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

15

Fiscale knelpunten bij vermogensbescherming

15 Fiscale knelpunten bij vermogensbescherming

15.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de eerder gesignaleerde fiscale knelpunten (zoals omschreven in hoofdstuk 2) bij de drie besproken beschermingsfiguren. Van een knelpunt is in mijn ogen allereerst sprake, indien de toepassing van een beschermingsfiguur er ten opzichte van de "reguliere" situatie, waarin van de beschermingsfiguur geen sprake is, meer belasting verschuldigd is. Daarnaast kan mijns inziens ook sprake zijn van een knelpunt indien de fiscale behandeling van de situatie met beschermingsfiguur onduidelijk is, althans in die mate dat dit belastingplichtigen ervan kan weerhouden om deze figuur toe te passen. Ook kan de complexiteit van een regeling onder omstandigheden een knelpunt vormen, zodat een zo eenvoudig mogelijke benadering in beginsel de voorkeur heeft.

Voor een dergelijk knelpunt kunnen meerdere redenen zijn, die ook een rechtvaardiging kunnen vormen voor het ontbreken van een (volledig) fiscaal neutrale behandeling van een rechtsfiguur. Een rechtvaardiging zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat een fiscaal neutrale inpassing van de rechtsfiguur te zeer inbreuk zou maken op het doel van de desbetreffende fiscale regeling, zoals het antimisbruikkarakter van het APV-regeling. Een knelpunt kan echter ook veroorzaakt worden door onvolkomenheden in de fiscale wetgeving, in welk geval een rechtvaardiging voor het knelpunt naar mijn mening ontbreekt.

Hierna ga ik derhalve per knelpunt allereerst in op de vraag of dit veroorzaakt wordt door een onvolkomenheid in de desbetreffende fiscale regeling en voorts, voor zover naar mijn mening sprake is van een dergelijke onvolkomenheid, doe ik een aanbeveling voor aanpassing van de regelgeving. Ik beperk mij daarbij, zoals besproken in hoofdstuk 2, tot onvolkomenheden van juridische aard.[1490]

15.2 Certificering en waardering

Een potentieel knelpunt is de waardering van certificaten. Algemeen heb ik waardering behandeld in paragraaf 13.2.2 en voor specifieke heffingen in paragrafen 13.4.1.6 (box 2), 13.4.2.5, (box 1) en 13.4.3.2 (box 3). Mijn conclusie is voor de inkomstenbelasting in essentie dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen certificaten die de houder ervan de economische eigendom verschaffen en certificaten die dit niet doen.

In het eerste geval wordt de certificaathouder in fiscale context (althans voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en heffing van schenk- en erfbelasting)

1490 Zoals gecategoriseerd in hoofdstuk 2.

behandeld als ware hij de rechthebbende op het gecertificeerde vermogen. Als gevolg daarvan kan bijvoorbeeld afgeschreven worden op de desbetreffende goederen. Dit betekent evenwel ook dat voor de waardering niet het certificaat in aanmerking wordt genomen, maar het gecertificeerde vermogen. Een eventueel waardedrukkende effect van de beperkingen die certificering met zich brengt blijft dan buiten beschouwing. Indien evenwel geen sprake is van economische eigendom, is het economische belang van de certificaathouder bij het gecertificeerde vermogen onvoldoende om hem als fiscale eigenaar daarvan te zien. In dat geval moet het certificaat gewaardeerd worden en komt een eventueel waardedrukkend effect wel tot uitdrukking in de waardering.

De vraag is of in dit geval sprake is van een knelpunt. Ik ga daarbij eerst in op certificaten die economische eigendom verschaffen en daarna op certificaten zonder economische eigendom.

15.2.1 Certificaathouder is economisch eigenaar

In dit geval wordt met een eventueel waardedrukkend effect van certificering geen rekening gehouden. Overigens zal hiermee buiten fiscale context wel rekening gehouden worden, aangezien bijvoorbeeld een koper de uit de administratievoorwaarden voortvloeiende beperkingen wel mee zal nemen in de prijs die hij bereid is om voor de certificaten te betalen. In hoeverre sprake is van een verschil in waardering tussen de certificaten en het gecertificeerde vermogen, hangt sterk af van de omstandigheden en ook van de plaats die de certificaten en het gecertificeerde vermogen in het vermogen van de certificaathouder (zouden) innemen. Indien in beide gevallen sprake is van een belegging, is bijvoorbeeld het waardedrukkende effect van certificering geringer, dan wanneer een meerderheidspakket aandelen gecertificeerd is.

De vraag is vervolgens of het in fiscale context negeren van een dergelijk waardeverschil als een knelpunt beschouwd dient te worden. Mijns inziens is dit niet het geval, om een aantal redenen:

(a) De omstandigheid dat de certificaathouder als fiscale eigenaar van het gecertificeerde vermogen beschouwd wordt, is gebaseerd op het feit dat hem het volledige economische belang bij dat vermogen toekomt. Op enig moment zal hij dus ook de waarde van dit onderliggende vermogen kunnen realiseren, zij het doorgaans niet onmiddellijk. Bij certificering als beschermingsfiguur ligt althans voor de hand dat de certificaathouder beperkt zal zijn in zijn mogelijkheden om zijn certificaten direct te verzilveren.

(b) Er staan ook fiscale faciliteiten en toepassing van vrijstellingen tegenover de hogere in aanmerking te nemen waarde. Voor wat betreft dat laatste impliceert een coherent systeem althans dat dat zo zou moeten zijn. Voor box 3 luidt

het beleid van de staatssecretaris echter anders: hij is van mening dat de box 3-vrijstellingen niet van toepassing zijn met betrekking tot certificaten. Indien sprake is van economische eigendom, zou dit naar mijn mening echter wel het geval moeten zijn.[1491]

(c) Het negeren van het waardeverschil kan gezien worden als een nadeel, maar ten opzichte van de situatie waarin niet gecertificeerd is, is daar geen sprake van. In zoverre is dus geen sprake van een knelpunt: omdat de positie niet fiscaal nadeliger wordt, is daarin geen reden gelegen om de insteller van de certificering van vermogen te weerhouden. Het is uiteraard niet nodig dat men met een beschermingsfiguur, die primair civielrechtelijk gemotiveerd is, ook een fiscaal voordeel zou moeten kunnen behalen.

Een knelpunt lijkt mij wél, dat de certificaathouder mogelijk belasting moet betalen over een waarde die hij niet direct kan realiseren. Dit speelt bij forfaitaire heffing van box 2 en box 3, overigens is de heffing gekoppeld aan daadwerkelijke inkomsten c.q. vervreemdingswinsten en niet aan de waarde als zodanig. Het moeten betalen van belasting zonder dat men de middelen daartoe verkrijgt is echter een ander vraagstuk dan de waardering als zodanig. Voorts kan de situatie van belastingheffing zonder concrete inkomsten om deze uit te voldoen zich ook in andere situaties voordoen, zoals realisatie door de STAK die bij de certificaathouder tot belastingheffing leidt zonder dat uitkering van die inkomsten aan de certificaathouder plaatsvindt. Dit knelpunt, alsmede een voorstel voor een oplossing daarvan, worden besproken in paragraaf 15.3.3.

Volledigheidshalve merk ik op dat mijns inziens bij een APV de waardering evenmin een knelpunt vormt. Als gevolg van de toerekening wordt de belastingheffing in dit geval ook gebaseerd op de waarde in het economische verkeer. Het is ook in deze situatie echter naar mijn mening niet zozeer de waarde, waartegen het vermogen in de heffing betrokken wordt, die een probleem kan vormen, als wel de omstandigheid dat de begunstigde van het APV belasting moet betalen zonder (ooit) de beschikking te krijgen over middelen om deze belasting te voldoen. Op dit punt ga ik nader in in paragraaf 15.3.4. Iets vergelijkbaars geldt ten slotte voor een bewind: hieraan komt geen waardedrukkend effect toe, maar aangezien de heffing ook niet zwaarder wordt, is naar mijn mening geen sprake van een knelpunt.[1492] In het laatste geval is de rechthebbende bovendien ook volledig gerechtigd tot de waarde van het onder bewind gestelde goed, maar is hij beperkt in zijn mogelijkheden om hierover te beschikken.

Overigens merk ik voor de volledigheid op, dat de jurisprudentie inzake de waardering van certificaten met name betrekking heeft op de vraag in hoeverre certificering een waardedrukkend effect heeft en de vraag welke waarderingsmethode moet worden

1491 Zie nader paragraaf 15.4.
1492 Zie paragraaf 12.2.

toegepast, maar niet zo zeer de vraag of sprake is van economische eigendom en, zo ja, hoe dit de waardering beïnvloedt.

15.2.2 Certificaathouder is geen economisch eigenaar

In de situatie waarin de certificaathouder geen economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen, moet voor de belastingheffing worden aangeknoopt bij het certificaat. Het certificaat is dan ook hetgeen gewaardeerd moet worden en de daaraan verbonden beperkende voorwaarden kunnen dan doorwerken in de waardering. Een waardeverschil zoals besproken bij de certificaathouder met economische eigendom doet zich niet voor en derhalve is geen sprake van een knelpunt.

De andere kant op redenerend kan met zich afvragen in hoeverre er een bezwaar tegen kan bestaan dat aldus door het in het leven roepen van certificering de waarde die in de belastingheffing betrokken kan worden afneemt; vanuit een zeker perspectief verdampt er waarde, die weer herleeft op het moment dat de certificering beëindigd wordt. Dit lijkt mij overigens evenmin een bezwaar, als dat sprake is van een knelpunt. De waarde die aan de belastingheffing ten grondslag ligt is weliswaar mogelijk iets lager, maar deze stemt overeen met hetgeen de certificaathouder in economische zin kan realiseren. De (grotere) waarde van het onderliggende vermogen in de heffing betrekken, betekent iets belasten dat, althans vanuit het perspectief van de certificaathouder niet bestaat.[1493] Rechtshandelingen ter zake van vermogensbestanddelen kunnen overigens in meer situaties tot gevolg hebben dat de totale belaste waarde toe- of afneemt; zo zal een aanmerkelijkbelangpakket van 100% een hogere waarde kunnen hebben dan tien pakketten van 10% tezamen.

Overigens hoeft het niet steeds zo te zijn dat de waarde die niet neerslaat bij de certificaathouder ook niet bij een ander belast is. Wellicht niet veel voorkomend, maar wel denkbaar is dat een deel van het economische belang toekomt aan een ander. In dat geval is dat deel van het economische belang belastbaar bij deze ander, waarbij het van diens fiscale positie afhangt of daadwerkelijk sprake is van belastingplicht. De totaal in potentie te belasten waarde neemt pas af indien een deel van het economische belang niet belast kan worden bij de certificaathouder, maar ook niet bij een ander. In zoverre zou men kunnen zeggen dat het vermogen fiscaal zweeft, gelijk bij APV's het geval was voor invoering van de APV-regeling.

In dat laatste verband rijst de vraag wanneer sprake is van zodanig restrictieve administratievoorwaarden, dat de certificaathouder niet meer geacht kan worden het volledige economische belang te hebben, terwijl het ook niet zo is dat een deel van dit belang toekomt aan een andere persoon. Vooropgesteld zij, dat het mijns inziens

1493 Waar dat wel het geval is bij de certificaathouder met economische eigendom, aangezien die het volledige economische belang heeft.

niet mogelijk is om hele concrete uitspraken hierover te doen, gezien de veelheid aan mogelijke administratievoorwaarden en de diversiteit aan benaderingen die daarbij gekozen kunnen worden. Uiteindelijk zal per geval beoordeeld moeten worden of nog gezegd kan worden dat de certificaathouder het volledige economische belang heeft of niet. Ik ben evenwel van mening dat er situaties kunnen zijn waarin het certificaat de houder hiervan weliswaar een aanspraak verschaft om (op enig moment) de waarde van het gecertificeerde vermogen te ontvangen, alsmede alle daaruit voortgekomen inkomsten, maar dat de voorwaarden waaronder de aanspraak gerealiseerd kan worden dermate restrictief zijn, dat niet meer gesproken kan worden van het volledige economische belang. In zijn meest restrictieve vorm zou men tot een certificaat kunnen komen dat (i) niet-royeerbaar is, (ii) onoverdraagbaar is en (iii) waarbij de beslissing om uitkeringen van inkomsten te doen geheel in handen van het bestuur van de STAK ligt, terwijl (iv) de invloed van de certificaathouder op de organisatie van de STAK zo beperkt mogelijk is. Ik kan mij voorstellen dat een dergelijk certificaat (nagenoeg) geen waarde in het economische verkeer heeft, althans niet meer dan een fractie van de waarde van het gecertificeerde vermogen. Voorts ben ik van mening dat, hoewel het in theorie wellicht zo is dat de waarde van het gecertificeerde vermogen op enig moment op de certificaten uitgekeerd zal worden, de aan de certificaten verbonden beperkingen zodanig zijn, dat degene die op een specifiek moment certificaathouder is niet langer geacht kan worden het volledige economische belang te hebben. De invloed van anderen op het al dan niet kunnen realiseren van dit belang is daarvoor te groot.[1494] Waar precies het punt ligt waarop deze invloed niet meer in de weg staat aan het volledige economische belang, is evenwel moeilijk te zeggen. Mijns inziens hoeft dit nog niet zo te zijn indien de royeerbaarheid van de certificaten beperkt of uitgesloten is en de STAK geen onmiddellijke doorstootverplichting heeft, afhankelijk van de andere voorwaarden van certificering.[1495]

15.2.3 Waardering in de context van de Successiewet

Voor de toepassing van de Successiewet is, zoals in paragraaf 13.5.2 opgemerkt, niet duidelijk of de omstandigheid dat de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen van invloed kan zijn op de waardering van de certificaten. Enerzijds kan men betogen dat de Successiewet nauw aansluit bij het civiele recht, dat een formelere benadering kent. Anderzijds is het concept van economische eigendom wel toegepast door de Hoge Raad voor het bepalen óf er een verkrijging heeft plaatsgevonden en daarmee naar mijn mening consistent om hiermee dan ook rekening te houden voor de bepaling van de omvang van die verkrijging. Totdat de Hoge Raad zich hierover uitspreekt, is dit niet duidelijk.

1494 Daarnaast rijst de vraag of certificaten met dermate beperkende voorwaarden nog als maatschappelijk aanvaardbaar beschouwd kunnen worden. Naar mijn mening is dit niet het geval, zie nader paragraaf 7.14.3.

1495 Zie nader paragraaf 13.3.1.

Deze onduidelijkheid kan men als een knelpunt zien, dat ook weggenomen kan worden doordat de wetgever een regeling treft voor de waardering van certificaten voor toepassing van de Successiewet. Een benadering daarbij is om ook in deze context (in elk geval) bij economische eigendom voor zowel de waardebepaling als de toepasselijke waarderingsmaatstaf aan te sluiten bij het gecertificeerde vermogen, in plaats van het certificaat. Overigens vloeit de belemmering in dit geval niet zo zeer voort uit een onvolkomenheid in de wetgeving, als wel uit de omstandigheid dat de reikwijdte van het concept economische eigendom en de daarmee samenhangende consequenties, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie, nog onvoldoende duidelijk is. Desalniettemin zou het naar mijn mening behulpzaam zijn als de wetgever deze onduidelijkheid zou oplossen.

15.3 Genietingsmoment bij dooruitkering in ander jaar

Er kan zich, indien de certificaathouder niet tevens economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, een mismatch voordoen tussen het genietingsmoment (of realisatiemoment) van de certificaathouder en het genietingsmoment van de STAK[1496]. Dit speelt met name in box 2, zowel bij vervreemdingsvoordelen als reguliere voordelen, als bij certificaten van ter beschikking gesteld vermogen. Bij box 3 speelt het moment van realisatie uiteraard geen rol en bij de overige onderdelen van box 1 die ik behandeld heb[1497] kunnen de certificaten slechts in box 1 vallen indien wel sprake is van economische eigendom. In deze paragraaf ga ik allereerst in op de problematiek die in dit verband speelt en schets ik vervolgens een oplossingsrichting.

15.3.1 Problematiek bij uiteenlopen genieting door STAK en door certificaathouder

Het probleem is in de kern het volgende. Het is mogelijk dat de STAK op enig moment aanmerkelijkbelangaandelen vervreemdt, zonder dat deze vervreemding aan de certificaathouder toegerekend kan worden of dat bij de certificaathouder sprake is van een fictieve vervreemding. Ook kan zich de situatie voordoen dat de STAK een dividend ontvangt of een voordeel met betrekking tot een ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel, zonder dat zich voor de certificaathouder een genietingsmoment respectievelijk realisatiemoment voordoet. Ik neem hierbij steeds aan dat de STAK de verkoopopbrengst niet in het jaar van vervreemding doorbetaalt aan de certificaathouder.

In deze gevallen rijst allereerst de vraag op welk moment zich ten aanzien van

1496 Indien de certificaathouder wel de economische eigenaar is, doet deze problematiek zich naar mijn mening niet voor, omdat de realisatie/de vervreemding/het genietingsmoment zich bij de certificaathouder op hetzelfde moment voordoen als bij de STAK, ongeacht of een dooruitkering plaatsvindt. Voor een nadere toelichting zij verwezen naar de in de navolgende voetnoten genoemde paragrafen.

1497 Zie paragraaf 13.4.2.

de certificaathouder het belastbare feit voordoet, het moment van genieting c.q. realisatie door de STAK of pas het latere moment van daadwerkelijke dooruitkering van het ontvangen inkomen door de STAK aan de certificaathouder. In geval van vervreemdingsvoordelen en reguliere voordelen is er naar mijn mening in principe[1498] geen aanknopingspunt voor heffing op het moment dat de STAK vervreemdt of dividend geniet, zodat de heffing bij de certificaathouder eerst kan plaatsvinden op het moment dat het inkomen daadwerkelijk aan hem wordt uitgekeerd.[1499] In het geval van de terbeschikkingstellingsregeling valt, gezien de ruime definitie van het ter beschikking stellen van vermogen in de artikelen 3.91 en 3.92 Wet IB 2001, enerzijds te betogen dat het realisatiemoment van de certificaathouder wel samenvalt met dat van de STAK, maar anderzijds ook dat de certificaathouder pas realiseert op het moment dat de STAK het inkomen aan hem dooruitkeert.[1500]

Indien het belastbare feit zich voor de certificaathouder niet voordoet op het moment dat de STAK de inkomsten geniet, doen zich bovendien twee vervolgvragen voor. Allereerst is dit de vraag in hoeverre zich in de periode tussen het moment van genieten door de STAK en het moment van dooruitkeren aan de certificaathouder een wijziging in de fiscale aard van het gecertificeerde vermogen voordoet. Om een voorbeeld te geven: de STAK heeft aanmerkelijkbelangaandelen en verkoopt deze. De verkoopopbrengst wordt niet direct uitgekeerd aan de certificaathouder, maar liquide aangehouden. In handen van de certificaathouder zouden deze liquide middelen in box 3 vallen. Valt het certificaat, althans voor zover het op de liquide middelen ziet, nu ook in box 3, of blijft het vooralsnog box 2-vermogen[1501], omdat zich bij de certificaathouder nog geen realisatie van de box 2-claim heeft voorgedaan? Daarnaast de vraag op welke wijze de belastingheffing bij de certificaathouder in deze tussenperiode plaatsvindt. Zo is een benadering dat het vermogen box 2-vermogen blijft, met als consequentie dat het tot het moment van uitkering buiten de belastingheffing zou blijven, of dat het wel naar box 3 gaat, waarmee zich de vraag voordoet of dan bij latere uitkering nog in box 2 geheven kan worden over de verkoopwinst. Zo zijn meerdere verschillende benaderingen denkbaar, zonder dat duidelijk is welke de juiste is (zie nader paragraaf 15.3.2).

Hoewel deze problematiek in de praktijk vermijdbaar is door ofwel zodanige administratievoorwaarden op te stellen dat de certificaathouder wel de economische eigendom van het gecertificeerde vermogen heeft, ofwel er zorg voor te dragen dat inkomsten in hetzelfde jaar door de STAK worden uitgekeerd, zullen deze oplossingen

1498 Bepaalde uitzonderingen zijn denkbaar, zoals een handelen van de certificaathouder dat leidt tot toerekening van de vervreemdingshandeling aan hem, een gebeurtenis die op grond van artikel 4.16 Wet IB 2001 direct een fictieve vervreemding voor de certificaathouder vormt of certificaten van aandelen in een laagbelaste beleggingsvennootschap in de zin van artikel 4.14 Wet IB 2001, zodat sprake is van een forfaitair rendement in box 2.

1499 Zie nader paragraaf 13.4.1.5.1 inzake vervreemdingsvoordelen en paragraaf 13.4.1.5.2 inzake reguliere voordelen.

1500 Ik verwijs naar paragraaf 13.4.2.4.

1501 Dan wel box 1-vermogen, in geval van de terbeschikkingstellingsregeling.

niet altijd haalbaar of wenselijk zijn (met name de directe dooruitkering kan op bezwaren stuiten). Ook is waarschijnlijk dat de uitvoering in bepaalde situaties eenvoudigweg niet goed zal gaan. Mijns inziens is door deze onduidelijkheid derhalve weldegelijk sprake van een knelpunt. Men kan dit knelpunt zien als zijnde veroorzaakt door een leemte in de wetgeving[1502], omdat artikelen 4.43 en 4.46 Wet IB 2001 weliswaar het genietingsmoment voor reguliere voordelen respectievelijk vervreemdingsvoordelen regelen, maar niet voorzien in de situatie waarin de belastingplichtige een economisch belang heeft bij een door een ander, de STAK, gerealiseerde winst, zonder dat zich voor de belastingplichtige een genietingsmoment voordoet.

Het zou daarom goed zijn indien duidelijkheid gecreëerd werd over de wijze waarop deze vragen beantwoord dienen te worden. In de paragraaf hierna schets ik de wijze waarop een en ander naar mijn mening benaderd zou kunnen worden.

15.3.2 Belastingheffing bij en verhaalsrecht voor de certificaathouder

In paragraaf 13.4.1.5.1 heb ik een aantal mogelijke benaderingen weergegeven, wijzen waarop de heffing zou kunnen verlopen indien de certificaathouder geen economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is en de STAK de door haar ontvangen inkomsten niet direct, althans in hetzelfde kalenderjaar, uitkeert aan de certificaathouder. Samengevat zijn dit de volgende benaderingen, met de aan iedere benadering klevende bezwaren:

(a) De certificaathouder wordt toch belast op het moment dat de STAK realiseert, vervreemdt of haar genietingsmoment heeft. In elk geval in het kader van de aanmerkelijkbelangregeling biedt de wet naar mijn mening echter geen ruimte voor deze benadering.

(b) Tot het moment van uitkering aan de certificaathouder, worden de inkomsten in box 3 belast (aannemend dat deze niet zijn omgezet in vermogen dat in een andere box valt). Op het moment van uitkering worden de inkomsten alsnog in box 1 of 2 belast. Bezwaar tegen deze benadering is dat de volgtijdelijkheid van de heffing afwijkt van de gebruikelijke situatie: gerealiseerde inkomsten passeren eerst de poort van heffing in box 1 of 2 en worden vervolgens belast in de box waar zij dan thuishoren. Bij deze benadering wordt de volgorde evenwel omgekeerd.

(c) Men neemt aan dat de inkomsten hun box 1 of box 2-karakter behouden tot het moment van uitkering. Dan vindt heffing in de desbetreffende box plaats en gaan de inkomsten naar box 3. Deze benadering leidt evenwel tot een heffingslek,

1502 Oftewel een onvolkomenheid in categorie 3(a).

omdat er in de periode tot uitkering niet geheven wordt, hoogstens over de rendementen die met de nog opgepotte inkomsten behaald worden.

(d) Er vindt geen box 2-heffing plaats, aangezien (i) op het moment dat de STAK aanmerkelijkbelangaandelen vervreemdt de certificaathouder dat niet doet en (ii) op het moment dat de uitkering plaatsvindt, geen sprake meer is van een vervreemding. Gezien de ruimere formulering ter zake lijkt deze benadering mij overigens minder goed toepasbaar in geval van de terbeschikkingstellingsregeling of bij reguliere voordelen. In dit geval gaan de inkomsten direct naar box 3, zonder belastingheffing. In dit geval is uiteraard ook het bezwaar dat een heffingslek optreedt.

(e) De inkomsten behouden zelf hun box 1/box 2-karakter, maar de rendementen daaruit worden belast in box 3. Het probleem met volgtijdelijkheid zoals bij (b) speelt dat niet, maar er is wel weer sprake van een heffingslek, doordat het nominale bedrag van de inkomsten tot het moment van uitkering buiten de heffing blijft.

