene is die het resultaat uit de geldlening geniet. Dit doortrekkend naar de APV-regeling zou voor het bepalen van de inbrenger ook gekeken moeten worden naar welke echtgenoot een relatie met het APV heeft en slechts die echtgenoot als inbrenger aangemerkt moeten worden.¹¹¹²

In andere context, die van de Successiewet, is er een besluit¹¹¹³ dat ingaat op de gevolgen van de in gemeenschap gehuwde schenker voor de toepassing van de tienjaarsfictie van artikel 3 SW. Hierin wordt allereerst opgemerkt dat, gezien artikel 26 SW, partners voor de berekening van de schenkbelasting als één persoon worden aangemerkt, zodat een schenking door één partner behandeld wordt als een schenking door beide partners. Artikel 3 SW is dan volgens de staatssecretaris van toepassing indien de schenking binnen de tienjaarsperiode plaatsvindt en één van beide partners de Nederlandse nationaliteit heeft. Omstandigheden of al dan niet toestemming van de niet-schenkende echtgenoot is verleend voor de schenking of wie het bestuur van het geschonken goed had zijn in de ogen van de staatssecretaris niet relevant. Vervolgens wordt in het besluit ingegaan op de in gemeenschap gehuwde schenker en wordt in dit verband aangegeven dat indien slechts één echtgenoot de Nederlandse nationaliteit heeft, deze echtgenoot gezien wordt als de schenker van de helft van de totale schenking en slechts op die helft artikel 3 lid 1 SW van toepassing is. De staatssecretaris beschouwt derhalve de echtgenoten in deze context ieder als schenker van 50% van de totale schenking. Dit besluit kan wellicht een indicatie geven van de wijze waarop de staatssecretaris de inbreng door de in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger zou beschouwen, althans in geval van een onzakelijke inbreng, te weten als een inbreng door beide echtgenoten.¹¹¹⁴

1111 Zie F.B. van Gelderen en T.C. Hoogwout, De in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger bij een APV, FTV 2013/3, paragraaf 3.1, alsmede de daar aangehaalde jurisprudentie.

1112 In vergelijkbare zin Van Gelderen en Hoogwout, FTV 2013, paragraaf 3.1.

1113 Besluit van 15 oktober 2014, nr. BLKB2013/1870M, punt 12.

1114 Deze opvatting van de staatssecretaris is bekritiseerd door Van Gelderen en Hoogwout, die opmerken dat een wettelijke basis voor het standpunt in (de voorloper van) het besluit lijkt te ontbreken, alsmede dat het ook in deze context slechts de handelende echtgenoot is die schenkt (FTV 2013/3, paragraaf 3.2). Zie voorts T.C. Hoogwout, Toerekening schenking wanneer schenker is gehuwd in gemeenschap van goederen, FTV 2016/2, paragraaf 4.

Een vergelijkbare benadering wordt gevolgd door rechtbank Zeeland-West-Brabant in zijn uitspraak van 30 januari 2020, betreffende de vraag in hoeverre een gift van een in gemeenschap gehuwde schenker voor de toepassing van artikel 12 SW ter zake van het overlijden van de andere echtgenoot in aanmerking genomen zou moeten worden.¹¹¹⁵ De rechtbank oordeelt dat de gift voor de helft toerekenbaar is aan de niet-schenkende echtgenoot, waarbij ook de bevoordelingsbedoeling bij deze echtgenoot aanwezig wordt geacht. De omstandigheid dat de niet-schenkende echtgenoot wellicht niet op de hoogte was van de giften, doet er in de ogen van de rechtbank niet aan af dat de giften voor 50% aan haar toegerekend dienen te werken, evenals de omstandigheid dat voor de regeling van de legitieme portie wordt aangesloten bij de formele tenaamstelling van de gift.¹¹¹⁶

De hiervoor weergegeven benadering dient naar mijn mening echter niet doorgetrokken te worden naar de afzondering van vermogen in een APV. Allereerst gaat het bij de APV-regeling om een andere heffing, aangezien de definitie van het APV is neergelegd in de Wet IB 2001. Zoals hiervoor aangegeven is de bestuursregeling in deze context in beginsel doorslaggevend. Daarnaast vormt de inbrenghandeling naar mijn mening geen gift,¹¹¹⁷ zodat toepassing van deze benadering ook om die reden mank gaat. Ten slotte blijft het mijns inziens zo dat bij gebrek aan andersluidende bepaling de civielrechtelijke kwalificatie van de inbrenghandeling doorslaggevend is, waarbij de afzondering als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001 aanknoopt bij degene die handelt, oftewel slechts de inbrenger en niet de echtgenoot.¹¹¹⁸

Ten slotte zie ik in geval van een zakelijke inbreng, nog los van de voorgaande overwegingen, geen reden om deze inbreng mede aan de andere echtgenoot toe te rekenen. De inbreng heeft in dit geval geen invloed op de vermogenspositie van de echtgenoot, zodat er geen aanknopingspunt is om deze als mede-inbrenger te beschouwen, gelijk er bij andere transacties onder zakelijke condities, zoals de

1115 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:404, FED 2020/68.

1116 Ik heb moeite met deze uitkomst. Het uitgangspunt van de Successiewet, getuige ook de aansluiting bij het civielrechtelijke giftbegrip in artikel 1 lid 7 SW, is het civiele recht en vanuit civielrechtelijk perspectief is slechts de handelende echtgenoot de schenker. Voorts zou ik menen dat om een gift door de niet-handelende echtgenoot in aanmerking te kunnen nemen, ten aanzien van deze echtgenoot zelfstandig aan de criteria aan een gift, zijnde verarming, verrijking en liberaliteit, voldaan moet zijn. Het aannemen van liberaliteit op basis van de bevoordelingsbedoeling bij de handelende echtgenoot, ook in de situatie dat de niet-handelende echtgenoot niet op de hoogte was van de schenkingen, is naar mijn mening dan ook een stap te ver. Deze aanname van liberaliteit staat daarbij op gespannen voet met de mogelijkheid tot de vernietiging van giften op grond van artikel 1:89 BW, indien niet-handelende echtgenoot geen toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW heeft verleend voor het doen van de gift.

1117 Zie paragraaf 8.6.1.

1118 In dit verband zij ook verwezen naar het hiervoor aangehaalde arrest HR 20 januari 2012, BNB 2012/116, waarin de inspecteur tevens betoogde dat voor de interpretatie van het begrip "partij" afgeweken zou moeten worden van de civielrechtelijke maatstaven, maar de Hoge Raad oordeelt dat voor een eigen uitleg van dit begrip in artikel 10 SW geen plaats is. Nu artikel 2.14a Wet IB 2001, evenals artikel 10 SW, geen bepaling bevat die wijst op een eigen, van het civiele recht afwijkende, invulling van het begrip "afzonderen", zie ik niet in waarom bij deze bepaling wel afgeweken zou moeten worden van de civielrechtelijke kwalificatie.

verkoop van een goed aan een derde, geen reden is om de echtgenoot mede als verkoper te beschouwen. De inbreng heeft echter wel gevolgen voor de echtgenoot indien de inbreng onder onzakelijke condities geschiedt, aangezien de omvang van de huwelijksgemeenschap dan door de inbreng afneemt. Dit maakt mijns inziens de conclusie echter niet anders: slechts de inbrenger is degene die de rechtshandeling die tot de inbreng leidt verricht en slechts hij dient daarom als inbrenger te worden aangemerkt. Een andere benadering zou bovendien tot gevolg hebben dat bij een zakelijke en een onzakelijke inbreng verschillende benaderingen worden gehanteerd: indien de inbreng zakelijk is en geen invloed heeft op de omvang van de gemeenschap heeft de inbrenger als enige als zodanig te gelden, maar zodra de inbreng onzakelijk wordt, moet deze ineens voor de helft toegerekend worden aan de echtgenoot. Dit is mijns inziens niet consistent; steeds uitgaan van de handelende echtgenoot is dat wel. Ten slotte is goed mogelijk dat de echtgenoot geheel niet op de hoogte is van de inbreng. Het is wat merkwaardig om deze dan toch mede aan de echtgenoot toe te rekenen en daar fiscale gevolgen aan te verbinden.

Samenvattend dient in geval van een huwelijksgemeenschap derhalve slechts de inbrengende echtgenoot als inbrenger aangemerkt te worden en niet tevens de niet-handelende echtgenoot.

14.3.2.5.3 Vermogensverschuiving door de inbreng

De omstandigheid dat bij een gemeenschap van goederen slechts de inbrengende echtgenoot als inbrenger aangemerkt moet worden, leidt ertoe dat in fiscale zin een vermogensverschuiving tussen de echtgenoten optreedt.

Voorbeeld: vermogensverschuiving door inbreng

Inbrenger X en zijn echtgenoot Y zijn gehuwd in gemeenschap van goederen. Tot het gemeenschapsvermogen behoort een aanmerkelijkbelangpakket met een waarde in het economische verkeer van € 6 miljoen en een verkrijgingsprijs van nihil. De aandelen staan op naam van X. X stelt APV Z in en draagt de aanmerkelijkbelangaandelen om niet over aan het APV. Aangezien X (bevoegdelijk) alleen handelt, wordt slechts hij en niet mede Y als inbrenger aangemerkt.

Voorafgaand aan de inbreng werden X en Y beiden als aanmerkelijkbelanghouder aangemerkt en kwam in economische zin de helft van dit pakket aan ieder van hen toe. Na de inbreng wordt het aanmerkelijkbelangpakket echter volledig aan X toegerekend, als inbrenger in APV Z. Y heeft dan niet langer als aanmerkelijkbelanghouder te

gelden, zodat in fiscale zin¹¹¹⁹ sprake is van een vermogensverschuiving van X naar Y. Deze verschuiving roept een tweetal vragen op naar de fiscale consequenties:

- (a) Voorafgaand aan de inbreng was Y aanmerkelijkbelanghouder en daarna is zij dat niet meer, omdat het gehele aanmerkelijk belang aan X wordt toegerekend. Dit geeft aanleiding tot de vraag of bij Y sprake is van een belastbare vervreemding. Van een daadwerkelijke vervreemding is naar mijn mening gezien het in de jurisprudentie ontwikkelde vervreemdingsbegrip¹¹²⁰ geen sprake, aangezien Y zelf geen handeling verricht die haar aandelen in het vermogen van X doet overgaan. Ook is in beginsel geen sprake van een zodanig aan haar toe te rekenen rechtshandeling, zij het dat dit laatste wellicht anders wordt indien Y betrokken is bij of toestemming geeft voor de inbreng door X.

Wel is echter sprake van een fictieve vervreemding in de zin van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001, aangezien Y na de inbreng niet langer een aanmerkelijk belang heeft. Dat betekent dat, ook als zij geheel niet betrokken is bij de inbreng van de aandelen in het APV, zij geacht wordt haar aanmerkelijkbelangaandelen te vervreemden en dat zij ter zake daarvan een belastbare vervreemdingswinst realiseert van in casu € 3 miljoen.¹¹²¹

- (b) Naast de eventuele inkomstenbelastinggevolgen rijst de vraag of de vermogensverschuiving gekwalificeerd dient te worden als een belastbare schenking van Y aan X. Dit is naar mijn mening echter niet het geval. In fiscale zin kan men weliswaar zeggen dat Y verarmt en dat X verrijkt, maar een bevoordelingsbedoeling bij Y lijkt mij moeilijker aan te nemen. Indien zij niet betrokken is bij de inbreng is hier in ieder geval geen sprake van.¹¹²² Als Y echter wel betrokken is bij de inbreng of haar toestemming daaraan geeft, valt eenvoudiger te betogen dat sprake is van een bevoordelingsbedoeling.

Het voorgaande impliceert dat het optreden als inbrenger door één echtgenoot in geval van een gemeenschap van goederen fiscale gevolgen voor de niet-handelende echtgenoot kan hebben. Dit lijkt mij onwenselijk en ook niet in lijn met de bedoeling achter de APV-regeling om het APV fiscaal te behandelen alsof geen inbreng had plaatsgevonden. In zoverre kan ik het pleidooi van Van Gelderen en Hoogwout om uit te gaan van een economische benadering derhalve onderschrijven. Wel lijkt mij daar

1119 In civielrechtelijke zin zijn zowel X als Y niet langer gerechtigd tot de aandelen, zodat een verschuiving tussen hen beiden zich in deze context niet voordoet.

1120 Zie hiervoor paragraaf 13.4.1.2.2.

1121 Een vergelijkbaar effect doet zich voor bij ander vermogen waarbij een vervreemdingswinst belast is, zoals ter beschikking gesteld vermogen, maar uiteraard niet bij box 3-vermogen.

1122 Zoals hiervoor aangegeven is naar mijn mening bij de inbreng geen sprake van een schenking, omdat het APV niet verrijkt wordt. Dat maakt dat de inbrenghandeling ook niet vernietigbaar is op grond van artikel 1:88 BW, zodat ook niet gezegd kan worden dat een bevoordelingsbedoeling van Y zich uit in de omstandigheid dat zij de inbrenghandeling niet vernietigt.

voor dit resultaat een wijziging van artikel 2.14a Wet IB 2001 nodig is, die voorziet in de positie van de in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger.

Uitgaand van die situatie dat slechts de inbrengende echtgenoot de inbrenger is, kan men voornoemde gevolgen overigens ook eenvoudig voorkomen door beide echtgenoten als inbrenger te laten optreden, zodat hun vermogenspositie voor en na de inbreng gelijk is. Wel leidt dit ertoe dat de problematiek die speelt in geval van meerdere inbrengers¹¹²³ een rol gaat spelen. Om dat te ondervangen zou gewerkt kunnen worden met één APV per echtgenoot, waarbij ieder 50% van het in te brengen vermogen inbrengt in zijn “eigen” APV. Een alternatieve benadering is om eerst privévermogens van de echtgenoten te creëren door middel van een wijziging van het huwelijksgoederenregime en dan de inbreng te laten plaatsvinden vanuit het privévermogen, al dan niet door beide echtgenoten.¹¹²⁴

14.3.2.6 Meerdere inbrengers

In de voorgaande paragrafen ben ik steeds ervan uitgegaan dat er slechts één persoon is die vermogen heeft ingebracht in het APV. Het is echter mogelijk dat meerdere personen vermogen in hetzelfde APV inbrengen, gelijktijdig (bijvoorbeeld ook bij vermogen dat in een gemeenschap van goederen valt) of na elkaar. In deze paragraaf ga ik in op de fiscale gevolgen van de situatie waarin er meerdere inbrengers zijn.

Uitgangspunt van de wetgever is gemeenschappelijke “eigendom” van het APV-vermogen: indien twee personen vermogen hebben ingebracht in een APV dat (op enig moment) drie panden bezit, worden de twee inbrengers voor inkomstenbelastingdoeleinden geacht ieder voor de helft eigenaar te zijn van elk van deze drie panden.¹¹²⁵ Er wordt derhalve niet gekeken naar wie van de inbrengers welk vermogensbestanddeel heeft ingebracht, om dit vervolgens als basis voor de toerekening te gebruiken. De gemeenschappelijkheid van het APV-vermogen brengt met zich dat bij de inbreng sprake kan zijn van een belaste vervreemding,¹¹²⁶ hetgeen geïllustreerd kan worden aan de hand van het volgende voorbeeld:

1123 Zie paragrafen 14.3.2.6, 14.3.3.2 en 14.4.2.3. In dit geval speelt voorts dat een uitkering uit het APV aan de niet-inbrengende echtgenoot volledig gezien wordt als een schenking van de inbrengende echtgenoot en als zodanig belast is, terwijl dit vermogen in economische zin voor 50% van de niet-inbrengende echtgenoot afkomstig is.

1124 Deze benadering zou overigens ook effectief zijn indien de echtgenoot, met wie de (handelende) inbrenger in gemeenschap van goederen gehuwd is, wel als mede-inbrenger aangemerkt zou moeten worden.

1125 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3 pagina 53.

1126 Algemeen wordt althans aangenomen dat sprake is van een vervreemding, zie tevens de hierna aangehaalde parlementaire geschiedenis. In geval van aanmerkelijkbelangaandelen zou men daar tegenin kunnen brengen dat civielrechtelijk geen sprake is van een vervreemding en dat in deze situatie ook geen fictie van toepassing is (aangezien een deel van de aandelen toegerekend blijft aan degene die deze heeft ingebracht, is de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 niet van toepassing). Weliswaar wordt in fiscale zin een deel van de gerechtigdheid tot een goed geacht over te gaan, maar

Voorbeeld: gelijktijdige inbreng

A en B brengen gelijktijdig vermogen in een APV in. A brengt 100% van de aandelen in X BV in, ter waarde van € 1.000.000 (verkrijgingsprijs € 100.000) en een tbs-vordering op X BV met een waarde van € 200.000. B brengt € 300.000 in contanten in.

De inbreng betekent dat A 20% van zijn aanmerkelijk belang vervreemdt aan B en derhalve over € 180.000 ($20\% * (€ 1.000.000^{1127} - € 100.000)$) box 2-heffing verschuldigd is. Daarnaast vervreemdt hij 20% van zijn tbs-vordering, hetgeen tot additionele heffing kan leiden. B verkrijgt een aanmerkelijk belang met een verkrijgingsprijs van € 200.000 en een tbs-vordering van € 40.000.¹¹²⁸ Dit effect kan onredelijk uitwerken voor A, die immers niet daadwerkelijk een (aanmerkelijkbelang)winst realiseert en dus geen middelen ontvangt waarmee hij de verschuldigde belasting kan betalen.

Artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001 bepaalt welke waarden in aanmerking genomen moeten worden bij het bepalen van de aandelen van de inbrengers in de “gemeenschappelijke” eigendommen. Dit wordt beoordeeld aan de hand van de waarde van ieders inbreng op het moment van de afzondering van het desbetreffende vermogen. Als de afzondering door de verschillende inbrengers niet op hetzelfde moment plaatsvindt, wordt op het moment van de latere inbreng de waarde van het dan afgezonderde vermogen vergeleken met de waarde van het vermogen dat het APV reeds bezit.¹¹²⁹

Voorbeeld: opeenvolgende inbreng

C heeft in 2011 100% van de aandelen Y BV ingebracht in een APV. De aandelen waren op dit moment € 1.000.000 waard. In 2013 brengt D eveneens vermogen in het APV in, te weten een bedrag aan contanten van € 500.000. De aandelen in Y BV zijn dan € 1.500.000 waard. Het effect van de inbreng door D is dat C geacht wordt 25% van zijn aanmerkelijk belang in Y BV aan D te vervreemden, zodat hij hierover moet afrekenen. D verkrijgt

daar hoeft degene die het desbetreffende vermogen heeft ingebracht echter niet bij betrokken te zijn geweest of mee in te stemmen. Doorgaans zal in elk geval dat laatste zich overigens wel voordoen. Bij het ontbreken van enige betrokkenheid aan de zijde van degene die het vermogen heeft ingebracht kan men zich echter afvragen in hoeverre sprake kan zijn van een aan deze persoon toerekenbare vervreemdingshandeling (vergelijk het criterium dat de Hoge Raad hanteert voor de vervreemding van tot een aanmerkelijk belang behorende rechten, zie paragraaf 13.4.1.2.2). Voor een werkbare toepassing van de APV-regeling lijkt het in aanmerking nemen van een vervreemding mij overigens geen onredelijk uitgangspunt.

1127 Vanwege het ontbreken van een tegenprestatie wordt de overdrachtprijs gesteld op de waarde van de aandelen in het economische verkeer (artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001).

1128 Zie tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, wetsvoorstel 31 930, nr. 3, pagina 53.

1129 Dit laatste volgt overigens niet met zoveel woorden uit de tekst van artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001, maar wel uit een in de toelichting op deze bepaling opgenomen voorbeeld (zie Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009). Vergelijk tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 52.

een aanmerkelijk belang met een verkrijgingsprijs van € 375.000. Na de inbreng door D zijn C en D in de verhouding 3:1 fiscaal “eigenaar” van alle vermogensbestanddelen van het APV.

Artikel 4a lid 3 Uitvoeringsregeling bevat in aanvulling op het voorgaande een regeling voor de situatie waarin niet (meer) te achterhalen is wie van de inbrengers welk vermogen heeft afgezonderd. In dat geval vindt de toerekening plaats naar rato van het aantal personen dat vermogen heeft afgezonderd in het desbetreffende APV. In paragraaf 14.3.3.2 ga ik in op het APV met meerdere inbrengers dat een uitkering doet.

Van belang is evenwel om op te merken dat in deze voorbeelden sprake is van twee inbrengers die beide geen directe tegenprestatie van het APV bedingen; in ruil voor de inbreng heeft het APV slechts in enige vorm¹¹³⁰ de verplichting om op discretionaire basis uitkeringen te doen aan de begunstigden. Indien sprake is van een verkoop van een goed aan het APV onder zakelijke condities, die tegelijkertijd als inbreng kwalificeert, is de vraag hoe dit van invloed is op de toerekening.

Voorbeeld: inbreng tegen waarde in het economische verkeer

E brengt in 2016 100% van de aandelen Z BV in een APV in. Deze aandelen hebben een waarde van € 1.200.000. Op dezelfde dag verkoopt de broer van E, F, zijn aandelen in Q BV aan het APV voor de waarde in het economische verkeer van € 600.000. Zowel E als F hebben een verkrijgingsprijs van nihil. Het APV streeft de belangen na van de afstammelingen van de vader van E en F.

De vraag is welk procentuele aandeel in het APV-vermogen na deze transacties aan F wordt toegerekend. De omvang van dit aandeel hangt af van het al dan niet rekening houden met de koopsom die het APV betaalt voor de aandelen van F:

- Indien rekening gehouden wordt met deze koopsom, dan heeft de inbreng door F per saldo een waarde van nihil. Daarmee wordt 100% van het APV-vermogen toegerekend aan E. F kwalificeert op grond van artikel 2.14a lid 3 sub b Wet IB 2001 dan weliswaar formeel als inbrenger, maar dit leidt in casu niet tot de toerekening van vermogen.
- De koopsom wordt genegeerd en er wordt uitgegaan van een inbreng door F van € 600.000. Daarmee heeft F $\frac{1}{3}$ van de totale waarde van het APV-vermogen ingebracht. Voor dit deel wordt hij dan voor de inkomstenbelasting geacht aandeelhouder te zijn van zowel Z BV als Q BV. In dit geval leiden de transacties

1130 De rechtsvorm van het APV is van invloed op de grondslag voor het doen van uitkeringen.

tot een belaste vervreemding van een deel van zijn aanmerkelijk belang door E aan F en vice versa. Beiden realiseren een winst van € 400.000.

In dit geval rijst tevens de vraag of sprake is van een schenking door E aan F, aangezien F in fiscale context verrijkt: in heeft de koopsom van € 600.000 ontvangen, maar krijgt ook aandelen van deze waarde toegerekend op grond van de APV-regeling. E is dienovereenkomstig verarmd. Gezien de wijze waarop de Hoge Raad de tevens vereiste bevoordelingsbedoeling geobjectiveerd heeft¹¹³¹ en in aanmerking nemend dat F zijn aandelen verkocht heeft aan het APV en daarmee de transacties gewild heeft, lijkt ook deze bevoordelingsbedoeling aan te nemen. Daarmee zou sprake zijn van een schenking en van de verschuldigdheid van schenkbelasting.

Mede gezien dit laatste, toch wat ongerijmde, effect is naar mijn mening de interpretatie waarbij wel rekening wordt gehouden met de koopsom de juiste. Dit doet recht aan de economische realiteit en deze benadering is ook beter toepasbaar in geval van een verkoop tegen een te lage prijs, bijvoorbeeld indien F niet € 600.000, maar slechts € 400.000 zou ontvangen voor zijn aandelen. Desalniettemin lijkt de regeling van artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001 uit te gaan van de situatie waarin sprake is van een inbreng om niet, althans tegen een prijs die onder de waarde in het economische verkeer ligt. De toelichting bij deze bepaling gaat niet in op de mogelijkheid van een koopsom of andere tegenprestatie waar rekening mee gehouden zou moeten worden. De tekst van artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001 spreekt van de waarde van hetgeen is afgezonderd in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001, waaronder ook de inbreng onder zakelijke voorwaarden begrepen is, hetgeen een argument kan zijn voor de stelling dat de tegenprestatie genegeerd zou moeten worden. Desalniettemin brengt een redelijke wetstoepassing met zich dat hiermee wel rekening gehouden moet worden.

Dat de consequentie van deze interpretatie is dat er een inbrenger is aan wie geen vermogen wordt toegerekend, is in het licht van de bedoeling van de APV-regeling wellicht merkwaardig, maar dit lijkt mij geen groot bezwaar. Om een voorbeeld te geven: stel dat een vader een goed met een lage waarde, maar een groot potentieel voor waardestijging, tegen de waarde in het economische verkeer verkoopt aan een APV ingesteld door zijn kind. Indien het APV-vermogen volledig wordt toegerekend aan het kind, komt de waardestijging van het goed ook volledig aan het kind toe. Aangezien dat ook het geval zou zijn bij een rechtstreekse verkoop van vader aan kind, zonder tussenkomst van het APV, is er mijns inziens geen reden om vader wel in de heffing te willen betrekken in de situatie dat er een APV bij de transactie betrokken is.

1131 Zie paragraaf 8.6.1.

14.3.3 Toerekening van APV-vermogen

Hieronder zal ik ingaan op de wijze waarop vermogen dat is ingebracht in een APV wordt toegerekend¹¹³² voor inkomstenbelastingdoeleinden. Hierbij zal ik eerst ingaan op de situatie waarin sprake is van één inbrenger en vervolgens bespreken wat de fiscale gevolgen zijn indien sprake is van meerdere inbrengers.

14.3.3.1 Toerekening aan de inbrenger

Indien sprake is van een APV, worden de bezittingen en schulden, alsmede de opbrengsten en uitgaven,¹¹³³ van het APV voor inkomstenbelastingdoeleinden in eerste instantie toegerekend aan degene die dit vermogen heeft ingebracht/afgezonderd.¹¹³⁴ Hierbij wordt geen waardedrukkend effect als gevolg van de inbreng in het APV in aanmerking genomen: artikel 4a lid 5 Uitvoeringsregeling IB 2001 bepaalt dat bezittingen en schulden van het APV in aanmerking worden genomen naar de waarde in het economische verkeer die zou gelden als de bezittingen en schulden deel zouden uitmaken van het vermogen van degene aan wie deze worden toegerekend. In de toelichting bij de bepaling is voorts opgemerkt dat deze onder meer ziet op het als een eenheid in aanmerking nemen in het vermogen van degene aan wie wordt toegerekend. Het splitsen van bijvoorbeeld een kunstcollectie tussen deels zelf behouden eigendom en deels inbreng in een APV heeft voor de waardering derhalve geen effect; de collectie dient op grond van deze bepaling nog steeds als een geheel te worden gewaardeerd.

Het toegerekende vermogen zal doorgaans worden belast in box 3 of eventueel in box 2. Hoewel het niet is uitgesloten dat bijvoorbeeld het vermogen van een IB-onderneming, resultaatsvermogen of een eigen woning wordt ingebracht in een APV, lijkt het niet bijzonder waarschijnlijk dat dit gebeurt.

De toerekening geldt voor alle bepalingen van de Wet IB 2001 en de daarop berustende bepalingen. Dit betekent dat faciliteiten, zoals de doorschuiffaciliteiten voor het aanmerkelijk belang van artikel 4.17 tot en met 4.17c Wet IB 2001,¹¹³⁵ maar bijvoorbeeld ook de toerekening tussen partners van artikel 2.17 Wet IB 2001 onverkort toegepast

1132 Een vraag is of toepassing van de APV-regeling leidt tot toerekening dan wel fiscale transparantie. Mijns inziens is sprake van toerekening, met dien verstande dat volledige duidelijkheid op dit punt niet bestaat. Voor een nadere toelichting zij verwezen naar paragraaf 14.3.9.

1133 Gemakshalve zal ik in principe slechts spreken van het vermogen van het APV of eventueel de inkomsten/winst van het APV, tenzij het onderscheid van belang is.

1134 Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001.

1135 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 en 59, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 46.

Strikt genomen is overigens noch sprake van een overgang krachtens erfrecht als bedoeld in zowel artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001 als artikel 4.17a Wet IB 2001 (in vergelijkbare zin zie T.C. Hoogwout en W. Verstijnen, Toerekening van afgezonderd particulier vermogen in en erf- en schenkbelasting, FTV 2013/46, pagina 9). Wel kan zich bij de inbrenger een vervreemding voordoen als bedoeld in artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001. Een redelijke wetstoepassing, alsmede hetgeen hierover is opgemerkt

kunnen worden met betrekking tot toegerekend APV-vermogen.¹¹³⁶ Dit werkt uiteraard ook door naar bepalingen in andere wetten waarin verwezen wordt naar bepalingen van de Wet IB 2001, zoals de in artikel 12a Wet LB neergelegde gebruikelijkloonregeling¹¹³⁷. Zelfs als de aanmerkelijkbelangaandelen zijn ingebracht in een APV kunnen dergelijke regelingen nog van toepassing zijn. Dit laatste geldt overigens niet voor zover sprake is van een belaste onderneming op het niveau van het APV, aangezien dan een uitzondering op de toerekening wordt gemaakt.¹¹³⁸ Tot slot merk ik op dat de toerekening niet alleen geldt voor het vermogen dat is ingebracht, maar ook voor vermogensbestanddelen die door het APV zijn aangekocht, al dan niet met behulp van een geldlening.¹¹³⁹

14.3.3.2 Meerdere inbrengers

De invloed van het concept van gemeenschappelijke “eigendom” van het APV-vermogen is uiteraard niet beperkt tot het moment van inbreng. Ook op het moment dat een uitkering gedaan wordt kan sprake zijn van een belaste “vervreemding” van vermogen. De heffing van inkomstenbelasting ter zake van een uitkering kan zich daarbij niet alleen voordoen in een geval met meerdere inbrengers, maar ook in de veel vaker voorkomende situatie waarin de inbrenger overleden is en het vermogen toegerekend wordt aan diens erfgenamen. Aan hen wordt eveneens toegerekend op basis van gemeenschappelijke “eigendom” van het APV-vermogen.¹¹⁴⁰

Voorbeeld: uitkering uit het APV

C en D hebben vermogen ingebracht in een APV, zoals hiervoor in paragraaf 14.3.2.6 beschreven. Vervolgens besluit het bestuur van het APV 25% van de aandelen uit te keren en terug over te dragen aan C. De waarde van het volledige belang is op dit moment € 2.000.000. De vraag is dan hoe de uitkering toegerekend dient te worden aan de “aandelen” van C en D in het APV-vermogen. Een mogelijkheid is dat aangesloten wordt bij het uitgangspunt van uitkering uit het eigen “aandeel” van C, zodat hij geacht

in de parlementaire geschiedenis, brengen naar mijn mening evenwel met zich dat de faciliteit in voorkomend geval toegepast moet kunnen worden.

1136 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 50. Dit wordt ook onderstreept door de uitspraak van rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 maart 2018, ECLI:NL:RBZW:B:2018:1776, waarin de inspecteur op grond van artikel 2.17 Wet IB 2001 vermogen aan de partner van de vermeende inbrenger wilde toerekenen. De rechtbank kwam niet tot toerekenen omdat haars inziens geen sprake was van een fiscaal partnerschap, maar zij lijkt de mogelijkheid van toerekening aan de partner op deze basis te aanvaarden. Toerekening op grond van artikel 2.17 Wet IB 2001 is ook aan de orde in twee uitspraken betreffende fiscale partners van hof Den Haag van 19 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1743 en ECLI:NL:GHDHA:2019:1744.

1137 Zie rechtbank Noord-Holland 25 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1176 (hoger beroep hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:915, V-N 2016/28.13, waarbij het hof op een andere grond vaststelt dat sprake is van een aanmerkelijk belang).

1138 Zie paragraaf 14.3.4 voor een analyse van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001.

1139 Zie nader paragraaf 14.3.2.

1140 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 53.

wordt zijn eigen aandelen te krijgen, zodat van de resterende 75% van de aandelen Y BV die het APV daarna houdt 25% geacht wordt “eigendom” van D te zijn, terwijl 50% “eigendom” is van C.

Dit laatste verhoudt zich echter slecht met een consequente toepassing van de gedachte van gezamenlijke “eigendom”, zodat het mij als juist voorkomt om slechts driekwart van de uitkering aan C te beschouwen als afkomstig uit het “aandeel” van C en het resterende kwart als afkomstig uit het “aandeel” van D. Deze interpretatie brengt met zich dat D geacht wordt een aandelenbelang van 6,25% in Y BV aan C te vervreemden. D is ter zake hiervan inkomstenbelasting verschuldigd over een vervreemdingsvoordeel van € 31.250¹¹⁴¹, overigens zonder dat hij middelen ontvangt om deze belasting mee te betalen. Het uitgangspunt van gezamenlijke “eigendom” brengt dus met zich dat niet alleen belasting verschuldigd kan zijn op het moment van de inbreng van het aanmerkelijk belang, maar ook weer op het moment dat aandelen uitgekeerd worden.

Mijns inziens is dit effect niet redelijk, omdat niet daadwerkelijk gerealiseerd wordt. Bovendien is de vraag in hoeverre het concept van gemeenschappelijke “eigendom” past bij de achtergrond van de APV-regeling, waarbij geprobeerd wordt om zo veel mogelijk de situatie te benaderen waarbij geen inbreng heeft plaatsgevonden. Het past mijns inziens beter bij deze achtergrond om bij een inbreng door meerdere personen in één APV niet uit te gaan van gemeenschappelijke “eigendom”, maar aan iedere inbrenger zijn eigen inbreng toe te rekenen. Ten slotte staat dit concept op gespannen voet met een in de parlementaire geschiedenis genoemde mogelijkheid voor de inbrenger of diens erfgenamen om zonder heffing van schenkbelasting hun “aandeel” uit het APV te ontvangen (zie paragraaf 14.4.2.3.2). In paragraaf 15.5 onderzoek ik daarom de mogelijkheden om dit concept los te laten en te vervangen voor toerekening op basis van “aandelen”. Dit laatste is uiteraard alleen mogelijk indien het APV een gedegen administratie bijhoudt.

14.3.3.3 Onbekende inbrenger

Artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 kent een bijzondere regeling voor de situatie waarin de inbrenger, diens fiscale partner, noch diens erfgenamen te bepalen zijn. In dat geval vindt toerekening plaats aan degene die rechtens dan wel in feite, direct of indirect begunstigde van het APV is. Als er meer begunstigden zijn, vindt de toerekening plaats naar rato van de mate van begunstiging. In de parlementaire geschiedenis wordt in dit verband het voorbeeld gegeven van een man die een buitenechtelijk kind heeft verwekt en een APV opricht om het kind niet onverzorgd achter te laten.¹¹⁴²

De toepassing van deze bepaling in de praktijk is onduidelijk, aangezien de toerekening

¹¹⁴¹ De overdrachtsprijs bedraagt € 125.000 en de verkrijgingsprijs € 93.750 (artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001).
¹¹⁴² Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 56.

aan begunstigden op problemen stuit. De APV-regeling sorteert in principe alleen effect bij een discretionaire entiteit (zie paragraaf 14.3.7) en daarbij is de mate van begunstiging juist niet te bepalen. Het is niet zeker of de begunstigden ooit iets uit het APV zullen ontvangen en zelfs niet of de samenstelling van de groep begunstigden steeds dezelfde zal blijven. Het is immers zeer wel mogelijk dat bepaalde personen in de loop der tijd als begunstigden worden geschrapt of dat juist begunstigden worden toegevoegd. De wetgever heeft dit probleem zelf ook gesignaleerd en dit mede aangegrepen als reden om niet te kiezen voor toerekening van het APV-vermogen aan de begunstigden van het APV, maar voor de huidige vormgeving van de APV-regeling.¹¹⁴³ Desondanks is deze wijze van toerekening toch voor bepaalde gevallen geïntroduceerd.

Een logische oplossing is naar mijn mening om het APV-vermogen bij gebrek aan betere methode dan maar pro rata toe te rekenen aan die personen die in een bepaald jaar als begunstigde van het APV worden aangemerkt. Op deze wijze kan rekening gehouden worden met eventuele veranderingen in de groep begunstigden¹¹⁴⁴ en zonder duidelijke aanknopingspunten lijkt een pro rata toerekening een betere, of in elk geval geen slechtere, methode dan een andere wijze van toerekening. Daarnaast sluit een pro rata berekening aan bij de tekst van artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001. Welke methode ook gekozen wordt, de toerekening blijft mijns inziens echter arbitrair en deze zal makkelijk tot onredelijke uitkomsten kunnen leiden. Dit is zeker het geval indien pro rata wordt toegerekend en een deel van de begunstigden ontvangt ook daadwerkelijk een uitkering, terwijl andere begunstigden niets ontvangen. Aanknopingspunt bij daadwerkelijke uitkeringen is door de wetgever echter afgewezen¹¹⁴⁵ en past ook niet bij de wettekst. Daarbij zij toegegeven dat een dergelijk aanknopingspunt manipulatie ook wel erg gemakkelijk maakt, door eenvoudigweg geen uitkeringen te doen, of alleen aan personen die bij toerekening niet belastingplichtig zijn in Nederland.

14.3.3.4 Rechters afdwingbare aanspraken

Indien er begunstigden zijn die rechters afdwingbare aanspraken hebben jegens het APV worden zij op grond van artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001 ter zake hiervan in de heffing van inkomstenbelasting betrokken. De aanwezigheid van dergelijke aanspraken beïnvloedt uiteraard ook de positie van de inbrenger, aangezien het APV-

¹¹⁴³ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 52 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 14, waar tevens op enkele andere praktische bezwaren van toerekening aan begunstigden wordt gewezen, zoals de omstandigheid dat begunstigden zich helemaal niet bewust hoeven zijn van het feit dat zij begunstigde zijn en uit dien hoofde belasting verschuldigd zijn, alsmede pagina 53. Zie tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 43 en bijlage 2 bij de brief van de staatssecretaris van 13 oktober 2009 (Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38).

¹¹⁴⁴ Dat rekening gehouden lijkt te moeten worden met een wijziging in de begunstigden lijkt ook aan te sluiten bij de toelichting bij de later aan artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 toegevoegde zinsnede "rechters dan wel in feite, direct of indirect" (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25).

¹¹⁴⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49.

vermogen in beginsel aan hem toegerekend wordt. Dit aspect wordt besproken in paragraaf 14.3.7, tezamen met de vraag of een niet-discretionaire entiteit überhaupt wel als APV kan kwalificeren.

Afhankelijk van de aard van de aanspraak en van het vermogen waar de aanspraak betrekking op heeft, is deze belast in box 1, 2 of 3. Er zal vermoedelijk weinig sprake zijn van heffing in box 1. Een periodieke uitkering die in rechte afgedwongen kan worden kan alleen onder artikel 3.101 lid 1 sub c Wet IB 2001 vallen en in dit kader heeft de Hoge Raad ter zake van irrevocable fixed trusts bepaald dat de uitkeringen vanuit het perspectief van de trust de tegenwaarde voor een prestatie (te weten de inbreng) vormen, zodat de uitkeringen buiten box 1 blijven.^{1146 1147} Wellicht kan echter in specifieke gevallen sprake zijn van resultaatsvermogen, bijvoorbeeld een genotsrecht op een ter beschikking gestelde onroerende zaak.¹¹⁴⁸

Een aanspraak die in box 2 valt is wel goed denkbaar. Artikel 4.3 Wet IB 2001 kent een ruime definitie van genotsrechten, en stelt degene die gerechtigd is tot de voordelen uit aandelen of winstbewijzen gelijk met de houder van het aandeel of winstbewijs en het recht met het desbetreffende aandeel of winstbewijs. Als de begunstigde een recht heeft op (een deel van) de inkomsten uit aanmerkelijkbelangaandelen zal hetgeen hij uit dit recht ontvangt dus belast zijn in box 2.¹¹⁴⁹ Daarnaast kan een afdwingbaar toekomstig recht op de onderliggende aandelen (bijvoorbeeld op uitkering van de aandelen nadat het genotsrecht van een ander geëindigd is) onder omstandigheden wellicht voldoende vergelijkbaar zijn met de bloot eigendom hiervan om in box 2 te vallen.¹¹⁵⁰

De meeste rechten zullen echter in box 3 vallen. In specifieke omstandigheden kan sprake zijn van rechten op onroerende of roerende zaken (artikel 5.3 lid 2 sub b respectievelijk d Wet IB 2001). Veelal zal de aanspraak echter een recht vormen dat niet

1146 HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18 (en BNB 2007/19) en HR 20 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY5991, BNB 2008/122.

1147 Eventueel kan sprake zijn van periodieke uitkeringen van een APV in box 1, maar alleen als deze niet rechtens afdwingbaar zijn en het APV een rechtspersoon is. Bovendien kunnen de uitkeringen naar mijn mening slechts beschouwd worden als ontvangen van het APV zelf, indien op grond van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 geen toerekening plaatsvindt. Met de aanscherping van deze toerekeningsstop per 20 september 2016 (zie nader paragraaf 14.3.4) zal deze situatie zich (nagenoeg) niet meer voordoen. Indien wel wordt toegerekend, wordt de uitkering ontvangen van degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend.

1148 Artikelen 3.91 lid 2 sub a ten 3° en 3.92 lid 2 sub a ten 3° Wet IB 2001.

1149 Boer wijst erop dat het moet gaan om *slechts* een recht op voordelen uit aanmerkelijkbelangaandelen, zodat naar de letterlijke tekst van artikel 4.3 Wet IB 2001 een meer omvattend recht (als bijvoorbeeld ook een aanspraak bestaat op een deel van het trustvermogen) niet binnen het bereik van deze bepaling komt en in box 3 valt. Hetzelfde zou beargumenteerd kunnen worden met betrekking tot een recht op meer dan alleen de voordelen uit aandelen, bijvoorbeeld bij een recht op alle inkomsten uit trustvermogen dat meer omvat dan alleen aanmerkelijkbelangaandelen (Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.2). In elk geval bij het laatste recht zou ik echter menen dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat, voor zover de inkomsten hieruit direct gekoppeld zijn aan de inkomsten uit aanmerkelijkbelangaandelen die het APV ontvangt, deze in box 2 belast worden.

1150 Vergelijk tevens Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.2).

op zaken betrekking heeft, in de zin van artikel 5.3 lid 2 sub e Wet IB 2001, zoals een recht op periodieke uitkeringen. Aan de restcategorie van artikel 5.3 lid 2 sub f Wet IB 2001, waar rechten jegens een trust naar de bedoeling van de wetgever onder zouden vallen,¹¹⁵¹ zal naar mijn mening niet snel worden toegekomen.^{1152 1153}

De aanspraak dient in beginsel gewaardeerd te worden naar de waarde in het economische verkeer, op grond van artikel 5.19 Wet IB 2001. Onder omstandigheden kunnen echter de waarderingsregels voor specifieke goederen een rol spelen bij de waardering, zoals het op artikel 5.22 Wet IB 2001 gebaseerde waarderingsvoorschrift voor genotsrechten. Daarnaast zal rekening gehouden moeten worden met waardedrukkende factoren, zoals de omstandigheid dat een uitkering uit het APV pas na een bepaalde termijn verkregen kan worden of dat hier voorwaarden aan verbonden zijn. Gezien de flexibiliteit bij de vormgeving van rechten jegens APV's (uiteraard afhankelijk van de rechtsvorm en het toepasselijke recht, maar in elk geval indien sprake is van een trust) kan de waarde van een aanspraak in een concreet geval moeilijk te bepalen zijn.¹¹⁵⁴

14.3.4 Toerekeningsstop

14.3.4.1 Algemeen

De hoofdregel bij de fiscale behandeling van een APV is de in de voorgaande paragrafen beschreven wijze van toerekening van het APV-vermogen. Er is echter een uitzondering: de zogenoemde toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Op het moment van invoering van de APV-regeling was in deze bepaling geregeld dat onder de toe te rekenen bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven, niet begrepen worden de bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven, waarvoor het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse

1151 Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 234, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 252 en Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 81, pagina 5 - 6.

1152 Evenzo Sonneveldt, dissertatie 2000, pagina 67 - 68, die opmerkt niet in te zien van het belang is van de restcategorie voor belangen bij een Anglo-Amerikaanse trust.

Boer merkt echter in dit verband terecht op dat het introduceren van een restcategorie discussie over de precieze aard van een aanspraak jegens een trust beperkt (Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.3, onder "Overige vermogensrechten").

1153 De wetgever lijkt dit overigens anders te zien, aangezien de parlementaire geschiedenis impliceert dat bij een begunstigde met een afdwingbaar recht slechts sprake kan zijn van een vermogensrecht in de zin van artikel 5.3 lid 2 sub f Wet IB 2001 of van een periodieke uitkering. Overigens is de formulering van de wetgever op dit punt mijns inziens onzuiver: gesproken wordt van toerekening van het niet-discretionaire deel aan de gerechtigde (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 51). Naar mijn mening is in dat geval echter geen sprake van toerekening van APV-vermogen, maar van het in de heffing betrekken van het afdwingbare recht als zodanig.

1154 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de knelpunten in deze context Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.3.

begrippen redelijke heffing.¹¹⁵⁵ Daarbij werd het APV geacht een onderneming te drijven met behulp van zijn gehele vermogen.

Aangezien deze regeling in de ogen van de wetgever te veel ruimte liet voor misbruik,¹¹⁵⁶ is het zevende lid met ingang van 20 september 2016, 15.15 uur, aangepast. Sindsdien wordt de toerekening van het APV-vermogen slechts doorbroken voor zover sprake is van vermogen c.q. winst behorend tot een onderneming van het APV en voor zover blijkt dat de winst van de desbetreffende onderneming in de staat of staten waar deze gedreven wordt onderworpen is aan een belasting naar de winst. Blijkens de parlementaire geschiedenis dient sprake te zijn van een actieve onderneming, in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001; bijvoorbeeld houdster- of financieringsactiviteiten volstaan niet.¹¹⁵⁷ Daarnaast is onderworpenheid van de winst voldoende; in tegenstelling tot bij de eerdere variant van de toerekeningsstop is thans het tarief niet meer van belang.¹¹⁵⁸ Gezien de eis van een onderneming zal het naar mijn mening (nagenoeg) niet meer voorkomen dat de toerekeningsstop van toepassing is.¹¹⁵⁹ Indien men ondernemingsvermogen in een APV zou willen onderbrengen, zou ik althans verwachten dat de onderneming zelf zich in een structuur met een of meer vennootschappen bevindt, waarbij de aandelen worden ingebracht in het APV.

Met het inperken van de toerekeningsstop zal zich veel sneller de situatie voordoen dat sprake is van dubbele of zelfs drievoudige heffing. Naast Nederland heft mogelijk het land waar het APV gevestigd is en/of het land waar het vermogen van het APV zich bevindt.¹¹⁶⁰ Bij een samenloop met heffing door het land waar het vermogen van het APV zich bevindt, wordt voorkoming van dubbele belasting verleend alsof inbreng in het APV niet had plaatsgevonden; voor zover in die situatie een aanspraak zou bestaan op voorkoming van dubbele belasting op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 2001, kan de inbrenger nu ook aanspraak maken op voorkoming van dubbele belasting.¹¹⁶¹ Voor het wegnemen van de samenloop met heffing door het vestigingsland van het APV is een nieuw artikel 25b Bvdb 2001 opgenomen, op grond waarvan verrekening van

1155 De helderheid van deze bepaling liet te wensen over, zie A.E. de Leeuw, Toerekening bij het afgezonderd particulier vermogen, WFR 2012/6946.

1156 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 11 – 12, alsmede de bijlage bij deze Memorie van Toelichting.

1157 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina's 13 en 46, Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 14, pagina 30 – 31 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 70, pagina 126.

Voorts worden werkzaamheden als bedoeld in artikel 4 sub b Wet Vpb (kort gezegd het verzekeren van bepaalde pensioenen) ook als onderneming in de zin van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 aangemerkt.

1158 Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 45.

1159 Dit is eveneens de verwachting van de Staatssecretaris, zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 14, pagina 28, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 79, pagina 10 – 11.

1160 Meer situaties met dubbele heffing zijn denkbaar, welke ik verder niet zal bespreken. De genoemde zullen zich met het beperken van de toerekeningsstop echter met regelmaat kunnen voordoen.

1161 Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 13.

de heffing van het APV bij de inbrenger mogelijk is.¹¹⁶² Eén vorm van dubbele heffing is echter niet geregeld: de samenloop tussen Nederlandse vennootschapsbelasting, waarvan bijvoorbeeld sprake zou kunnen zijn bij buitenlands doelvermogen dat een Nederlandse onroerende zaak bezit¹¹⁶³, en de inkomstenbelasting bij de inbrenger. Het lijkt mij redelijk dat ook in dit geval de vennootschapsbelasting bij de inbrenger verrekend kan worden met de door hem verschuldigde inkomstenbelasting, maar een regeling hiervoor bestaat vooralsnog niet.^{1164 1165} Deze samenloop kan overigens ook worden weggenomen door in artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 te bepalen dat onder een onderneming mede begrepen worden de activiteiten die op grond van artikel 17a Wet Vpb tot een Nederlandse onderneming worden gerekend. Deze benadering heeft het voordeel van eenvoud, maar desalniettemin heb ik een voorkeur voor verrekening, omdat dit leidt tot eenzelfde behandeling bij APV's die onderworpen zijn aan Nederlandse vennootschapsbelasting en APV's die onderworpen zijn aan een buitenlandse winstbelasting.

Ondanks de vermoedelijke beperkte toepassing zal ik in de paragrafen hierna ingaan op twee aspecten die samenhangen met de toepassing van de toerekeningsstop. Dit betreft allereerst de vraag of bij het opteren voor belastingplicht sprake is van onderworpenheid van de winst aan een belasting naar de winst. Daarnaast bespreek ik de sfeerovergangen als gevolg van het van toepassing worden van de toerekeningsstop in een situatie waarin dit eerst niet het geval was en vice versa. Het overgangsrecht met betrekking tot aanmerkelijk belang wordt besproken in paragraaf 14.3.4.3.2.

14.3.4.2 Optie voor belastingplicht

Er zijn jurisdicties die een belastingregime kennen waarbij een in principe

1162 Of deze regeling in alle gevallen de dubbele heffing wegneemt, lijkt mij de vraag. Een situatie waarin het niet goed gaat, is deze. De inbrenger krijgt een pakket aanmerkelijkbelangaandelen in een beleggingsvennootschap toegerekend (verkrijgingsprijs nihil). Hij overlijdt en als gevolg daarvan heft Nederland inkomstenbelasting; de waarde van de aandelen is nu €1 miljoen. De toerekening verschuift naar de erfgenamen. Twee jaar later vervreemdt het APV de aandelen voor €1,2 miljoen en ter zake daarvan wordt in het woonland belasting geheven over de vermogenswinst. Het vestigingsland heft nu over een winst van €1,2 miljoen en Nederland evenzeer, over een winst van €200.000. Aangezien de voorkoming van dubbele belasting beperkt is tot de Nederlandse inkomstenbelasting (zie artikel 25b lid 4 Bvdb 2001), leidt het uiteenlopen van het moment van heffing ertoe dat niet voor de volledige buitenlandse heffing verrekening wordt verleend, hoewel dit wel redelijk is en ook de bedoeling van de regeling.

1163 Artikel 3 lid 1 sub c jo. artikel 17 lid 3 sub a jo. artikel 17a sub a Wet Vpb.

1164 Evenzo J.P. Boer, De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?, WFR 2017/7216. Men kan zich evenwel de vraag stellen of de omstandigheid dat een doelvermogen niet binnenlands belastingplichtig kan zijn (doelvermogens worden niet genoemd in artikel 2 Wet Vpb), maar wel buitenlandse belastingplichtig, in voorkomend geval niet in strijd kan zijn met EU-recht (Vergelijk J.P. Boer en R.J. de Vries, Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht, WFR 2005/6631, paragraaf 5). A-G Wattel is voorts van mening dat de kring buitenlands belastingplichtigen van artikel 3 Wet Vpb vanwege EU-recht niet ruimer kan zijn dan die van artikel 2 Wet Vpb (zie zijn conclusie van 26 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:782, V-N 2019/5415, punten 7.7 en 7.26).

1165 Deze samenloop wordt nader besproken in paragraaf 14.5.1.

niet-onderworpen entiteit kan opteren voor subjectieve belastingplicht. Voorbeelden hiervan zijn de Maltese trust, waarbij de trustee onder omstandigheden kan opteren voor belastingheffing als ware het een vennootschap¹¹⁶⁶, en de Curaçaose Stichting Particulier Fonds, die kan opteren voor belastingheffing tegen een tarief van 10%¹¹⁶⁷. Het is de vraag of een dergelijk facultatieve onderworpenheid ook kan leiden tot toepassing van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, of dat alleen niet-vrijwillige onderworpenheid hier voldoende voor is. Uiteraard moet onder de huidige toerekeningsstop ook voldaan zijn aan de eis dat het APV een onderneming moet drijven.

De parlementaire geschiedenis bij artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 (zowel de oorspronkelijke als de huidige tekst) gaat niet expliciet op dit punt in, noch de parlementaire geschiedenis bij de huidige onderworpenheidstoets van artikel 13 Wet Vpb, hetgeen dezelfde toets is als die van het oude artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001.^{1168 1169} Hetzelfde geldt voor de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van artikel 13 Wet Vpb door de Wet werken aan winst. Als argument tegen toepassing van de toerekeningsstop kan worden aangevoerd dat, indien sprake is van een keuze voor belastingplicht, eigenlijk geen sprake is van onderworpenheid, maar slechts van een vrijwillige betaling. Er zijn mijns inziens echter meerdere argumenten om de toerekeningsstop ook bij facultatieve onderworpenheid toe te passen:

- (a) De wettekst vereist dat het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst en brengt daarbij niet de beperking aan dat geen sprake mag zijn van belastingplicht waarvoor geopteerd is. De tekst impliceert daarom naar mijn mening dat ook facultatieve onderworpenheid voldoet. In dit verband zij bovendien gewezen op artikel 3.55 lid 5 ten 3° Wet IB 2001 en artikel 23c lid 3 ten 1° en lid 4 ten 2° Wet Vpb. Beide bepalingen bevatten de eis dat een belastingplichtige onderworpen is aan een winstbelasting “zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld”. Er zijn dus gevallen waarvoor de wetgever expliciet het oog heeft gehad op de mogelijkheid dat een belastingplichtige elders zou opteren voor onderworpenheid aan winstbelasting en deze heeft uitgesloten. Het ontbreken van een dergelijke formulering in artikel 2.14a lid 7 Wet IB

1166 Vergelijk artikel 27D van de Maltese Income Tax Act. Overigens kan de Maltese fiscale wetgeving ook met zich brengen dat belastingplicht (maar niet gelijk aan die van een vennootschap) ontstaat indien ten minste een van de trustees op Malta gevestigd is (vergelijk artikel 27B Income Tax Act).

1167 Artikel 1B jo. 1 lid 1 sub a jo. 4 lid 5 Landsverordening op de Winstbelasting 1940.

1168 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 32 129, nr. 3, pagina 36 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 32 129, nr. 9, pagina 5 – 6.

1169 De formulering van de huidige bepaling wijkt iets af, er wordt gesproken over het “onderwerpen aan een belasting naar de winst” in plaats van het “betrekken in een belasting naar de winst”, maar dit verschil is naar mijn mening niet zodanig, dat de toelichting bij de oude tekst van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 en bij artikel 13 Wet Vpb niet meer van betekenis zou kunnen zijn bij de duiding van het huidige artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001.

2001 ondersteunt de stelling dat facultatieve onderworpenheid in die context wel volstaat.

- (b) De parlementaire geschiedenis bij de introductie van de onderworpenheidstoets in artikel 13 Wet Vpb gaat weliswaar niet in op de optie voor belastingplicht, maar er wordt wel een situatie besproken waarin de facto een dergelijke optie bestaat. Er wordt een voorbeeld gegeven met betrekking tot de Belgische notionele interestaftrek, waarbij in één situatie de Belgische vennootschap slechts eigen vermogen heeft en deze als gevolg van de notionele interestaftrek onvoldoende belast is en in een tweede situatie de vennootschap deels met vreemd vermogen gefinancierd is en zij wel aan de onderworpenheidstoets voldoet.¹¹⁷⁰ In feite heeft de Belgische vennootschap dus de keuze om wel of niet te voldoen aan de onderworpenheidstoets, door de verhouding vreemd vermogen/eigen vermogen te beïnvloeden, en deze keuzemogelijkheid is door de wetgever geaccepteerd.
- (c) Per 1 januari 2014 is als antimisbruikbepaling in artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 een nieuwe fictie ingevoerd, op grond waarvan het niet (langer) toerekenen van het APV-vermogen gezien wordt als een fictieve vervreemding. Voorts is in samenhang artikel 4.24bis Wet IB 2001 ingevoerd, dat zich richt tegen geforceerde verliesneming als gevolg van het niet (langer) toerekenen van APV-vermogen. In de toelichting bij deze laatste bepaling wordt het volgende opgemerkt:

In situaties waarbij de aanmerkelijkbelanghouder – gelet op zijn verkrijgingsprijs – in een verliessituatie verkeert en waarbij het APV opteert voor een reële heffing naar de winst terwijl er overigens niets verandert in de feiten en omstandigheden, zal al snel sprake zijn van een fiscaal gedreven verliesneming. [Onderstreping AEdL]¹¹⁷¹

Deze passage impliceert dat de wetgever ook belastingplicht waarvoor geopteerd wordt voldoende vindt om onderworpenheid te kunnen constateren.

- (d) De Belastingregeling voor Curaçao sluit bepaalde entiteiten uit van de voordelen uit hoofde van de regeling, zoals een beperking van de bronheffing op dividenden. Dit betreft onder meer de als SPF kwalificerende stichting en de Curaçaose trust, met uitzondering van een SPF of een trust die als doelvermogen is aangewezen en daarmee belastingplichtig is op Curaçao.¹¹⁷² Ook dit suggereert dat het opteren voor heffing dan ook voor de APV-regeling voldoende zou moeten

1170 Kamerstukken II, vergaderjaar 2005/2006, 30 572, nr. 8, pagina 36 – 37.

1171 Kamerstukken II, vergaderjaar 2013/2014, 33 753, nr. 3, pagina 19.

1172 Zie artikel 1B jo. 1 lid 1 sub a jo. 4 lid 5 Landsverordening op de Winstbelasting 1940. Gezien artikel 15 van de Landsverordening op de Winstbelasting 1940 is het tarief voor doelvermogens 10%, behoudens voor ondernemingswinsten, waarvoor een tarief van 30% geldt.

zijn. Daarnaast impliceert een specifieke regeling voor het Curaçaose regime acceptatie daarvan door de wetgever.

- (e) Ten slotte geeft ook de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van de toerekeningsstop in 2016 impliciet aan dat belastingplicht waarvoor geopteerd wordt voldoende is om de (oude) toerekeningsstop van toepassing te laten zijn. Ook hierin worden namelijk voorbeelden gegeven, waarin in de ogen van de wetgever sprake is van misbruik door toepassing van de toerekeningsstop, die zien op situaties waarin geopteerd is voor belastingplicht. Daaruit volgt dat dit opteren dus onder de oude regeling voldoende moet zijn geweest voor onderworpenheid.¹¹⁷³

Hoewel dus niet met zoveel woorden in de parlementaire toelichting is gezegd dat facultatieve onderworpenheid ook voldoende is, concludeer ik dat dit inderdaad volstaat om de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 te kunnen toepassen.¹¹⁷⁴ Gezien het beperkte toepassingsbereik van de uitzondering sinds de wijziging van de toerekeningsstop is dit thans evenwel met name een academische kwestie.

14.3.4.3 Sfeerovergangen

Als gevolg van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 kunnen zich tijdens het bestaan van het APV sfeerovergangen voordoen. Op het moment dat de toerekeningsstop van toepassing wordt “verdwijnen” vermogensbestanddelen uit het fiscaal in aanmerking te nemen vermogen van de inbrenger. Indien de toerekeningsstop daarentegen ophoudt van toepassing te zijn “verschijnen” juist vermogensbestanddelen in het fiscale vermogen van de inbrenger.

Een sfeerovergang kan veroorzaakt worden door een buiten de invloed van de inbrenger, alsook de bestuurder van het APV, liggende oorzaak, zoals een wetswijziging in het land van vestiging, als gevolg waarvan het APV belastingplichtig wordt waar dit eerst niet het geval was of juist ophoudt belastingplichtig te zijn, of een objectieve vrijstelling in het leven geroepen wordt of juist vervalt. Daarentegen kan de fiscale positie van het APV ook wijzigen door een handeling van deze bestuurder, bijvoorbeeld doordat de fiscale vestigingsplaats van het APV wijzigt. Een ander voorbeeld van het laatste is het gebruik maken van de mogelijkheid om te opteren voor belastingplicht, die sommige jurisdicties bieden aan (de bestuurder van) het APV. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een Maltese trust, waarbij de trustee onder omstandigheden kan opteren voor belastingheffing

¹¹⁷³ Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 12, alsmede de bijlage bij deze Memorie van Toelichting, pagina 98 – 99.

¹¹⁷⁴ Dit is ook het oordeel van Rechtbank Noord-Holland, ter zake van de toerekeningsstop van voor 20 september 2016 (zie rechtbank Noord-Holland 10 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:10076). De rechtbank is voorts van mening dat de omstandigheid dat het APV in een jaar verlies leed, niet in de weg stond aan toepassing van deze toerekeningsstop.

als ware het een vennootschap¹¹⁷⁵, maar ook bij de mogelijkheid voor Curaçaose Stichtingen Particulier Fonds om te opteren voor belastingheffing tegen een tarief van 10%¹¹⁷⁶. Men kan zich overigens de vraag stellen in hoeverre belastingheffing waarvoor geopteerd wordt daadwerkelijk leidt tot onderworpenheid aan een winstbelasting in de zin van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, zie hiervoor paragraaf 14.3.4.2.

Hieronder bespreek ik per box wat de gevolgen zijn van deze sfeerovergangen. In het algemeen merk ik daarbij op dat in de literatuur, in de context van aanmerkelijkbelangaandelen, de vraag is opgeworpen hoe de eventuele belastingheffing als gevolg van de sfeerovergang van on(voldoende) belast naar belast zich verhoudt tot de toerekeningsstop. Als uitgangspunt wordt genomen dat sprake is van een fictieve vervreemding en het hieruit voortvloeiende vervreemdingsvoordeel geacht wordt te zijn genoten in het jaar waarin de sfeerovergang plaatsvindt. Vervolgens worden twee mogelijkheden onderscheiden. De eerste is dat in het desbetreffende jaar niet meer wordt toegerekend, zodat geen belasting geheven kan worden van de inbrenger. Als alternatief wordt de mogelijkheid gesignaleerd dat het vervreemdingsvoordeel tot de grondslag van het APV gerekend moet worden, zodat een vicieuze cirkel ontstaat.¹¹⁷⁷

Naar mijn mening doet het hierboven weergegeven probleem zich echter niet voor. Mijns inziens is de onderworpenheidstoets een doorlopende toets¹¹⁷⁸ en geen toets die per kalenderjaar plaatsvindt en dus tot gevolg heeft dat in een jaar of geheel wel, of geheel niet wordt toegerekend. Dit betekent dat het mogelijk is, en vermoedelijk in geval van een sfeerovergang relatief vaak zal voorkomen, dat het APV-vermogen gedurende een deel van het jaar wordt toegerekend aan de inbrenger en gedurende een deel van het jaar niet. Indien zich een sfeerovergang voordoet, valt het genietingsstijdstip samen met het moment waarop de sfeerovergang plaatsvindt.¹¹⁷⁹ Eventueel kan men zich dan nog de vraag stellen of dit tijdstip geacht wordt te vallen in de periode waarin nog toerekening aan de inbrenger plaatsvindt, of juist aan de periode waarin niet langer wordt toegerekend. Mijns inziens is dit de eerste periode. Strikt genomen is sprake van een samenvaal van rechtsmomenten tussen de sfeerovergang en het genietingsstijdstip. Een dergelijke samenvaal van rechtsmomenten kan zich echter ook voordoen indien geen sprake is van een APV-situatie, bijvoorbeeld als de aanmerkelijkbelanghouder

1175 Vergelijk artikel 27D van de Maltese Income Tax Act. Overigens kan de Maltese fiscale wetgeving ook met zich brengen dat belastingplicht (maar niet gelijk aan die van een vennootschap) ontstaat indien ten minste een van de trustees op Malta gevestigd is (vergelijk artikel 27B Income Tax Act).

1176 Artikel 1B jo. 1 lid 1 sub a jo. 4 lid 5 Landsverordening op de Winstbelasting 1940.

1177 Hoogwout, FTV 2012/10, paragraaf 5.1. De vicieuze cirkel is naar ik aanneem gebaseerd op de volgende redenering: door heffing op het APV-niveau wordt niet langer toegerekend, zodat de (fictieve) vervreemdingswinst wordt toegerekend aan het APV. Ter zake van die vervreemdingswinst betaalt het APV uiteraard geen belasting, omdat zich geen daadwerkelijke realisatie bij het APV voordoet. Het gevolg hiervan kan zijn dat het APV niet (meer) geldt als voldoende belast, zodat het vermogen (weer) toegerekend wordt aan de inbrenger. In dat geval heeft de vervreemding zich echter niet voorgedaan, zodat er geen reden was tot heffing en het APV alsnog als voldoende belast geldt.

1178 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 111.

1179 In het geval van aanmerkelijkbelangaandelen volgt dit uit artikel 4.46 lid 1 Wet IB 2001.

overlijdt en geacht wordt zijn aandelen vervreemd te hebben.¹¹⁸⁰ In deze situatie vallen de momenten van vervreemding en overlijden samen. Ondanks deze samenval wordt het vervreemdingsvoordeel echter bij de aanmerkelijkbelanghouder belast, hetgeen alleen het geval kan zijn indien het genietingsmoment aan de periode voor overlijden wordt toegerekend.

Het past derhalve in de systematiek van de Wet IB 2001 om het genietingsmoment toe te rekenen aan de periode waarin het aanmerkelijk belang nog wordt toegerekend aan de inbrenger en het vervreemdingsvoordeel dus bij de inbrenger te belasten. Bovendien past dit in de bedoeling van de wetgever, die expliciet heeft opgemerkt dat onbelaste sfeerovergangen niet binnen de regeling van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 vallen.¹¹⁸¹ Het in aanmerking nemen van het vervreemdingsvoordeel bij het APV lijkt me bovendien niet aan de orde. Het is de aanmerkelijkbelanghouder die (al dan niet fictief) vervreemdt. De wet biedt geen aanknopingspunten voor toerekening van het hieruit voortvloeiende vervreemdingsvoordeel aan het APV en aangezien dit voordeel bij de inbrenger in de heffing betrokken kan worden is hier ook geen enkele noodzaak toe.

14.3.4.3.1 Box 1-vermogen

De bespreking van box 1-vermogen beperk ik tot ondernemingsvermogen en ter beschikking gesteld vermogen. Bij de overige vormen van inkomen of uitgaven die in box 1 vallen is veelal sprake van inkomen of uitgaven die niet in de context van een APV genoten respectievelijk gedaan kunnen worden.¹¹⁸² Bij geen van de eerstgenoemde soorten vermogen lijkt het me overigens waarschijnlijk dat deze worden ingebracht in een APV. Ik ga daarom beknopt op de fiscale consequenties in.

14.3.4.3.1.1 Ondernemingsvermogen

In geval van ondernemingsvermogen kunnen zich de volgende situaties voordoen:

- (a) De onderneming is in Nederland gevestigd. Het APV is derhalve belastingplichtig in Nederland.¹¹⁸³ Er is sprake van een onderneming en tevens van

1180 Hetgeen een fictieve vervreemding is op grond van artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001.

1181 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 111.

1182 Uitzonderingen zijn de eigen woning en daarmee samenhangende vermogensbestanddelen (zoals een kapitaalverzekering eigen woning) en een aanspraak op periodieke uitkeringen, die onder omstandigheden wellicht in een APV ingebracht kunnen worden. Bovendien zal zich in veel gevallen geen genietingsstijdstip voordoen bij de sfeerovergang (vergelijk artikel 3.146 lid 1 Wet IB 2001), tenzij sprake is van een tegen misbruik gerichte fictie. Het gaat mijns inziens het bestek van dit onderzoek echter te buiten om op alle mogelijke uitzonderingssituaties in te gaan.

1183 Met als eventuele uitzondering een in Nederland gevestigd doelvermogen zonder rechtspersoonlijkheid, dat buiten alle in artikel 2 lid 1 Wet Vpb genoemde situaties zou kunnen vallen (men kan zich met Boer afvragen of dit een omissie van de wetgever is, zie dissertatie 2011, paragraaf 9.2.2). Naar verwachting komt deze situatie niet of weinig voor, maar bij een in Nederland gevestigd trust(ee) lijkt dit denkbaar.

onderworpenheid aan een belasting naar de winst,¹¹⁸⁴ zodat de toerekeningsstop per definitie van toepassing is. De situatie waarin het ondernemingsvermogen wordt toegerekend aan de inbrenger doet zich derhalve niet voor. Als gevolg daarvan leidt de inbreng tot een staking van de onderneming.

- (b) Er is sprake van een buitenlandse onderneming. Voor zover de ondernemingswinst niet onderworpen is aan een belasting naar de winst, heeft de inbrenger een vaste inrichting in het desbetreffende buitenland. De winst hieruit is vrijgesteld op grond van een belastingverdrag, indien toepasselijk, en anders op grond van het Bvdb 2001. De inbrenger betaalt dus in principe geen belasting, zij het dat een progressienadeel kan optreden. Daarnaast kan toerekening van de vaste inrichting tot administratieve lasten leiden.

Voor zover de ondernemingswinst belast wordt, is de toerekeningsstop van toepassing en wordt de vaste inrichting niet langer toegerekend aan de inbrenger. Het niet langer toerekenen van het APV-vermogen leidt tot een staking van de onderneming. In beginsel kan dit tot belastingheffing kan leiden, maar als gevolg van de vrijstelling sorteert dit de facto vermoedelijk weinig fiscaal effect.

Het (weer) gaan toerekenen van het ondernemingsvermogen heeft evenmin grote fiscale gevolgen. Men zou dit kunnen zien als een start van de onderneming bij de inbrenger, waarbij de waarde in het economische verkeer van de activa en passiva als boekwaarden in aanmerking worden genomen,¹¹⁸⁵ maar ook in dit geval zal voorkoming van dubbele belasting – los van het progressievoorbehoud – aan daadwerkelijke heffing in de weg staan.

Een situatie waarin sprake is van een onderneming, maar deze niet in Nederland gevestigd is en ook niet tot een vaste inrichting in enig buitenland leidt, is mijns inziens althans niet goed denkbaar, evenals een situatie waarin bij een buitenlandse onderneming een sfeerovergang plaatsvindt, aannemend dat er steeds een onderneming is. Dit laatste zou dan slechts het gevolg kunnen zijn van het eerst niet onderworpen zijn aan een winstbelasting en daarna wel of vice versa, hetgeen zich vermoedelijk zelden voor zal doen.

1184 Het is niet volledig uitgesloten dat het APV onder een subjectieve vrijstelling valt; toepassing van de vrijstelling van artikel 6 Wet Vpb is onder specifieke omstandigheden denkbaar, sinds per 1 januari 2012 de beperking tot algemeen maatschappelijk of sociaal belang behartigende lichamen vervallen is.

1185 Behoudens indien de inbreng van de onderneming voor 1 januari 2010 heeft plaatsgevonden. Dan valt in het verlengde van artikel 10a.7 lid 4 Wet IB 2001 wellicht te betogen dat de (gecorrigeerde) historische boekwaarden gehanteerd dienen te worden. Strikt genomen heeft deze bepaling echter slechts betrekking op de situatie waarin de toerekening op 1 januari 2010 aanving.

14.3.4.3.1.2 Resultaatsvermogen

Onder de huidige toerekeningsstop kan zich bij resultaatsvermogen naar mijn mening niet de situatie voordoen dat het APV-vermogen niet wordt toegerekend. Dit vereist immers mede dat sprake is van een onderneming en dat is bij resultaatsvermogen juist niet het geval.¹¹⁸⁶ Als gevolg daarvan zijn sfeerovergangen in deze context niet aan de orde.

14.3.4.3.2 Box 2-vermogen

Ook met betrekking tot aanmerkelijkbelangaandelen kan men zich de vraag stellen of het niet langer toerekenen hiervan aan de inbrenger leidt tot een belastbare vervreemding van het aanmerkelijk belang. Eerder heb ik mij op het standpunt gesteld dat slechts sprake kan zijn van een (daadwerkelijke) vervreemding door de inbrenger, indien de vervreemdingshandeling aan hem toegerekend kan worden.¹¹⁸⁷ Daarnaast heb ik betoogd dat, voor zover geen sprake zou zijn van een daadwerkelijke, maar wel van een fictieve vervreemding, doorschuiving op grond van artikel 4.40 Wet IB 2001 mogelijk zou kunnen zijn.¹¹⁸⁸ Nadien zijn er evenwel meerdere wetswijzigingen geweest, die dit standpunt niet langer houdbaar maken.

Allereerst is bij de invoering van de Flex-BV de tekst van artikel 4.40 Wet IB 2001 gewijzigd (per 1 oktober 2012). Onder de huidige tekst is doorschuiving slechts mogelijk met betrekking tot aandelen die tot het vermogen van de belastingplichtige blijven behoren. Hoewel deze wijziging primair bedoeld is om buiten twijfel te stellen dat niet om doorschuiving verzocht kan worden in geval aandelen vervallen bij een juridische fusie of splitsing, heeft deze ook tot gevolg dat bij andere situaties waarin sprake is van een fictieve vervreemding in de zin van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001, waarbij de belastingplichtige niet langer aandelen in de vennootschap bezit, zoals bij het niet langer toerekenen daarvan op grond van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 geacht kan worden het geval te zijn, doorschuiving niet (meer) mogelijk is.

Vervolgens zijn per 1 januari 2014 twee anti-misbruikmaatregelen ingevoerd, die verband houden met de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001:

1186 Dit is ook expliciet opgemerkt in de parlementaire geschiedenis, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 46.

1187 Een verdergaand standpunt wordt ingenomen door Pieterse, die van mening is dat ook een vervreemding kan worden geconstateerd indien de inbrenger geen bemoeienis heeft gehad met het intreden van de toerekeningsstop. Dit baseert hij op de omstandigheid dat de daartoe strekkende handeling van het APV het gevolg is van een complex van rechtshandelingen dat met die handeling voltooid wordt (zie L.J.A. Pieterse, Vervreemding van een aanmerkelijk belang; een grensverkenning, NTFR-B 2014/3, paragraaf 5). Indien sprake is van een vooropgezette intentie om in meerdere stappen tot het beëindigen van de toerekening te komen, lijkt het mij inderdaad denkbaar dat ook de handelingen die door het APV in dat kader worden verricht aan de inbrenger kunnen worden toegerekend.

1188 Zie A.E. de Leeuw, Sfeerovergangen bij afgezonderd particulier vermogen, WFR 2012/6950.

- (a) Het eerste is een nieuw artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001, waarin geregeld is dat het niet¹¹⁸⁹ of niet langer toerekenen van aandelen (etc.) als gevolg van het van toepassing worden van de toerekeningsstop een fictieve vervreemding is. Deze maatregel is het antwoord van de wetgever op door hem gepercipieerd misbruik, dat er in essentie uit bestond om een aanmerkelijkbelangpakket (nagenoeg) geheel in te brengen in een APV dat weliswaar belast was, maar tegen een veel lager tarief dan het box 2-tarief of dat bij voorkeur zelfs de facto geen belasting betaalde als gevolg van een deelnemingsvrijstelling.¹¹⁹⁰
- (b) Daarnaast is een nieuw artikel 4.24bis Wet IB 2001 geïntroduceerd, dat zich richt tegen het forceren van een verlies uit aanmerkelijk belang door middel van het niet langer toerekenen van het aanmerkelijk belang.¹¹⁹¹ Op grond van deze bepaling mag het verlies niet in aanmerking genomen worden op het moment van de toerekening stopt, maar pas op het moment van (i) daadwerkelijke realisatie (aannemend dat de toerekening wel plaats zou vinden) of (ii) uiterlijk na tien jaar. De belastingplichtige heeft de mogelijkheid om aan te tonen dat de fictieve vervreemding niet in overwegende mate gericht is op het in aanmerking nemen van een verlies uit aanmerkelijk belang.

Ten slotte is met ingang van 20 september 2016, 15.15u de tekst van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 aangepast en de thans geldende, zeer beperkte, toerekeningsstop ingevoerd.¹¹⁹² De reden hiervoor is dat de wetgever van mening was dat misbruik nog steeds mogelijk was¹¹⁹³ onder de oorspronkelijke versie van de toerekeningsstop. De toerekeningsstop is daarom beperkt tot de situaties waarin (i) het APV een actieve onderneming drijft en (ii) de winst van deze onderneming onderworpen is aan een belastingheffing naar de winst.¹¹⁹⁴

Deze wijziging van de toerekeningsstop bracht een sfeerovergang met zich, omdat

1189 Dit deel van de bepaling is niet noodzakelijk, aangezien de inbreng van aanmerkelijkbelangaandelen aan een APV dat van het begin af aan onder de toerekeningsstop valt reeds een reële vervreemding is als bedoeld in artikel 4.12 sub b Wet IB 2001. In vergelijkbare zin bijvoorbeeld Pieterse, NTFR-B 2014/3, paragraaf 4.

1190 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2013/2014, 33 753, nr. 3, pagina 5. Getuige de latere aanpassing van de toerekeningsstop in 2016 (zie hierna) heeft deze maatregel onvoldoende een dam tegen dit misbruik opgeworpen, zie ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 11 – 12, alsmede de bijlage bij deze Memorie van Toelichting.

1191 Aangezien deze bepaling aanknoopt bij het van toepassing zijn van de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001, maar niet bij daadwerkelijke vervreemdingen, is de regeling niet van toepassing bij een APV waar van meet af aan de toerekeningsstop op van toepassing is, zodat in dat geval wel verliesneming geforceerd zou kunnen worden (zie X.G.R. Auerbach en S.H. Hompe, De wetgever en het APV-regime: 'kurieren am Sympton', WFR 2014/7052, paragraaf 3.2).

1192 Zie voor de regeling nader paragraaf 14.3.4.1.

1193 Heffing van enige significantie op grond van de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 viel bijvoorbeeld te voorkomen door (i) de structuur van meet af aan onder te brengen in het APV of (ii) de aandelen over te dragen op een moment dat nog slechts sprake was van een beperkte waardevermeerdering ten opzichte van de verkrijgingsprijs.

1194 Zie nader paragraaf 14.3.4.1.

bij de meeste, zo niet alle, APV's, waarvoor tot dat moment de toerekeningsstop gold, deze ophield van toepassing te zijn. Indien het APV een pakket aandelen hield dat als aanmerkelijk belang kon kwalificeren, ontstond vanaf dat moment bij de inbrenger (opnieuw) een aanmerkelijk belang. Om te voorkomen dat hiervoor de waarde in het economische verkeer als verkrijgingsprijs zou gaan gelden, als gevolg waarvan de waardeestijging gedurende de periode van het van toepassing zijn van de toerekeningsstop alsnog (definitief) buiten de Nederlandse heffing zou blijven, is voorzien in overgangsrecht.^{1195 1196} Op grond hiervan wordt de verkrijgingsprijs gesteld op de historische verkrijgingsprijs van de inbrenger, met een aantal correcties:

- een vervreemdingsvoordeel waarover bij inbreng is afgerekend op grond van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 wordt bij de verkrijgingsprijs opgeteld;¹¹⁹⁷
- een waardeestijging gedurende de periode waarin wel sprake was van een APV, maar niet werd toegerekend aan de inbrenger, en waarover een belasting is betaald van ten minste 10% ten laste van het APV wordt ook bij de verkrijgingsprijs opgeteld; en
- indien voordelen zijn opgekomen uit de aanmerkelijkbelangaandelen, die niet tot het inkomen uit aanmerkelijk belang van de inbrenger zijn gerekend en waarover ook anderszins geen belasting van ten minste 10% is betaald worden afgetrokken van de verkrijgingsprijs. Indien sprake is van aanzienlijke voordelen, is denkbaar dat als gevolg hiervan de verkrijgingsprijs nihil wordt¹¹⁹⁸ of mogelijk zelfs negatief.

Hoewel het past bij het anti-misbruikarakter van deze wetwijziging om voor de verkrijgingsprijs niet uit te gaan van de waarde in het economische verkeer op het moment van het weer van toepassing worden van de toerekening, komt mij voor dat het overgangsrecht ertoe kan leiden dat Nederland zich een te groot heffingsrecht toe-eigent. Zo wordt geen rekening gehouden met buitenlandse heffing ter zake van inbreng, noch met perioden dat de inbrenger gedurende de periode van niet-toerekening niet belastingplichtig was ter zake van de aanmerkelijkbelangaandelen.¹¹⁹⁹

1195 Artikel 10a.7 lid 6 Wet IB 2001.

1196 Zie J.P. Boer, Aanpassingen van het APV-regime in het Belastingplan 2017 – de nieuwe toerekeningsstop geanalyseerd, FTV 2017/7 voor kritiek op de wijziging, in het bijzonder de terugwerkende kracht die voortvloeit uit het overgangsrecht.

1197 Een buitenlandse heffing ter zake van de inbreng wordt niet genoemd en deze valt ook niet onder de belaste waardeestijging van sub b, omdat die bepaling slechts ziet op waardeestijgingen die bij het APV belast zijn geweest en een buitenlandse heffing bij de inbrenger is geheven ten laste van de inbrenger. Hoewel het redelijk lijkt om hiermee rekening te houden, voorziet de regeling daar niet in.

1198 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 14, pagina 29.

1199 De achterliggende gedachte bij het in aftrek brengen van de onvoldoende belaste voordelen, die zijn opgekomen tijdens de periode van niet-toerekening, is althans dat zonder inbreng in het APV heffing over deze voordelen in Nederland had plaatsgevonden (zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017,

Het voorgaande geldt overigens slechts voor het ontstaan van een aanmerkelijk belang omdat de toerekening ophield als gevolg van de wetswijziging per 20 september 2016, 15.15u. Indien zich daarna de, mijns inziens vrij theoretische, situatie voordoet dat door het stoppen van de toerekening een aanmerkelijk belang ontstaat, is naar mijn mening in beginsel de hoofdregel van artikel 4.21 lid 1 jo. artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001 van toepassing en geldt de waarde in het economische verkeer als verkrijgingsprijs.

Als gevolg van de hiervoor beschreven wetswijzigingen staat vast dat het doorbreken van de toerekening in ieder geval een fictieve vervreemding is.¹²⁰⁰ Derhalve leidt deze gebeurtenis in beginsel tot afrekening, tenzij sprake is van een latent aanmerkelijkbelangverlies en geen tegenbewijs geleverd kan worden. Met de wijziging van de toerekeningsstop is de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 (en artikel 4.24bis Wet IB 2001) echter naar mijn mening praktisch een dode letter geworden: toepassing hiervan vereist niet alleen een belaste onderneming, maar ook dat de aanmerkelijkbelangaandelen aan die onderneming toegerekend kunnen worden. Hetzelfde geldt voor het als gevolg van het op een stoppen van de toerekening ontstaan van een aanmerkelijk belang. Deze situatie lijkt mij nauwelijks bestaanbaar. In theorie kunnen sfeerovergangen bij aanmerkelijkbelangaandelen dus wellicht tot complicaties leiden, maar in de praktijk is dit naar mijn mening geen daadwerkelijk probleem.

14.3.4.3.3 Box 3-vermogen

Voor box 3-vermogen is het niet van belang of de sfeerovergang vanuit fiscaal perspectief tot een vervreemding van het desbetreffende vermogen leidt. Vanwege de systematiek van de heffing in box 3 heeft een eventuele “vervreemding” als zodanig immers geen fiscale consequenties. Uiteraard heeft de sfeerovergang wel invloed op de omvang van de heffingsgrondslag voor box 3: als dat het APV-vermogen niet langer toegerekend wordt neemt de heffingsgrondslag af en bij een sfeerovergang “terug” neemt deze toe.

14.3.4.3.4 Sfeerovergangen en de Successiewet

Volledigheidshalve merk ik op dat sfeerovergangen geen gevolgen hebben voor de toepassing van de Successiewet. De artikelen 16 lid 1 en 17 lid 1 SW bepalen beide expliciet dat de hierin opgenomen regeling ook geldt voor APV-vermogen dat op grond van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 niet toegerekend wordt voor inkomstenbelastingdoeleinden. Voorts is van belang dat toerekening aan de inbrenger ophoudt als gevolg van de toerekeningsstop, maar niet verschuift naar een ander. In dat laatste geval

34 552, nr. 3, pagina 51). Deze veronderstelling is evenwel onjuist voor zover gedurende (een deel van) deze periode geen sprake was van belastingplicht in Nederland.

1200 Het inbrengen van aanmerkelijkbelangaandelen in een APV dat van meet af aan voldoet aan de eisen van de toerekeningsstop is mijns inziens een daadwerkelijke vervreemding. Daarnaast wordt ook deze situatie bestreken door artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001, maar dat lijkt dus overbodig.

zou er aanleiding kunnen zijn om een belastbare schenking te constateren.¹²⁰¹ De sfeerovergang als zodanig beïnvloedt het al dan niet in aanmerking nemen van een belastbare verkrijging echter niet.

14.3.5 Uitkeringen uit het APV

Aangezien het APV-vermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden wordt toegerekend aan de inbrenger, leidt de uitkering hiervan aan de inbrenger uiteraard niet tot verschuldigdheid van inkomstenbelasting. Dit kan echter anders zijn indien sprake is van meerdere inbrengers en één van hen vermogen krijgt uitgekeerd dat (deels) wordt toegerekend aan een of meer anderen. In dat geval kan sprake zijn van een belaste vervreemding, bijvoorbeeld als de uitkering betrekking heeft op aanmerkelijkbelangaandelen. Een voorbeeld van een uitkering met meerdere inbrengers is besproken in paragraaf 14.3.2.6.

Ook bij één inbrenger kan een uitkering door het APV aan een ander dan degene aan wie het desbetreffende vermogen wordt toegerekend echter, naast de heffing van schenkbelasting,¹²⁰² tot de heffing van inkomstenbelasting leiden, afhankelijk van de aard van het vermogen. Als het desbetreffende vermogen in box 1 valt (in een inkomenscategorie waarin vervreemdingswinsten belast zijn, zoals resultaat uit overige werkzaamheden) of in box 2, dan leidt vervreemding hiervan tot belastingheffing over de eventuele meerwaarde bij degene aan wie het vermogen wordt toegerekend.¹²⁰³ Dit past overigens in de parallel die getrokken wordt met de situatie waarin de inbreng niet heeft plaatsgevonden: als de inbrenger in die situatie het desbetreffende vermogen had geschonken, had dit eveneens tot een (belaste) vervreemding geleid. Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat in voorkomend geval faciliteiten, zoals de doorschuiffaciliteit voor aanmerkelijkbelangaandelen, van toepassing kunnen zijn.¹²⁰⁴

14.3.6 Overlijden van de inbrenger

14.3.6.1 Gevolgen overlijden van de inbrenger

Het overlijden van de inbrenger kan leiden tot de heffing van inkomstenbelasting. Dit zal zich met name voordoen indien het APV-vermogen (deels) bestaat uit aanmerkelijkbelangaandelen, zodat zich een fictieve vervreemding in de zin van artikel

1201 Zie paragraaf 14.4.4.

1202 Zie hiervoor paragraaf 14.4.2.

1203 Hierbij merk ik op dat zich, als gevolg van de toerekeningsuitzondering van artikel 2.14a lid 7 Wet IB2001, de situatie kan voordoen dat het vermogen niet wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden (die hiervoor nader paragraaf 14.3.4). In dat geval is het APV echter zelf belastingplichtig (in Nederland of elders) en kan de uitkering dus bij het APV zelf tot belastingheffing leiden.

1204 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930 nr. 9, pagina 46, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38, pagina's 14 en 16 (bijlage 2), en Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina's 21 en 37.

4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001 voordoet. Indien voldaan is aan de voorwaarden kan echter de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17a Wet IB 2001 worden toegepast.¹²⁰⁵ Indien sprake is van aandelen die niet kwalificeren voor toepassing van de doorschuiffaciliteit vindt echter geen heffing plaats indien de aandelen niet worden toegerekend op grond van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 (zie nader paragraaf 14.3.4). Aangezien de inbrenger op dat moment niet als aanmerkelijkbelanghouder wordt aangemerkt, kan zijn overlijden uiteraard niet tot een fictieve vervreemding leiden. Deze situatie zal zich naar verwachting echter zelden voordoen.

14.3.6.2 Toerekening aan de erfgenamen na overlijden van de inbrenger

Na het overlijden van de inbrenger wordt het APV-vermogen in beginsel¹²⁰⁶ toegerekend aan diens erfgenamen.¹²⁰⁷ Vervolgens wordt aan hen toegerekend in de verhouding waarin zij verkrijger krachtens erfrecht zijn. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat er bewust voor gekozen is om toe te rekenen aan de erfgenamen en niet aan de verkrijgers krachtens erfrecht, aangezien de wetgever niet wilde toerekenen aan legatarissen en lastbevoordeelden. De wetgever meende dat dit laatste tot onredelijke uitkomsten zou kunnen leiden.¹²⁰⁸ Het deel van de wettekst dat spreekt over de verdeling van de toerekening over de erfgenamen knoopt echter aan bij de omvang van de verkrijging krachtens erfrecht. Dit tekstuele verschil lijkt te impliceren dat bij de verdeling van de toerekening over de erfgenamen niet alleen rekening gehouden dient te worden met het erfdeel dat een erfgenaam verkrijgt, maar ook met eventuele legaten en/of lastbevoordelingen van die erfgenaam¹²⁰⁹ (zie echter ook hierna).

Na het overlijden van een erfgenaam treden zijn erfgenamen op hun beurt in de plaats van de overleden erfgenaam. Nu schrijft de wettekst voor dat de verdeling van de toerekening plaatsvindt op grond van de verhouding waarin de erfgenamen van de overleden erfgenaam diens erfgenaam zijn. In dit geval zou dus geen rekening gehouden moeten worden met eventuele legaten of lastbevoordelingen. De tweede en derde volzin van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 zijn derhalve niet consistent.

De vraag is dan hoe de verdeling van de toerekening in beide situaties toegepast dient te worden. De alternatieven zijn om ofwel de wettekst te volgen en derhalve bij erfgenamen van de inbrenger een ander systeem toe te passen dan bij alle latere erfgenamen, ofwel

1205 Dit is ook meermaals bevestigd in de parlementaire geschiedenis, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 46, en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38, pagina 16 (bijlage 2).

1206 Zie ook paragrafen 14.3.6.6 en 14.3.6.3.

1207 Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001. Er is daarbij bewust gekozen voor toerekening aan de erfgenamen en niet (bijvoorbeeld) de begunstigten, omdat helder is, alsmede moeilijker te manipuleren, wie erfgenaam is (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49).

1208 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 53.

1209 Zie tevens A.E de Leeuwen en T.J.P. Folmer, Zwevende vermogens voldoende gevangen? WFR 2009/6827, paragraaf 3.5.

van de letterlijke wettekst af te wijken en in beide gevallen hetzelfde systeem toe te passen. In het laatste geval is dan nog de vraag of in beide gevallen wel of niet rekening gehouden dient te worden met legaten en lastbevoordelingen.

De parlementaire geschiedenis biedt in dit opzicht weinig houvast. Er is slechts gezegd dat niet gekozen is voor toerekening aan legatarissen en lastbevoordeelden, maar daarbij is niet aangegeven hoe legaten en lastbevoordelingen verkregen door erfgenamen behandeld moeten worden. Daarbij zijn de in de verschillende parlementaire stukken gegeven voorbeelden in zoverre simpel dat daar steeds wordt uitgegaan van een bepaald aantal erfgenamen met een gelijk erfdeel, zonder dat de mogelijkheid van bijvoorbeeld een legaat aan bod komt.¹²¹⁰ Wel is gezegd dat voor de toerekening per erfgenaam de wettelijke of testamentaire verdeling wordt gevolgd en dat derhalve wordt uitgegaan van de feitelijke verdeling,¹²¹¹ maar dit is weinig conclusief. De enige andere mogelijk relevante opmerking is een toevoeging bij de uitwerking van een voorbeeld dat een eventuele legatering niet van invloed is op het gegeven antwoord, behoudens wellicht op de precieze toedeling.¹²¹² Deze toevoeging lijkt te suggereren dat een legaat van invloed kan zijn, maar de tekst is mijns inziens onvoldoende concreet om hier echt een conclusie aan te verbinden. Bovendien geeft dit geen inzicht in het tekstuele verschil tussen de tweede en de derde volzin van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001, noch een antwoord op de vraag of dit een bewust verschil is.

Ten slotte kan nog gekeken worden naar de tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, waarin de in paragraaf 14.3.6.6 te bespreken tegenbewijsregeling voor erfgenamen is neergelegd. Deze bepaling spreekt, in de situatie waarin een erfgenaam in het tegenbewijs slaagt, over toerekening aan de overige erfgenamen op basis van de verhouding waarin zij verkrijger krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van degene die het tegenbewijs geleverd heeft. Aangezien “erfgenaam” in artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 zowel kan zien op de erfgenaam van de inbrenger als op een erfgenaam van een erfgenaam neemt hiermee de onduidelijkheid over de interpretatie van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 alleen maar toe. Van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 kan op zichzelf genomen wellicht nog gezegd worden dat de letterlijke tekst een bepaald systeem voorschrijft, te weten een verschil in behandeling tussen de erfgenamen van de inbrenger en alle latere erfgenamen, dat bij het ontbreken van een duidelijke indicatie van de bedoeling van de wetgever in de parlementaire geschiedenis gevolgd dient te worden. De tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 ontnemt mijns inziens echter de kracht aan dit argument.

1210 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 52; Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina's 93 – 94 en 109 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 10 – 11.

1211 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 48.

1212 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 11.

De beoogde interpretatie van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 is derhalve op dit punt niet duidelijk. Naar mijn mening zijn er echter meerdere argumenten om de tekstuele inconsistenties te beschouwen als een slordigheid en slechts uit te gaan van de verkrijging als erfgenaam:

- Het tekstuele verschil in de behandeling van erfgenamen van de inbrenger en erfgenamen van de erfgenamen verliest dan betekenis, hetgeen tot een consistente benadering leidt.
- Deze benadering is ook in lijn met de gedachte dat voor de toerekening geen rekening gehouden wordt met personen die uitsluitend legataris of lastbevoordeelde zijn.
- Het is eenvoudiger om legaten en lastbevoordelingen te negeren. Erfgenaamschap is procentueel, maar bij overige erfrechtelijke verkrijgingen moet een waardering plaatsvinden om alsnog ieders procentuele aandeel in de totale waarde van de nalatenschap te bepalen.¹²¹³

Het voorkomen van alle waarderingsdiscussies vereist wel dat men “verkrijging krachtens erfrecht” in artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 leest als “(procentuele) verkrijging als erfgenaam”. In dat geval heeft het uithollen van de erfdelen van een of meer erfgenamen door middel van grote legaten geen invloed op de toerekening, aangezien dit niet afdoet aan het procentuele erfdeel. Gezien de letterlijke tekst gaat deze interpretatie echter wel wat ver en kan mijns inziens niet met zekerheid gezegd worden dat de tekst zo gelezen moet worden.

Gezien deze onduidelijkheid is aan te bevelen dat de wettekst op zodanige wijze wordt aangepast, dat een consistent en duidelijk systeem ontstaat. Mijn voorkeur gaat daarbij zoals gezegd uit naar het volledig negeren van legaten en lastbevoordelingen.

Overigens is de vraag in hoeverre gezien het in artikel 2.14a leden 4 en 6 Wet IB 2001 bepaalde een van de procentuele erfdelen afwijkende verdeling in de praktijk mogelijk is. Met name lid 4 dat mijns inziens zo gelezen kan worden, dat iedere afwijking van het erfdeel bij versterv een gedeeltelijke onterving van de desbetreffende erfgenaam meebrengt, die door deze bepaling gecorrigeerd wordt. Voor een verdere behandeling van deze bepalingen zij verwezen naar paragraaf 14.3.6.3 respectievelijk 14.3.6.4 hierna.

¹²¹³ Dan rijst tevens de vraag tegen welke waarde goederen in aanmerking genomen dienen te worden: de waarde in civielrechtelijke context, of de fiscale waarde in het economische verkeer, met inachtneming van fiscale waarderingsvoorschriften zoals de WOZ-waarde voor woningen. Bij ontbreken van een indicatie dat voor de invulling van “verkrijger krachtens erfrecht” afgeweken moet worden van de civielrechtelijke interpretatie is er een argument voor het volgen van de waardering voor civielrechtelijke doeleinden, maar in feite is dit niet duidelijk. Deze onduidelijkheid kan een aanvullend argument zijn om met legaten en lastbevoordelingen geen rekening te houden.

Welke verdeling echter ook gevolgd wordt, toerekening aan de erfgenamen heeft een aantal bezwaren. Om te beginnen kan dit onredelijk uitpakken. Er wordt immers vermogen aan een erfgenaam toegerekend die wellicht veel minder krijgt dan hetgeen aan hem toegerekend wordt, of die zelfs nooit iets uit het APV ontvangt. Bij een discretionair APV zal het eerder regel dan uitzondering zijn dat er een discrepantie zit tussen het toegerekende vermogen en het vermogen waar daadwerkelijk op enig moment over beschikt kan worden. Het is niet ondenkbaar dat een erfgenaam in financiële problemen komt, omdat hij wel belasting moet betalen in verband met aan hem toegerekend vermogen, maar hij geen uitkeringen ontvangt om deze belasting te voldoen.¹²¹⁴ Het is daarom mijns inziens sterk aan te bevelen om bij het opzetten van een APV aan de bestuurder daarvan de verplichting op te leggen om ten minste zodanige uitkeringen te doen aan de begunstigten, dat zij in staat gesteld worden om de belasting, die verschuldigd is in samenhang met de toerekening van het APV-vermogen aan hen, te voldoen.

Daarnaast kan en zal het voorkomen dat de begunstigten van een discretionair APV zich helemaal niet bewust zijn van het feit dat zij begunstigde zijn, omdat de beheerder van het APV hen hiervan niet op de hoogte heeft gesteld. Deze begunstigten zullen dan onbedoeld onjuiste aangiften doen en te weinig belasting betalen en als gevolg daarvan op een later moment geconfronteerd kunnen worden met navorderingsaanslagen. Een (vergrijp)boete kan overigens mijns inziens in een dergelijk geval niet opgelegd worden, omdat bij het ontbreken van kennis over het APV van opzet of grove schuld geen sprake kan zijn.¹²¹⁵

14.3.6.3 Uitbreiding van het begrip “erfgenaam”

De toerekening aan de erfgenamen als zodanig brengt met zich dat het voorkomen van belastingheffing over het ingebracht vermogen relatief eenvoudig wordt. Dit kan bijvoorbeeld bereikt worden door, als de beoogde erfgenamen deels in het buitenland wonen, uitsluitend de buitenlandse personen tot erfgenaam te benoemen en degenen die in Nederland wonen te compenseren door middel van legaten. Als het vermogen bestaat uit bijvoorbeeld portfoliobeleggingen zijn de buitenlandse erfgenamen ter zake daarvan niet buitenlands belastingplichtig en wordt dus weliswaar toegerekend, maar geen inkomstenbelasting betaald ter zake van het APV-vermogen. In dit geval wordt, uitgaande van een (al dan niet fictief) in Nederland wonende inbrenger, echter nog wel erfbelasting over het APV-vermogen betaald door de erfgenamen op grond van de fictie van artikel 16 SW.¹²¹⁶ Ook dit is echter nog te vermijden door de variant waarbij de

1214 Zie voor een extreem voorbeeld A.E. de Leeuw, Faillissement van een erfgenaam, FED 2012/108.

1215 Dit zou wellicht anders kunnen zijn indien de erfgenaam redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met het bestaan van het APV en de fiscale implicaties daarvan voor zijn positie, maar zich bewust onwetend houdt.

1216 Besproken in paragraaf 14.4.3.

erfgenaam een vrijstelling van erfbelasting geniet, bijvoorbeeld een ANBI of de Staat.¹²¹⁷ De civielrechtelijke nalatenschap kan daarbij worden uitgehold door inbreng in het APV of legaten, zodat de facto weinig vermogen verloren gaat voor de familie van de inbrenger.

De wetgever beschouwde het bestaan van deze mogelijkheid uiteraard als onwenselijk en heeft daarom een antimisbruikbepaling toegevoegd in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 om een dergelijke handelwijze de pas af te snijden. Deze bepaling houdt in dat voor de toepassing van de toerekeningsbepaling onderfde erfgenamen gelijk gesteld worden met daadwerkelijke erfgenamen. Onder onderfde erfgenamen moet mijns inziens verstaan worden diegenen die op grond van het erfrecht bij versterf tot de nalatenschap geroepen zouden zijn,¹²¹⁸ maar civielrechtelijk geen erfgenaam zijn als gevolg van de inhoud van het testament van de inbrenger.¹²¹⁹ De gelijkstelling vindt overigens uitsluitend plaats indien de onderfde erfgenaam, diens fiscale partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn rechtens dan wel in feite, direct of indirect begunstigde van het APV is. Het lijkt me gezien het antimisbruikarakter van de bepaling in eerste instantie op de weg van de belastingdienst liggen om aannemelijk te maken dat sprake is van een dergelijke begunstiging. Overigens heeft de onderfde erfgenaam, aan wie wordt toegerekend omdat niet hijzelf maar iemand binnen de familiekring van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 begunstigde van het APV is, nog wel de mogelijkheid om het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 te leveren.

Er valt een tekstueel verschil op tussen artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 en artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 (eerste volzin), aangezien de laatste bepaling ook aanknoopt bij de omstandigheid dat men begunstigde kan worden en de eerste alleen bij het feit dat men dat is.¹²²⁰ Daarnaast kan men zich afvragen hoe de familiekring genoemd in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 zich verhoudt tot de tegenbewijsregeling. Het valt althans enigszins te verwachten dat als men niet zelf begunstigde is, maar een afstammeling wel zodat de gelijkstelling met een erfgenaam toepassing vindt, men althans de theoretische mogelijkheid tot het leveren van het tegenbewijs heeft. Het is echter niet uitgesloten dat de onderfde erfgenaam weliswaar geen begunstigde is, maar niet uitgesloten is dat hij het wel ooit zou kunnen worden, of dat ook die laatste mogelijkheid niet bestaat, maar de onderfde erfgenaam als gevolg van bewijsnood niet kan ontkomen aan de toerekening. Vanuit het perspectief van het tegengaan van het overslaan van één generatie valt er

1217 Vergelijk bijvoorbeeld F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956, WFR 2010/6815, paragraaf 3.5 en R.P.C. Cornelisse, Over de Al Qaedaroute en de nieuwe Balkenende-norm, FED 2009/46.