Aangezien alle genoemde benaderingen op één of meerdere bezwaren stuiten, dient een sluitende oplossing naar mijn mening anders te luiden. Een systeem waarbij de heffing bij de certificaathouder wordt uitgesteld tot het moment dat die geniet, terwijl tegelijkertijd het vermogen wel in de relevante box in aanmerking genomen wordt, leidt mijns inziens tot een moeilijk werkbare hybride vorm van heffing. Het uitstel in zichzelf is niet onredelijk, maar men heeft dan een tussentijdse vorm van heffing nodig, om een heffingslek te voorkomen. Anders wordt het wel heel eenvoudig om inkomstenbelasting te ontwijken. Qua volgtijdelijkheid is dit evenwel problematisch en het roept ook andere vragen op, bijvoorbeeld of bij de tussentijdse heffing rekening gehouden wordt met de latente belastingschuld in box 2 of niet. Indien men – zonder certificering – aanmerkelijkbelangaandelen zou verkopen, zou het ook de opbrengst na belastingheffing zijn die vervolgens deel gaat uitmaken van het box 3-vermogen. In die parallel is aftrek van de latente belastingschuld, al dan niet contant gemaakt tegen een voorgeschreven percentage, niet onredelijk. Anderzijds is de facto natuurlijk niet betaald, zodat met het desbetreffende vermogen rendement gegenereerd kan worden. Dat kan zich echter oplossen in de contantmaking. Hoe dan ook wordt een dergelijk systeem complex en in de volgtijdelijkheid van de heffing kan men een fundamenteel probleem zien, gezien de afwijking van het gebruikelijke systeem. In elk geval het eerste is in mijn ogen een zwaar wegend bezwaar.

Een alternatief is regelen dat een certificaathouder per definitie geacht wordt te genieten op het moment dat de STAK dat doet. Met andere woorden: men rekent het realisatie-, vervreemdings- of genietingsmoment van de STAK toe aan de certificaathouder, ongeacht of hij economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is of niet.

Waar er bij de terbeschikkingstellingsregeling enige ruimte is om deze benadering in de wettekst te lezen, is deze ruimte er mijns inziens bij de aanmerkelijkbelangregeling niet. Bovendien bestaat ook bij de terbeschikkingstellingsregeling niet meer dan deze ruimte voor argumentatie van de desbetreffende strekking, en duidelijkheid lijkt mij zeer gewenst. Voor beide regelingen zou dit derhalve geregeld moeten worden, hetgeen een wijziging van de wet vereist.

Hoewel deze benadering het voordeel heeft van eenvoud, is er ook een duidelijk bezwaar: indien bij de certificaathouder belastbare inkomsten in aanmerking worden genomen terwijl hij nog geen uitkering van de STAK ontvangt, moet hij belasting betalen zonder de beschikking te hebben gekregen over de daarvoor benodigde liquiditeiten. Los van het algemene bezwaar daartegen, kan dit de certificaathouder in financiële problemen brengen, zeker indien het gecertificeerde vermogen qua omvang relatief groot is in vergelijking met het eigen vermogen van de certificaathouder, of dit eigen vermogen zelfs (ver) overstijgt. Men zou, zoals reeds opgemerkt, kunnen vertrouwen op degene die certificeert om hiervoor in de administratievoorwaarden een regeling te treffen. Aangezien goed denkbaar is dat een dergelijke regeling – al dan niet bewust – achterwege gelaten wordt, lijkt mij dit echter een weinig bevredigende oplossing.

De certificaathouder wordt beter beschermd door de STAK te verplichten om op enige wijze de verschuldigde inkomstenbelasting voor de certificaathouder te betalen, dan wel een bedrag van deze grootte aan hem te vergoeden. Tegen deze benadering zijn twee bezwaren aan te voeren: (i) het treedt in de contractsvrijheid tussen partijen en (ii) een dergelijke verplichting hoort thuis in het civiele recht en niet in het fiscale recht. Met betrekking tot het laatste merk ik voorts op dat, aangezien certificering niet wettelijk geregeld is, er ook geen "natuurlijke" plek in het civiele recht is om een dergelijke verplichting voor de STAK op te nemen.

Desalniettemin lijken dergelijke bezwaren mij niet onoverkomelijk. In het algemeen treedt de wetgever met regelmaat in de contractsvrijheid tussen partijen, ter bescherming van de zwakste van hen. Ook het bieden van bescherming van de certificaathouder is, hoewel geen algemene regeling voor certificering bestaat, niet vreemd aan het systeem.[1503] Een bijzonderheid in dit geval is eerder dat de bescherming van de certificaathouder zich mede op het fiscale vlak begeeft. Ook dergelijke regelingen, die de persoon die al wel belasting moet betalen, maar nog niet beschikt over het vermogen om deze uit te voldoen, komen evenwel vaker voor, zie bijvoorbeeld de verplichting geregeld in artikel 78 lid 1 SW voor de vruchtgebruiker om belasting voor de bloot eigenaar voor te schieten. De omstandigheid dat de wetgever met een dergelijke

1503 Zie bijvoorbeeld het wettelijk pandrecht van artikel 3:259 BW, alsmede rechten voor certificaathouder van aandelen, zoals de mogelijkheid van vergaderrecht bij de besloten vennootschap (artikel 2:227 lid 2 BW) en het enquêterecht (artikel 2:346 BW).

regeling in de relatie tussen partijen treedt, is in mijn ogen derhalve een onvoldoende zwaarwegend bezwaar.

Het tweede bezwaar is dat dit een meer civielrechtelijke regeling dan een fiscale is. Getuige artikel 78 SW is dit echter niet volledige vreemd aan het systeem. Voorts zij gewezen op de toerekening van bepaalde vormen van inkomen van minderjarige kinderen aan hun ouders op grond van artikel 2.15 Wet IB 2001 en het verhaalsrecht dat de ouders in verband daarmee krijgen, zoals geregeld in artikel 2.16 Wet IB 2001, althans indien zij niet het ouderlijk vruchtgenot van het vermogen in kwestie hebben. Dergelijke regelingen zijn derhalve niet vreemd aan het systeem, zodat er mijns inziens ook in dat opzicht geen bezwaar tegen is om een regeling ten gunste van de certificaathouder te treffen.

Daarbij ligt een regeling zoals die van artikel 78 SW, vertaald naar de situatie van de certificaathouder het voorschieten van de belasting door de STAK (te verrekenen met een latere uitkering) of het betalen hiervan uit het gecertificeerde vermogen c.q. de vruchten daarvan, mij meer voor de hand te liggen dan een verhaalsrecht zoals geregeld in artikel 2.16 Wet IB 2001. Het verhaalsrecht veronderstelt dat primair de STAK de belasting verschuldigd is en dat deze zich daarna kan verhalen op de certificaathouder, als de persoon ten laste van wie de belasting uiteindelijk behoort te komen. Dat impliceert evenwel dat de STAK zelfstandig belastingplichtig zou moeten zijn en een rechtspersoon als belastingplichtige voor de inkomstenbelasting past niet in de wetssystematiek. Een parallel met de situaties die ten grondslag liggen aan artikel 78 SW, te weten een rechthebbende die belasting verschuldigd is ter zake van vermogen waar hij (nog) niet over kan beschikken en een persoon die controle heeft over het vermogen en daaruit de belasting kan voorschieten of voldoen, is daarentegen goed te maken. De omstandigheid dat de STAK, in tegenstelling tot een vruchtgebruiker, zelf geen economisch belang heeft bij het desbetreffende vermogen doet daar naar mijn mening niet aan af.

De vraag is ten slotte waar in de wet een dergelijke regeling op te nemen. Voor wat betreft het genietingsmoment ter zake van de terbeschikkingstellingsregeling zou een extra lid opgenomen kunnen worden in artikel 3.95 Wet IB 2001, van bijvoorbeeld de volgende strekking:

> *Indien de belastingplichtige vermogensbestanddelen indirect ter beschikking stelt als bedoeld in artikel 3.91 of artikel 3.92 via een derde die tegenover deze vermogensbestanddelen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan wordt de belastingplichtige geacht resultaat uit overige werkzaamheden te realiseren op het moment dat het administratiekantoor dit resultaat realiseert op de wijze als geregeld in het eerste lid. De omvang van het in aanmerking te nemen belastbare inkomen wordt bepaald alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende op de in de eerste volzin*

genoemde vermogensbestanddelen is, op het moment dat de in deze volzin bedoelde gebeurtenissen zich voordoen.[1504] De eerste volzin is niet van toepassing voor zover het desbetreffende resultaat reeds bij de belastingplichtige zelf als resultaat uit overige werkzaamheden in aanmerking is gekomen.[1505]

Voor de aanmerkelijkbelangregeling zou op vergelijkbare wijze een lid toegevoegd kunnen worden aan zowel artikel 4.43 Wet IB 2001 als artikel 4.46 Wet IB 2001, welke bepalingen bijvoorbeeld als volgt zouden kunnen luiden:

3. Indien de belastingplichtige[1506] zijn tot zijn aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen houdt via een derde die tegenover deze aandelen of winstbewijzen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan wordt de belastingplichtige geacht reguliere voordelen te hebben ontvangen op het moment dat zich ten aanzien van het administratiekantoor een genietingstijdstip als bedoeld in het eerste lid voordoet. De eerste volzin is niet van toepassing voor zover zich reeds ten aanzien van de belastingplichtige zelf een genietingstijdstip met betrekking tot de desbetreffende reguliere voordelen heeft voorgedaan.[1507]

1504 Deze volzin stelt buiten twijfel dat het belastbare inkomen bepaald moet worden, alsof geen sprake is van certificering. De eerste volzin bepaalt immers wel het realisatiemoment, maar laat nog in het midden of dan ook het inkomen belast wordt zoals de STAK dat realiseert, of dat nog rekening gehouden moet worden met een waardedrukkend effect van de certificering. Een logisch complement van het aansluiten bij het realisatiemoment van de STAK is mijns inziens om ook voor het bepalen van de omvang van het belastbare inkomen de positie van de STAK tot uitgangspunt te nemen. Dit volgt echter nog niet noodzakelijkerwijs uit de eerste volzin, zodat het mij goed lijkt om dit te expliciteren. Het effect van deze benadering kan zich uiten bij vermogenswinsten: indien de certificaathouder geen economische eigenaar is, is heeft het certificaat een lagere waarde in het economische verkeer dan het gecertificeerde vermogen. Dat kan betekenen dat de belastingplichtige (iets) meer belasting betaalt. Ik ga in paragraaf 15.3.3 nader op dit punt in.

1505 De laatste volzin is bedoeld om een dubbeltelling te voorkomen (evenzo bij de aanvullende bepalingen voor de terbeschikkingstellingsregeling). Indien de certificaathouder reeds zelf al geacht wordt om het resultaat gerealiseerd te hebben, zou het nogmaals in aanmerking nemen van dit resultaat als zijnde gerealiseerd door de STAK tot dubbele heffing leiden. Aangezien in de door mij voorgestelde formulering om redenen van eenvoud geen onderscheid is gemaakt tussen de certificaathouder met en die zonder economische eigendom, is een dergelijke dubbeltelling ook mogelijk.

1506 De certificaathouder, die de economische eigenaar van de gecertificeerde aandelen is, is mijns inziens (in fiscale zin) direct aandeelhouder van de tot het aanmerkelijk belang behorende aandelen. Indien geen sprake is economische eigendom is overigens naar mijn mening nog steeds sprake van een direct gehouden aanmerkelijk belang, maar niet van onmiddellijk aandeelhouderschap. Het economische belang is niet groot genoeg, om als aandeelhouder gezien te worden, maar de gerechtigdheid die met het aandeel gelijk gesteld wordt op grond van artikel 4.3 Wet IB 2001 wordt wel direct gehouden. Zie hiervoor nader paragraaf 13.4.1.1. Een verwijzing naar een indirect aanmerkelijk belang is derhalve overbodig, waar dit in de context van de terbeschikkingstellingsregeling wel betekenis heeft. In geval van een indirect aanmerkelijk belang zullen de voordelen daaruit overigens ook niet rechtstreeks belastbaar inkomen van de aanmerkelijkbelanghouder kunnen vormen.

1507 In dit geval is een bepaling, die zeker stelt dat de omvang van het reguliere voordeel wordt bepaald aan de hand van hetgeen de STAK geniet mijns inziens niet noodzakelijk. De certificering is niet van invloed om de omvang van een regulier voordeel, omdat een eventueel verschil in waardering tussen het certificaat en het gecertificeerde aandeel daarin niet tot uitdrukking komt, zoals dat bij vervreemdingsvoordelen wel het geval is.

4. *Voor zover bij de belastingplichtige belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen wordt op grond van het derde lid, terwijl het administratiekantoor in verband met dit inkomen kosten heeft gemaakt welke aftrekbaar zijn in de zin van artikel 4.44, dan worden deze kosten eveneens bij de belastingplichtige als aftrekbare kosten in aanmerking genomen.*[1508]

respectievelijk

9. *Indien de belastingplichtige zijn tot zijn aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen houdt via een derde die tegenover deze aandelen of winstbewijzen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan wordt de belastingplichtige geacht deze aandelen of winstbewijzen vervreemd te hebben op het moment dat het administratiekantoor deze aandelen of winstbewijzen vervreemdt De omvang van het in aanmerking te nemen belastbare inkomen wordt bepaald alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende op de in de eerste volzin genoemde aandelen of winstbewijzen is, op het moment dat de in deze volzin bedoelde gebeurtenissen zich voordoen. De eerste volzin is niet van toepassing voor zover door de belastingplichtige zelf een vervreemding van de desbetreffende aandelen of winstbewijzen heeft plaatsgevonden of geacht wordt te hebben plaatsgevonden.*

In aanvulling hierop dient dan nog geregeld te worden dat de certificaathouder een recht heeft om de verschuldigde belasting te verhalen op de STAK. Aangezien er geen andere "natuurlijke" plek in de Wet IB 2001 is, waar een dergelijke bepaling in het systeem van de wet ingepast kan worden, ben ik geneigd om deze regeling op te nemen bij de bepaling die het realisatie- c.q. genietingsmoment voor de certificaathouder bepaalt. Een dergelijke bepaling zou bijvoorbeeld als volgt geformuleerd kunnen worden:

[4.] [10.] Indien de belastingplichtige [vermogensbestanddelen indirect ter beschikking stelt als bedoeld in artikel 3.91 of artikel 3.92] [tot zijn aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen houdt] via een administratiekantoor als bedoeld in het [tweede] [derde] [negende] lid en de belastingplichtige [resultaat uit overige werkzaamheden realiseert met de desbetreffende vermogensbestanddelen] [reguliere voordelen][vervreemdingsvoordelen] geniet in verband met deze aandelen of winstbewijzen], dan heeft de belastingplichtige verhaal op het administratiekantoor voor het bedrag van

1508 Aangezien reguliere voordelen geen nettobegrip is, maar de kosten apart op grond van artikel 4.44 Wet IB 2001 als aftrekbaar worden aangemerkt, dient bij de reguliere voordelen ook met kosten rekening gehouden te worden. Bij vervreemdingsvoordelen en resultaat uit overige werkzaamheden is dit niet noodzakelijk, omdat in die gevallen bij het bepalen van de omvang van de vervreemdingswinst c.q. het resultaat reeds rekening is gehouden met kosten.

*de in verband met [dit resultaat uit overige werkzaamheden] [deze reguliere voordelen] [deze vervreemdingsvoordelen] verschuldigde inkomstenbelasting, voor zover deze belasting is voldaan. Het verhaalsrecht ontstaat niet ter zake van bij de belastingplichtige in de heffing betrokken [resultaat uit overige werkzaamheden] [reguliere voordelen] [vervreemdingsvoordelen] voor zover het administratiekantoor van [dit resultaat] [deze voordelen] een bedrag ter grootte van ten minste de ter zake van [dit resultaat] [deze voordelen] verschuldigde belasting heeft uitgekeerd aan de belastingplichtige in het jaar waarop deze belastingheffing betrekking heeft. [*Eventuele toevoeging: *Het administratiekantoor kan de met dit verhaalsrecht corresponderende verplichting naar keuze voldoen uit de desbetreffende [vermogensbestanddelen] [aandelen of winstbewijzen], dan wel [het hieruit voortvloeiende resultaat] [de hieruit voortvloeiende [reguliere voordelen] [vervreemdingsvoordelen]], tenzij anders tussen de belastingplichtige en het administratiekantoor overeengekomen.]*[1509]

Het voorgaande is bewust ruim geformuleerd, omdat anders een ander knelpunt ontstaat: de voorgestelde aanvullende leden die een realisatie- of genietingsmoment of een vervreemding van aanmerkelijk belang forceren zijn geformuleerd als een voor zover-bepaling. Slechts voor zover de certificaathouder niet reeds zelfstandig belaste inkomsten realiseert of geniet hebben deze bepalingen werking. Voor wat betreft het verhaalsrecht zou daarbij aangesloten worden. Dit zou evenwel ertoe kunnen leiden dat niet zozeer tussen de certificaathouder en de belastingdienst, als wel tussen de certificaathouder en het bestuur van de STAK discussie ontstaat over de grond waarop de certificaathouder inkomstenbelasting verschuldigd is: wegens een bij hemzelf opkomend resultaat c.q. voordeel of een bij de STAK opkomend resultaat of voordeel dat bij de certificaathouder belast wordt. In het eerste geval zou immers geen sprake zijn van een verhaalsrecht en in het tweede geval wel.

Het creëren van een dergelijke bron van discussie is naar mijn mening ongelukkig. Derhalve gaat mijn voorkeur er naar uit om het verhaalsrecht betrekking te laten hebben op alle inkomsten voor welke de certificaathouder als zodanig belast wordt, ongeacht op welke grond de heffing plaatsvindt. Dit waarborgt de positie van de certificaathouder het beste en dat past bij mijn bedoeling met deze regeling. Wel is in

1509 Deze laatste toevoeging is grotendeels ten overvloede, maar kan illustreren dat de STAK een bevoegdheid heeft om haar verplichting in relatie tot het verhaalsrecht zowel uit het gecertificeerde vermogen of de inkomsten daaruit te voldoen. Om partijen niet te zeer te beperken, is daaraan toegevoegd dat (uiteraard) anders overeengekomen kan worden. Volledigheidshalve merk ik op dat de formulering zoals gebezigd de STAK niet zou toestaan om de certificaathouder de belasting te vergoeden uit *ander* gecertificeerd vermogen of inkomsten daaruit. Indien bijvoorbeeld sprake is van gecertificeerde aanmerkelijkbelangaandelen en een gecertificeerde bankrekening in dezelfde STAK en er is inkomstenbelasting verschuldigd ter zake van forfaitair rendement in box 2 (zoals bedoeld in artikel 4.13 lid 1 sub a jo. 4.14 Wet IB 2001), terwijl niet daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd, dan zou de STAK niet de bankrekening kunnen aanspreken, tenzij anders wordt overeengekomen met de certificaathouder. Dit kan uiteraard slechts tot beperkingen leiden voor zover de STAK niet zelf daadwerkelijk inkomen ontvangt.

de tweede volzin een beperking aangebracht, om te voorkomen dat de certificaathouder én de inkomsten krijgt uitgekeerd door de STAK én daarnaast een verhaalsrecht krijgt. Het verhaalsrecht ontstaat derhalve niet voor zover de STAK de inkomsten heeft uitgekeerd aan de certificaathouder, althans een zodanig groot deel daarvan dat de ter zake van deze inkomsten verschuldigde belasting betaald kan worden.[1510] Daarbij heb ik om redenen van eenvoud de grens getrokken bij dooruitkering door de STAK in hetzelfde jaar. Toegegeven zij dat dit enigszins arbitrair is en niet alle samenloop uitsluit tussen uitkering en het ontstaan van het verhaalsrecht, aangezien bijvoorbeeld denkbaar is dat de inkomsten kort voor jaareinde opkomen en dooruitkeren voor jaareinde niet mogelijk blijkt. Het lijkt mij evenwel noodzakelijk om ergens een grens te trekken, waarbij vanuit het perspectief van de bescherming van de certificaathouder ook niet te veel ruimte gelaten moet worden voor uitstel van de uitkering. Aansluiten bij het moment van het verschuldigd worden van de belasting is bovendien naar mijn mening te variabel, omdat dit zich op verschillende momenten kan voordoen. Indien het inkomen begrepen wordt in een verzoek om een voorlopige aanslag, zou dit moment al kunnen liggen voor het einde van het jaar van uitkering. Praktisch gezien kan het bestuur van de STAK bovendien samenloop tussen de uitkering en het verhaalsrecht voorkomen door, indien uitkering in hetzelfde jaar niet mogelijk blijkt, maar wel gewenst is, bij de betaling aan te geven dat een deel van de betaling geen uitkering is, maar een voldoening van de uit het verhaalsrecht voortvloeiende verplichting. Uiteraard is dit slechts nodig voor zover daarover geen overeenstemming zou bestaan tussen de certificaathouder en de STAK.

Naar mijn mening kan op deze wijze voorzien worden in een regeling die (i) de thans bestaande onduidelijkheden wegneemt, (ii) rekening houdt met het heffingsbelang van de Staat, doordat geen sprake is van heffingslekken (terwijl een eventueel in de huidige situatie bestaand heffingslek wordt opgeheven) en tevens (iii) de financiële positie van de certificaathouder beschermt en daarbij ook meer bescherming biedt dan de certificaathouder op dit moment geniet. Daarmee wordt een evenwichtig resultaat bereikt.

15.3.3 Algemene toerekening aan en verhaalsrecht voor de certificaathouder

Men zou overigens aanleiding kunnen zien om een verhaalsrecht als beschreven in de vorige paragraaf voor de certificaathouder algemener op te nemen, aangezien het probleem van het financieren van de belasting zich in meer situaties kan voordoen, dan waar de onderhavige paragraaf op ziet. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in

1510 Een vraagpunt daarbij is nog hoe men de ter zake van de inkomsten verschuldigde belasting dient te berekenen indien deze inkomsten progressief belast zijn en voorts sprake is van ander inkomen in dezelfde box, oftewel in geval van resultaat uit overige werkzaamheden. Mogelijkheden zijn heffing aan de voet, tegen het gemiddelde tarief of aan de top. Mijns inziens dient uitgegaan te worden van de heffing aan de top: dit is het bedrag dat de certificaathouder meer verschuldigd is als gevolg van heffing over het gecertificeerde vermogen, dus het lijkt mij redelijk om dat dan ook als uitgangspunt te nemen bij het bepalen van de omvang van het verhaalsrecht.

een geval van certificaten van box 3-vermogen, ter zake waarvan de certificaathouder inkomstenbelasting verschuldigd is, terwijl hij nooit een uitkering ontvangt. Ook denkbaar, maar vermoedelijk aanzienlijk minder vaak voorkomend, is de situatie waarin een certificaathouder economisch eigenaar is van box 1-vermogen en ter zake daarvan belaste inkomsten realiseert, terwijl die opgepot worden door de STAK.

De voorgaande regeling dekt deze situaties niet, gezien het toegeschreven zijn op bepaalde inkomsten. Dan ligt een algemene regeling van toerekening van inkomsten aan de certificaathouder in combinatie met een verhaalsrecht voor de hand, waarmee ook alle situaties bestreken worden waarin dat verhaalsrecht niet nodig is. Het voordeel hiervan is dat één duidelijke lijn in de behandeling van certificaten wordt getrokken. Logisch is dan om ook algemeen te bepalen dat inkomsten uit gecertificeerd vermogen steeds bij de certificaathouder in aanmerking worden genomen, op het moment dat zich bij de STAK een genietingsmoment, etc., voordoet. Als toerekening aan de certificaathouder en een daarbij horend verhaalsrecht algemeen geregeld worden, in plaats van voor enkele specifieke bepalingen, dan lijkt het mij passend om in hoofdstuk 2 van de Wet IB 2001, bijvoorbeeld na artikel 2.16 Wet IB 2001. De tekst van deze bepalingen kan dan overeenkomstig de door mij in paragraaf 15.3.2 gesuggereerde bepalingen geformuleerd worden:

Genietingsmoment inkomsten in geval van certificering[1511]

Artikel 2.16a

1. Indien de belastingplichtige vermogensbestanddelen houdt via een derde die tegenover deze vermogensbestanddelen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan worden de bij belastingplichtige inkomen uit werk en woning, inkomen uit aanmerkelijk belang of inkomen uit sparen en beleggen in aanmerking genomen op het moment dat zich ten aanzien van het administratiekantoor één of meer van de volgende gebeurtenissen voordoet:

a. het realiseren van winst als bedoeld in artikel 3.25;

b. het realiseren van resultaat uit overige werkzaamheden als bedoeld in artikel 3.94;

1511 In dit verband zij erop gewezen dat artikel 2.15 Wet IB 2001, inzake de toerekening van inkomensbestanddelen en rendementsgrondslag van minderjarige kinderen aan hun ouders, ook betrekking heeft op de geheven dividendbelasting. In geval van certificering is het niet noodzakelijk om in het laatste te voorzien, aangezien 1 lid 1 Wet DB de certificaathouder reeds aanmerkt als opbrengstgerechtigde tot het dividend en daarmee degene ten laste van wie de dividendbelasting wordt ingehouden.

c. het genieten van inkomen in de zin van artikel 3.146;

d. het vervreemden van tot een aanmerkelijk belang behorende rechten als bedoeld in artikel 4.43;

e. het genieten van reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 4.46; of

f. het genieten van belastbaar inkomen uit sparen en beleggen als bedoeld in artikel 5.1.