1218 Artikel 4:10 BW. Uiteraard tenzij een ander recht dan het Nederlandse recht van toepassing is op de nalatenschap, dan dient naar mijn mening gekeken te worden naar de erfgenamen bij versterf volgens dat recht.

1219 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 903, nr. 76, pagina 12. In vergelijkbare zin tevens Van der Avoird 2012, pagina 167.

1220 Vergelijk in dit verband ook P.G.H. Albert, Familiestichting: afgezonderd particulier vermogen of toch niet?, NTFR 2012-189, die zich de vraag stelt of potentiële begunstiging ook voldoende is voor toerekening op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 en deze vraag – mijns inziens terecht – ontkennend beantwoordt.

ook wel iets voor dit verschil te zeggen. Dit kan dan slechts nog effectief zijn indien men de tussenliggende generatie geheel overslaat: men kan geen erfgenaam zijn en moet ook definitief uitgesloten zijn als begunstigde, zodat het tegenbewijs geleverd kan worden. Op dat moment is, behoudens toepassing van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, toerekening mijns inziens niet mogelijk zolang (per staak) de personen in de tussenliggende generatie in leven zijn.¹²²¹

De wetgever hanteert een ruime interpretatie van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001. Zo is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat ook partieel onderfde personen onder de bepaling kunnen vallen.¹²²² Dit betekent dat een enkele variatie in de erfdelen tussen de erfgenamen bij versterf reeds tot toepassing van de bepaling en aanpassing van de (verdeling van de) toerekening kan leiden, indien tevens voldaan is aan de eis dat de erfgenaam of iemand binnen zijn familiekring begunstigde is. Hoewel het eleganter zou zijn geweest om deze bedoeling tot uitdrukking te brengen door toevoeging van de woorden “geheel of gedeeltelijk”, laat de tekst van de bepaling mijns inziens ruimte voor deze interpretatie. Bovendien doet deze interpretatie meer recht aan de bedoeling van de bepaling. Indien gedeeltelijke onterving niet binnen het bereik van de bepaling zou vallen, zou men (behoudens toepassing van het zesde lid), de toepassing hiervan kunnen voorkomen door een erfgenaam een erfdeel van 1% te geven in plaats van bijvoorbeeld 50%.¹²²³ Dit is een vrij extreem voorbeeld, maar het illustreert wel dat bij het niet automatisch meenemen van een gedeeltelijke onterving discussie ontstaat over waar de grens ligt tussen een “echte” gedeeltelijke en dus niet relevante onterving en een situatie waarin materieel sprake is van volledige onterving die wel leidt tot toepassing van het vierde lid.

Niet is vereist dat sprake is van een ontgaansmotief. Strikt genomen brengt de formulering van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 dus met zich dat deze bepaling van toepassing kan zijn in vele situaties waarin helemaal geen sprake is van een fiscaal motief voor het opnemen van afwijkende erfdelen in het testament. Daarnaast is de bepaling in zoverre ongeclausuleerd, dat voor toepassing hiervan niet noodzakelijk is dat iemand, logischerwijs zou dit de inspecteur zijn, hier een beroep op doet. Indien geen rekening gehouden hoeft te worden met een ontgaansmotief is men eenvoudigweg onderfd of men is dat niet en doorgaans is dat relatief eenvoudig vast te stellen. Een vraag kan nog wel zijn of de uitholling van de erfdelen door grote legaten neer kan komen op een de facto onterving, maar indien bij de toerekening aan

1221 Zie nader paragraaf 14.3.6.6.4.

1222 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 31. Men kan zich overigens afvragen in hoeverre deze interpretatie steun vindt in de wettekst. De redactie van Vakstudie Nieuws kwam op basis van de tekst tot de conclusie dat artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 uitsluitend ziet op volledige ontervingen, vanwege het ontbreken van de zinsnede “geheel of gedeeltelijk”, hetgeen later door de wetgever is weersproken (zie V-N 2009/41.3, bij onderdeel 2.a.2).

1223 Vergelijk Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, paragraaf 2.1.2, die van mening zijn dat in een dergelijke situatie artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 niet van toepassing is.

erfgenamen uitsluitend gekeken wordt naar het erfgenaamschap, speelt dit punt niet. Op deze wijze gelezen leidt artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 ertoe dat ieder afwijking van het erfrecht bij versterf gecorrigeerd wordt en dat derhalve voor de toerekening per definitie dit erfrecht wordt gevolgd. Ik kan mij voorstellen dat dit effect de wetgever niet primair voor ogen heeft gestaan, maar de wettekst als zodanig leidt naar mijn mening wel tot die conclusie.

Tijdens de parlementaire behandeling is in de literatuur¹²²⁴ voorts gevraagd naar de positie van personen die onwaardig zijn om te erven, personen die uit een uiterste wilsbeschikking geen voordeel kunnen genieten en personen die verwerpen. Het antwoord van de wetgever op deze vraag is dat de eerste twee categorieën personen buiten het bereik van de regeling vallen, maar dat dit voor de verwerpende erfgenaam niet bevestigd kan worden. Dit laatste omdat verwerpen de mogelijkheid tot belastingontwijking zou bieden, aangezien de persoon in kwestie zelf in de hand heeft of hij verwerpt of niet.¹²²⁵ Dit is mijns inziens echter onjuist. Een onterfde erfgenaam is iets heel anders dan een verwerpende erfgenaam en er is ook in zoverre een duidelijk verschil tussen beide situaties dat de erflater in de eerste invloed heeft en in de tweede niet. Bovendien staat de verwerpende erfgenaam gewoon niet in de tekst. Indien de wetgever had willen voorkomen dat door middel van verwerping van de nalatenschap de toerekening wordt voorkomen dan had hij daar een aparte regeling voor moeten treffen. Verwerping valt derhalve naar mijn mening niet onder de huidige formulering van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001.

Als men eenmaal tot de toepassing van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 komt, rijst de vraag hoe het toegerekend vermogen dan verdeeld moet worden over de erfgenamen aan wie wordt toegerekend. Men kan immers betogen dat iemand die onterfd is een verkrijging krachtens erfrecht heeft van nihil, zodat toepassing van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 nog steeds tot gevolg heeft dat hij niet krijgt toegerekend.¹²²⁶ De wetgever heeft aangegeven dat dit uiteraard niet de bedoeling is en dat mede rekening gehouden moet worden met omvang van de begunstiging.¹²²⁷ Dit stuit overigens naar mijn mening op praktische bezwaren, aangezien de essentie van een discretionair APV¹²²⁸ nu juist is dat de mate van begunstiging niet vaststaat. Dan rest het tellen van het aantal erfgenamen (die tevens begunstigde zijn) op het moment waarop de toerekening getoetst wordt en aan hen allen een pro rata aandeel van de begunstiging toekennen, dan wel het toerekenen van een pro rata aandeel op basis van ieders procentuele erfdeel bij versterf.¹²²⁹

1224 Auerbach, WPNR 2009/6802, paragraaf 4.3.

1225 Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30.

1226 Zie ook V-N 2009/41.3, bij onderdeel 2.a.2).

1227 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 31.

1228 Bij niet-discretionaire APV's sorteert de toerekeningsregel in beginsel de facto geen effect.

1229 In veel gevallen zal de uitkomst hetzelfde zijn, maar indien bijvoorbeeld een broer erfgenaam bij versterf is samen met de twee kinderen van zijn vooroverleden zus, is er verschil. Het erfdeel bij versterf lijkt mij derhalve het meest reële uitgangspunt.

¹²³⁰ Dit is echter vrij arbitrair en kan tot onredelijke uitkomsten leiden.¹²³¹ Daarnaast blijft volstrekt onduidelijk hoe de mate van begunstiging zich verhoudt tot de omvang van de erfdelen van de erfgenamen die niet onderfd zijn; getuige het gebruik van het woord “mede” door de wetgever spelen kennelijk beide factoren een rol, maar er wordt niet toegelicht welke. De wijze waarop artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 in concreto uitwerkt is dus verre van helder. Bij gebrek aan een ander aanknopingspunt lijkt toerekening op basis van het erfdeel bij versterf evenwel de meest duidelijke en voor zover mogelijk evenwichtige wijze van toerekening.

14.3.6.4 Maatregel tegen “antifiscale” testamenten

Naast de in paragraaf 14.3.6.3 beschreven antimisbruikmaatregel gericht tegen het onterven van erfgenamen is in de derde volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 een tweede, algemenere antimisbruikmaatregel opgenomen. Hierin is bepaald dat de toerekening aan erfgenamen zoals neergelegd in artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 niet van toepassing is indien blijkt dat de erfopvolging krachtens uiterste wilsbeschikking in overwegende mate gericht is op het geheel of gedeeltelijk ontgaan of uitstellen van deze toerekening. De bewijslast rust op de inspecteur.¹²³² Een situatie waar de wetgever in dit verband aan gedacht heeft is een inbrenger met twee erfgenamen, waarvan er één in Nederland woont en de andere in het buitenland. Hun erfdeel bij versterf is ieder 50%. De inbrenger stelt echter een testament op waarin de buitenlandse erfgenaam een erfdeel van 99% krijgt en de binnenlandse erfgenaam een erfdeel van slechts 1%¹²³³. Er van uitgaan dat de aard van het APV-vermogen niet leidt tot buitenlandse belastingplicht, leidt de toerekening als het testament gevolgd wordt tot heffing van inkomstenbelasting over slechts 1% van het APV-vermogen. Indien het testament niet gemaakt was zou dit 50% zijn. Door dit “antifiscale” testament wordt dus de Nederlandse belastingheffing aanmerkelijk beperkt.

De vraag is dan hoe de toerekening wel plaats vindt. De tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 biedt hier niet echt aanknopingspunten voor, aangezien slechts de toerekening op basis van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 buiten toepassing wordt gesteld. In de parlementaire geschiedenis is echter opgemerkt dat wordt aangesloten

¹²³⁰ In vergelijkbare zin Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, paragraaf 2.2.2.

¹²³¹ Zie tevens paragraaf 14.3.3.3.

¹²³² De wettekst is overigens neutraal geformuleerd, zodat niet alleen de inspecteur hier een beroep op kan doen, maar ook een erfgenaam, vergelijk Auerbach, WFR 2010/6874, paragraaf 4.3. Een aanvullend argument is overigens dat zowel rechtbank Den Haag (uitspraak van 17 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6572) als hof Den Haag (uitspraak van 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353, V-N 2019/37.5) van mening zijn dat ook de inspecteur een beroep toekomt op het tegenbewijs van de eerste volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 (zie paragraaf 14.3.6.6.1). Een consistente interpretatie houdt dan naar mijn mening in dat ook de erfgenaam een beroep kan doen op de tegenbewijsregeling van de derde volzin.

¹²³³ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25. Degene die een kleiner aandeel krijgt kan gecompenseerd worden doordat hij meer uit het APV ontvangt, maar uiteraard ook al door middel van een legaat.

bij de verhouding die op basis van de feiten en omstandigheden in wezen is overeengekomen¹²³⁴. Op een ander punt past de wetgever de bepaling toe op een situatie waarin een erfgenaam overleden is en wordt aangegeven dat deze persoon weer volledig in de kring van erfgenamen wordt opgenomen en de toerekening plaatsvindt op basis van de hoofdregel¹²³⁵. Ten slotte wordt op weer een ander punt een voorbeeld gegeven waarin voor de toerekening wordt aangesloten bij de mate van begunstiging.¹²³⁶

Kortom, de toe te passen wijze van toerekening wordt niet voorgeschreven door de wet en in de parlementaire geschiedenis worden meerdere wijzen van toerekening genoemd. Het is derhalve niet duidelijk hoe de toerekening nu plaats dient te vinden op het moment dat de antimisbruikmaatregel van toepassing is. Het lijkt me daarbij overigens onmogelijk om aan te sluiten bij de begunstiging ter zake van het APV-vermogen. De APV-regeling sorteert met name effect bij discretionaire entiteiten¹²³⁷ en het essentiële kenmerk hiervan is nu juist dat de verdeling van de begunstiging niet vaststaat.¹²³⁸ Aansluiten bij de toerekening die zou hebben plaatsgevonden indien het testament niet was gemaakt, ofwel bij het erfgenaamschap bij versterf, lijkt me een meer voor de hand liggende oplossing. Hier kan tegenin gebracht worden dat dit een arbitraire wijze van toerekenen is, die tot onredelijke uitkomsten kan leiden, maar het voordeel is wel dat vooraf duidelijk is hoe de toerekening zal verlopen. Daarbij kan degene aan wie na toepassing van de antimisbruikmaatregel wordt toegerekend en die geen begunstigde van het APV is het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 leveren, althans in theorie.

Het is overigens mijns inziens van ondergeschikt belang wat de juiste wijze van toerekening is, aangezien de derde volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 een vrijwel overbodige bepaling bevat. Indien de ruime interpretatie die de wetgever geeft aan de antimisbruikbepaling van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 gevolgd wordt, valt ook de partiële onterving van een erfgenaam hieronder. Het voorbeeld van de inbrenger die zijn buitenlandse erfgenaam een erfdeel van 99% toekent en hierdoor zijn in Nederland wonende erfgenaam effectief overleeft valt dus al binnen het bereik van deze bepaling. Daarbij komt dat er ook weinig situaties te bedenken zijn voor het beïnvloeden van de wijze van toerekenen die niet in elk geval een partiële onterving van een of meer erfgenamen bij versterf met zich brengen. De toerekening is immers primair afhankelijk van het zijn van erfgenaam.

De enige uitzondering hierop is een testament waarin een legaat of lastbevoordeling is opgenomen ten gunste van een erfgenaam, indien men tevens aanneemt dat hiermee

1234 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25.

1235 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 30.

1236 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 76, pagina 12.

1237 Zie nader paragraaf 14.3.7.

1238 In paragraaf 14.3.3.3 wordt nader ingegaan op de toerekening op basis van begunstiging en de daarbij spelende problemen.

rekening gehouden moet worden bij de bepaling van de omvang van de toerekening aan iedere erfgenaam.¹²³⁹ Daar vanuit gaand kan door het toekennen van legaten of lastbevoordelingen invloed uitgeoefend worden op de uiteindelijke toerekening, terwijl deze situatie niet onder artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 valt.¹²⁴⁰ Het komt mij echter voor dat niet snel sprake zal zijn van een situatie waarin degene aan wie APV-vermogen wordt toegerekend een zodanig testament maakt dat de toerekening door middel van legaten of lastbevoordelingen in zodanige mate beïnvloed wordt dat de inspecteur een ontgaansmotief kan bewijzen en artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 kan toepassen. Voor de situaties waarin het testament de toerekening beïnvloedt door middel van afwijkende erfdelen ligt het mijns inziens voor de hand dat de inspecteur artikel 2.14a lid 4 Wet IB toepast. De bewijslast is dan minder zwaar, omdat de enkele (partiële) onterving van een erfgenaam in combinatie met begunstiging van personen binnen de familiekring voldoende is voor toepassing van de bepaling. Het aantonen van een ontgaansmotief is hier niet vereist.

14.3.6.5 Conclusie

Mijns inziens zou artikel 2.14a Wet IB 2001 duidelijker en consistentere zijn indien in artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt opgenomen dat de toerekening uitsluitend gebaseerd is op de verkrijging als erfgenaam, zonder dat legaten en lastbevoordelingen meetellen.¹²⁴¹ De derde volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 kan dan geschrapt worden, aangezien alle situaties waarin de toerekening beïnvloed wordt door middel van een testament dan een (partiële) onterving inhouden en reeds binnen het bereik van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 vallen. Overigens kan verder bijgedragen worden aan de duidelijkheid van de bepaling door in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 dan ook expliciet op te nemen dat partiële onterving ook onder deze bepaling valt.

Tot slot merk ik op dat ook deze antimisbruikmaatregel mijns inziens niet van toepassing kan zijn indien een erfgenaam verwerpt. In dat geval wordt het erfgenaamschap en daarmee de toerekening immers niet voorkomen als gevolg van het testament van de erflater, zodat deze situatie niet onder artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 valt. Indien de wetgever dit als onwenselijk zou ervaren, zou de wettekst aangepast worden. Een wijziging van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 in combinatie met de hierboven voorgestelde wijzigingen ligt dan overigens naar mijn mening het meest voor de hand om tot een duidelijk en consistent geheel te komen.

1239 Mijns inziens zou hiervan echter geabstraheerd moeten worden, zie paragraaf 14.3.6.2.

1240 Dit zou dan evenwel onder omstandigheden anders kunnen zijn, indien de nalatenschap geheel of in sterke mate wordt uitgehold door middel van legaten en men dit als een de facto onterving van een of meer erfgenamen beschouwt.

1241 Zie tevens paragraaf 14.3.6.2.

14.3.6.6 Tegenbewijsregeling voor erfgenamen

14.3.6.6.1 Algemeen

Artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 geeft een tegenbewijsregeling voor erfgenamen. Als een erfgenaam kan doen blijken dat noch hijzelf, noch zijn fiscale partner rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde is van het APV en dit ook niet kan worden, dan wordt geen APV-vermogen aan hem toegerekend. In dit geval vindt de toerekening plaats aan de overige erfgenamen, die het tegenbewijs niet hebben kunnen leveren, in de verhouding waarin zij verkrijgers krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van de erfgenaam die het tegenbewijs geleverd heeft.¹²⁴²

Artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 geeft een opsomming van de documentatie die de erfgenaam, die een beroep wil doen op de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, ten minste moet overleggen:

- (a) een beschrijving van het soort APV en het land van vestiging;
- (b) de oprichtingsakte van het APV inclusief bijlagen (zoals instructies, reglementen, letter of wishes, statuten);
- (c) de meest actuele jaarstukken van het APV over minimaal drie jaar;
- (d) naam- en adresgegevens van de inbrenger van het vermogen en van de overige erfgenamen;
- (e) alle overige stukken waaruit blijkt dat de desbetreffende erfgenaam geen begunstigde is van het APV en dit in de toekomst ook nooit kan worden.

De bewijslast die rust op een erfgenaam die een beroep wil doen op de tegenbewijsregeling is derhalve zwaar,¹²⁴³ mede gezien de te overleggen documentatie, en dit bewijs is mijns inziens moeilijk om te leveren. Aan personen die geen begunstigde van het APV zijn zal de trustee de benodigde documentatie immers in principe niet willen verschaffen en zonder diens medewerking zal veelal niet aan deze documentatie te komen zijn. Daarnaast zal het in veel gevallen niet mogelijk zijn om te bewijzen dat men geen begunstigde van

¹²⁴² Aan deze andere erfgenamen wordt rechtsbescherming geboden door de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de aan hen opgelegde aanslag inkomstenbelasting, maar ook bijvoorbeeld door te verzoeken om een beschikking vaststelling verkrijgingsprijs van aanmerkelijkbelangaandelen in de zin van artikel 4.36 Wet IB 2001 (vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 57; zie tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 110, waar verwezen wordt naar de normale wettelijke rechtsbescherming). Het is overigens de vraag of dit iets op kan leveren; er van uitgaand dat de overige erfgenamen zelf niet het tegenbewijs kunnen leveren, kunnen zij niet aan de toerekening ontkomen.

¹²⁴³ Bewust, getuige onder meer de formulering “blijken” in de tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001.

het APV kan worden. Dit lijkt alleen het geval te zijn indien de desbetreffende persoon expliciet is uitgesloten als begunstigde (en deze bepaling niet gewijzigd kan worden) of indien aantoonbaar is dat de persoon in kwestie geen begunstigde is en het niet mogelijk is om op een later moment begunstigden toe te voegen.

De staatssecretaris lijkt echter vrij gemakkelijk over de voornoemde bezwaren heen te stappen. Bovendien is in de parlementaire geschiedenis veelvuldig aangegeven dat in dit verband de vrije bewijsleer geldt en dat de erfgenaam die geen begunstigde is het tegenbewijs met alle middelen kan leveren.¹²⁴⁴ Dit uitgangspunt is veel ruimer dan de regeling van artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 en mijns inziens staan de eisen aan de te overleggen documentatie die deze bepaling stelt op gespannen voet met hetgeen over het tegenbewijs gezegd is in de parlementaire geschiedenis. Aangezien de staatssecretaris hier als medewetgever heeft opgetreden, kan naar mijn mening aan deze uitlatingen in de parlementaire geschiedenis geen vertrouwen worden ontleend en zal men de voorschriften van artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 moeten volgen,¹²⁴⁵ maar deze tegenstrijdigheid verdient bepaald geen schoonheidsprijs. De erfgenaam in bewijsnood kan natuurlijk nog wel de suggestie van de staatssecretaris, dat in bijzondere gevallen de inspecteur informatie kan opvragen, volgen en van de belastingdienst verlangen dat deze de benodigde informatie opvraagt op basis van een (informatie-uitwisselings)verdrag,¹²⁴⁶ maar het is maar de vraag of dat, zelfs als de belastingdienst er in meegaat, uiteindelijk (voldoende) soelaas biedt.

In dit verband zij voorts gewezen op de uitspraak van hof Amsterdam van 1 mei 2014¹²⁴⁷. Deze zaak, welke een jaar voor de invoering van de APV-regeling betreft, gaat over de vraag of een beneficiary van een trust een zodanige aanspraak op het trustvermogen heeft dat sprake is van een overig vermogensrecht in de zin van artikel 5.3 lid 2 sub f Wet IB 2001. De inspecteur wordt in het gelijk gesteld, aangezien de bewijslast is omgekeerd en de beneficiary niet kan aantonen dat geen sprake is van een overig vermogensrecht.

1244 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12; Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49 – 50; Kamerstukken 13, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 5 – 6; Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 40, pagina 40.

1245 Vergelijk tevens P.J. Wattel, De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, FED 1990/335, die concludeert dat op toezeggingen met betrekking tot de uitvoering van nog tot stand te brengen wetgeven, gedaan als medewetgever, een beroep gedaan kan worden als aan twee cumulatieve voorwaarden voldaan is: (a) de toezegging is voldoende concreet en duidelijk om op concrete casusposities te kunnen toepassen en (b) het is aannemelijk dat het parlement niet of niet zonder amendering akkoord gegaan zou worden met het desbetreffende wetsvoorstel, indien de toezegging in kwestie niet zou zijn gedaan. Delegatiewetgeving in strijd met een toezegging die aan deze voorwaarden voldoet, kan naar de mening van Wattel door de belastingrechter buiten toepassing gelaten worden. Naar mijn mening kan van deze uitlatingen nog wel gezegd worden dat deze voldoende concreet zijn op in een specifiek geval toe te passen. Hoewel tijdens de behandeling in de Tweede Kamer wel een aantal keer vragen gesteld zijn over het leveren van het tegenbewijs, zijn er echter geen duidelijke indicaties dat het wetsvoorstel 31 930 niet of niet zonder amendering aangenomen zou zijn zonder een toezegging.

1246 Handelingen II 2009/2010, nr. 18, pagina 1412 en Handelingen I 2009/2010, nr. 13, pagina 458.

1247 Hof Amsterdam 1 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1797.

In dit kader zijn de overwegingen van het hof inzake de omkering van de bewijslast interessant. Hier is volgens het hof voor vereist dat een belanghebbende informatie niet verstrekt waar hij wel over beschikt, of waar hij met redelijkerwijs van hem te verlangen inspanningen over kan beschikken. Vervolgens komt het hof op basis van het voor de trust geldende recht c.q. jurisprudentie tot de conclusie dat de trustee weliswaar de verzochte informatie geweigerd heeft, maar dat deze wijst op de mogelijkheid hiervoor een gerechtelijk bevel te vragen, waarvan niet vaststaat dat dit een kostbare en tijdrovende procedure zou zijn geweest om te voeren. De beneficiary heeft derhalve in de ogen van het hof onvoldoende inspanningen verricht om de door de inspecteur gevraagde informatie te verkrijgen en hij wordt daarom geconfronteerd met omkering van de bewijslast. De Hoge Raad heeft zich nog niet over dit punt uitgesproken en de hofzaak betreft de vraag of de bewijslast omgekeerd kan worden en niet het leveren van het tegenbewijs door een erfgenaam in het kader van de APV-regeling, maar de uitspraak geeft desalniettemin een mogelijke indicatie dat een rechter in voorkomend geval van een erfgenaam zal verlangen dat deze een (eenvoudige) gerechtelijke procedure voert om de informatie voor het leveren van het tegenbewijs te kunnen verkrijgen. Iets soepeler voor de belanghebbende is overigens rechtbank Gelderland in een zaak betreffende een informatiebeschikking.¹²⁴⁸

In aanvulling op het voorgaande merk ik op dat rechtbank Den Haag¹²⁴⁹ geoordeeld heeft dat tot het moment dat daadwerkelijk succesvol een beroep op de tegenbewijsregeling is gedaan door een erfgenaam, diens “aandeel” niet aan de andere erfgenaam kan worden toegerekend. De zaak betrof een door vader ingestelde Liechtensteins Stiftung. Op enig moment was de zuster geschrapt uit het begunstigdenreglement; broer (de belanghebbende) en de kinderen van zowel broer als zus waren nog wel genoemd. De inspecteur rekende 50% van het APV-vermogen toe aan zus, maar tevens 100% aan broer, vanuit de gedachte dat als zus een beroep zou doen op de tegenbewijsregeling, er een gereede kans was dat dit beroep zou slagen. In totaal werd derhalve 150% toegerekend, met dien verstande dat de inspecteur kennelijk had toegezegd dat, indien zus inderdaad met succes een beroep zou doen op de tegenbewijsregeling, hij de aanslag van broer dienovereenkomstig zou verminderen. De rechtbank ging hier evenwel niet in mee en oordeelde dat er in het desbetreffende stadium geen basis was voor toerekening van het volledige vermogen aan de broer.

Op 17 april 2018 heeft rechtbank Den Haag¹²⁵⁰ zich ten slotte nogmaals uitgelaten over de interpretatie van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001. De zaak betrof een bij testament ingestelde discretionary trust voor één van de dochters van de settlor,

1248 Rechtbank Gelderland 18 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7160, overigens vernietigd door hof Arnhem-Leeuwarden, mede gezien in de tussentijd beschikbaar gekomen informatie (hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:633).

1249 Rechtbank Den Haag 25 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14771, NTFR 2016/735.

1250 Rechtbank Den Haag 17 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6572.

de belanghebbende. De broer en zus konden echter onder omstandigheden ook in aanmerking komen als begunstigde, indien belanghebbende zou overlijden en geen sprake zou zijn van afstammelingen. Belanghebbende, haar broer en zus waren erfgenamen voor gelijke delen. De inspecteur heeft het standpunt ingenomen dat 100% van het trustvermogen toegerekend dient te worden aan belanghebbende op grond van de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001. De rechtbank overweegt dat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat een erfgenaam hier expliciet een beroep op moet doen, maar stelt zich desalniettemin de vraag of deze uitzondering ook zonder een zodanig beroep van toepassing kan zijn. De rechtbank acht dit mogelijk gezien de formulering van de wettekst.¹²⁵¹ In casu leidt dit echter niet tot een toerekening van 100% van het trustvermogen aan belanghebbende, aangezien de broer en zus begunstigde zouden kunnen worden. De omstandigheid dat de kans hierop zeer klein is (belanghebbende had al kinderen) doet daar in de ogen van de rechtbank niet aan af. Hof Den Haag is de rechtbank recent gevolgd in haar oordeel, zowel voor wat de betreft de mogelijkheid voor de inspecteur een om een beroep te kunnen doen op de tegenbewijsregeling,¹²⁵² als de conclusie dat ook een begunstigde met een geringe kans om iets te ontvangen geen tegenbewijs kan leveren.¹²⁵³

Concluderend lijkt het mij niet eenvoudig voor de erfgenaam om het tegenbewijs te kunnen leveren. Aangezien moet blijken dat men geen begunstigde is of kan worden, is reeds sprake van een behoorlijk zware bewijslast.¹²⁵⁴ De hiervoor genoemde hofuitspraak impliceert bovendien dat het tegenbewijs niet geleverd kan worden, indien er een zeer geringe kans is dat men begunstigde kan worden. Strikt genomen zou daarmee slechts het tegenbewijs geleverd kunnen worden (i) indien de erfgenaam (evenals zijn fiscale partner) definitief is uitgesloten als begunstigde of (ii) indien de erfgenaam geen begunstigde is en het niet mogelijk is om begunstigten toe te voegen.

14.3.6.6.2 Beperkte begunstiging

De tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 lijkt te veronderstellen dat een

1251 Tekstueel valt hier inderdaad wat voor te zeggen, omdat de wettekst slechts spreekt van "blijken" dat men geen begunstigde is of kan worden; het vereiste dat de erfgenaam in kwestie dit moet doen blijken wordt niet gesteld. Desalniettemin lijkt mij de vraag of deze uitleg in overeenstemming is met de bedoeling van de bepaling.

1252 Deze conclusie baseert het hof op zijn beurt niet alleen op de wettekst, maar ook op de parlementaire geschiedenis. Ik deel de mening van de redactie van V-N dat te betwijfelen valt of die conclusie juist is (zie V-N 2019/37.5). De door het hof aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis gaat er toch vrij duidelijk vanuit dat het de erfgenaam is die het tegenbewijs levert en niet de inspecteur, waarbij ik erop wijst dat het hof juist die zin niet heeft opgenomen in zijn citaat.

1253 Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353, V-N 2019/37.5. Interessant is om op te merken dat het hof tevens heeft vastgesteld dat het in trust gebrachte vermogen het aandeel van de belanghebbende in de nalatenschap van haar moeder betreft, dat dus ook primair bestemd is voor haar en haar afstammelingen. Vanuit dat perspectief zou toerekening aan uitsluitend deze dochter geen onlogische uitkomst zijn, maar het strikte vereiste van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, dat men geen begunstigde mag zijn of kunnen worden, prevaleert hier.

1254 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12, alsmede pagina 56 – 57.

erfgenaam ofwel begunstigde is en als zodanig in potentie volledig kan meedelen in het APV-vermogen, ofwel op geen enkele wijze begunstigde is. Met de mogelijkheid dat een erfgenaam weliswaar begunstigde van het APV is, maar zijn begunstiging beperkt is tot een specifiek voordeel en zich niet uitstrekt tot de mogelijkheid om overigens uitkeringen uit het APV te ontvangen, wordt geen rekening gehouden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de insteller heeft bepaald dat zijn echtgenote als begunstigde een levenslange periodieke uitkering ontvangt van een vast bedrag, terwijl het APV-vermogen overigens aangewend dient te worden ten behoeve van de kinderen en verdere afstammelingen van de insteller, ter discretie van de beheerder van het APV. De inbrenger heeft expliciet bepaald dat naast de periodieke uitkering geen uitkeringen aan de echtgenote mogen plaatsvinden. Het APV is in dit geval derhalve deels discretionair en deels is sprake van een vaststaande en afdwingbare aanspraak.

Stel dat deze inbrenger overlijdt, met achterlating van zijn echtgenote en drie kinderen als erfgenamen voor gelijke delen. Gezien artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt dan in beginsel aan hen allen een kwart van het APV-vermogen toegerekend, behoudens de mogelijkheid van het leveren van het tegenbewijs. Bij de echtgenote wordt daarnaast het recht op periodieke uitkeringen in de heffing betrokken, zoals ook expliciet bepaald is in artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001.¹²⁵⁵ Hoewel duidelijk is dat de echtgenote in deze situatie niet meer kan ontvangen dan de periodieke uitkeringen en zij ter zake hiervan reeds in de heffing betrokken wordt, zal zij niet in staat zijn om het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 te leveren. Zij is immers erfgenaam en kan niet doen blijken dat zij geen begunstigde is of kan worden. Derhalve wordt ook een evenredig deel van het APV-vermogen aan de echtgenote toegerekend en bij haar belast. Dit komt mij voor als een onredelijke uitkomst.

Een redelijke interpretatie zou zijn dat slechts wordt toegerekend aan die erfgenamen die begunstigde zijn van het discretionaire deel van het APV. De wettekst lijkt mij echter niet genuanceerd genoeg geformuleerd om die interpretatie erin te lezen. Mijns inziens zou de wetgever dit punt derhalve moeten oplossen door rechtens afdwingbare aanspraken uit te sluiten van de toepassing van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, in de zin dat daarmee geen rekening gehouden wordt bij de bepaling of een erfgenaam begunstigde is of kan worden. Binnen de strekking van de APV-regeling leidt deze benadering mijns inziens tot een evenwichtige¹²⁵⁶ uitkomst: (i) toerekening vindt slechts plaats aan diegenen die begunstigden kunnen zijn van het discretionaire deel van het APV, (ii) het volledige APV-vermogen wordt nog steeds toegerekend en in de heffing betrokken en (iii) degenen die uitsluitend een afdwingbare aanspraak hebben

1255 Paragraaf 14.3.7 bespreekt hoe omgegaan kan worden met de omstandigheid dat een APV deels discretionair en deels niet discretionair is.

1256 Althans voor zover men van mening is dat de toerekening op grond van de APV-regeling als zodanig tot een evenwichtig resultaat leidt.

worden hiervoor belast. Als gevolg van (ii) en (iii) kan in beginsel¹²⁵⁷ ook geen sprake zijn van een heffingslek.

14.3.6.6.3 Mutaties in groep begunstigden

Een andere vraag in dit kader is wat er gebeurt als er mutaties zijn in de klasse van begunstigden, bijvoorbeeld doordat op enig moment na het overlijden een van de erfgenamen-begunstigden (definitief) als begunstigde wordt geschrapt.¹²⁵⁸ Daarnaast kan het natuurlijk voorkomen dat een begunstigde wordt toegevoegd, maar dit kan geen gevolgen hebben voor de toerekening.¹²⁵⁹ Ofwel de persoon in kwestie was geen erfgenaam en dus niet vatbaar voor toerekening, ofwel hij was wel erfgenaam, maar dan zou hij niet geslaagd moeten zijn in het bewijs dat hij nooit begunstigde van het APV kon worden en vindt reeds toerekening plaats. Vraag is echter of het schrappen van een begunstigde wel gevolgen kan hebben voor pro rata verdeling op basis waarvan de toerekening plaatsvindt. Met andere woorden: is de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren eenmalig of blijft deze mogelijkheid bestaan?

De parlementaire geschiedenis gaat niet op deze mogelijkheid in,¹²⁶⁰ impliciet volgt uit de passages met betrekking tot de tegenbewijsregeling dat deze uitgaan van het leveren van het eventuele tegenbewijs op het moment van overlijden van de erflater. De tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 sluit deze mogelijkheid echter geenszins uit. Hierin staat slechts dat niet wordt toegerekend aan erfgenamen die het tegenbewijs kunnen leveren en niet op welk moment de toets aangelegd moet worden, laat staan dat dit beperkt wordt tot het moment van overlijden van de inbrenger (of later van een erfgenaam). Mijns inziens biedt dit dus de ruimte voor een erfgenaam, die op een later moment (definitief) als begunstigde wordt geschrapt, om op dat moment alsnog het tegenbewijs te leveren. Dat is bovendien redelijk: met het verdwijnen van de mogelijkheid om ooit nog iets uit het APV te krijgen ontvalt ook de rechtvaardiging aan de toerekening van APV-vermogen aan de desbetreffende erfgenaam.

1257 Afhankelijk van welke benadering men kiest bij de behandeling van APV's die gedeeltelijk discretionair en gedeeltelijk niet-discretionair zijn kan in zich als gevolg van die systematiek zich onder omstandigheden nog een heffingslek voordoen (zie paragraaf 14.3.7.1). Dat is dan echter geen gevolg van de wijze waarop de toerekening aan de verschillende erfgenamen plaatsvindt.

1258 Volledigheidshalve merk ik op dat het schrappen van een inbrenger geen gevolgen kan hebben voor de toerekening, omdat het zijn van begunstigde geen vereiste is voor het toerekenen van APV-vermogen aan de inbrenger.

1259 Omdat niet wordt toegerekend aan een dergelijke op een later moment toegevoegde begunstigde zijn uitkeringen aan deze persoon in beginsel belast met schenkbelasting, terwijl dat niet per se het geval hoeft te zijn bij een uitkering ontvangen door een begunstigde aan wie voor inkomstenbelastingdoeleinden APV-vermogen wordt toegerekend (zie nader paragraaf 14.4.2).

1260 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49, waar wordt opgemerkt dat de mogelijkheid dat personen tussentijds van de lijst van begunstigden worden afgevoerd of dat anderen als begunstigden aan die lijst worden toegevoegd, in de voorgaande jaren in de praktijk niet door de belastingdienst is geconstateerd.

De consequentie van het voorgaande is dat het gedeelte van het APV-vermogen, dat niet langer aan de als begunstigde geschrapte erfgenaam toegerekend kan worden, “herverdeeld” wordt over de overige erfgenamen. Deze hebben dan wel weer de mogelijkheid om bijvoorbeeld bezwaar te maken tegen hun aanslag inkomstenbelasting, maar als zij niet op hun beurt ook het tegenbewijs kunnen leveren sorteert dit vermoedelijk weinig effect. Hierbij is de vraag of het stoppen van de toerekening ingeval van box 1 of box 2-vermogen bij de als begunstigde geschrapte erfgenaam gezien moet worden als een belaste vervreemding. Omdat geen daadwerkelijke realisatie plaatsvindt, is de analyse op dit punt vergelijkbaar met een sfeerovergang als gevolg van het van toepassing worden van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001; hiervoor wordt dan ook verwezen naar paragraaf 14.3.4.3. Ten slotte kan men zich de vraag stellen of een verschuiving in de toerekening een met schenkbelasting belaste vermogensverschuiving impliceert, Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 14.4.4.

14.3.6.6.4 Einde begunstiging voor overlijden inbrenger

Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 lijkt ook geen betrekking te hebben op personen die weliswaar op enig moment begunstigde van het APV zijn geweest, maar dit niet meer zijn en ook uitgesloten is dat zij dit nog kunnen worden op het moment dat de toerekening (ten aanzien van hen voor het eerst¹²⁶¹) getoetst wordt. Daarmee lijkt het mogelijk om te voorkomen dat toerekening aan een bepaalde erfgenaam plaatsvindt, als gevolg waarvan een tijdelijk heffingsvacuüm ontstaat. Dit vereist dat deze erfgenaam definitief ophoudt om begunstigde te zijn van het APV, op een moment dat de inbrenger nog in leven is.

Voorbeeld: afstand van positie als begunstigde voor overlijden van de inbrenger

Stel dat X een APV instelt. X is ongehuwd en heeft één zoon, Y. Y heeft op zijn beurt twee kinderen, A en B. X en al zijn afstammelingen worden aangemerkt als begunstigten van het APV. Y doet echter expliciet en onherroepelijk afstand van zijn positie als begunstigde van het APV en alle daarmee samenhangende rechten.¹²⁶² Indien X vervolgens overlijdt, is Y weliswaar erfgenaam, maar kan hij het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 leveren. Deze bepaling voorziet dan weliswaar in toerekening aan de overige erfgenamen, maar aangezien daarvan geen sprake is, sorteert dat geen effect. Er is bovendien geen grond voor toerekening aan de (resterende) begunstigten, voor het moment A en B. Artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 voorziet weliswaar in de mogelijkheid van toerekening aan begunstigten, maar dit ziet op de situatie waarin de inbrenger, zijn fiscale partner, noch zijn erfgenamen bekend zijn en die situatie doet zich hier niet voor. Het is mijns inziens ook niet mogelijk om alsnog op grond van

1261 Ofwel op het moment van overlijden van de inbrenger, of later zijn erfgenamen, etc.

1262 Ook is denkbaar dat de beheerder van het APV X definitief als begunstigde schraapt.

de antimisbruikmaatregel van artikel 2.14a lid 4 of 6, derde volzin, Wet IB 2001¹²⁶³ tot toerekening te komen. Deze bepalingen grijpen aan bij het testament van de erflater en daar wordt in deze situatie niets mee gedaan. Het voorkomen van de toerekening is hier juist gelegen in het wijzigen van de begunstiging en daar is geen regeling voor getroffen. Het gevolg is dat de toerekening tijdelijk doorbroken wordt; tot het moment dat Y ook overlijdt en toerekening aan zijn erfgenamen aan de orde komt, is er geen basis voor de heffing van inkomstenbelasting ter zake van het APV-vermogen. Daarnaast kan geen fictieve erfrechtelijke verkrijging in aanmerking genomen worden, aangezien artikel 16 lid 1 SW aanknoopt bij de toerekening voor de inkomstenbelasting.¹²⁶⁴

Het lijkt in theorie dan zelfs mogelijk om de toerekening geheel te doorbreken, doordat iedere generatie erfgenamen tijdig, dat wil zeggen tijdens het leven van de inbrenger of de erfgenaam voor hen, definitief ophoudt om begunstigde te zijn. In de praktijk lijkt het mij overigens waarschijnlijk dat op enig moment een of meerdere personen niet tijdig ophouden om begunstigde te zijn, bijvoorbeeld als gevolg van het voortijdig overlijden van degene van wie zij erfgenaam zijn van een ongeval. Bovendien zal logischerwijs op enig moment de behoefte bestaan aan het doen van uitkeringen. Dit is uiteraard mogelijk zolang een persoon nog niet is opgehouden begunstigde te zijn en het eerder ontvangen van uitkeringen doet er op zich ook niet aan af dat men geen begunstigde meer is op het moment van overlijden van de inbrenger. Wel kan ik mij voorstellen dat het structureel proberen te voorkomen van de toerekening, zeker indien dit gepaard gaat met het op een eerder moment wel ontvangen van uitkeringen, van invloed is bij de toepassing van *fraus legis*. Mogelijk kan op grond hiervan alsnog tot toerekening voor de inkomstenbelasting (en heffing van erfbelasting) gekomen worden.

Van *fraus legis* is sprake indien (i) de doorslaggevende reden voor het aangaan van een rechtshandeling belastingverijdeling is en (ii) de gekozen wijze van belastingverijdeling strijdig is met doel en strekking van de wet.¹²⁶⁵ Bij de beoordeling of sprake is van een belastingverijdelingsmotief zal een rol spelen of eenmalig of op structurele basis erfgenamen ophouden begunstigde te zijn. Indien een enkele erfgenaam afstand doet van zijn recht of geschrapt wordt als begunstigde, is goed denkbaar dat dit niet (primair) wordt ingegeven door de fiscale gevolgen. In geval van het systematisch schrappen van begunstigten aan wie toegerekend dreigt te worden is een belastingverijdelingsmotief echter moeilijk te ontkennen.

Aanvullend is dan is nog vereist dat gehandeld wordt in strijd met doel en strekking van de wet. Het oogmerk van de APV-regeling is om tot toerekening van het APV-vermogen

1263 Nader besproken in paragraaf 14.3.6.3 respectievelijk 14.3.6.4.

1264 Deze fictieve erfrechtelijke verkrijging wordt nader besproken in paragraaf 14.4.3.

1265 Zie bijvoorbeeld HR 21 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8603, BNB 1985/32, HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3138, BNB 2001/399 en HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, BNB 2012/127 (en BNB 2012/128).

te komen. Vanuit dat perspectief kan men zeggen dat het (structureel) voorkomen van die toerekening in strijd met de bedoeling van de wet is. Daartegen kan ingebracht worden dat de APV-regeling een gedetailleerde antimisbruikmaatregel is. Het is de vraag of nu de wetgever ruim de mogelijkheid heeft gehad om alle door hem gepercipieerde misbruikmogelijkheden de pas af te snijden, nog ruimte is voor een beroep op *fraus legis*. In het algemeen staat het bestaan van een antimisbruikmaatregel echter niet per definitie aan de toepassing van *fraus legis* in de weg.¹²⁶⁶

14.3.6.7 Veel en/of onbekende erfgenamen

Artikel 2.14a Wet IB 2001 voorziet niet in een regeling voor de situatie waarin niet bekend is wie de erfgenamen zijn van (de erfgenamen van) de inbrenger, dan wel niet duidelijk is voor welk deel zij (uiteindelijk) erfgenaam zijn. Op zich komt dit niet onlogisch voor: er is een systeem voor het geval de inbrenger bekend is en, in het vijfde lid, een regeling voor het geval de inbrenger onbekend is. Indien men weet wie de inbrenger is, ligt voor de hand dat zijn erfgenamen ook te bepalen zijn.

In geval van een recent ingesteld APV lijkt deze conclusie mij ook terecht, maar dit hoeft niet te gelden voor APV's die reeds lange tijd bestonden op het moment van invoering van de APV-regeling. Om een voorbeeld te geven: stelt dat tante X in 1900 een familiestichting in het leven heeft geroepen met oog op de ondersteuning van de afstammelingen van haar vader bij studie en in geval van behoeftigheid. De stichting kwalificeert derhalve als APV. X had zelf geen kinderen en haar erfgenamen waren haar tien neven en nichten. In 2019 zijn deze neven en nichten uiteraard niet meer in leven, noch hun kinderen, zodat de toerekening plaats zou moeten vinden aan de kleinkinderen van de neven en nichten of mogelijk zelfs hun achterkleinkinderen. Stel dat ieder van de neven en nichten en hun afstammelingen gemiddeld drie kinderen had, zijn er 90 tot 270 personen aan wie de toerekening zou moeten plaatsvinden.¹²⁶⁷ Het is wellicht niet onmogelijk om vast te stellen welk procentuele aandeel van het APV-vermogen aan ieder van hen toegerekend dient te worden, maar ten minste zeer gecompliceerd. Ook kan zich wellicht de situatie voordoen dat niet (volledig) duidelijk is wie de erfgenamen van de inbrenger zijn geweest. Voor dergelijke situaties, waarin niet bekend is wie de erfgenamen zijn, of voor welk deel zij erfgenaam zijn, biedt de APV-regeling geen oplossing. Aangezien dit vermoedelijk geen heel frequent voorkomend probleem zal zijn, ligt overigens wellicht meer voor de hand om daar per geval een praktische oplossing voor te treffen, dan om de wet hierop aan te passen. In paragraaf 15.7 ga ik hier nader op in.

¹²⁶⁶ Zie HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5195, BNB 2008/266.

¹²⁶⁷ Afhankelijk van de omvang van het APV-vermogen is het toe te rekenen vermogen per erfgenaam mogelijk zo gering dat de overgangsregeling voor kleine APV's van artikel 10a.7 lid 1 Wet IB 2001 van toepassing kan zijn. In dat geval is de APV-regeling niet van toepassing. Aan deze mogelijkheid ga ik verder voorbij.

Naast problemen bij het vaststellen van de verdeling van de toerekening leidt toerekening aan een groot aantal personen ook tot een administratieve last; iedere erfgenaam moet zijn "aandeel" in het APV-vermogen verantwoorden in zijn aangifte inkomstenbelasting. Daarnaast leidt iedere uitkering door het APV aan een erfgenaam in beginsel tot schenkingen door de overige erfgenamen van een pro rata deel van deze schenking.¹²⁶⁸ Voor iedere "deelschenking" dient getoetst te worden of deze leidt tot de verschuldigdheid van schenkbelasting.

14.3.7 Discretionaire en niet-discretionaire APV's

14.3.7.1 Toepassing APV-regeling bij niet-discretionair (deel van een) APV

In paragraaf 14.2 is besproken dat fixed en discretionary trusts voor de inwerkingtreding van de APV-regeling per 1 januari 2010 fiscaal op verschillende wijze behandeld werden. In het kader van deze regeling rijst derhalve de vraag eveneens in hoeverre een dergelijk onderscheid thans nog relevant is en of discretionaire en niet-discretionaire entiteiten beide onder de APV-regeling vallen.

De parlementaire toelichting op dit punt is tegenstrijdig. Samengevat komt hetgeen hierin is opgemerkt op de volgende twee elkaar uitsluitende standpunten neer:¹²⁶⁹

- (a) Het APV-vermogen wordt (geheel) toegekend aan de inbrenger. Op het moment dat iemand een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV verkrijgt, wordt hij ter zake van deze aanspraak belast.¹²⁷⁰ De inbrenger kan een met de aanspraak corresponderende schuld in aanmerking nemen.
- (b) De APV-regeling geldt alleen voor zover sprake is van een discretionaire entiteit. Voor zover de entiteit niet-discretionair is, vanwege rechtens afdwingbare aanspraken van derden, is de regeling niet van toepassing en is geen sprake van een APV. Degene die de aanspraak heeft wordt hiervoor zelfstandig in de heffing betrokken.¹²⁷¹

Een aantal omstandigheden pleit mijns inziens voor de uitleg onder (a). Zo maakt de

¹²⁶⁸ Zie paragraaf 14.4.2.3.

¹²⁶⁹ Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina's 11 en 51 – 52, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina's 48, 54, 81, 82 en 109, en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina's 30 en 39. Deze tegenstrijdigheid komt ook terug in de toelichting op artikel 4a Uitvoeringsregeling IB 2001 (Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009, pagina 57 – 58). Zie voorts Kamerbrief Staatssecretaris van Financiën d.d. 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 3, waar wordt opgemerkt dat de toerekening slechts geldt voor het discretionaire gedeelte.

¹²⁷⁰ Dit volgt thans ook met zo veel woorden uit artikel 4 lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001. Zie voor de heffing over rechtens afdwingbare aanspraken nader paragraaf 14.3.3.4.

¹²⁷¹ Zie voorts de brief van de Staatssecretaris van 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, paragraaf 3, waar hij opmerkt dat de toerekening alleen voor het discretionaire deel van het APV geldt en concrete rechten in aanmerking worden genomen bij de gerechtigde.

tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001 geen onderscheid tussen discretionaire en niet-discretionaire entiteiten. Een niet-discretionaire entiteit kan evengoed voldoen aan de definitie in het tweede lid en dus als APV kwalificeren. Daarnaast is de in de parlementaire geschiedenis genoemde uitwerking met het in aanmerking nemen van een schuld bij de inbrenger vrij specifiek en kan deze naar mijn mening niet zomaar ter zijde geschoven worden. De opmerking dat het niet-discretionaire deel van een entiteit niet onder de APV-regeling valt is echter wellicht met enige fantasie nog te interpreteren als een taalkundig onzuivere formulering, die inhoudt dat de APV-regeling *de facto* niet van toepassing is bij een niet-discretionair APV. De omgekeerde interpretatie, te weten dat men de APV-regeling alleen toepast bij discretionaire entiteiten en de opmerkingen over het in aanmerking nemen van een schuld bij de inbrenger negeert, is niet sluitend te krijgen. De onduidelijkheid die de wetgever door de tegenstrijdigheden in de parlementaire toelichting geschapen heeft verdient echter bepaald geen schoonheidsprijs.

Een laatste argument voor interpretatie (a) is gelegen in de bedoeling van de wetgever met de APV-regeling, zijnde het voorkomen van heffingslekken. Indien interpretatie (b) gevolgd wordt kan de situatie ontstaan waarin een deel van het APV-vermogen buiten het bereik van de heffing blijft, hetgeen ik zal toelichten aan de hand van het volgende voorbeeld:

Voorbeeld: voorwaardelijke aanspraak

Inbrenger X richt APV A op en brengt hierin box 3-aandelen in met een waarde van € 5.000.000. APV A drijft geen onderneming, zodat het vermogen wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden. APV A is deels discretionair, met als begunstigten X en diens afstammelingen, en deels niet-discretionair. Het niet-discretionaire deel houdt in dat aan de kinderen van X, Y en Z (18 respectievelijk 20 jaar oud), op hun 40^e verjaardag ieder 10% van de aandelen (of hetgeen hier voor in de plaats gekomen is) uitgekeerd krijgen. Het recht op deze uitkering is voorwaardelijk: de begunstigde moet de leeftijd van 40 jaar halen. X, Y en Z wonen allen in Nederland.

Indien interpretatie (b) gevolgd wordt verloopt de belastingheffing naar mijn mening als volgt. Het discretionaire deel van APV A valt onder de APV-regeling en het desbetreffende vermogen wordt toegerekend aan X. Het vermogen waar de aanspraak van Y en Z betrekking op heeft, te weten 20% van de aandelen, valt in het niet-discretionaire deel en wordt niet aan X toegerekend.¹²⁷² X betaalt dus box 3-heffing over een heffingsgrondslag van € 4.000.000. Y en Z moeten daarnaast box 3-heffing betalen over hun aanspraak op 10% van de aandelen elk. Bij de waardering van de aanspraak kan echter rekening gehouden worden met de voorwaarde, zodat de aanspraak niet

¹²⁷² Zie bijvoorbeeld de Kamerbrief Staatssecretaris van Financiën d.d. 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 3.

€ 500.000 per persoon waard is, maar bijvoorbeeld slechts € 350.000. In totaal wordt dan geheven over € 4.700.000 en valt € 300.000 buiten de heffing. Er doet zich als gevolg van de voorwaarde dus een heffingsvacuüm voor.

Bij een aanspraak die ziet op in contanten aangehouden vermogen, bijvoorbeeld als X € 5.000.000 op een bankrekening van APV A had gestort en Y en Z ieder een recht hadden gekregen op een uitkering van € 500.000, kan de discrepantie tussen de waarde in het economische verkeer en de voorwaardelijke aanspraak mogelijk opgelost worden. In dat geval kan rekening gehouden worden met niet alleen de contante waarde van het bedrag van de uitkering op het moment toekenning, maar ook met de waardedrukkende factor die de voorwaarde met zich brengt. Deze waarde wordt vervolgens afgetrokken van de waarde die wordt toegerekend aan X en aldus ontstaat een sluitend systeem. Jaarlijks is dan het bedrag dat niet wordt toegerekend aan X iets groter, omdat de waarde van de aanspraak stijgt. Bij een aanspraak op een specifiek goed is het mijns inziens echter niet mogelijk om bij de inbrenger rekening te houden met een waardedrukkende factor in verband met een voorwaarde, althans niet als het uitgangspunt is dat het desbetreffende vermogen niet onder de APV-regeling valt. Dit kan wel als het vermogen wordt toegerekend en een (jaarlijks in omvang toenemende) schuld in aanmerking wordt genomen wordt bij X. Om het heffingsvacuüm te voorkomen moet dus interpretatie (a) gevolgd worden.¹²⁷³ In dat geval wordt met een waardedrukkend effect rekening gehouden bij zowel de inbrenger als de begunstigde met een afdwingbare aanspraak, zodat zich geen heffingslek kan voordoen.

Naar mijn mening zou de uitwerking er bij een (deels) niet-discretionair APV er dus op neer moeten komen dat degene, die de rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV heeft, hierover belasting betaalt. De inbrenger krijgt desalniettemin het gehele APV-vermogen toegerekend, inclusief het vermogen waar de desbetreffende aanspraak op ziet. Hij kan echter een met de aanspraak corresponderende schuld in aanmerking nemen, hetgeen met zich kan brengen dat hij per saldo geen inkomstenbelasting betaalt ter zake van het vermogen waar de aanspraak betrekking op heeft. Op het moment dat daadwerkelijk een uitkering plaatsvindt aan degene die de aanspraak heeft, leidt dit niet tot belastingheffing bij de inbrenger. Voor zover sprake is van een (in beginsel

1273 Volledigheidshalve merk ik op dat ook interpretatie (a) tot gevolg kan hebben dat vermogen buiten de Nederlandse belastingheffing blijft. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een APV met een kunstvoorwerp waarop een afdwingbaar recht betrekking heeft. Het kunstvoorwerp wordt toegerekend aan de inbrenger, die de vrijstelling van artikel 5.8 Wet IB 2001 kan toepassen en een schuld aan de begunstigde in aanmerking neemt. Voor de inbrenger leidt dit derhalve tot een verlaging van zijn box 3-vermogen. Als de begunstigde bovendien niet in Nederland woont, wordt zijn aanspraak hier niet belast (vergelijk tevens Boer in diens noot onder BNB 2015/152, punt 14). Het verschil met interpretatie (b) is dat bij deze laatste interpretatie een deel van de vermogenswaarde daadwerkelijk buiten het bereik van de belastingheffing kan komen. Bij interpretatie (a) kan weliswaar de situatie ontstaan waarin Nederland niet over het gehele vermogen kan heffen c.q. de Nederlandse heffingsgrondslag beperkt wordt, maar in beginsel bevindt het gehele vermogen zich in de heffings sfeer. Het zijn bijkomende omstandigheden die veroorzaken dat niet het volledige vermogen in de heffing betrokken wordt. Een heffingsvacuüm versus een heffingslek, zo men wil.

toe te rekenen) inkomst van het APV die wordt doorbetaald, wordt de inbrenger mijns inziens niet geacht de desbetreffende inkomst te genieten.

Voorbeeld: aanspraak ter zake van box 2-vermogen

Inbrenger A stelt een APV in en brengt hierin 100% van de aandelen X BV in. De begunstigten van het APV zijn A en zijn afstammelingen. Daarnaast heeft het APV een rechtens afdwingbare aanspraak toegekend aan B, de partner van A, met wie hij ongehuwd samenwoont. De aanspraak van B houdt in dat, indien A overlijdt en B op dat moment nog leeft, B gedurende de rest van haar leven de dividenden die het APV van X BV ontvangt dooruitgekeerd krijgt. Overigens is het APV discretionair, met A en zijn afstammelingen als begunstigten. Vervolgens overlijdt A. Hij heeft een testament gemaakt op grond waarvan zijn dochter C als enige erfgenaam de bloot eigendom van zijn nalatenschap verkrijgt en B het vruchtgebruik.

Het APV-vermogen wordt toegerekend aan C, als enig erfgenaam. C heeft derhalve een aanmerkelijk belang in X BV. B heeft daarnaast op grond van haar aanspraak tevens een aanmerkelijk belang.¹²⁷⁴ Indien X BV een dividend uitkeert, wordt het dividend door de bestuurder van het APV uitgekeerd aan B, uit hoofde van diens aanspraak. B geniet dus een regulier voordeel in de zin van artikel 4.12 sub a Wet IB 2001. Men kan wellicht zeggen dat het dividend op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 eveneens wordt toegerekend aan C, maar naar mijn mening is geen sprake van genieten in de zin van artikel 4.43 lid 1 Wet IB 2001. Er kan een parallel getrokken worden met een situatie waarin sprake is van een verplichting tot doorbetaling van het dividend. Indien B in economische zich gerechtigd zou zijn tot het dividend en C uit dien hoofde het van X BV ontvangen dividend zou hebben doorbetaald, is er geen twijfel dat B de genietster is van het dividend en niet C.

Ten slotte kan zich ook indien slechts sprake is van afdwingbare aanspraken en een entiteit dus geen discretionair element heeft de situatie voordoen dat niet het gehele vermogen in de heffing betrokken wordt, althans indien de entiteit niet kwalificeert als APV. Dit doet zich voor indien als gevolg van voorwaarden of tijdsbepalingen een deel van de afdwingbare aanspraken pas in de toekomst tot uiting komt, bij personen die in het jaar waarin de belastingheffing moet plaatsvinden nog niet bestaan.

Voorbeeld: toekomstige aanspraken

In 2019 stelt inbrenger X trust Y in. Hij brengt een bedrag aan liquide middelen in van € 10.000.000. Trust X is een irrevocable fixed trust, waarbij iedere afstamming van X vanaf het bereiken van de leeftijd van 18 jaar gedurende 50 jaar een uitkering ontvangt

¹²⁷⁴ Artikel 4.3 Wet IB 2001.

van € 50.000 per jaar, zolang het trustvermogen hiervoor toereikend is. De trust houdt op te bestaan op het moment dat het gehele vermogen aldus is uitgekeerd, of 200 jaar na instelling. Voor het geval de trust beëindigd wordt door het verstrijken van de 200 jaar is bepaald dat alle op dat moment in leven zijnde afstammelingen van X een evenredig deel van het dan resterende trustvermogen zullen ontvangen. Indien er geen in leven zijnde afstammelingen van X zijn, gaat het resterende vermogen naar een goed doel. Aldus is ter zake van het gehele trustvermogen sprake van afdwingbare aanspraken, zij het dan sommige daarvan (ver) in de toekomst liggen.

In 2020 zijn er twee afstammelingen van X, die aanspraak kunnen maken op uitkering uit de trust. Naar mijn mening dient hun aanspraak gekwalificeerd te worden als een recht op periodieke uitkeringen. Afhankelijk van hoe men een fixed trust kwalificeert onder de APV-regeling, wordt dit recht c.q. worden deze periodieke uitkeringen gezien als afkomstig van X als inbrenger (de trust is een APV) of vanuit de trust (de trust is geen APV). In beide gevallen is mijns inziens sprake van een recht op periodieke uitkeringen dat in box 3 valt. Indien X geacht wordt de uitkeringen te doen, omdat uitkeringen van bloed- en aanverwanten in de rechte lijn geen uitkeringen zijn in de zin van artikel 3.101 lid 1 Wet IB 2001, en indien de uitkeringen geacht worden afkomstig te zijn uit de trust, omdat de uitkeringen de tegenwaarde voor de inbreng vormen¹²⁷⁵, zodat artikel 3.101 lid 1 sub c Wet IB 2001 niet van toepassing is, en voorts de trust geen rechtspersoon is, zodat geen sprake is van periodieke uitkeringen als bedoeld in artikel 3.101 lid 1 sub d Wet IB 2001. De rechten op periodieke uitkeringen dienen derhalve gewaardeerd te worden op grond van artikel 5.22 lid 1 Wet IB 2001 jo. artikel 19 Uitvoeringsbesluit IB 2001.

Stel dat de waarde van de rechten op periodieke uitkeringen van X in 2020 tezamen een waarde hebben van € 2.000.000. Dan resteert een waarde van € 8.000.000 die niet bij hen in de heffing betrokken wordt. Indien trust Y niet kwalificeert als APV, blijft de waarde van € 8.000.000 buiten de heffing. Er wordt geen vermogen toegerekend aan X, dat bij hem belast kan worden. De kinderen van X hebben evenmin een aanspraak op deze waarde, zodat die ook niet bij hen in de heffing betrokken kan worden. Het is zeker dat het trustvermogen op enig moment tot uitkering zal komen onder afdwingbare aanspraken, maar het is nog niet duidelijk wie precies welke aanspraken zal hebben. De personen die deze aanspraken zullen krijgen, bestaan nog niet.¹²⁷⁶ Daarmee is er niemand bij wie de € 8.000.000 belast kan worden en daarmee een significant heffingslek. Dit punt speelt niet indien Trust Y als APV gezien wordt, want dan wordt het trustvermogen toegerekend aan X en bij hem belast in box 3, waarbij de verplichting

1275 Zie HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18 (en BNB 2007/19) en HR 20 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY5991, BNB 2008/122.

1276 Met uitzondering van het goede doel, indien al een concreet goed doel aangewezen is. Zelfs dan is deze aanspraak aan zodanige beperkingen onderworpen (significant tijdsverloop, grote kans dat er wel afstammelingen zullen zijn), dat hieraan naar mijn mening (nagenoeg) geen waarde toegekend kan worden.

tot het doen van periodieke uitkeringen in aftrek komt als schuld. In deze situatie wordt de volledige waarde van het trustvermogen in de belastingheffing betrokken.

Derhalve zou naar mijn mening de meest zuivere benadering zijn om ook een niet-discretionair (deel van een) entiteit onder het bereik van de APV-regeling te brengen, waarbij de inbrenger alle goederen en schulden van de entiteit toegerekend krijgt, maar daartegenover de schulden, die corresponderen met de aanspraken uit hoofde van het niet-discretionaire deel, eveneens in aanmerking kan nemen. Deze benadering heeft bovendien als voordeel dat, indien sprake is van een begunstigde met een aanspraak in geld die geen verband houdt met bepaalde goederen van het APV, geen problemen ontstaan bij het bepalen welke goederen dan (gedeeltelijk) niet toegerekend moeten worden. Doorgaans zal het resultaat zijn dat de inbrenger per saldo niet in de heffing betrokken wordt voor het met de afdwingbare aanspraken van anderen verband houdende vermogen. De Hoge Raad heeft echter in zijn arrest van 15 april 2015¹²⁷⁷ anders beslist en geoordeeld dat het vermogen van een fixed trust niet wordt toegerekend aan de inbrenger op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Volledigheidshalve merk ik op dat de trust in kwestie, althans in de interpretatie van de Hoge Raad, geen discretionaire elementen had. Op welke wijze de Hoge Raad om zou gaan met een entiteit die deels discretionair en deels niet-discretionair is, is nog onduidelijk.

14.3.7.2 HR 10 april 2015, BNB 2015/152

Uit HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, BNB 2015/152, volgt dat de APV-regeling niet van toepassing is op niet-discretionaire entiteiten. De feiten van de desbetreffende casus waren kort gezegd als volgt. Een vader had een irrevocable trust ingesteld ten behoeve van zijn dochter. In de trustakte was bepaald dat de dochter op bepaalde momenten bedragen uit de trust zou ontvangen: (i) tot haar 21^e een door de trustee te bepalen deel van het trustinkomen, (ii) vanaf haar 21^e tot haar 30^e per jaar 2% van het trustvermogen, (iii) op haar 30^e 50% van het trustvermogen en ten slotte (iv) op haar 50^e het resterende trustvermogen. In geval van overlijden van de dochter diende het trustvermogen uitgekeerd te worden aan (a) de door de dochter in haar testament aangewezen afstammelingen, (b) bij het ontbreken van een testament aan de afstammelingen voor gelijke delen, (c) bij het ontbreken van afstammelingen van de dochter aan de afstammelingen van de zoon van de settlor voor gelijke delen en (d) bij ontbreken van afstammelingen van beide aan kwalificerende goeddoelinstellingen. Ter zake van de trust was een transparantieovereenkomst gesloten met de belastingdienst, waarin de trust als een irrevocable fixed trust werd aangemerkt.

Het geschil had betrekking op artikel XA lid 1 sub a van de Wet tot wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten, betreffende de mogelijkheid om

¹²⁷⁷ BNB 2015/152, nader te bespreken in paragraaf 14.3.7.2 hierna.

bij de afzondering van vermogen in een APV voor 1 januari 2010 geheven schenkings- of successierecht (gedeeltelijk) terug te vragen. Het hof¹²⁷⁸ oordeelde in dit verband dat niet voldaan was aan de voorwaarden voor teruggave van het eerder geheven schenkingsrecht, omdat geen afgezonderd particulier vermogen kon worden toegerekend aan de inbrenger/vader. Uit de parlementaire geschiedenis¹²⁷⁹ van artikel 2.14a Wet IB 2001 leidt het hof af dat aan de toerekening van APV-vermogen slechts wordt toegekomen indien de bevoegdheden van de bij de trust betrokken personen ten aanzien van de uitkeringen zo ruim geformuleerd zijn, dat onduidelijk is wie gerechtigd is tot (een deel van) het onder trustverband geplaatste vermogen. Als daarentegen duidelijk is aan wie en onder welke voorwaarden vermogen wordt uitgekeerd, dan is volgens het hof sprake van een economische deelgerechtigdheid¹²⁸⁰ in de zin van artikel 2.14a lid 2 sub b Wet IB 2001 en derhalve niet van een APV. Dit laatste is naar het oordeel van het hof in casu het geval.

De Hoge Raad gaat allereerst in op de economische deelgerechtigdheid en legt dit begrip aanmerkelijk beperkter uit dan het hof: in de ogen van de Hoge Raad heeft dit begrip blijkens de parlementaire toelichting betrekking op samenwerkingsverbanden zoals personenvennootschappen. Bovendien kan niet iedere gerechtigdheid tot vermogensbestanddelen ook aangeduid worden als een *deelgerechtigdheid*. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de bedoeling van wetgever met de APV-regeling en beoordeelt hij in het licht daarvan de onderhavige trust. Gezien de door het hof vastgestelde feiten kan geen andere conclusie getrokken worden dan dat de trust dient tot het in stand houden van het hierin ingebrachte vermogen en het aanwenden daarvan ten gunste van de dochter, die als enige rechthebbende op het trustvermogen is aangewezen. Interessant is dat de omstandigheid dat een regeling getroffen is voor de situatie dat de dochter overlijdt zonder testament en zonder afstammelingen, hetgeen als een beperkt voorwaardelijk element aan de begunstiging gezien kan worden, hier naar de mening van de Hoge Raad niet aan afdoet.¹²⁸¹ Als gevolg hiervan is geen sprake van een discretionaire entiteit en derhalve houdt het oordeel van het hof dat geen bezittingen van de trust aan de inbrenger toegerekend kunnen worden geen onjuiste rechtsopvatting in. Daar van uitgaand heeft het hof terecht geconcludeerd dat geen beroep gedaan kan worden op de teruggave van schenkingsrecht.

De Hoge Raad geeft hierbij geen expliciet antwoord op de vraag of een niet-discretionaire entiteit een APV kan zijn, daarmee kennelijk ruimte latend voor de mogelijkheid dat wel

1278 Hof Amsterdam 12 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2884.

1279 Gezien de tegenstrijdigheden in de desbetreffende parlementaire toelichting (zie paragraaf 14.3.7.1) vereist dit naar mijn mening een wat eenzijdige lezing van deze toelichting. Zie tevens de kritiek van Boer op dit punt (J.P. Boer, Het APV-regime; overzicht en actuele ontwikkelingen, WPNR 2013/6995, paragraaf 3.2).

1280 Het hof spreekt overigens in rechtsoverwegingen 5.5 en 5.6 van een economische gerechtigdheid in plaats van een economische deelgerechtigdheid, zodat men zich kan afvragen of het hof hier niet twee begrippen door elkaar haalt.

1281 Zie voor de kritiek van Boer hierop diens noot onder het arrest (BNB 2015/152), punten 16 – 20.

sprake is van een APV, maar desalniettemin geen toerekening plaatsvindt op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Deze vraag wordt dan ook na het arrest nog op verschillende wijze beantwoord in de literatuur. Zo wordt in de aantekening in V-N onder het arrest¹²⁸² opgemerkt dat de Hoge Raad duidelijk maakt dat een (enig) begunstigde van een afgezonderd vermogen weliswaar economisch gerechtigd is tot dat vermogen, maar dat dit geen economische deelgerechtigdheid doet ontstaan, zodat, nu ook geen sprake is van de uitreiking van aandelen, winstbewijzen, e.d., een fixed trust een APV is. Op dezelfde lijn zitten Koele¹²⁸³ en Pak¹²⁸⁴, alsmede de redactie van Fiscaal up to Date¹²⁸⁵. Daarentegen is Grauss van mening dat de Hoge Raad een fixed trust niet als APV kwalificeert¹²⁸⁶ en ook Boer lijkt deze mening toegedaan¹²⁸⁷.

Voor de fiscale gevolgen¹²⁸⁸ lijkt mij niet relevant of men een niet-discretionaire entiteit geheel niet als APV beschouwt, dan wel een APV ziet, maar hier desondanks de toerekening van artikel 2.14a Wet IB 2001 niet op toepast. In beide gevallen is de APV-regeling niet van toepassing, met als gevolg een mogelijkheid dat zich een heffingslek voordoet.¹²⁸⁹ Desalniettemin valt op dat de Hoge Raad op dit punt geen expliciete uitspraak heeft gedaan. Voor de conclusie dat toch sprake is van een APV spreekt dat geen sprake is van een economische deelgerechtigdheid. Nu zich een geval voordoet van een afgezonderd vermogen waarmee een particulier belang wordt beoogd, terwijl de uitzonderingen van artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 zich niet voordoen, is naar de tekst van de wet sprake van een APV. Daartegen spreekt echter het niet toerekenen van het trustvermogen: de logische consequentie van het aanmerken van een entiteit als APV is dat toerekening plaats dient te vinden, behoudens de uitzondering van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, dus als de toerekening toch niet plaatsvindt, is de vraag wat daar de juridische basis voor is. De wettekst biedt hiervoor althans geen aanknopingspunten. De Hoge Raad heeft derhalve met zijn arrest nog geen volledige duidelijkheid geschapen.

Duidelijkheid is er voorts niet voor wat betreft de behandeling van gemengde entiteiten, bijvoorbeeld een trust die deels discretionary en deels fixed is. In de casus van het arrest was, althans in de interpretatie van de Hoge Raad, sprake van een volledige fixed trust. Indien een entiteit echter deels discretionair en deels niet-discretionair is, is ten minste ter zake van het discretionaire gedeelte de APV-regeling van toepassing. Dan rijst de vraag of in dat geval toch voor het geheel sprake is van een APV en het gehele APV-vermogen, alsmede een met de afdwingbare rechten van de begunstigten

1282 V-N 2015/20.10.

1283 I.A. Koele, De reikwijdte van het APV regime, Vakblad estate planning 2015/33, pagina 7, alsmede pagina 8.

1284 R.T.A. Pak, Geen teruggaaf schenkingsrecht na invoering APV-wetgeving, Belastingadvies 2015/11.10.

1285 FutD 2015-0927.

1286 Zie FED 2015/50, punt 7.

1287 Zie zijn noot in BNB 2015/152, punten 13 – 15.

1288 Zie evenwel W.R. Kooiman, Het nieuwe trustarrest: Hoge Raad, nr. 13/04999, NTFR-B2017/43, paragraaf 4, die mede ingaat op de fiscale gevolgen in geval van een APV dat ophoudt discretionair te zijn.

1289 Zie paragraaf 14.3.7.1.

van het niet-discretionaire gedeelte corresponderende schuld, toegerekend moet worden aan de inbrenger, conform hetgeen hierover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt.¹²⁹⁰ Het alternatief is dat de toerekening aan de inbrenger slechts plaatsvindt voor zover de entiteit discretionair is.¹²⁹¹ Het nadeel van de tweede benadering is echter dat indien de rechten van de begunstigten niet te koppelen zijn aan specifieke vermogensbestanddelen, moeilijk te bepalen kan zijn welke goederen wel en welke niet (al dan niet gedeeltelijk) toegerekend moeten worden aan de inbrenger. Dit probleem doet zich bij toerekening van alle goederen en een schuld aan de begunstigten niet voor.¹²⁹² In dit laatste geval speelt bovendien niet de vraag aan wie het niet-discretionaire deel van het APV-vermogen dan wel toegerekend wordt, gezien de omstandigheid dat de begunstigten met afdwingbare rechten ter zake van het recht in de heffing betrokken worden en niet ter zake van het vermogen zelf.^{1293 1294} De wijze waarop de regeling op dergelijke gemengde entiteiten toegepast dient te worden, zal nog moeten blijken.

14.3.7.3 Heffing ter zake van afdwingbare rechten

De heffing ter zake van rechtens afdwingbare aanspraken is reeds besproken in paragraaf 14.3.3.4. Eenvoudshalve verwijs ik derhalve daar naar.

Met betrekking tot rechtens afdwingbare aanspraken jegens een APV zij op dit punt slechts nog opgemerkt dat in de literatuur betoogd is dat deze zouden kwalificeren als economische deelgerechtigdheid in de zin van artikel 2.14a lid 2 sub b Wet IB 2001, zodat het niet-discretionaire deel van een entiteit om die reden niet onder de APV-regeling zou vallen.¹²⁹⁵ Gezien de beperkte uitleg die de Hoge Raad in het hiervoor besproken

1290 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina's 11 en 51, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 82, en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 39. Zie voorts de toelichting op artikel 4a Uitvoeringsregeling IB 2001 (Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009, pagina 57 – 58).

1291 Met andere woorden: het is nog steeds noodzakelijk om een keuze te maken tussen benadering (a) of benadering (b), zoals besproken in paragraaf 14.3.7.1.

1292 Wel eventueel waarderingsproblematiek, die bemoeilijkt kan worden doordat inbrenger en begunstigten nu een tegengesteld belang hebben.

1293 Artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001 (zie tevens de toelichting hierop, Staatscourant 2009, nr. 20549, pagina 57 – 58). Afhankelijk van het antwoord op de vraag of het niet-discretionaire gedeelte slechts buiten de toerekening aan de inbrenger blijft of ook niet als APV wordt aangemerkt, kan deze bepaling bij strikte lezing een dode letter worden. De tekst refereert aan een juridisch afdwingbaar recht jegens een APV, hetgeen zich niet voor kan doen als men het niet-discretionaire gedeelte niet als APV aanmerkt.

1294 Ook bij de volledige niet-discretionaire entiteit van BNB 2015/152 concludeert de Hoge Raad overigens niet tot toerekening van het trustvermogen aan de dochter; hij laat in het midden aan wie dit vermogen toegerekend dient te worden, maar oordeelt slechts dat geen sprake is van toerekening op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001.

1295 Boer en Freudenthal, WPNR 2009/6802, paragraaf 2; Peters van Neijenhof, Forfaitair 2009, paragraaf 4.3, Roelofs, WFR 2010/6887, paragraaf 4 en Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 3.4. Boer komt elders overigens tot de conclusie dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook *fixed trusts* onder de werking van het APV-regime te brengen en dat zowel de in een niet-discretionair doelvermogen afgezonderde vermogensbestanddelen als de met de afdwingbare aanspraak corresponderende schuld

arrest van 10 april 2015 aan het begrip economische deelgerechtigdheid geeft, is deze argumentatie echter achterhaald.

14.3.8 Kwalificatie bij herroepelijkheid

Een potentieel als APV kwalificerende entiteit kan een herroepelijk karakter hebben, waarbij onderscheid gemaakt dient te worden tussen twee situaties: de instelling van de entiteit als zodanig is herroepelijk, zoals bij een revocable trust, of slechts de overdracht van vermogen aan een overigens onherroepelijk ingestelde entiteit is herroepelijk.

In beide gevallen rijst de vraag in hoeverre deze herroepingsmogelijkheid tot gevolg kan hebben dat de entiteit niet als APV kwalificeert, terwijl dat bij een onherroepelijke entiteit c.q. inbreng wel het geval zou zijn geweest. Ik ga bij het navolgende steeds uit van een herroepingsmogelijkheid die slechts afhankelijk is van de wil van de inbrenger en niet (tevens) van overige voorwaarden. Tevens ga ik uit van een herroepingsmogelijkheid die geen terugwerkende kracht heeft en dus de rechtsgevolgen tot aan het moment van herroeping in stand laat.¹²⁹⁶

Vooropgesteld zij dat de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001 geen onderscheid maakt tussen herroepelijke en onherroepelijke entiteiten, noch tussen een herroepelijke en een onherroepelijke afzondering van vermogen. Daar vanuit gaand hoeft een herroepingsmogelijkheid dus niet in de weg te staan aan de kwalificatie van een entiteit als APV. De parlementaire geschiedenis bij de APV-regeling noemt het woord “herroepelijk” geheel niet en “onherroepelijk” slechts eenmaal, te weten de onherroepelijke aanwijzing van beneficiaries in het kader van een voorbeeld. Duidelijk is dat met de mogelijkheid van een element van herroepelijkheid bij de instelling van een APV geen rekening is gehouden.

Boer bespreekt in het kader van zijn onderzoek naar de kwalificatie van trusts de wijzen waarop een revocable trust beschouwd kan worden.¹²⁹⁷ Samengevat zijn de volgende zienswijzen mogelijk:

- (a) Zolang de trust niet herroepen is, is sprake van een geldig tot stand gekomen trust, met de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Er kan in dit verband een parallel getrokken worden met de civielrechtelijke behandeling van herroepelijke schenkingen en overeenkomsten onder ontbindende voorwaarde onder het Nederlandse recht: zolang herroeping of ontbinding niet heeft plaatsgevonden, is

aan de inbrenger toegerekend worden (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.5.3.1 en diens noot bij de uitspraak van rechtbank Haarlem van 21 december 2011, NTFR 2012-852; zie voorts Boer, WPNR 2013/6995, paragraaf 3.2).

¹²⁹⁶ Vergelijk voor de trust Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.4.

¹²⁹⁷ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 8.4, alsmede de daar aangehaalde literatuur.

sprake van een geldige overeenkomst, met de daarbij behorende rechtsgevolgen, tot het moment van herroeping c.q. ontbinding. In oudere fiscale jurisprudentie is een revocable trust ook als bestaand erkend.

- (b) Gezien de beschikkingsmacht die de settlor van een revocable trust heeft, kan deze trust als transparant worden aangemerkt. Een voorbeeld hiervan is de fiscale behandeling in de US van een zogenoemde grantor trust. Er kan een parallel getrokken worden met de jurisprudentie inzake de transparantie van stichtingen.¹²⁹⁸

Uit de door Boer aangehaalde literatuur volgt dat beide visies verdedigd worden. Boer is zelf van mening dat de bestaande civielrechtelijke verhoudingen als uitgangspunt genomen dienen te worden. Aangezien civielrechtelijk gezien een revocable trust evenzeer geldig is als een irrevocable trust, gaat het te ver om de eerste louter vanwege de mogelijkheid tot herroepen fiscaal te negeren. Daartoe kan wel reden zijn indien een specifieke wettelijke bepaling daartoe noopt, of indien sprake is van strijd met doel en strekking van de belastingwet. Daarvan is zijns inziens evenwel geen sprake.

Het beleid met betrekking tot de fiscale behandeling van trusts geeft voorts geen aanleiding om te veronderstellen dat een onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen revocable en irrevocable trusts:

- Beleid¹²⁹⁹ met betrekking tot zogenoemde emergency trusts¹³⁰⁰ geeft weliswaar een goedkeuring op grond waarvan de trust voor de Nederlandse belastingheffing genegeerd kon worden tot het moment dat deze onherroepelijk werd als gevolg van het intreden van de emergency, maar hieraan is de voorwaarde gekoppeld dat de settlor tot dat moment het volledige economische belang bij en de zeggenschap over het trustvermogen had behouden. Hieraan kan mijns inziens in ieder geval niet ontleend worden dat de staatssecretaris revocable trusts in algemene zin fiscaal transparant acht en wellicht eerder een aanwijzing voor het omgekeerde.
- Daarnaast zijn er meerdere besluiten geweest met betrekking tot de fiscale behandeling van trusts en later ook de Antilliaanse SPF en andere vormen van “zwevend vermogen”.¹³⁰¹ Hierin wordt geen onderscheid gemaakt tussen

¹²⁹⁸ Zie hiervoor nader paragraaf 14.3.10.

¹²⁹⁹ Besluit van 15 juni 1988, nr. DB88-3940, V-N 1988/2031, 12, later vervangen door het besluit van 22 november 2000, nr. CPP2000/1933M.

¹³⁰⁰ Een trust die beoogde te voorkomen dat (buitenlands) vermogen in beslag werd genomen, bijvoorbeeld omdat dit als vijandelijk werd aangemerkt, doordat het op moment van intreden van de noodtoestand werd aangemerkt als vermogen van een (lokale) trustee. Tot het moment was intreden van de noodtoestand was de trust veelal herroepelijk (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 8.4.1).

¹³⁰¹ Besluit van 16 december 1993, nr. DB93/4451, besluit van 22 juni 1995, nr. DB95/1771M, besluit van 10 februari 2000, nr. DB99/4199M, BNB 2000/154, besluit van 8 december 2000, nr. CPP2000/2816M, besluit

herroepelijke en onherroepelijke figuren, anders dan in (i) de constatering dat de trustarresten van 1998 betrekking hebben op een irrevocable discretionary trust en (ii) de opmerking dat een vaststellingsovereenkomst voor dergelijke situaties niet mogelijk is. Slechts in de laatste versie van het besluit is hier aan toegevoegd dat in die situaties het vermogen de beschikkingsmacht van de settlor definitief verlaten heeft. In alle overige gevallen was het sluiten van een transparantieovereenkomst kennelijk mogelijk, ook indien sprake was van een element van herroepelijkheid, hetgeen suggereert dat dit aspect wellicht van enig, maar niet van doorslaggevend belang is bij de fiscale kwalificatie van een trust of vergelijkbare rechtsfiguur.

Ten slotte merk ik op dat in enkele oudere fiscale uitspraken¹³⁰² een revocable trust als bestaand is erkend. Het gaat hier echter om vrij specifieke situaties, waarbij (mede) sprake was van een herroepingsmogelijkheid die afhankelijk was van de goedkeuring van een derde en dus niet slechts van de enkele wil van de settlor. Hieraan is derhalve ook geen duidelijke conclusie te ontleen.

Men houde in gedachten dat het voorgaande betrekking heeft op de regels geldend voor invoering van de APV-regeling per 2010. De nadien verschenen literatuur die ingaat op de herroepelijkheid van een entiteit, dan wel de inbreng, in relatie tot de kwalificatie als APV is beperkt. Boer en Freudenthal merken op dat kan worden betoogd dat het recht om de instelling van een trust te herroepen een zekere economische (deel) gerechtigdheid vertegenwoordigt, als gevolg waarvan huns inziens geen sprake is van een APV. Hoewel de mogelijkheid tot herroeping geen volledige economische gerechtigdheid inhoudt, vereist artikel 2.14a Wet IB 2001 dit ook niet. Enige economische deelgerechtigdheid, van welke omvang en in welke vorm dan ook stelt naar hun mening het APV-regime buiten werking.¹³⁰³ Gezien de beperkte uitleg die de Hoge Raad geeft aan het begrip economische deelgerechtigdheid¹³⁰⁴ lijkt dit standpunt mij echter niet langer houdbaar.

Civilrechtelijk zijn echter zowel de herroepelijke schenking als de overeenkomst onder ontbindende voorwaarde als geldig beschouwd totdat de herroeping c.q. ontbinding heeft plaatsgevonden. Ook in fiscale zin wordt dit gevolgd,¹³⁰⁵ zie bijvoorbeeld HR 12 september

van 22 oktober 2002, nr. CPP2002/2773M, NTFR 2002/1607 en besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, V-N 2006/15.1 (het laatste besluit is ingetrokken bij besluit van 16 december 2009, nr. CPP2009/2357M, Staatscourant nr. 20099, 23 december 2009).

1302 Hof Den Haag 5 oktober 1962, ECLI:NL:GHSGR:1962:AX9782, BNB 1963/118 en hof's-Hertogenbosch 24 april 1964, ECLI:NL:GHSHE:1964:AX8342, BNB 1964/265.

1303 Boer en Freudenthal, WPNR 2009/6802, paragraaf 4. In vergelijkbare zin Roelofs, WFR 2010/6887, paragraaf 4.

1304 Zie paragraaf 14.3.7.2.

1305 Vergelijk J.W. Zwemmer, Fiscaal- en civilrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling, Kluwer Deventer 1997, die de gevolgen van voorwaarden en tijdsbepalingen voor verschillende heffingen bespreekt.

1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4376, BNB 1991/251 voor de aanmerkelijkbelangregeling en artikel 53 lid 1 SW voor de schenk- en erfbelasting.¹³⁰⁶ Dit in aanmerking nemend zie ik geen reden om een herroepelijke inbreng in een APV, dan wel de herroepelijke instelling van een APV bij ontbreken van concrete aanwijzing in die richting op afwijkende wijze te behandelen.

Samenvattend maken noch de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001, noch de bijbehorende parlementaire geschiedenis, onderscheid tussen een onherroepelijke en een herroepelijke afzondering van vermogen in een APV. Voorts werd voor invoering van de APV-regeling evenmin duidelijk een dergelijk onderscheid gemaakt. Daarnaast worden zowel in civielrechtelijke als in fiscale context herroepelijke schenkingen en overeenkomsten onder ontbindende voorwaarde als geldig aangemerkt zolang de voorwaarde niet vervuld is. Derhalve concludeer ik dat ook in geval van de instelling van een herroepelijke entiteit of van een herroepelijke inbreng de APV-regeling van toepassing is, tot het moment dat de herroeping daadwerkelijk plaatsvindt.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het al dan niet van toepassing zijn van de APV-regeling vermoedelijk in de meeste gevallen tot dezelfde uitkomst zou leiden. Indien men waarde hecht aan de mogelijkheid tot herroeping, leidt dit logischerwijs tot toerekening aan degene die dit herroepingsrecht heeft en dit zal veelal de inbrenger zijn. Toerekening aan de inbrenger op grond van het herroepingsrecht of op grond van de APV-regeling zal in principe tot vergelijkbare uitkomsten leiden.

14.3.9 Fiscale transparantie of toerekening

Een belangrijke vraag is of de APV-regeling leidt tot toerekening van het APV-vermogen aan de inbrenger, of tot fiscale transparantie. Aangezien de fiscale gevolgen van beide mogelijkheden van elkaar kunnen verschillen (zie nader hierna) is noodzakelijk om vast te stellen welke van de twee zich voordoet.

De wetgever heeft op dit punt echter bepaald voor onduidelijkheid gezorgd. Weliswaar spreekt de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001 consistent van toerekening, maar de parlementaire geschiedenis is niet zo eenduidig, aangezien beide concepten door elkaar heen gebruikt worden, zie bijvoorbeeld de volgende passages:¹³⁰⁷

1306 In de literatuur wordt de geldigheid van een herroepelijke schenking ook vrij algemeen aanvaard, zie M.M. Bavinck en H.F. van Joolingen, Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking, WFR 2005/6632, I.J.F.A. van Vijfeijken, De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking, WPNR 2008/6744, F. Houwer en H.R. Bruggink, De herroepelijke schenking, civiel- en fiscaalrechtelijk gezien, WFR 2009/6799.

1307 Aanvullende passages waarin gesproken wordt van fiscale transparantie en/of toerekening zijn Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 8, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 11, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 51, Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 21 en Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 37.

De wettelijke basis bestaat hierin dat de afgezonderde particuliere vermogens als aparte entiteit worden genegeerd. Het afgezonderd particulier vermogen wordt zodoende fiscaal transparant behandeld. De vermogensbestanddelen waarvan de juridische eigendom berust bij het afgezonderd particulier vermogen of zijn beheerder, worden in beginsel naar rato van de inbreng toegerekend aan de persoon die vermogen in het afgezonderd particulier vermogen heeft ingebracht. De inbrenger wordt geacht gedurende zijn leven te blijven beschikken over de vermogensbestanddelen van het afgezonderd particulier vermogen. De desbetreffende bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven worden onveranderd bij de inbrenger in de belastingheffing betrokken. [...]

en

In dit onderdeel wordt in de Wet inkomstenbelasting 2001 een wettelijke regeling over de toerekening van afgezonderd particulier vermogen voorgesteld. Er is voor gekozen de regeling na artikel 2.14 Wet inkomstenbelasting 2001 in die wet op te nemen om aan te geven dat sprake is van een toerekeningsbepaling. Het moet voor degene die een (gedeelte van) zijn vermogen afzondert in een aparte entiteit (hierna: inbrenger) en diens erfgenamen duidelijk zijn dat de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen al naar gelang de aard ervan in de Wet inkomstenbelasting 2001 worden behandeld als inkomen uit werk en woning, inkomen uit aanmerkelijk belang, onderscheidenlijk inkomen uit sparen en beleggen. [Onderstrepingen AEdL]¹³⁰⁸

Deze inconsistentie komt overigens ook terug in latere documentatie:

Kern van de nieuwe regeling is een algehele fiscale transparantie van trusts en (buitenlandse) stichtingen. De bezittingen en schulden, alsmede de opbrengsten en uitgaven van een apv worden vanaf 2010 via een wetsfictie toegerekend aan de inbrenger van de vermogensbestanddelen en na zijn overlijden aan diens erfgenamen. Deze toerekening geldt alleen voor het zogenoemde discretionaire deel (het voorheen onbelaste vermogen) van het apv; concrete rechten worden in aanmerking genomen bij de gerechtigde. De fiscale transparantie geldt voor de inkomstenbelasting, de schenk- en erfbelasting, (en gedeeltelijk voor) de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting. [Onderstrepingen AEdL]¹³⁰⁹

Kortom, de wetgever gebruikt de concepten “fiscale transparantie” en “toerekening” alsof het synoniemen zijn. Gezien bijvoorbeeld de volgende verschillen in fiscale gevolgen tussen beide is dat evenwel ten onrechte:

1308 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 50.

1309 Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 september 2013, kenmerk DGB/2013/2752, pagina 3.

- (a) Stel dat inbrenger A APV B instelt. Vervolgens verkoopt A zijn aanmerkelijkbelangpakket aan APV B tegen de waarde in het economische verkeer, waarbij APV B de koopsom schuldig blijft. Indien APV B als fiscaal transparant beschouwd moet worden, worden de aandelen en de schuld geacht schulden van A te zijn en worden transacties tussen A en APV B genegeerd. De vordering en schuld vallen in het vermogen van A tegen elkaar weg. In het vermogen van A bevindt zich dan nog slechts het aanmerkelijkbelangpakket. De belastingheffing verloopt in dit geval hetzelfde als wanneer geen inbreng had plaatsgevonden.

Indien echter sprake is van toerekening, bestaat het vermogen van A uit zijn vordering op APV B, de schuld van APV B en het aanmerkelijkbelangpakket.¹³¹⁰ Omdat de schuld in dit geval wel bij A in de heffing betrokken wordt, maar in tegenstelling tot bij transparantie niet als zijn schuld wordt beschouwd, blijven vordering en schuld nu naast elkaar bestaan. De vordering valt daarbij in box 3, maar de schuld is een box 2-schuld, omdat deze verband houdt met de verwerving van het aanmerkelijkbelangpakket door APV B. A kan derhalve de rente op deze schuld in aftrek brengen op zijn box 2-inkomen.¹³¹¹ In vergelijking met de situatie waarin geen sprake was van inbreng verloopt de belastingheffing nu dus anders.

- (b) Inbrenger X stelt APV Y in. X woont in het Verenigd Koninkrijk, maar bezit een huis in Amsterdam dat hij tegen de waarde in het economische verkeer verkoopt aan APV Y. APV Y blijft de koopsom schuldig. Uitgaande van fiscale transparantie vallen de vordering en de schuld in het vermogen van X tegen elkaar weg en bestaat de heffingsgrondslag slechts uit de woning, ter zake waarvan X buitenlands belastingplichtig is in box 3.¹³¹² Ook in dit geval verloopt de heffing dus op dezelfde wijze als in de situatie voorafgaand aan de inbreng.

Als daarentegen uitgegaan moet worden van toerekening, bevinden zich in het vermogen van X naast de woning ook de schuld en de vordering. Ter zake van de vordering is X niet belastingplichtig, terwijl hij de schuld gezien het verband met de woning wel in mindering kan brengen op zijn rendementsgrondslag. De rendementsgrondslag is daarmee lager dan in de situatie waarin de woning nog niet verkocht was aan APV Y.¹³¹³

1310 Men kan zich afvragen of dan een (belastbare) vervreemding van het aanmerkelijk belang in aanmerking genomen moet worden op het moment van de verkoop/inbreng, een vraag die niet speelt bij fiscale transparantie. Mijns inziens is dit, mede gezien de parlementaire geschiedenis die als uitgangspunt neemt dat de inbreng fiscaal neutraal verloopt, niet het geval, zie nader paragraaf 14.3.2.2.

1311 Artikel 4.15 lid 1 Wet IB 2001.

1312 Artikel 7.7 Wet IB 2001.

1313 Voorbeeld ontleend aan T.N. Peters van Neijenhof, Het Afgezonderd Particulier Vermogen: de stand van zaken anno 2012, NTFR-B 2012-19, paragraaf 3.2.

- (c) Indien inbrenger X APV Y instelt en van APV Y de koopsom voor zijn eigen woning leent, vallen in het geval van fiscale transparantie de schuld en corresponderende vordering tegen elkaar weg en wordt X slechts in de heffing betrokken ter zake van de eigen woning. In geval van toerekening is daarentegen tevens sprake van een eigenwoningschuld¹³¹⁴ en een vordering in box 3.¹³¹⁵

Gezien de verschillen in fiscale gevolgen maakt het dus uit of sprake is van toerekening of van transparantie.

14.3.9.1 Transparantie versus toerekening in de literatuur

Dit probleem is meermaals gesignaleerd in de literatuur, waarbij de meningen of sprake is van fiscale transparantie of van toerekening niet eenduidig zijn:

- (a) Auerbach¹³¹⁶ onderzoekt of een APV transparant is voor de Wet IB 2001. Hij merkt op dat artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 allereerst het APV erkent als entiteit. Indien het APV transparant zou zijn, was deze regeling immers zinledig; de onderliggende veronderstelling is dus dat het APV niet transparant is. Of anders bezien, indien de wetgever transparantie beoogde, regelt artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 niet dát worden toegerekend, maar aan wie. Vanuit dat perspectief is echter verzuimd om de kern van wat de wetgever wilde regelen, de transparantie, op te nemen in de wettekst. Daarnaast is artikel 2.14a Wet IB 2001 opgenomen in afdeling 2.4 (Toerekeningsregels), hetgeen niet wijst op transparantie. Derhalve ligt voor de hand de interpretatie van artikel 2.14a Wet IB 2001 dat het APV zijn eigen inkomen en vermogen heeft, maar dat deze worden toegerekend aan de inbrenger(s).

Voor artikel 17a SW geldt een vergelijkbare redenering: als het APV transparant zou zijn, is deze bepaling overbodig.

- (b) Boer merkt op dat het wettelijke regime een toerekening inhoudt, maar niet tot gevolg heeft dat het APV niet zou bestaan. Ook is hij van mening dat de wetgever tijdens de parlementaire behandeling soms ten onrechte van fiscale transparantie uit lijkt te gaan.¹³¹⁷
- (c) Van der Zeijden¹³¹⁸ noemt de volgende argumenten voor toerekening:

¹³¹⁴ Aannemend dat aan alle voorwaarden van artikel 3.119a Wet IB 2001 voldaan is.

¹³¹⁵ Voorbeeld ontleend aan Hoogwout, FTV 2012/10, paragraaf 2.

¹³¹⁶ Zie Auerbach, WFR 2010/6874, paragraaf 3.1.

¹³¹⁷ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.1 (onder "Verhouding toerekeningsfictie en fiscale transparantie").

¹³¹⁸ F. van der Zeijden, Over toerekening en transparantie, WPNR 2012/6949, paragraaf 3.2.

- (i) Artikel 2.14a Wet IB 2001 is opgenomen in afdeling 2.4 (Toerekening). Voorts gebruikt de wettekst het woord “toerekening”.
- (ii) Artikel 2.14a Wet IB 2001 geldt voor de Wet Vpb slechts voor een beperkt aantal artikelen. Er is derhalve geen sprake van algehele fiscale transparantie, maar slechts van toerekening dan wel transparantie met een beperkte doorwerking.
- (iii) Transparantie zegt iets wezenlijks over het “subject” van het APV, waar toerekening slechts een fiscale fictie betreft, terwijl het “wezen” van het APV erkend blijft. Het is logischer dat ficties een beperkte doorwerking hebben, dan dat een wezenlijke kwalificatie slechts effect heeft voor een beperkt deel van een heffingswet.

Gelijktijdig heeft zij ook een aantal argumenten voor fiscale transparantie, die haars inziens zwaarder wegen, gebaseerd op de invulling van de regeling in andere wet- en regelgeving en de parlementaire geschiedenis:

- (i) Een hiervoor aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis, waarin het APV wordt omschreven als fiscaal transparant, waarbij de inbrenger geacht wordt te blijven beschikken over het vermogen van het APV.¹³¹⁹
- (ii) De omstandigheid dat voor 2010 de grond om APV's fiscaal transparant te achten gelegen was in de beschikkingsmacht van de inbrenger, in combinatie met de parlementaire geschiedenis die in relatie tot dit concept opmerkt dat onder de APV-regeling deze beslissende invloed wordt verondersteld.¹³²⁰
- (iii) De mogelijkheid om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de Successiewet en de Wet IB 2001 onverminderd te kunnen toepassen, hetgeen op transparantie wijst. Toepassing van deze faciliteiten bij toerekening is niet logisch, omdat dan op het niveau van het APV getoetst zou moeten worden of de faciliteiten van toepassing zijn en niet op het niveau van de inbrenger.

Zij merkt ook op dat bij transparantie het afzonderen van vermogen niet langer tot een schenking leidt en in het verleden geheven schenkbelasting ter zake van de afzondering kan worden terugggevraagd. Met name het eerste aspect lijkt mij evenwel eerder pleiten voor toerekening, omdat juist voor deze situatie een regeling getroffen is (artikel 17a SW): in geval

1319 Te weten Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 11.

1320 Dit betreft Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 39.

van fiscale transparantie doet zich geen vervreemding voor, waarvan de fiscale gevolgen ongedaan gemaakt moeten worden.

Desalniettemin acht Van der Zeijden de uitkomst, dat sprake zou zijn van fiscale transparantie in plaats van toerekening, niet geheel bevredigend, met name vanwege de (thans oude) toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Aangezien deze toets aanknoopte bij de mate waarin vermogen onderworpen was, was mogelijk dat een deel van het APV-vermogen wegens voldoende heffing bij het APV niet bij de inbrenger in de heffing betrokken werd, terwijl een deel van het APV-vermogen wel bij de inbrenger belast is.¹³²¹ Aangezien transparantie naar haar mening iets zegt over het wezen van een bepaald vehikel, is daarmee lastig te rijmen dat een APV jegens een en dezelfde persoon gedeeltelijk transparant en gedeeltelijk niet-transparant zou kunnen zijn.

Van der Zeijden is voorts van mening dat de kwalificatie als toerekening dan wel transparantie een verschil maakt voor de vraag of sprake is van een verkrijging of een vervreemding door de inbrenger. In geval van toerekening zou haars inziens aangesloten kunnen worden bij de civielrechtelijke vervreemding of verkrijging en is er bij het einde van de toerekening ook geen vervreemding of verkrijging. Bij transparantie en daarmee vereenzelviging van APV en inbrenger zou er wel sprake zijn van een vervreemding op het moment dat het APV niet langer transparant is. Oftewel naar ik aanneem met andere woorden: het einde van de transparantie doet het APV “herleven”, hetgeen een vervreemding is, terwijl het einde van de toerekening geen vervreemding kan zijn, omdat voor de beoordeling of daarvan sprake is aangeknoopt dient te worden bij de vraag of er bij het APV een vervreemding is, die dan al dan niet wordt toegerekend. Het niet langer of juist wel gaan toerekenen leidt echter bij het APV niet tot een vervreemding en zou dat dan ook bij de inbrenger niet doen, aannemend dat wordt toegerekend.

Alvorens te bespreken of naar mijn mening sprake is van fiscale transparantie, dan wel toerekening, wil ik echter eerst stilstaan bij de vraag wat deze begrippen eigenlijk inhouden.