De omvang van het in aanmerking te nemen belastbare inkomen wordt bepaald alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende op de in de eerste volzin genoemde vermogensbestanddelen is, op het moment dat de in deze volzin bedoelde gebeurtenissen zich voordoen.[1512]

2. Voor zover bij de belastingplichtige belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen wordt op grond van het eerste lid, terwijl het administratiekantoor in verband met dit inkomen kosten heeft gemaakt welke aftrekbaar zijn in de zin van artikel 4.44, dan worden deze kosten eveneens bij de belastingplichtige als aftrekbare kosten in aanmerking genomen.[1513]

3. Bij het bepalen van het bij de belastingplichtige op grond van het eerste lid in aanmerking te nemen belastbare inkomen uit sparen en beleggen worden de vrijstellingen van de artikelen 5.7, 5.8, 5.10 en 5.12 toegepast alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende is van de vermogensbestanddelen waar de desbetreffende vrijstelling betrekking

---

1512 Deze volzin stelt buiten twijfel dat het belastbare inkomen bepaald moet worden, alsof geen sprake is van certificering. De eerste volzin bepaalt immers wel het genietingsmoment, maar laat nog in het midden of dan ook het inkomen belast wordt zoals de STAK dat geniet (of realiseert), of dat nog rekening gehouden moet worden met een waardedrukkend effect van de certificering. Een logisch complement van het aansluiten bij het genietingsmoment van de STAK is mijns inziens om ook voor het bepalen van de omvang van het belastbare inkomen de positie van de STAK tot uitgangspunt te nemen. Dit volgt echter nog niet noodzakelijkerwijs uit de eerste volzin, zodat het mij goed lijkt om dit te expliciteren.
Het effect van deze benadering uit zich bij vermogenswinsten, maar ook bij het forfaitair rendement in box 2 en box 3. Dat kan betekenen dat de belastingplichtige (iets) meer belasting betaalt. Ik ga verderop in deze paragraaf nader op dit punt in.

1513 Voor andere vormen van belastbaar inkomen is het niet noodzakelijk om een vergelijkbare regeling te treffen. Bij box 3 speelt kostenaftrek überhaupt niet en in geval van inkomen uit werk en woning zit de negatieve component (voor zover daar rekening mee gehouden wordt) reeds begrepen in het belastbare inkomen zelf, zodat separate aftrek van kosten ook niet aan de orde is. Een uitzondering zijn de aftrekbare kosten voor inkomensvoorzieningen, maar in dat verband lijkt certificering mij geen rol te kunnen spelen.

op heeft en in verband waarmee inkomen uit sparen en beleggen bij de belastingplichtige in aanmerking genomen wordt.[1514]

4. *Indien bij de belastingplichtige belastbaar inkomen in aanmerking genomen wordt op grond van het eerste lid, dan heeft de belastingplichtige verhaal op het administratiekantoor voor het bedrag van de in verband met dit belastbare inkomen verschuldigde inkomstenbelasting, voor zover deze belasting is voldaan.*[1515] *Het verhaalsrecht ontstaat niet ter zake van het bij de belastingplichtige in de heffing betrokken belastbare inkomen voor zover het administratiekantoor van dit belastbare inkomen een bedrag ter grootte van ten minste de ter zake van dit belastbare inkomen verschuldigde belasting heeft uitgekeerd aan de belastingplichtige in het jaar waarop deze belastingheffing betrekking heeft. [Eventuele toevoeging: Het administratiekantoor kan de met dit verhaalsrecht corresponderende verplichting naar keuze voldoen uit de desbetreffende vermogensbestanddelen, dan wel het hieruit voortvloeiende belastbare inkomen, tenzij anders tussen de belastingplichtige en het administratiekantoor overeengekomen.]*

Ik kies hier voor een alles omvattende regeling, die ook de situaties dekt waarin mijns inzien geen regeling nodig is, omdat de certificaathouder de economische eigendom van het gecertificeerde vermogen heeft of omdat reeds uit de wet volgt dat belastingheffing bij de certificaathouder plaatsvindt in het jaar waarin de STAK de inkomsten in kwestie ontvangt.

In dit verband zij gewezen op de afwijkende systematiek bij box 3 (en het forfaitair rendement bij laagbelaste beleggingsvennootschappen in box 2), als gevolg van de forfaitaire heffing en het aanknopen daarvan bij 1 januari van ieder jaar als peildatum. Dit betreft één van de situaties waarin de certificaathouder als gevolg van de wet in hetzelfde jaar in de heffing betrokken zou worden, als wanneer hij dezelfde (forfaitaire) inkomsten direct genoten zou hebben uit rechtstreeks door hem gehouden goederen.

1514 Dit lid dient om zeker te stellen dat de belastingplichtige niet alleen het belastbare inkomen toegerekend krijgt, maar dat hij dan ook de ter zake geldende vrijstelling kan toepassen. Dit impliceert een verruiming van het tot dusver door de staatssecretaris voorgestane beleid, aangezien hij de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap van artikel 5.8 Wet IB 2001 bijvoorbeeld niet van toepassing acht (zie paragraaf 13.4.3.1). Toepassing van deze vrijstelling lijkt mij evenwel niet onredelijk, zeker niet indien bij de certificaathouder box 3-vermogen naar de volle waarde, dus in voorkomend geval zonder rekening te houden met een waardedrukkend effect van de certificering, in aanmerking genomen wordt. Dit laatste is althans het gevolg van de voorgestelde regeling zoals door mij geformuleerd, zie hiervoor paragraaf 15.4.

1515 Omdat wordt aangeknoopt bij het bedrag aan betaalde belasting, hoeft in deze bepaling niet voorzien te worden in een bepaling die rekening houdt met aftrekbare kosten ter zake van reguliere voordelen. Voor zover deze kosten in aanmerking zijn genomen, verminderen zij het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang en daarmee de te betalen belasting, zodat deze component automatisch wordt meegenomen bij de bepaling van de omvang van het verhaalsrecht.

De certificering kan in dit geval hoogstens van invloed zijn op de waardering, althans indien de certificaathouder geen economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is.[1516] Deze afwijking in de systematiek noopt naar mijn mening evenwel niet tot een wezenlijk andere formulering. Wel kan gezegd worden dat dit deel van de bepaling in feite een dode letter is, aangezien de belastingplichtige hoe dan ook in de heffing betrokken zou zijn ter zake van inkomen uit sparen en beleggen. Dat de regeling in bepaalde mate overbodig is, althans voor wat betreft het in aanmerking nemen van belastbaar inkomen, is mijns inziens echter te rechtvaardigen vanuit de gedachte dat één algemene regeling voor certificering wordt getroffen. Daarnaast kan zo voor iedere vorm van belastbaar inkomen dezelfde aansluiting gemaakt worden met het verhaalsrecht, dat wél van betekenis is, ook al vindt belastingheffing bij de certificaathouder ook al zonder toerekening van belastbaar inkomen plaats. Het verhaalsrecht biedt hem in dat geval bescherming tegen financieel nadeel, in geval de STAK geen inkomsten dooruitkeert.

Een aandachtspunt in dit verband is wel dat, indien men aansluit bij het inkomen zoals genoten door de STAK, een eventueel waardedrukkend effect vervalt. Het voorgaande tekstvoorstel is zo geformuleerd dat het inkomen van de STAK per definitie (dat wil zeggen ongeacht of de certificaathouder economisch eigenaar is) bepalend is voor het belastbare inkomen van de certificaathouder, met andere woorden dat gekeken wordt naar het gecertificeerde vermogen en niet naar het certificaat. Dit "voordeel" van certificaten die geen economische eigendom verschaffen vervalt.

Het voorgaande speelt in geval van de volgende soorten belastbaar inkomen:

- Vermogenswinsten in het algemeen, aangezien de waarde in het economische verkeer bepalend is voor de omvang van deze winst. Bij inkomen dat de vorm heeft van inkomsten, zoals bijvoorbeeld dividenden, speelt dit punt gezien de aard (van bepaling) van die inkomsten uiteraard niet. Het verschil in waarde tussen certificaten en gecertificeerd vermogen is relevant in geval van vermogenswinsten op aanmerkelijkbelangaandelen en ter zake van ter beschikking gesteld vermogen, indien de certificaathouder geen economisch eigenaar is.[1517]

- Dit ligt anders bij het forfaitaire rendement in box 2 en box 3, omdat daar de waarde in het economische verkeer de basis van de heffing vormt.

1516 Zie nader paragraaf 13.4.3.2.

1517 Ook andere vormen van (niet forfaitair bepaald) belastbare inkomen in box 1 kunnen gebaseerd zijn op vermogenswinsten. Dergelijke vormen van inkomen kan de certificaathouder mijns inziens echter slechts realiseren, indien hij de economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is (zie paragraaf 13.4.2.4) en in dat geval doet het verschil in waarde zich niet voor.

De hogere waardering bij de certificaathouder en de daarmee samenhangende hogere verschuldigde belasting kan een reden zijn om deze vormen van inkomen toch uit te zonderen van de toerekeningsregel, maar niet van het verhaalsrecht. Met name voor forfaitair rendement zou een uitzondering denkbaar zijn, omdat de systematiek van de Wet IB 2001 op dit punt toch al afwijkt van de algemene wijze van bepaling van belastbaar inkomen. Bij vermogenswinsten ter zake van aanmerkelijkbelangaandelen of ter beschikking gesteld vermogen is het (thans) bovendien niet zozeer de omvang van de vermogenswinst die ter discussie staat als wel het moment waarop deze winst in aanmerking genomen wordt en hoe de heffing in de tussentijd verloopt.[1518] Zodra onder de huidige regeling de STAK de vermogenswinst dooruitkeert, wordt deze in beginsel alsnog in haar volle omvang belast.[1519]

De systematiek wordt echter minder eenvoudig van een dergelijke uitzondering. In feite werkt de regeling zo zelfs vereenvoudigend uit: discussies met de belastingdienst over het waardedrukkend effect van certificering behoren daarmee tot het verleden, hetgeen men als een voordeel zou kunnen zien. De vraag is ook hoe groot het verschil is in de in aanmerking te nemen waarde. Bij box 3 is dit verschil mogelijk beperkt, omdat het bij box 3-vermogen in veel gevallen zal gaan om vermogensbestanddelen die in het vermogen van de belastingplichtige een belegging vormen. Beperkende voorwaarden, zoals het ontbreken van zeggenschap, zijn dan van minder grote invloed op de waardering van het vermogensbestanddeel als zodanig, zodat de waarde in het economische verkeer hiervan relatief dicht bij de waarde in het economische verkeer van het certificaat zal liggen, zoals beschreven in paragraaf 13.4.3.2. Dit ligt evenwel anders bij het forfaitair rendement in box 2, afhankelijk van de omvang van het aandelenpakket. Naarmate het aandelenpakker groter is, neemt de invloed van zeggenschap op de waarde hiervan toe, zeker indien sprake is van een meerderheidspakket aandelen.[1520] In dit geval zal zich een groter verschil in waarde tussen de certificaten en de gecertificeerde aandelen voordoen.

De afweging is mijns inziens derhalve tussen enerzijds een eenvoudiger en naar mijn mening consistenter systeem en anderzijds het voorkomen van een wijze van bepalen van het belastbare inkomen, dat mogelijk tot een (enigszins) hogere belastingheffing voor de certificaathouder kan leiden. Daarbij zij aangetekend dat uiteraard géén sprake is van een hogere belastingheffing ten opzichte van de situatie waarin de certificering geheel niet had plaatsgevonden. In dat geval zou de omvang van een eventuele vermogenswinst ook zijn gebaseerd op de waarde in het economische verkeer van de aandelen c.q. het ter beschikking gestelde vermogen.

1518 Zie hiervoor paragrafen 15.3.1 en 15.3.2 en in meer detail paragraaf 13.4.1.5.1.

1519 Afhankelijk van welke benadering uiteindelijk toegepast zou blijken te moeten worden. Het lijkt mij evenwel niet voor de hand liggend dat de Hoge Raad zou kiezen voor een benadering waarbij de vermogenswinst als zodanig geheel niet belast wordt.

1520 Zie paragraaf 13.2.2.2.

Dit laatste vind ik een belangrijk argument om de eenvoud van het systeem in dit geval zwaarder te laten wegen. Mijn beoordeling of sprake is van een knelpunt, gaat uit van de vraag of de insteller, dan wel diens rechtsopvolgers, door het gebruik van een beschermingsconstructie in een slechtere positie zouden komen, zonder dat er voor deze slechtere positie een rechtvaardiging bestaat. Primair uit deze slechtere positie zich in de omvang van de te betalen belasting, maar onzekerheid over de wijze waarop belasting geheven wordt/hoeveel verschuldigd is en de complexiteit van het systeem kunnen naar mijn mening ook knelpunten zijn.

De door mij voorgestane benadering lost voor de certificaathouder het knelpunt van onduidelijkheid op. Daarbij streef ik naar een zo eenvoudig mogelijk systeem, hetgeen het beperken van uitzonderingen impliceert. Voorts brengt mijn systematiek een aanvullende bescherming voor de certificaathouder op een ander vlak met zich, in de vorm van het verhaalsrecht op de STAK. Daar staat tegenover dat zich weliswaar onder omstandigheden een (iets) hogere heffing kan voordoen bij de certificaathouder, maar in vergelijking met het niet toepassen van de certificering is dat niet het geval. Er wordt door mijn benadering derhalve geen nieuw knelpunt geïntroduceerd. Ik kies daarom voor de benadering waarbij voor de bepaling van het belastbare inkomen niet alleen wordt aangesloten bij het genietingsmoment van de STAK, maar ook bij de omvang van de door haar genoten inkomsten.

De omstandigheid dat voor het genietingsmoment van de certificaathouder wordt aangesloten bij dat van de STAK, betekent overigens nog niet dat de certificaathouder in geen geval zelfstandig, dat wil zeggen zonder dat de STAK een genietingsmoment heeft, belastbaar inkomen kan genieten. Dit doet zich voor indien de certificaathouder zijn certificaten vervreemdt en dat als zodanig een belastbaar feit vormt, te weten bij certificaten van aanmerkelijkbelangaandelen en certificaten van box 1-vermogen. De STAK heeft op dat moment geen inkomsten; op het moment dat dit gebeurt, zullen deze in aanmerking genomen worden bij de nieuwe certificaathouder. In deze situatie kan sprake zijn van een verschil in de waarde in het economische verkeer tussen de certificaten en het gecertificeerde vermogen in geval aanmerkelijkbelangaandelen of ter beschikking gesteld vermogen gecertificeerd is en de certificaathouder hiervan geen economisch eigenaar is. Ik zie geen reden om in dit geval geen rekening te houden met een dergelijk waardeverschil; bij verkoop komt dit ook tot uitdrukking in de daadwerkelijk gerealiseerde verkoopwinst, aangezien de koper slechts bereid zal zijn om de lagere waarde van de certificaten te betalen. Een overdrachtsprijs ontbreekt uiteraard in geval van schenking of vererving van de aandelen. Aangezien het (fictief) overgedragen vermogensbestanddeel nog steeds het certificaat betreft, is dat ook in dit geval hetgeen waarvan de waarde in het economische verkeer bepaald dient te worden, als fictieve overdrachtsprijs.

Ter afsluiting merk ik op dat ik mij realiseer dat de invoering van een dergelijke regeling

een fundamentele keuze van de wetgever impliceert. Hiermee wordt certificering, die civielrechtelijk niet geregeld is, ingebed in het fiscale systeem. Ook in dit geval bestaan daartegen naar mijn mening geen fundamentele bezwaren, mede aangezien de situatie, dat in de fiscale wetgeving een regeling is getroffen voor een civielrechtelijke figuur, niet onbekend is. Zo is het APV, althans de meeste vormen waarin dit zich voordoet,[1521] niet in de Nederlandse wet geregeld. Desalniettemin is in artikel 2.14a Wet IB 2001 een regeling getroffen voor de fiscale behandeling van APV's. Een verschil met de regeling voor certificering die ik voorstel is dat de APV-regeling een anti-misbruikregeling is, terwijl de regeling voor certificering bedoeld is om de certificaathouder te faciliteren door het scheppen van duidelijkheid over de fiscale behandeling. Dit verschil lijkt mij evenwel niet zodanig essentieel dat dit er aan in de weg zou moeten staan om een regeling te treffen voor certificering, waar dit voor APV's wel mogelijk is geacht. De wens om een bepaalde rechtsfiguur fiscaal in goede banen te leiden, ook al is deze civielrechtelijk niet geregeld, lijkt mij in het algemeen reden voor het treffen van een regeling. Met de steeds verder voortschrijdende internationalisering is de kans dat ons civiele recht een bepaalde figuur niet kent, maar dat toch de behoefte bestaat om de fiscale behandeling daarvan te regelen, steeds groter. De omstandigheid dat een rechtsfiguur wel voortgekomen is uit het Nederlandse recht, zoals certificering, is voor mij geen reden om daar een andere benadering te kiezen.

15.3.4 APV en verhaalsrecht

In het verlengde van de hiervoor voorgestelde regeling inzake het genietingsmoment van belastbaar inkomen bij de certificaathouder en een verhaalsrecht voor de certificaathouder, kan men zich de vraag stellen of een dergelijk verhaalsrecht niet in bredere context meerwaarde kan hebben, meer in het bijzonder in relatie tot APV's. Bij een APV kan zich gemakkelijk de situatie voordoen dat aan iemand vermogen wordt toegerekend en dat hij ter zake hiervan inkomstenbelasting (of schenk- en erfbelasting[1522]) verschuldigd is, maar geen uitkeringen ontvangt om deze belasting van te betalen.[1523] De positie van de begunstigde bij een APV is bovendien aanmerkelijk zwakker dan die van een certificaathouder, aangezien de certificaathouder via zijn certificaten een (al dan niet volledig) economisch belang bij het gecertificeerde vermogen heeft, terwijl de begunstigde van een (discretionair) APV niet meer heeft dan een blote verwachting.

Een dergelijk verhaalsrecht past in zoverre minder goed bij de APV-regeling dan bij de voorgestelde regeling voor certificering, dat de APV-regeling een anti-misbruikkarakter

1521 Denkbaar is dat een Nederlandse stichting kan fungeren als een APV, zie paragraaf 8.2.2. De stichting als familiestichting, vergelijkbaar met bijvoorbeeld de Curaçaose SPF, kent het Nederlandse recht evenwel niet. Daarnaast is de Anglo-Amerikaanse trust, die een van de voornaamste figuren is waarvoor de APV-regeling is ingevoerd, geheel wezensvreemd aan het Nederlandse rechtssysteem.
1522 Zie nader paragraaf 15.3.5.
1523 Zie voor een voorbeeld van hoe dit ten nadele van de begunstigde kan worden gebruikt De Leeuw, FED 2012.

heeft, terwijl de certificeringsregeling bedoeld is om de certificaathouder te faciliteren door hem duidelijkheid te verschaffen. Daar valt echter tegenin te brengen dat de wetgever met de APV-regeling de basis heeft gelegd voor het ontstaan van financiële problemen bij degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend en dat het hem dan ook zou sieren om tevens een regeling te treffen die aan dit bezwaar tegemoet komt. Ik zou deze potentiële financiële problemen als gevolg van de toerekening van APV-vermogen dan ook willen zien als een knelpunt, dat veroorzaakt wordt door een leemte in de APV-regeling[1524]. Voor de APV-regeling zou het verhaalsrecht bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen in lid 8 van artikel 2.14a (onder vernummering van de delegatiebepaling van het huidige achtste lid tot lid 9) en als volgt kunnen luiden:

> 8. *Een persoon aan wie de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend als bedoeld in het eerste lid heeft een verhaalsrecht op het afgezonderde particuliere vermogen, althans op de persoon die juridisch eigenaar is van de bezittingen van het afgezonderde particuliere vermogen, voor een bedrag ter grootte van de door de eerstgenoemde persoon ter zake van aan hem toegerekende bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven, van het desbetreffende afgezonderde particuliere vermogen verschuldigde inkomstenbelasting voor zover deze is voldaan. Indien sprake is van een verhaalsrecht op de persoon, die juridisch eigenaar is van de bezittingen van het afgezonderde particuliere vermogen, betreft het recht op verhaal slechts deze bezittingen en is het verhaal gemaximeerd tot het bedrag waarmee de waarde van deze bezittingen de omvang van de schulden van het afgezonderde particuliere vermogen overtreft.[1525] Indien het APV-vermogen wordt toegerekend aan meerdere personen, betreft het verhaalsrecht slechts het evenredige gedeelte van het saldo van de bezittingen en schulden van het afgezonderde particuliere*

1524 Categorie 3(a), zoals gedefinieerd in hoofdstuk 2.

1525 Indien sprake is van een APV zonder rechtspersoonlijkheid, zoals een trust, berust de juridische eigendom van het APV-vermogen bij een ander, bijvoorbeeld de trustee. Het verhaalsrecht moet dan jegens deze persoon ontstaan, maar uiteraard slechts voor zover sprake is van APV-vermogen en ook niet voor een groter bedrag dan het saldo van de schulden en de bezittingen van het APV. Het is natuurlijk niet de bedoeling dat het privévermogen van deze persoon getroffen zou kunnen worden door het verhaalsrecht. In theorie kan dit punt ook spelen bij een STAK en deze bepaling zou derhalve ook in de context van certificering overwogen kunnen worden, maar aangezien een STAK veelal slechts als zodanig fungeert en dus geen privévermogen heeft, zal het probleem van een te ruim verhaalsrecht zich naar verwachting in die context niet voordoen. Ook ligt bij een STAK niet voor de hand dat sprake is van belastingheffing zonder daadwerkelijke inkomsten of winsten. Een uitzondering is het forfaitaire rendement van box 2 en box 3, maar dat impliceert dat goederen met een zekere waarde aanwezig zijn. Bij een APV kan zich echter ook buiten het forfaitaire rendement heffing voordoen, bijvoorbeeld als wordt toegerekend aan meerdere personen en één van hen wordt geacht aanmerkelijkbelangaandelen die aan hem worden toegerekend te vervreemden, terwijl die aandelen worden uitgekeerd aan een ander (zie paragraaf 14.3.3.2). Dat de belasting daadwerkelijk hoger zal zijn dan het aanwezig vermogen is wellicht niet heel waarschijnlijk, maar op deze wijze is in elk geval het privévermogen van de juridische eigenaar van het vermogen gewaarborgd.

> *vermogen dat overeenstemt met het gedeelte van deze bezittingen en schulden dat aan de belastingplichtige wordt toegerekend.*[1526] *Het verhaalsrecht ontstaat niet voor zover door of namens het afgezonderde particuliere vermogen een bedrag ter grootte van ten minste de door de belastingplichtige, ter zake van aan hem toegerekende bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven van het desbetreffende afgezonderde particuliere vermogen, verschuldigde belasting is uitgekeerd aan de belastingplichtige in het jaar waarop deze belastingheffing betrekking heeft. [*Eventuele toevoeging: *Door of namens het afgezonderde particuliere vermogen kan de met dit verhaalsrecht corresponderende verplichting naar keuze worden voldaan uit de aan de belastingplichtige toegerekende vermogensbestanddelen, dan wel het hieruit voortvloeiende belastbare inkomen, tenzij anders tussen de belastingplichtige en het afgezonderde particuliere vermogen overeengekomen.]*[1527]

Een kanttekening is in hoeverre het verhaalsrecht in de praktijk door de begunstigde te effectueren zal blijken te zijn. Op dit punt heeft de certificaathouder van een STAK een voordeel, omdat zijn schuldenaar zich in beginsel in Nederland bevindt, hetgeen het in rechte afdwingen van het verhaalsrecht eenvoudiger maakt. In geval van een zich in het buitenland bevindend APV is dit wellicht minder eenvoudig. De omstandigheid dat het verhaalsrecht voor sommige begunstigden geen effectief soelaas biedt, lijkt mij evenwel geen reden om af te zien van het treffen van een regeling voor hun bescherming. Tot het moment dat daarvan sprake is, lijkt mij echter aan te bevelen dat de inbrenger hier zelf in voorziet, hoewel dit ook niet volledig zonder fiscale haken

---

1526 Deze bepaling is gericht op de situatie waarin wel belastingheffing plaatsvindt bij de begunstigde, maar geen sprake is van een realisatie door het APV (zie ook de noot hiervoor). Hoewel het wellicht niet snel zal voorkomen dat de verschuldigde belasting het saldo van de aan de begunstigde in kwestie toegerekende bezittingen en schulden overstijgt, beoogt de bepaling te voorkomen dat het APV gehouden zou zijn om de verplichting uit het verhaalsrecht te voldoen uit vermogen dat wordt toegerekend aan een andere begunstigde, met als eventueel gevolg dat een verplichting uit het verhaalsrecht jegens die begunstigde niet (volledig) nagekomen zou kunnen worden.
Bij een STAK speelt dit aspect minder, aangezien daar in beginsel slechts belastingheffing plaatsvindt op het moment dat ook daadwerkelijk sprake is van inkomsten of een vervreemdingswinst. Een uitzondering is de forfaitaire heffing van box 2 en box 3, maar omdat heffing dan gebaseerd is op de waarde in het economische verkeer van het desbetreffende vermogen kan de belasting de waarde van dit vermogen niet overschrijden.