14.3.9.2 Kwalificatie van een rechtsfiguur en transparantie

Om de vraag te kunnen beantwoorden of zich bij de APV-regeling toerekening dan wel fiscale transparantie voordoet, is van belang om allereerst beide begrippen te definiëren. Boer gaat hierop in in het kader van zijn onderzoek naar de kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust. Hij begint in dat verband met de constatering dat binnen de Nederlandse literatuur geen sprake is van uitgebreide en gesystematiseerde

¹³²¹ Zie voor deze systematiek nader De Leeuw, WFR 2012/6946.

verhandelingen met betrekking tot de theoretische achtergronden van fiscale (non) transparantie en de daarmee samenhangende suggestie dat een deel van de discussie over de inhoud van het begrip fiscale transparantie wellicht niet zozeer een kwestie is van verschil van inzicht, als wel van begripsverwarring.¹³²² Vervolgens gaat Boer in op de kwalificatie van rechtsvormen en fiscale transparantie. Hij beschrijft de kwalificatie als de fiscaal-juridische duiding van de civielrechtelijke kenmerken van een rechtsvorm. Op basis van deze kenmerken is de rechtsvorm fiscaal transparant dan wel non-transparant. De fiscale (non-)transparantie is daarmee een eigenschap die de rechtsvorm van nature heeft. Een eventuele wettelijke regeling met betrekking tot het fiscaal “zien” of “negeren” van de rechtsvorm heeft geen invloed op deze eigenschap, maar is een reactie op de primaire fiscale kwalificatie van de rechtsvorm als al dan niet transparant. In geval van non-transparantie is de rechtsvorm een rechtssubject en kan deze als zodanig belastingplichtig zijn.¹³²³

Boer gaat voorts in op wat hij “wettelijke” en “buitenwettelijke” transparantie noemt: situaties waarin een als rechtssubject gekwalificeerde rechtsvorm alsnog in specifieke gevallen geheel of gedeeltelijk wordt genegeerd. In geval van “wettelijke transparantie” is dit gebaseerd op de wet; voorbeelden zijn het fiscale eenheidsregime en de fiscale behandeling van Natuurschoonwet-lichamen.¹³²⁴ Bij “buitenwettelijke transparantie” is de basis een rechterlijke beslissing; hierbij kan gedacht worden aan de in paragraaf 14.3.10 besproken jurisprudentie, waarin stichtingen fiscaal worden genegeerd indien iemand over het stichtingsvermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Deze “(buiten)wettelijke transparantie” staat in de ogen van Boer los van de kwalificatie van rechtsvormen en (eigenlijke) fiscale transparantie, waarbij de “transparantie” in deze gevallen niet de uitkomst is van de kwalificatie, maar een reactie daarop. De wetgever komt daarbij door het terzijde stellen van de fiscale zelfstandigheid van de rechtsvorm, die op grond van de kwalificatie aanwezig is, tot een door hem gewenst resultaat. Daarmee wordt de initiële kwalificatie als zelfstandig rechtssubject bevestigd.¹³²⁵

Naast de vraag naar fiscale transparantie/kwalificatie van een rechtsvorm, staat de toerekening van inkomen en vermogen. De eerste vraag bepaalt of de rechtsvorm als zelfstandig rechtssubject erkend wordt en daarmee belastingplichtig kan zijn. De toerekening betreft daarentegen de (vervolg)vraag aan welk subject een bepaald te belasten object wordt toegerekend. De erkenning als subject is noodzakelijk om een

1322 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.1.

1323 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.2.2.

1324 Boer noemt ook fiscale en vrijgestelde beleggingsinstellingen als voorbeeld, maar dit is mijns inziens minder zuiver. In deze gevallen wordt het beoogde doel, een zo gelijk mogelijke fiscale behandeling van rechtstreekse en collectieve beleggingen (via een entiteit), niet verwezenlijkt door de beleggingsinstelling te negeren en de inkomsten van de beleggingsinstelling als zodanig bij de belegger in de heffing te betrekken, maar (mede) door de heffing bij de beleggingsinstelling weg te nemen door een multarief (artikel 28b Wet Vpb jo. artikel 9 Besluit beleggingsinstellingen) of een subjectieve vrijstelling (artikel 6a Wet Vpb).

1325 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.3.2.

object toegerekend te kunnen krijgen. Omgekeerd doet de omstandigheid, dat vermogen dat civielrechtelijk aan één subject toebehoort, maar in afwijking daarvan op grond van wet of jurisprudentie aan een ander subject wordt toegerekend, niet af aan de subjectieve belastingplicht c.q. het subject-zijn van het eerste subject in het algemeen.¹³²⁶

Hiervan uitgaand dient een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de kwalificatie van een rechtsvorm als rechtssubject (of niet) en anderzijds de eventuele van deze kwalificatie afwijkende fiscale behandeling op grond van wet of jurisprudentie. Voor wat betreft het laatste kunnen mijns inziens nog twee situaties onderscheiden worden: de afwijkende fiscale behandeling geldt algemeen, dat wil zeggen voor alle directe belastingen, of er is slechts sprake van een beperkte afwijking. Een voorbeeld van het eerste is de “transparante stichting”, waarbij op grond van de omstandigheid dat een ander kan beschikken over het vermogen van de stichting als ware het zijn eigen vermogen het stichtingsvermogen bij deze ander in de heffing betrokken wordt.¹³²⁷ Deze “transparantie” van de stichting strekt zich uit over meerdere heffingen en aspecten daarvan: aan de stichting overgedragen vermogen werd geacht het vermogen van de overdrager nog niet te hebben verlaten, zodat deze ter zake hiervan vermogensbelasting verschuldigd was¹³²⁸, alsmede inkomstenbelasting met betrekking tot eventuele inkomsten¹³²⁹, giften gedaan of lijfrentepremies betaald aan de stichting niet aftrekbaar waren¹³³⁰.¹³³¹ In het verlengde hiervan ligt dat de inbreng niet leidt tot de verschuldigdheid van schenkbelasting, met dien verstande dat deze situatie bij mijn weten – logischerwijs

1326 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.3.3.

1327 Zie nader paragraaf 14.3.10.

1328 Zie hof Amsterdam 21 juni 1978, ECLI:NL:GHAMS:1978:AX2829, BNB 1979/191.

1329 Zie bijvoorbeeld HR 22 juli 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, BNB 1982/42 en HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9086, BNB 1986/16.

1330 Zie bijvoorbeeld HR 17 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7646, BNB 1987/247 en HR 8 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC3988, BNB 1989/111, voor de aftrek van giften en HR 17 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AX4623, BNB 1974/21, HR 14 september 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3189, BNB 1978/15 en HR 8 januari 1986, ECLI:NL:HR:1986:BH5313, BNB 1986/87 voor de aftrek van premies. Zie voorts hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:382, rechtsoverweging 4.5, waar het hof de stelling van belanghebbende, dat de jurisprudentie inzake de fiscale transparantie van stichtingen geen relevantie heeft voor de dividendbelasting, verwierpt (er is cassatieberoep tegen deze uitspraak ingesteld).

1331 De vraag of de stichting gelijktijdig nog een subject kan zijn voor de vennootschapsbelasting blijft vooralsnog grotendeels onbeantwoord. De Hoge Raad heeft hier althans niet met zoveel woorden over geoordeeld. Deze vraag komt wel zijdelings aan de orde in HR 9 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:BH7121, BNB 1989/228, welk arrest betrekking heeft op een vennootschapsbelastingplichtige stichting. Het hof oordeelt dat (i) de omstandigheid dat een ander beschikkingsmacht heeft niet in de weg staat aan vennootschapsbelastingplicht van de stichting en dat (ii) een dergelijke beschikkingsmacht ontbreekt. Het oordeel van de Hoge Raad beperkt zich evenwel tot het tweede punt, zodat nog niet duidelijk is hoe vennootschapsbelastingplicht zich in de ogen van de Hoge Raad verhoudt tot beschikkingsmacht van een ander. Voorts betreft HR 18 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4829, BNB 1992/142, een vennootschapsbelastingplichtige stichting. De Hoge Raad baseert zijn oordeel dat sprake is van een zelfstandige stichting op de activiteiten van de stichting en het door haar uitgeoefende bedrijf en niet, althans niet met zoveel woorden, op het feit dat de stichting onderworpen was aan vennootschapsbelasting. Een redelijk uitgangspunt lijkt evenwel dat vennootschapsbelastingplicht van de stichting uitsluit dat haar inkomen en vermogen nog bij een ander in de heffing zouden worden betrokken, aangezien anders dubbele heffing zou ontstaan. Ook is er vanuit dit perspectief geen noodzaak om de stichting als transparant te beschouwen, aangezien reeds sprake is van heffing. Een expliciete uitspraak van de Hoge Raad op dit punt ontbreekt evenwel.

– niet in de jurisprudentie aan de orde is gekomen. Een vergelijkbare integrale benadering geldt voor Natuurschoonwet-lichamen.¹³³² Een beperkte toerekening is bijvoorbeeld geregeld in de artikelen 2.15 en 2.17 Wet IB 2001; de toerekening van deze bepalingen geldt slechts voor bepaalde delen van de Wet IB 2001.¹³³³

Vraag is hoe de integrale variant beschouwd moet worden. In geval van de beperkte variant is slechts sprake van toerekening van vermogen of inkomsten in een specifieke context, waarbij het belastingsubject waarbij dit vermogen c.q. deze inkomsten in eerste instantie opkomen los van deze toerekening als subject in aanmerking genomen wordt. De integrale variant gaat echter verder en dit roept de vraag op of in die gevallen toch geen sprake is van een vorm van (oneigenlijke) fiscale transparantie, in de zin dat de kwalificatie van een rechtsvorm weliswaar leidt tot de conclusie dat de rechtsvorm als belastingsubject erkend wordt, maar de wet of jurisprudentie er vervolgens toe leidt dat de rechtsvorm alsnog volledig genegeerd wordt. Het alternatief zou een integrale toerekening van alle vermogen en inkomsten van de rechtsvorm zijn. Aangezien fiscale transparantie niet tot hetzelfde resultaat hoeft te leiden als toerekening, zoals geïllustreerd door de voorbeelden in paragraaf 14.3.9, heeft deze kwalificatie fiscale relevantie.

Naar mijn mening is bij de integrale variant sprake van (een vorm van) fiscale transparantie. Dit past beter bij het concept van een integrale benadering, waarbij de rechtsvorm voor alle directe heffingen ter zijde geschoven wordt. Daarnaast vloeit dit voort uit de gebruikte formulering: artikel 10.9 lid 1 Wet IB 2001 spreekt bijvoorbeeld over de werkzaamheden, rechten en verplichtingen van het Natuurschoonwetlichaam die worden beschouwd als de werkzaamheden van diens aandeelhouders. Uit de jurisprudentie inzake het kunnen beschikken over het vermogen van stichting als ware het eigen vermogen volgt voorts eenzelfde benadering. Reeds het concept van het kunnen beschikken over vermogen als ware het iemands eigen vermogen impliceert dat degene, die juridische eigenaar van dat vermogen is, in fiscale zin terzijde geschoven wordt. Dit wordt ook onderstreept door de overigens in de jurisprudentie inzake beschikkingsmacht gebruikte formuleringen.¹³³⁴

1332 Zie artikel 10.9 Wet IB 2001, artikel 5 lid 1 sub a Wet Vpb en artikel 7a NSW. Voor de dividendbelasting was in de resolutie van 9 september 1941, nr. 1941/34, B. 7521, geregeld dat inhouding van dividendbelasting achterwege kon blijven. Deze resolutie is ingetrokken door middel van het besluit van 16 maart 2007, nr. CPP2006/1783, BNB 2007/158, waarbij is aangegeven dat de resolutie reeds was vervallen bij inwerkingtreding van de Wet DB, maar dat de praktijk er vanuit was gegaan dat deze was blijven bestaan. In de literatuur is gesuggereerd dat deze praktijk desalniettemin is blijven bestaan (zie I.W.M. Duijvesteyn en E.J.W. Heithuis, *Natuurschoonwet 1928*, Kluwer Deventer 2009, pagina 66 en R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht Div.bel. 2.1.10*), hetgeen ook consistent zou zijn.

1333 Andere voorbeelden zijn de antimisbruikbepalingen van artikel 3.92b jo. 395b lid 2 Wet IB 2001 en 4.14 lid 9 Wet IB 2001.

1334 Zie bijvoorbeeld HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9086, BNB 1986/16, waarin de Hoge Raad spreekt van het behandelen van het vermogen van een stichting als ware het vermogen van de belastingplichtige zelf. In HR 18 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4829, BNB 1992/142, wordt gesproken over het vereenzelvigen van inkomen en vermogen van een stichting met het inkomen en vermogen van een ander. In latere lagere jurisprudentie wordt ook expliciet gesproken van transparantie, zie bijvoorbeeld rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 maart 2018,

Hiermee kunnen zich in het spectrum fiscale transparantie – toerekening drie situaties voordoen:

- (a) De kwalificatie van een rechtsvorm, op basis van de civielrechtelijke kenmerken, leidt ertoe dat deze fiscaal niet als belastingsubject erkend wordt. Deze rechtsvorm is derhalve fiscaal transparant en bij de rechtsvorm in aanmerking nemen van belastingobjecten is niet mogelijk.
- (b) De uitkomst van de kwalificatie van een rechtsvorm is dat deze als belastingsubject erkend wordt. Op grond van een wettelijke regeling dan wel de jurisprudentie wordt de rechtsvorm echter alsnog (indien aan bepaalde voorwaarden voldaan is) genegeerd en als fiscaal transparant behandeld.¹³³⁵
- (c) De kwalificatie van een rechtsvorm leidt tot de erkenning hiervan als belastingsubject en de rechtsvorm wordt in het algemeen ook als zodanig behandeld. In specifieke omstandigheden worden echter het vermogen c.q. de inkomsten van de rechtsvorm aan een ander toegerekend en bij deze ander in de heffing betrokken. Overigens is de rechtsvorm belastingplichtig. In tegenstelling tot (a) en (b) kan de toerekening zich ook ten aanzien van natuurlijke personen voordoen, zoals de toerekening van bepaalde inkomsten van minderjarige kinderen aan hun ouders.

14.3.9.3 Kwalificatie van de APV-regeling

De daadwerkelijke fiscale transparantie zoals bedoeld onder (a) in de voorgaande paragraaf doet zich mijns inziens bij APV's niet voor. De enkele omstandigheid dat de APV-regeling opgenomen is in de wet impliceert reeds dat de fiscale aanwezigheid van het APV erkend wordt. Overigens zou er bij APV's die de vorm hebben van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam sowieso weinig reden zijn geweest om daaraan te twifelen, maar bij als APV kwalificerende rechtsfiguren zonder rechtspersoonlijkheid, zoals de trust, zou men daar genuanceerder over kunnen denken. Dan blijven over de mogelijkheid van wettelijke fiscale transparantie jegens de inbrenger of (gedeeltelijke) toerekening van vermogen en inkomen van het APV aan de inbrenger.

Naar mijn mening is sprake van toerekening. Hoewel de parlementaire geschiedenis

ECLI:NL:RBZWB:2018:1776, rechtbank Den Haag 23 maart 2018, ECLI:NL:RBDH:2018:4990 en hof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3621.

1335 Het fiscale eenheidsregime leidt daarmee, althans in de huidige vorm, mijns inziens niet tot fiscale transparantie: de dochtermaatschappijen blijven subjectief belastingplichtig, met dien verstande dat fiscale consolidatie plaatsvindt en vennootschapsbelasting geheven wordt alsof sprake is van slechts één belastingplichtige (zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 26 854, nr. 6, pagina 6). Transparantie impliceert het afwezig zijn van subjectieve belastingplicht. Wel gaat de consolidatie iets verder dan toerekening, omdat interne transacties in beginsel geheel genegeerd worden.

op meerdere punten suggereert dat de wetgever fiscale transparantie heeft beoogd, is dit mijns inziens niet het gevolg van de getroffen regeling. De conclusie dat sprake is van toerekening baseer ik op het volgende:

- De regeling is opgenomen in afdeling 2.4 (Toerekeningsregels) van de Wet IB 2001. De wetgever heeft ook expliciet aangegeven dat dit gedaan is om aan te geven dat sprake is van een toerekeningsbepaling.¹³³⁶ De wettekst spreekt bovendien van toerekening.
- Fiscale transparantie impliceert mijns inziens dat een entiteit voor alle (directe) heffingen transparant is. Een APV wordt evenwel slechts voor de Wet IB 2001 volledig genegeerd en voor de SW, de Wet Vpb en de Wet DB slechts gedeeltelijk. Evenals Van der Zeijden ben ik van mening dat het conceptueel problematisch is dat eenzelfde entiteit voor verschillende belastingwetten, of zelfs afhankelijk van de wijze waarop de entiteit in de heffing betrokken wordt, ineens een ander karakter zou hebben. In andere gevallen van fiscale transparantie, zoals bij besloten commanditaire vennootschappen, maar ook besloten fondsen voor gemene rekening en maatschappen, werkt de transparantie wel integraal.

Bij het APV is het daarentegen na het wijzigen van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 zelfs mogelijk dat zowel het APV als de inbrenger in de heffing worden betrokken. Hierbij doel ik niet zozeer op de samenloop met buitenlandse heffing, maar een samenloop tussen Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting. Een situatie waarin hiervan bijvoorbeeld sprake is, is een buitenlandse trust die een Nederlandse onroerende zaak houdt ter belegging. De trust is buitenlandse belastingplichtig met betrekking tot de onroerende zaak.¹³³⁷ Daarnaast vindt toerekening aan de inbrenger plaats (er is sprake van een belegging, dus de toerekeningsstop kan niet van toepassing zijn), die belast wordt in box 3. Er is, in tegenstelling tot bij een samenloop met buitenlandse vennootschapsbelasting, geen regeling die deze dubbele heffing wegneemt, zodat hetzelfde belastingobject bij twee subjecten in de heffing betrokken wordt.

- Fiscale transparantie impliceert bovendien dat de inbreng vanuit fiscaal perspectief een non-event is. Indien sprake is van toerekening, vindt eerst een vervreemding plaats en wordt het vermogen vervolgens weer toegerekend aan de inbrenger. Artikel 17a SW past het beste bij deze laatste benadering: in deze bepaling is geregeld dat de afzondering van vermogen als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001 niet als een verkrijging wordt aangemerkt. Mijns inziens is de inbreng van vermogen in een APV overigens überhaupt geen schenking, omdat

¹³³⁶ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 50.

¹³³⁷ Artikel 3 lid 1 sub c jo. 17 lid 3 sub a jo. 17a sub a Wet Vpb.

het APV niet verrijkt,¹³³⁸ hetgeen betekent dat artikel 17a SW eigenlijk niet nodig is (maar wel zo duidelijk). In geval van fiscale transparantie is deze bepaling echter sowieso overbodig.

Voor de inkomstenbelasting is niet een dergelijke regeling getroffen, die voorkomt dat de inbreng een belastbare vervreemding kan zijn. Enerzijds kan men dit zien als een argument dat dus sprake zou zijn van fiscale transparantie. Anderzijds kan men betogen dat ook bij toerekening weliswaar civielrechtelijk sprake is van een vervreemding, maar fiscaal niet, omdat als gevolg van de toerekening de positie van de inbrenger voor en na de toerekening dezelfde is: bijvoorbeeld houder van dezelfde aanmerkelijkbelang aandelen. Omdat zijn positie geen wijziging ondergaat, is er ook bij toerekening geen reden om een belastbare vervreemding te zien.¹³³⁹

De conclusie dat sprake is van toerekening in plaats van fiscale transparantie is niet zonder complicaties. Dit vloeit voort uit de in paragraaf 14.3.9 genoemde effecten, maar ook uit de hiervoor genoemde omstandigheid dat in geval van toerekening de vraag kan rijzen of de inbreng niet toch als een belastbare vervreemding gezien moet worden. Ten slotte is er het door Van der Zeijden opgeworpen punt dat bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten¹³⁴⁰, maar ook de gebruikelijk-loonregeling¹³⁴¹, de vraag opkomt aan wiens situatie de criteria van de desbetreffende regeling getoetst moeten worden. Van der Zeijden is van mening dat dit in geval van toerekening de situatie van het APV zou moeten zijn, hetgeen de toepassing van dergelijke regelingen problematisch maakt, aangezien die aansluiten bij omstandigheden die de belastingplichtige, in casu de inbrenger, betreffen.

Het lijkt mij evenwel de vraag of dergelijke complicaties voortvloeien uit de toerekening als zodanig. Deze toerekening leidt ertoe dat een vermogensbestanddeel of inkomen dat toebehoort aan de één, het APV, in fiscale zin geacht wordt het vermogen of inkomen van een ander, de inbrenger, te zijn. Vervolgens moet dit vermogen of inkomen geïd

1338 Zie nader paragraaf 8.6.1.

1339 De vraag of de inbreng een vervreemding is wordt in meer detail besproken in paragraaf 14.3.2.2.

1340 In de parlementaire geschiedenis is expliciet opgemerkt dat “alle vrijstellingen en faciliteiten” onverkort van toepassing blijven (Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 21) en dat toegang bestaat tot belangrijke fiscale faciliteiten, zoals de doorschuiffaciliteit in box 2 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de Successiewet (Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 37). Overigens worden deze opmerkingen gemaakt in relatie tot fiscale transparantie, hetgeen mede de suggestie wekt dat in feite deze transparantie beoogd is. Gezien de duidelijke bedoeling van een fiscaal neutrale behandeling zou ik menen dat men zo nodig een beroep kan doen op deze faciliteiten, ook al is de wetgever er niet in geslaagd om een regeling te treffen die tot transparantie leidt. Toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt bovendien elders in de parlementaire geschiedenis wel genoemd in relatie tot toerekening (bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr., 9, pagina 46).

1341 Zie hiervoor Van der Zeijden, WPNR 2012/6949, paragraaf 3.1.

worden binnen de context van de heffingswetten die op de inbrenger van toepassing zijn, primair de Wet IB 2001 en de Successiewet. Als zodanig kan het toegerekende aandelenbelang voor de inbrenger een aanmerkelijk belang vormen. Tot de genoemde wetten behoren ook regelingen zoals de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en de gebruikelijk-loonregeling, die daarmee naar mijn mening in beginsel ook toepassing kunnen vinden op het toegerekende vermogen. Om tot die toepassing te komen, dient echter aan bepaalde voorwaarden voldaan te zijn c.q. moeten bepaalde omstandigheden zich voordoen, zoals – om bij de genoemde voorbeelden te blijven – het zijn van aanmerkelijkbelanghouder of een verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of schenking. Ook bij toerekening kan aan dergelijke voorwaarden voldaan zijn, al zal dit niet altijd het geval zijn. Dit lijkt mij evenwel eerder een gevolg van het niet goed aansluiten bij de civielrechtelijke criteria waar een faciliteit op gebaseerd is, dan van de persoon bij wie die criteria getoetst worden. Een voorbeeld is de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17a Wet IB 2001, die aanknoopt bij de overgang krachtens erfrecht onder algemene of bijzondere titel. In geval van overlijden van de inbrenger doet dit zich in civielrechtelijke zin niet voor, zodat strikt genomen niet voldaan wordt aan de voorwaarden voor toepassing van de faciliteit.¹³⁴² Dit is zowel het geval bij toerekening, als indien men uitgaat van fiscale transparantie, omdat het overlijden van de inbrenger geen civielrechtelijke betekenis heeft voor het APV-vermogen, dat immers niet tot de nalatenschap behoort. Een redelijke wetstoepassing, alsmede de uitlatingen die ter zake gedaan zijn in de parlementaire geschiedenis, brengen naar mijn mening echter met zich dat een beroep op de faciliteit toch mogelijk moet zijn.¹³⁴³

14.3.9.4 Conclusie

De wetgever is bepaald niet duidelijk geweest of de APV-regeling leidt tot fiscale transparantie van het APV of slechts van toerekening van het vermogen en het inkomen van het APV. Hoewel het fiscale gevolg in de meeste gevallen vergelijkbaar zal zijn, mede gezien de uitkomst die een redelijke en consistente wetstoepassing in het licht van uitlatingen in de parlementaire geschiedenis met zich brengen, kunnen er situaties zijn waarin de uitkomst verschilt. Deze kwalificatie van de regeling is derhalve niet zonder belang.

In de parlementaire geschiedenis worden beide begrippen echter als synoniemen

1342 Op basis van dezelfde redenering is ook geen sprake van een fictieve vervreemding in de zin van artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001. Als men daar vanuit gaat, zal echter op grond van de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 alsnog een vervreemding geconstateerd worden.

1343 Voor wat betreft de gebruikelijk-loonregeling merk ik volledigheidshalve op dat rechtbank Noord-Holland met toepassing van de APV-regeling tot de conclusie komt dat de gebruikelijk-loonregeling van toepassing is (rechtbank Noord-Holland 25 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1176). De rechtbank spreekt in dit verband van toerekening. Hof Amsterdam komt hierna, curieus genoeg op grond van de beschikkingsmacht die de belastingplichtige zou hebben gehad over het trustvermogen (zie voor dit aspect nader paragraaf 14.3.10), tot een vergelijkbare conclusie (hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:915, V-N 2016/28.13).

gebruikt. Daarbij is mijn indruk, gezien de gevolgen van de regeling die de wetgever kennelijk voor ogen hebben gestaan, dat fiscale transparantie beoogd is. Gezien onder meer de positionering van de regeling binnen de Wet IB 2001 en de omstandigheid dat de APV-regeling geen integrale werking heeft binnen de directe belastingen, ben ik evenwel van mening dat deze intentie dan geen weerslag heeft gevonden in de wettelijke regeling en dat sprake is van toerekening.

Desalniettemin moet geconcludeerd worden dat onduidelijkheid bestaat. Ook als men aanneemt dat sprake is van toerekening blijven er vragen, zoals of de inbreng dan geen vervreemding zou zijn. Op grond van een redelijke wetstoepassing kan men alsnog tot een redelijk consistente regeling komen, maar de omstandigheid dat dit niet direct voortvloeit uit de wettelijke regeling is bepaald niet elegant. Een verduidelijking, zo nodig gepaard met een aanpassing van de APV-regeling, lijkt mij dan ook gewenst.

14.3.10 APV-regeling en jurisprudentie inzake toerekening van stichtingsvermogen

Reeds lang voor invoering van de APV-regeling werden stichtingen onder omstandigheden aangemerkt als fiscaal transparant¹³⁴⁴, te weten als iemand over het vermogen van de desbetreffende stichting kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen.¹³⁴⁵ In dit verband zij gewezen op (bijvoorbeeld) de volgende arresten:

- HR 14 september 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3189, BNB 1978/15, met betrekking tot de vraag of de belanghebbende, die een stichting had opgericht en daarmee een lijfrenteovereenkomst had afgesloten, de lijfrentepremies kon aftrekken. De Hoge Raad overweegt allereerst dat de stelling, dat vermogen dat civielrechtelijk aan een stichting toebehoort onder omstandigheden voor de heffing van inkomstenbelasting als vermogen van een natuurlijke persoon beschouwd moet worden, niet in haar algemeenheid aanvaard kan worden. Wel is mogelijk dat de belanghebbende in feite over de betaalde premies dezelfde beschikkingsmacht behouden had, als hij zou hebben gehad indien deze deel van

1344 Zie paragraaf 14.3.9 voor de kwalificatie van rechtsvormen als al dan niet transparant en het (vervolgens) alsnog als fiscaal transparant aanmerken van in beginsel als rechtssubject erkende rechtsvormen op grond van wet of jurisprudentie. Hoewel de term fiscale transparantie vanuit het perspectief van het kwalificatievraagstuk wellicht niet geheel zuiver is in de onderhavige context, zal ik eenvoudshalve wel spreken van fiscale transparantie.

1345 Overigens niet zonder kritiek, vergelijk bijvoorbeeld de annotaties van Van Dijk bij de arresten HR BNB 1978/15, HR BNB 1982/42 en HR BNB 1986/16, waarin hij allereerst de vraag opwerpt waarom bij stichtingen een toets wordt aangelegd die men bij besloten vennootschappen volstrekt niet aan de orde zou achten en hij voorts het standpunt inneemt dat men niet tot toerekening zou moeten komen op grond van het enkele kunnen beschikken, maar pas op het moment dat iemand daadwerkelijk te eigen bate over het vermogen van een stichting beschikt. Zie voorts bijvoorbeeld C.P.M. van Houte, Is een stichting transparant?, WFR 1989/5872 of R. Moskowitz, Stichting en transparance: motivering; rechtsstrijd, WFR 1990/5954.

zijn eigen vermogen waren blijven uitmaken, maar deze mogelijkheid stuitte af op de vaststelling van de feiten door het hof.¹³⁴⁶

- De Hoge Raad oordeelt in vergelijkbare zin over de toerekening van vermogen in HR 22 juli 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, BNB 1982/42. Deze zaak betrof de vraag of aan een stichting toebehorende bezittingen en schulden bij belanghebbende in aanmerking genomen dienden te worden.
- In HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9086, BNB 1986/16, voegt de Hoge Raad toe dat, indien vaststaat dat belanghebbende kan beschikken over het vermogen van een stichting als ware het zijn eigen vermogen, niet aan nadere vereisten voldaan hoeft te worden om het vermogen van de stichting voor de heffing van inkomstenbelasting en vermogensbelasting te behandelen als het vermogen van de belanghebbende. Belanghebbende had aangevoerd dat tevens noodzakelijk zou zijn dat in feite geen onderscheid bestond tussen het vermogen van de stichtingen zijn eigen vermogen, alsmede dat hij zich in feite als rechthebbende op het vermogen van de stichting zou gedragen. Ook lijkt de Hoge Raad in dit arrest het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW in principe niet te beschouwen als een belemmering voor de eventuele beschikkingsmacht.
- Uit HR 8 januari 1986, ECLI:NL:HR:1986:BH5313, BNB 1986/87, volgt dat het niet noodzakelijk is om daadwerkelijk te beschikken over het vermogen van een stichting om dit vermogen (en het inkomen daaruit) toegerekend te krijgen. Het enkele daarover kunnen beschikken als ware het zijn eigen vermogen volstaat voor deze toerekening.¹³⁴⁷
- Het op enig moment verkrijgen van de beschikkingsmacht over een stichting heeft ten slotte niet tot gevolg dat de persoon in kwestie geacht wordt het gehele vermogen aan de stichting te hebben onttrokken, zie HR 10 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1860, BNB 1996/94. Concrete transacties met de stichting hebben uiteraard wel hun fiscale gevolgen.

Samenvattend volgt uit deze en andere jurisprudentie dat het vermogen en de inkomsten van een stichting toegerekend kunnen worden en aldus belast kunnen worden bij degene die over het vermogen van de stichting kan beschikken als ware het zijn eigen

1346 Een geval waarin beschikkingsmacht over (in casu) geschonken bedragen wel geacht werd te zijn behouden, betreft hof Amsterdam 11 maart 1991, Infobulletin 1991/104. Aan dit oordeel verbond het hof de conclusie dat (i) de geschonken bedragen niet aftrekbaar waren, (ii) het inkomen van de stichting belast was bij de belanghebbende en (iii) dóór de stichting geschonken bedragen wél voor aftrek in aanmerking kwamen.

1347 In vergelijkbare zin HR 17 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7646, BNB 1987/247.

vermogen.¹³⁴⁸ Op basis van dit principe konden voor de invoering van de APV-regeling onder omstandigheden ook het vermogen en de inkomsten van een familiestichting, trust, etc. worden toegerekend en als zodanig alsnog worden belast.¹³⁴⁹

De vraag is dan hoe deze toerekening op grond van de jurisprudentie zich verhoudt tot de APV-regeling. In de parlementaire geschiedenis bij de APV-regeling is hierover het volgende opgemerkt:

*De NOB neemt wat betreft APV's verder terecht aan dat het systeem van toerekening op grond van artikel 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 een gesloten systeem is, zodat indien aan de voorwaarden van het zesde lid wordt voldaan, er noch op basis van artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 noch op basis van andere leerstukken of wettelijke bepalingen toerekening van vermogen of inkomsten van het APV plaatsvindt aan eventuele gerechtigden of aan degene die het vermogen heeft afgezonderd. Benadrukt wordt dat het gaat om het discretionaire deel van het afgezonderd particulier vermogen.*¹³⁵⁰

en

De leden van de CDA-fractie vragen zich af hoe zij de gevolgen die het transparant worden heeft, moeten zien in verhouding tot bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad d.d. 10 januari 1996 (BNB 1996/94)? Uitgangspunt is dat een APV (bijvoorbeeld een stichting) een zelfstandige entiteit is. Alleen in de situatie dat iemand over het vermogen van het APV kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen is sprake van transparantie. Ten aanzien van een APV wordt een wettelijke transparantie voorgesteld aangezien het particuliere belang (veelal van de inbrenger en zijn verwanten) wordt beoogd. De regering kiest in het wetsvoorstel voor een andere benadering. De bezittingen en schulden van het APV worden toegerekend, ongeacht of beschikt kan worden als ware het eigen vermogen zoals in het arrest aan de orde was. Zolang geen particulier belang wordt beoogd blijft de entiteit zelfstandig en geldt in beginsel geen transparantie. [Onderstrepingen AEdL]¹³⁵¹

De eerste aangehaalde passage geeft naar mijn mening aan dat indien de APV-regeling van toepassing is, het vermogen niet op andere gronden kan worden toegerekend, ook

1348 In zaken waarin sprake is van een vennootschapsbelastingplichtige stichting lijkt de Hoge Raad overigens niet tot toerekening van het vermogen en het inkomen van de stichting te komen, zie bijvoorbeeld HR 9 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:BH7121, BNB 1989/228, en HR 18 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4829, BNB 1992/142. In hoeverre dit het gevolg is van de omstandigheid dat de stichting vennootschapsbelastingplichtig is, of dat dit een toevallige omstandigheid is en men ook op grond van het ontbreken van voldoende beschikkingsmacht bij een ander tot deze uitkomst gekomen zou zijn, wordt evenwel niet duidelijk.

1349 Zie hiervoor nader paragraaf 14.2.1.

1350 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 81.

1351 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 113.

niet indien de APV-regeling uiteindelijk niet tot toerekening zou leiden omdat het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 geleverd kan worden. Strikt genomen lijkt er overigens nog wel ruimte voor toerekening op andere gronden aan een ander dan de begunstigde of de inbrenger, maar ik veronderstel dat dit niet bedoeld zal zijn. In de tweede passage wordt aangegeven dat de APV-regeling voorziet in toerekening, ongeacht of sprake is van beschikkingsmacht of niet. Dat impliceert dat naast toepassing van de APV-regeling niet ook toerekening mogelijk is op grond van het kunnen beschikken over het vermogen van het APV als ware het iemands eigen vermogen, althans dat de beschikkingsmacht niet tot een andere uitkomst leidt, omdat toerekening op basis van die beschikkingsmacht vervolgens alsnog opzijgezet wordt door de APV-regeling. Ik ga er daarbij vanuit dat de beschikkingsmacht een voorwaarde is die aan de orde komt voordat de APV-regeling wordt toegepast. Gezien de tweede hiervoor aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis impliceert het eerst toepassing van de APV-regeling en daarna het beschikkingsmachtcriterium althans dat de uitkomst toerekening aan twee personen kan zijn, de inbrenger en degene met beschikkingsmacht. Het voordeel van deze benadering is bovendien dat de veelal moeilijk te beantwoorden vraag of sprake is van beschikkingsmacht niet beantwoord hoeft te worden.

Een redelijke wetstoepassing brengt naar mijn mening derhalve met zich dat met de invoering van de APV-regeling de mogelijkheid, om vermogen van een entiteit die als APV kwalificeert op grond van beschikkingsmacht toe te rekenen, niet langer bestaat.¹³⁵² De wetgever heeft voorzien in een regeling voor die situatie en zelf ook op enig punt in de parlementaire geschiedenis aangegeven dat deze regeling uitputtend bedoeld is. Daarnaast leidt het naast elkaar toepassen van de APV-regeling en toerekening op grond van beschikkingsmacht potentieel tot een conflict, in het geval dat de uitkomst van beide niet gelijk is, hetgeen aanleiding geeft tot de vraag welk principe dan prevaleert. Zoals reeds aangegeven zou de APV-regeling in dat geval als nadien getroffen, expliciet voor een bepaalde situatie bedoelde, regeling dan voor moeten gaan. De facto zou dat doorgaans erop neerkomen dat de APV-regeling het beschikkingsmachtcriterium inderdaad opzij heeft gezet, met dien verstande dat er twee situaties denkbaar zijn waarin de APV-regeling niet tot toerekening leidt: (i) de inbrenger, zijn partner, noch zijn erfgenamen zijn te bepalen (artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001) of (ii) de toerekening van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 leidt niet tot toerekening, omdat alle erfgenamen het tegenbewijs kunnen leveren. Over de laatste situatie heeft de wetgever zich evenwel expliciet uitgelaten dat toerekening op andere gronden niet mogelijk is. Daarnaast impliceert het voorzien in een gedetailleerde regeling dat indien de uitkomst van de toepassing van die regeling is, dat geen toerekening plaatsvindt, deze uitkomst ook geaccepteerd dient te worden en men niet moet proberen om via een alternatieve route alsnog tot toerekening te komen.

1352 Althans niet in inkomstenbelastingcontext, zie nader hierna.

Jurisprudentie met betrekking tot de samenloop tussen artikel 2.14a Wet IB 2001 en toerekening op grond van beschikkingsmacht is nog nauwelijks aanwezig; ik ben bekend met een drietal zaken:

- Hof Amsterdam heeft op 23 februari 2016¹³⁵³ uitspraak gedaan in een zaak met betrekking tot toepassing van de gebruikelijk-loonregeling in de jaren 2010 – 2013. Iemand had de activiteiten van zijn eenmanszaak ingebracht in een commanditaire vennootschap, met als commanditaire vennoot een stichting en als beherend vennoot een Engelse Ltd. waarvan de aandelen in trust waren gebracht. De Ltd. werd door de rechtbank aangemerkt als inhoudingsplichtige, aangezien (i) sprake was van inbreng van de eenmanszaak in de trust, zodat de inbrenger aanmerkelijkbelanghouder van de Ltd. was,¹³⁵⁴ (ii) de inbrenger als (enige) bestuurder een (fictieve) dienstbetrekking had bij de Ltd. en (iii) de Ltd. gezien de woonplaats van haar bestuurder feitelijk in Nederland gevestigd was. Het hof onderschrijft de conclusies van de rechtbank, maar opvallend is dat het de conclusie, dat sprake is van een aanmerkelijk belang, expliciet op een andere argumentatie baseert. In plaats van de trust als APV te kwalificeren, oordeelt het hof namelijk dat de inbrenger over het vermogen van de trust kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen en dat hij daarom tevens als houder van de aandelen in de Ltd. moet worden aangemerkt. Het hof geeft helaas niet aan waarom het zich ondanks de APV-regeling op deze argumentatie beroept.¹³⁵⁵ Mogelijk is de reden hiervoor dat het hof een inbreng niet bewezen achtte, zodat de APV-regeling niet van toepassing kon zijn (het hof spreekt van het beëindigen van de activiteiten van de eenmanszaak en het ontwikkelen van activiteiten in een nieuwe structuur), maar bij gebrek aan concrete aanwijzingen in die richting is dit niet meer dan een mogelijkheid.
- Rechtbank Den Haag oordeelde op 23 maart 2018¹³⁵⁶ over de toerekening van het vermogen van een stichting aan een zoon van de instelster, betreffende het jaar 2012. De inspecteur had hiervoor twee gronden aangevoerd, te weten primair het door de zoon kunnen beschikken over het vermogen van de stichting als ware het zijn eigen vermogen en subsidiair de inbreng in de stichting als

1353 Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:915, V-N 2016/28.13.

1354 Dit veronderstelt overigens dat de Ltd. niet (voldoende) onderworpen was aan winstbelasting, omdat anders de destijds geldende toerekeningsstop aan toerekening van de aandelen in de weg had gestaan. De feiten laten zich hier niet over uit. Indien toepassing van de APV-regeling tot de conclusie leidt dat geen toerekening plaatsvindt, zou er zoals reeds opgemerkt naar mijn mening echter geen ruimte moeten doen om alsnog toe te rekenen op basis van beschikkingsmacht.

1355 Vergelijk in dit verband ook De Wijkerslooth-Lhoëst, die – mijns inziens terecht – opmerkt dat zij het merkwaardig vindt dat het hof niet de APV-regeling toepast, maar belanghebbende als aandeelhouder aanmerkt omdat hij niet het vermoeden kan ontzenuwen dat hij hierover kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen, aangezien het aldus kunnen beschikken met de invoering van de APV-regeling niet meer van belang is (S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, De rechter en het Afgezonderd Particulier Vermogen, Vakblad Estate Planning 2016/40, pagina 14).

1356 Rechtbank Den Haag 23 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4990, V-N 2018/35.2.1.

gevolg van het onzakelijk zijn van bepaalde transacties tussen beiden (de instelster was in het jaar waar de procedure betrekking op had nog in leven). De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van een zodanige beschikkingsmacht dat toerekening van het stichtingsvermogen kan plaatsvinden, alsmede dat geen sprake is van een inbreng door de zoon, die leidt tot toerekening aan hem. Het valt op dat de rechtbank geen overweging besteedt aan de vraag of naar de APV-regeling nog wel ruimte is voor een toerekening op deze basis. Ook de belanghebbende lijkt voor deze vraag geen aandacht gevraagd te hebben. Hof Den Haag¹³⁵⁷ oordeelt in hoger beroep eveneens dat noch de aanwezigheid van beschikkingsmacht, noch toerekening op grond van de APV-regeling (althans aan de zoon) aan de orde zijn, maar besteedt ook geen aandacht aan de samenloop tussen toerekening op grond van beschikkingsmacht en de APV-regeling. De achtergrond hiervan kan echter zijn dat de inspecteur primair een beroep heeft gedaan op het beschikkingsmachtcriterium en subsidiair op de APV-regeling. Desalniettemin was gezien de feiten naar mijn mening sprake van een APV, met dien verstande dat de moeder de inbrenger was, zodat de vraag naar deze samenloop weldegelijk een rol speelt.

- Ten slotte is er een zaak betreffende een Oostenrijkse Privatstiftung die een verzoek had ingediend tot teruggave van Nederlandse dividendbelasting voor de jaren 2011, 2012 en 2014. De rechtbank¹³⁵⁸ oordeelde dat de Privatstiftung fiscaal transparant is, omdat de rechtbank van mening was dat haar oprichter kon beschikken over haar vermogen als ware het zijn eigen vermogen, zodat geen aanspraak bestaat op teruggave van dividendbelasting. De vraag of naast toepassing van de APV-regeling nog ruimte bestaat voor toerekening op grond van beschikkingsmacht, werd in eerste aanleg voor zover ik kan nagaan niet gesteld.

In hoger beroep is deze vraag echter wel expliciet aan de orde gekomen, omdat de Privatstiftung betoogde dat de “transparantie-jurisprudentie” achterhaald was door de APV-regeling.¹³⁵⁹ Hof’s-Hertogenbosch¹³⁶⁰ heeft dit betoog echter verworpen, met als motivering dat allereerst het APV-regime niet geldt voor de dividendbelasting (anders dan de regeling van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB), zodat de bestaande jurisprudentie voor deze heffing niet ingeperkt kan worden door de APV-regeling. Daarnaast merkt het hof op dat voor een verzoek om teruggaaf van dividendbelasting van belang is wie de uiteindelijk gerechtigde

1357 Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3680.

1358 Zie rechtbank Zeeland-West-Brabant 20 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1646, V-N 2018/39.2.1.

1359 De reden voor de inspecteur om zich in deze zaak te beroepen op transparantie van de Stiftung is mogelijk gelegen in de omstandigheid dat de toerekening van APV-vermogen niet integraal doorwerkt naar de Wet DB. Indien de Stiftung als APV zou kwalificeren, zou een teruggave van dividendbelasting mijns inziens in beginsel mogelijk zijn geweest. Zie voor deze aspecten nader paragraaf 14.5.2.

1360 Hof’s-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:382, rechtsoverweging 4.6.

is tot de dividenden, hetgeen een materiële toets vereist, zoals aan de orde is in de “transparantie-jurisprudentie”. Ten slotte oordeelt het hof uitdrukkelijk dat in geval iemand kan beschikken over het vermogen van de Privatstiftung als ware het zijn eigen vermogen niet gesproken kan worden van een afgescheiden vermogen als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001, zodat het APV-regime in een dergelijke situatie niet van toepassing kan zijn. Het hof is derhalve van mening dat eerst op grond van deze jurisprudentie getoetst dient te worden of sprake is van toerekening aan een ander en dat de APV-regeling pas eventueel van toepassing kan zijn indien daarvan geen sprake is.

A-G Wattel heeft recent een conclusie genomen in deze zaak.¹³⁶¹ Hij is van mening dat de transparantie-jurisprudentie losstaat van de APV-regeling. De transparantie-jurisprudentie betreft zijns inziens de keuze bij de toerekening tussen twee hiervoor in aanmerking komende genietters. Fiscale toerekening aan een ander dan de civielrechtelijk gerechtigde kan aan de orde komen omdat het vermogen en de inkomsten van een entiteit civielrechtelijk en feitelijk onvoldoende zijn afgescheiden van het vermogen c.q. inkomsten van een ander om de entiteit als fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit te beschouwen. De APV-regeling betreft daarentegen de situatie van “zwevend vermogen”, dat niet toerekenbaar is aan een persoon, omdat degene die kan beschikken niet zal of mag genieten en de mogelijke toekomstige genietster niet kan beschikken.

Dit onderscheid is helder, maar miskent naar mijn mening dat zich weldegelijk situaties kunnen voordoen waarin zowel de APV-regeling als de jurisprudentie inzake de toerekening van stichtingsvermogen van toepassing kunnen zijn op een entiteit. Dit betreft gevallen waarin sprake is van een entiteit die als APV kwalificeert op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001, maar er tegelijkertijd een persoon is, zoals de inbrenger, die over het vermogen van die entiteit kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Dat deze samenloop kan bestaan, wordt ook onderstreept door procedures met betrekking tot jaren van voor de invoering van de APV-regeling, waarin de belastingdienst het standpunt innam dat bijvoorbeeld de settlor kon beschikken over trustvermogen als ware het diens eigen vermogen, om dit vermogen en de inkomsten daaruit alsnog in de heffing te kunnen betrekken.¹³⁶² De APV-regeling is uiteindelijk het antwoord op door de belastingdienst ervaren moeilijkheden om “zwevend vermogen” op basis van het concept van de jurisprudentie inzake de toerekening van stichtingsvermogen te belasten.¹³⁶³ Omdat de APV-regeling echter een ruimer bereik heeft dan puur de situatie van zwevend vermogen, maar ook de gevallen bestrijkt waarin het vermogen als gevolg van beschikkingsmacht wel bij een

1361 Conclusie A-G Wattel 26 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:704, V-N 2019/38.11, zie met name punten 9.5 – 9.7.
1362 Zie de in paragraaf 14.2.1 aangehaalde jurisprudentie.
1363 Vergelijk bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9 – 11.

belastingsubject neerslaat, rijst de vraag of de APV-regeling in een dergelijk belang voorrang heeft.

Mogelijk is de redenering van de A-G dat de toerekening op grond van beschikkingsmacht een voorvraag is, die beantwoord dient te worden voorafgaand aan de toepassing van de APV-regeling en waarbij de APV-regeling slechts van toepassing kan zijn indien niet wordt toegerekend op grond van beschikkingsmacht. Dat is althans de strekking van de recente conclusie die A-G Niessen genomen heeft, mede onder verwijzing naar de conclusie van A-G Wattel.¹³⁶⁴ De hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis geeft echter aan dat wordt toegerekend op grond van de APV-regeling ongeacht of sprake is van beschikkingsmacht, hetgeen impliceert dat er voor een dergelijke voorvraag geen ruimte is.

In de casus waar de conclusie van A-G Wattel betrekking op heeft speelt als bijzonderheid dat de APV-regeling in beginsel niet doorwerkt naar de dividendbelasting, zodat voor de heffing waar het desbetreffende geschil op ziet de gesignaleerde samenloop zich inderdaad niet voordoet. Op het moment dat in samenhang gekeken wordt naar de inkomstenbelasting, dividendbelasting en vennootschapsbelasting, kan sprake zijn van een hybride uitkomst: voor de inkomstenbelasting voor toegerekend aan de inbrenger, maar voor de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting wordt het APV als rechtssubject erkend, waarbij ofwel (i) de inkomsten en het vermogen ook worden toegerekend aan het APV,¹³⁶⁵ ofwel (ii) de inkomsten en het vermogen op grond van beschikkingsmacht worden toegerekend aan een ander. Die laatste persoon kan de inbrenger zijn, maar dit hoeft niet. Deze hybride uitkomst is echter met name het gevolg van de beperking van de algemene toepassing van de APV-regeling tot de inkomstenbelasting en niet zozeer van het al dan niet toerekenen op grond van beschikkingsmacht. Een oplossing hiervoor kan dan ook slechts gevonden worden in een consistentere behandeling van APV's voor de verschillende heffingen.

Concluderend zou naar mijn mening met de invoering van de APV-regeling de toepassing van het beschikkingsmachtcriterium ten aanzien van APV's achterhaald moeten zijn. De parlementaire geschiedenis biedt ook steun voor deze conclusie. Er is in zoverre echter geen zekerheid, dat in de lagere rechtspraak het beschikkingsmachtcriterium toch nog enkele malen is toegepast, ondanks het feit dat sprake was van een APV en hof 's-Hertogenbosch laat er in zijn hiervoor aangehaalde uitspraak ook geen twijfel over bestaan dat het van mening is dat het beschikkingsmachtcriterium eerst toegepast

1364 Conclusie A-G Niessen 2 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:860, V-N 2019/46.3.

1365 In dit geval doen zich in de samenloop tussen inkomstenbelasting en dividendbelasting complicaties voor, die overigens losstaan van de vraag of al dan niet toegerekend kan worden op grond van beschikkingsmacht. Voor een nadere beschrijving hiervan verwijs ik naar paragraaf 14.5.

dient te worden en pas vervolgens de APV-regeling. Mogelijk zal het arrest van de Hoge Raad in de zaak betreffende de Privatstiftung meer duidelijkheid zal verschaffen.

Overigens kan men zich afvragen in hoeverre toerekening op grond van beschikkingsmacht daadwerkelijk tot een andere uitkomst kan leiden. Er zijn in het algemeen drie situaties denkbaar:

- Allereerst kan de insteller van het APV zodanige beschikkingsmacht behouden hebben, dat op die laatste grond aan hem toegerekend kan worden. In dat geval leiden beide criteria tot dezelfde uitkomst.
- Daarnaast is denkbaar dat de toerekening op grond van beschikkingsmacht zou leiden tot toerekening aan een ander dan de insteller, zodat de uitkomsten verschillen. De vraag is echter in hoeverre deze situatie zich in de praktijk kan voordoen: logischerwijs heeft de insteller voorzien in bepaalde waarborgen, die de positie van de begunstigden moeten beschermen, los van de reeds bestaande wettelijke mogelijkheden die deze begunstigden hebben om uitvoering van het doel van het APV af te dwingen. Met andere woorden: een goed opgezet APV zou zodanige hindernissen moeten opwerpen tegen al te grote vrijpostigheid van de beheerder, dat deze niet in staat zou moeten zijn om te beschikken over het vermogen van het APV als ware het zijn eigen vermogen. In zoverre is de samenloop tussen het APV-regime en het beschikkingsmachtcriterium dus een wat theoretische discussie, met dien verstande dat natuurlijk mogelijk is dat dergelijke waarborgen ontbreken.¹³⁶⁶
- Het is mogelijk dat de toepassing van de APV-regeling ertoe leidt dat geen toerekening voor de inkomstenbelasting plaatsvindt. Dit kan zich voordoen bij de toepassing van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Voorts is denkbaar dat de inbrenger overleden is en dat er geen erfgenamen zijn die tevens begunstigde zijn of kunnen worden, zodat toerekening aan hen niet mogelijk is.¹³⁶⁷ Beide situaties zullen zich weliswaar vermoedelijk niet vaak voordoen, maar het is mogelijk dat de toepassing van artikel 2.14a Wet IB 2001 tot de conclusie leidt dat het APV-vermogen niet toegerekend kan worden en

1366 Ook zou zich de situatie voor kunnen doen waarin de beheerder van het APV de facto ten gunste van zichzelf beschikt, zonder dat eventuele belanghebbenden die daartegen op zouden kunnen treden gebruik maken van de middelen die zij daartoe hebben. Deze situatie dient mijns inziens onderscheiden te worden van het kunnen beschikken als ware het iemands eigen vermogen, aangezien in dat geval de mogelijkheid tot afdwingen van het APV doorslaggevend is en niet het concrete gebruik dat van die mogelijkheden gemaakt dat. Dit laat uiteraard onverlet dat daadwerkelijk onttrokken bedragen in voorkomend geval in de belastingheffing betrokken kunnen worden.