1527 Evenals bij certificering is deze toevoeging grotendeels ten overvloede. Logischerwijs zal de verplichting die met het verhaalsrecht correspondeert voldaan worden uit het APV-vermogen of de inkomsten daaruit. De toevoeging heeft mijns inziens echter het volgende praktische voordeel: net als bij certificering heb ik in dit voorstel opgenomen dat uitkeringen het verhaalsrecht slechts verminderen voor zover sprake is van uitkering in het jaar waar de heffing op ziet, dit om de begunstigde te beschermen. Uitkering in hetzelfde jaar zal evenwel niet altijd mogelijk zijn, bijvoorbeeld omdat de te belasten inkomsten zeer kort op jaareinde pas genoten worden. Deze toevoeging geeft (de beheerder van) het APV de mogelijkheid om na jaareinde een uitkering te doen en deze aan te merken als voldoening van de verplichting uit hoofde van het verhaalsrecht, in plaats van een (niet op het verhaalsrecht in mindering komende) uitkering. Daardoor wordt voorkomen dat de begunstigde naast het ontvangen van zijn uitkering ook nog een beroep doet op het verhaalsrecht.

en ogen is. Het verhaalsrecht is in zoverre niet de enig denkbare oplossing voor dit probleem. In paragraaf 15.8 zet ik een aantal denkbare benaderingen naast elkaar.

Voor de volledigheid merk ik ten slotte op dat een vergelijkbare regeling in geval van bewind niet noodzakelijk is. De zorg als een goed bewindvoerder brengt mijns inziens met zich dat de bewindvoerder er zorg voor draagt dat de belastingschulden van de rechthebbende, althans voor zover deze betrekking hebben op het onder bewind gestelde vermogen, voldaan worden. Daarnaast is de rechthebbende in dit geval juridisch eigenaar van de desbetreffende goederen. Weliswaar is hij in hoge mate beperkt in zijn mogelijkheden om hierover te beschikken, maar wellicht kan betoogd worden dat het betalen van belastingschulden in verband met deze goederen valt binnen het bereik van het verrichten van handelingen die geen uitstel kunnen lijden,[1528] indien de bewindvoerder op dit punt nalatig is.

15.3.5 Verhaalsrecht bij schenk- en erfbelasting

Hiervoor is gesproken over een verhaalsrecht voor de certificaathouder en de begunstigde van een APV in verband met door hen verschuldigde inkomstenbelasting. Ter zake van de verkrijging van certificaten, of de fictieve verkrijging van APV-vermogen op grond van artikel 16 SW of artikel 17 SW, kan echter ook schenk- of erfbelasting verschuldigd zijn. Men kan zich afvragen of een verhaalsrecht jegens de STAK c.q. het APV voor die situatie meerwaarde kan hebben. Voor bewind geldt dit overigens mijns inziens in elk geval niet, gelijk dat voor de inkomstenbelasting niet het geval is: de zorg als een goed bewindvoerder brengt in mijn ogen met zich dat de bewindvoerder zorgdraagt voor de voldoening van de schenk- of erfbelasting. Daarnaast neem ik aan dat sprake is van schulden in verband met de onder bewind gestelde goederen, zodat verhaal door de ontvanger hierop mogelijk is.[1529]

De positie van de certificaathouder en de begunstigde van een APV is anders, en ook onderling verschillend. In het geval van de certificaathouder, kan slechts schenk- of erfbelasting verschuldigd zijn ter zake van de verkrijging van de certificaten. Daarna is hij de rechthebbende op de certificaten en uitkeringen daarop zijn dan uiteraard geen belastbaar feit voor de Successiewet. In zekere zin kan men de positie van de certificaathouder vergelijken met die van een bloot eigenaar of van een kind dat uit hoofde van de wettelijke verdeling een niet-opeisbare vordering op zijn langstlevende ouder verkrijgt: men verkrijgt een te belasten waarde, die echter (nog) niet verzilverd kan worden en aldus aangewend voor het voldoen van de verschuldigde belasting. Voor de genoemde situaties is overigens voorzien in een oplossing: bij de wettelijke verdeling is de langstlevende echtgenoot gezien artikel 4:13 lid BW gehouden om

1528 Artikel 4:166 BW.
1529 Vergelijk artikel 4:175 lid 1 sub b BW.

de erfbelastingschuld van het kind te voldoen[1530] en in geval van de bloot eigenaar is dit geregeld in artikel 78 lid 1 SW. Het voorzien in een verhaalsrecht voor de certificaathouder past in dat patroon.

Een zekere nuancering is echter op zijn plaats. In het geval van inkomstenbelasting gaat de belastingheffing, los van forfaitaire heffing, gepaard met de realisatie van inkomsten bij de STAK. Dat betekent dat de STAK in beginsel beschikt over middelen om de verschuldigde belasting uit te voldoen, zonder dat de instandhouding van het gecertificeerde vermogen in gevaar komt. Zeker indien certificering heeft plaatsgevonden met oog op deze instandhouding, zoals bij certificering van een kunstcollectie of een landgoed het geval kan zijn, in tegenstelling tot het primair onthouden van zeggenschap aan de certificaathouder, kan het doel van de STAK in gevaar komen indien de middelen voor het betalen van belasting uit de STAK moeten komen en die geen ander vermogen bezit. Dit kan een argument zijn om af te zien van een verhaalsrecht in verband met de schenk- en erfbelasting. Daar valt tegen in te brengen dat de insteller er dan maar in moet voorzien, dat de STAK beschikt over voldoende middelen, althans dat de verkrijger daar anderszins de beschikking over krijgt. De bescherming van de certificaathouder weegt mijns inziens uiteindelijk zwaarder: hij verkrijgt de certificaten zoals ze zijn, met slechts de keuze tussen wel of niet aanvaarden en verdient daarmee meer bescherming dan het doel van de certificering, waarvoor de insteller bij het in het leven roepen van de certificering in de benodigde waarborgen kan voorzien.

Een verhaalsrecht voor de certificaathouder zou kunnen worden toegevoegd aan artikel 78 SW en als volgt kunnen luiden:

> *Indien vermogen is overgedragen ten titel van beheer aan een administratiekantoor, dat tegenover dit vermogen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven, dan is de verkrijger krachtens schenking of erfrecht bevoegd om, voor zover deze verkrijger schenkbelasting of erfbelasting is verschuldigd ter zake van de verkrijging van certificaten, te vorderen dat deze schenkbelasting respectievelijk erfbelasting door het administratiekantoor betaald wordt uit het gecertificeerde vermogen. De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin ontstaat niet, voor zover het administratiekantoor een uitkering aan de verkrijger heeft gedaan, teneinde hem in staat te stellen om de schenkbelasting respectievelijk erfbelasting als bedoeld in de eerste volzin te voldoen. [*Eventuele toevoeging: *De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin ontstaat niet, voor zover sprake is van een*

1530 Artikel 4:13 lid 2 BW bepaalt dat de voldoening van de schulden van de nalatenschap in geval van toepassing van de wettelijke verdeling voor rekening van de langstlevende echtgenoot komt. Op grond van artikel 4:7 lid 1 sub e BW zijn de erfbelastingschulden van de kinderen schulden van de nalatenschap, althans voor wat betreft hun verkrijging als erfgenaam (vergelijk Asser/Perrick 4, 2017/474).

samenhangende verkrijging krachtens schenking van dezelfde schenker van ander vermogen dan de certificaten, dan wel van een erfrechtelijke verkrijging van de verkrijger van dezelfde erflater, krachtens een door de erflater opgesteld testament of als erfgenaam bij versterf van de erflater, na aftrek van de ter zake van deze verkrijging verschuldigde schenkbelasting respectievelijk erfbelasting.][1531]

Bij de begunstigde van het APV grijpt de heffing niet geheel op dezelfde momenten aan als bij de certificaathouder. Erfbelasting is in dit geval verschuldigd indien als gevolg van het overlijden van de inbrenger de toerekening van APV-vermogen voor de inkomstenbelasting vanaf dat moment overgaan op de begunstigde als erfgenaam van de inbrenger. Daarnaast kan schenkbelasting verschuldigd zijn, indien de begunstigde een uitkering uit het APV krijgt en voor zover het uitgekeerde vermogen niet aan hem werd toegerekend. In geval van een uitkering beschikt de begunstigde evenwel over financiële middelen, zodat er mijns inziens minder aanleiding is om hem een verhaalsrecht jegens het APV te geven. Dit ligt echter anders bij de fictieve verkrijging krachtens erfrecht, omdat deze in beginsel niet gepaard gaat met een daadwerkelijke verkrijging door de begunstigde. Een verhaalsrecht jegens het APV lijkt mij in dat geval wel op zijn plaats; bij een groot APV-vermogen en een relatief weinig vermogende begunstigde zou de begunstigde zelfs in financiële problemen kunnen komen indien hij niet voorzien wordt van de middelen om de erfbelasting te betalen.[1532]

Een dergelijk verhaalsrecht zou kunnen worden opgenomen in artikel 78 SW en bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

Indien sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht als bedoeld in artikel 16, eerste lid, of van een verkrijging krachtens schenking als bedoeld in artikel 17, eerste lid,[1533] *is de verkrijger bevoegd van het administratiekantoor te vorderen dat de verschuldigde erfbelasting respectievelijk schenkbelasting betaald wordt uit de bezittingen van het afgezonderde particuliere vermogen, waar de desbetreffende verkrijging krachtens erfrecht of schenking betrekking op heeft.*

1531 Een mogelijkheid is om de mogelijkheid tot het vorderen van betaling uit het gecertificeerde vermogen niet te laten ontstaan voor zover de certificaathouder op hetzelfde moment ander vermogen verkrijgt, waarmee hij de verschuldigde belasting kan voldoen. Een gedachte is nog om die verkrijging slechts te laten meetellen, voor zover die expliciet bedoeld is om de erfbelasting over de fictieve verkrijging te betalen, maar dat maakt de regeling naar mijn mening (i) te ingewikkeld en (ii) te vatbaar voor manipulatie. De daadwerkelijke erfrechtelijke verkrijging moet nu uiteraard netto in aanmerking genomen worden waarbij de aftrek van belasting in dit geval logischerwijs geschiedt aan de voet van het tarief.

1532 Dit geldt overigens niet, althans in mindere mate indien sprake is van een fictieve verkrijging op grond van artikel 16 lid 2 SW, aangezien de begunstigde dan een afdwingbare aanspraak krijgt. Wel is denkbaar dat de opeisbaarheid daarvan is uitgesteld, Om redenen van eenvoud kies ik er evenwel voor om voor die situatie niet in een verhaalsrecht te voorzien; het onderscheid tussen de gevallen waarin daar een behoefte naar bestaat en gevallen waarin dat niet zo is, lijkt moeilijk te maken.

1533 Volledigheidshalve heb ik wel een verwijzing naar de schenkbelasting opgenomen. Veelal zal het effect hiervan een de aanwezigheid van een uitkering beperkt zijn.

> *De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin ontstaat niet, voor zover uit de bezittingen van het desbetreffende afgezonderde particuliere vermogen een uitkering is gedaan aan de verkrijger, teneinde de verkrijger in staat de stellen om de erfbelasting respectievelijk schenkbelasting, verschuldigd ter zake van de verkrijging krachtens erfrecht respectievelijk als bedoeld in de eerste volzin, te voldoen.*[1534] [Eventuele toevoeging: *De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin in verband met een verkrijging krachtens erfrecht als bedoeld in artikel 16, eerste lid, ontstaat niet, voor zover sprake is van een erfrechtelijke verkrijging van de verkrijger van de erflater, krachtens een door de erflater opgesteld testament of als erfgenaam bij versterf van de erflater, na aftrek van de ter zake van deze erfrechtelijke verkrijging verschuldigde erfbelasting.*][1535]

Indien men tot de conclusie komt dat de positie van de erfgenaam/begunstigde van een APV en de certificaathouder, deze laatste in iets mindere mate omdat zijn uitgangspositie doorgaans gunstiger is vanwege een concrete aanspraak in de vorm van het certificaat, bescherming verdienen, dient deze bescherming zich naar mijn mening mede uit te strekken tot de schenk- en erfbelasting. Een verhaalsrecht jegens het APV c.q. de STAK kan die bescherming bieden.

Als men het ontbreken van adequate bescherming tegen voornoemde financiële problemen als een knelpunt ziet, rijst de vraag of dit een door onvolkomenheden in de wetgeving veroorzaakt knelpunt is. Mijns inziens is dat bij certificering niet het geval, maar bij de APV-regeling wel. Het verschil is gelegen in de positie van de certificaathouder respectievelijk erfgenaam/begunstigde van een APV, aan wie wordt toegerekend, in relatie tot het onder beheer gebrachte vermogen. De verkrijger van certificaten krijgt daadwerkelijk iets in handen en de omstandigheid dat hieraan zodanig beperkingen verbonden zijn dat er problemen ontstaan om de erfbelasting te betalen, kan moeilijk op het conto van de wetgever geschreven worden. Bij het APV ligt dat anders, aangezien de verkrijging en daarmee de verschuldigdheid van erfbelasting het gevolg zijn van een fiscale fictie. Het antimisbruikkarakter van de APV-regeling in aanmerking nemend lijkt mij in zichzelf aanvaardbaar dat een geheel fiscale neutrale behandeling van een APV binnen dat uitgangspunt niet mogelijk is. Ook daarvan uitgaand is het ontbreken van een verhaalsmogelijkheid voor degene die geacht wordt het APV-vermogen krachtens erfrecht verkregen te hebben naar mijn mening een

1534 Een vraag is of de erfbelasting verschuldigd ter zake van de fictieve erfrechtelijke verkrijging in geval van samenloop met een daadwerkelijke erfrechtelijke verkrijging (die veelal de basis zal zijn voor de toerekening van APV-vermogen) aan de voet, aan de top of tegen het gemiddelde tarief genomen moet worden. Een redelijke interpretatie is mijns inziens om de belasting te berekenen aan de top, aangezien de begunstigde dit bedrag extra is verschuldigd als gevolg van de fictieve verkrijging.

1535 Ook hier is een optie om de mogelijkheid tot het vorderen van betaling uit het APV-vermogen niet te laten ontstaan voor zover de begunstigde daadwerkelijk verkrijgt van de inbrenger. In geval van een fictieve schenking op grond van artikel 17 SW speelt dit aspect niet, omdat dit niet gepaard zal gaan met een daadwerkelijke verkrijging door begunstigde die geacht wordt fictief te verkrijgen, anders dan in de vorm van een uitkering uit het APV, waarmee reeds rekening gehouden is.

onvolkomenheid in de wetgeving.[1536] Praktische problemen bij de effectuering van het verhaalsrecht zijn mijns inziens geen argument om geen regeling te treffen: hoewel de effectuering van het verhaalsrecht jegens het APV in de praktijk op problemen kan stuiten, kan hiervan wel een signaal uitgaan naar de beheerder van het APV, die toch geacht wordt (mede) in het belang van de begunstigden van het APV te handelen. Daarnaast is de kans dat een regeling niet voor iedere belastingplichtige een oplossing biedt naar mijn mening geen reden om af te zien van een regeling ten gunste van belastingplichtigen, die de scherpe kantjes van de APV-regeling wegneemt.

15.4 Certificering en box 3- kwalificatie en -vrijstellingen

In paragraaf 13.4.3.1 is reeds besproken dat het mijn voorkeur zou hebben indien, als de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen, voor de forfaitaire heffing in box 3 aangeknoopt zou worden bij dit gecertificeerde vermogen in plaats van bij de certificaten. Dit heeft gevolgen voor de waardering van de certificaten, maar ook voor de vrijstellingen, aangezien deze dan naar mijn mening van toepassing zouden moeten zijn. Indien gekeken wordt naar het certificaat, is het ook het certificaat dat gewaardeerd dient te worden, waarbij de waarde in het economische verkeer van het certificaat lager kan zijn dan die van het gecertificeerde goed. Ook is het certificaat dan het uitgangspunt voor de toepassing van eventuele vrijstellingen. In dit verband heb ik geconstateerd dat er weliswaar aanknopingspunten zijn voor deze benadering, maar dat in wezen hierover geen duidelijkheid bestaat. Het ontbreken van deze duidelijkheid kan men beschouwen als een knelpunt. Dit knelpunt wordt mijns inziens in elk geval ten dele veroorzaakt door een onvolkomenheid in de wetgeving: weliswaar is economische eigendom een in de jurisprudentie ontwikkeld concept, dat waar voor de directe belastingen (nagenoeg) geen regelingen in de wet zijn opgenomen, maar de genoemde onduidelijkheid in de fiscale behandeling van certificaten in box 3 wordt mede veroorzaakt door de zeer restrictieve interpretatie die de staatssecretaris aan het begrip “zaak” geeft in de context van box 3, welke interpretatie in het geval van economische eigendom tot de geconstateerde onduidelijkheid leidt. Zonder deze interpretatie zou het concept economische eigendom zonder veel problemen toe te passen zijn in de context van box 3.[1537]

Waarover geen onduidelijkheid bestaat, is het standpunt van de staatssecretaris ter zake van de toepassing van box 3-vrijstellingen in geval van certificering: hij hanteert een zeer restrictieve interpretatie van de vrijstellingen en hij heeft ook expliciet aangegeven dat de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap niet toe te passen is op

1536 Naar mijn mening leidt het creëren van een de mogelijkheid dat belasting verschuldigd is op basis van de toerekening van vermogen in combinatie met het ontbreken van een verhaalsmogelijkheid tot voor de belastingplichtige ongerijmde effecten, oftewel een onvolkomenheid in categorie 3(a) zoals gedefinieerd in hoofdstuk 2.

1537 Daarmee is naar mijn mening sprake van een onvolkomenheid vallend in categorie 2(b).

certificaten. In hoeverre dit als zodanig als een knelpunt te beschouwen is, hangt naar mijn mening af van de omstandigheden. De wetgever heeft met de vrijstellingen een bepaald handelen willen stimuleren, zoals het bezit van kunst en van landgoederen, en het uitgangspunt, dat deze vrijstellingen slechts beschikbaar zijn voor de eigenaar van dergelijke zaken en niet tevens voor personen die slechts een recht op c.q. afgeleid van de waarde van de zaak hebben, komt mij niet als onredelijk voor. In het tweede geval wordt het met de vrijstelling nagestreefde doel in beginsel[1538] niet gediend.

Wel dient naar mijn mening de certificaathouder, die economische eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, op dezelfde wijze behandeld te worden als de juridisch eigenaar. Uit verschillende arresten volgt mijns inziens dat het concept, dat de economische eigenaar wordt beschouwd als fiscale eigenaar, ook te gelden heeft in box 3. Het gevolg daarvan is, dat voor de box 3-heffing het gecertificeerde vermogen in aanmerking genomen dient te worden en niet het certificaat. Logischerwijs kunnen dan ook de box 3-vrijstellingen van toepassing zijn. Het niet kunnen toepassen van de vrijstellingen kan dan beschouwd worden als een knelpunt: degene die om civielrechtelijke redenen certificering wil inzetten voor de bescherming van vermogen, wordt daarvan mogelijk weerhouden omdat dit een significante hogere belastingheffing tot gevolg heeft. Dit knelpunt is naar mijn mening het gevolg van een onvolkomenheid in de wetgeving: de zeer restrictieve interpretatie heeft voor een belastingplichtige die geen vrijstelling geniet, terwijl hij economisch in dezelfde positie verkeert als een juridische eigenaar die deze vrijstelling wel krijgt, een onredelijk en ongerijmd effect.[1539] Indien de certificaathouder echter geen economisch eigenaar is en derhalve wel naar het certificaat gekeken wordt, komt het mij gezien de achtergrond van de vrijstellingen niet als bezwaarlijk voor dat deze niet beschikbaar zijn. De positie van deze certificaathouder is, in tegenstelling tot die van de certificaathouder – economisch eigenaar, niet (fiscaal) hetzelfde als die van de juridische eigenaar van het goed.

Het eerste knelpunt, onduidelijkheid over de fiscale behandeling, kan worden opgelost door in de wet te regelen hoe certificaten van box 3-vermogen fiscaal behandeld worden. Daarbij zou naar mijn mening geregeld dienen te worden dat een certificaathouder met economische eigendom op dezelfde wijze behandeld wordt als de juridische eigenaar. Dat neemt dan tevens het tweede knelpunt weg. Een mogelijkheid is om hiertoe in hoofdstuk 5 van de Wet IB 2001 een bepaling op te nemen die het voorgaande regelt.

1538 Men zou hier anders over kunnen denken indien sprake is van een splitsing van de juridische eigendom die niet door betrokkenen zelf in het leven is geroepen, hetgeen zich vermoedelijk met name voor zal doen indien krachtens testament aan één verkrijger het vruchtgebruik is gelegateerd en aan de andere de bloot eigendom. Om een voorziening de treffen voor dergelijke situaties is echter een gedetailleerde regeling nodig, althans indien men bijvoorbeeld de situatie dat het vruchtgebruik gekocht is van een derde niet wil vrijstellen. De keuze om slechts aan te sluiten bij volle eigendom om redenen van eenvoud is mijns inziens wel te rechtvaardigen. Overigens komt de situatie van een erfrechtelijk vruchtgebruik gezien de defiscalisering van artikel 5.4 Wet IB 2001 vermoedelijk in de meeste gevallen toch binnen het bereik van de vrijstelling.

1539 Derhalve is sprake van een onvolkomenheid in categorie 3(a).

Men is er echter ook met invoering van de door mij in paragraaf 15.3.3 voorgestelde regeling voor het genietingsmoment en het verhaalsrecht voor de certificaathouder: deel van het voorstel is om voor het bepalen van de omvang van de heffing te doen alsof de certificaathouder rechtstreeks rechthebbende is op het gecertificeerde vermogen. Dat impliceert behandeling als juridisch eigenaar en daarmee de mogelijkheid om de box 3-vrijstellingen toe te passen.

Het voorgaande zou dan overigens ook gelden voor de certificaathouder – niet-economisch eigenaar, omdat mijn voorstel geen onderscheid maakt tussen beide situaties. Hoewel ik het niet kunnen toepassen van de box 3-vrijstellingen in dit laatste geval niet als een knelpunt beschouw, heb ik er ook geen bezwaar tegen om de vrijstellingen ook in dit geval toe te passen. Hoewel niet volledig, heeft ook deze certificaathouder een groot economisch belang bij het gecertificeerde vermogen. De behandeling van de certificaathouder – niet-economisch eigenaar als juridisch eigenaar heeft bovendien ook een keerzijde: het voordeel van een eventueel verschil in waarde in het economische verkeer tussen het certificaat en het gecertificeerde vermogen valt weg. Het is logisch en consistent om deze certificaathouder dan tevens het voordeel van de box 3-vrijstellingen toe te kennen.

15.5 Toerekening aan meerdere personen – contouren van een regeling voor de administratieve "verdeling" van APV-vermogen[1540]

In paragrafen 14.3.2.6, 14.3.3.2 en 14.4.2.3 ben ik ingegaan op de verschillende fiscale complicaties die zich kunnen voordoen als gevolg van het (gaan) toerekenen van het vermogen van een APV aan meerdere personen, zoals een met inkomstenbelasting belaste vervreemding of uitkering of kruislingse schenkingen tussen begunstigden die alle een uitkering van (relatief) gelijke omvang ontvangen. Naar mijn mening is dit een van de voornaamste belemmeringen, als gevolg waarvan een APV niet goed als beschermingsfiguur kan functioneren, omdat de gevolgen van het APV significant minder gunstig zijn dan de fiscale gevolgen van het niet afzonderen van vermogen.

Mijns inziens gaat de APV-regeling daarmee verder dan noodzakelijk is. Dat de wetgever het buiten de heffingssfeer brengen van vermogen wil tegengaan is logisch en legitiem. Het gevolg van de huidige regeling is dat ook de inbrenger die om civielrechtelijke redenen, het beheer en de bescherming van familievermogen, een APV wil instellen, hierin belemmerd wordt door de (veel) minder gunstige fiscale behandeling van het APV. Deze behandeling is primair het gevolg van de toerekening als ware iedere persoon aan wie wordt toegerekend rechthebbende op een evenredig deel van een goed dat in een eenvoudige gemeenschap door hen allen gehouden wordt. Dat maakt dat uitkeringen

1540 Deze tekst is grotendeels gepubliceerd als artikel, zie A.E. de Leeuw, Afgezonderd particulier vermogen en toerekening aan meerdere personen (delen I en II), WPNR 2011/6959 en 2011/6960).

niet te herleiden zijn tot een bepaald "aandeel" en dat iedere inbreng of uitkering een vervreemding vormt. Dit gebrek aan fiscale neutraliteit is een knelpunt, dat het gevolg is van een onvolkomenheid in de fiscale wetgeving: hoewel de APV-regeling als zodanig een legitiem doel dient, is hij op dit punt te grofmazig, hetgeen tot voor belastingplichtigen ongerijmde uitkomsten leidt.[1541]

In deze paragraaf ga ik derhalve in op een alternatief. Hierbij zij nogmaals benadrukt dat ik de huidige APV-regeling als uitgangspunt neem en vervolgens een voorstel doe voor een regeling waarmee de bestaande regeling meer in lijn gebracht kan worden met de bedoeling die hier achter zit. Dit voorstel neemt niet alle bezwaren tegen de APV-regeling weg. Om hieraan tegemoet te komen zou echter voor een geheel andere regeling gekozen moeten worden, hetgeen de wetgever niet gedaan heeft. Aan dergelijke alternatieven, die overigens ook weer met bepaalde bezwaren gepaard kunnen gaan, ga ik dan ook voorbij.

15.5.1 Aansluiting bij parallel met situatie zonder inbreng

De APV-regeling beoogt zo veel mogelijk de situatie na te bootsen waarin de inbreng niet heeft plaatsgevonden, door onder meer toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden en het in aanmerking nemen van een belaste "vererving" van het APV-vermogen naar iedere volgende generatie. Mijns inziens kan dit uitgangspunt binnen de systematiek van de APV-regeling veel verder doorgevoerd worden, door een administratieve "verdeling" van het APV-vermogen toe te staan. Dit biedt dan ook de kennelijk door de wetgever voorgestane mogelijkheden voor het bestuur van het APV om (onder omstandigheden) uitkeringen te doen zonder dat die onderworpen zijn aan schenkbelasting omdat de uitkering gedeeltelijk geacht wordt een schenking van een ander te zijn. Binnen deze achtergrond van de regeling komt het mij als redelijk voor dat eenieder die geacht wordt een deel van het APV-vermogen te "bezitten" zijn aandeel uit het APV kan ontvangen. "Bezit" is overigens mijns inziens in deze context niet strijdig met de discretionaire aard van het APV, aangezien dit gebaseerd is op de toerekening die voortvloeit uit artikel 2.14a Wet IB 2001.[1542] Die toerekening gaat volstrekt voorbij aan de omstandigheid dat de "bezitter" geen enkel juridisch afdwingbare aanspraak op zijn "bezit" heeft.

Het voorgaande vereist dat voor inkomstenbelastingdoeleinden het uitgangspunt van gemeenschappelijke "eigendom" wordt losgelaten en dat in plaats daarvan "bezittingen" en "schulden" worden toegerekend op basis van de daadwerkelijke inbreng en zaaksvervanging. Dit past mijns inziens in de gedachte dat zo veel mogelijk de parallel wordt getrokken met de situatie waarin nooit is ingebracht. Bovendien voorkomt dit dat

1541 Oftewel nog een onvolkomenheid in categorie 3(a).
1542 Zie voor een nadere beschouwing over de verhouding tussen dit systeem en de discretionaire aard van het APV paragraaf 15.5.3.

een vervreemding in aanmerking genomen wordt, en belasting betaald moet worden zonder dat daadwerkelijk gerealiseerd is, indien sprake is van inbreng door meerdere personen in één APV. Indien de inbrenger overlijdt en het APV-vermogen "vererft", is toerekening aan de erfgenamen op pro rata basis uiteraard wel logisch: hier valt de parallel te trekken met de civielrechtelijke vererving, waar ook een onverdeeldheid kan ontstaan.[1543] Het ontstaan van de gemeenschappelijkheid leidt hier ook niet tot de verschuldigdheid van inkomstenbelasting.[1544] Men zou overigens zelfs de parallel zo ver door kunnen trekken dat een "verdeling" van het "geërfde" APV-vermogen mogelijk wordt geacht, zodat de "onverdeeldheid" die na het overlijden van de inbrenger ontstaat opgeheven kan worden.[1545] Dit vereist uiteraard een zorgvuldige administratie, maar dat geldt voor het volgen van specifiek aan een bepaalde persoon toegerekende bezittingen en schulden in het algemeen. Conceptueel bestaat er naar mijn mening geen bezwaar tegen deze benadering en past deze zelfs goed bij de gedachte achter de APV-regeling. Wel rijst de vraag in hoeverre een dergelijke administratie/verdeling zich verdraagt met het discretionaire karakter van het APV, maar naar mijn mening kunnen deze twee concepten naast elkaar bestaan, zie paragraaf 15.5.3.

Omdat de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden op basis van "aandelen" een zorgvuldige administratie vereist, zal het regelmatig voorkomen dat het niet mogelijk is om (nog) te bepalen wat het "aandeel" is van eenieder aan wie wordt toegerekend. Als dit niet gebeurt, is dat echter de verantwoordelijkheid van de bestuurder van het APV[1546] en niet van de wetgever. Als het APV-vermogen niet meer naar bepaalde personen te herleiden is, lijkt gemeenschappelijke "eigendom" mij dan ook een praktische en niet onredelijke benadering. De consequentie voor de begunstigden is dat de uitkering van een "aandeel" zonder heffing van schenkbelasting niet mogelijk is, omdat er geen grond is voor afwijking van de hoofdregel die artikel 17 lid 1 SW geeft. Bovendien kan een uitkering dan eerder aanleiding geven tot een aan inkomstenbelasting onderworpen vervreemding tussen de begunstigden. Het apart aanhouden van aandelen voorkomt ten slotte, althans in vergelijking met de situatie waarin iedere begunstigde uiteindelijk een gelijk deel moet krijgen, dat rendementen niet zuiver verdeeld worden of dat inkomstenbelasting geheven wordt ter zake van het "aandeel" van een ander.

Aangezien het uitgangspunt van gemeenschappelijke "eigendom" niet gebaseerd is op

1543 Los van toepassing van de wettelijke verdeling, een ouderlijke boedelverdeling, etc.

1544 De "vererving" zelf kan dat wel doen, bijvoorbeeld bij een aanmerkelijk belang waarop de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17a Wet IB 2001 niet van toepassing is.

1545 Een dergelijke "verdeling" kan tot de verschuldigdheid van inkomstenbelasting leiden, afhankelijk van de aard van het vermogen. Indien dit echter kort na het overlijden van de inbrenger gedaan wordt, zal doorgaans nog geen sprake zijn van een meerwaarde en kan heffing dus voorkomen worden. Bovendien kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de Wet IB 2001 ook toegepast worden op APV-vermogen en indien "verdeling" mogelijk wordt geacht lijkt een logisch verlengstuk daarvan om ook de faciliteiten die betrekking hebben op de verdeling van een nalatenschap, zoals artikel 4.17b Wet IB 2001, van toepassing te achten.

1546 Gesteld dat het initiatief tot de administratieve verdeling van dit bestuur uitgaat, zie ook paragraaf 15.5.2.

de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001, maar slechts op een interpretatie daarvan in de parlementaire geschiedenis, kan de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden op de hierboven beschreven wijze mijns inziens geïmplementeerd worden door middel van de aanpassing van artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001.[1547] Door de schakelbepaling van artikel 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting werkt dit bovendien door naar de Successiewet 1956, maar volledigheidshalve lijkt het me aan te bevelen om in artikel 17 SW expliciet op te nemen dat in geval van een administratieve "verdeling" deze gevolgd wordt, in afwijking van de hoofdregel van artikel 17 lid 1 SW. Op basis van dit systeem is het dan mijns inziens mogelijk om in de volgende situaties uitkeringen aan een begunstigde te doen, zonder dat dit leidt tot de heffing van schenkbelasting:

(a) De inbrenger kan zijn eigen inbreng (en de vruchten daarvan en/of wat hier voor in de plaats is gekomen) zonder heffing van schenkbelasting ontvangen uit het APV, ook als sprake is van meerdere inbrengers. Als gevolg van de toerekening op basis van daadwerkelijke inbreng leidt dit bovendien niet tot een vervreemding voor de inkomstenbelasting.

(b) De inbrenger kan ook een deel van zijn eigen inbreng ontvangen, waarbij de uitkering wordt toegerekend aan diens "aandeel". Dit heeft geen schenkbelasting- of inkomstenbelastingconsequenties.

(c) Erfgenamen van de inbrenger kunnen hun eigen "aandeel" in het APV-vermogen geheel of gedeeltelijk ontvangen zonder heffing van schenkbelasting, analoog aan (a) en (b). Als het bestuur van het APV er bovendien voor gekozen heeft om het "vererfde" APV-vermogen te "verdelen" over de erfgenamen, zodat ieder voor inkomstenbelastingdoeleinden (uitsluitend) zijn "aandeel" krijgt toegerekend, kan de uitkering bovendien geschieden zonder dat dit aanleiding geeft tot de heffing van inkomstenbelasting. Indien het APV geen vermogen heeft ter zake waarvan de vervreemdingswinst belast is, is uiteraard sowieso geen inkomstenbelasting verschuldigd.

(d) Punten (a) tot en met (c) zien op de situatie waarin de "bezitter" van het APV-vermogen dit (deels) uitgekeerd krijgt. Artikel 17 SW ziet, naast op deze uitkeringen, echter ook en wellicht primair op uitkeringen aan anderen. De wettekst schrijft voor dat een dergelijke uitkering een (deel)schenking is van iedere persoon aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend en ook in de parlementaire geschiedenis komt een voorbeeld voor waaruit deze interpretatie volgt.[1548]

De vraag is echter waarom, indien het bestuur van het APV de mogelijkheid heeft

1547 Zie paragraaf 15.5.2.3 voor een tekstvoorstel.
1548 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 37 – 38.

om aan de "bezitter" van APV-vermogen een deel van diens eigen "aandeel" in het APV-vermogen uit te keren, het dan niet mogelijk zou zijn om ten laste van specifiek diens "aandeel" een schenking aan een ander te doen. Hierbij kan gedacht worden aan een APV waarvan het vermogen wordt toegerekend aan de erfgenamen A, B en C en waarbij het bestuur van het APV een uitkering doet aan D, de dochter van A, die ook begunstigde van het APV is. De uitkering zou dan ten laste van het "aandeel" van A gebracht worden en niet mede ten laste van de "aandelen" van B en C.

Het op deze manier doen van uitkeringen ten laste van een specifiek "aandeel" stuit in mijn ogen niet op bezwaren binnen de bedoeling van de APV-regeling en doet daarentegen juist meer recht aan die bedoeling: in de situatie waarin A, B en C ieder een (daadwerkelijke) schenking doen aan hun kinderen, ligt het meer voor de hand dat eenieder het geheel van het door hem te schenken bedrag over zijn eigen kinderen verdeelt, dan dat kruislingse schenkingen aan de wederzijdse neven en nichten plaatsvinden. Het past binnen de parallel tussen de APV-regeling en de situatie waarin niet is ingebracht om in het eerste geval ook uitkeringen binnen de eigen familiekring mogelijk te achten. Dit sluit bovendien meer aan bij de beleving die betrokkenen vermoedelijk bij de herkomst van hun APV-uitkering hebben.

15.5.2 Initiatief tot verdeling

Bij de systematiek van verdeling in "aandelen" rijst de vraag wie deze verdeling tot stand brengt, het bestuur van het APV of de erfgenamen (en in voorkomend geval de inbrengers) aan wie wordt toegerekend. Alvorens ik deze vraag beantwoord, ga ik echter eerst kort in op twee mogelijke knelpunten verbonden aan de verdelingssystematiek:

(i) Heffing van inkomstenbelasting bij één persoon

De APV-regeling kan tot gevolg hebben dat inkomstenbelasting verschuldigd wordt door personen die de belaste vervreemdingswinst (als gevolg van een uitkering), die aan hen wordt toegerekend, niet daadwerkelijk realiseren. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien het APV aanmerkelijkbelangaandelen met een meerwaarde bezit en deze uitkeert aan een begunstigde. Men kan dit effect onredelijk vinden, maar dat is het gevolg van de keuze voor de APV-regeling. Onder de huidige regeling is dit een risico van de erfgenamen gezamenlijk. Op het moment dat een administratieve verdeling wordt aangebracht en een uitkering uit één "aandeel" plaatsvindt, wordt dit echter het risico van uitsluitend de desbetreffende erfgenaam. Dat is overigens niet slechts het gevolg van de verdeling als zodanig, maar mede van de beslissing van het bestuur van het APV om de uitkering ten laste van een specifiek "aandeel" te brengen.

De vraag is echter hoe bezwaarlijk dit is. Ook bij de geldende interpretatie van de regeling kan een uitkering leiden tot heffing van inkomstenbelasting bij personen die niets ontvangen, en bij een uitkering aan een erfgenaam juist niet bij degene die de uitkering krijgt, hetgeen ook als een knelpunt beschouwd kan worden. Het enige verschil is dat dit nadeel nu ten laste van één persoon kan komen, in plaats van de erfgenamen (die niets ontvangen) gezamenlijk. Het echte effect, toerekening van winsten aan personen die dit niet realiseren, wordt echter veroorzaakt door de systematiek van de APV-regeling, welke ik zoals gezegd tot uitgangspunt heb genomen. In paragraaf 15.3.4 ga ik in op de mogelijkheid dat de wetgever dit knelpunt oplost, door middel van een verhaalsrecht voor degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend.

Daarnaast kan dit knelpunt naar mijn mening worden weggenomen door bij het instellen van het APV een regeling te treffen die bepaalt dat, indien uitkeringen worden gedaan die bij een persoon aan wie wordt toegerekend tot belastingheffing leiden,[1549] het bestuur van het APV verplicht is om de "inkomstenbelastingschade"[1550] te vergoeden. Een dergelijke regeling heeft overigens mijns inziens ook bij de geldende interpretatie van de APV-regeling meerwaarde. Ook nu kan zich immers gemakkelijk de situatie voordoen dat een uitkering aan de ene begunstigde tot de verschuldigdheid van inkomstenbelasting bij een andere begunstigde leidt. Daarnaast leidt de toerekening van box 3-vermogen jaarlijks tot de verschuldigdheid van belasting, ongeacht of uitkeringen gedaan worden, zodat het zinvol is om een regeling voor de betaling hiervan te treffen.

Het is natuurlijk mogelijk dat de inbrenger verzuimt om een dergelijke regeling te treffen en in dat geval kan een erfgenaam benadeeld worden. Dit zie ik echter niet als een onoverkomelijk bezwaar tegen het aanbrengen van een verdeling in "aandelen": het instellen van een APV als zodanig brengt potentieel negatieve fiscale consequenties voor de erfgenamen van de inbrenger met zich, waarbij het in beginsel aan de inbrenger is om hier een regeling voor te treffen. De mogelijkheid dat een dergelijk risico op één persoon kan komen te liggen in plaats van de erfgenamen gezamenlijk doet niet af aan dit principe. Dit geldt te meer indien de erfgenamen gezamenlijk en unaniem ingestemd hebben met de verdeling, omdat zij daarmee dan ook het fiscale risico aanvaard hebben.

(ii) Differentiatie van het fiscale risico

Het vermogen van het APV kan in meerdere boxen vallen, waarbij box 2- en box 3-vermogen het meest waarschijnlijk is. Zolang de erfgenamen allen een gelijk aandeel in ieder vermogensbestanddeel hebben, is hun fiscale risico (in de zin van de wijze waarop over dit vermogen geheven wordt) gelijk. Op het moment dat echter

1549 Gezien de verdeling in "aandelen" is dit dan per definitie een ander dan degene aan wie wordt toegerekend.

1550 Ik bespreek de fiscale kwalificatie van een dergelijke "schadevergoeding" in paragraaf 15.8.

een verdeling in "aandelen" wordt gemaakt en bijvoorbeeld het ene "aandeel" het box 2-vermogen gaat omvatten en het andere het box 3-vermogen, dan gaan de erfgenamen aan wie deze "aandelen" worden toegerekend verschillende fiscale risico's lopen. Voor de erfgenaam aan wie het box 2-vermogen wordt toegerekend is het gevolg dat hij als enige geconfronteerd wordt met het risico op heffing bij een uitkering hieruit, terwijl de erfgenaam die het box 3-vermogen krijgt toegerekend jaarlijks geconfronteerd wordt met de forfaitaire box 3-heffing.

Ook dit risico is mijns inziens echter voldoende te mitigeren door een schadevergoedingsregeling op te nemen. In de praktijk kan het risico bovendien gespreid blijven over de erfgenamen door een zodanige administratieve verdeling te maken dat ieder "aandeel" een pro rata deel van alle bezittingen en schulden van het APV-vermogen omvat, als het ware een eenvoudige gemeenschap. Dit leidt niet tot een wijziging in het vermogen dat aan de erfgenamen wordt toegerekend, maar geeft wel de flexibiliteit van het kunnen doen van uitkeringen uit een specifiek "aandeel". Voorts meen ik dat het bezwaar tegen de gevolgen van deze differentiatie van risico vervallen als alle erfgenamen instemmen met de verdeling.

Volledigheidshalve merk ik op dat ik een dergelijke "verdeling", waarbij een erfgenaam bijvoorbeeld het box 2-vermogen krijgt en een andere het box 3-vermogen, niet zou beschouwen als een vorm van misbruik, ook niet als dit tot een gunstiger fiscale positie leidt. Indien het desbetreffende vermogen op reguliere wijze vererft en sprake is van een daadwerkelijke onverdeelde nalatenschap, dan hebben de erfgenamen ook de vrijheid om deze nalatenschap zodanig te verdelen dat dit tot een gunstig fiscaal resultaat leidt. Tegen het bereiken van een vergelijkbaar resultaat bij de "verdeling" van APV-vermogen zou dan evenmin bezwaar moeten bestaan. Zowel de daadwerkelijke verdeling van een nalatenschap als de "verdeling" van APV-vermogen is in principe definitief en het wijzigen van de verdeling leidt ook tot een, in voorkomend geval belaste, vervreemding.

15.5.2.1 Initiatief van het bestuur van het APV

Het ligt naar mijn mening het meest voor de hand dat het bestuur van het APV initiatief neemt tot de administratieve verdeling, uiteraard gesteld dat de regelingen met betrekking tot het APV dit toestaan. Het bestuur beschikt ook over de gegevens die noodzakelijk zijn voor het maken en bijhouden van de administratieve verdeling. Deze verdeling kan zowel met als zonder medeweten van de erfgenamen gemaakt worden, hoewel deze hier in principe uiterlijk op het moment dat een uitkering gedaan wordt kennis van zullen krijgen (althans indien deze leidt tot belastingheffing). Een eleganter alternatief, dat ook past binnen de gedachte dat het APV primair dient om het familievermogen te beheren, is het opstellen van een regeling die het bestuur van het APV de mogelijkheid geeft om een administratieve verdeling voor te stellen,

maar waarbij voor de daadwerkelijke implementatie hiervan de instemming van de erfgenamen vereist is.[1551]

Mijns inziens zou een verdeling op initiatief van het APV-bestuur gevolgd moeten worden bij de toerekening van het APV-vermogen, ongeacht of de hierboven genoemde potentiële bezwaren daadwerkelijk weggenomen zijn. Zoals gezegd zijn naar mijn mening bepaalde fiscale risico's inherent aan het instellen van een APV en is het de verantwoordelijkheid van de inbrenger om deze te ondervangen.

15.5.2.2 Initiatief van de erfgenamen (of inbrengers)

Naast het bestuur kunnen de erfgenamen het initiatief tot een administratieve verdeling nemen. Dit ligt echter naar mijn mening minder voor de hand, alleen al vanwege de praktische bezwaren: de erfgenamen zullen veelal niet over voldoende gedetailleerde informatie over het APV-vermogen beschikken om een volledige verdeling te kunnen maken en bijhouden.

Daarnaast lopen de erfgenamen een behoorlijk risico, althans indien het APV-bestuur niet aangeeft de verdeling over te zullen nemen. Het is immers zeer wel mogelijk dat het APV-bestuur bij zijn uitkeringsbeleid van de verdeling afwijkt, onbewust als het bestuur niet van de verdeling op de hoogte is, of bewust, als het een ander beleid voorstaat. Dit risico kan natuurlijk door de erfgenamen aanvaard worden, maar gezien de mate van onzekerheid lijkt me dat niet heel waarschijnlijk.

Een alternatief is een regeling die de erfgenamen de mogelijkheid geeft om een verdeling op te stellen, waarbij het APV-bestuur verplicht is om deze te volgen. Dan rijst echter de vraag of dit niet te zeer afdoet aan het discretionaire karakter van het APV,[1552] aangezien op initiatief van de erfgenamen als het ware voorgesorteerd wordt richting bepaalde uitkeringen. Dit voorsorteren doet zich natuurlijk ook voor bij een verdeling door het bestuur, maar dan hebben de erfgenamen daar geen invloed op. Ook kan gezegd worden dat het bestuur van het APV bij het uitkeringsbeleid nog steeds kan afwijken van de administratieve verdeling, maar desondanks acht ik de kans dat deze verdeling in meer of mindere mate gevolgd zal worden vrij groot, zodat de erfgenamen met hun verdeling hier de facto invloed op uitoefenen. Of het APV onder deze omstandigheden nog volledig discretionair is valt dan ook te betwijfelen en om discussie te voorkomen lijkt een dergelijke regeling mij dan ook af te raden.

In het algemeen acht ik een verdeling door de erfgenamen, hoewel weinig

1551 Daarbij is overigens de vraag of unanieme instemming in dit geval de voorkeur heeft, het wordt dan erg gemakkelijk voor één erfgenaam om de verdeling te blokkeren.

1552 Dat is bij de administratieve verdeling als zodanig naar mijn mening niet het geval, zie paragraaf 15.5.3.

waarschijnlijk, bestaanbaar. Gezien de hierboven genoemde twee knelpunten dient deze naar mijn mening echter alleen fiscaal gevolgd te worden indien de verdeling unaniem door de erfgenamen gesteund wordt. Indien een of meer erfgenamen zonder hun instemming met dergelijke risico's geconfronteerd worden, wegen deze risico's mijns inziens te zwaar.

Het voorgaande geldt op vergelijkbare wijze indien sprake is van meer dan één inbrenger, waarbij ik opmerk dat de positie van de inbrengers in één opzicht van die van de erfgenamen verschilt: op het moment van de inbreng hebben zij invloed op de voorwaarden waaronder dit gebeurt, dus op dat moment kan een inbrenger mijns inziens een bepaalde administratieve verdeling aanbrengen zonder dat dit het discretionaire karakter van het APV raakt.

15.5.2.3 Tekstvoorstel

Het voorgaande in aanmerking nemend, ben ik van mening dat zowel een verdeling op initiatief van het bestuur van het APV, als op initiatief van de erfgenamen gezamenlijk (unaniem) mogelijk is, uiteraard voor zover de regelingen betreffende het APV dit toestaan, en dat dit voor de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden gevolgd zou moeten worden. De bepalingen die dit regelen kunnen als volgt vormgegeven worden:

- De leden 2 en 3 van artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 worden geschrapt, onder wijziging van het kopje van artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 in "Afgezonderd particulier vermogen".

- Na artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 worden nieuwe artikelen 4b en 4c Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 ingevoegd, met de volgende tekst:

Artikel 4b. Toerekening afgezonderd particulier vermogen

1. *De bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen kunnen voor de toerekening hiervan als bedoeld in artikel 2.14a, eerste lid, van de wet administratief verdeeld worden over degenen aan wie deze toegerekend worden (de toerekeningssubjecten). Van een administratieve verdeling in de zin van dit lid is sprake indien de bezittingen en schulden ten behoeve van de toerekening administratief worden toegedeeld aan de toerekeningssubjecten en per toerekeningssubject de waardemutaties van en opbrengsten en uitgaven voortvloeiende uit deze bezittingen en schulden, alsmede de bezittingen en schulden die voor deze bezittingen en schulden in de plaats komen en de uit deze bezittingen voortgekomen vruchten, worden bijgehouden. Een dergelijke administratieve verdeling*

wordt slechts beschouwd als een administratieve verdeling in de zin van dit lid als deze tot stand gebracht is door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particuliere vermogen of als gevolg van een unanieme beslissing van de toerekeningssubjecten.

2. *Indien sprake is van een administratieve verdeling als bedoeld in het eerste lid krijgt ieder toerekeningssubject uitsluitend die bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen toegerekend, die op grond van deze verdeling aan hem zijn toegedeeld, alsmede de bezittingen en schulden die voor de eerstgenoemde bezittingen en schulden in de plaats gekomen zijn, de uit de toegerekende bezittingen voortgekomen vruchten en de uit deze bezittingen en schulden voortvloeiende opbrengsten en uitgaven.*

3. *Indien sprake is van meer dan een persoon die vermogen heeft afgezonderd in de zin van artikel 2.14a, derde lid, van de wet (een inbrenger) in eenzelfde afgezonderd particulier vermogen, worden in afwijking van het eerste lid aan ieder van hen die bezittingen en schulden toegerekend die door de desbetreffende inbrenger zijn afgezonderd, hetgeen voor deze bezittingen en schulden in de plaats is gekomen en de vruchten uit deze bezittingen, alsmede de uit deze bezittingen en schulden voortvloeiende opbrengsten en uitgaven.*

4. *Indien sprake is van meerdere inbrengers en de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen niet volledig zijn te herleiden tot een bepaalde inbrenger op de wijze als bedoeld in het derde lid, vindt de toerekening aan de inbrengers op de volgende wijze plaats:*

    a. *voor zover bezittingen en schulden wel te herleiden zijn tot een bepaalde inbrenger, worden deze aan hem toegerekend;*

    b. *van de niet op grond van sub a toegerekende bezittingen en schulden (de niet herleidbare bezittingen en schulden) wordt aan iedere inbrenger een pro rata aandeel in deze bezittingen en schulden toegerekend, waarbij ieders aandeel wordt gesteld op diens pro rata aandeel in de waarde van de andere dan de herleidbare bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen op het moment dat de afzondering van vermogen door deze inbrenger plaatsvond of, indien deze inbrenger meerdere keren vermogen heeft afgezonderd, op het moment dat de laatste afzondering van vermogen plaatsvond;*

    c. *voor de waarde van de afgezonderde bezittingen en schulden wordt*

aangesloten bij de waarde in het economische verkeer van hetgeen is afgezonderd op het moment van afzondering en, voor zover het op een eerder moment afgezonderde bezittingen en schulden betreft, de waarde in het economische verkeer hiervan op het desbetreffende moment van latere afzondering;

d. voor zover niet bekend is welke bezittingen en schulden, althans welke waarde door een inbrenger is afgezonderd, vindt toerekening van de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen plaats naar rato van het aantal inbrengers;

e. de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen, alsmede de uit de bezittingen van het afgezonderd particulier vermogen voortgekomen vruchten, worden toegerekend aan die inbrenger aan wie op grond van sub a, b of d de bezittingen respectievelijk schulden, waaruit deze opbrengsten en uitgaven zijn voortgevloeid respectievelijk voortgekomen, worden toegerekend.