1367 Zoals in paragraaf 14.3.3.3 opgemerkt kan artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 in die situatie niet leiden tot toerekening aan de begunstigden.

dus niet betrokken wordt in de heffing van inkomstenbelasting.¹³⁶⁸ Omdat in dat geval reeds een regeling is toegepast die tot toerekening van het vermogen kan leiden, is er mijns inziens geen ruimte meer om dan alsnog toe te rekenen op basis van een ander principe, het beschikkingsmachtcriterium.

- Ten slotte is er een verschil in gevolg tussen transparantie van het APV op grond van het beschikkingsmachtcriterium en toerekening op grond van de APV-regeling voor de Wet DB. Transparantie geldt ook voor de Wet DB, maar de toerekening slechts in beperkte mate, zodat een APV opbrengstgerechtigde van een dividend kan zijn en onder omstandigheden mijns inziens ook een teruggave van dividendbelasting kan krijgen.¹³⁶⁹ Een transparante entiteit heeft die laatste mogelijkheid niet. Dit verschil is echter het gevolg van de keuze van de wetgever om de toerekening niet integraal te laten doorwerken naar de Wet DB. Eventuele onwettelijke gevolgen daarvan moeten naar mijn mening echter worden opgelost door middel van een sluitende systematiek in de behandeling van APV's en niet door APV's via een omweg alsnog als transparant aan te merken.

Samenvattend is het aantal situaties waarin toerekening op grond van beschikkingsmacht tot een andere uitkomst zou leiden dan toerekening op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 vermoedelijk beperkt, maar kan dit zich wel voordoen. In aanmerking nemend dat de wetgever met de APV-regeling een keuze heeft gemaakt voor een bepaalde fiscale behandeling van APV's en gezien hetgeen dienaangaande is opgemerkt in de parlementaire geschiedenis, zou de APV-regeling toerekening op grond van beschikkingsmacht naar mijn mening echter moeten uitsluiten.

14.4 Schenk- en erfbelasting

De toerekening van het APV-vermogen aan de inbrenger en later diens erfgenamen is ook (nagenoeg¹³⁷⁰) volledig doorgevoerd in de Successiewet. Hieronder worden de

1368 Bij toepassing van de toerekeningsstop vindt in voorkomend geval nog wel heffing van schenk- en erfbelasting plaats, zie artikel 16 lid 1 respectievelijk artikel 17 lid 1 SW.

1369 Zie paragraaf 14.5.2.

1370 De APV-regeling werkt niet integraal door in de SW, zoals wel het geval is voor de Wet IB 2001, maar is primair neergelegd in de ficties van artikel 16, 17 en 17a SW. Daarnaast kan via begrippen afkomstig uit de Wet IB 2001, zoals de aanmerkelijkbelangdefinitie die doorwerkt in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, de APV-regeling indirect gelden binnen de SW. Omdat geen sprake is van een algemene regeling, is de uitkomst echter niet geheel sluitend. Een voorbeeld is artikel 35c lid 4 sub d SW, dat aanknoopt bij het bezitten van 5% van de gewone aandelen om voor de verkrijging van preferente aandelen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te kunnen genieten. Indien de gewone aandelen gehouden worden door een APV kan strikt genomen door de "verkrijgende" erfgenaam niet aan de gestelde eisen voldaan worden, aangezien hij in civielrechtelijke zin geen houder van gewone aandelen is en de toerekening niet doorwerkt naar deze bepaling. Ik verwacht overigens dat de praktische problemen als gevolg van het ontbreken van een integrale doorwerking beperkt zullen zijn, omdat dit zich slechts in vrij specifieke situaties zal voordoen.

desbetreffende fictiebepalingen met betrekking tot de behandeling van inbreng in het APV, uitkeringen uit het APV en het overlijden van de inbrenger besproken.

14.4.1 Inbreng in het APV

Artikel 17a SW ziet op de inbreng van vermogen in een APV. Hierin is bepaald dat de afzondering van vermogen geen verkrijging is in de zin van de Successiewet. De inbreng van vermogen in het APV kan dus zonder de heffing van schenk- of erfbelasting plaatsvinden, hetgeen een logisch complement is van de toerekening van dit vermogen aan de inbrenger voor inkomstenbelastingdoeleinden.

Er wordt in artikel 17a SW geen onderscheid gemaakt tussen inbreng tijdens leven en inbreng bij overlijden, maar slechts verwezen naar de definitie van afzonderen die is neergelegd in artikel 2.14a Wet IB 2001. Ook artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001, waarin het begrip “afzondering” gedefinieerd is, maakt geen onderscheid tussen inbreng tijdens leven en inbreng bij overlijden en uit artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 volgt zelfs expliciet dat afzondering bij overlijden ook mogelijk is. Een inbreng bij overlijden, bij voorbeeld in de vorm van een legaat aan het APV, valt dus ook onder artikel 17a SW. Beide vormen van inbreng kunnen derhalve zonder heffing van schenkbelasting geschieden.

Het ontbreken van heffing op het inbrengmoment is ook logisch vanuit de gedachte dat de “reguliere” situatie van bezit en vererving van vermogen zoveel mogelijk wordt gesimuleerd. Indien wordt ingebracht bij overlijden lijkt echter toch een heffingslek te kunnen ontstaan, doordat situaties mogelijk zijn waarin ter zake van deze inbreng noch op grond van artikel 17a SW, noch op grond van artikel 16 SW, heffing plaatsvindt in verband met het overlijden van de erflater, zie nader paragraaf 14.4.3.2.

14.4.2 Uitkeringen door het APV

14.4.2.1 Algemeen

Artikel 17 SW bevat een regeling met betrekking tot de verkrijging van uitkeringen uit het APV. Ook het verkrijgen van een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV valt onder deze fictiebepaling, tenzij de verkrijging van de aanspraak het gevolg is van het overlijden van de erflater.¹³⁷¹ Een dergelijke verkrijging wordt geacht afkomstig te zijn van degene aan wie het APV-vermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden wordt toegerekend, ofwel in eerste instantie de inbrenger en na diens overlijden zijn erfgenamen. Voor zover degenen aan wie wordt toegerekend (fictief¹³⁷²) in Nederland woonachtig zijn, is de uitkering (of toekenning van een aanspraak) dus onderworpen aan schenkbelasting. Het voorgaande brengt bovendien met zich dat als het APV

1371 In dat geval is artikel 16 lid 2 SW van toepassing; deze bepaling wordt beschreven in paragraaf 14.4.3.1.
1372 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 20.

uitkeringen doet aan de inbrenger, dit niet gezien wordt als een belastbare schenking, althans zolang sprake is van slechts één inbrenger.¹³⁷³

In artikel 26a SW is eveneens bepaald dat voor de berekening van de verschuldigde schenkbelasting de schenking geacht wordt verkregen te zijn van degene aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend. De familieverhouding tussen deze persoon en de verkrijger bepaalt het toepasselijke tarief en de vrijstelling(en). De bepaling is mijns inziens overbodig: ook uit artikel 17 SW zelf vloeit al voort van wie de schenking geacht wordt afkomstig te zijn, zodat ook daaruit het toepasselijke tarief en de eventuele vrijstellingen al afgeleid kunnen worden. De wetgever lijkt dit overigens zelf ook te erkennen, aangezien in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat artikel 26a SW dient ter verduidelijking en voorkoming van misverstanden.¹³⁷⁴

Voorts merk ik op dat de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 niet doorwerkt naar artikel 17 SW. Hierin is expliciet bepaald dat vermogen, dat op grond van de toerekeningsstop voor inkomstenbelastingdoeleinden niet wordt toegerekend, geacht wordt verkregen te zijn van de persoon aan wie dit vermogen zou zijn toegerekend als de toerekeningsuitzondering niet van toepassing zou zijn geweest. De achtergrond van de bepaling is dat het in de ogen van de wetgever niet in het systeem van de Successiewet past om het nijvere deel van een APV buiten de heffing van schenkbelasting en erfbelasting te laten.¹³⁷⁵

De waardering van de verkrijging geschiedt uiteraard in overeenstemming met de waarderingsvoorschriften van artikel 21 SW en hierbij kan rekening gehouden worden met de voorwaarden of tijdsbepalingen die aan een aanspraak gekoppeld zijn. Ten slotte merk ik op dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van artikel 35b e.v. SW ook van toepassing kunnen zijn ter zake van een uitkering uit het APV. Dit volgt uit de verwijzing naar de bepalingen van de Wet IB 2001, waarmee het begrip “ondernemingsvermogen” wordt ingevuld in artikel 35c lid 1 SW en waarin de toerekening van het APV-vermogen doorwerkt.^{1376 1377}

1373 Indien sprake is van meerdere inbrengers zal in elk geval op grond van de tekst van artikel 17 lid 1 SW wel sprake kunnen zijn van heffing van schenkbelasting, zie nader paragraaf 14.4.2.3.

1374 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 89.

1375 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 89 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 16, pagina 11.

1376 In de parlementaire geschiedenis is ook meermaals opgemerkt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 46, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38, pagina's 14 en 16 (bijlage 2) en Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 37.

1377 Een uitzondering is echter artikel 35c lid 4 SW, inzake de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de SW te kunnen toepassen op preferente aandelen. Indien de gewone aandelen, genoemd in sub d van deze bepaling, gehouden worden door een APV, in plaats van door de verkrijger van de preferente aandelen in privé, dan zal niet voldaan zijn aan de voorwaarden van de bepaling. Hierbij merk ik op dat dit punt niet speelt bij de tekstueel vergelijkbare bepaling in artikel 4.17a lid 3 Wet IB 2001, aangezien de toerekening van het APV-vermogen op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 voor de integrale Wet IB 2001 geldt.

Deze verwijzing naar de Wet IB brengt echter ook bepaalde beperkingen met zich. De toerekening vindt immers niet plaats indien voldaan is aan de onderworpenheidstoets van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. De inbrenger houdt hiermee op ondernemingsvermogen te hebben. Voor de Wet IB 2001 zelf is dit geen probleem, want als het ondernemingsvermogen geschonken wordt of als de inbrenger overlijdt in de periode dat het vermogen niet wordt toegerekend is geen beroep op de doorschuiffaciliteiten voor de inkomstenbelasting noodzakelijk.¹³⁷⁸ Artikel 17 lid 1 SW bepaalt echter dat de verkrijging van (ondernemings)vermogen dat niet toegerekend wordt ook een fictieve schenking is. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan echter naar de tekst van artikel 35c SW niet van toepassing zijn, omdat door het gebrek aan toerekening niet voldaan is aan de kwalificatie “ondernemingsvermogen”, noch aan de bezitstermijn. Een redelijke wetstoepassing brengt mijns inziens met zich dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in deze situatie ook van toepassing is en dat past bovendien in de gedachte dat zo veel mogelijk wordt gedaan alsof de inbreng niet heeft plaatsgevonden. De wettekst zelf biedt hier echter vooralsnog geen mogelijkheid toe.

Het (tijdelijk) niet toerekenen van vermogen kan bovendien ook consequenties hebben indien een uitkering van ondernemingsvermogen gedaan wordt of indien de inbrenger overlijdt op een moment dat niet voldaan is aan de eisen van de toerekeningsstop en wel aan hem wordt toegerekend. Eén van de voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is de bezitseis van artikel 35d SW. Deze knoopt aan bij definitie van onderneming, aanmerkelijkbelanghouder, etc. van de Wet IB 2001, dus door toerekening van APV-vermogen kan aan deze eis voldaan zijn, ook al is in civielrechtelijke zin geen sprake van bezit. Indien het APV echter gedurende een periode kort voorafgaand aan de uitkering of het overlijden voldoende belast is geweest, kan dit met zich brengen dat de bezitsperiode niet lang genoeg geduurd heeft en de faciliteit niet van toepassing kan zijn.¹³⁷⁹ Ook in deze situatie brengt redelijke wetstoepassing naar mijn mening met zich dat de faciliteit alsnog verleend wordt, maar biedt de wettekst zelf hier geen aanknopingspunten voor. Het voorgaande geldt bovendien voor de voortzettingseis: indien het vermogen na de “bedrijfsopvolging” in het APV blijft, bijvoorbeeld in geval van overlijden van de inbrenger, dan kan het voldoende belast worden van het APV met zich brengen dat de verkrijger niet lang genoeg voortzet in de zin van artikel 35e SW. Met de aanpassing van de toerekeningsstop is het toepassingsbereik daarvan evenwel beperkt geworden, als gevolg waarvan het voorgaande met name theoretische problemen zal betreffen.

1378 Zolang de aandelen niet toegerekend worden is geen sprake van een (fictieve) vervreemding bij de inbrenger en dus geen heffingsmoment. In het geval van schenking lijkt me dan wel vereist dat het APV ter zake van deze vervreemding voldoende belast is (en al dan niet een met de deelnemingsvrijstelling vergelijkbare objectieve vrijstelling geniet). In geval van overlijden is dit niet noodzakelijk, aangezien dan geen daadwerkelijke vervreemding plaatsvindt.

1379 Vergelijk Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, pagina 9. Gezien het besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, punt 3.5 kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op zich van toepassing zijn bij fictieve verkrijgingen. Wel geldt onverkort dat aan de bezitstermijn voldaan moet zijn, zie HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3139, V-N 2018/2.25.

14.4.2.2 Aansprakelijkheid van de inbrenger voor de schenkbelasting

Schenkbelasting wordt op grond van artikel 36 SW geheven van de verkrijger, maar gezien artikel 46 lid 3 Invorderingswet is de schenker hoofdelijk aansprakelijk voor de schenkbelasting verschuldigd door de verkrijger. Een vraag is of dit ook geldt voor de inbrenger van vermogen in een APV, die op grond van artikel 17 SW fictief als schenker wordt beschouwd.

Deze fictie geldt echter slechts voor de Successiewet en de daarop berustende bepalingen en daarmee niet voor de Invorderingswet. De Invorderingswet kent ook geen eigen regelingen met betrekking tot het APV, anders dan het bijzondere verhaalsrecht van artikel 23a Invorderingswet en daarmee geen vergelijkbare fictie. Dit brengt mijns inziens met zich dat de aansprakelijkheid van een schenker zich niet kan uitstrekken tot de inbrenger van vermogen in een APV dat een uitkering doet. Om dat te bewerkstelligen zou de fictie, die deze inbrenger als schenker aanmerkt, ook opgenomen moeten worden in de Invorderingswet.

14.4.2.3 APV-vermogen toegerekend aan meerdere personen

In paragraaf 14.4.2.1 ben ik in algemene zin ingegaan op de fictie van artikel 17 SW, op grond waarvan uitkeringen uit een APV als schenkingen worden aangemerkt. In deze paragraaf bespreek ik de complicaties die zich voor kunnen doen indien het APV-vermogen op enig moment wordt toegerekend aan meer dan één persoon.

14.4.2.3.1 Effecten wettelijke regeling

Op grond van artikel 17 lid 1 SW wordt de uitkering geacht een schenking te zijn van de persoon of personen waaraan het APV-vermogen voor inkomstenbelasting wordt toegerekend. Via de delegatiebepaling in artikel 17 lid 2 SW en artikel 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 van overeenkomstige toepassing, zodat de in paragraaf 14.3.2.5 beschreven regels over de verdeling van het toe te rekenen APV-vermogen over de verschillende personen aan wie wordt toegerekend hier doorwerken. Dit is van belang in geval van meerdere inbrengers; bij vererving wordt de verdeling van de toerekening bepaald door de regels van artikel 2.14a Wet IB 2001.

Als het vermogen van een APV wordt toegerekend aan meerdere personen, wordt een uitkering uit dit APV dus in principe geacht te bestaan uit meerdere schenkingen, van al deze personen, waarbij de omvang van de deelschenking afhankelijk is van het aandeel van de desbetreffende schenker in het APV-vermogen. Voor iedere deelschenking dient afzonderlijk het toepasselijke tarief vastgesteld te worden en voor iedere deelschenking

kan een vrijstelling toegepast worden.¹³⁸⁰ Deze spreiding van de schenking over meerdere personen kan leiden tot een hogere totale belastingdruk, doordat deels een hoger tarief van toepassing is, maar ook tot een lagere totale belastingdruk, doordat in totaal een hogere vrijstelling verkregen wordt.

Voorbeeld: uitkering bij toerekening APV-vermogen aan meerdere personen

Inbrenger X heeft in 1993 vermogen ingebracht in APV Y. X is in 2008 in Nederland overleden. Hij was op dat moment niet gehuwd of als partner geregistreerd en had geen testament gemaakt. Zijn erfgenamen waren derhalve zijn vier kinderen, A, B, C en D, ieder voor een gelijk deel.¹³⁸¹ In 2019 doet APV Y een uitkering van € 100.000 aan Z, de zoon van A.

Op grond van artikel 17 lid 1 SW wordt deze uitkering voor schenkbelastingdoeleinden gekwalificeerd als vier schenkingen door A, B, C en D, van elk € 25.000. Op de schenking van A is tarief I van toepassing¹³⁸² en geldt de ouder-kindvrijstelling van € 5.428¹³⁸³. Over deze schenking is derhalve € 1.957 aan schenkbelasting verschuldigd.¹³⁸⁴ Ter zake van de schenkingen van B, C en D is tarief II van toepassing en geldt voor iedere schenking de derdenvrijstelling van € 2.173.¹³⁸⁵ Per schenking is € 6.848 aan schenkbelasting verschuldigd en ter zake van de totale uitkering moet Z € 22.501 aan schenkbelasting betalen.¹³⁸⁶

Als Z daarentegen een schenking van € 100.000 van A zou hebben verkregen, zou hij slechts € 9.457 aan schenkbelasting hebben hoeven betalen.¹³⁸⁷ De omstandigheid dat het APV-vermogen aan meerdere personen wordt toegerekend leidt in dit geval dus tot een aanmerkelijk hoger bedrag aan verschuldigde schenkbelasting. In een andere situatie kan de splitsing van de schenking uiteraard voordelig uitwerken, indien het tarief bij alle “schenkers” gelijk is en door de splitsing meermaals van een vrijstelling gebruik gemaakt kan worden. Ik zou echter verwachten dat het toerekenen van de schenking regelmatig wel het gevolg heeft dat op een deel hiervan een hoger tarief van toepassing wordt, zoals in het gegeven voorbeeld.

Daarnaast rijst de vraag in hoeverre gelijke uitkeringen aan alle erfgenamen, bijvoorbeeld als A, B, C en D hiervoor ieder € 100.000 uit het APV ontvangen, deze erfgenamen geacht worden het ontvangen bedrag geschonken te hebben gekregen van de anderen, in plaats van dit onbelast te kunnen ontvangen omdat zij het desbetreffende

1380 Dit volgt ook uit een voorbeeld in de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 37 – 38).

1381 Op grond van artikelen 4:10 en 4:11 BW.

1382 Artikel 24 SW.

1383 Artikel 33 ten 5° SW (ik abstraheer van de eenmalige verhoogde vrijstelling).

1384 $(25.000 - / - 5.428) * 10\%$.

1385 Artikel 24 SW respectievelijk artikel 33 ten 7° SW.

1386 $(25.000 - / - 2.173) * 30\%$ respectievelijk $1.957 + (3 * 6.848)$.

1387 $(100.000 - / - 5.428) * 10\%$.

bedrag toch al toegerekend kregen. Dit effect komt onlogisch en onredelijk over, maar vloeit mijns inziens wel voort uit de letterlijke wettekst.

14.4.2.3.2 Nuancering in parlementaire geschiedenis

De wetgever is echter van mening dat het voornoemde effect zich niet in alle gevallen voordoet. In de parlementaire geschiedenis wordt een voorbeeld gegeven van inbrenger X, die een irrevocable trust instelt en vervolgens overlijdt met achterlating van zijn twee dochters Y en Z als erfgenamen voor gelijke delen. Y en Z worden geacht het trustvermogen ieder voor de helft geërfd te hebben. Vervolgens wordt de trust opgeheven en krijgen Y en Z ieder de helft van het trustvermogen. Van deze uitkeringen wordt gezegd dat het niet zo is dat Y voor 50% van zichzelf verkrijgt en voor 50% van Z, en vice versa, maar dat Y en Z uitsluitend hun eigen deel krijgen. Dit zou volgen uit de systematiek van de wet. De wetgever geeft aan dat in algemene zin gesteld kan worden dat iedere inbrenger, of diens erfgenamen na zijn overlijden, zonder heffingsgevolgen zijn deel uit het APV kan halen, mits ieders bezittingen en schulden goed geadministreerd zijn en de handelwijze controleerbaar is.¹³⁸⁸

Deze uitkomst is mijns inziens echter niet in overeenstemming met de tekst van artikel 17 lid 1 SW,¹³⁸⁹ dat schrijft voor dat Y inderdaad voor 50% (onbelast) van zichzelf verkrijgt en voor 50% (belast) van Z en vice versa. Hoewel het standpunt van de wetgever in deze mij redelijk voorkomt, vindt dit dus geen steun in de wettekst. Het beroep op de wetssystematiek kan bovendien naar mijn mening deze uitkomst, in weerwil van de duidelijke wettekst, niet dragen.¹³⁹⁰ Een belastingplichtige kan zich uiteraard in een dergelijke situatie met een beroep op de parlementaire geschiedenis op het standpunt stellen dat geen schenkbelasting verschuldigd is. Ik vraag mij echter af of dit standpunt succesvol zal zijn. Aan een uitlating van de staatssecretaris tijdens het wetgevingsproces kan in beginsel geen vertrouwen worden ontleend, tenzij de staatssecretaris niet optreedt in de hoedanigheid van medewetgever, maar als uitvoerder.¹³⁹¹ Aangezien beide opmerkingen van de staatssecretaris zijn gemaakt in

1388 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 93. Zie tevens Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30 – 31. De wetgever trekt hier overigens de parallel met de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden te ver door, aangezien zijn formulering impliceert dat de uitkering uit het APV gebaseerd is op een handeling van de inbrenger of de erfgenamen. Vanuit een civielrechtelijk perspectief is het uiteraard de bestuurder van het APV die handelt op basis van een discretionaire bevoegdheid.

1389 Evenzo Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, pagina 7.

1390 Daarbij is de vraag in hoeverre het uitkeren van eigen "aandelen" wel tot een consistent system leidt, als ook rekening gehouden wordt met het uitgangspunt van gemeenschappelijke "eigendom" dat de wetgever voor inkomstenbelastingdoeleinden voor ogen staat (nader beschreven in paragraaf 14.3.2.5). Zie hiervoor nader het vervolg van deze paragraaf.

1391 Zie bijvoorbeeld HR 7 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5400, BNB 1993/336 en HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9000, BNB 2008/92. Zie voorts Wattel, FED 1990/335, die uitgebreid ingaat op het vertrouwen dat ontleend kan worden aan uitlatingen gedaan als medewetgever en de consequenties die daaraan verbonden kunnen worden.

reactie op vragen van de Kamerleden en bovendien weinig concreet zijn, zodat directe toepassing op de situatie van een specifieke belastingplichtige moeilijk is, treedt de staatssecretaris hier mijns inziens op als medewetgever. Zijn opmerkingen kunnen dan nog dienen tot wetshistorische interpretatie van artikel 17 SW. De tekst hiervan is in mijn ogen echter helder en interpretatie van de bepaling, waarbij de uitkomst afwijkt van de duidelijke tekst, lijkt me niet aan de orde. Overigens is, zelfs indien een succesvol beroep op de parlementaire geschiedenis mogelijk zou zijn, dit een verre van elegante benadering en het heeft in hoge mate de voorkeur dat de wetgever het systeem van het onder omstandigheden zonder heffing van schenkbelasting kunnen ontvangen van een eigen “aandeel” uit een APV, dat hij kennelijk voor ogen heeft, nader uitwerkt en vastlegt in een wettelijke regeling.

Daarnaast speelt de vraag hoe dit uitkeren uit “aandelen” zich verhoudt tot de gemeenschappelijke “eigendom” die voor inkomstenbelastingdoeleinden tot uitgangspunt is genomen en die via aanknopings bij de toerekening van artikel 2.14a Wet IB 2001 ook kan doorwerken in de Successiewet 1956. Er zijn gemakkelijk varianten op het voorbeeld van de wetgever te bedenken waarin dit spanningsveld zich op een of meerdere vlakken voordoet, doordat de uitkering van of uit een “aandeel” aan de één tot heffing van inkomstenbelasting bij een ander leidt, zoals geïllustreerd kan worden aan de hand van het volgende voorbeeld.

Voorbeeld: opheffing van het APV na tijdsverloop

X stelt een APV in en overlijdt vervolgens met achterlating van twee erfgenamen, te weten zijn kinderen Y en Z. Het is de bedoeling van X dat Y en Z in beginsel per saldo evenveel uit het APV ontvangen. Na het overlijden van X blijft het APV enkele jaren voortbestaan. Het APV-vermogen bedraagt € 5.000.000 op het moment van overlijden van X en in de loop van tien jaar ontvangt Y een jaarlijkse uitkering van € 100.000.¹³⁹² Z ontvangt niets. Na tien jaar besluit de bestuurder van het APV om het APV op te heffen. Het APV-vermogen bedraagt nu bijna € 6.000.000.¹³⁹³ Opheffing van het APV door uitkering aan Y en Z van hun eigen “aandeel” stuit echter op de volgende complicaties:

- (a) Wat is überhaupt de omvang van ieders aandeel? Ieder 50% van het op het moment van opheffing aanwezige vermogen lijkt mij in elk geval niet het juiste antwoord, aangezien dan geen rekening gehouden wordt met de uitkeringen die Y ontvangen heeft. € 2.500.000 uitkeren aan Y en € 3.500.000 aan Z lijkt me echter ook niet zuiver. Dan wordt weliswaar rekening gehouden met de uitkeringen

¹³⁹² Welke uitkeringen in elk geval volgens de tekst van artikel 17 lid 1 SW voor de helft geacht worden afkomstig te zijn van Z en als zodanig onderworpen zijn aan schenkbelasting. Zie echter ook de contouren van een alternatief systeem beschreven in paragraaf 15.5.

¹³⁹³ Er van uitgaand dat het jaarlijkse rendement van het APV 4% is en de uitkering van € 100.000 steeds aan het begin van het jaar plaatsvindt.

die Y ontvangen heeft, maar niet op het rendement dat Y hiermee heeft kunnen behalen. Men kan stellen dat een groter deel van het door het APV behaalde rendement aan Z toekomt en dat Y bij de laatstgenoemde verdeling dus te veel ontvangt. Om dit te ondervangen zou echter daadwerkelijk een administratieve “verdeling” van het APV-vermogen tussen Y en Z aangebracht moeten worden. Dit brengt de nodige administratieve lasten met zich. Afgezien daarvan geeft een dergelijke verdeling aanleiding tot de vraag of de “verdeling” af kan doen aan het discretionaire karakter van het APV.¹³⁹⁴

- (b) Bij de opheffing van het APV kan wellicht rekening gehouden worden met de uitkeringen aan Y en de meer indirecte gevolgen daarvan, maar artikel 2.14a Wet IB 2001 gaat hier aan voorbij. Hiervoor wordt het uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom” gehanteerd. Dat heeft als gevolg dat, afhankelijk van welk vermogen aan Y wordt uitgekeerd en de box waarin dit valt, bij een uitkering sprake kan zijn van een belaste vervreemding door Z aan Y. Daarnaast blijft de toerekening mijns inziens ook na de uitkering 50% aan ieder.¹³⁹⁵ Er zijn althans geen indicaties in de parlementaire geschiedenis dat hier de gemeenschappelijke “eigendom” niet langer van toepassing zou zijn. Als gevolg hiervan is Y gedurende de periode dat het APV bestaat inkomstenbelastingplichtig met betrekking tot een deel van het vermogen dat, als bij de opheffing rekening gehouden wordt met de uitkeringen en rendementen daarop, uiteindelijk aan Z wordt uitgekeerd.

Kortom, de omstandigheid dat uitkeringen zijn gedaan leidt tot een spanningsveld tussen een uitkering van de “aandelen” waar ieder volgens een zuivere verdeling “recht” op zou hebben en het voor de inkomstenbelasting gehanteerde uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom”.

14.4.2.3.3 Creatie van sub-APV's¹³⁹⁶

Naast de hiervoor beschreven schenkbelastingproblematiek bij een APV waarvan het vermogen wordt toegerekend aan meerdere personen, kan in een dergelijk geval de toerekening voor de inkomstenbelasting tot fiscale belemmeringen leiden. Na het

¹³⁹⁴ Zie hierover nader paragraaf 15.5.3.

¹³⁹⁵ Als de uitkering vermogen omvat dat voor 50% aan Y wordt toegerekend en voor 50% aan Z vloeit dit reeds voort uit de uitkering. In andere gevallen brengt de uitkering naar mijn mening een vervreemding met zich, omdat zich een “vermogensverschuiving” voordoet. Deze “vermogensverschuiving” kan inkomstenbelastinggevolgen hebben, naast de eventuele heffing over een belaste “vervreemdingswinst” als gevolg van de uitkering (vergelijk in dit verband tevens het voorbeeld in paragraaf 14.3.2.5).

¹³⁹⁶ Onder een sub-APV versta ik in dit verband de situatie waarin het oorspronkelijke APV wordt opgesplitst en verdeeld in meerdere APV's. Dit dient onderscheiden te worden van de sub-trust in de zin dat een beneficiary op zijn beurt zijn beneficial interest gaat houden of overdraagt aan een trustee ten gunste van een ander (zie Harris 2002, pagina 41 en Zwolve 2000, pagina 284 – 285)

overlijden van de inbrenger wordt het APV-vermogen immers toegerekend aan diens erfgenamen, die dan ieder fiscaal behandeld worden als rechthebbende op een pro rata aandeel van ieder vermogensbestanddeel en als schuldenaar van een pro rata aandeel van iedere schuld.¹³⁹⁷ De consequentie hiervan is dat, afhankelijk van in welke box het APV-vermogen valt, uitkeringen uit het APV kunnen leiden tot een belaste vervreemding bij de erfgenamen die geen uitkering ontvangen.¹³⁹⁸ Aangezien het laten voortbestaan van een APV, waarvan het vermogen wordt toegerekend aan meerdere personen, dus behoorlijke nadelen kan hebben, rijst de vraag of deze nadelen weggenomen kunnen worden door het APV te splitsen in een deel per erfgenaam.

Hiertoe zou het bestuur van het APV na het overlijden van de inbrenger voor iedere erfgenaam een sub-APV kunnen instellen, en daar per erfgenaam ieders aandeel in inbrengen. Hierbij kan ook de gemeenschappelijk “eigendom” opgeheven worden en kunnen de bezittingen en schulden verdeeld worden over de sub-APV's. Als het box 3-vermogen betreft geeft dit geen aanleiding tot heffing en ook als het om vermogen gaat waarvan een vervreemdingswinst in beginsel belast is kan dit zonder daadwerkelijke belastingheffing geschieden, mits de verdeling maar snel genoeg na het overlijden van de inbrenger plaatsvindt en nog geen waardeaan groei heeft plaatsgevonden. Ook moet mijns inziens een beroep gedaan kunnen worden op doorschuif faciliteiten die zien op de verdeling van een nalatenschap, zoals die van artikel 4.17b Wet IB 2001. De toerekening brengt met zich dat ook deze faciliteiten toegepast kunnen worden.¹³⁹⁹

Dan resteert echter nog het punt dat een uitkering aan een erfgenaam/begunstigde gezien wordt als een schenking van niet alleen de persoon in kwestie, maar ook pro rata schenking van alle andere erfgenamen. Bij het creëren van sub-APV's is dit echter mijns inziens geen belemmering. Het instellen van sub-APV's impliceert wellicht dat het (oorspronkelijke) APV zijn discretionaire karakter verliest. Dit hoeft echter geenszins het geval te zijn, bijvoorbeeld als per erfgenaam een sub-APV wordt ingesteld voor hemzelf en zijn afstammelingen, zonder dat afdwingbare rechten worden toegekend. Op deze manier kan voorkomen worden dat de inkomstenbelastingposities van de erfgenamen elkaar beïnvloeden en bovendien heeft iedere erfgenaam nu zijn “eigen” APV, waaruit hij zonder schenkbelasting een uitkering kan ontvangen. Per generatie kan zo een verdere splitsing van het vermogen worden gemaakt. Het nadeel van deze opzet is echter wel dat de flexibiliteit afneemt, omdat het APV-vermogen per staak verdeeld wordt. Het is dus de vraag wat wenselijker wordt geacht, flexibiliteit of een ruimere mogelijkheid om uitkeringen te doen zonder heffing van schenkbelasting of tegen een lager tarief (aan de kinderen van de erfgenaam) en voorts in voorkomend geval zonder de heffing van inkomstenbelasting.

1397 Zie paragraaf 14.3.2.5.

1398 Zie paragraaf 14.3.3.2.

1399 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 50.

Het lijkt dan aantrekkelijk om personen in de andere familiestaken als “reservebegunstigden” te handhaven, voor het geval één staak eindigt, maar het is de vraag of dit mogelijk is. Dit hangt samen met de vraag wie als inbrenger van de sub-APV's gezien moet worden, de oorspronkelijke inbrenger of de erfgenaam “wiens” APV het is. Men dient naar mijn mening de oorspronkelijke inbrenger ook als inbrenger van de sub-APV's te zien indien de creatie van de sub-APV als een “door-afzondering”, een voortzetting van de oorspronkelijke afzondering beschouwd wordt. Voor het aanmerken van de erfgenamen als inbrenger van hun “eigen” sub-APV is mijns inziens vereist dat de creatie daarvan als een nieuwe afzondering gezien wordt. Voor de eerste benadering spreekt daarbij naar mijn mening dat de erfgenaam pas inbrenger kan zijn indien hij op enig moment de beschikkingsmacht over het desbetreffende vermogen heeft gehad en heeft kunnen kiezen voor wel of niet inbrengen (hetgeen vermoedelijk strijdig is met het doel van het APV). Dit impliceert een uitkering van APV-vermogen aan de erfgenamen, die gezien de problematiek van de “wederzijdse schenking” tot heffing van schenkbelasting leidt.¹⁴⁰⁰ ¹⁴⁰¹ Zolang de verdeling van het APV in sub-APV's slechts berust op een beslissing van de bestuurder van het APV, lijkt het mij moeilijk om de erfgenamen als inbrenger van de sub-APV's te zien.¹⁴⁰² Hoewel ook een andere benadering denkbaar is, is mijn conclusie derhalve dat de oorspronkelijke inbrenger ook inbrenger van de sub-APV's is.

Deze conclusie brengt met zich dat het niet mogelijk is om één sub-APV per staak te creëren, maar de leden van de andere staken te handhaven als “reservebegunstigden”. Het vermogen van de sub-APV's moet immers pro rata toegerekend worden aan de erfgenamen van de oorspronkelijke inbrenger en als men reservebegunstigde is bij de overige sub-APV's, kan ter zake daarvan het tegenbewijs van artikel 2.14 lid 6 Wet IB 2001 niet geleverd worden. De gewenste scheiding in de toerekening komt dan niet tot stand. Hiervoor is vereist dat per APV de overige erfgenamen van de inbrenger definitief geen begunstigden zijn.

Het creëren van sub-APV's per staak lijkt derhalve mogelijk, maar gaat ten koste van de flexibiliteit. Om de APV-regeling neutraler te laten uitwerken, zou daarom voorzien moeten worden in een systeem dat een dergelijke “verdeling” van het APV-vermogen

1400 Voorts staat het verschaffen van beschikkingsmacht haaks op het doel van het APV als beschermingsfiguur, zodat het bestuur van het APV daar reeds om die reden in principe van zou moeten afzien.

1401 Inkomstenbelasting is pas aan de orde als sprake is van box 2 of box 3-vermogen en van een beclaimde meerwaarde, hetgeen bij verdeling in sub-APV's kort na het overlijden van de inbrenger veelal niet het geval zal zijn.

1402 Vergelijk ook de volgende passage uit de toelichting bij artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling IB 2001: *Een Stiftung stort een deel van haar vermogensbestanddelen in een door de Stiftung ingestelde Anglo-Amerikaanse trust. De bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van de Stiftung alsmede die van de trust worden toegerekend aan de inbrenger van het vermogen in de Stiftung.* (Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009). Hieruit volgt dat in de ogen van de wetgever een inbreng door het ene APV in een ander APV als een inbreng door de oorspronkelijke inbrenger dient te worden aangemerkt.

toestaat zonder dat personen uit een familiestaak definitief uitgesloten moeten worden als begunstigden van het sub-APV dat niet primair op de belangen van deze staat gericht is.

14.4.2.3.4 Conclusie

Hoe sympathiek het wellicht ook is om voor bepaalde situaties, waarin betrokkenen vermoedelijk ook niet de beleving hebben iets van een ander te ontvangen, mogelijk te willen maken om de uitkering te krijgen zonder heffing van schenkbelasting, de wetgever heeft met zijn voorbeeld mijns inziens met name verwarring geschapen. De suggestie is gewekt dat bepaalde uitkeringen zonder heffing van schenkbelasting plaats zouden kunnen vinden, terwijl dit strijdig is met de tekst van artikel 17 lid 1 SW.

Mijns inziens zou de wetgever dan ook, indien hij inderdaad van mening is dat het in bepaalde situaties mogelijk moet zijn dat iedere betrokkene zijn eigen “aandeel” uit het APV zonder de heffing van schenkbelasting ontvangt, hiervoor een heldere wettelijke regeling¹⁴⁰³ moeten treffen. Ik denk hierbij aan de volgende situaties:

- De inbrenger is overleden en het APV wordt opgeheven zonder dat tussentijds uitkeringen aan één of meer erfgenamen hebben plaatsgevonden, of slechts uitkeringen van relatief dezelfde omvang.¹⁴⁰⁴ De erfgenamen krijgen ieder hun pro rata “aandeel” in de waarde van het APV-vermogen.
- Er zijn weliswaar meerdere inbrengers, maar het APV heeft nog geen uitkeringen aan hen gedaan, of uitkeringen van relatief dezelfde omvang. De inbrengers ontvangen ieder hun pro rata “aandeel” in het APV-vermogen.

Dit neemt echter niet weg dat het concept van uitkeringen uit eigen “aandelen” op gespannen voet staat met het voor inkomstenbelastingdoeleinden gehanteerde uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom”. Een alternatief voor het voorgaande is een systeem dat meer aansluit bij de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden en dus ook meer mogelijkheden biedt om uitkeringen aan een bepaald “aandeel” toe te rekenen, bijvoorbeeld ook door dit “aandeel” gedeeltelijk uitgekeerd te krijgen. In paragraaf 15.5 schets ik de contouren van een dergelijk systeem.

1403 Gezien de duidelijke tekst van artikel 17 lid 1 SW volstaat mijns inziens een interpretatie van de staatssecretaris in een beleidsbesluit niet op dit punt.

1404 Uitkeringen aan anderen dan erfgenamen leiden er niet toe dat de “aandelen” ongelijk van grootte worden, zodat dit geen probleem zou moeten zijn. Om dezelfde reden lijkt opheffing zonder schenkbelasting mij ook mogelijk indien wel uitkeringen aan de erfgenamen zijn gedaan, maar de omvang hiervan overeenstemt met de pro rata “aandelen” van de erfgenamen. Wel kunnen deze uitkeringen, zoals hiervoor beschreven, inkomstenbelastinggevolgen hebben gehad.

14.4.2.4 Afdwingbare aanspraken

Voor zover een APV niet-discretionair is, speelt artikel 17 SW geen rol met betrekking tot uitkeringen die gedaan worden.¹⁴⁰⁵ De uitkering vormt immers geen schenking, maar de voldoening aan een verplichting door het bestuur van het APV. De begunstigde had reeds een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV en hij is bij de verkrijging hiervan reeds in de heffing betrokken. Dit kan erfbelasting zijn, indien de aanspraak ten gevolge van het overlijden van de inbrenger is ontstaan (artikel 16 lid 2 SW), of schenkbelasting, indien de aanspraak los van het overlijden van de inbrenger is toegekend (op grond van artikel 17 lid 1 SW¹⁴⁰⁶). De aanspraak kan toegekend zijn onder een voorwaarde of tijdsbepaling, maar dit zijn slechts factoren die de waardering op het moment van toekennen beïnvloeden. De latere vervulling hiervan geeft geen aanleiding tot (aanvullende) heffing.

14.4.3 Overlijden van de inbrenger

14.4.3.1 Algemeen

Ten slotte kent de Successiewet een regeling voor de situatie waarin de inbrenger, of later diens erfgenaam, overlijdt. Artikel 16 lid 1 SW bepaalt dat APV-vermogen dat aan de erflater is toegerekend tot diens overlijden, en met ingang van zijn overlijden wordt toegerekend aan diens erfgenamen, geacht wordt krachtens erfrecht door die erfgenamen krachtens erfrecht verkregen te zijn. Als de erflater (al dan niet fictief¹⁴⁰⁷) in Nederland woonachtig is, is dus erfbelasting verschuldigd over het APV-vermogen. Iedere erfgenaam wordt daarbij geacht een aandeel in het APV-vermogen te verkrijgen dat overeenstemt met het pro rata aandeel hierin dat aan hem wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden. Het is voor erfgenamen die geen begunstigde van het APV zijn dus ook met oog op de erfbelasting van belang dat zij het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB kunnen leveren. APV-vermogen dat voor de inkomstenbelasting onder de toerekeningsuitzondering van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 valt maakt deel ook deel uit van de fictieve erfrechtelijke verkrijging.¹⁴⁰⁸ De omstandigheid dat (op enig

1405 Met dien verstande dat bij een volledig non-discretionaire entiteit de APV-regeling geheel geen toepassing vindt, zie HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, BNB 2015/152, nader besproken in paragraaf 14.3.7.2.

1406 In het verlengde van paragraaf 15.5 merk ik op dat, indien het administratief bijhouden van "aandelen" in het APV-vermogen mogelijk zou zijn, de aanspraak bij toekenning anders dan ten gevolge van overlijden ten laste van een bepaald aandeel gebracht zou kunnen worden. In geval van een aanspraak die als gevolg van overlijden ontstaat is hier mijns inziens minder ruimte voor. De met de aanspraak corresponderende schuld kan vergeleken worden met een schuld ten laste van de gezamenlijke erfgenamen. Bij "verdeling" van de nalatenschap kan de schuld wel aan een bepaald "aandeel" toebedeeld worden.

1407 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 20.

1408 Het paste naar de mening van de wetgever niet binnen de gekozen opzet van de Successiewet om het nijvere deel van het APV buiten de heffing van erfbelasting te laten (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 89 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 16, pagina 11).

moment) de toerekeningsstop van toepassing is, kan bovendien tot gevolg hebben dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing is of niet behouden kan worden, zie paragraaf 14.4.2.1, maar dit lijkt mij gezien de reikwijdte van de toerekeningsstop met name een theoretisch probleem.

Ter zake van deze fictieve erfrechtelijke verkrijging en de daadwerkelijke erfrechtelijke verkrijging tezamen zijn het tarief en de vrijstelling van toepassing gebaseerd op de familieverhouding tussen de inbrenger/erflater en diens erfgenamen. Een afzonderlijke fictiebepaling vergelijkbaar met artikel 26a SW ontbreekt hier, naar ik aanneem omdat de fictieve erfrechtelijke verkrijging meeloopt in de fiscale behandeling van de daadwerkelijke verkrijging van de erfgenaam en de wetgever daarom een bepaling voor het wegnemen van twijfel over het toepasselijke tarief en vrijstelling niet nodig achtte.

In aanvulling op het voorgaande bevat artikel 16 lid 2 SW een regeling voor de situatie waarin iemand als gevolg van het overlijden van de inbrenger een in rechte vorderbare aanspraak op het APV krijgt. De verkrijging van deze aanspraak wordt eveneens aangemerkt als een erfrechtelijke verkrijging en als zodanig belast. Degene die op grond van artikel 16 lid 1 SW geacht wordt het APV-vermogen als zodanig te erven moet dan mijns inziens de waarde van deze separaat belaste aanspraak van de waarde van zijn fictieve erfrechtelijke verkrijging in mindering kunnen brengen. Indien dit niet kan zou het APV-vermogen (deels) tweemaal belast worden. Daarnaast kan betoogd worden dat de erfgenaam, die krachtens artikel 16 lid 1 SW verkrijgt, niet alleen het vermogen, waar de aanspraak op ziet, toegerekend krijgt, maar ook de met de aanspraak corresponderende schuld. Aangezien de fictieve erfrechtelijke verkrijging gebaseerd is op de toegerekende bezittingen en schulden zou deze schuld dus vanzelf de waarde van de verkrijging verminderen. De tekst van artikel 16 lid 1 SW sluit echter niet volledig aan op dit argument, omdat dit verwijst naar de bezittingen en schulden dit tot het overlijden aan de erflater werden toegerekend en daarna aan diens erfgenamen. De met de aanspraak corresponderende schuld valt hier niet onder, aangezien die tijdens leven nog niet bestond, zodat deze naar de letterlijke tekst niet in mindering gebracht kan worden. Desalniettemin zou het toch redelijk zijn om een aftrek toe te staan, om dubbele heffing te voorkomen.¹⁴⁰⁹

Tot slot merk ik op dat de tekst van artikel 16 lid 1 SW niet geheel zuiver geformuleerd lijkt te zijn. De bepaling regelt een fictieve verkrijging door de erfgenamen van de inbrenger, zonder erfgenamen nader te definiëren. Derhalve moet “erfgenaam” voor de toepassing van deze fictie mijns inziens in civielrechtelijke zin worden opgevat. Artikel 2.14a

1409 De parlementaire geschiedenis gaat niet op dit punt in. In indirecte zin kan echter wellicht een beroep gedaan worden op de opmerking dat het eerste en het tweede lid van artikel 16 SW beogen een sluitend systeem te creëren met betrekking tot discretionaire, niet-discretionaire en gedeeltelijk discretionaire APV's (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 33). Dubbele heffing past immers ook niet binnen een sluitend systeem.

Wet IB 2001 brengt voor de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden echter enige wijzigingen aan ten opzichte van het civielrechtelijke begrip erfgenaam: toevoegingen in geval van onderfde erfgenamen (lid 4) of “anti-fiscale testamenten” (lid 6), of beperkingen in geval van een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling (lid 6). De wijzigingen op grond van lid 6 hebben gevolgen voor de toerekening en zijn daarmee ook van invloed op de toepassing van artikel 16 lid 1 SW. Lid 4 grijpt echter direct aan bij het begrip “erfgenaam”, voor de toepassing van de Wet IB 2001 en de daarop berustende bepalingen, maar daarmee niet voor artikel 16 SW. Hoewel ik aanneem dat beoogd is dat een uitbreiding van het begrip erfgenaam op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 ook doorwerkt naar artikel 16 SW, had dit naar mijn mening dan expliciet in deze laatste bepaling geregeld moeten worden. Wellicht dat dit over het hoofd is gezien, omdat artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 pas op een later moment in het wetgevingsproces is toegevoegd. Het verdient mijns inziens aanbeveling om dit alsnog te regelen. Op dit moment kan gesteld worden dat de fictieve verkrijging van artikel 16 lid 1 SW niet geldt voor onderfde erfgenamen aan wie op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 alsnog wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden.

14.4.3.2 Inbreng bij overlijden

Artikel 16 lid 1 SW knoopt aan bij APV-vermogen dat tot aan het overlijden van de erflater aan hem werd toegerekend op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 en met ingang van zijn overlijden wordt toegerekend aan zijn erfgenamen. Als gevolg daarvan valt vermogen dat als gevolg van het overlijden wordt ingebracht mijns inziens niet binnen het bereik van deze bepaling. Hierbij kan gedacht worden aan een erflater die een APV tot erfgenaam heeft benoemd of een legaat aan het APV in zijn testament heeft opgenomen. Weliswaar wordt dit vermogen na het overlijden toegerekend aan de erfgenamen, maar van toerekening tot het overlijden van de inbrenger is geen sprake¹⁴¹⁰, zodat niet voldaan is aan de criteria van artikel 16 lid 1 SW. Aangezien de inbreng zelf vanwege artikel 17a SW ook geen aanknopng biedt voor de heffing van schenk- of erfbelasting,¹⁴¹¹ lijkt bij inbreng als gevolg van overlijden eenmaal een “overgang” van vermogen op de volgende generatie zonder heffing bewerkstelligd te kunnen worden.

De wetgever is overigens een andere interpretatie van artikel 16 SW toegedaan. In de parlementaire geschiedenis is namelijk gezegd dat het afzonderen van vermogensbestanddelen in een APV als gevolg van overlijden van de inbrenger of diens

1410 Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 knoopt aan bij afzondering van vermogen, waarbij expliciet de afzondering bij overlijden genoemd wordt. De wettekst geeft aan dat ook in geval van afzondering bij overlijden wordt toegerekend aan de inbrenger. Dit kan alleen gedurende een ondeelbaar moment op het tijdstip van overlijden zijn. Daarvoor is de inbrenger immers nog eigenaar van het desbetreffende vermogen en na het overlijden wordt het vermogen, blijkens artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001, toegerekend aan de erfgenamen van de inbrenger. Met toerekening op het ondeelbare moment van overlijden is niet voldaan aan het vereiste dat tot het overlijden van de erflater aan hem wordt toegerekend.

1411 Zie paragraaf 14.4.1.

erfgenamen als gevolg van artikel 16 SW niet wordt aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht van het APV zelf, maar als een verkrijging krachtens erfrecht door de desbetreffende erfgenamen.^{1412 1413} Deze interpretatie strookt echter niet met de wettekst. Om tot de in de parlementaire geschiedenis weergegeven interpretatie te komen had de tekst van artikel 16 lid 1 SW moeten luiden “die tot het overlijden van de erflater ingevolge dat artikel zijn toegerekend aan die erflater, of die als gevolg van het overlijden van de erflater zijn afgezonderd in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001”. Zonder toevoeging van de laatste zinsnede valt inbreng als gevolg van overlijden bij een letterlijke lezing althans niet onder artikel 16 SW.

Overigens zou ik menen dat een inbreng in het APV in de vorm van een verkrijging krachtens erfrecht zonder nadere regeling gekwalificeerd wordt als een belaste verkrijging door het APV.¹⁴¹⁴ De omstandigheid dat artikel 16 lid 1 SW hierop niet de door de wetgever beoogde uitzondering maakt brengt echter niet met zich dat dan heffing optreedt, aangezien artikel 17a SW deze verkrijging alsnog uitzondert. Deze laatste bepaling maakt geen onderscheid tussen inbreng tijdens leven en inbreng als gevolg van overlijden.

14.4.3.3 Samenloop met regelingen in het testament.

In deze paragraaf zal ik kort ingaan op de verhouding tussen de regelingen die de inbrenger in zijn testament getroffen heeft en het in het APV ingebrachte vermogen. Vooropgesteld zij daarbij dat het APV-vermogen niet langer eigendom van de inbrenger is en dat dit dus ook geen deel uitmaakt van de nalatenschap van de inbrenger. De bepalingen uit diens testament zijn daarmee niet van toepassing op het APV-vermogen.¹⁴¹⁵

Bij de toerekening van het APV-vermogen en de fictieve vererving daarvan op grond van artikel 16 SW wordt daarentegen aangeknoopt bij ieders omvang van de verkrijging krachtens erfrecht, zonder dat daarbij gekeken wordt naar de aard van de verkrijging. Dit verschil in uitgangspunt kan tot merkwaardige effecten leiden, hetgeen ik zal

¹⁴¹² Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 33 – 34. De verwijzing naar afzondering als gevolg van het overlijden van de erfgenamen van de inbrenger lijkt overigens zinledig: als vermogen wordt afgezonderd als gevolg van het overlijden van een erfgenaam, zondert die af in de hoedanigheid van inbrenger en niet in de hoedanigheid van erfgenaam van een (andere) inbrenger. Een uitzondering is wellicht denkbaar indien het overlijden van de erfgenaam tot het creëren van een sub-APV leidt en de erfgenaam gezien moet worden als degene die het vermogen in dit sub-APV heeft afgezonderd (zie voor een nadere analyse van de kwalificatie van een dergelijk sub-APV paragraaf 14.4.2.3.3). Het lijkt echter niet waarschijnlijk dat de wetgever het oog heeft gehad op deze situatie.

¹⁴¹³ In vergelijkbare zin Van der Avoird 2012, pagina 172.

¹⁴¹⁴ Althans uitgaand van een discretionair en onherroepelijk ingesteld APV. Mijsinzijns zou zonder de nadere regels inzake APV's de hoofdregel uit de trustarresten (HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, BNB 1999/35 (tot en met 37) nog steeds moeten gelden.

¹⁴¹⁵ Wel is de vraag of de inbreng van het vermogen in het APV in strijd kan komen met de legitieme portie. Dit wordt besproken in paragraaf 8.6.

illustreeren aan de hand van een korte bespreking van een aantal veel voorkomende testamentsvormen. Ter vergelijking ga ik allereerst in op de situatie dat de inbrenger zonder testament overlijdt.

Bij het onderstaande ga ik steeds uit van de volgende casus. Inbrenger X is gehuwd met Y, onder huwelijkse voorwaarden inhoudende een koude uitsluiting. Het vermogen van X bedraagt € 3 miljoen. Voorts is € 12 miljoen ingebracht in APV Z. Begunstigden van het APV zijn X en zijn afstammelingen, alsmede Y. Er zijn twee kinderen, A en B. Op het moment dat X overlijdt is Y 62 jaar oud.

14.4.3.3.1 Wettelijke verdeling

Indien X zonder testament overlijdt, zijn Y, A en B erfgenamen, ieder voor $\frac{1}{3}$.¹⁴¹⁶ De wettelijke verdeling is van toepassing op de nalatenschap van X.¹⁴¹⁷ Derhalve verkrijgt Y alle goederen en schulden en krijgen A en B ieder een vordering op Y van € 1 miljoen. Aangezien het versterkerrecht van toepassing is en de vorderingen gezien artikel 4:13 lid 4 BW in beginsel slechts een rente dragen van de wettelijke rente voor zover deze hoger is dan 6%, dient voor de berekening van de verschuldigde erfbelasting rekening gehouden te worden met een fictief vruchtgebruik van Y van de onderbedelingsvorderingen van A en B. De waarde van dit vruchtgebruik bedraagt 60% van de waarde van de vordering (zie artikel 21 leden 14 en 15 SW jo. artikelen 5 jo. 10 Uitvoeringsbesluit SW). In deze context heeft Y derhalve een verkrijging van € 2,2 miljoen en A en B ieder een verkrijging van € 400.000.

De vraag is of deze waardering voor erfbelastingdoeleinden van invloed kan zijn op de toerekening van het APV-vermogen in de inkomstenbelasting. De APV-regeling zwijgt over de invloed van waardering op de toerekening en biedt derhalve geen aanknopingspunten voor de beantwoording van deze vraag. Naar mijn mening dient het uitgangspunt echter civielrechtelijke verkrijging van ieder $\frac{1}{3}$ te zijn. Dit is, ongeacht de waardering die voor de erfbelasting aan de verkrijging gekoppeld wordt, het aandeel waarvoor ieder erfgenaam is. Er is ook geen indicatie dat voor het begrip “erfgenaam” een ander uitgangspunt dan het civielrechtelijke begrip gehanteerd zou moeten worden.¹⁴¹⁸ Daarnaast doet ook in fiscale context het in aanmerking nemen van het fictieve vruchtgebruik er niet aan af dat men ieder voor $\frac{1}{3}$ deel erfgenaam is.

Voor de bepaling van het aandeel in het APV-vermogen dat zij toegerekend krijgen, dient naar mijn mening echter de civielrechtelijke verkrijging als uitgangspunt genomen

1416 Artikel 4:10 jo. 4:11 BW.

1417 Artikel 4:13 BW.

1418 Behoudens uiteraard de correcties op grond van lid 4 en lid 6, maar deze zouden mijns inziens los moeten staan van de waardering.

te worden.¹⁴¹⁹ Dit betekent dat Y, A en B ieder $\frac{1}{3}$ van het APV-vermogen toegerekend krijgen, oftewel € 4 miljoen per persoon. De fictieve verkrijgingen uit hoofde van artikel 16 SW in aanmerking nemend, komt de belastbare verkrijging van Y uit op € 6,2 miljoen en die van A en B op elk € 4,4 miljoen.

De toerekening loopt in dit geval in zoverre parallel met de verkrijgingen krachtens erfrecht dat zowel de (civielrechtelijke) verkrijging als het toe te rekenen aandeel per persoon $\frac{1}{3}$ is. Een knelpunt is wel gelegen in de omstandigheid dat de betrokkenen geen middelen verkrijgen om de erfbelasting ter zake van de “verkrijging” van het APV-vermogen te betalen.¹⁴²⁰ Dit klemmt te meer voor kinderen A en B, aangezien die geheel geen beschikking krijgen over middelen tot het betalen van de erfbelasting, als gevolg van de wettelijke verdeling. Voor de erfbelasting voor hun aandeel in de nalatenschap wordt dit opgelost doordat de langstlevende de door hen verschuldigde erfbelasting dient te voldoen en dit bedrag in mindering kan brengen op haar schuld aan het desbetreffende kind, aangezien deze schulden als schulden van de nalatenschap kwalificeren.¹⁴²¹ Het lijkt mij echter de vraag of dit ook geldt voor de erfbelasting die verschuldigd wordt als gevolg van een fictieve verkrijging op grond van artikel 16 SW. Deze belastingschuld lijkt mij niet zozeer verband te houden met het opvallen van de nalatenschap (en deze “verkrijging” staat ook los van de nalatenschap), als wel met het overlijden van de erflater als inbrenger in een APV. Deze conclusie beschermt de langstlevende, maar werkt uiteraard nadelig uit voor de kinderen.

Uitkeringen aan één begunstigde worden bovendien in beginsel als afkomstig van Y, A en B beschouwd, zodat deze leiden tot de verschuldigdheid van schenkbelasting (zie paragraaf 14.4.2.3).

14.4.3.3.2 Vruchtgebruiktestament

Indien X zijn kinderen A en B tot erfgenamen benoemt en Y het vruchtgebruik van zijn

1419 In aanmerking nemend dat “erfgenaam” een civielrechtelijk begrip is en geen sprake is van een andersluidende bepaling.

1420 Het is daarom naar mijn mening aan te bevelen om bij de instelling van het APV te bepalen dat het APV deze “belastingschade” aan de erfgenamen dient te vergoeden. Daarbij rijst de vraag hoe de aanspraak op een dergelijke vergoeding fiscaal gekwalificeerd moet worden. Naar mijn mening is in beginsel sprake van een in box 3 te belasten vermogensrecht, met dien verstande dat gezien de voorwaardelijkheid hiervan de waardering problematisch is. Het zou de werkbaarheid van de APV-regeling daarom mijns inziens ten goede komen indien het APV de belasting, verschuldigd door degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, zou kunnen vergoeden zonder dat (het recht op) deze vergoeding als zodanig fiscale gevolgen heeft. Zie hiervoor nader paragraaf 15.8.

Als geen sprake is van een aanspraak, maar het APV de verschuldigde erfbelasting op eigen initiatief vergoedt of voldoet voor de erfgenaam, dan is geen sprake van een vermogensrecht in box 3, maar van een uitkering, met alle eventuele gevolgen van dien (zie paragrafen 14.3.2.6, 14.3.3.2 en 14.4.2.3).

1421 Op grond van artikel 4:13 jo. 4:7 lid 1 sub e BW respectievelijk artikel 4:14 BW.

nalatenschap legateert, heeft Y een belastbare verkrijging van 60% van € 3 miljoen is € 1,8 miljoen en de kinderen ieder een verkrijging van € 600.000.¹⁴²²

Op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt het APV-vermogen slechts toegerekend aan A en B. Aangezien Y echter onterfde erfgenaam is¹⁴²³ en tevens begunstigde van het APV, dient zij op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 alsnog als erfgenaam in aanmerking genomen te worden. De wijze van verdeling van het toe te rekenen vermogen over de erfgenamen is niet duidelijk. Bij gebrek aan goede aanknopingspunten voor de toerekening¹⁴²⁴ lijkt mij een toerekening van $\frac{1}{3}$ aan ieder de meest voor de hand liggende uitkomst. Dit leidt ertoe dat de totale belastbare verkrijging van A uitkomt op € 5,8 miljoen en die van de kinderen op 4,6 miljoen per persoon.

De toerekening op grond van de APV-regeling staat dus geheel los van de regelingen die de inbrenger in zijn testament getroffen heeft. Het lijkt ook niet eenvoudig om een met de testamentaire voorziening vergelijkbare regeling door het APV te laten uitvoeren. Er zijn twee benaderingen denkbaar:

- (a) Het APV wordt verplicht om – althans na het overlijden van X – de vruchten van het APV-vermogen uit te keren aan Y, eventueel met de bevoegdheid om (desgewenst of in bepaalde omstandigheden) ook het vermogen zelf aan te wenden. Dit laatste kan vergeleken worden met een verteringsbevoegdheid bij een vruchtgebruik. Voor wat betreft het kapitaal kan reeds een aanspraak worden toegekend aan A en B, maar dit kan eventueel ook opengelaten worden. Dat laatste ligt in zoverre meer voor de hand, dat men zich bij een concreet recht voor A en B kan afvragen wat de meerwaarde is van het APV boven het testament en de daarin getroffen voorzieningen.

Voor zover sprake is van een afdwingbare aanspraak, valt deze aanspraak buiten de toerekening op grond van de APV-regeling (zie ook paragraaf 14.3.7.3) en wordt deze aanspraak als zodanig belast.¹⁴²⁵ Aan te bevelen is om deze pas bij het overlijden van X te laten ontstaan, omdat eerdere toekenning gezien artikel 17 SW op dat moment al leidt tot de heffing van schenkbelasting, alsmede een

1422 Gewaardeerd volgens de Successiewet. In de civielrechtelijke verhouding zou men een andere waarderingsmaatstaf kunnen hanteren. Ik abstraheer echter verder van dit verschil.

1423 De omstandigheid dat Y als legataris een grotere waarde verkrijgt dan haar erfdeel bij versterf lijkt mij hier niet relevant, omdat artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 slechts aanknoopt bij het zijn van erfgenaam.

1424 De testamentaire regeling lijkt mij hier van ondergeschikt belang, omdat dit niets zegt over de aanwending van het APV-vermogen. Aangezien het APV discretionair is, ontbreekt ook nog een concrete begunstiging die als aanknopingspunt kan dienen. Dit laatste kan wellicht anders zijn bij hele concrete wensen van de inbrenger, eventueel gecombineerd met een bereidheid van de beheerder van het APV om daaraan uitvoering te geven. Bij gebrek aan dergelijke factoren lijkt toerekening in gelijke delen mij nog de minst slechte optie (zie tevens paragraaf 14.3.6.3).

1425 Indien niet alleen Y een afdwingbare aanspraak krijgt, maar ook A en B, resteert geen discretionair element. Gezien HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, BNB 2015/152, vindt toerekening op grond van de APV-regeling dan niet plaats (zie paragraaf 14.3.7.2).

in box 3 belastbaar vermogensrecht. Hetzelfde geldt uiteraard voor de “bloot eigendom” van de kinderen, indien aan hen ook al een aanspraak is toegekend.¹⁴²⁶ Defiscalisering in de inkomstenbelasting (na het overlijden van X) is niet aan de orde, aangezien geen sprake is van een vruchtgebruik op grond van het testament van X of op grond van buitenlandse wettelijk erfrecht, als bedoeld in artikel 5.4 lid 3 sub a Wet IB 2001.

- (b) X spreekt jegens het APV de wens uit dat het APV op zodanige wijze uitkeringen zal doen, dat Y gedurende haar leven de vruchten van het APV vermogen zal krijgen, al dan niet naar behoefte en eventueel in combinatie met de mogelijkheid om ook kapitaal uit te keren. Voor wat betreft de periode na het overlijden van Y zou X de wens kunnen uiten dat het APV het resterende vermogen uitkeert aan A en B of, en wellicht logischer, die ter eigen discretie aanwendt voor niet alleen A en B, maar ook hun afstammelingen (als niet meer dan een vruchtgebruiktestament was beoogd, heeft een APV immers weinig meerwaarde).

De uitkering van de vruchten wordt in dit geval aangemerkt als een schenking van Y, A en B, ieder voor een gelijk deel. Dat betekent dat Y over twee derde van iedere uitkering schenkbelasting betaalt tegen een tarief van 30% - 40%, tenzij het geringe bedragen betreft. De heffing van schenkbelasting loopt daarmee niet parallel met de bedoeling achter de uitkeringen. Afhankelijk van de samenstelling van het vermogen kan bovendien sprake zijn van inkomstenbelastingaspecten.

Het is derhalve naar mijn mening niet goed mogelijk om een APV te laten samenlopen met een vruchtgebruiktestament, in elk geval niet indien het de wens van de inbrenger is dat de voorziening uit het testament ook op het APV-vermogen van toepassing is. Volledigheidshalve merk ik ook op dat het civielrechtelijke vruchtgebruik uit hoofde van het testament bij overlijden van Y zonder nadere heffing van erfbelasting teniet gaat. Het aan Y toegerekende APV-vermogen wordt evenwel op grond van artikel 16 SW als een fictieve verkrijging door A en B aangemerkt en als zodanig belast met erfbelasting.

14.4.3.3.3 Keuzelegaat tegen inbreng

Een andere mogelijkheid is dat X in zijn testament een keuzelegaat tegen inbreng ten gunste van Y heeft opgenomen. Ik ga er hierbij vanuit dat Y tevens een relatief klein erfdeel heeft, bijvoorbeeld 1%, en dat sprake is van een rente van 6% op de onderbedelingsvorderingen van A en B. In beginsel zal men daarbij door middel van

¹⁴²⁶ Indien geen sprake is van discretionaire elementen, is de APV-regeling als zodanig ook niet van toepassing, maar worden slechts de desbetreffende aanspraken in de heffing betrokken, zie paragraaf 14.3.7 en in het bijzonder paragraaf 14.3.7.2.

een bijvoorbeeld een opvullegaat de verkrijging van Y zodanig willen maximaliseren dat haar echtgenotenvrijstelling en 10%-schijf benut worden en de kinderen de resterende waarde verkrijgen.

Uitgaande van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 zou Y 1% van het APV-vermogen toegerekend krijgen en A en B ieder 49,5%. Y is echter partieel onterfd, omdat haar erfdeel bij versterf $\frac{1}{3}$ zou zijn geweest. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat partiële onterving ook onder artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 valt. Zoals aangegeven in paragraaf 14.3.6.3 brengt een letterlijke lezing van deze bepaling dan met zich dat een afwijking van de erfdelen bij versterf niet mogelijk is en dat men per definitie daarop terugvalt, omdat bij iedere afwijking sprake is van een partiële onterving. Dat leidt ertoe dat Y alsnog, net als A en B, $\frac{1}{3}$ van het APV-vermogen toegerekend krijgt en ter zake daarvan in de heffing van erfbelasting betrokken wordt.

De toerekening van het APV vermogen staat derhalve ook hier geheel los van wat de inbrenger in zijn testament geregeld heeft. Het spiegelen van de testamentaire regeling in de voorzieningen van het APV is voorts ook in dit geval niet goed haalbaar: de volledige gerechtigdheid tot het vermogen voor Y in combinatie met onderbedelingsvorderingen voor A en B leent zich niet goed voor inpassing in het APV. Daarnaast zijn er in elk geval schenkbelastingeffecten, doordat ofwel belaste aanspraken worden toegekend, ofwel de uitkeringen deels worden aangemerkt als schenking van de andere begunstigten aan de ontvanger.

14.4.3.3.4 Tweetrapsmaking

Tot slot bespreek ik de variant waarin sprake is van een tweetrapsmaking. In afwijking van de eerdere voorbeelden ga ik nu uit van inbrenger/erflater X (ongetrouwd), die als afstammelingen zijn kinderen A en B nalaat, ieder voor 50%. De tweetrapsmaking houdt in dat A en B beide bezwaarde zijn en tevens verwachter, die verkrijgt indien het andere kind zonder afstammelingen overlijdt. A overlijdt tien jaar na X zonder afstammelingen (of echtgenoot). B verkrijgt nu als verwachter. Ik abstraheer van waardemutaties of vertering van het bezwaarde vermogen in de periode tussen het overlijden van X en dat van A.

Het daadwerkelijk door A van X geërfde vermogen gaat bij het overlijden van A als gevolg van vervulling van de voorwaarden over op B als verwachter. B is ter zake van deze verkrijging erfbelasting verschuldigd op basis van het ouder-kind tarief, aangezien hij geacht wordt te verkrijgen van X.

Daarnaast is B de erfgenaam bij versterf van A, zodat hij het "aandeel" van B in het APV-vermogen toegerekend krijgt na diens overlijden. Dit is zowel het geval indien B daadwerkelijk erfgenaam is, op grond van het erfrecht bij versterf of het testament van

A, als indien A een ander als erfgenaam heeft aangewezen, aangezien B in dat geval een onderfde erfgenaam is als bedoeld in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001. B is derhalve erfbelasting verschuldigd ter zake van deze fictieve verkrijging, waarbij hij nu geacht wordt van A te verkrijgen in plaats van van X. Aangezien het tarief in deze verhouding veel hoger is dan in de verhouding ouder-kind, werkt de “vererving” via het APV veel ongunstiger uit dan de toepassing van de tweetrapsmaking.

14.4.3.3.5 Conclusie

De voorzieningen die in het testament getroffen worden staan geheel los van het APV, het APV-vermogen en het door het APV gevoerde uitkeringsbeleid. Indien wordt toegerekend aan meer dan één persoon is het echter, gezien het in aanmerking nemen van schenkingen over en weer op grond van artikel 17 SW, moeilijk om dit zonder heffing van schenkbelasting te laten geschieden. Aangezien de overgang van de toerekening op de erfgenamen in beginsel reeds tot de heffing van erfbelasting heeft geleid, kan men zijn vraagtekens zetten bij de redelijkheid van deze uitkomst, althans voor zover een begunstigde niet meer ontvangt dan het aan hem toegerekende deel.¹⁴²⁷ Het voorgaande maakt het ook moeilijk om veel voorkomende testamentaire voorzieningen door middel van een APV uit te voeren. Concluderend kan een APV in civielrechtelijke zin weliswaar heel flexibel zijn in de mogelijkheden tot uitkering, maar als gevolg van de fiscale behandeling wordt een groot deel van deze flexibiliteit weer weggenomen.

14.4.4 Mutaties in de groep van begunstigten

Evenals voor de inkomstenbelasting rijst voor de schenk- en erfbelasting de vraag of een mutatie in de groep begunstigten tot een belastbaar feit kan leiden. Met een mutatie in de groep van begunstigten doel ik hier niet op het toekennen van afdwingbare aanspraken,¹⁴²⁸ maar op het toevoegen van personen aan of het schrappen van personen uit de groep van begunstigten, waaraan de beheerder van het APV op discretionaire basis uitkeringen kan doen. Voorts heb ik niet het oog op wijzigingen die zich voordoen als gevolg van het overlijden van de inbrenger of een begunstigde, maar slechts die mutaties die op initiatief van bijvoorbeeld de beheerder van het APV plaatsvinden.

In civielrechtelijke zin is uiteraard geen sprake van een verkrijging, aangezien zich slechts een verschuiving voordoet in de mogelijkheden om uitkeringen te ontvangen als begunstigde van het APV. Wel kunnen er inkomstenbelastinggevolgen zijn, waarbij de volgende situaties onderscheiden kunnen worden:

- (a) Een of meerdere inbrengers zijn tevens begunstigde en worden als zodanig geschrapt. Dit heeft geen gevolgen voor de inkomstenbelasting, omdat voor

¹⁴²⁷ Zie paragraaf 15.5 voor en oplossingsrichting voor deze problematiek.

¹⁴²⁸ De verkrijging hiervan is belast op grond van artikel 16 of 17 SW.

de toerekening aan de inbrenger niet vereist is dat deze begunstigde is van het APV.

- (b) Om dezelfde reden wijzigt er niets in de toerekening in de – vermoedelijk vrij theoretische – situatie dat een inbrenger initieel geen begunstigde was, maar later als zodanig is toegevoegd.
- (c) Er wordt een begunstigde, die geen erfgenaam is, geschrapt. Ook dit heeft geen gevolgen voor de toerekening voor de inkomstenbelasting, aangezien door het ontbreken van erfgenaamschap er geen aanknopingspunt was voor toerekening van APV-vermogen aan deze persoon.
- (d) Er wordt een begunstigde, die tevens erfgenaam is van de inbrenger, geschrapt. Naar mijn mening zou deze persoon vanaf dat moment alsnog het tegenbewijs moeten kunnen leveren, als gevolg waarvan niet langer APV-vermogen aan hem toegerekend wordt.¹⁴²⁹ Gezien het bepaalde in artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 wordt dan het aandeel in het APV-vermogen, dat aan de overige erfgenamen wordt toegerekend, vergroot.
- (e) Een persoon, die geen erfgenaam is van de inbrenger, wordt toegevoegd als begunstigde. Ook nu ontbreekt een aanknopingspunt voor de toerekening, zodat deze toevoeging geen gevolgen heeft voor de toerekening.
- (f) Ten slotte kan een persoon, die wel erfgenaam is van de inbrenger, worden toegevoegd als begunstigde. Ook dit heeft geen gevolgen voor de toerekening: gezien de mogelijkheid om als begunstigde te worden toegevoegd, was het leveren van het tegenbewijs voor deze erfgenaam onmogelijk, zodat toerekening aan hem al plaats moet hebben gevonden.

Concluderend is de enige situatie waarin zich een wijziging in de toerekening voordoet het schrappen van een begunstigde-erfgenaam. De vraag is of een dergelijke verschuiving in de toerekening gezien zou moeten worden als een belastbare schenking.¹⁴³⁰ Naar mijn mening is er echter geen aanknopingspunt voor de heffing van schenkbelasting. De omstandigheid dat er een verschuiving in de toerekening optreedt, leidt niet tot een vermogensvermeerdering in civielrechtelijke zin, zodat reeds om die reden geen sprake kan zijn van een schenking in de zin van de Successiewet.¹⁴³¹

1429 Zie paragraaf 14.3.6.6.2.

1430 Erfbelasting speelt mijns inziens niet. Een wijziging in de begunstiging zal in principe niet samenhangen met een overlijden, anders dan door overlijden van een inbrenger of erfgenaam en dit is niet het soort mutatie waar ik in deze context naar kijk.

1431 Artikel 1 lid 7 SW jo. artikel 7:186 lid 2 BW; er is geen sprake van verrijking van de een en verarming van de ander en een bevoordelingsbedoeling bij de begunstigde die geschrapt wordt moeilijk te construeren lijkt. Wellicht dat men in specifieke gevallen, waarin het initiatief tot het schrappen van

Daarnaast regelen de artikelen 16 en 17 SW een aantal fictieve verkrijgingen, maar de enige verschuiving in de toerekening die daaronder valt, is het overlijden van de inbrenger of een erfgenaam en de daaruit voortvloeiende toerekening aan diens erfgenamen. De situatie waarin begunstigden geschrapt worden is niet geregeld, dus indien de wetgever van mening is dat deze situatie aanleiding geeft tot het heffen van schenkbelasting, dan zou dit expliciet geregeld moeten worden.

De vraag is of hiervoor een aanleiding aanwezig is. De gedachte achter de APV-regeling is het bereiken van een resultaat dat vergelijkbaar is met de fiscale gevolgen in de situatie waarin geen inbreng had plaatsgevonden: de inbreng zelf wordt genegeerd, maar “vererving” van het APV-vermogen of “schenkingen”/uitkeringen hieruit worden wel belast. In het laatste geval vindt echter een daadwerkelijke verrijking van de ontvangende begunstigde plaats, hetgeen niet het geval is bij een verschuiving in de toerekening als gevolg van het schrappen van een begunstigde. Deze laatste situatie laat zich wellicht enigszins vergelijken met erfgenamen in een onverdeelde nalatenschap, waarvan er uiteindelijk één ophoudt om erfgenaam te zijn, bijvoorbeeld omdat hij verwerpt, maar als buiten de wil¹⁴³² van deze erfgenaam gelegen omstandigheden zijn onwaardigheid of vervallenverklaring van het erfdeel denkbaar. In deze gevallen wordt voor de heffing van (in casu) erfbelasting aangesloten bij de gewijzigde situatie. Deze parallel zou aanleiding kunnen zijn om bij een mutatie in de groep van begunstigden aanvullend te heffen bij degene die meer APV-vermogen toegerekend krijgt. Heffing van erfbelasting ligt dan meer voor de hand dan schenkbelasting.

Een dergelijke regeling vereist dan naar mijn mening een complement in de vorm van een regeling die de initiële heffing bij de geschrapte begunstigde vermindert. De erfgenaam wiens recht vervallen wordt verklaard kan ook aanspraak maken op een restitutie van erfbelasting, op grond van artikel 53 SW.^{1433 1434} Op vergelijkbare wijze zou de begunstigde, die als zodanig geschrapt wordt maar wel erfbelasting heeft betaald ter zake van een fictieve verkrijging in de zin van artikel 16 SW als gevolg van het overlijden van de erflater, een restitutie van de erfbelasting moeten kunnen krijgen. Op dit moment is een dergelijke regeling echter niet getroffen, zodat hiervoor de tekst van artikel 53 SW uitgebreid zou moeten worden.¹⁴³⁵

de desbetreffende begunstigde uitgaat en die het oogmerk heeft om daarmee anderen als begunstigden te laten optreden, een bevoordelingsbedoeling kan worden aangenomen. De elementen verrijking en verarming ontbreken daarmee echter nog steeds.

1432 Althans in die zin dat de aan de gebeurtenis die leidt tot onwaardigheid of vervallenverklaring van het erfdeel doorgaans vermoedelijk ten minste een zekere intentie van de (potentiële) erfgenaam ten grondslag zal liggen, maar dat het naar mijn mening te ver gaat om daaruit af te leiden dat de (geobjectiveerde) wil van deze persoon zich richt op diens uitsluiting als erfgenaam.

1433 De vervallenverklaring is de vervulling van een ontbindende voorwaarde, zie artikel 4:131 lid 1 BW.

1434 De vergelijking met verwerping of onwaardigheid is minder goed te maken, omdat deze terugwerkt tot (artikel 4:190 lid 4 BW) respectievelijk werkt vanaf (artikel 3 lid 1 BW) het overlijden van de erflater en de persoon in kwestie derhalve nooit erfgenaam is geweest.

1435 Vergelijk tevens Hoogwout en Verstijnen. FTV 2013/46, pagina 8, die betwijfelen of een erfgenaam die van de lijst van potentiële begunstigden wordt afgehaald zich op artikel 53 SW kan beroepen.

Concluderend komt het mij niet onredelijk voor en ook passend binnen de systematiek van de APV-regeling om bij een verschuiving van de toerekening als gevolg van het schrappen van een begunstigde ook de heffing van erfbelasting hierop aan te passen. Dat vereist naar mijn mening echter zowel de toevoeging van een mogelijkheid om te heffen bij degene die een groter aandeel krijgt toegerekend, bijvoorbeeld aan artikel 16 SW¹⁴³⁶ of eventueel artikel 52 SW, als een mogelijkheid voor degene die geschrapt wordt om restitutie van de eerder betaalde erfbelasting te krijgen.

14.5 Vennootschapsbelasting en dividendbelasting

De focus van mijn onderzoek ligt op de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting. Hoewel ik in deze paragraaf kort zal ingaan op enige aspecten van de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting, is het zeker niet mijn bedoeling om deze uitputtend te bespreken, maar slechts om enkele aandachtspunten te signaleren, die spelen in relatie tot de desbetreffende heffing indien sprake is van een APV.

14.5.1 Vennootschapsbelasting

Vooropgesteld zij dat de APV-regeling niet integraal doorwerkt naar de Wet Vpb, maar slechts naar specifieke bepalingen hiervan.¹⁴³⁷ Aannemend dat geen sprake is van een fiscaal transparante entiteit¹⁴³⁸, wordt het APV derhalve voor toepassing van de Wet Vpb als rechtssubject erkend. Daarmee kan een APV vennootschapsbelastingplichtig zijn, waarbij tevens de rechtsvorm een rol speelt.

Indien sprake is van een in Nederland gevestigd APV, is van belang of het APV een rechtsvorm heeft die rechtspersoonlijkheid bezit, zoals een stichting. In dat geval is het APV binnenlands belastingplichtig op grond van artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb, indien en voor zover het APV een onderneming drijft. Aangezien een APV zelden tot nooit zelf een onderneming zal drijven, wordt daarmee aan binnenlandse belastingplicht in principe niet toegekomen.^{1439 1440} Een ruimere belastingplicht zou vereisen dat het

1436 Met een regeling voor de aangiftetermijn in artikel 45 lid 3 SW.

1437 Artikel 8 lid 15 Wet Vpb. Zie voor een analyse van de gevolgen van het al dan niet doorwerken van de APV-regeling naar de Wet Vpb A.C.P. Bobeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet Vpb 1969 en enige andere belastingwetten (delen 1 en 2), WFR 2011/6914 en 2011/6915. Volledigheidshalve merk ik op dat de zinsnede *met dien verstande dat artikel 2.14a, zevende lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor de toepassing van artikel 10a buiten toepassing blijft*, pas op een later moment aan artikel 8 lid 15 Wet Vpb is toegevoegd.

1438 In de zin dat de uitkomst van kwalificatie van de rechtsfiguur op grond van diens civielrechtelijke kenmerken is dat deze rechtsfiguur als rechtssubject erkend moet worden, vergelijk nader paragraaf 14.3.9.2.

1439 De eis van artikel 3 lid 2 Wet Vpb, dat sprake moet zijn van vergelijkbaarheid met een Nederlandse stichting, in het kader van de binnenlandse belastingplicht wordt niet gesteld.

1440 Volledigheidshalve zij nog gewezen op artikel 4 sub a Wet Vpb, dat onder het drijven van een onderneming in de zin van artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb mede verstaat een daarmee uiterlijk overeenkomende activiteit, waarmee in concurrentie getreden wordt met ondernemingen gedreven

APV een rechtsvorm heeft die te vergelijken is met een kapitaalvennootschap, (open) commanditaire vennootschap, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij¹⁴⁴¹, of dat sprake is van een (open) fonds voor gemene rekening. Hoewel niet geheel ondenkbaar, zal het zich mijns inziens doorgaans niet voordoen dat het APV een rechtsvorm heeft waarin door anderen wordt deelgenomen op basis van aandelen, lidmaatschapsrechten, participaties, etc.¹⁴⁴²

Ook kan sprake zijn van een APV dat geen rechtspersoonlijkheid heeft, zoals een trust. Naar mijn mening is dan sprake van een doelvermogen (zie nader hieronder). Doelvermogens worden echter niet genoemd in artikel 2 Wet Vpb als belastingplichtige entiteiten, hetgeen tot gevolg heeft dat een doelvermogen niet binnenlands belastingplichtig kan zijn, tenzij het aan de criteria van een van de wel genoemde categorieën belastingplichtige entiteiten zou voldoen. Ik onderschrijf de conclusie van Boer dat hier in geval van een trust in ieder geval geen sprake van is en verwijst voor een nadere uiteenzetting eenvoudshalve naar zijn analyse.¹⁴⁴³

Veelal zal het APV evenwel niet in Nederland gevestigd zijn en rijst de vraag of sprake kan zijn van buitenlandse belastingplicht. Afhankelijk van de rechtsvorm kan dit het geval zijn als rechtspersoon (artikel 3 lid 1 sub a Wet Vpb) of als doelvermogen (artikel 3 lid 1 sub b Wet Vpb). Rechtspersoonlijkheid bezittende APV's zijn buitenlands belastingplichtig voor zover sprake is van Nederlands inkomen met dien verstande dat deze belastingplicht beperkt kan worden indien sprake is van een met een naar Nederlands recht opgerichte vereniging of stichting vergelijkbaar lichaam, op grond van artikel 3 lid 2 Wet Vpb. In dat geval kan slechts sprake zijn van belastingplicht voor zover het APV een onderneming drijft. Aangezien goed denkbaar is dat een buitenlands APV een stichting-achtige¹⁴⁴⁴ figuur is, bijvoorbeeld de Curaçaose stichting particulier fonds of de Liechtensteinse Stiftung, rijst de vraag wanneer sprake is van voldoende vergelijkbaarheid met de Nederlandse stichting om een beroep op deze uitzondering te kunnen doen. In de parlementaire geschiedenis is hierover het volgende gezegd:

Of het buitenlandse lichaam vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgerichte vereniging of stichting als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel e, van de Wet Vpb 1969 zal afhangen van de civielrechtelijke wet- en regelgeving van

-
- door natuurlijke personen of lichamen als bedoeld in artikel 2 lid 1 sub a – d Wet Vpb. De gelijkstelling van artikel 4 sub b en c Wet Vpb zullen zich bij een APV naar mijn mening doorgaans niet voordoen.
- 1441 Zie artikel 2 lid 1 sub a – c Wet Vpb. Van een vereniging of stichting als bedoeld in sub f.
- 1442 De inbreng op dergelijke aandelen, lidmaatschapsrechten of participaties geldt ook niet als afgezonderd vermogen in de zin van de APV-regeling (zie artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001). Dat neemt echter niet weg dat bijvoorbeeld een BV naar mijn mening wel op contractuele basis als APV zou kunnen fungeren (zie De Leeuw, WPNR 2015/7067).
- 1443 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.2.2. Volledigheidshalve merk ik op dat specifieke trustvormen die meer het karakter van een beleggingsfonds hebben, zoals een unit trust, wellicht wel inpasbaar zijn binnen een categorie binnenlands belastingplichtigen, waarbij de vergelijking met het fonds voor gemene rekening in mijn ogen dan het meest voor de hand ligt.
- 1444 Een met een vereniging te vergelijken figuur ligt bij een APV mijns inziens niet voor de hand.

het desbetreffende land, de statuten of de overeenkomsten en de Nederlandse wet- en regelgeving. Indien sprake is van eigendomsbewijzen (aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten) of van een economische deelgerechtigdheid die tegenover de afzondering van vermogen staat, zal het buitenlandse (charitatieve) lichaam in ieder geval niet vergelijkbaar zijn met een stichting of vereniging. Bij een vereniging en stichting wordt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel verwezenlijkt. In geval van een vereniging mag de winst, zo deze behaald wordt, niet onder de leden worden verdeeld. Kenmerkend voor een stichting is het ontbreken van leden en het verbod op het doen van uitkeringen aan de oprichters of aan hen die deel uitmaken van de organen van een stichting.

Bij de toets of het buitenlandse lichaam vergelijkbaar is met eerdergenoemde verenigingen en stichtingen, is de rechtspersoonlijkheid van de buitenlandse entiteit als zodanig niet van doorslaggevend belang. Dit betekent bijvoorbeeld dat [...] de beperkte buitenlandse belastingplicht ook geldt voor buitenlandse privaatrechtelijke (charitatieve) doelvermogens, indien deze vergelijkbaar zijn met eerdergenoemde verenigingen of stichtingen. [Onderstrepingen AEdL]¹⁴⁴⁵

Bij deze passage vallen twee aspecten op: (i) voor stichting-achtige figuren is van belang dat sprake is van een uitkeringsverbod en (ii) ook doelvermogens kunnen in voorkomend geval een beroep doen op de beperking van hun belastingplicht. Gezien de nadruk op het uitkeringsverbod lijkt mij de vraag in hoeverre een APV als vergelijkbaar met een stichting beschouwd kan worden. Indien dit een doorslaggevend criterium is, zal van vergelijkbaarheid veelal geen sprake zijn, aangezien buitenlandse stichting-achtige rechtsfiguren die als APV functioneren naar hun aard in beginsel geen uitkeringsverbod kennen. Overigens kan men zich afvragen hoe zuiver deze vergelijking is, in aanmerking nemend dat een Nederlandse stichting ook als APV kan fungeren, zij het niet op grond van het feit dat zij naar haar aard uitkeringen mag doen, maar op grond van een contractuele verhouding.¹⁴⁴⁶ Ook kan gezegd worden dat een APV door middel van een daartoe bestemd vermogen een in zijn statuten (of andere regeling die het APV beheerst) vermeld doel verwezenlijkt. Indien men het uitkeringsverbod beschouwt als een (sterke) aanwijzing dat sprake is van een stichting-achtige figuur, maar niet als doorslaggevend, is er ruimte om een APV aan te merken als beperkt buitenlands belastingplichtig in de zin van artikel 3 lid 2 Wet Vpb.

Indien het APV daarentegen geen rechtspersoonlijkheid heeft, zal dit mijns inziens in beginsel een doelvermogen zijn zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c Wet Vpb. Een doelvermogen is geen civielrechtelijk begrip. Het begrip “doelvermogen” is ook niet nader gedefinieerd, waardoor niet volledig duidelijk is wat hier wel of niet onder

1445 Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/2012, 33 003, nr. 3, pagina 81 – 82.

1446 Zie nader paragraaf 8.2.2.

valt. In de parlementaire geschiedenis worden geen voorbeelden gegeven, maar is een doelvermogen als volgt omschreven:

Het woord „doelvermogens” wordt in deze wet uitsluitend met betrekking tot buitenlandse belastingplichtigen gehanteerd. Het brengt een aansluiting tot stand met de bepaling van artikel 2, eerste lid, letter c, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Met het gebruik van deze term in het onderwerpelijke artikel wordt [...] beoogd een sluitpost aan te brengen om gevallen, waarin een door buitenlands recht beheerst, afzonderlijk vermogen optreedt dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een rechtspersoon dan wel een commanditaire vennootschap op aandelen of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, fiscaal op dezelfde wijze te kunnen behandelen als ten aanzien van de evengenoemde lichamen geschiedt. [Onderstreping AEdL]¹⁴⁴⁷

De omschrijving van het doelvermogen als sluitpost impliceert een ruime invulling van dit begrip. Mijns inziens zal een niet rechtspersoonlijkheid bezittend APV hier dan ook onder vallen. Voor de trust wordt dit in de literatuur ook vrij algemeen aanvaard.¹⁴⁴⁸ Ook een APV zonder rechtspersoonlijkheid kan derhalve vennootschapsbelastingplichtig zijn. Hierbij valt het verschil in behandeling tussen in Nederland gevestigde en buiten Nederland gevestigde doelvermogens op: de eerste zijn zoals hiervoor besproken niet vennootschapsbelastingplichtig en de tweede wel.¹⁴⁴⁹

In dit verband rijst de vraag of een in het buitenland gevestigd APV vennootschapsbelastingplichtig kan zijn in Nederland ter zake van een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap. Buitenlandse belastingplicht op grond van artikel 17 lid 3 sub b Wet Vpb is dan denkbaar, indien (mede) sprake is van het houden van het aandelenbelang door het APV met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van de heffing van inkomstenbelasting bij een ander. Een uitgebreide analyse van dit aspect gaat het bestek van dit onderzoek te buiten, maar in het algemeen zal van een dergelijk ontgaansmotief in mijn ogen geen sprake zijn: tenzij sprake is van een materiële onderneming bij het APV, hetgeen zich zelden of nooit zal voordoen, vindt toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden plaats. De inbrenger blijft derhalve ook na de inbreng van zijn aanmerkelijk belang in het APV belastingplichtig, zodat geen inkomstenbelasting ontgaan wordt en het APV dus niet

1447 Kamerstukken II, vergaderjaar 1959/1960, 6000, nr. 3, pagina 17 rechterkolom.

1448 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.2.3, Gilissen, dissertatie 2012, pagina 446, en J.L. van de Streek, Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.6.F.d.

1449 Men kan zich afvragen of dit niet in strijd komt met EU-recht, zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.2.3. A-G Wattel is in elk geval de mening toegedaan dat de kring buitenlands belastingplichtigen van artikel 3 Wet Vpb vanwege EU-recht niet ruimer kan zijn dan die van artikel 2 Wet Vpb (conclusie A-G Wattel van 26 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:782, V-N 2019/54.45, punten 7.7 en 7.26).

vennootschapsbelastingplichtig is. Aangezien bij belastingplicht van het APV dubbele heffing ontstaat (zie hierna) is dit naar mijn mening ook een evenwichtige uitkomst.

Ten slotte is van belang om op te merken dat bij een buitenlands belastingplichtig APV een samenloop van Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting kan ontstaan. Stel dat de trustee van een buitenlandse trust eigenaar is van een ter belegging gehouden onroerende zaak in Nederland. De trust is als doelvermogen buitenlands belastingplichtig voor zover Nederlands inkomen genoten wordt. Daarvan is onder meer sprake indien de trust een onderneming heeft in Nederland, hetgeen bij fictie het geval is bij het houden van een in Nederland gelegen onroerende zaak.¹⁴⁵⁰ Derhalve is ter zake van het met de onroerende zaak behaalde resultaat vennootschapsbelasting verschuldigd. Daarnaast krijgt de inbrenger de onroerende zaak toegerekend en is hij ter zake daarvan box 3-heffing verschuldigd als binnenlands of buitenlands belastingplichtige. Aangezien geen sprake is van een onderneming, is de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 niet van toepassing, zodat ook inkomstenbelasting verschuldigd is. In tegenstelling tot bij een samenloop tussen buitenlandse vennootschapsbelasting¹⁴⁵¹ en Nederlandse inkomstenbelasting is er geen regeling die in dit geval de dubbele heffing wegneemt.¹⁴⁵² Naar mijn mening dient hier derhalve in voorzien te worden, hetgeen in nader bespreek in paragraaf 15.10.

14.5.2 Dividendbelasting

Het is goed denkbaar dat het APV aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap houdt, die al dan niet voor de inbrenger als gevolg van de toerekening een aanmerkelijk belang vormen. Dit geeft aanleiding tot de vraag ten laste van wie de heffing van dividendbelasting plaats vindt en hoe de samenloop van deze dividendbelasting met de heffing van inkomstenbelasting bij de inbrenger wordt weggenomen.

Op grond van artikel 1 lid 1 Wet DB wordt de dividendbelasting geheven van degene die rechtstreeks of door middel van certificaten gerechtigd is tot de opbrengst van de aandelen waarop het dividend wordt uitgekeerd. De opbrengstgerechtigde is in dit geval het APV, in aanmerking nemend dat wordt aangeknoopt bij de rechtstreekse gerechtigdheid. De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis is in dit verband van belang:

Dezelfde verschillende leden hebben gevraagd, of moet worden aangenomen dat een andere mogelijkheid om tot de opbrengst van aandelen enz. gerechtigd te zijn dan rechtstreeks of door middel van certificaten uitgesloten moet worden

1450 Artikel 17 lid 3 sub a jo. 17a sub a Wet Vpb.

1451 Op grond van artikel 25b Bvdb 2001.

1452 Zie ook Boer WFR 2017/7216, alsmede P.T.R.J. Vermeulen en M.F.P. de Clercq, Een pleidooi voor meer transparantie bij APV's, FTV 2018/9, die pleiten voor afschaffing van de toerekeningsstop.

geacht. De ondergetekenden is geen andere mogelijkheid bekend waarbij nog gezegd kan worden dat de persoon in kwestie gerechtigd is tot de opbrengst van de in het eerste artikel van het ontwerp bedoelde aandelen, winstbewijzen en winstdelende obligaties. De ondergetekenden merken overigens op dat, al ware er een andere mogelijkheid aanwezig om tot de opbrengst van de onderwerpelijke effecten gerechtigd te zijn, er toch wel steeds een natuurlijk persoon of lichaam rechtstreeks of door middel van certificaten gerechtigd zal zijn tot de opbrengst van die effecten. [Onderstreping AEdL]¹⁴⁵³

Uit deze passage valt voorts af te leiden dat rechtspersoonlijkheid niet vereist is om de aandeelhouder als opbrengstgerechtigde tot het dividend aan te merken. Derhalve kan ook een APV zonder rechtspersoonlijkheid, zoals een trust, opbrengstgerechtigde tot het dividend zijn.¹⁴⁵⁴ Voorts maakt het voor het zijn van opbrengstgerechtigde niet uit of sprake is van vennootschapsbelastingplicht, hetgeen ook blijkt uit de teruggaveregeling van artikel 10 Wet DB.¹⁴⁵⁵ Mijns inziens wordt de dividendbelasting derhalve ingehouden ten laste van het APV.

Tenzij deze dividendbelasting op enige wijze teruggevraagd of verrekend kan worden, ontstaat echter samenloop met de inkomstenbelasting geheven van de inbrenger. Er zijn twee mogelijkheden om deze samenloop weg te nemen: (i) teruggave van de dividendbelasting aan het APV op grond van artikel 10 Wet DB of (ii) verrekening van de dividendbelasting als voorheffing met de verschuldigde inkomstenbelasting op grond van artikel 9.2 Wet IB 2001. In beide gevallen is de toepassing van de desbetreffende regeling echter niet evident en de uitkomst van deze benaderingen is ook niet geheel gelijk.

Voorbeeld: teruggave dividendbelasting versus verrekening met inkomstenbelasting

Inbrenger X heeft APV Y ingesteld en 100% van de aandelen in beleggingsvennootschap Z BV ingebracht. In 2019 keert Z BV een dividend van € 1.000.000 uit aan APV Y, waarop € 150.000 dividendbelasting wordt ingehouden. Daarnaast is X ter zake van de dividenduitkering € 250.000 aan inkomstenbelasting verschuldigd. Zonder een maatregel om deze samenloop van heffing weg te nemen, bedraagt de belastingdruk derhalve 40%. Indien geen uitkering door APV Y plaatsvindt, is als gevolg van de dividenduitkering het vermogen in APV Y toegenomen met € 850.000 en is het vermogen van X afgenomen met € 250.000.

¹⁴⁵³ Kamerstukken II, vergaderjaar 1962/1963, 6000, nr. 11, pagina 2 – 3.

¹⁴⁵⁴ Zie voor specifiek de trust ook de conclusie van A-G Wattel van 23 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1315, V-N 2019/12.8, punt 8.13 e.v. Zie voorts O.C.R. Marres, Dividendbelasting, Wolters Kluwer Deventer 2018, pagina 12, die opmerkt dat lichamen die vennootschapsbelastingplichtig (kunnen) zijn, waaronder doelvermogens, opbrengstgerechtigde kunnen zijn.

¹⁴⁵⁵ Zie voorts de hiervoor aangehaalde conclusie van A-G Wattel, paragrafen 7 en 8, en de aldaar aangehaalde literatuur.

Stel dat APV Y de dividendbelasting kan terugvragen, dan is de vermogenstoename van APV Y per saldo gelijk aan de dividenduitkering van € 1.000.000. APV Y kan dit bedrag geheel of gedeeltelijk uitkeren aan X om de inkomstenbelasting te voldoen, maar dat hoeft niet. APV Y zou ook het gehele bedrag van de dividenduitkering kunnen aanwenden voor uitkeringen aan andere begunstigen. Voor X betekent dit een vermogensafname van € 250.000.

Indien echter X de dividendbelasting kan verrekenen, dan bedraagt zijn vermogensafname nog € 100.000. De vermogenstoename van APV Y blijft beperkt tot € 850.000. Over het APV en X samen bezien is het resultaat economisch gelijk: de heffing is nu beperkt tot in totaal € 250.000. In civielrechtelijke zin is er echter wel een verschil, aangezien nu 15% van de (bruto)uitkering per definitie aan X toekomt, terwijl het door APV Y uit te keren bedrag beperkt is tot de na heffing van dividendbelasting resterende 85%. In aanmerking nemend dat X in er in dit scenario nog steeds in vermogen op achteruit gaat, komt dit mij overigens niet voor als een onredelijke uitkomst. Vanuit het perspectief dat de APV-regeling beoogt te simuleren dat geen sprake is van inbreng, lijkt mij dit ook het meest passende resultaat.

Verrekening bij de inbrenger in plaats van een teruggave aan het APV voorkomt bovendien een heffingslek in het geval van een inbrenger die niet belastingplichtig is in Nederland.

Voorbeeld: buitenlandse inbreng en verrekening versus teruggave van dividendbelasting

Inbrenger A heeft APV B ingesteld. A houdt een belang van 4% in C BV en hij brengt dit belang in in APV B. In 2019 keert C BV een dividend van € 1.000.000 aan APV B. Hierop houdt C BV € 150.000 aan dividendbelasting in. Het dividend wordt toegerekend aan A, maar A is ter zake hiervan in Nederland geen inkomstenbelasting verschuldigd, aangezien geen sprake is van een aanmerkelijk belang.¹⁴⁵⁶

Stel dat de dividendbelasting in het algemeen in aanmerking genomen zou moeten worden bij de inbrenger, dan leidt dit niet tot een verrekening bij A, aangezien hij niet belastingplichtig is ter zake van zijn belang in C BV. Dit resultaat is vergelijkbaar met de uitkomst van de situatie waarin A zijn belang in C BV rechtstreeks was blijven houden en C BV het dividend zou hebben uitgekeerd.¹⁴⁵⁷ De inbreng van de aandelen in het APV werkt derhalve neutraal uit. Het eindresultaat is dat het APV-vermogen is toegenomen met € 850.000.

1456 Ik abstraheer van buitenlandse heffing bij A en een eventuele mogelijkheid tot verrekening van de dividendbelasting hiermee.

1457 Aan de mogelijkheid van een eventuele teruggave van dividendbelasting op grond van artikel 10a Wet DB ga ik voorbij.

Deze neutraliteit wordt doorbroken indien in plaats daarvan APV B de dividendbelasting kan terugvragen. Deze teruggave is afhankelijk van bepaalde eisen die gesteld worden aan APV B als opbrengstgerechtigde tot het dividend (zie paragraaf 14.5.2.1 hierna) en de omstandigheid dat A niet belastingplichtig is ter zake van de aandelen C BV heeft daar geen invloed op. Indien APV B de dividendbelasting terug krijgt, is het APV vermogen toegenomen met per saldo € 1.000.000, terwijl A als direct houder van de aandelen slechts een vermogenstoename van € 850.000 had gehad. Derhalve is in dit geval sprake van een heffingslek.

Ook vanuit dit perspectief komt verrekening van de dividendbelasting bij de inbrenger, voor zover daar aanspraak op bestaat, mij voor als de meest zuivere benadering. Het is echter de vraag of de inbrenger hier aanspraak op kan maken, dan wel of de huidige regelgeving ertoe leidt dat toch een teruggave gevraagd zou moeten worden door het APV of dat wellicht geen van beide mogelijk is. Hierna toets ik derhalve aan de voorwaarden van zowel de teruggave als de verrekening van dividendbelasting.