5. In afwijking van de in het vierde lid bepaalde toerekening kunnen de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen, die niet tot een bepaalde inbrenger te herleiden zijn, administratief verdeeld worden op de wijze als bedoeld in het eerste lid. In dit geval kan de administratieve verdeling tot stand gebracht worden door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen, of als gevolg van een unanieme beslissing van alle inbrengers.

6. Indien een toerekeningssubject overlijdt en de bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen op pro rata basis worden toegerekend aan diens erfgenamen als bepaald in artikel 2.14a, eerste lid, van de wet, dan worden deze bezittingen en schulden, opbrengsten en uitgaven aan deze erfgenamen toegerekend als had iedere erfgenaam een onverdeeld aandeel in de desbetreffende bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven respectievelijk aandelen van het overleden toerekeningssubject daarin.

7. Indien het overleden toerekeningssubject tot aan zijn overlijden het enige toerekeningssubject was, indien de in het zesde lid bedoeld bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen gedurende het leven van het overleden toerekeningssubject administratief verdeeld waren op de wijze als bedoeld in het eerste lid of indien de in het zesde lid bedoeld bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen gedurende het leven

van het overleden toerekeningssubject toegerekend werden op grond van het derde lid of het vierde lid, sub a, dan kan in afwijking van het zesde lid tussen de erfgenamen van het overleden toerekeningssubject een administratieve (onder)verdeling van de desbetreffende bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven tot stand gebracht worden, door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen of door een unanieme beslissing van de erfgenamen van het overleden toerekeningssubject. Een dergelijke administratieve onderverdeling wordt gelijkgesteld met een administratieve verdeling als bedoeld in het eerste lid.

8. *Voor zover geen verdeling als bedoeld in het eerste lid tot stand gebracht is of sprake is van een toerekening aan inbrengers als bedoeld in het derde of vierde lid, worden bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen pro rata toegerekend aan de toerekeningssubjecten, op basis van het aandeel in het totaal van bezittingen en schulden dat aan ieder toerekeningssubject toegerekend wordt. Indien dit aandeel niet te bepalen is, vindt de toerekening plaats pro rata naar het aantal toerekeningssubjecten.*

9. *Indien sprake is van een administratieve verdeling als bedoeld in het eerste lid, kan deze worden opgeheven:*

   a. *indien de administratieve verdeling tot stand is gebracht door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen, door deze bestuurder(s) of beheerder(s);*[1553] *of*

   b. *indien de administratieve verdeling het gevolg is van een unanieme beslissing van de toerekeningssubjecten, door een unanieme beslissing van deze toerekeningssubjecten of hun rechtsopvolgers.*

4c. Uitkeringen uit afgezonderd particulier vermogen

1. *Uitkeringen uit de bezittingen of opbrengsten van het afgezonderd particuliere vermogen, waaronder mede begrepen een uitkering onder de verplichting voor de ontvanger hiervan om een bepaalde schuld of uitgave van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen, worden voor de toerekening geacht ten laste te komen van iedere persoon aan wie de bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven*

1553 De formulering is hier ruimer dan bij b., omdat de beheerder van het APV de administratieve verdeling niet alleen kan beëindigen door middel van een daartoe strekkend besluit, maar ook door de facto geen uitvoering meer aan deze verdeling te geven.

van het afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend, pro rata naar het aandeel van deze bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven dat aan hem wordt toegerekend. Indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen, dan komt deze overname of voldoening ten gunste aan iedere persoon aan wie de bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend, pro rata naar het aandeel van deze bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven dat aan hem wordt toegerekend.

2. *In afwijking van het eerste lid worden, indien sprake is van een administratieve verdeling in de zin van artikel 4b, eerste lid, de uitkeringen als volgt toegerekend aan de toerekeningssubjecten:*

   a. *indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die uitsluitend aan één toerekeningssubject of inbrenger worden toegerekend, komt de uitkering voor de toerekening uitsluitend ten laste van het administratieve aandeel van dit toerekeningssubject;*

   b. *indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die worden toegerekend aan meerdere toerekeningssubjecten, komt de uitkering voor de toerekening ten laste van de administratieve aandelen van alle toerekeningssubjecten aan wie de desbetreffende bezittingen of opbrengsten worden toegerekend; de uitkering wordt pro rata ten laste van deze administratieve aandelen gebracht, tenzij de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen bepalen dat de uitkering in een afwijkende verhouding ten laste van deze administratieve aandelen komt;*

   c. *indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan uitsluitend één toerekeningssubject, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening uitsluitend ten gunste van het administratieve aandeel van dit toerekeningssubject;*

   d. *indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te*

voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan meerdere toerekeningssubjecten, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening ten gunste van de administratieve aandelen van alle toerekeningssubjecten aan wie de schulden of uitgaven worden toegerekend; de overname of voldoening wordt pro rata ten gunste van deze administratieve aandelen gebracht, tenzij de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen bepalen dat de overname of voldoening in een afwijkende verhouding ten gunste van deze administratieve aandelen komt.

3. In afwijking van het eerste lid vindt, indien sprake is van toerekening aan inbrengers op grond van artikel 4b, derde lid of vierde lid, sub a, de toerekening als volgt plaats:

a. indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die uitsluitend aan één inbrenger worden toegerekend, komt de uitkering voor de toerekening uitsluitend ten laste van de aan deze inbrenger toegerekende bezittingen en opbrengsten;

b. indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die worden toegerekend aan meerdere inbrengers, komt de uitkering voor de toerekening pro rata ten laste van de aan deze inbrengers toegerekende bezittingen en opbrengsten;

c. indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan uitsluitend één inbrenger, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening uitsluitend ten gunste van de aan deze inbrenger toegerekende schulden en uitgaven;

d. indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan meerdere inbrengers, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening pro rata ten gunste van de deze inbrengers toe te rekenen schulden en uitgaven.

- aan artikel 17 SW worden nieuwe leden 2 tot en met 4 toegevoegd, onder vernummering van lid 2 tot lid 5:

2. *In afwijking van het eerste lid wordt, indien sprake is van een administratieve verdeling in de zin van artikel 4b, eerste lid, Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 of een toerekening aan een persoon die vermogen heeft afgezonderd in een afgezonderd particulier vermogen in de zin van artikel 4b, derde lid, vierde lid, sub a, of vijfde lid, Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001, al wat verkregen wordt van een afgezonderd particulier vermogen, op andere wijze dan bedoeld in artikel 16, voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen geacht krachtens schenking verkregen te zijn van persoon of personen ten laste van wie de uitkering wordt gebracht op grond van het bepaalde in artikel 4c Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot al wat wordt verkregen, op andere wijze dan bedoeld in artikel 16, ten laste van bezittingen als bedoeld in artikel 2.14a, zevende lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001, met dien verstande dat in dat geval wordt geacht verkregen te zijn van de persoon of personen waaraan die bezittingen zonder toepassing van dat lid zouden zijn toegerekend.*

3. *Indien het tweede lid van toepassing is en de verkrijger tegenover datgene, wat hij van het afgezonderd particulier vermogen verkrijgt, schulden van het afgezonderd particulier vermogen overneemt of voldoet of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening neemt, wordt of worden, voor zover deze schulden of uitgaven niet worden toegerekend aan de persoon of personen aan wie de bezittingen of opbrengsten, waaruit de uitkering afkomstig is, worden toegerekend, de persoon of personen aan wie de schulden of uitgaven worden toegerekend voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen geacht een schenking te hebben verkregen van de persoon of personen aan wie de bezittingen en opbrengsten worden toegerekend.[1554] De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing op bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven als bedoeld in artikel 2.14a, zevende lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001, met dien verstande dat deze in dat geval geacht worden te zijn toegerekend aan de persoon of personen waaraan die bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven zonder toepassing van dat lid zouden zijn toegerekend.*

1554 Deze bepaling kan leiden tot een derde knelpunt. Het is mijns inziens echter consistent om ook in deze mogelijkheid te voorzien. De inbrenger kan, indien hij het bestuur van het APV in de regelingen met betrekking tot het APV überhaupt toestaat om op deze wijze uitkeringen te doen, voorzien in een regeling die het zich eventueel voordoende nadeel wegneemt.

4. *De omvang van de in het derde lid bedoelde schenking wordt gesteld op:*

   a. *indien het verkregene als bedoeld in het tweede lid afkomstig is uit aan één persoon toegerekende bezittingen of opbrengsten: de omvang van de overgenomen of voldane schulden of uitgaven toegerekend aan de persoon of personen aan wie geen bezittingen of opbrengsten worden toegerekend;*

   b. *indien het verkregene als bedoeld in het tweede lid afkomstig is uit aan meerdere personen toegerekende bezittingen of opbrengsten: de omvang van de overgenomen of voldane schulden of uitgaven verminderd met het aan deze personen toegerekende deel van de desbetreffende schulden of uitgaven. Indien de overgenomen schulden of uitgaven bovendien toegerekend worden aan meerdere personen aan wie niet of in minder dan evenredige mate de bezittingen of opbrengsten, waaruit de uitkering afkomstig is, worden toegerekend, dan wordt de schenking geacht aan deze personen gedaan te zijn in de verhouding waarin zij onderling een meer dan evenredig deel van de hiervoor bedoelde schulden of uitgaven toegerekend hebben gekregen in vergelijking de hiervoor bedoelde bezittingen of opbrengsten.*

15.5.3 Verhouding "aandelen" en discretionaire karakter van het APV

Hiervoor heb ik reeds de vraag opgeworpen of het systeem van het bijhouden van "aandelen" zich verdraagt met het discretionaire karakter van het APV. Dit vereist immers een gedetailleerde administratie, waarbij per persoon aan wie wordt toegerekend de aan hem "toekomende" goederen en "ten laste van hem komende" schulden worden bijgehouden, alsmede de vruchten daarvan en hetgeen hier van tijd tot tijd voor in de plaats komt. Ogenschijnlijk is dit strijdig met het concept van een discretionair APV, als entiteit die vermogen aanhoudt ten behoeve van een groep begunstigden, waarvan de samenstelling mogelijk niet eens vaststaat en waarbij niet vastgelegd is wie wat krijgt. Door het APV-vermogen administratief te "verdelen" komt het flexibele, discretionaire element veel minder tot zijn recht en lijkt het APV richting een niet-discretionair APV te gaan, waarbij vooraf is vastgelegd welke begunstigde wat kan verkrijgen.

Desalniettemin hoeft de administratieve "verdeling" naar mijn mening niet te betekenen dat het APV zijn discretionaire karakter verliest, mits geen sprake is van meer dan dat: een administratieve verdeling zonder toekenning van enig recht. De omstandigheid dat bepaalde vermogensbestanddelen administratief worden toegerekend aan een bepaalde persoon verschaft deze persoon immers nog geen juridisch afdwingbare (en daarmee zelfstandig belastbare) aanspraak op het desbetreffende vermogen.

Hoewel een dergelijke administratieve toedeling wellicht de suggestie wekt van een niet-discretionair APV, brengt deze toedeling als zodanig niet met zich dat het APV ophoudt discretionair te zijn. Het bestuur van het APV heeft nog steeds de mogelijkheid om te besluiten om van het "aandeel", dat aan een bepaalde persoon wordt toegerekend, slechts een deel of zelfs helemaal niets aan hem uit te keren, of om te besluiten ten laste van dit "aandeel" een uitkering te doen aan een andere begunstigde (aan wie al dan niet ook APV-vermogen wordt toegerekend).

De vraag is vervolgens of dit anders wordt op het moment dat het APV een uitkering doet ten laste van een van de "aandelen", zodat deze een ongelijke omvang krijgen. Ook dit hoeft naar mijn mening nog niet te betekenen dat het APV nu ophoudt discretionair te zijn. Tenzij daadwerkelijk een verdeling wordt aangebracht door bijvoorbeeld een daartoe strekkend besluit van het bestuur van het APV of het creëren van sub-APV's[1555] met separate begunstigden blijft de mogelijkheid bestaan om uit het "aandeel" van de één een uitkering te doen aan de ander. Een dergelijke uitkering leidt dan wel tot het in aanmerking nemen van een schenking op grond van artikel 17 SW en, afhankelijk van de aard van het vermogen, tot een met inkomstenbelasting belaste vervreemdingswinst bij degene uit wiens "aandeel" de uitkering plaatsvindt.[1556]

Een ander punt is hoe omgegaan moet worden met mutaties in de klasse van begunstigden en of dit verschuivingen tussen de "aandelen" met zich kan brengen. Dit is mijns inziens alleen het geval indien een begunstigde, die tevens erfgenaam is, definitief geschrapt wordt als begunstigde. Hieronder werk ik de verschillende soorten mutaties uit:

(a) Allereerst de situatie waarin een begunstigde, die niet tevens erfgenaam is, geschrapt wordt. Aangezien deze begunstigde geen vermogen krijgt toegerekend, leidt het schrappen van de begunstiging er niet toe dat er vermogen overblijft dat aan niemand wordt toegerekend, zodat dit geen inkomstenbelastinggevolgen heeft. Schenkbelastinggevolgen zijn er uiteraard ook niet, aangezien het schrappen van een begunstigde als zodanig niet met zich brengt dat andere begunstigden een rechtens afdwingbare aanspraak krijgen.

(b) Voorts kan een begunstigde geschrapt worden die wel tevens erfgenaam is. Omdat deze persoon wel vermogen krijgt toegerekend, heeft dit mijns inziens inkomstenbelastinggevolgen. Mijns inziens brengt het (definitief) schrappen van een erfgenaam als begunstigde redelijkerwijs met zich dat niet langer vermogen

1555 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 Zwalve 2000, pagina 284 – 285).

1556 Bijvoorbeeld als tot dit "aandeel" aanmerkelijkbelangaandelen behoren die (deels) worden uitgekeerd aan een ander dan aan degene aan wie het "aandeel" (ook) voor inkomstenbelastingdoeleinden behoort.

aan hem wordt toegerekend.[1557] Het vermogen wordt vervolgens toegerekend aan de resterende erfgenamen, op pro rata basis.[1558] Hierbij ontstaat in eerste instantie gemeenschappelijke "eigendom" van dit vermogen, maar het lijkt me redelijk om dit vervolgens weer te kunnen "verdelen" tussen de erfgenamen.[1559]

Daarbij rijst – ook bij de thans geldende regeling – de vraag of deze wijziging in de toerekening schenk- of erfbelastinggevolgen heeft. Schenkbelasting kan mijns inziens echter niet aan de orde zijn, omdat (i) degene aan wie na de wijziging wordt toegerekend nog steeds geen afdwingbare aanspraak heeft en dus niet verrijkt wordt, (ii) degene aan wie voor de wijziging werd toegerekend evenmin verarmt en (iii) in principe geen sprake is van een bevoordelingsbedoeling bij de begunstigde die geschrapt wordt. Wel kan de wijziging in de toerekening gezien worden als aanleiding voor de herziening van de ter zake van het overlijden van de inbrenger geheven erfbelasting. In een systeem dat zo veel mogelijk de situatie waarin niet is ingebracht probeert na te bootsen is dit naar mijn mening ook consistent. Dit vereist echter een aanvulling op artikel 16 SW, omdat er op dit moment geen fictie is die heffing bij degenen, die meer krijgen toegerekend, mogelijk maakt.[1560] [1561] Daarnaast dient artikel 53 SW aangepast te worden, zodat voorzien wordt in teruggave van erfbelasting aan diegene die als begunstigde geschrapt is.[1562]

(c) Het is natuurlijk ook mogelijk dat een begunstigde wordt toegevoegd. Dit heeft echter geen invloed op de toerekening voor de inkomstenbelasting. Indien de desbetreffende persoon geen erfgenaam is kan niet aan hem toegerekend worden en indien hij wel erfgenaam is bestond kennelijk op het moment van overlijden van de inbrenger de mogelijkheid dat hij begunstigde zou worden, zodat het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 niet geleverd kon worden en dus al aan hem toegerekend wordt. De daadwerkelijke toevoeging als begunstigde brengt geen verschuiving in de pro rata aandelen als erfgenaam met zich en heeft

---

1557 Omdat dan op dit latere moment voldaan is aan de voorwaarden aan het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001. In geval van box 1 of box 2-vermogen kan de beëindiging van de toerekening aan de geschrapte erfgenaam ertoe leiden dat deze erfgenaam een belaste vervreemdingswinst realiseert.

1558 Op basis van de omvang van de verkrijging krachtens erfrecht en niet op basis van de "aandelen". Door uitkeringen kan de relatieve omvang van de "aandelen" immers variëren.

1559 In principe kan dit inkomstenbelastinggevolgen hebben, afhankelijk van de aard van het vermogen. Indien het schrappen van de begunstigde en de "verdeling" echter op min of meer hetzelfde moment plaatsvinden zal nog geen meerwaarde gerealiseerd zijn, zodat daadwerkelijke belastingheffing bij de overblijvende erfgenamen vermeden kan worden.

1560 Een alternatief is het creëren van nog een schenkingsfictie. Dit heeft echter niet mijn voorkeur. De basis voor toerekening is de verwantschap tot de inbrenger. Voorts is herziening van de erfbelasting de benadering als de verdeling van een (daadwerkelijke) nalatenschap over de verschillende verkrijgers wijzigt.

1561 Daarbij zou dan in artikel 45 lid 3 SW geregeld moeten worden dat de aangiftetermijn pas gaat lopen op het moment dat de verschuiving in de toerekening zich voordoet.

1562 Zie voorts paragraaf 14.4.4.

dus geen invloed op de toerekening. Schenkbelastinggevolgen zijn er evenmin, zolang geen rechtens afdwingbare aanspraak ontstaat.

(d) Verschuiving tussen de "aandelen", zodat een erfgenaam een groter "aandeel" krijgt ten koste van één of meer andere kan zich mijns inziens niet voordoen. Uit het discretionaire karakter van het APV vloeit voort dat de "verdeling" slechts administratief is. Het wijzigen van de omvang van de "aandelen" kan dus niet plaatsvinden zonder dat het APV (deels) ophoudt om discretionair te zijn.

Ten slotte is een aandachtspunt of de administratieve "verdeling" van het vermogen tot bewijsproblemen kan leiden. Hoewel een APV naar mijn mening niet ophoudt discretionair te zijn door enkel het administratief bijhouden van "aandelen", wordt het wellicht minder duidelijk wanneer een APV discretionair is, maar het vermogen in "aandelen" bijhoudt, en wanneer het APV niet-discretionair is en sprake is van aanspraken van de begunstigden die onderworpen zijn aan de heffing van inkomstenbelasting.[1563] Het is daarom niet uit te sluiten dat de administratieve "verdeling" met zich brengt dat de belastingdienst zich op het standpunt stelt dat de begunstigden een rechtens afdwingbare aanspraak hebben.

Mijns inziens is dit standpunt alleen houdbaar indien ofwel in de statuten, reglementen en dergelijke stukken van het APV geregeld is dat dergelijke aanspraken bestaan, ofwel de facto sprake is van een dergelijke beschikkingsmacht dat het APV in feite niet meer discretionair is. Dit doet er echter niet aan af dat de belastingplichtige onder omstandigheden met een bewijsprobleem geconfronteerd kan worden. Indien de mogelijkheid geschapen wordt om administratief "aandelen" in het APV-vermogen te creëren, lijkt een regeling die hierin voorziet mij dan ook een goede aanvulling. Een invulling is daarbij het maken van een afspraak over de status van het APV. Er van uitgaand dat dit in het leven geroepen wordt met civielrechtelijke doeleinden, bijvoorbeeld om te fungeren als een familiestichting, hoeven hier vanuit het perspectief van de inbrenger geen belemmeringen voor te zijn.

15.5.4 Separate APV's

Een eenvoudiger alternatief voor het hierboven beschreven systeem lijkt wellicht het creëren van separate APV's, per familiestaak één. Dit stuit mijns inziens echter op de volgende bezwaren. Allereerst is het met name een oplossing voor de situatie waarin er meerdere inbrengers zijn, welke zich naar ik aanneem zelden zal voordoen gezien de complicaties die dit met zich brengt. De concrete problematiek speelt voornamelijk in gevallen waarin de inbrenger is overleden en wordt toegerekend aan meerdere

1563 Op grond van artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001.

erfgenamen. In dit laatste geval levert het creëren van separate APV's als gevolg van het systeem van de toerekening beperkt of geen voordeel op.

Voorbeeld: separate APV's

Inbrenger X heeft ten behoeve van zijn drie kinderen A, B en C een APV ingesteld. X overlijdt, met zijn drie kinderen als erfgenamen voor gelijke delen. Om de belangen van zijn kinderen afzonderlijk te kunnen behartigen, deelt het bestuur van het APV het APV-vermogen in drie delen, welke ieder in een sub-APV voor één kind worden ingebracht. Het systeem van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 schrijft nu voor dat het vermogen van APV A voor $^1/_3$ aan A toegerekend wordt, voor $^1/_3$ aan B en voor $^1/_3$ aan C. Hetzelfde geldt uiteraard voor de APV's B en C. Het instellen van separate APV's leidt daardoor eerder tot meer complicaties dan dat het iets oplost.[1564]

Dit probleem is ten dele te ondervangen door bij leven separate APV's in te stellen per kind, waarvan de andere kinderen (en hun partners) geen begunstigde zijn of kunnen worden. Dit beperkt echter in hoge mate de flexibiliteit. Indien A zich ongunstig blijkt te ontwikkelen en geen uitkeringen verdient volgens de criteria van X, of A en B uiteindelijk wel afstammelingen hebben, maar C niet, dan is de "herverdeling" van het APV-vermogen gemakkelijker bij één APV dan bij drie aparte, zo dit niet bij de regeling van de begunstiging geheel uitgesloten is. Voorts is het in de situatie waarin de inbrenger reeds overleden is maar de vraag of de regelingen met betrekking tot het APV wel voorzien in de mogelijkheid tot het aanbrengen van een dergelijke scheiding met uitsluiting van onderlinge begunstiging.

Het punt is dus niet in alle gevallen onoverkomelijk, maar in veel situaties juist wel. Daarnaast dient de wetgever mijns inziens een consistent en zuiver systeem te hanteren, dat voorziet in de verschillende wijzen waarop belastingplichtigen hun zaken civielrechtelijk vorm kunnen geven en niet uitsluitend bepaalde vormen daarvan. De hierboven geschetste systematiek met "aandelen" doet meer recht aan dit uitgangspunt dan de huidige APV-regeling

15.5.5 Conclusie

Artikel 17 lid 1 SW schrijft voor dat als een begunstigde aan wie APV-vermogen wordt toegerekend een uitkering ontvangt, hij dit niet uitsluitend "van zichzelf" ontvangt, maar deels geacht wordt een schenking te krijgen van de ander(en) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend. De wetgever meent echter dat in bepaalde omstandigheden uit de wetssystematiek voortvloeit dat een persoon zijn "aandeel" in het APV-vermogen zonder heffing van schenkbelasting uitgekeerd kan krijgen. Ik vind

1564 Zie nader paragraaf 14.4.2.3.3.

dit beroep op de wetssystematiek niet overtuigend. Daarnaast lijkt het me dat een beroep op de desbetreffende passages uit de parlementaire geschiedenis ook niet succesvol zal zijn. De wetgever heeft deze uitlatingen mijns inziens als medewetgever gedaan, zodat van opgewekt vertrouwen geen sprake kan zijn. Daarnaast is de tekst van artikel 17 lid 1 SW duidelijk, zodat wetshistorische interpretatie met als uitkomst dat geen schenkbelasting verschuldigd is naar mijn mening niet mogelijk is. De interpretatie van artikel 17 SW is door deze uitlatingen in de parlementaire geschiedenis echter wel vertroebeld.

Los daarvan past de door de wetgever voorgestane systematiek niet in het voor de inkomstenbelasting gehanteerde uitgangspunt van gemeenschappelijke "eigendom" van het APV-vermogen. Dit laatste uitgangspunt past echter weer niet volledig in de bedoeling van de APV-regeling, zijnde het zo veel mogelijk nabootsen van de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden. Het resultaat is een innerlijk tegenstrijdig systeem. Mijn voorstel is daarom om nog meer aan te sluiten bij die laatste situatie en een zodanige interpretatie te geven aan de APV-regeling dat het mogelijk is om "aandelen" bij te houden en een uitkering aan een specifiek "aandeel" toe te rekenen, op de wijze zoals hierboven in paragraaf 15.5.1 beschreven.

Vooralsnog geldt echter de veel minder ver gaande interpretatie van de wetgever. Desondanks is het naar mijn mening mogelijk om het APV zo vorm te geven dat een vergelijkbare structuur gecreëerd wordt, door middel van het instellen van sub-APV's. Dit is besproken in paragraaf 14.4.2.3.3.

15.6 Problemen bij de toepassing van de tegenbewijsregeling

In paragrafen 14.3.6.6.2 en 14.3.6.6.3 heb ik een tweetal problemen bij de toepassing van de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a Wet 2001 gesignaleerd:

(a) De tegenbewijsregeling houdt geen rekening met de mogelijkheid dat een erfgenaam slechts een rechtens afdwingbare aanspraak heeft jegens het APV, maar geen begunstigde is van het discretionaire deel van het APV: deze erfgenaam kan het tegenbewijs niet leveren en krijgt dus vermogen toegerekend dat zelfs in theorie niet aan hem uitgekeerd kan worden.

(b) Het is onduidelijk hoe moet worden omgegaan met een erfgenaam die op het moment van overlijden van de inbrenger begunstigde was van het APV, maar op een moment nadien definitief ophoudt begunstigde te zijn. Redelijkerwijs kan het tegenbewijs dan alsnog geleverd worden, maar dit is niet duidelijk. Daarnaast zou voor een sluitende regeling nodig zijn dat het aandeel in het APV-vermogen, dat niet langer wordt toegerekend aan de uitgesloten erfgenaam, vanaf dat

moment wordt toegerekend aan een ander. In een dergelijke verschuiving van de toerekening is derhalve niet voorzien. Tevens rijst de vraag of een verschuiving in de toerekening aanleiding zou moeten geven tot belastingheffing.

In beide gevallen is mijns inziens sprake van een knelpunt, dat zijn oorsprong vindt in een juridische onvolkomenheid in de wetgeving. In het geval van beperkte begunstiging betreft dit een voor de belastingplichtige ongerijmd effect (categorie 3(a)) en in geval van een mutatie in de groep begunstigde betreft dit onduidelijkheden in de wetgeving (categorie 2(b), alsmede een leemte in de wetgeving (categorie 3(b)). De gesignaleerde knelpunten zouden naar mijn mening als volgt opgelost kunnen worden:

(a) De samenloop van de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 met een erfgenaam die beperkt begunstigde is van het APV, omdat hij slechts een afdwingbare aanspraak heeft en overigens niets kan ontvangen, lijkt mij relatief eenvoudig oplosbaar. Het probleem ontstaat doordat ook het hebben van uitsluitend een afdwingbare aanspraak de erfgenaam tot begunstigde maakt, zodat het tegenbewijs niet geleverd kan worden. Indien aan artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 wordt toegevoegd dat bij de bepaling of een erfgenaam (of zijn partner) begunstigde is van het APV of dat kan worden geen rekening wordt gehouden met rechtens afdwingbare aanspraken, dan zou het tegenbewijs goed moeten verlopen: degenen met slechts een afdwingbare aanspraak kunnen – terecht – het tegenbewijs leveren en degenen die (tevens) begunstigde zijn van het discretionaire deel van het APV kunnen het tegenbewijs niet leveren en aan hen vindt derhalve de toerekening plaats.

(b) In geval van een mutatie in de klasse van begunstigden, in de zin dat een erfgenaam, die begunstigde van het APV is, definitief als zodanig wordt geschrapt, doen zich meerdere vragen voor:

(i) Kan alsnog het tegenbewijs geleverd worden? In paragraaf 14.3.6.6.3 heb ik betoogd dat dit mogelijk zou moeten zijn, maar deze onduidelijkheid dient weggenomen te worden door dit expliciet te bepalen in de tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001.

(ii) Aannemend dat alsnog het tegenbewijs alsnog geleverd kan worden, leidt de resulterende verschuiving in de toerekening dan voor degene(n) aan wie een groter deel van het APV-vermogen wordt toegerekend tot een belastbare verkrijging in de zin van de Successiewet? In paragraaf 14.4.4 ben ik hier reeds op ingegaan, met samengevat de volgende conclusies:

- Er is geen sprake van een belastbare schenking door de

erfgenamen die alsnog wordt uitgesloten als begunstigde aan de andere erfgenamen.

- Deze situatie vertoont parallellen met bijvoorbeeld de vervulling van een voorwaarde, in welk geval ook de een ophoudt verkrijger te zijn en een ander in diens plaats verkrijgt. In die gevallen is geregeld dat enerzijds schenk- of erfbelasting gerestitueerd wordt en anderzijds alsnog geheven kan worden. Een dergelijke benadering in het geval van een mutatie in de klasse van begunstigden lijkt mij redelijk, maar dient de wet gewijzigd te worden om daarin te voorzien.

Concluderend leidt de toepassing van de tegenbewijsregeling tot meerdere knelpunten, die het gevolg zijn van onvolkomenheden in de wetgeving. Een wijziging van de wet is nodig om deze onvolkomenheden te verhelpen.

15.7 Toerekening van APV-vermogen aan een veelheid aan erfgenamen

In paragraaf 14.3.6.7 heb ik reeds gerefereerd aan de mogelijkheid dat er op enig moment sprake is van een groot aantal erfgenamen aan wie het APV-vermogen toegerekend moet worden. Indien het APV gedurende langere periode bestaat, is deze situatie goed denkbaar. Mogelijk is het, indien niet structureel is bijgehouden wie van verschillende verervingen de uiteindelijke erfgenamen van de inbrenger zijn, zelfs onmogelijk geworden om vast te stellen aan wie welk percentage van het APV-vermogen toegerekend moet worden. Indien het APV lang voor überhaupt over de APV-regeling werd nagedacht is ingesteld, zal de latere noodzaak om dit bij te houden niet bekend zijn geweest.

Zelfs indien wel bepaald kan worden welke erfgenaam welk deel van het vermogen toegerekend dient te krijgen, leidt de toerekening van het APV-vermogen aan een veelheid van erfgenamen tot een behoorlijke administratieve last. Iedere erfgenaam moet zijn aandeel in het APV-vermogen verantwoorden in zijn aangifte inkomstenbelasting. Daarnaast moet bij iedere uitkering getoetst worden of de resulterende “deelschenkingen” van de overige erfgenamen wellicht leiden tot de verschuldigdheid van schenkbelasting.

Vraag is of het wenselijk is om een oplossing te treffen voor deze situaties. In het algemeen zou mijns inziens een oplossing voor zowel problemen om de exacte toerekening vast te stellen, als een hoge administratieve lastendruk, gevonden kunnen worden in het doen inhouden en afdragen door het APV van inkomstenbelasting die door alle erfgenamen gezamenlijk verschuldigd is. Een bijkomend voordeel is dat de heffing

direct ten laste komt van het APV-vermogen en de erfgenamen dus niet in hun vermogen raakt. Deze benadering gaat echter gepaard met een aantal aandachtspunten:

- Er moet vastgesteld worden in welke box iedere erfgenaam in de heffing betrokken wordt. Dit lijkt mij overigens meer een theoretisch dan een daadwerkelijk probleem. Box 1-vermogen zal zich bij een APV met toerekening aan een groot aantal personen in beginsel niet voordoen. Een APV met een eigen onderneming ligt niet voor de hand en in voorkomend geval is vast te stellen dat hiervan sprake is. Het andere denkbare alternatief is resultaatsvermogen, waarvan dan tbs-vorderingen het meest voor de hand liggen. Van een aanmerkelijk belang (en daarmee van terbeschikkingstelling) zal echter bij toerekening aan een groot aantal personen vaak geen sprake zijn, zelfs als het APV een 100%-belang houdt.

  Hoewel niet in alle gevallen (eenvoudig) bepaald zal kunnen worden in welke box het APV-vermogen bij de erfgenamen belast dient te worden, zou ik verwachten dat veelal wel vastgesteld kan worden dat het box 3-vermogen betreft. In elk geval kan als voorwaarde voor de mogelijkheid voor het APV om namens de erfgenamen de inkomstenbelasting te betalen bepaald worden dat aangetoond moet kunnen worden dat het voor alle erfgenamen om box 3-vermogen gaat.

- Differentiatie in het tarief, althans in geval van box 3 de rendementsklasse[1565], waartegen het vermogen belast wordt bij iedere erfgenaam. Een praktische benadering is om het doen betalen van de inkomstenbelasting door het APV een optie te laten zijn, waar men al dan niet voor kan kiezen. Daaraan is de conditie verbonden dat het APV slechts eenmaal het heffingsvrije vermogen en de lagere schijven van de rendementsklassen mag toepassen. Per saldo zal dit waarschijnlijk leiden tot een hoger bedrag aan verschuldigde belasting. Dat is de prijs die de erfgenamen zullen moeten betalen voor een eenvoudiger systeem, alsmede het niet zelf hoeven te betalen van de inkomstenbelasting.

- Keuze voor de persoon die kiest voor het al dan niet toepassen van de regeling: het APV of de erfgenamen, waarbij in het laatste geval een unanimiteitsvereiste voor de hand ligt. In feite is hier naar mijn mening echter maar één optie: het APV zal deze keuze moeten maken. De medewerking van het APV is immers nodig voor de uitvoering van deze keuze, zodat het weinig zin heeft om deze (uitsluitend) bij de erfgenamen neer te leggen. Het mede vereisen van de instemming van alle (potentiële) erfgenamen werpt daarentegen een hindernis op voor het daadwerkelijk maken van deze keuze. Derhalve kom ik bij het APV uit.

1565 Artikel 5.2 lid 1 Wet IB 2001.

- De vraag rijst of het betalen van de belasting door het APV gezien kan worden als een onderlinge schenking tussen de erfgenamen. In geval van box 3-vermogen lijkt mij dit niet aan de orde, in zoverre dat een evenredig deel van de belasting wordt betaald namens iedere erfgenaam, zodat geen sprake is van een vermogensverschuiving.[1566]

- Een principiëler punt is of deze benadering niet vereist dat een entiteit belastingsubject voor de inkomstenbelasting wordt. Dit lijkt mij niet noodzakelijkerwijs het geval. De belasting kan nog steeds geheven worden van de erfgenamen, waarbij het APV als een soort van inhoudingsplichtige optreedt, die de belasting inhoudt op het inkomen of het vermogen van het APV en deze vervolgens namens de erfgenamen afdraagt. Conceptueel lijkt mij dit inpasbaar in de Wet IB 2001 en ook de voorkeur hebben boven het introduceren van een vorm van inkomstenbelastingplicht voor entiteiten. Desalniettemin vereist een dergelijke regeling een significante wijziging ten opzichte van de huidige systematiek.

- Voorts is er een praktische belemmering bij het doen inhouden en afdragen van de inkomstenbelasting door het APV: veelal zal het APV niet in Nederland gevestigd zijn en mogelijk in een jurisdictie die de invordering van Nederlandse belasting niet faciliteert. Het is uiteraard niet de bedoeling dat het treffen van een regeling die beoogt praktische belemmeringen voor het APV en/of de erfgenamen weg te nemen er in resulteert dat de verschuldigde belasting uiteindelijk niet betaald wordt. Dit punt lijkt mij overigens oplosbaar door de regeling van inhouding en afdracht van de inkomstenbelasting door het APV facultatief te maken. Er kan dan voor gekozen worden om van deze regeling gebruik te maken, maar tegelijkertijd worden de erfgenamen pas bevrijd van hun verplichting om de door hen verschuldigde inkomstenbelasting te betalen op het moment dat het APV de belasting voor het desbetreffende jaar heeft afgedragen. Dit impliceert overigens dat de periode na het einde van het belastingjaar gedurende welke het APV de mogelijkheid heeft om tot inhouding en afdracht van de inkomstenbelasting over te gaan relatief beperkt moet zijn, bijvoorbeeld twaalf maanden, om de belastingdienst de mogelijkheid te geven om alsnog aan de erfgenamen een individuele aanslag op te leggen.[1567] Het alternatief is om de inhouding het karakter te laten hebben van een voorheffing, die de erfgenamen

1566 Behoudens het punt van de kruislingse schenkingen tussen de erfgenamen. Het lijkt mij echter voor de hand te liggen dat indien een optie als deze geboden wordt, tevens wordt geregeld dat dit voor de erfbelasting neutraal verloopt. Overigens is de vraag in hoeverre daadwerkelijke heffing snel aan de orde is, omdat het bedrag aan belasting van iedere erfgenaam is opgebouwd uit meerdere "deelschenkingen" van de andere erfgenamen. Het bedrag aan belasting moet vrij groot zijn, voordat een dergelijke deelschenking boven de vrijstelling van artikel 33 ten 7° SW (of andere toepasselijke vrijstelling) uitkomt.

1567 Aannemend dat het bestaan van het APV bekend is, is geen sprake van een nieuw feit en moet in beginsel teruggevallen worden op de reguliere aanslagtermijn.

kunnen verrekenen met de door hen verschuldigde belasting. Aangezien dit alternatief impliceert dat bepaalbaar is hoeveel belasting iedere erfgenaam verschuldigd is, is dit niet zozeer een oplossing voor toerekeningsproblemen, als wel voor de financiering van de door de erfgenamen verschuldigde belasting.[1568]

Van deze punten lijkt het vierde mij het meest zwaarwegend; een wijziging van de systematiek vereist een principiëlere keuze dan de aanpak van de overige punten, waar een praktische oplossing voor voorhanden is.

Naast de inkomstenbelasting moet ook het punt van de eventuele schenkbelasting op uitkeringen geadresseerd worden. Een uitkering aan een begunstigde kan tot de verschuldigdheid van schenkbelasting leiden, hoewel mij de vraag lijkt in hoeverre dit in de praktijk het geval zal zijn. Bij toerekening aan een groot aantal personen, is ook sprake van een groot aantal deelschenkingen. Op ieder van die deelschenkingen is in ieder geval de vrijstelling van artikel 33 ten 7º SW van toepassing. De uitkering moet derhalve enige omvang hebben voordat heffing van schenkbelasting aan de orde komt. Een regeling die tot een vereenvoudiging leidt op dit punt, doordat niet alle individuele deelschenkingen getoetst worden, moet dus ook recht doen aan dat aspect.

In basis kan een dergelijke regeling uitgaan van de betaling van de schenkbelasting door het APV, ofwel namens alle "schenkers", ofwel doordat het APV er voor opteert om fictief als schenker te worden aangemerkt. Binnen het systeem van de Successiewet lijken beide benaderingen mij in beginsel mogelijk, met dien verstande dat de tweede mij eenvoudiger inpasbaar lijkt. In beide gevallen moet echter bepaald worden welke vrijstelling gehanteerd wordt, alsmede welk tarief. Mijn gedachten gaan daarbij uit naar het volgende:

- Per erfgenaam aan wie wordt toegerekend, wordt eenmaal de vrijstelling van artikel 33 ten 7º SW in aanmerking genomen, of eventueel een percentage van deze vrijstelling. Eenmaal deze vrijstelling voor de totale uitkering doet mijns inziens onvoldoende recht aan de vrijstelling die in totaal verkregen zou worden indien wel alle "deelschenkingen" apart zouden worden bekeken. Een vrijstelling per erfgenaam leidt echter mogelijk tot een in totaal te hoge vrijstelling, omdat het in de praktijk zelden zal voorkomen dat een groot aantal erfgenamen een gelijk procentueel "aandeel" in het APV-vermogen heeft en daarmee een evenredig deel van de uitkering geacht wordt te schenken. Veelal zal zich de situatie voordoen dat niet alle deelschenkingen van gelijke omvang zijn, waarbij het gevolg kan zijn dat bij sommige de vrijstelling niet benut wordt, terwijl andere wel belast zijn. Men kan hiermee rekening houden door per erfgenaam

1568 Nader besproken in paragraaf 15.8.

slechts een deel van de vrijstelling, (bijvoorbeeld) 70%[1569], van de vrijstelling in aanmerking te nemen.

- Op het belastbare deel van de uitkering wordt het derdentarief toegepast. Dit tarief zal immers ook op de meeste, zo niet alle, deelschenkingen van toepassing zijn geweest.

- De regeling wordt facultatief: men kan opteren voor toepassing hiervan of toch alle deelschenkingen apart bekijken. De eventuele wat kleinere vrijstelling of het hogere tarief voor een deel van de uitkering is dan de prijs die betaald moet worden voor eenvoud in de uitvoering.

- De keuze voor toepassing moet weer gemaakt worden door het APV.

Mijns inziens kan met deze benadering een oplossing gevonden worden voor praktische belemmeringen die spelen bij APV's waarvan het vermogen aan een groot aantal personen dient te worden toegerekend. Desalniettemin zou ik, althans vooralsnog, niet willen voorstellen om een dergelijke regeling daadwerkelijk op te nemen in de wet, althans niet voor uitsluitend het oplossen van het onderhavige. Dit hangt allereerst samen met de omstandigheid dat er toch een aantal vraagpunten bij de vormgeving zijn, alsmede dat de keuze gemaakt moet worden voor een significante inbreuk op het systeem van de Wet IB 2001. Daarnaast is van belang dat het aantal gevallen waarbij deze problematiek speelt mij niet bekend is, maar dat ik zou verwachten dat dit relatief beperkt blijft: toerekening aan een veelheid aan erfgenamen impliceert dat het APV al over meerdere generaties bestaat en hoewel dergelijke APV's bestaan, zullen de meeste van recentere datum zijn. Met andere woorden: de problematiek is naar mijn mening niet wijdverbreid genoeg om een ingrijpende wijziging in het stelsel te rechtvaardigen. De door mij geschetste kaders kunnen in een concrete situatie mogelijk echter dienen als basis voor een oplossing voor dat specifieke geval. Daarnaast kan de inhouding en afdracht van belastingen door het APV wel het probleem ondervangen van financiering van de verschuldigde belasting door de erfgenamen, zie paragraaf 15.8 hierna. In die situatie ligt een inhouding die fungeert als een voorheffing op de inkomstenbelasting mijns inziens het meest voor de hand.

Tot slot merk ik op dat voor zover de hiervoor gesignaleerde problematiek te beschouwen is als een knelpunt, deze het gevolg is van een onvolkomenheid in de wetgeving: hoewel dit probleem specifieke gevallen treft, wordt de toepassing APV-regeling praktisch

1569 Dit percentage is een grove schatting gebaseerd op de gedachte dat indien het totale bedrag van de uitkering gedeeld door het aantal "schenkers" en iedere deelschenking het bedrag van de vrijstelling van artikel 33 ten 7º SW overschrijdt, het waarschijnlijk lijkt dat, indien daadwerkelijk alle deelschenkingen in aanmerking genomen worden, voor de meeste individuele deelschenkingen deze vrijstelling geheel of grotendeels benut zou worden.

(nagenoeg) onmogelijk. Dit is overigens niet zozeer een onvolkomenheid van juridische aard, zoals de hiervoor besproken onvolkomenheden, maar een onvolkomenheid in de uitvoerbaarheid van de regeling.[1570]

15.8 Onmogelijkheid betalen belasting door erfgenamen en vergoeding door APV

Een belangrijk praktisch probleem is hoe de erfgenamen de inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting moeten betalen die zij verschuldigd zijn in verband met het APV-vermogen dat aan hen toegerekend wordt. Eenzelfde vraag speelt uiteraard voor de inbrenger, maar is in die context in mijn ogen minder problematisch, omdat de inbrenger het APV zelf in het leven geroepen heeft en daarmee geacht kan worden de daarmee samenhangende fiscale consequenties te aanvaarden.[1571] De inbrenger is bovendien in de positie geweest om bij de instelling van het APV een regeling te treffen die hem tot betaling van de belasting in staat stelt.

Er zijn meerdere benaderingen denkbaar om dit punt te adresseren, in het kort:

(a) een (facultatieve) mogelijkheid om het APV de door degene(n), aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, verschuldigde inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting te laten inhouden en afdragen;

(b) een wettelijk verhaalsrecht voor de degene(n), aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, jegens het APV in verband met de door hen als gevolg van toerekening van het APV-vermogen verschuldigde belasting;

(c) de inbrenger voorziet in een verplichting voor het APV om de "belastingschade" te vergoeden, die degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, lijden in verband met deze toerekening; of

(d) er is geen sprake van een mogelijkheid tot afdracht of verhaal, noch van een verplichting tot het vergoeden van de belasting door het APV, maar het APV gaat op eigen initiatief over tot het vergoeden van deze belasting.

Hierna ga ik in meer detail op de verschillende mogelijkheden in. Eenvoudshalve spreek ik daarbij van "erfgenamen", in plaats van "degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend".
Deze problemen in de betaling van de belasting, waarmee belastingplichtigen

1570 Categorie II, volgens de in hoofdstuk 2 onder (c) weergegeven onderverdeling.
1571 Althans de in Nederland woonachtige inbrenger. Ik kan mij voorstellen dat een uit een ander land afkomstige inbrenger, zoals een Amerikaan die een trust heeft ingesteld en vervolgens een aantal jaar voor zijn werk naar Nederland komt, toch voor een verrassing komt te staan.

kunnen worden opgezadeld, is een knelpunt, dat mijns inziens het gevolg is van een juridische onvolkomenheid in de wetgeving. De toepassing van de APV-regeling kan leiden tot het ongerijmde effect dat een belastingplichtige belasting verschuldigd is ter zake van vermogen waar hij nooit op enige wijze voordeel van heeft.[1572] Gezien het antimisbruikkarakter van de APV-regeling is voor de heffing van de belasting als zodanig wel een rechtvaardiging te vinden, maar de uitkomst van het niet voorzien in een regeling voor het oplossen van betalingsproblemen bij belastingplichtigen werkt naar mijn mening onredelijk uit. Volledigheidshalve merk ik op dat deze onvolkomenheid mijns inziens niet zozeer in de categorie "onuitvoerbaarheid" valt, aangezien de uitvoering in de zin van het vaststellen en invorderen van de belastingschuld niet het probleem is, maar financiële problemen bij de degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend.

15.8.1 Inhouding en afdracht belasting door het APV

De mogelijkheid om een regeling te treffen voor de inhouding van de door de erfgenamen verschuldigde belasting is reeds besproken in paragraaf 15.7, als mogelijke oplossing voor toerekeningsproblemen bij een groot aantal erfgenamen. Mijn gedachte gaat uit naar een facultatieve regeling: het APV kan de belasting inhouden en afdragen, maar dit hoeft niet. Het facultatieve karakter ondervangt invorderingsproblemen die kunnen spelen bij een verplichte regeling: indien het APV gevestigd is in een jurisdictie die invordering van Nederlandse belastingschulden niet faciliteert en het APV werkt niet mee aan de inhouding en afdracht van belasting, dan kan het gevolg zijn dat deze belasting onbetaald blijft. Dit bezwaar is mijns inziens te ondervangen door de regeling facultatief te maken en vorm te geven als een voorheffing: het APV kan de belasting inhouden en afdragen, in welk geval de erfgenaam deze belasting kan verrekenen met de door hem verschuldigde belasting. Indien echter geen inhouding en afdracht plaatsvindt, blijft de desbetreffende erfgenaam de belasting verschuldigd.

Deze benadering heeft als voordelen (i) de belasting komt ten laste van het APV-vermogen en niet ten laste van de erfgenamen en leidt bij hen dus niet tot financiële problemen, (ii) problemen in de toerekening kunnen worden ondervangen en (iii) de administratieve lastendruk neemt in meer of mindere mate af, afhankelijk van het aantal erfgenamen. Een belangrijk bezwaar is echter dat de inhouding van inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting als ware het een voorheffing een significante inbreuk op het huidige wettelijke systeem impliceert. Voorts zijn een aantal praktische bezwaren denkbaar, genoemd in paragraaf 15.7, maar die hangen samen met problemen in het bepalen van de toerekening en staan mijns inziens dus niet in de weg aan het implementeren van een voorheffing voor APV-gerelateerde belastingschulden

1572 Met andere woorden: er is sprake van een onvolkomenheid in categorie 3(a).

in het algemeen. Gezien de benodigde inbreuk op het wettelijke systeem heeft deze benadering echter niet mijn voorkeur.

15.8.2 Verhaalsrecht jegens het APV

Een minder vergaand, maar in de wet te regelen, alternatief is een verhaalsrecht voor de erfgenamen jegens het APV voor de door hen als gevolg van de verschuldigde inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting, althans voor zover geen sprake is van een uitkering uit het APV waaruit deze belasting betaald kan worden. In paragrafen 15.3.4 en 15.3.5 is reeds ingegaan op een dergelijk verhaalsrecht.

Het voordeel van deze benadering is dat het iedere erfgenaam een wettelijke mogelijkheid geeft om, indien hij belasting verschuldigd is, maar geen uitkering krijgt, een vergoeding van het APV te ontvangen. Deze benadering vereist ook geen grote inbreuk op het bestaande wettelijke systeem, in tegenstelling tot de hiervoor besproken regeling voor inhouding en afdracht van belasting door het APV als voorheffing. Zowel de Wet IB 2001 als de Successiewet kent reeds een voorziening voor de situatie dat belasting betaald moet worden door iemand die geen toegang heeft tot (liquide) vermogen om de belasting uit te voldoen.[1573] Een mogelijk bezwaar is dat een dergelijk verhaalsrecht de erfgenamen geen volledige zekerheid verschaft: denkbaar is dat het APV weigert om de uit het verhaalsrecht voortvloeiende vordering te voldoen en dat het gevestigd is in een jurisdictie waar het voor de erfgenamen problematisch is om nakoming af te dwingen.