Overigens kan niet alleen samenloop ontstaan tussen de dividendbelasting en de inkomstenbelasting, maar ook tussen de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting. Hoewel dit vermoedelijk geen veel voorkomende situatie zal zijn, is denkbaar dat het APV vennootschapsbelastingplichtig is ter zake van een aandelenbelang in een Nederlandse vennootschap. Indien de deelnemingsvrijstelling (en daarmee de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB) niet van toepassing is, wordt ter zake van het dividend zowel dividendbelasting als vennootschapsbelasting geheven. Normaal gesproken zou verrekening van de dividendbelasting als voorheffing van de vennootschapsbelasting mogelijk zijn op grond van artikel 25 Wet Vpb. Aangezien de toerekening op grond van de APV-regeling echter doorwerkt naar deze bepaling (artikel 8 lid 15 Wet Vpb), is het gevolg naar mijn mening dat verrekening door het APV niet mogelijk is en dat dubbele heffing ontstaat. De toelichting op deze regeling is het voorkomen van misbruik,¹⁴⁵⁸ dat zich naar mijn mening echter niet voor kan doen.¹⁴⁵⁹ Deze bepaling dient derhalve naar mijn mening geschrapt te worden.

14.5.2.1 Teruggave van dividendbelasting

Een teruggave van dividendbelasting wordt op grond van artikel 10 Wet DB slechts verleend aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan vennootschapsbelasting onderworpen is (en geen VBI-status heeft), alsmede aan een lichaam dat in een andere EU of EER lidstaat gevestigd is, aldaar niet onderworpen is

1458 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 60. De toelichting is summier en geeft niet aan waaruit het misbruik in geval van artikel 25 Wet Vpb zou moeten bestaan.

1459 Zie Bobeldijk en De Leeuw, WFR 2011/6914, paragraaf 3.2.7. Ik merk op dat ik thans van mening ben dat het APV wel als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt moet kunnen worden (zie paragraaf 14.5.2.1.1). Dit betekent echter niet dat verrekening van de dividendbelasting mogelijk wordt.

aan de heffing van belastingheffing naar de winst en, in geval van een buiten Nederland gevestigd lichaam, tevens niet vennootschapsbelastingplichtig zou zijn geweest, indien het lichaam in Nederland gevestigd zou zijn geweest. Steeds is vereist dat de rechtspersoon c.q. het lichaam de uiteindelijk gerechtigde¹⁴⁶⁰ is tot het dividend.

Er treedt een aantal complicaties op bij de toepassing van deze regeling ten aanzien van een APV:

- (a) Een eerste vraag is of het APV wel als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt kan worden, in aanmerking nemend dat het vermogen wordt aangehouden met als doel uitkering aan de beneficiaries. In zoverre kan derhalve gezegd worden dat het APV-vermogen en de inkomsten daaruit nooit toekomen aan het APV zelf, met dien verstande dat nog niet duidelijk is welke specifieke begunstigde uiteindelijk de door het APV ontvangen dividenden zal krijgen. Ik ga hierna nader op dit punt in.
- (b) Daarnaast zit er een tekstueel verschil tussen het eerste en het tweede lid van artikel 10 Wet DB, er wordt gesproken over een rechtspersoon dan wel een lichaam. Zoals hiervoor opgemerkt kan een niet-rechtspersoonlijkheid bezittend APV mijns inziens als lichaam aangemerkt worden, zodat voldaan kan worden aan de vereisten van artikel 10 lid 2 Wet DB. Een in Nederland gevestigd APV zonder rechtspersoonlijkheid zou bij een letterlijke lezing echter geen teruggave van dividendbelasting kunnen krijgen, omdat het eerste lid wel rechtspersoonlijkheid vereist. Het lijkt er echter op dat dit verschil niet zozeer een bewuste keuze van de wetgever is geweest, als wel het gevolg van de – onterechte – veronderstelling dat onder “rechtspersonen” alle voor teruggave in aanmerking komende Nederlandse entiteiten begrepen zouden zijn.¹⁴⁶¹ Dat in aanmerking nemend komt het mij voor dat er ruimte moet zijn om ook aan een in Nederland gevestigd APV zonder rechtspersoonlijkheid een teruggave te verlenen.¹⁴⁶² Volledig zeker is dit evenwel niet.
- (c) Het is goed denkbaar dat het APV niet in een EER lidstaat gevestigd is, zodat een teruggave van dividendbelasting geheel niet mogelijk is. Op grond van artikel 10 lid 3 Wet DB zijn er onder voorwaarden wel mogelijkheden voor lichamen in andere staten om toch een teruggaven van dividendbelasting te krijgen, maar

1460 Het begrip opbrengstgerechtigde is ruimer dan het begrip uiteindelijk gerechtigde, zodat mogelijk is dat de ontvanger van een dividend wel als opbrengstgerechtigde moet worden aangemerkt, maar niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is, zie R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingdienst Div.bel. 1.1.1.A.*

1461 Kamerstukken II, vergaderjaar 2007/2008, 31 404, nr. 8, pagina 7 – 8.

1462 Zie tevens de conclusie van A-G Wattel van 23 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1315, V-N 2019/12.8, punt 8.16.

de mogelijkheid dat het APV niet in een in aanmerking komende staat gevestigd is, blijft bestaan.

- (d) Voorts is mogelijk dat het APV weldegelijk onderworpen is aan een winstbelasting in de staat van vestiging.¹⁴⁶³ Gezien het bepaalde in artikel 10 lid 2 Wet DB zou dit betekenen dat het APV geen teruggave van dividendbelasting zou kunnen krijgen, hetgeen overigens niet onredelijk is indien verrekening van dividendbelasting in het vestigingsland van het APV mogelijk is. In dit verband zij echter gewezen op de hiervoor reeds aangehaalde conclusie van A-G Wattel,¹⁴⁶⁴ die van mening is dat de eis, dat het lichaam dat teruggave van dividendbelasting verzoekt, in het vestigingsland niet onderworpen mag zijn aan een winstbelasting, niet verenigbaar is met EU-recht en dat slechts relevant is of de dividendbelasting in het vestigingsland verrekend kan worden. De uitkomst dat geen teruggave van dividendbelasting verkregen kan worden vanwege heffing op APV-niveau verdraagt zich voorts, aannemend dat ook geen verrekening in de inkomstenbelasting mogelijk is, niet met de systematiek van de APV-regeling. Op grond van artikel 25b Bvdb 2001 mag deze heffing verrekend worden met de Nederlandse inkomstenbelasting die van de inbrenger geheven wordt. Deze heffing wordt derhalve geneutraliseerd. De consequentie daarvan zou mijns inziens moeten zijn dat met deze heffing bij het APV voor de toepassing van artikel 10 Wet DB geen rekening gehouden wordt, maar strikt genomen stelt de wettekst dit vereiste wel. Daarbij is wel redelijk om rekening te houden met een eventuele verrekening van de Nederlandse dividendbelasting op het niveau van het APV.

Van deze punten is de vraag of het APV de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is, het meest fundamenteel. Desalniettemin kunnen ook de overige aspecten tot gevolg hebben dat een APV niet in alle gevallen de dividendbelasting kan terugvragen. In aanmerking nemend dat mijns inziens verrekening bij de inbrenger in principe evenmin mogelijk is,¹⁴⁶⁵ acht ik deze uitkomst onredelijk.

Voor wat betreft de kwalificatie van het APV als uiteindelijk gerechtigde is het volgende van belang. De Wet DB kent slechts een negatieve definitie van uiteindelijk gerechtigde, in artikel 4 leden 7 en 8 Wet DB, die ook van toepassing is voor de teruggave

¹⁴⁶³ In dit verband rijst de vraag of een in het buitenland gevestigd APV vennootschapsbelastingplichtig kan zijn in Nederland ter zake van de aandelen in de in Nederland gevestigde uitkerende vennootschap. Naar mijn mening is dit doorgaans niet het geval, omdat als gevolg van de toerekening aan de inbrenger en de daarmee samenhangende belastingplichtig in de inkomstenbelasting geen sprake is van een motief om inkomstenbelasting te ontgaan. Aan binnenlandse belastingplicht wordt in principe evenmin toegekomen, aangezien het APV ofwel geheel niet binnen het bereik van artikel 2 Wet Vpb valt (trusts/doelvermogens), ofwel onder artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb valt en geen onderneming drijft. Zie voor de vennootschapsbelastingpositie van het APV nader paragraaf 14.5.1.

¹⁴⁶⁴ Punt 8.6 van de conclusie.

¹⁴⁶⁵ Zie paragraaf 14.5.2.2 hierna.

van dividendbelasting op grond van artikel 10 Wet DB. Om te beoordelen of het APV in aanmerking kan komen voor een teruggave van dividendbelasting, dienen daarom mijns inziens de volgende toetsen te worden aangelegd: (i) kan het APV in het algemeen beschouwd worden als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend? en (ii) brengt de uitzondering van artikel 4 lid 7 Wet DB met zich dat het APV alsnog niet als uiteindelijk gerechtigde kan worden aangemerkt? Hierna ga ik op beide punten in.

14.5.2.1.1 Het APV als uiteindelijk gerechtigde

Bij gebreke aan een wettelijke definitie van uiteindelijk gerechtigde moet teruggevallen worden op de jurisprudentie.¹⁴⁶⁶ De Hoge Raad¹⁴⁶⁷ heeft geoordeeld dat indien men vrijelijk kan beschikken over het (recht op) dividend, terwijl niet wordt opgetreden als zaakwaarnemer of lasthebber, men uiteindelijk gerechtigde is. Het is daarbij niet van belang of men ook gerechtigd is tot de onderliggende aandelen. De uiteindelijke gerechtigdheid moet worden getoetst op het moment van terbeschikkingstelling van het dividend en niet op het moment waarop het dividend gedeclareerd werd. Daarnaast kan voor invulling van het begrip uiteindelijk gerechtigde gekeken worden naar de recente arresten van het HvJ EU.¹⁴⁶⁸ Het HvJ EU heeft hierin – in de context van de Interest- en Royalty Richtlijn¹⁴⁶⁹ – de volgende invulling aan dit begrip gegeven: uiteindelijk gerechtigde is niet een formeel vastgestelde begunstigde, maar de entiteit die het economische genot van de ontvangen interest heeft en derhalve vrij kan beslissen over het gebruik ervan. Het element van vrij kunnen beschikken over het ontvangen inkomen komt in beide interpretaties terug.¹⁴⁷⁰

Of een APV beschouwd kan worden als uiteindelijk gerechtigde hangt naar mijn mening met name af van hoe men omgaat met de omstandigheid dat het vermogen van het

1466 Vergelijk Marres 2018, paragraaf 8.5.2 en de daar aangehaalde brief van de staatssecretaris (brief van 11 december 2002, V-N 2003/2.4).

1467 HR 6 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639, BNB 1994/217, rechtsoverweging 3.2.

1468 HvJ EU 26 februari 2019, zaken C115/16, C118/16, C119/16 en C299/16, ECLI:EU:C:2019:134, V-N 2019/14.10, zie rechtsoverwegingen 84 – 94 en in het bijzonder rechtsoverweging 89.

1469 Richtlijn 2003/49/EC van 3 juni 2003.

1470 In dit verband zij nog gewezen op een antwoord van de staatssecretaris op Kamervragen inzake mede deze arresten van het HvJ EU. De vraagsteller wil weten of het begrip uiteindelijk gerechtigde voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting moet worden uitgelegd volgens het meest recente commentaar op het OESO-modelverdrag, gelijk het HvJ EU heeft gedaan in zijn arresten, alsmede bevestigd hebben dat deze uitleg strenger is dan die van de Hoge Raad in het (hiervoor aangehaalde) arrest BNB 194/217. De staatssecretaris antwoordt dat inderdaad het meest recente OESO-commentaar gevolgd moet worden, maar dat de strekking van de formulering hiervan zodanig vergelijkbaar is met de van de Hoge Raad, dat niet geconcludeerd kan worden dat de uitleg van de OESO strenger is dan die van de Hoge Raad (zie reactie d.d. 14 juni 2019 op Kamervragen d.d. 8 mei 2019, met nummer 2019Z09124, vraag 14).

A-G Wattel heeft over de verhouding tussen de uitleg van de Hoge Raad en de arresten van het HvJ EU opgemerkt dat het HvJ EU de term “uiteindelijk gerechtigde” economischer lijkt te benaderen dan de Hoge Raad gedaan heeft in het arrest HR 6 april 1994, BNB 1994/217, maar dat in beide benaderingen vrije beschikkingsmacht over de dividenden een vereiste is (conclusie A-G Wattel van 26 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:704, V-N 2019/38.11, punt 9.13).

APV bestemd is om (uiteindelijk) ten goede te komen aan de begunstigden en het APV in zoverre geen economisch belang bij het vermogen heeft. Van een mogelijkheid om vrij te beslissen over het gebruik van het vermogen is overigens mijns inziens wel in grote mate sprake: uitkeringen vinden plaats op discretionaire basis. Daarnaast zal de beheerder van het APV doorgaans een grote mate van vrijheid hebben met betrekking tot het investeringsbeleid door het APV. Met andere woorden: tot het moment dat het APV door ommekomst van de termijn, waarvoor het APV is ingesteld, eindigt en daarmee het beheer door het APV ophoudt en het vermogen op enige wijze tot uitkering komt, heeft de beheerder van het APV een grote mate van vrijheid. Deze vrijheid wordt echter begrensd door het ontbreken van economisch belang bij het vermogen.

In de kern zijn dan twee redeneringen mogelijk met betrekking tot het APV als uiteindelijk gerechtigde:

- (a) Men beschouwt het ontbreken van economisch belang bij het APV zelf als doorslaggevend, als gevolg waarvan het APV geen uiteindelijk gerechtigde kan zijn. Hierbij kan mijns inziens de rechtsvorm van het APV ook een rol spelen. Indien bijvoorbeeld sprake is van een trust of een SPF, is het doen van uitkeringen een essentieel onderdeel van het doel van het APV. Dat biedt naar mijn mening ruimte voor het argument dat het APV weldegelijk te eigen bate over het vermogen kan beschikken, omdat dit vermogen dan in overeenstemming met zijn doel wordt besteed. Aldus gezien zou het APV toch als uiteindelijk gerechtigde gezien kunnen worden. Dit laatste argument is in mijn beleving echter minder sterk in geval van een contractueel opgelegde verplichting hetgeen zich voordoet bij de Nederlandse stichting die als APV fungeert.¹⁴⁷¹
- (b) Men legt de nadruk op de vrijheid van de beheerder van het APV om gedurende het bestaan van het APV over het APV-vermogen te kunnen beschikken. Daarnaast kan belanggehecht worden aan de omstandigheid dat men weliswaar kan zeggen dat het APV geen eigen economisch belang bij het APV-vermogen heeft, maar dat ook geen ander aangewezen kan worden die dat wel heeft. Weliswaar berust het economische belang bij de klasse van begunstigden als geheel, maar gedurende het bestaan van het APV is, tot het moment dat daadwerkelijk uitkeringen plaatsvinden, geen begunstigde te individualiseren die een concreet economisch belang heeft. Het is ook goed denkbaar dat de uitkeringen (mede) zullen worden gedaan aan personen die op het moment, waarop getoetst moet worden wie de uiteindelijk gerechtigde is, nog helemaal

¹⁴⁷¹ Zie paragraaf 8.2.2. Hierbij zij aangetekend dat deze vormgeving noodzakelijk is vanwege het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW. Doorgaans kennen als APV kwalificerende rechtsfiguren echter geen uitkeringsverbod en kan het doen van uitkeringen rechtstreeks(er) in hun doelstelling worden opgenomen. De Nederlandse stichting is in zoverre dus meer uitzondering dan regel.

niet bestaan. Het ontbreken van een andere uiteindelijk gerechtigde¹⁴⁷² kan een ondersteunend argument zijn om het APV dan toch als uiteindelijk gerechtigde aan te merken.

Alles overziend is mijn voorzichtige conclusie om het APV wel als uiteindelijk gerechtigde aan te merken. Het beheer en de besteding van het APV-vermogen door het APV ten dienste van diens doel en de daarmee samenhangende beschikkingsmacht wegen daarbij voor mij uiteindelijk zwaarder dan het ontbreken van een “eigen” economisch belang. Daarbij merk ik op dat uiteindelijk iedere rechtspersoon beperkt wordt in de aanwending van haar vermogen door haar doelstelling en dat daarin als zodanig ook geen reden wordt gezien om de rechtspersoon niet als uiteindelijk gerechtigde aan te merken. Het is de vraag of de omstandigheid, dat bij een APV dit doel expliciet inhoudt dat het vermogen ten goede komt aan een bepaalde groep begunstigen, dat wezenlijk anders maakt. Ook voorkomt deze benadering dat geheel geen sprake is van een uiteindelijk gerechtigde door het ontbreken van anderen met een concreet economisch belang.

14.5.2.1.2 Toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB op een APV

Zelfs indien het APV in beginsel als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt kan worden, kan artikel 4 lid 7 Wet DB alsnog met zich brengen dat APV gediskwalificeerd wordt als uiteindelijk gerechtigde. Op grond hiervan is een opbrengstgerechtigde geen uiteindelijk gerechtigde indien:

- sprake is van een samenstel van transacties;
- aannemelijk is dat het dividend geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon die geen aanspraak heeft op toepassing van de inhoudingsvrijstelling, terwijl de opbrengstgerechtigde dit wel heeft, of deze persoon in mindere mate aanspraak heeft op een vermindering of teruggave van dividendbelasting dan de opbrengstgerechtigde; en
- de persoon die het dividend genoten heeft voorafgaand aan het samenstel van transacties een belang had in de entiteit die het dividend uitkeerde en deze persoon direct of indirect een vergelijkbaar belang behoudt of verkrijgt.

Artikel 4 lid 8 Wet DB geeft nadere invulling aan deze bepaling, waaronder door middel

1472 Volledigheidshalve merk ik op dat het HvJ EU in zijn hiervoor aangehaalde arrest tevens heeft geoordeeld dat het voor het weigeren van de erkenning van een entiteit als uiteindelijk gerechtigde niet noodzakelijk is dat de Lidstaat, die dit weigert, een andere uiteindelijk gerechtigde identificeert. Ik neem evenwel aan dat hierbij de veronderstelling is dat er wel een dergelijke uiteindelijk gerechtigde is, maar dat niet noodzakelijk is om vast te stellen wie dit is.

van de bepaling dat de artikelen 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing zijn. Met andere woorden: de APV-regeling werkt door in de uitzonderingen op het zijn van uiteindelijk gerechtigde.¹⁴⁷³

Ik zal echter eerst ingaan op de toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB als zodanig. Indien slechts sprake is van een “reguliere” inbreng van aandelen in een APV zou ik namelijk menen dat deze bepaling niet met zich brengt dat het APV wordt uitgesloten als uiteindelijk gerechtigde:

- De inbreng op zichzelf beschouwd is slechts een enkele transactie en behoudens de toepassing van artikel 4 lid 8 sub b Wet DB, waar mijns inziens doorgaans geen sprake van zal zijn, is daarmee niet voldaan aan het vereiste dat zich een samenstel van transacties moet voordoen. Uitkeringen door het APV maken dit naar mijn mening niet anders. Weliswaar bestaat noodzakelijkerwijs een bepaald verband tussen de inbreng en de uitkering, aangezien het laatste zich zonder het eerste niet kan voordoen, maar dat maakt nog niet dat sprake is van een samenstel als bedoeld in artikel 4 lid 7 Wet DB.
- Het is zeer de vraag of het door het APV ontvangen dividend in relevante zin ten goede is gekomen aan de inbrenger. Het kan uiteraard voorkomen dat het APV het dividend weer uitkeert aan de inbrenger, omdat deze tevens begunstigde is. In inkomstenbelastingcontext wordt het doen van uitkeringen door het APV ook beschouwd als tegenprestatie voor de inbreng.¹⁴⁷⁴ In de context van artikel 4 lid 7 Wet DB wordt evenwel vereist dat de tegenprestatie is verricht in samenhang met het dividend (bijvoorbeeld in de vorm van een dividendvervangende betaling¹⁴⁷⁵) en daar is naar mijn mening bij een uitkering door het APV in beginsel geen sprake van. De uitkering door het APV hangt veelal niet rechtstreeks samen met het door het APV ontvangen dividend, in die zin dat het dividend weliswaar de bron kan zijn waaruit de uitkering wordt gefinancierd, maar dat deze uitkering geen tegenprestatie is voor het in staat stellen van het APV om het dividend te ontvangen.
- Ten slotte moet de inbrenger zijn belang of een vergelijkbaar belang bij de aandelen behouden of verkrijgen en hier is bij een inbreng van de aandelen in het APV sec geen sprake van. Na de inbreng heeft de inbrenger noch juridisch, noch economisch een belang bij de ingebrachte aandelen behouden. Men kan hier wijzen op de doorwerking van de APV-regeling op grond van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB. Dit brengt echter naar mijn mening niet met zich dat de inbrenger geacht

¹⁴⁷³ Dit is het enige onderdeel van de Wet DB waarin de APV-regeling doorwerkt.

¹⁴⁷⁴ HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18 (en 19) en HR 20 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY5991, BNB 2008/122.

¹⁴⁷⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 2001/2002, 27 896, nr. 5, pagina 4.

kan worden zijn belang behouden te hebben op een wijze die met zich brengt dat het APV geen uiteindelijk gerechtigde meer is: deze doorwerking impliceert dat alle transacties tussen de inbrenger en het APV genegeerd moeten worden, zodat het gevolg eerder is dat het APV niet door de uitzondering als uiteindelijk gerechtigde gediskwalificeerd wordt (zie ook hierna).

Kortom, als de positie van het APV getoetst wordt aan artikel 4 lid 7 Wet DB als zodanig, dient naar mijn mening in beginsel geconcludeerd te worden dat deze bepaling niet tot gevolg heeft dat het APV niet langer als uiteindelijk gerechtigde gezien kan worden.

De vraag is evenwel of de doorwerking van de APV-regeling op grond van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB dit anders maakt. De parlementaire toelichting op deze bepaling is helaas uiterst summier en beperkt zich tot het volgende:

Om te voorkomen dat afgezonderde particuliere vermogens als bedoeld in de voorgestelde artikelen 2.14a en 10a.7 van de Wet inkomstenbelasting 2001 worden gebruikt om de werking van artikel 4, zevende lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 te beperken, wordt voorgesteld een onderdeel aan artikel 4, achtste lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 toe te voegen. Het voorgestelde onderdeel c van artikel 4, achtste lid, beoogt voor de toepassing van artikel 4, zevende lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 door een afgezonderd particulier vermogen heen te kijken naar de achterliggende natuurlijke persoon aan wie de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven ingevolge de artikelen 2.14a en 10a.7 van de Wet inkomstenbelasting 2001 worden toegerekend.¹⁴⁷⁶

Deze toelichting verschaft weinig duidelijkheid. Naar mijn mening is de strekking van deze passage echter niet dat het APV per definitie wordt uitgesloten als uiteindelijk gerechtigde.¹⁴⁷⁷ Dat had aanmerkelijk eenvoudiger en minder cryptisch geregeld kunnen worden, door een bepaling in artikel 4 Wet DB op te nemen die dat met zoveel woorden regelt. Het per definitie uitsluiten van het APV impliceert bovendien dat zich de situatie voor kan doen dat er geen uiteindelijk gerechtigde is, aangezien er, behoudens in gevallen van dividendstripping door middel van een APV, geen andere persoon is aan te wijzen die als uiteindelijk gerechtigde aan te merken is. De begunstigten komen hiervoor niet in aanmerking, vanwege het ontbreken van een economisch belang bij het dividend.

De bepaling ziet in mijn ogen op de situatie dat er meer gebeurt dan alleen de inbreng van aandelen in een APV, de situatie waarin sprake is van een samenstel van transacties die als dividendstripping aangemerkt kan worden en waarbij de inbrenger zijn belang

1476 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 60.

1477 Marres en Niels menen op grond van deze bepaling dat het APV geen uiteindelijk gerechtigde kan zijn (zie Marres 2018, paragraaf 8.5.8 en B. Niels, NDFR (onderdeel Dividendbelasting), aantekening 7.15 bij artikel 4 Wet DB).

bij de desbetreffende aandelen behoudt via het APV. In een dergelijke situatie heeft de doorwerking van de APV-regeling meerwaarde, omdat zonder die doorwerking de toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB voorkomen zou kunnen worden, juist vanwege het discretionaire karakter van het APV. Overigens is het effect van deze bepaling mijns inziens dat het APV juist minder snel als uiteindelijk gerechtigde geweigerd zal worden, omdat transacties tussen APV en inbrenger worden genegeerd.¹⁴⁷⁸

14.5.2.1.3 Conclusie

Concluderend is het APV opbrengstgerechtigd tot het dividend. Het APV zou daarbij naar mijn mening ook, ondanks het ontbreken van een eigen economisch belang bij het dividend, als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt moeten worden. Het APV kan het dividend wel vrijelijk aanwenden voor de vervulling van zijn doelstelling. Daarnaast wordt zo voorkomen dat geheel geen sprake is van een uiteindelijk gerechtigde, omdat de begunstigen, vanwege het ontbreken van ieder economisch belang bij het dividend, ook niet als zodanig in aanmerking komen. De mijns inziens vrij cryptische regeling van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB heeft daarbij mijns inziens tot gevolg dat het APV eerder als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt moet worden, dan dat deze bepaling aan een zodanige kwalificatie in de weg staat. Om in aanmerking te komen voor een teruggave van de dividendbelasting moet evenwel aan meerdere vereisten voldaan worden, waarvan de toepassing bij een APV tot problemen kan leiden.

14.5.2.2 Verrekening van dividendbelasting

Het is echter niet slechts de eventuele teruggave van dividendbelasting aan het APV die op complicaties stuit. Ook de verrekening van de dividendbelasting met de van de inbrenger geheven inkomstenbelasting roept vragen op. Artikel 9.2 Wet IB 2001 maakt de verrekening van de geheven dividendbelasting als voorheffing mogelijk. Wel is gezien lid 2 vereist dat de belastingplichtige (i) ten laste van wie de dividendbelasting is ingehouden (ii) de uiteindelijk gerechtigde is tot het dividend. Evenals in artikel 4 lid 7 Wet DB is slechts een (gelijkluidende) negatieve definitie gegeven, van wie geen uiteindelijk gerechtigde is. Met betrekking tot deze vereisten merk ik het volgende op:

- Het vereiste dat de dividendbelasting ingehouden moet zijn ten laste van de inbrenger wordt niet vervuld. De toerekening van artikel 2.14a Wet IB 2001 werkt

¹⁴⁷⁸ Auerbach (WFR 2010/6874, paragraaf 5.4) is eveneens van mening dat artikel 4 lid 8 sub c Wet DB buiten twijfel stelt dat een transactie tussen inbrenger en APV geen besmette transactie is in de zin van artikel 4 lid 7 Wet DB, omdat het APV voor toepassing van deze bepaling wordt weggedacht. Zie voorts Brandsma, Cursus Belastingdienst Div.bel. 2.2.0.D.n, die van mening is dat het negeren van het APV voor de toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB veelal tot gevolg heeft dat deze bepaling geen toepassing zal vinden.

zoals opgemerkt slechts in zeer beperkte mate door naar de Wet DB, zodat het APV de opbrengstgerechtigde is ten laste van wie de dividendbelasting wordt ingehouden. Hoewel het mij niet onredelijk voorkomt dat de inbrenger deze dividendbelasting kan verrekenen, vereist dit mijns inziens wel een aanvulling op artikel 9.2 Wet IB 2001, waarin geregeld wordt dat dividendbelasting ingehouden ten laste van een APV, in verband met dividend dat op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 aan de belastingplichtige wordt toegerekend, tevens wordt aangemerkt als voorheffing voor de desbetreffende belastingplichtige.

- Voorts is vereist dat de inbrenger aangemerkt kan worden als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend. Als men de juridische en economische verhoudingen bekijkt, is hier bij een APV geen sprake van, vanwege het ontbreken van afdwingbare aanspraken. Desalniettemin valt er naar mijn mening wel wat te zeggen voor het standpunt dat de toerekening tot gevolg heeft dat de inbrenger als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend te gelden heeft, althans voor inkomstenbelastingdoeleinden. Consequentie van dit standpunt is wel dat er spanning ontstaat met het voor dividendbelastingdoeleinden als uiteindelijk gerechtigde aanmerken van het APV.

Gezien het voorgaande ben ik van mening dat het verrekenen van de dividendbelasting bij de inbrenger bij de huidige formulering van de wettekst niet mogelijk is. Duidelijker, maar ook niet volledig zeker, is het verzoeken om een teruggave door het APV.

14.5.2.3 Conclusie

Naar mijn mening zou de dividendbelasting, die is ingehouden op dividenden uitgekeerd aan het APV, eenmaal in aanmerking genomen moeten worden. Dit kan ofwel de vorm hebben van een teruggave aan het APV, ofwel de vorm van verrekening bij de inbrenger. Het effect van teruggave is niet hetzelfde als het effect van verrekening, zie paragraaf 14.5.2. Aangezien verrekening de belastingdruk bij de inbrenger, die mogelijk geen uitkering ontvangt om die belasting uit te betalen, mitigeert, heeft verrekening van de dividendbelasting mijn voorkeur. Bovendien kan zich bij teruggave aan het APV in geval van een buitenlandse inbrenger, die niet belastingplichtig is in Nederland, zonder nadere maatregel een heffingslek voordoen.

Niettegenstaande deze voorkeur concludeer ik dat bij de huidige stand van de wetgeving de teruggave van dividendbelasting aan het APV de aangewezen route is.¹⁴⁷⁹ Deze benadering is beter inpasbaar in de wettekst, die niet is aangepast om het eenmaal in aanmerking kunnen nemen van de dividendbelasting mogelijk te maken.

¹⁴⁷⁹ Als praktische benadering ligt overigens voor de hand om – uiteraard in alle openheid – zowel te verzoeken om teruggave aan het APV als verrekening bij de inbrenger, om de kans op het een maal in aanmerking kunnen nemen van de dividendbelasting te maximaliseren.

Desalniettemin bestaat er spanning tussen de wettekst en een teruggave aan het APV en kan zich bovendien de situatie voordoen dat het APV niet kan voldoen aan de voorwaarden voor teruggave, terwijl de inbrenger de dividendbelasting wel had kunnen verrekenen indien de aandelen niet waren ingebracht in het APV.

Voor zover als gevolg daarvan geen teruggave van dividendbelasting verkregen kan worden, noch verrekening van de dividendbelasting bij de inbrenger, terwijl de inbrenger bij het rechtstreeks houden van de aandelen deze verrekening wel gekregen had, is mijns inziens sprake van een knelpunt, omdat de inbreng in het APV niet fiscaal neutraal behandeld wordt. In paragraaf 15.9 bespreek ik een voorstel om dit knelpunt weg te nemen. Voorts ben ik van mening dat de huidige onduidelijkheid over het kunnen verkrijgen van een teruggave dan wel verrekening van dividendbelasting weggenomen dient te worden, welke benadering men ook kiest om deze belasting in aanmerking te kunnen nemen.

14.6 Invordering

Tot slot zal ik kort ingaan op een specifieke regeling voor de invordering van aan APV's gerelateerde belastingschulden, die gelijktijdig met de APV-regeling is ingevoerd. Artikel 23a Invorderingswet geeft de ontvanger een bijzonder verhaalsrecht voor zover aanslagen zijn opgelegd als gevolg van de toerekening van APV-vermogen op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Verhaal is in dat geval tevens mogelijk op goederen van:

- het APV zelf; en
- een derde waarin het APV direct of indirect een belang heeft van 5% of meer. In dit laatste geval is het verhaal beperkt tot het belang van het APV in de desbetreffende entiteit.

In de parlementaire geschiedenis wordt de invordering van APV-gerelateerde belastingschulden omschreven als een drietrapsraket: eerst wordt geprobeerd de belastingschuld te innen bij de inbrenger, voor zover dat niet slaagt bij het APV en voor zover invordering bij het APV niet slaagt bij entiteiten waarin het APV een belang heeft. De laatste mogelijkheid is met name bedoeld voor de situatie dat de inbrenger onvoldoende verhaal biedt en invordering bij het APV op praktische problemen stuit vanwege de vestiging van het APV in een jurisdictie waarin de invordering niet of moeilijk geëffectueerd kan worden. Indien het APV dan een belang heeft in bijvoorbeeld een Nederlandse BV, zou verhaal op het vermogen van de BV mogelijk zijn.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁸⁰ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 60 – 62, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 50 – 51 en pagina 83. Uit de wettekst volgt een bepaalde volgorde bij de invordering overigens niet.

Op deze regeling is van meerdere kanten kritiek gekomen, zoals de volgende:

- (a) De Raad van State achtte het verhaalsrecht onevenredig aan het te dienen belang en heeft geadviseerd om artikel 23a Invorderingswet te schrappen.¹⁴⁸¹ De vraag of de rechten van derden voldoende beschermd zijn komt ook op meerdere punten terug in de parlementaire geschiedenis, evenals de houdbaarheid van het verhaalsrecht in het licht van artikel 1 lid 1 Eerste Protocol EVRM.¹⁴⁸²
- (b) Vetter¹⁴⁸³ heeft meerdere aandachtspunten bij het verhaalsrecht, waaronder in hoeverre de derde, waarin het APV een belang heeft, indien deze geconfronteerd wordt met invordering door de ontvanger de mogelijkheid heeft om de onderliggende aanslag ter discussie te stellen, alsmede de belangen van (niet-gerelateerde) anderen die een belang hebben in de desbetreffende entiteit. Ook wijst hij op tekstuele onvolkomenheden, zoals het ontbreken van een toevoeging aan de wettekst dat het verhaal geen betrekking heeft op boetes (omdat verhaal hiervoor op het vermogen van een derde die geen verwijt treft niet mogelijk is) en het niet expliciet vermelden dat het verhaalsrecht ook op de schenk- en erfbelasting ziet. Voorts merkt hij op dat artikel 23a Invorderingswet in strijd kan zijn met artikel 1 lid 1 Eerste Protocol EVRM.
- (c) Feteris¹⁴⁸⁴ wijst onder meer op beperkingen die in de parlementaire geschiedenis gesuggereerd worden, maar niet in de wettekst tot uitdrukking zijn gebracht. Dit betreft een beperking van het verhaalsrecht tot de Nederlandse eigendommen van het APV en het vermogen van in Nederland gevestigde deelnemingen, alsmede de volgorde waarin invordering zou moeten plaatsvinden. Hij vindt de mogelijkheid van verhaal op het vermogen van een deelneming van het APV ook niet voor de hand liggen, vanwege onder meer de omstandigheid dat deze deelneming haar aandeelhouders en hun fiscale betalingsgedrag niet uitkiest.

Het lijkt mij inderdaad goed denkbaar dat toepassing van dit verhaalsrecht onredelijke gevolgen heeft, met name voor een deelneming van het APV of derden die tevens een belang in deze deelneming hebben. De praktische toepassing van het verhaalsrecht lijkt overigens in de praktijk tot dusver beperkt. Ik ben althans niet bekend met jurisprudentie met betrekking tot deze regeling.

1481 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 4, pagina 13.

1482 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, pagina 82 – 83, evenals Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 6 – 9.

1483 J.J. Vetter, Art. 23a Invorderingswet 1990 (nieuw); een zegen voor de fiscale procespraktijk, TFB 2009/07. Voor verdere details en de overige kritiekpunten zij verwezen naar dit artikel.

1484 M.W.C. Feteris, Nieuwe formeelrechtelijke verschijnselen in de schenk- en erfbelasting, in: Draaieirckels van formeelbelastingrecht, vriendenbundel R. Niessen, Sdu Amersfoort 2009, pagina 122 – 126.

14.7 Conclusie: toepassing APV-regeling bij vermogensbescherming

Als APV kwalificerende rechtsvormen bieden vanuit civielrechtelijk perspectief mogelijkheden om vermogen op afstand te zetten van de inbrenger en zijn erfgenamen. Zij hebben dan niet langer een concrete aanspraak op het ingebracht vermogen, maar kunnen hier wel baat van hebben in de vorm van uitkeringen door het APV. De verschillende rechtsvormen die als APV kunnen kwalificeren kennen doorgaans een hoge mate van flexibiliteit, hetgeen hen geschikt maakt als beschermingsfiguur. Een vraag is wel in hoeverre de legitimarissen van de inbrenger met een beroep op hun legitieme portie de inbreng van vermogen in het APV gedeeltelijk teniet zouden kunnen doen.¹⁴⁸⁵ Het is echter in ieder geval mogelijk om een significant deel van het vermogen van de inbrenger onder te brengen in een APV als beschermingsfiguur.

Vanuit fiscaal perspectief zijn er echter meerdere belemmeringen, die aan het gebruik van een APV als beschermingsfiguur in de weg staan, ofwel omdat niet duidelijk is hoe de APV-regeling in een bepaalde situatie uitwerkt, ofwel omdat de inbreng in het APV niet fiscaal neutraal uitwerkt.

Als voornaamste, als knelpunt¹⁴⁸⁶ te beschouwen, onduidelijkheden kunnen de volgende aspecten genoemd worden:

- Het is niet duidelijk wie de inbrenger is, indien de persoon die inbrengt in gemeenschap van goederen is gehuwd. Mijns inziens zou dit uitsluitend de persoon moeten zijn die de inbrenghandeling verricht, maar volledig zeker is dit niet. Aangezien het toerekenen van het APV-vermogen aan meer dan één persoon tot verschillende complicaties kan leiden (zie ook hierna) zijn er potentieel nadelige consequenties indien toch aan beide echtgenoten toegerekend moet worden. Anders dan door het wijzigen van het huwelijksvermogensregime zou dit effect ook niet te voorkomen zijn. Overigens kan zich ook bij toerekening aan slechts de inbrengende echtgenoot onder omstandigheden belastingheffing voordoen.
- Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 schrijft voor dat na het overlijden van de inbrenger toegerekend moet worden aan diens erfgenamen, in de verhouding waarin zijn verkrijger krachtens erfrecht zijn. Onduidelijk is of dit met zich brengt dat ook rekening gehouden dient te worden met legaten en lastbevoordelingen ontvangen door de erfgenamen.
- Een letterlijke lezing van de regeling voor onterfde erfgenamen van artikel 2.14a

1485 Zie paragraaf 8.6.

1486 Zoals beschreven in hoofdstuk 2.

lid 4 Wet IB 2001 leidt mijns inziens tot de conclusie dat de toerekening uitkomt op het erfdeel bij versterf, omdat iedere afwijking een gedeeltelijke onterving impliceert en in de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat ook een partiële onterving binnen het bereik van de regeling valt. Op zijn minst lijkt mij niet uit te sluiten dat dit de consequentie van de regeling is.

- Naast dit aspect is onduidelijk op welke basis toegerekend moet worden indien eenmaal is vastgesteld dat artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 van toepassing is. Een vergelijkbare vraag speelt overigens bij toerekening aan de begunstigten in geval van een onbekende inbrenger op grond van lid 5, alsmede bij een correctie van de toerekening op grond van de maatregel tegen “anti-fiscale” testamenten van lid 6.
- Het is niet volledig duidelijk of het tegenbewijs (alsnog) geleverd kan worden indien de erfgenaam begunstigde is geweest en op enig moment als zodanig geschrapt wordt. Mijns inziens zou dit overigens wel het geval moeten zijn, met dien verstande dat indien reeds sprake was van toerekening aan de desbetreffende erfgenaam het einde hiervan fiscale gevolgen kan hebben.
- Het is niet duidelijk hoe omgegaan moet worden met een APV dat deels discretionair en deels niet-discretionair is. De parlementaire geschiedenis hinkt hier op twee gedachten: enerzijds toerekening van het volledige vermogen en het in aanmerking nemen van een met de afdwingbare aanspraak corresponderende schuld en anderzijds het slechts toerekenen van APV-vermogen voor zover het APV discretionair is. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 15 april 2015, BNB 2015/152, weliswaar beslist dat bij een volledig niet-discretionaire entiteit geen toerekening plaatsvindt, maar dit laat de fiscale behandeling van een gedeeltelijk discretionair APV open. Overigens impliceert een sluitend systeem mijns inziens dat de eerste benadering gevolgd moet worden, omdat anders sprake is van een heffingslek.
- Het is niet volledig duidelijk of de APV-regeling van toepassing is op entiteiten waarbij ofwel de instelling van de entiteit, ofwel de inbreng van vermogen herroepelijk zijn.
- Het is niet duidelijk of toepassing van de APV-regeling leidt tot toerekening van vermogen of tot fiscale transparantie. In de parlementaire geschiedenis worden beide als synoniemen gebruikt, maar de fiscale gevolgen zijn niet in alle gevallen gelijk.
- Het is niet duidelijk in hoeverre er naast de APV-regeling nog ruimte is om entiteiten als fiscaal transparant aan te merken op grond van het in de

jurisprudentie ontwikkelde concept van het kunnen beschikken over het vermogen van die entiteit als ware het iemands eigen vermogen.

- Er is geen regeling in de Successiewet opgenomen voor de situatie dat een erfgenaam-begunstigde geschrapt wordt. Mijns inziens zou dan de toerekening moeten verschuiven naar de resterende erfgenaam-begunstigde, omdat degene die geschrapt is nu alsnog het tegenbewijs moet kunnen leveren. Er is echter geen aanknopingspunt voor de heffing van schenkbelasting in deze situatie. Naar mijn mening zou een regeling vergelijkbaar met artikel 53 SW, die de eerdere heffing van erfbelasting corrigeert naar de nieuwe situatie, echter niet onredelijk zijn. Het ontbreken van een dergelijke regeling is overigens niet zozeer een bezwaar voor de betrokkenen, als wel een punt waarop het systeem van de APV-regeling niet volledig sluitend is.

Naast deze onduidelijkheden is een aantal andere knelpunten te signaleren bij toepassing van de APV-regeling, indien men als uitgangspunt neemt dat de APV-regeling weliswaar bedoeld is om misbruik tegen te gaan, maar dat daarbij ook voorkomen zou moeten worden dat een verslechtering in de fiscale positie optreedt ten opzichte van de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden:

- Toerekening van het APV-vermogen aan meerdere personen kan op verschillende wijzen fiscaal nadelig uitwerken:
 - o Bij meerdere inbrengers kan de inbreng leiden tot heffing van inkomstenbelasting, omdat de ene inbrenger geacht wordt een deel van de door hem ingebrachte vermogensbestanddelen aan de andere inbrenger te vervreemden. Dit zal met name spelen bij aanmerkelijkbelang aandelen.
 - o Indien iemand vermogen inbrengt in een reeds bestaand APV, waarvan het vermogen tot dat moment wordt toegerekend aan een ander, wordt het pro rata deel van het vermogen dat aan ieder van hen wordt toegerekend gebaseerd op de waarde van de inbreng respectievelijk de waarde van het APV-vermogen op het moment van de inbreng. Het is onduidelijk hoe in dit verband rekening gehouden moet worden met een afzondering van vermogen tegen de waarde in het economische verkeer en daarmee niet duidelijk wie na de tweede inbreng welk deel van het APV-vermogen en de inkomsten daaruit in zijn aangifte inkomstenbelasting moet verantwoorden. Deze onduidelijkheid werkt door in de schenken-erfbelastingevolgen.
 - o De uitkering van vermogen door het APV kan eveneens een belaste vervreemding zijn, van degene aan wie vermogen wordt toegerekend

aan degene die de uitkering ontvangt. Ook dit zal met name spelen bij aanmerkelijkbelangaandelen.

- o Uitkeringen kunnen ook op meer indirecte wijze leiden tot belastingheffing bij een persoon aan wie wordt toegerekend, maar die geen uitkering ontvangt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien het APV een 100%-belang in een vennootschap houdt en zich een dividend laat uitkeren om de uitkering aan de begunstigde te financieren. Degene die geen uitkering ontvangt is wel inkomstenbelasting verschuldigd over een evenredig deel van de dividenduitkering.
- o Ten slotte worden uitkeringen gezien artikel 17 SW geacht schenkingen te zijn van degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend. Stel dat dit twee personen zijn, die elk een even grote uitkering uit het APV ontvangen, dan leidt een letterlijke lezing van de wettekst tot de conclusie dat zij ieder 50% van hun uitkering onbelast van zichzelf ontvangen en 50% belast van de ander. Een redelijke uitkomst is mijns inziens dat er in dit geval geen heffing plaatsvindt. De staatssecretaris heeft in de parlementaire geschiedenis weliswaar gezegd dat ieder in een situatie als deze zijn eigen "aandeel" uit het APV kan halen, maar deze opmerking is dermate algemeen en geclausuleerd geformuleerd, dat ik betwijfel of hier vertrouwen aan ontleend kan worden. Ten minste is in een geval als dit niet uit te sluiten dat sprake is van belaste kruislingse schenkingen.
- Aan erfgenamen die slechts een afdwingbare aanspraak hebben jegens het APV, maar overigens geen begunstigde zijn van het discretionaire deel van het APV zal een deel van het APV-vermogen toegerekend worden. Hoewel duidelijk is dat zij van het toegerekende vermogen niets kunnen ontvangen, is der tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 dermate ruim geformuleerd, dat zij niet het tegenbewijs kunnen leveren.
- Sinds de wijziging van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 kan zich een samenloop van Nederlandse vennootschapsbelasting en Nederlandse inkomstenbelasting voordoen. Voor deze vennootschapsbelasting is er, in tegenstelling tot voor buitenlandse vennootschapsbelasting, geen mogelijkheid tot verrekening opgenomen in de wet, zodat dubbele heffing ontstaat.
- Tevens kan sprake zijn van een samenloop tussen Nederlandse dividendbelasting en Nederlandse inkomstenbelasting, terwijl er geen specifieke regeling is getroffen om deze weg te nemen. In het algemeen zijn de thans daartoe bestaande mogelijkheden verrekening met de inkomstenbelasting door de inbrenger of teruggave aan het APV. Verrekening zou daarbij mijn voorkeur

hebben, maar dit is mijns inziens zonder aanpassingen van de wettekst niet mogelijk. Teruggave van dividendbelasting aan het APV lijkt mij in beginsel wel verdedigbaar, maar ook dan kan zich, gezien de eisen die artikel 10 Wet DB stelt, zich de situatie voordoen dat het APV geen teruggave kan verkrijgen, terwijl de inbrenger de dividendbelasting wel had kunnen verrekenen indien de inbreng niet had plaatsgevonden. De inbreng werkt in dat geval niet fiscaal neutraal uit.

- Tot slot kan de APV-regeling tot praktische problemen leiden, zoals:
 - o De benodigde documentatie die artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 voorschrijft voor het leveren van het tegenbewijs door erfgenamen impliceert dat het niet eenvoudig is om het tegenbewijs te leveren en is bovendien niet consistent met de veelvuldig in de parlementaire geschiedenis gemaakte opmerking dat voor het tegenbewijs de vrije bewijsleer geldt.
 - o Toepassing van de APV-regeling leidt tot de verschuldigdheid van belasting bij personen die geen uitkering krijgen om deze belasting uit te voldoen. Dit kan financiële problemen bij de persoon in kwestie tot gevolg hebben.
 - o Het APV bestaat reeds gedurende een langere tijd en de toerekening is meerdere malen verschoven naar de volgende generatie. Als gevolg daarvan vindt toerekening plaats aan een grote hoeveelheid personen, waarbij goed denkbaar is dat moeilijk of niet vast te stellen is welk percentage van het APV-vermogen precies aan ieder van hen toegerekend dient te worden. Na voldoende tijdsverloop wordt het waarschijnlijk zelfs problematisch om vast te stellen wie alle erfgenamen zijn aan wie toegerekend moet worden. De administratieve last hiervan, alsmede voor alle erfgenamen die een deel van het APV-vermogen in hun aangifte inkomstenbelasting moeten verantwoorden, om maar te zwijgen over alle “deelschenken” die in geval van een uitkering in aanmerking genomen moeten worden, is significant.

Deze opsomming is zonder enige twijfel niet uitputtend; mijn onderzoek bestrijkt ook niet alle mogelijke aspecten van de APV-regeling. Een punt waar bijvoorbeeld nog fiscale belemmeringen te verwachten zijn, is een verschil in uitgangspunt bij de fiscale behandeling van APV's in de Nederlandse en een buitenlandse wetgeving of verdragstoepassing die tot dubbele heffing c.q. het niet wegnemen daarvan leidt. Getuige de genoemde aspecten zijn er echter in een zuiver Nederlandse situatie al genoeg fiscale belemmeringen aanwezig.

Deze belemmeringen naar mijn mening geheel of nagenoeg geheel het gevolg van juridische onvolkomenheden in de wetgeving, met name (i) onduidelijkheid over de interpretatie (categorie 2(b)), (ii) onvolkomen aansluiting op de parlementaire geschiedenis (categorie 2(c)), (iii) ongerijmde dan wel te sterke gevolgen voor de belastingplichtige (categorie 3(a)) en (iv) leemten in de regeling (categorie 3(b)).¹⁴⁸⁷ De uit deze onvolkomenheden voortvloeiende knelpunten dienen mijns inziens te worden weggenomen. Hoewel de APV-regeling een antimisbruikbepaling is en daarmee samenhangt dat toepassing van deze regeling tot grotere mate van belastingheffing leidt, rechtvaardigt dit uiteraard niet het ontstaan van dubbele heffing. Voorts is op een groot aantal punten sprake van onzekerheid over hoe de regeling toegepast moet worden, hetgeen ook de goedwillende belastingplichtige met problemen opzadelt. Soms geeft de parlementaire toelichting enig inzicht in de bedoeling van de wetgever, maar veelal neemt ook deze toelichting niet alle onzekerheid weg. Bovendien is het weinig elegant om de regeling in feite in te vullen door middel van de parlementaire toelichting, in plaats van een sluitende regeling te maken, hetgeen ook de rechtszekerheid niet ten goede komt.

Derhalve dient de wetgever naar mijn mening de genoemde onduidelijkheden weg te nemen door een keuze te maken voor een bepaalde benadering en deze vervolgens neer te leggen in de wetgeving.¹⁴⁸⁸ In de onderdelen van dit hoofdstuk waarin deze onduidelijkheden besproken worden, heb ik ook reeds de door mij voorgestane benadering toegelicht. Voorts dienen de hiervoor genoemde knelpunten te worden weggenomen, zodat recht gedaan wordt aan alle betrokken belangen: een APV kan niet gebruikt worden om belasting te ontwijken, maar anderzijds moet het wel gebruikt kunnen worden om voor het – legitieme – doel om het familievermogen te beheren en te verdelen. In hoofdstuk 15 bespreek ik hoe deze knelpunten naar mijn mening opgelost kunnen worden.

Volledigheidshalve zij ten slotte opgemerkt dat de APV-regeling ook niet in alle situaties voorkomt dat afgezonderd vermogen gedeeltelijk buiten de belastingheffing blijft. Dit wordt veroorzaakt doordat bij een entiteit zonder discretionaire elementen gezien HR 10 april 2015, BNB 2015/152, geen toerekening op grond van de APV-regeling plaatsvindt. De afdwingbare aanspraken jegens de entiteit worden uiteraard wel als zodanig in de heffing betrokken. Indien als gevolg van voorwaarden of tijdsbepalingen de waarde van deze aanspraken bij elkaar lager is dan de waarde van het ingebrachte vermogen en deze residuwaarde ook niet aan iemand wordt toegerekend, dan blijft een deel van de waarde gedurende een bepaalde tijd buiten de belastingheffing.¹⁴⁸⁹ In zoverre blijft zwevend vermogen dus onder omstandigheden mogelijk.

1487 Onvolkomenheden in de wetgeving zijn gedefinieerd en gecategoriseerd in hoofdstuk 2.

1488 Verduidelijking van de onduidelijkheden in de APV-regeling zou deels wellicht ook kunnen plaatsvinden in een beleidsbesluit of aanpassing van artikel 4a Uitvoeringsregeling IB 2001. Overigens zijn de geconstateerde onvolkomenheden mijns inziens dermate fundamenteel van aard, dat deze zich slechts lenen voor oplossing door middel van een wijziging van de wet.

1489 Zie nader paragraaf 14.3.7.1.