15.8.3 Verplichting tot vergoeding van de belasting

Bij gebreke aan een wettelijke regeling kan de financiering van verschuldigde belasting ook worden geregeld door het APV te verplichten de belasting die de erfgenamen moeten betalen te vergoeden, althans voor zover deze niet gedekt wordt door een daadwerkelijke uitkering. De erfgenamen hebben dan mijns inziens een vordering op het APV onder de opschortende voorwaarde dat belasting verschuldigd wordt (en geen uitkering wordt gedaan). Daarmee is sprake van een vermogensrecht dat in box 3 valt, met als complicatie de waardering van dit vermogensrecht gezien het voorwaardelijke karakter ervan, enigszins afhankelijk van welke heffing het betreft:

- In geval van schenkbelasting kan naar mijn mening gezegd worden dat de vordering geen waarde heeft tot aan het moment van de fictieve verkrijging. De schenkbelasting hangt samen met een uitkering door het APV, zodat op ieder gegeven moment tot het daadwerkelijk besluiten tot de uitkering in principe

1573 Zie artikel 2.16 Wet IB 2001 en artikel 78 SW.

geen concreet vooruitzicht op vervulling van de voorwaarde bestaat. De waarde van de voorwaardelijke vordering tendeert daarmee naar nihil.

- De verschuldigdheid van erfbelasting hangt samen met het zijn van erfgenaam en (potentiële) begunstigde op het moment van overlijden van de inbrenger, waarbij de omvang van het dan toegerekend te krijgen vermogen vooraf nog niet vaststaat. Wel zal met het verstrijken van de tijd de fictieve erfrechtelijke verkrijging van de erfgenaam concreter worden. Dat impliceert dat op enig moment toch een zekere waarde aan de voorwaardelijke vordering toegekend moet worden.

- Bij de inkomstenbelasting ligt dit genuanceerder, aangezien deze heffing in beginsel jaarlijks plaatsvindt vanaf het moment dat de toerekening aan een erfgenaam een aanvang vindt. De aard van het vermogen in het APV speelt hierbij wel een rol: in geval van box 3-vermogen is er een jaarlijks terugkerende heffing, waarvan gezien de samenhang met de omvang van het toe te rekenen vermogen ook vooraf een redelijke inschatting te maken is. Bij aanmerkelijkbelangaandelen ligt dit anders, omdat deze niet ieder jaar hoeven te leiden tot een winst.

Hoewel er dus omstandigheden zijn dat de vordering van de erfgenaam een waarde heeft van (praktisch) nihil, is dit niet onder alle omstandigheden het geval. Desalniettemin lijkt mij verdedigbaar dat geen rekening gehouden wordt met een voorwaardelijke aanspraak van de erfgenaam in box 3, aangezien tegenover deze aanspraak een even grote schuld van het APV staat. Van beide is de omvang moeilijk tot niet vast te stellen, maar wel staat vast dat beide tot het toe te rekenen vermogen behoren en daarmee is het effect grotendeels neutraal. Een eventuele discrepantie wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat er meerdere erfgenamen kunnen zijn, die niet allen een relatief even grote belastingschuld hebben, terwijl zij wel ieder een evenredig deel van de corresponderende vordering toegerekend krijgen. Om een kort voorbeeld te geven: het vermogen van APV E wordt toegerekend aan erfgenamen F en G, ieder voor 50%. Het betreft box 3-vermogen en voor 2020 zal dit bij ieder van hen leiden tot een belastingschuld. F heeft echter reeds een groot privévermogen in box 3, zodat de gemiddelde[1574] belastingdruk op het hem toegerekende vermogen groter is dan die bij G. Als gevolg hiervan is F ter zake van het toegerekende vermogen in 2020 naar schatting € 30.000 aan belasting verschuldigd en G slechts € 20.000. Gezien de mate van

1574 Er zijn ook argumenten voor het vaststellen van de vordering aan de top van het tarief (dat is het nadeel dat F heeft) of juist aan de voet (anders kan gezegd worden dat F bevoordeeld wordt ten opzichte van G, omdat hij een grotere vergoeding krijgt bij een even grote toerekening). In het laatste geval wordt het beschreven effect ook beperkt, maar dit zal mijns inziens niet in alle gevallen c.q. voor alle heffingen te ondervangen zijn.

concreetheid[1575] van deze belastingschulden waardeer ik de vorderingen tot vergoeding van de belasting eenvoudshalve nominaal. Daar tegenover staan schulden van het APV van in totaal € 50.000, waarvan 50% wordt toegerekend aan ieder van F en G. Bij F leidt dit per saldo dus tot een vermeerdering van het box 3-vermogen met € 5.000 en bij G leidt dit tot een vermindering met € 5.000.[1576] De vorderingen en schulden hebben geen invloed op het totaal in de heffing te betrekken bedrag. Door het verschil in het effectieve tarief komt het totale bedrag aan belasting wel in beperkte mate lager uit.

Een redelijke benadering lijkt mij daarom om geen rekening te houden met deze vorderingen en corresponderende schulden bij het bepalen van de box 3-heffing. Het waarderen van deze vorderingen en schulden stuit op praktische problemen, terwijl het eventuele effect op de belastingheffing in beginsel gering is. Bovendien komt het mij als reëel voor dat de fiscale gevolgen van de toerekening voor de erfgenamen weggenomen moeten kunnen worden door het APV, zonder dat dit verdere heffing tot gevolg heeft. De wet voorziet hier evenwel niet in, zodat dit strikt genomen dan geregeld zou moeten worden, bijvoorbeeld door deze aanspraak en de corresponderende (toegerekende) schuld uit te sluiten van het box 3-vermogen. Daarmee is ook deze benadering niet zonder bezwaren. Een voordeel voor de erfgenamen is dat het APV nu een concrete verplichting heeft, hetgeen het risico op niet nakoming door het APV beperkt.

Op het moment dat de belasting eenmaal verschuldigd is, wordt de vordering van de erfgenaam jegens het APV onvoorwaardelijk en ontstaat daarmee in ieder geval een in box 3 te belasten vermogensbestanddeel.

15.8.4 Vergoeding op initiatief van het APV

Ten slotte is een mogelijkheid dat niet geregeld is en dat het APV op eigen initiatief overgaat tot vergoeding van de door de erfgenamen verschuldigde belasting. Het nadeel hiervan is dat dit een uitkering vereist en, indien sprake is van toerekening aan meerdere erfgenamen en voor de uitkering aan iedere erfgenaam kruislingse schenkingen in aanmerking genomen moeten worden, aanvullende belastingheffing plaatsvindt. Bovendien is er voor de erfgenamen een belangrijk civielrechtelijk nadeel, omdat zij nu geen concrete aanspraak hebben en afhankelijk zijn van het APV. Met name gezien het laatste dient mijns inziens wel een regeling getroffen worden.

1575 Omdat het in dit geval gaat om het volgende jaar. Voor belastingjaren verder in de toekomst wordt de schatting problematisch, omdat rekening gehouden moet worden met (i) fluctuaties in de omvang van het vermogen en (ii) de mogelijkheid dat de toerekening aan de erfgenaam in kwestie eindigt, bijvoorbeeld door diens overlijden.

1576 Daarmee ontstaat een (beperkt) cumulerend effect, want het box 3-vermogen van F is nu groter, daarmee wordt zijn belastingschuld groter en dus zijn voorwaardelijke vordering, etc. Bij G nemen box 3-vermogen, belastingschuld en voorwaardelijke vordering juist iets af.

15.8.5 Conclusie

Hiervoor zijn meerdere denkbare oplossingen besproken voor het probleem dat de erfgenamen belasting moeten betalen, terwijl zij mogelijk geen beschikking krijgen over middelen om deze belasting uit te voldoen. Aan al deze oplossingen zijn voor- en nadelen verbonden, maar één aspect is universeel: de vraag of de erfgenamen gelijk behandeld worden en - in het verlengde daarvan - de vraag in hoeverre dat noodzakelijk is. Een eventuele ongelijke behandeling wordt veroorzaakt doordat een erfgenaam meer belasting verschuldigd is dan een andere. Dit kan veroorzaakt worden doordat reeds sprake is van meer eigen inkomsten of vermogen bij een erfgenaam, als gevolg waarvan aan hem toegerekend inkomen of vermogen tegen een hoger effectief tarief belast wordt. Of er kan sprake zijn van een fictieve verkrijging op grond van de Successiewet, waarbij ter zake van de erfgenamen niet steeds hetzelfde tarief en/of dezelfde vrijstelling van toepassing is.

Vraag is in hoeverre het redelijk is om rekening te houden met dergelijke verschillen. Enerzijds kan gezegd worden dat alle erfgenamen een even grote bruto-uitkering zouden moeten krijgen, die dus geen rekening houdt met hun persoonlijke verschillen. Anderzijds kan men betogen dat de erfgenamen niet gekozen hebben voor het APV en de daarmee samenhangende fiscale gevolgen en dat zij daarom volledig voor het daarmee samenhangende "belastingnadeel" gecompenseerd moeten worden. Mijn voorkeur gaat uit naar de laatste benadering, mede in aanmerking nemend dat het APV helemaal niet tot doel hoeft te hebben om alle erfgenamen strikt gelijk te behandelen. Bij een wettelijke regeling zou ik de inkomstenbelasting dan ook in aanmerking willen nemen aan de top van het tarief. Bij een regeling die de inbrenger zelf treft in de beheersregeling van het APV kan deze uiteraard zijn eigen keuze maken en hetzelfde geldt voor een vergoeding op initiatief van het APV zelf.

De verschillende oplossingsrichtingen overziend, heeft het mijn voorkeur dat een verhaalsrecht voor de erfgenamen wordt opgenomen in de wet. Hiervoor is geen grote inbreuk op het huidige wettelijke systeem vereist, terwijl voor de erfgenamen van ieder APV een oplossing bereikt wordt. Zij zijn daarmee niet meer afhankelijk van wat de inbrenger geregeld heeft. Bij gebreke aan een dergelijke regeling zou de inbrenger mijns inziens een regeling moeten treffen in de beheersregeling van het APV, waarbij het de wetgever zou sieren als, indien hij niet bereid is om in een verhaalsrecht te voorzien, dan ten minste te regelen dat een dergelijke verplichte vergoeding door het APV niet als zodanig tot aanvullende heffing leidt. Overigens heeft een regeling op het niveau van het APV mijns inziens ook meerwaarde naast een verhaalsrecht: waar de bestuurder van het APV wellicht niet bereid zal zijn om een betaling te doen aan de erfgenaam uit hoofde van het verhaalsrecht, zou ik verwachten dat nakoming van een rechtstreekse aan het APV opgelegde verplichting wel plaats zal vinden.

15.9 Verrekening of teruggave van Nederlandse dividendbelasting

In paragraaf 14.5.2 ben ik ingegaan op de samenloop tussen de dividendbelasting, die geheven wordt bij uitkering van dividend door een Nederlandse vennootschap aan een APV, met de inkomstenbelasting verschuldigd ter zake van dit dividend door de inbrenger. Tenzij ofwel het APV teruggave van de dividendbelasting kan krijgen op grond van artikel 10 Wet DB, ofwel de inbrenger de dividendbelasting als voorheffing kan verrekenen met de inkomstenbelasting, ontstaat dubbele heffing. Aangezien dit zich niet voordoet in de situatie waarin de aandelen niet zijn ingebracht in het APV, verloopt deze inbreng in dat geval niet fiscaal neutraal en is mijns inziens sprake van een knelpunt. Ook in de minder snel voorkomende situatie van een vennootschapsbelastingplichtig APV kan overigens dubbele heffing ontstaan, omdat de toerekening doorwerkt naar artikel 25 Wet Vpb, zodat verrekening als voorheffing bij het APV in voorkomend geval niet mogelijk is.

Bij de huidige wetgeving is niet duidelijk geregeld of teruggave dan wel verrekening van dividendbelasting mogelijk is. Aan de voorwaarden gesteld aan verrekening met de inkomstenbelasting kan naar mijn mening in elk geval niet voldaan worden. Voor een teruggave van dividendbelasting aan het APV zijn wel argumenten, maar ook dit is geen zekerheid. Een belangrijke vraag die niet met zekerheid bevestigend beantwoord kan worden is of het APV kan kwalificeren als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend. Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat, zelfs als het APV als uiteindelijk gerechtigde kwalificeert, aan een of meer andere voorwaarden voor teruggave niet voldaan wordt. Voor zover teruggave daardoor niet mogelijk is, terwijl in een situatie zonder inbreng wel verrekening had plaatsgevonden, is er dus een fiscale belemmering voor de inbreng. Daarnaast kan in mijn ogen de omstandigheid, dat thans niet duidelijk is of en via welke weg de dividendbelasting in aanmerking genomen kan worden, in zichzelf als een knelpunt beschouwd worden.

Deze belemmeringen worden primair veroorzaakt doordat de Wet IB 2001 en de Wet DB verschillende uitgangspunten hebben, als gevolg van het feit dat de toerekening van het APV-vermogen zich niet integraal uitstrekt tot de Wet DB. Daardoor is de opbrengstgerechtigde voor toepassing van de Wet DB (het APV) niet dezelfde als degene die in termen van inkomsten- of winstbelasting belastingplichtig is ter zake van het dividend (de inbrenger). Daarbij komt dat geen keuze gemaakt is voor de wijze waarop de samenloop tussen dividendbelasting en inkomstenbelasting weggenomen wordt, die vervolgens in de wet is neergelegd. Hiermee is derhalve sprake van een knelpunt dat veroorzaakt wordt door een onvolkomenheid in de wetgeving van juridische aard, aangezien de toepassing van de wet onduidelijk is en mogelijk ook het ongerijmde effect kan hebben dat zich een samenloop van heffingen voordoet, waarvan zonder APV geen

sprake zou zijn geweest.[1577] Hiervoor kan naar mijn mening ook geen rechtvaardiging gevonden worden in het antimisbruikkarakter van de APV-regeling: dat eenmaal geheven wordt is uiteraard gerechtvaardigd, maar deze samenloop van heffing gaat verder dan voor de bestrijding van misbruik noodzakelijk is.

Om deze belemmeringen weg te nemen, zou die keuze dus alsnog gemaakt en wettelijk vastgelegd moeten worden. Mijn voorkeur gaat hierbij uit naar het verrekenen van de dividendbelasting met de door de inbrenger verschuldigde inkomstenbelasting, om twee redenen:

(a) De inkomstenbelasting is verschuldigd door de inbrenger. Tenzij het APV het ontvangen dividend geheel of gedeeltelijk uitkeert aan de inbrenger, gaat deze er als gevolg van de dividenduitkering in vermogen op achteruit. Een mogelijkheid om de dividendbelasting te kunnen verrekenen beperkt deze vermogensachteruitgang. Overigens kan men in geval van de inbrenger nog betogen dat deze het APV zelf in het leven geroepen heeft en daarmee de fiscale consequenties zou moeten accepteren, maar dat geldt niet voor zijn erfgenamen.

(b) Indien het APV een teruggave van dividendbelasting kan krijgen, kan sprake zijn van een heffingslek. Dit doet zich voor indien de inbrenger niet belastingplichtig is ter zake van het aandelenbelang, hetgeen het geval is indien de inbrenger in het buitenland woont en het aandelen betreft die in box 3 belast zouden worden. De dividendbelasting is dan in de situatie zonder APV een eindheffing. Teruggave van dividendbelasting aan het APV leidt er dan toe dat te weinig belasting geheven wordt. Dit is te ondervangen door de teruggave aan het APV afhankelijk te maken van de fiscale behandeling van het dividend bij de inbrenger, maar daar wordt de regeling niet eenvoudiger op, zeker indien toerekening aan meerdere personen plaatsvindt. Bij verrekening bij de inbrenger wordt automatisch rekening gehouden met diens fiscale positie.

Mijns inziens kan de verrekening bij de inbrenger bewerkstelligd worden door de APV-regeling ook (in principe) integraal te laten doorwerken naar de Wet DB. De inbrenger wordt dan als opbrengstgerechtigde beschouwd, zodat de dividendbelasting ten laste van hem wordt ingehouden. Daarmee voldoet de inbrenger aan één van de twee eisen van artikel 9.2 Wet IB 2001. Daarnaast moet de inbrenger als uiteindelijk gerechtigde kwalificeren, maar zoals reeds opgemerkt in paragraaf 14.5.2.2 is naar mijn mening een interpretatie te verdedigen waarbij als gevolg van de toerekening de inbrenger als uiteindelijk gerechtigde wordt gezien. Volledigheidshalve lijkt mij echter aan te raden om in de wettekst te expliciteren dat de inbrenger (behoudens dividendstripping) als uiteindelijk gerechtigde wordt gezien van dividend dat op grond van de APV-regeling

1577 Daarmee is sprake van onvolkomenheden in categorie 2(b) en 3(a).

aan hem wordt toegerekend. Bij deze benadering is teruggave van dividendbelasting aan het APV uitgesloten.

Wel is van belang om op te merken dat hiermee nog niet alle spanning uit het wettelijke systeem verdwenen is. Dit wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat ook met deze wijziging de APV-regeling niet in alle heffingswetten doorwerkt en in het bijzonder niet in de Wet Vpb. Daardoor blijft het mogelijk dat zich een samenloop voordoet tussen Nederlandse vennootschapsbelasting en Nederlandse inkomstenbelasting, zoals ook beschreven in paragraaf 14.5.1. Op deze samenloop ga ik nader in in paragraaf 15.10 hierna. Zolang het APV als (potentieel) vennootschapsbelastingplichtig subject erkend wordt, kan deze spanning tussen deze erkenning en een doorwerking van de toerekening in de Wet DB worden weggenomen door deze doorwerking te beperken tot de situatie waarin het APV niet vennootschapsbelastingplichtig is ter zake van het dividend. Het APV krijgt daarmee voor de Wet DB een hybride karakter, afhankelijk van de vennootschapsbelastingpositie. Daarmee wordt bereikt dat ongeacht de fiscale behandeling van het APV de uitkomst van de Wet DB aansluit bij de persoon die belastingplichtig is ter zake van het dividend:

- Indien het APV vennootschapsbelastingplichtig is, wordt het ook erkend als opbrengstgerechtigde van het dividend en wordt de dividendbelasting beschouwd als ten laste van het APV ingehouden. Behoudens dividendstripping wordt het APV als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend gezien. Teruggave van dividendbelasting op grond van artikel 10 Wet DB is dan uiteraard niet aan de orde, omdat dit uitgaat van niet-belastingplichtige opbrengstgerechtigden. Verrekening met de vennootschapsbelasting zou mijns inziens dan wel moeten kunnen plaatsvinden, evenals in voorkomend geval toepassing van de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB. Het eerste vereist overigens een wijziging van artikel 8 lid 15 Wet Vpb, aangezien de APV-regeling hier momenteel in doorwerkt en daarmee in de weg staat aan verrekening van de dividendbelasting met de vennootschapsbelasting. Die doorwerking zou dan beperkt moeten worden tot niet-vennootschapsbelastingplichtige APV's.[1578]

- Indien het APV niet vennootschapsbelastingplichtig is, wordt de inbrenger erkend als opbrengstgerechtigde en (in beginsel) uiteindelijk gerechtigde tot het dividend, zodat verrekening met de door hem verschuldigde inkomstenbelasting in voorkomend geval mogelijk is.

1578 Overigens leidt deze doorwerking op dit moment tot dubbele heffing, omdat een APV dat vennootschapsbelasting verschuldigd is ter zake van een dividend van een Nederlandse vennootschap de dividendbelasting als gevolg van de doorwerking van de toerekening niet kan verrekenen. Mijns inziens bestaat daar geen redelijke grond voor, omdat het door de wetgever gepercipieerde misbruik zich niet voor lijkt te kunnen doen. Ook indien overigens geen wijziging wordt aangebracht in het systeem, zou de verwijzing naar artikel 25 Wet Vpb in artikel 8 lid 15 Wet Vpb daarom naar mijn mening geschrapt moeten worden.

Op deze wijze ontstaat naar mijn mening een evenwichtig en duidelijk systeem, waarbij geen samenloop tussen de dividendbelasting en de inkomsten- of vennootschapsbelasting ter zake van het dividend ontstaat.

15.10 Samenloop Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting

Aangezien de APV-regeling niet integraal doorwerkt naar de Wet Vpb, kan zich de situatie voordoen dat het APV vennootschapsbelastingplichtig is. Aangezien het toepassingsbereik van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 thans zeer beperkt is, aangezien hiervoor een onderneming bij het APV zelf vereist is, is de inbrenger tevens belastingplichtig ter zake van het APV-vermogen (ik ga uit van een binnenlands belastingplichtige inbrenger). Op dit moment is er geen regeling die deze samenloop wegneemt en ontstaat dubbele heffing.[1579] Dit is mijns inziens niet terecht en het vormt een belemmering bij het instellen van een APV, die weggenomen zou moeten worden. Redelijk is dat slechts eenmaal wordt geheven en het wegnemen van deze samenloop in heffing doet ook niet af aan de antimisbruikdoelstelling van de APV-regeling; ook voor het doel volstaat dat één maal belasting geheven wordt. Derhalve is sprake van een knelpunt, dat veroorzaakt wordt door een onvolkomenheid in de wetgeving.[1580]

Een vrij verstrekkende benadering om deze samenloop weg te nemen is de APV-regeling ook te laten doorwerken naar de Wet Vpb. Een als APV kwalificerende entiteit kan dan niet langer een subject voor de vennootschapsbelasting zijn en er resteert slechts de heffing van inkomstenbelasting bij de inbrenger. De wetgever heeft bij de invoering van de APV-regeling echter duidelijk niet voor deze benadering gekozen. Een vraag lijkt mij ook of sprake kan zijn van negatieve consequenties voor de verdragstoepassing, indien Nederland het APV fiscaal negeert, terwijl dit door de verdragspartners als belastingsubject erkend wordt. Mogelijk is dan het gevolg van een combinatie van geen onderworpenheid bij het APV met het niet rekening houden met heffing op het niveau van de inbrenger dat geen sprake is van verdragsbescherming. Dit resultaat is onwenselijk en kan een reden zijn om het APV als vennootschapsbelastingplichtige entiteit te blijven erkennen.

De samenloop met de inkomstenbelasting moet dan nog wel worden weggenomen en dit kan geschieden door, zoals reeds door de Raad van State voorgesteld,[1581] te kiezen voor een algemeen systeem van verrekening van de vennootschapsbelasting met de inkomstenbelasting, ongeacht of sprake is van Nederlandse of buitenlandse

1579 Zie nader paragraaf 14.5.1.

1580 Dat wil zeggen een onvolkomenheid in de zin dat voor belastingplichtigen ongerijmde effecten optreden, oftewel een onvolkomenheid vallend in categorie 3(a).

1581 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 4, pagina 13. De wetgever schuift deze suggestie vrij gemakkelijk ter zijde, met de toelichting dat toerekening in de inkomstenbelasting een middel is en geen doel, alsmede een beroep op niet nader benoemde bezwaren van uitvoeringstechnische aard.

vennootschapsbelasting. De toerekeningsstop kan dan geheel komen te vervallen. Hoewel het toepassingsbereik van die regeling mijns inziens zeer beperkt is, levert dit toch een vereenvoudiging op. Deze verrekeningsmogelijkheid kan op twee plaatsen geregeld blijven:

(a) Verrekening van buitenlandse heffing kan gehandhaafd blijven in artikel 25b Bvdb 2001. Aangezien voorkoming van dubbele belasting in geval van buitenlandse heffing overigens ook in het Bvdb 2001 geregeld is, is het consistent om de regeling voor heffing ten laste van het APV hier te handhaven.

(b) Het is echter naar mijn mening niet consistent om een verrekeningsmogelijkheid voor Nederlandse vennootschapsbelasting ook in het Bvdb 2001 op te nemen. Een dergelijke regeling is naar mijn mening meer op zijn plaats in hoofdstuk 9 van de Wet IB 2001, waar ook de verrekening van dividendbelasting en loonbelasting als voorheffingen geregeld is. De verrekening van vennootschapsbelasting wordt daarbij logischerwijs gemaximeerd tot het bedrag van de ter zake van het desbetreffende inkomens- of vermogensbestanddeel verschuldigde inkomstenbelasting. Het is in lijn met de verrekening van buitenlandse heffing om deze verrekening tegen het gemiddelde tarief te laten plaatsvinden.

Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat ter zake van één inkomens- of vermogensbestanddeel van het APV een samenloop ontstaat tussen heffing bij het APV en heffing bij de inbrenger, hetgeen mijns inziens een evenwichtig resultaat is, dat recht doet aan de fiscale belangen van de betrokken personen, terwijl ook het doel van de APV-regeling, het voorkomen van zwevend vermogen dat geheel niet in de heffing betrokken wordt, bereikt wordt.

Volledigheidshalve merk ik op dat deze samenloop ook kan worden weggenomen door een wijziging van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Daarin zou dan een gelijkstelling moeten worden opgenomen, op grond waarvan onder een onderneming in de context van de toerekeningsstop mede verstaan wordt de activiteiten die op grond van artikel 17a Wet Vpb tot een Nederlandse onderneming worden gerekend. Het voordeel van deze benadering is dat deze relatief eenvoudig is in de uitvoering. Het bezwaar is naar mijn mening echter dat een verschil in behandeling ontstaat tussen APV's die onderworpen zijn aan Nederlandse vennootschapsbelasting en APV's die onderworpen zijn aan een buitenlandse winstbelasting. Om deze reden gaat mijn voorkeur er naar uit om in alle gevallen de heffing op APV-niveau te verrekenen met de inkomstenbelasting geheven van de inbrenger.